



ITA IUS ESTO

La fecundación *in vitro* y su conflicto con la defensa de la vida humana

Por: Dana Loaiza Reynoso

Autor

Estudiante de noveno ciclo de la Facultad de Derecho en la Universidad de Piura, campus Lima. Miembro de la comisión de contenido de la Revista de Estudiantes Ita Ius Esto.

Sumario

I. Reflexiones preliminares II. El desarrollo histórico de la fertilización asistida III. El inicio de la vida en el marco normativo peruano IV. La indefensión del embrión: vulneración del derecho a la vida V. El caso de Costa Rica versus la fecundación *in vitro* VI. Conclusiones
Referencias bibliográficas

Sumilla

Afectados por la práctica de la fecundación *in vitro*, los embriones concebidos fuera del claustro materno carecen de una protección jurídica adecuada. La concepción es el primer estadio de la vida del ser humano, momento desde el cual el embrión merece protección, puesto que se considera un ser biológicamente humano y goza de la condición de persona. El ciclo biológico por el que todas las personas pasan —nacer, vivir, reproducirse y morir— se ve vulnerado a raíz de técnicas de reproducción asistida como la fecundación *in vitro*, permitidas en nuestro país, pero que a su vez significan un agravio para el orden público y jurídico.

Abstract

Affected by the practice of *in vitro* fertilization, embryos conceived outside the mother's womb lack adequate legal protection. Conception is the first stage of human life, a moment from which the embryo deserves protection, as it is considered a biologically human being and holds the status of a person. The biological cycle that all people undergo—birth, life, reproduction, and death—is disrupted by assisted reproductive techniques such as *in vitro* fertilization, which are permitted in our country but simultaneously pose a challenge to public and legal order.

Palabras clave

Fecundación *in vitro*; concebido; derecho a la vida; dignidad humana; sujeto de derechos; bioética.

Key words

In vitro fertilization; conceived; right to life; human dignity; subject of rights; bioethics.

I. Reflexiones preliminares

El avance científico ha permitido el acceso a tratamientos para la fertilidad y concepción, al ser una de las técnicas de reproducción asistida, la fecundación *in vitro*. Aunque dicho procedimiento provenía del ámbito de la producción animal, con el transcurso del tiempo se dio su aplicación en la ciencia de la medicina, para asistir a quienes enfrentaban problemas médicos de fertilidad. Sin embargo, en gran medida ha dejado de ser una técnica derivada de la existencia de una necesidad médica y al día de hoy, es una opción para quienes cuentan con los medios económicos para asumir los costos de los procedimientos, debido a motivaciones diversas como evitar riesgos genéticos o elegir el momento más conveniente para llevar a cabo la maternidad y paternidad.

En nuestro país, el uso de técnicas de reproducción asistida se encuentra regulada en la Ley General de Salud, la cual en su séptimo artículo señala que, “*toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaigan sobre la misma persona (...)*”. Es notable que dicho artículo no es suficiente por sí mismo para comprender todas las situaciones originadas por el avance tecnológico en la praxis de la reproducción asistida, pese a ser una alternativa que cada vez se realiza con más frecuencia en el Perú, y de igual manera, no existe una legislación especial que regule el procedimiento de la fecundación *in vitro*.

Lo verdaderamente alarmante es la posición de indefensión en la que se encuentra el concebido, pese a la existencia de una normativa, por la cual el Estado no vela para que las técnicas de reproducción asistida no excedan lo permitido por la ley, los principios bioéticos y el principio universal de dignidad humana. Se reconoce la importancia y fundamental contribución del avance científico al desarrollo de la humanidad; sin embargo, no debería ser aceptable admitir soluciones jurídicas que vulneren y comprometan los principios fundamentales del derecho, la normativa que rige nuestra sociedad y lo que establece nuestra Carta Magna. La fecundación *in vitro* —desde el punto de vista jurídico— abarca varias complejidades, como el más importante, la defensa de la vida humana, especialmente, respecto a la insuficiencia de medidas de protección sobre los embriones.

II. El desarrollo histórico de la fertilización asistida

La fecundación *in vitro* inició su expansión a nivel internacional en la década de 1970. Como resultado de ensayos en animales durante la primera mitad del siglo XX, los avances en reproducción asistida durante las siguientes décadas permitieron llevar a cabo la primera fecundación *in vitro* humana, realizada por Robert Edwards y Patrick Steptoe,

los primeros científicos que lograron fertilizar un óvulo en un laboratorio, que luego fue implantado al útero de una mujer; sin embargo, no se logró una gestación favorable. No fue hasta 1978 que tuvo lugar en el mundo el nacimiento de la primera persona en nacer mediante fecundación *in vitro*.

En 1984 se publicó el *Report of the Committee of Inquiry Into Human Fertilisation and Embryology*¹, documento que fue emitido posterior a una investigación gubernamental en el Reino Unido, en el que se establecen límites para la experimentación con embriones humanos *in vitro* pasada la etapa del blastocisto, medida que al día de hoy ya no se aplica. La Junta Asesora de Ética, había reconocido que los embriones humanos merecen respeto, mas no eran admitidos como personas, ello dejó de lado la idea de que puede hablarse de persona desde el momento de la concepción y consintió la experimentación en embriones durante las primeras etapas de desarrollo. En el documento se pone en tela de juicio el proceso no natural de la creación de un ser humano; asimismo, el carácter inmoral de la producción en serie de embriones que, de no ser implantados, se desecharán.

Con la llegada del siglo XXI, la fecundación *in vitro* se convirtió en la técnica de reproducción asistida más empleada en todo el mundo, lo cual condujo consigo a la aparición de dilemas éticos y al establecimiento de leyes restrictivas sobre dicha práctica. Por ejemplo, la Ley 40/2004 de reproducción asistida en Italia, indica que estas técnicas de reproducción están dirigidas a “*promover la solución de los problemas reproductivos derivados de la esterilidad o infertilidad humana [...] si no existen otros métodos efectivos para eliminar la causa de esterilidad o infertilidad*”, prohíbe ciertas acciones, como seleccionar las características del embrión antes de implantarlo y otras modificaciones que tengan fines eugenésicos, y prohíbe la congelación de embriones, salvo en los casos en que no sea posible transferir los embriones por un estado de salud grave y documentado de la mujer no previsible en el momento de la fecundación; además de que se establece la obligación de realizar la implantación a la brevedad posible. De igual manera en España, la Ley 14/2006 recoge en el Anexo de la Ley las técnicas de reproducción asistida que se aceptan y busca incluir todas las contingencias posibles que puedan derivar de estos procedimientos.

III. El inicio de la vida en el marco normativo peruano

El origen de la vida humana ha sido un tema de discusión debido a las diferentes teorías sobre la naturaleza jurídica del concebido que han surgido con el transcurso del tiempo, lo que ha resultado en diferentes interpretaciones con enfoques en donde el concepto de vida pierde su valor intrínseco. La figura del *nasciturus*, proveniente del Derecho Romano, se le otorgaba a aquella persona ya concebida que se encontraba aún en el claustro materno. “*Contemplaron la existencia de dicha personalidad, o subjetividad jurídica, desde que la persona física había sido ya concebida. A esta persona la llamaron*

¹ También conocido como Informe Warnock, fue el resultado de una exhaustiva investigación sobre las cuestiones legales, éticas y sociales relacionadas con la reproducción asistida y la investigación con embriones. En dicho documento se estableció un marco normativo que influyó en legislaciones de otros países.

“nasciturus”, y la reconocieron y asistieron como una realidad humana concreta (Paulo), y la consideraron existente a casi todos los efectos de la vida civil (Juliano).”²

En el marco del avance científico y tecnológico, lo establecido por la locución latina se ve alterado. Considerando que dicha expresión hacía referencia al ser humano que se encuentra en el útero de la madre, *“no es ya una regla absoluta pues como consecuencia de la aparición y puesta en práctica de las técnicas de reproducción humana asistida”³*. Tal situación conlleva a la existencia de la figura del *nasciturus extra-corporis*⁴, lo cual trae consigo complicaciones para definir el inicio de la vida humana, y para poder respetarlo como un ser único e individualizado que es digno y tiene derecho a nacer.

En el marco de nuestra normativa, existe una protección a la figura del concebido el cual ha sido regulado en los tres Códigos Civiles que han regido nuestra normativa: el Código Civil de 1852, el Código Civil de 1936 y el actual Código Civil de 1984, lo que refleja una preocupación sostenida por parte del legislador respecto de su situación jurídica. El Código de 1852 establecía en su artículo primero que *“El hombre, según su estado natural, es nacido o por nacer”*, lo cual reconocía a la vida humana desde el momento de la concepción; además, su artículo tercero señalaba: *“se le reputa nacido para todo lo que le favorece”*. Aquí aparece la figura de la ficción, la cual da a entender que el concebido tiene su origen en un hecho futuro incierto, a pesar de que el legislador en el primer artículo lo haya reconocido ya como ser humano. Derogado el Código Civil de 1852, el nuevo código que entra en vigencia en 1936, hace mención del momento en que se adquiere la personalidad y mantiene la teoría de la ficción, pues condiciona el inicio de la personalidad al momento del nacimiento y señala que *“al que está por nacer se le reputa nacido para todo lo que le favorece, a condición de que nazca vivo”*. Es decir, a pesar de que el no nacido careciera de personalidad, el Derecho consideraba al concebido como nacido para los efectos favorables, con la condición de que naciera con vida para ser titular de los mismos. El Código Civil de 1936 sigue lo establecido por la legislación de 1852.

Nuestro Código Civil actual evidencia la transición de la teoría de la ficción a la subjetividad del concebido y señala en su primer artículo que *“La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo”*. El Código Civil de 1984 establece expresamente que en el Perú el concebido es centro de imputación de derechos y deberes favorables. Juristas como Fernández Sessarego defienden la idea de que la unión de

² Parma, M. (1992). *El nasciturus: antecedentes jurídicos y estado actual de la cuestión*. Universidad Católica de La Plata. p.1.

³ Hung, F. (2009) *Una aproximación crítica al estatuto jurídico del concebido no nacido*. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C. p. 90.

⁴ Proviene del latín y se traduce como “el que va a nacer fuera del cuerpo”. Es una expresión que hace referencia a un embrión que se desarrolla fuera del cuerpo materno, como es el caso de los embriones creados mediante la técnica de la fecundación *in vitro*.

cromosomas masculinos y femeninos crean un ser humano único e irrepetible, por lo que de forma concisa se concluye que el *nasciturus*, es sujeto de derecho.

La Constitución peruana también señala que la vida debe ser protegida desde el momento de la concepción⁵. Respecto de la defensa de la vida el Tribunal Constitucional ha señalado: *“Nuestra Constitución Política de 1993 ha determinado que la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado; la persona está consagrada como un valor superior, y el Estado está obligado a protegerla. El cumplimiento de este valor supremo supone la vigencia irrestricta del derecho a la vida, pues este derecho constituye su proyección; resulta el de mayor connotación y se erige en el presupuesto ontológico para el goce de los demás derechos, ya que el ejercicio de cualquier derecho, prerrogativa, facultad o poder no tiene sentido o deviene inútil ante la inexistencia de vida física de un titular al cual puedan serle reconocidos tales derechos.”* [STC N.º 01535-2006-PA, fundamento 83].

Sin embargo, en la realidad concreta de nuestro país, se contraviene las disposiciones constitucionales. Lo que se deriva como consecuencia de la fecundación *in vitro* es la producción de un excedente de embriones que no serán implantados en el útero materno, los cuales son sometidos a congelación, experimentación, eliminación, y otras prácticas que no coinciden con lo que señala el Código Civil y la Constitución. Se manifiesta un debilitamiento de la defensa de la vida humana desde un primer momento, cuando el embrión merece protección desde el momento de la concepción, incluso si este se encuentra fuera del vientre materno.

IV. La indefensión del embrión: vulneración del derecho a la vida

Una de las principales problemáticas que trae consigo el procedimiento de la fecundación *in vitro* como técnica de reproducción asistida, es que considera a los embriones como propiedad de los padres y no como una vida humana independiente que presenta unidad. La creación humana distinta a la natural, donde existe una intervención forzada, induce a pensar erróneamente que el estatuto jurídico del embrión se compara al de un objeto el cual los padres pueden considerar como algo suyo y sobre el cual pueden disponer. Se pone en peligro la vida de muchos embriones que se encuentran en situación de crioconservación, puesto que afecta su ciclo biológico por el cual todas las personas pasan: nacer, vivir, reproducirse y morir.

Se afirma que la característica principal del ser humano es su naturaleza racional, la cual en el caso del embrión se encuentra oculta. Si bien es cierto el embrión no puede madurar esa capacidad en la etapa inicial de la vida, ello no lo priva de su naturaleza humana y, como consecuencia, de su condición de persona. En este caso, no deberíamos limitarnos a considerar persona únicamente al concepto jurídico de este, sino relacionándolo desde una perspectiva antropológica. Es por ello que el hecho de desechar embriones excedentes

⁵ El Art. 1 de la Constitución Política del Perú establece: *“La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.”*

que no serán implantados, es jurídicamente atentar contra la vida de un ser humano, a quien se le restringe su derecho a la vida y es contrario al derecho fundamental de dignidad humana.

Según Zurriarán⁶ (2007) el congelamiento de embriones limita la experiencia de que sean acogidos por su madre. Esta práctica desafía los principios éticos fundamentales, debido a que obstaculiza el proceso del desarrollo normal de un ser humano y condicionan la vida de un embrión a la decisión de un tercero, atentando contra su derecho a la vida. Interpretando las palabras de Zurriarán, congelar embriones que no han sido utilizados constituye una violación a su dignidad, dichos embriones no implantados se encuentran en estado de vulnerabilidad, y claramente tratados como objetos, y no como sujetos de derecho, víctimas de un trato instrumental y deshumanizado.

Del mismo modo la fecundación *in vitro* para crear embriones crioconservados vulnera el derecho a nacer, ya que al realizarse la unión o fecundación se genera vida, la cual posteriormente deberá desarrollarse naturalmente hasta alcanzar el crecimiento adecuado para poder nacer y llegar a ser sujeto de derecho. Para que ello suceda es necesaria la alimentación, transferencia de nutrientes, oxígeno y protección que brinda el vientre materno. A pesar de ser la madre quien permita el desarrollo completo del concebido al acogerlo en su vientre, este no es considerado como órgano perteneciente al cuerpo de la madre, sino que es un ente autónomo. Por tanto, sostenemos que la madre no puede disponer con libertad los derechos tanto del concebido como de los embriones congelados, los cuales se ven vulnerados al limitar su desarrollo natural y restringir su derecho a nacer.

Se puede afirmar que el *nasciturus* representa el comienzo de un individuo en el interior de la gestante. *“El espermatozoide fecunda al óvulo y, al instante del encuentro de los veintitrés cromosomas del espermatozoide y los veintitrés cromosomas del ovocito, se convierte en un cigoto. Esta célula contiene toda la información necesaria y suficiente para definir las características de un nuevo ser humano, con todo lo que le permitirá evolucionar hacia el individuo.”*⁷ Cada embrión es único y no puede ser considerado como parte de una producción en serie, razón por la cual la selección de embriones no es solo éticamente censurable, sino que también contradice los mecanismos naturales de selección que existen y lo privan de los privilegios de un desarrollo natural que el embrión tiene todo el derecho de poseer.

V. El caso de Costa Rica versus la fecundación *in vitro*

Costa Rica prohibió la fecundación *in vitro* como técnica de reproducción asistida, la cual estuvo vigente en el país hasta el año 2000. La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica anuló el decreto que permitía la fecundación *in vitro* como

⁶ Zurriarán, R (2007) *Los embriones humanos congelados. Un desafío para la bioética*. Tribuna siglo XXI. Madrid: Ediciones Internacionales Universitarias.

⁷ De Valdivia Cano, R. (2016). *La fertilización in vitro (FIV)*. Revista Oficial Del Poder Judicial, 8(10). p. 42.

técnica de reproducción asistida tras alegar inconstitucionalidad en dicha práctica, debido a la infracción del principio de reserva de ley, y tras considerar que “en cuanto ha sido concebida, una persona es una persona y estamos ante un ser vivo, con derecho a ser protegido por el ordenamiento jurídico”⁸. En la actualidad, Costa Rica es el único Estado en el mundo que tiene expresamente prohibida la fecundación *in vitro*. Ante ello, la Corte Interamericana mantiene la postura de que dicho país está vulnerando preceptos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos como el derecho a la vida privada y familiar la cual la Corte determina, forma parte de la decisión de llevar a cabo la paternidad y maternidad, a pesar de que señale en su artículo 4.1 que “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.” Lo que se evidencia aquí es una malinterpretación del artículo por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al señalar que se busca evitar una vulneración del proyecto de vida personal y familiar, ignorando los principios éticos que defienden el derecho fundamental a la vida. Nos encontramos ante una controversia que solicita que Costa Rica contravenga a lo establecido por su Constitución, en vista de que se considera la satisfacción del derecho a formar una familia por delante del derecho a la vida humana.

VI. Conclusiones

La fecundación *in vitro*, como forma alternativa de creación de vida humana, supone una amenaza para la protección de la misma. En el Perú, existe un marco normativo adecuado, pero es esencial que sea el Estado el que asuma un rol activo y se comprometa a cumplir lo que establecen los preceptos establecidos en el Código Civil y la Constitución, desde años atrás. Nos encontramos ante una situación compleja, pues la regulación normativa en una época donde los avances de la ciencia progresan de manera significativa, es un desafío el cual requiere de mucho análisis y estudio para legislar sobre prácticas que ponen en juego aspectos fundamentales relacionados con la dignidad y el respeto a la vida humana.

Las circunstancias actuales nos hacen cuestionar, ¿cuál es el valor que la sociedad otorga a la vida en sus primeras etapas? La protección jurídica que se ha otorgado al concebido desde el derecho romano se ve distorsionada; se compromete el concepto de desarrollo humano, el cual debe ser ininterrumpido desde su concepción hasta que llegue el momento del fin natural de su vida. No se puede pasar por alto que el concebido, tanto si se encuentra dentro del vientre materno como fuera del mismo, es una expresión auténtica

⁸ La Sala Constitucional de la Corte Suprema declaró a la fecundación *in vitro* como inconstitucional. La Constitución de Costa Rica señala en su artículo 21 que “La vida humana es inviolable” y la normativa establece que “Cuando el espermatozoide fecunda al óvulo esa entidad se convierte en un cigoto y por ende en un embrión [...] en cuanto ha sido concebida, una persona es una persona y estamos ante un ser vivo, con derecho a ser protegido por el ordenamiento jurídico”.

de vida humana. Reconocer esta verdad es fundamental para que como país defendamos la vida humana de la manera más efectiva.

Referencias bibliográficas

Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. (2006). Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-9292>

Barco, C. A. (1995). El concebido in-vitro post mortem y sus derechos sucesorios. *Derecho & Sociedad*, (10), 28-41.

Blog PUCP. (n.d.). Código Civil de 1852. Blog PUCP. Recuperado de http://blog.pucp.edu.pe/blog/conciliacion/wp-content/uploads/sites/76/2015/06/Codigo_civil_de_1852.pdf

Blog PUCP. (n.d.). Código Civil de 1936 Ley N° 8305. Blog PUCP. Recuperado de http://blog.pucp.edu.pe/blog/wp-content/uploads/sites/76/2014/08/codigo_civil_de_1936.pdf

Cabezas, M. R. (2023). Algunos dilemas éticos presentes y futuros ante los avances en fecundación in vitro. *Salud Colectiva*, 19, e4462. Recuperado de <https://doi.org/10.18294/sc.2023.4462>

Chía, E. A., & Contreras, P. (2014). Análisis de la sentencia Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Estudios Constitucionales*, 12(1), 567-588. Recuperado de <https://doi.org/10.4067/S0718-52002014000100015>

Constitución Política del Perú (actualizada 2024) | LP. Recuperado de <https://lpderecho.pe/constitucion-politica-peru-actualizada/>

Corn, E. (2015). La reproducción humana asistida en Italia: presente y futuro después de la derogación de la prohibición de fecundación heteróloga. *Revista de Bioética y Derecho*, (35), 18-31. Recuperado de <https://doi.org/10.1344/rbd2015.35.14278>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2012). Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica: Resumen oficial emitido por la Corte Interamericana de la sentencia de 28 de noviembre de 2012 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).

De Valdivia Cano, R. (2016). La fertilización in vitro (FIV). *Revista Oficial Del Poder Judicial*, 8(10), 27-62. Recuperado de <https://doi.org/10.35292/ropj.v8i10.229>

Guzmán, S. J. C. (2020). La persona como sujeto de derecho (artículo 1 del Código Civil). LP. Recuperado de <https://lpderecho.pe/persona-sujeto-derecho-derecho-civil/>

Großbritannien. (1984). Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology. London: Her Majesty's Stationery Office.

Hung Gil, F. A., (2009). Una aproximación crítica al estatuto jurídico del concebido no nacido. IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C., (23), 87-112.

Llauce, C. (2013). La fecundación in vitro y el estatuto del embrión humano en el sistema jurídico peruano. Tesis de pregrado en Derecho. Universidad de Piura. Facultad de Derecho. Programa Académico de Derecho. Piura, Perú.

LP - Pasión por el Derecho. (2021). Esta fue la sentencia del TC que prohibió la distribución gratuita de la píldora del día siguiente [Exp. 02005-2009-PA/TC]. LP - Pasión por el Derecho. <https://lpderecho.pe/minsa-distribucion-gratuita-pildora-dia-siguiente-expediente-02005-2009-pa-tc/>

Martínez, F. R. (2017). ¿Es válida la prohibición de la fecundación in vitro? Análisis del caso Artavia Murillo (sentencia de 28 de noviembre de 2012 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos). Pensamiento Constitucional, 22(22), 243-254.

Zegers Hochschild, F., Dickens, B. M., & Dughman Manzur, S. (2014). El derecho humano a la fecundación in vitro. Revista Chilena de Obstetricia y Ginecología, 79(3). Recuperado de <http://dx.doi.org/10.4067/S0717-75262014000300012>

Zurriarain, R. G. (2007). Los embriones humanos congelados: un desafío para la bioética. Madrid: Ediciones Internacionales Universitarias.