

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
ESCUELA DE POSTGRADO

**“LOS DERECHOS DEL EMBRIÓN *IN VITRO* FRENTE A
LA PATERNIDAD. ILEGITIMIDAD DE LAS TÉCNICAS
DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA EXTRAUTERINAS”**

Tesis para optar por el Grado de Magíster

Autor

Miguel Gerardo Burstein Augusto

Asesora

Dra. Roxana Sotomarino Cáceres.

Jurado

Dr. René Ortiz Caballero.

Dra. Roxana Sotomarino Cáceres

Dr. Juan Espinoza Espinoza.

Lima - 2013





“LOS DERECHOS DEL EMBRIÓN *IN VITRO* FRENTE A LA PATERNIDAD. ILEGITIMIDAD DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA EXTRAUTERINAS”

Contenido

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I: VISIÓN HISTÓRICA	3
1) Generalidades	3
2) La protección del concebido en el derecho antiguo.	3
2.1) Naturaleza jurídica del concebido en el derecho romano.	4
2.2) Corriente ibérica.	10
2.3) Antecedentes en el derecho peruano.....	11
3) Orígenes de la fecundación humana asistida intra y extrauterina.	13
CAPÍTULO II: DERECHO COMPARADO	15
1) Estudio del caso español y su comparación con la situación peruana	15
1.1) Situación de España y Perú en la década de los 80.	15
1.2) Situación de España y Perú hacia el año 2000	17
1.3) El reconocimiento del derecho a la vida en el ordenamiento jurídico español.....	17
1.4) La regulación de las técnicas de reproducción humana asistida en España.....	22
2) La regulación en otros países	24
2.1) Estados Unidos.....	24
2.2) Inglaterra	26
2.3) Alemania	27
2.4) Italia	28
2.5) Francia	29
2.6) Suecia	31
2.7) Islandia.....	32
3) Convenios y Tratados Internacionales	32
3.1) Convenio de Oviedo	32
3.2) Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos.....	33
3.3) Declaración de las Naciones Unidas sobre la clonación humana.....	33
3.4) Declaración de las Naciones Unidas sobre las responsabilidades de las generaciones actuales para con las generaciones futuras	33
3.5) Declaración Universal sobre bioética y derechos humanos	33
3.6) Declaración de Bioética de Gijón	33
CAPÍTULO III: LAS “TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDAS”	35
1) Definición	35

2) Sobre el procedimiento de fecundación humana natural	35
3) Procedimiento de fecundación humana <i>in vitro</i>	38
4) Clases de técnicas de fecundación humana extracorpórea	40

CAPÍTULO IV: DEL EMBRIÓN OBTENIDO MEDIANTE TÉCNICA DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDAS EXTRAUTERINAS 43

1) Inicio de la vida	43
1.1) Teorías que explican el inicio de la vida humana.	43
1.2) El inicio de la vida humana en el ordenamiento jurídico peruano.	44
1.3) Posición de la doctrina y jurisprudencia nacional.	49
1.4) Posición de la jurisprudencia comparada 51	51
2) Estatus jurídico del embrión <i>in vitro</i>	54

CAPÍTULO V: SITUACIÓN ACTUAL DE LAS TERAS EN EL PERÚ 60

1) Marco legal	60
2) Lo que ocurre en la realidad	65
2.1) Mercado peruano para las técnicas de reproducción humana asistida 65	65
2.2) Uso de prácticas eugenésicas, técnicas de crioconservación y desecho de embriones 67	67
2.3) Iniciativas legislativas 68	68
3) La decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	73

CAPÍTULO VI: JUSTIFICACIONES A LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDAS 76

1) Justificación legal: el derecho a la reproducción	76
1.1) Derecho a la libertad 76	76
1.2) Reproducción humana, derecho a la intimidad personal y familiar. 78	78
1.3) Reproducción humana y derecho al matrimonio 79	79
1.4) Reproducción humana y derecho a fundar una familia. 80	80
2) Justificación filosófica.	80
3) Justificación social	81
4) Razones económicas	83
5) Posición de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a propósito de la sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica.	83
5.1) Posición de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 83	83
5.2) Posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 87	87
5.3) Críticas a la postura de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 90	90

CAPITULO VII: ¿SE PERJUDICAN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL CONCEBIDO CUANDO SE APLICAN LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDAS EXTRAUTERINAS?..... 95

1) Derechos fundamentales del concebido que son afectados	95
1.1) Derecho a la vida.....	95
1.2) Omnipresencia del derecho a la dignidad.....	96
1.3) Derecho de la integridad y a la salud psicológica	98
2) Interés superior del niño	99
3) ¿Afectan las técnicas de reproducción humana asistidas los derechos del embrión?	100
4) Posibles consecuencias sociales.	107
4.1) Selección de los más aptos, manipulación genética.....	108
4.2) Medicina perfecta o bebés a la carta.	111
4.3) DGP extensivo o con finalidad terapéutica para terceros.	113
5) ¿Existen mecanismos de protección de los derechos del concebido por fecundación humana asistida?	114
5.1) Protección penal	114
5.2) Protección constitucional	118
5.3) Protección civil.....	119

CAPÍTULO VIII: PONDERACIÓN DE DERECHOS: ¿PRIMAN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL EMBRIÓN FRENTE AL DERECHO A LA PATERNIDAD?121

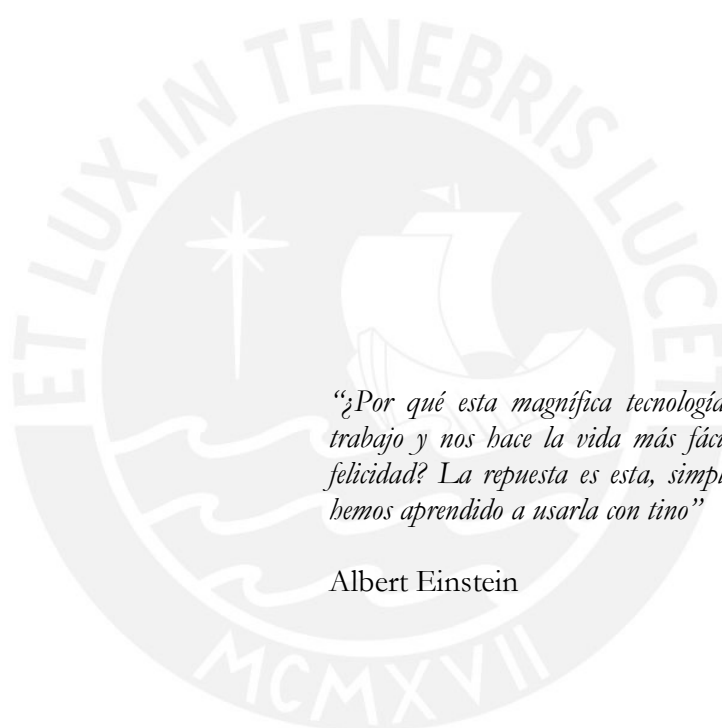
1) Antecedentes	121
2) Marco teórico: conflicto entre derechos fundamentales	121
2.1) Posición conflictivista.....	121
2.2) Posición armonizadora	123
2.3) Postura personal	124
3) Conflicto entre las pretensiones del embrión concebido mediante las técnicas de reproducción humana asistidas con la pretensión de paternidad de las personas.	125

CAPÍTULO X: PROPUESTA DE SOLUCIÓN129

CONCLUSIONES.....133

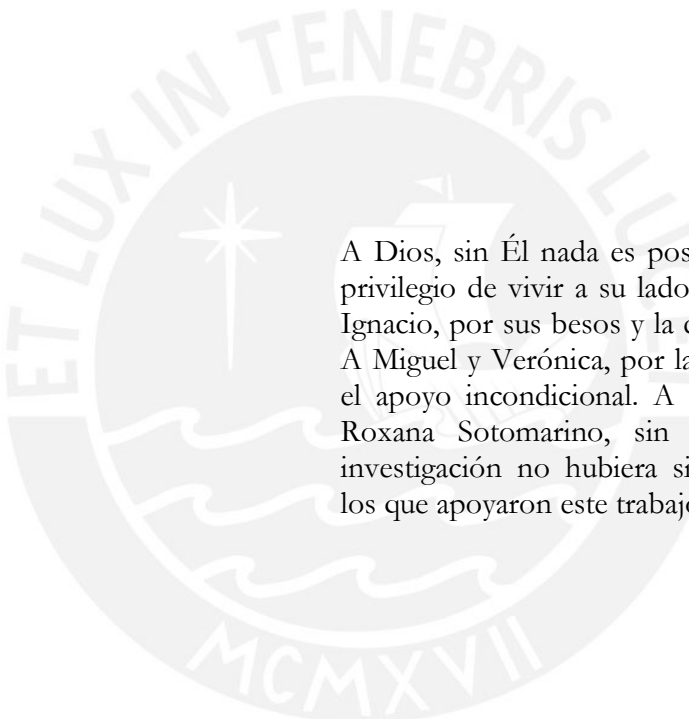
Bibliografía	136
Revistas	139
Direcciones web.	140
Artículos digitales	141
Anexos	142





“¿Por qué esta magnífica tecnología científica, que ahorra trabajo y nos hace la vida más fácil, nos aporta tan poca felicidad? La respuesta es esta, simplemente: porque aún no hemos aprendido a usarla con tino”

Albert Einstein

A large, faint, circular watermark of the Pontificia Universidad Católica del Perú logo is centered in the background. It contains the text "ET LUX IN TENEBRIS LUCET" at the top and "MCMXVII" at the bottom, surrounding a central emblem with a cross and waves.

A Dios, sin Él nada es posible. A Zoilita, por el privilegio de vivir a su lado. A Valeria, Joaquín e Ignacio, por sus besos y la dicha de verlos crecer. A Miguel y Verónica, por la formación recibida y el apoyo incondicional. A mi asesora, profesora Roxana Sotomarino, sin cuyos consejos esta investigación no hubiera sido realidad. A todos los que apoyaron este trabajo.

INTRODUCCIÓN

Las técnicas de reproducción asistida son actualmente una práctica muy difundida en casi todo el mundo y han sido justificadas fundamentalmente bajo el punto de vista de las personas que desean traer hijos al mundo por razones normalmente biológicas no están en la posibilidad de hacerlo. Se busca así dar herramientas para la consecución del fin deseado: la realización personal mediante el ejercicio de la paternidad.

Sin embargo, lo que muy pocas personas se han detenido a pensar es que las técnicas de reproducción humana asistida, extrauterinas para el caso que nos ocupa, no involucran solamente el derecho a procrear, sino también derechos fundamentales de aquellos seres humanos “producidos” de manera no natural. Estamos hablando del embrión concebido *in vitro*.

La preocupación que planteamos es válida siempre que los derechos del embrión *in vitro* se vean afectados durante el desarrollo de estas técnicas. En ese sentido, podemos adelantar que las técnicas de reproducción humana asistida extrauterina sí afectan seriamente ciertos derechos extrapatrimoniales del concebido; y por lo tanto, se requiere regular su uso con la finalidad de evitar en todo lo posible la afectación de estos derechos, protegidos por el artículo 1, numeral 1 del artículo 2 de la Constitución Política; y por el artículo 1 del Código Civil.

Es en esa afirmación donde radica el fundamento del presente trabajo. Para ello se demostrará la naturaleza humana del embrión concebido extrauterinamente y se definirán los derechos que le competen. Estos derechos se contrastarán con los derechos de las personas que desean tener un hijo y que no pueden tenerlos de manera natural.

Todo ello supone realizar un análisis exhaustivo del momento en que se inicia la vida humana según el ordenamiento jurídico peruano y demostrar que el embrión concebido extracorpóreamente no sólo tiene vida humana, sino que también es un ser humano (a pesar de posturas que defienden lo contrario). Asimismo, para que este sea un trabajo completo, conoceremos en qué consisten las técnicas de reproducción humana asistidas extrauterinas, para desde allí delimitar con exactitud en qué estadio de la técnica se presentan vulneraciones a los derechos de estos seres humanos y en qué medida son vulnerados.

Reconocemos que detrás de estas técnicas, más que intereses económicos, que los hay, existen intereses realmente trascendentales y que ciertamente merecen ser atendidos. Nos referimos al anhelo de paternidad de aquellas personas que por razones biológicas se encuentran impedidas de tener hijos, y que han encontrado en estas técnicas el camino de concretar este ansiado anhelo. Visto de esa manera, nos encontramos ante un conflicto: ¿Debe el Estado poner los medios necesarios a favor de las personas que desean tener hijos, y de esta manera, brindar protección a su derecho de libre desarrollo de la personalidad?; o, si estas técnicas afectan derechos fundamentales del embrión, ¿Será lo más recomendable prohibir o restringir su uso, a pesar de que ello suponga limitar ese anhelo de paternidad? En la respuesta de estas preguntas se esconde un conflicto entre derechos fundamentales (o entre pretensiones de derechos fundamentales, según la posición que el lector prefiera

adoptar) razón por la cual también analizaremos esta situación, ponderaremos los derechos fundamentales en juego y decidiremos por la vigencia de uno de ellos en detrimento del otro.

Lo que intentaremos con el presente trabajo es dar respuesta a la pregunta: ¿Es el derecho a la paternidad fundamento suficiente para permitir la ejecución de técnicas de reproducción humana asistidas extrauterinas? La legislación nacional ciertamente permite el uso de estas prácticas, sin exigir más requisitos que la identidad entre la madre gestante y la genética. De la misma manera, a pesar de que la posición del Tribunal Constitucional es proteger la vida humana desde el mismo momento de la fecundación, este no se pronuncia clara y enfáticamente respecto a la naturaleza jurídica del embrión concebido extrauterinamente. En el mismo sentido, el legislador no lo consideró como un sujeto de derechos, de allí que carezca de protección penal. Es distinto en el caso de la legislación civil y constitucional, que hasta cierto punto otorgan protección al concebido *in vitro*, gracias a que no existe la restricción de no aplicación de sus normas por analogía, salvo que restrinjan derechos, que sí rige en el derecho penal. A pesar de ello, en la práctica, la protección civil o constitucional del embrión concebido *in vitro* es virtualmente nula.

Todo este conjunto de situaciones que son explicados a lo largo del presente trabajo dan pie a que se ejecuten las técnicas de reproducción humana asistida libremente, aún en contra de la ley, sin que sea posible delimitar responsabilidades y sancionar a los agentes infractores de esta y de los derechos de los concebidos.

Habiendo estudiado profundamente todo esto, sostenemos la hipótesis que las técnicas de fecundación humana asistida son ilegítimas en cualquier estado de derecho que se precie de serlo, pues sostenemos que por encima del anhelo de tener hijos, se encuentra el derecho a la vida y dignidad de cualquier ser humano, independientemente del estado de desarrollo en que se encuentre. Planteado esto, nos animaremos a presentar una propuesta legislativa que regule esta situación, protegiendo los derechos que a nuestro juicio merecen mayor protección. Para llegar a esta propuesta se habrá realizado previamente un estudio exegético nacional y comparado, es decir, se ha hecho una recopilación y estudio de las normas y jurisprudencia nacionales y extranjeras que regulan de manera genérica el derecho genético y todas aquellas materias que sirven de sustento para la tesis que pretendemos sustentar. Asimismo, se han obtenido normas de diversos sistemas jurídicos que regulan la fecundación humana asistida, que nos permitirán conocer cuál es el tratamiento del embrión concebido *in vitro* en otras legislaciones, qué límites se presentan y nos brindan una idea de qué parámetros son necesarios regular para el caso peruano.

También se ha hecho uso del método dogmático de investigación. Se ha realizado una recopilación de los más importantes dogmáticos en la materia, hemos sistematizado sus comentarios y presentamos un trabajo ordenado, con las síntesis de las posturas que favorecen el planteamiento propuesto, y con aquellas posturas que las condicen.

Es cierto que la tendencia mundial camina en sentido contrario a lo que estamos proponiendo, pero este no es un asunto “democrático”, sino de valores, de justicia y defensa de los derechos de los más vulnerables. No debería primar en este caso la manifestación de voluntad de terceros que no son directamente perjudicados por estas prácticas –nos referimos a los futuros padres-, sino el problema de fondo que se presenta: la afectación de la vida y dignidad, principalmente, de un ser ontológicamente semejante a todos nosotros.

CAPÍTULO I: VISIÓN HISTÓRICA

1) Generalidades

La fecundación humana asistida extrauterina es un fenómeno reciente, que data desde 1978, con el nacimiento de Louise Brown, primer bebé probeta¹. Antes de esa fecha, podremos encontrar intentos aislados con animales y algún intento exitoso de inseminación artificial en seres humanos, tal como posteriormente expondremos. Hay también, antes del nacimiento de Louise Brown, legislación aislada que intenta regular de alguna manera este fenómeno, como es el caso de la primera regulación relacionada con la fecundación *in vitro* en Estados Unidos, que tuvo lugar en 1975 con la publicación del informe “Regulaciones finales para la procreación de los seres humanos sometidos a experimentación”, por el Departamento de Salud y Servicios Humanos de este país.

Es por esa razón que el presente trabajo no tiene como uno de sus objetivos realizar un estudio histórico de la institución, lo mejor que podremos realizar es una remembranza histórica de los hechos más saltantes, y que de alguna manera dan vida al tema que hemos elegido como objeto de estudio.

Sería imposible afirmar que esta materia fue conocida en el derecho antiguo, ciertamente, no había manera de que prevean una regulación de la fecundación humana asistida. Sin embargo, considerando que desde nuestro punto de vista el ser humano producto de la fecundación humana asistida extrauterina es un concebido, sí es posible realizar un estudio de la naturaleza jurídica que tenía el concebido en el derecho antiguo, sobre todo en el derecho romano.

Consideramos importante realizar una aportación en este sentido pues, tal como lo dice Daniel Camacho: “*uno de los grandes aportes de Roma a la época moderna es el derecho. En las universidades se estudia el derecho romano porque es el fundamento de las leyes actuales y en Roma surgieron las instituciones jurídicas más importantes de hoy en día*”². El derecho romano fue y es muy importante porque ha sido la primera fuente de nacimiento de sistemas jurídicos tan importantes como el alemán o francés debido a la coherencia y solidez de las normas que estructura sus ordenamientos y su matiz de universalidad.

No sólo desarrollaremos la protección que se le deba en el derecho romano al concebido, sino que también haremos una breve referencia a la protección recibida en la corriente ibérica y en el derecho peruano antiguo.

2) La protección del concebido en el derecho antiguo.

¿En dónde radica la importancia del estudio del derecho antiguo? La historia del Derecho en general permite conocer cómo se regulaban ciertas instituciones jurídicas en tiempos

¹VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique (1995). *Derecho genético: principios generales*. Lima, Editora Normas Legales, p. 194

²CAMACHO, Daniel (2007) *Fundamentos de Sociología*. Costa Rica. Ed. Universidad Estatal a Distancia, 7ma edición, p. 64.

pasados, lo que presenta un enorme valor para entender la trayectoria de nuestra sociedad. Comprendiendo ese devenir histórico estaremos en capacidad de formular planes, normas y políticas adecuadas para solucionar los problemas que hoy nos aquejan.

Precisamente, nos permitimos adelantar que uno de los objetivos del presente trabajo es presentar una propuesta de regulación de las técnicas de reproducción humana asistida extrauterinas. Una propuesta adecuada será aquella que conozca previamente el devenir histórico de esta realidad, para saber de dónde viene, qué efectos tuvo en su oportunidad, cómo es su presente y cómo debería ser su futuro.

Evidentemente, en el derecho antiguo no se conoció la fecundación *in vitro* y era inimaginable un ser humano concebido fuera del vientre de la madre, razón por la cual será imposible que nos dediquemos en este apartado al estudio del concebido *in vitro* en el derecho antiguo. Sí nos referiremos a la protección que se brindaba al concebido en el derecho antiguo, especialmente en el derecho romano, fuente principal de nuestro sistema jurídico.

2.1) Naturaleza jurídica del concebido en el derecho romano.

Es comúnmente entendido que en el derecho romano, el hombre, sólo en cuanto actuaba como persona, era un sujeto capaz de adquirir derechos patrimoniales y de defender su derecho frente a intromisiones extrañas. Por otro lado, es innegable que el derecho romano justiniano protegía las atribuciones patrimoniales del concebido. El resultado lógico de estas premisas es afirmar que el concebido era considerado persona en el derecho romano justiniano. Al respecto, se han formulado una serie de teorías en torno a la personalidad jurídica del *nasciturus*, las cuales pasaremos a exponer.

a) Teoría de la paridad ontológica del concebido y nacido

Desarrollada por el maestro Pierangelo Catalano³, basa su teoría en el análisis comparativo del *Digesto* en dos niveles, el primero de ellos determinado por el estudio de las palabras y los conceptos usados para hacer referencia al concebido; y el segundo, conformado por los principios y la reglamentación de la condición jurídica del mismo. Estos niveles corresponden respectivamente a los dos últimos títulos del *Digesto*: “De la significación de las palabras” y “De las diversas reglas del derecho antiguo” (*De verborum significatione* y *De diversis regulis iuris antiqui*, respectivamente). El análisis realizado le permite distinguir y vincular los conceptos y la elaboración de principios referidos a la condición jurídica del concebido, para concluir afirmando la existencia de una “paridad ontológica” entre el concebido y el nacido, contra una excepcional equiparación legislativa.

Con referencia al estudio de las palabras y sus conceptos, para Pierangelo Catalano resulta evidente que las frases “*quid in utero est*” y “*quod in utero est*”⁴ señalan la existencia del concebido, en tanto *quid* es un término que se refiere a un “quien”, mientras que el término “*quod*” hace referencia a un “qué”. Bajo la misma línea

³ CATALANO, Pierangelo (1995) “Observaciones sobre la ‘persona’ del concebido a la luz del derecho romano” en *La Persona en el Sistema Jurídico Latinoamericano; Contribuciones para la Redacción de un Código Civil Tipo en Materia de Personas*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, p. 139.

⁴ Quien está en el vientre materno y lo que está en el vientre materno, respectivamente.

argumentativa sostiene que los términos “*in rerum natura esse*”⁵, (que se encuentra entre las cosas de la naturaleza), e “*in rebus humanis esse*”⁶ (que se encuentra entre las cosas humanas) “*suponen y destacan la existencia de ‘quien está en el útero’ (qui in utero est), como se precisa en D. 50.16.153*”.

Por otro lado, con referencia al análisis del segundo nivel de su estudio, referido a los principios y la reglamentación, Catalano señala que la paridad del concebido y del nacido es un principio de carácter general, salvo las excepciones de algunas partes del derecho. El principio general estaría claramente reglamentado en el Libro I, título V (del estado de los hombres) y encuentra correspondencia terminológica en el último libro, título XVI (de las diversas reglas de derecho antiguo). Concluye señalando que “*según el derecho romano, al menos en la edad justiniana, el concepto de la existencia del concebido es desarrollado como afirmación de un principio general de paridad, por lo cual deben considerarse excepcionales, siguiendo el criterio de los commodum, las partes del derecho en las que no se aplique dicho principio*”.⁷

Con respecto a la protección de los derechos del concebido, Catalano afirma, siguiendo a Valencia Zea, que “*el concebido gozaba de la protección jurídica que se le daba al mismo cuerpo de su madre, y así podían sancionarse los hechos ilícitos provenientes de cualquier persona, que lesionaran o impidieran la gestación normal del concebido*”⁸.

La teoría formulada por el maestro Catalano ha sido objeto de críticas, que compartimos. No es posible afirmar que en el derecho romano el concebido sea ontológicamente igual al ya nacido, pues en primer lugar, se olvida de la cita de Paulo, que señala que “*no son hijos los que, fuera de lo acostumbrado, son procreados con forma contraria a la del género humano, como si una mujer hubiere dado á luz alguna cosa monstruosa ó prodigiosa*”⁹. Sería contrario a toda lógica afirmar una igualdad ontológica entre concebido y nacido si el concebido que no tenga forma humana no es considerado humano. No puede afirmarse una igualdad ontológica entre un concebido sin derechos y un nacido que sí los tiene.

Por otro lado, Paulo equipara la condición jurídica del concebido a la condición jurídica del nacido para todo cuanto le favorezca, mas no adquirir obligaciones, lo que nuevamente diferencia a ambos sujetos de derecho. Finalmente, hay que señalar que las instituciones que protegen a ambos son distintos: al nacido le asignaron un tutor, mientras que al nasciturus un curador. Ya lo dice Modestino: “*No puede darse por los magistrados del pueblo romano tutor al que está en el vientre, pero puede dársele curador, porque en el Edicto se comprendió el nombramiento de curador*”¹⁰.

b.) Teoría de la ficción

⁵ D.1.5.26.

⁶ D.1.5.7.

⁷ CATALANO, Pierangelo, *op. cit.*, p.149

⁸ Idem.

⁹ D.1.5.14.

¹⁰ D.26.5.20

Señala Pierangelo Catalano: “Con relación a la condición jurídica del nasciturus, se pueden individualizar, en la edad contemporánea, dos corrientes de pensamiento jurídico: la primera, con fuerte inspiración justiniana, que caracteriza gran parte del área ibérica, la segunda, de origen pandectístico germánico”¹¹.

Es la pandectística alemana, sobre la base de la teoría formulada por Savigny, quien desarrolla la teoría de la ficción con relación a la situación jurídica del concebido en la Roma de Justiniano. A decir de Eva María Polo Arévalo¹², esta tesis toma como punto de partida los textos del Digesto que afirman que el concebido no está “*in rerum natura*” o “*in rebus humanis*”¹³, considerando así que el “*nasciturus*” no es persona porque tal condición se adquiere únicamente con el nacimiento. De esta manera Friedrich Karl Von Savigny¹⁴ afirma que existen una serie de disposiciones del *Digesto* que definen al concebido como una parte de las entrañas de la madre (que es según Savigny, “la realidad de las cosas en un estado presente”) y que no se contradicen a aquellas que asimilan al concebido con el infante recién nacido¹⁵, tratándose estas últimas de una ficción que sólo puede aplicarse a un cierto número de hechos especialmente determinados.

Acto seguido se pregunta cuál sería la capacidad del no nacido aún. La respuesta para Savigny es evidente: “*no tiene capacidad alguna, porque ni puede regir relaciones de propiedad, contraer deudas ni tener créditos*”¹⁶. La ficción de Savigny se ocuparía de la vida futura del concebido hasta el momento que nace, siempre que sea separado completamente de la madre, que siga vivo después de esa separación y que tenga forma humana.

Pero ¿cómo protege la ficción del derecho romano la vida futura del infante? Savigny señala que lo hace de dos maneras: le protege por la sanción de las leyes (leyes penales)—por ejemplo, aquellas que sancionan a la madre que intenta el aborto¹⁷ y a aquellos que colaboran—; y le marca los derechos que vienen unidos al nacimiento creados en su exclusivo interés (leyes civiles)—por ejemplo, aquella ley que ordena diferir la condena a muerte de la madre hasta el momento del alumbramiento¹⁸, o aquella ley que ordena que una vez muerta la mujer, abrir su cuerpo para salvar a la criatura¹⁹.

Pero la teoría de Savigny no se salva de las críticas. Esta teoría fundamenta sus bases en que el concebido era considerado parte de las entrañas de la mujer, y que, según

¹¹CATALANO, Pierangelo, *op. cit.*, p.149.

¹²POLO ARÉVALO, Eva María (2007) “Origen y significado del principio *conceptus pro iam nato habetur* en derecho romano y su recepción en el derecho histórico español y en el vigente código civil”. Documento extraído de la web. <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/2521/1/AD-11-41-pdf>. Consultado el 31.03.13

¹³ D.38.16.1.8; D.37.9.1.pr, D.7.1.1.; D.35.2.9.1.

¹⁴SAVIGNY, Friedrich Von Karl (1878) *Sistema del Derecho Romano actual* (versión al castellano por Jacinto Mesia y Manuel Poley).Madrid, Centro Editorial de Gongora, Tomo 1, pp. 310-311.

¹⁵ La cita más clara al respecto está contenida en D.1.5.26: “*los que están en el útero, se reputa en casi todo el derecho civil que son como nacidos...*”

¹⁶SAVIGNY, Friedrich Von Karl, *op.cit.*, p.4

¹⁷ D.47.9.4. ó D.48.19.39.

¹⁸ D.1.5.18.

¹⁹ D.11.8.2.

él, el *Digesto* no considera al concebido *in rerum natura* o *in rebus humanis*, considerando así que el *nasciturus* no es persona porque tal condición se adquiere únicamente con el nacimiento.

Siendo así, se le aplican todas las críticas que realizaremos seguidamente a la teoría del concebido como parte de las entrañas de la mujer. Asimismo, es de señalar que Savigny yerra al creer que el *Digesto* excluye al concebido de las cosas de la naturaleza o de las cosas de los hombres. Frente a ello hay que considerar que los fragmentos a los que Savigny hace referencia del *Digesto*,²⁰ están referidos al concebido de mujer esclava, el mismo que si bien no era considerado fruto, y por el contrario, tenía un importante valor económico para el propietario de la esclava, no era considerado *a priori* un futuro sujeto de derecho; de ahí que los textos citados digan que el concebido de mujer esclava no existe.

Por otra parte, es de señalar que Savigny ha apreciado únicamente la realidad fisiológica del concebido, entendido así como una víscera de la madre, dejando de lado los textos que sí reconocen al concebido *in rerum natura esse* o *in rebus humanis esse*, textos que sin negar la realidad fisiológica del concebido, le otorgan existencia propia, independiente de su madre.

c) El concebido como parte del cuerpo de la mujer.

En el *Digesto* encontramos dos citas que, leídas aisladamente, sugieren que para el derecho romano el concebido no pasaba de ser simplemente parte de las entrañas de la madre. Ulpiano señala en el *Digesto* que “*el parto, antes de que dé luz, es parte de la mujer o de sus entrañas*”²¹. En el mismo sentido se pronunció Papiniano, que señala que el *nasciturus* de mujer esclava no puede ser reconocido como hombre “*en cuanto a lo que está en el vientre de una esclava no se admitió ninguna distinción de tiempo; y no sin razón, porque el parto que aún no ha sido dada a luz no se dice con razón que sea un hombre*”²².

Según los defensores de esta teoría, estas dos citas, únicas por su contenido en el “*Corpus Iuris Civilis*”, llevarían a la conclusión que para los jurisconsultos romanos el concebido no es “*in rerum natura*” o “*in rerum humanis*”, por lo que para el derecho romano, el “*nasciturus*” no podría considerarse sujeto de derecho, persona, y por lo tanto, no sería susceptible de adquirir para sí derechos patrimoniales.

Tal afirmación es contradicha, con razón, por Catalano. Señala el jurista italiano que “*las precisiones de los dos juristas severianos no pueden considerarse más que como excepciones, convenientemente motivadas, respecto a los principios fijados en el primero y último libro de los Digesta*”²³. En lo que respecta a la cita de Ulpiano, Catalano afirma que debe entenderse que dicha reglamentación de la condición del concebido ha sido dictada con la finalidad de protegerlo. “*En efecto, el concebido gozaba de la protección jurídica que se le*

²⁰ D.7.7.1; D.30.24.pr.

²¹ D.25.4.1.1

²² D.35.2.9.1

²³ CATALANO, Pierangelo, op. cit. p.150.

daba al mismo cuerpo de la madre, y así podrían sancionarse los hechos ilícitos provenientes de cualquier persona, que lesionaran o impidieran la gestación normal del concebido”²⁴.

Con respecto a la cita de Papiniano, Catalano afirma que hay que tener en cuenta el “*status libertatis*” de la mujer esclava, así como la protección que se le otorga al concebido, independientemente del “*status libertatis*” de la madre, frente al delito de aborto.

Esta teoría, al igual que las anteriores que han sido citadas, no es sostenible. Así, Norberto Rinaldi, citado por José Alejandro Pellicano²⁵, observa que la frase “el hijo, antes del parto, es una porción de la mujer o de sus vísceras” ha sido sacada fuera de contexto, ya que se trataba del caso muy particular del derecho de inspección del vientre de una madre divorciada solicitado por su anterior marido y no se refiere a la persona por nacer en sí.

Con respecto a la cita de Papiniano, que señala que el nasciturus de mujer esclava no puede ser reconocido como hombre: “*en cuanto a lo que está en el vientre de una esclava no se admitió ninguna distinción de tiempo; y no sin razón, porque el parto que aun no ha sido dada á luz no se dice con razón que sea un hombre*”, señala este autor que se trata de una cita que admite una interpretación forzada, pues no se refiere al nasciturus en sí mismo ni a los derechos que le corresponden, sino a situaciones muy dispares como el fruto del vientre de una esclava o legados que tienen como objeto el mismo.

Por otro lado, esta teoría no encuentra correspondencia con la protección que el derecho romano brindaba al concebido. Así, con respecto al “estado de libertad” del concebido, no importará si la madre fue esclava al momento de la concepción o nacimiento, sino que bastaba que en algún momento, durante el embarazo y el alumbramiento, haya gozado de libertad para que su hijo sea considerado un hombre libre²⁶. De la misma manera, el derecho romano castigaba a la madre que se provocaba un aborto²⁷.

Pero el derecho romano no solo protegía al concebido frente a los avatares que podía sufrir la madre. En el Digesto, Ulpiano otorga al concebido los privilegios de su padre senador aunque haya perdido dicho cargo en el período comprendido entre la concepción y el nacimiento²⁸.

²⁴ Idem. p.150.

²⁵ PELLICANO, Alejandro (2004) “*La protección al concebido en roma y la situación actual del nasciturus a partir de las técnicas de fecundación extracorpórea*”. Ponencia presentada en el XIV Congreso Latinoamericano de Derecho Romano. Consulta: 1 de abril de 2013.

<<http://www.edictum.com.ar/miWeb4/Ponencias/ProfJoseAntonioPellicano.doc>>

²⁶ D.1.5.5.2-3.

²⁷ En D.48.19.39, se condena a una mujer llamada Miliesia a la pena capital porque habiendo recibido dinero de los segundos herederos se provocó ella misma un aborto con medicamentos. Asimismo, en Ulpiano (D. 1.5.5.2-3) establece que “si constare que una mujer se hizo violencia en sus entrañas para abortar, el Presidente de la provincia la mandará a destierro”

²⁸ D.1.9.7.1

Todas estas situaciones, que brindan al concebido una protección distinta a la madre, demostrarían claramente que este no puede ser considerado como parte del cuerpo de ella.

d) El concebido como centro de imputaciones de derechos y obligaciones.

Conocida también como teoría de la subjetividad, ha sido desarrollada por Gandolfi quien, citado por Carlos Fernández Sessarego²⁹, señala que es un equívoco considerar que existen contradicciones en el Digesto en torno a la condición jurídica del “*nasciturus*”. Manifiesta que el Digesto no señala que el concebido exista “*in rerum natura*”, como una persona ya nacida, sino que es tutelado en cuanto entidad futura, y en el sentido que –en subordinación a la verificación del nacimiento– son salvaguardados algunos derechos que corresponderían a quien ha sido concebido, si ya hubiese nacido.

Profundiza Gandolfi señalando que “*ciertas palabras reforzarían esta interpretación, como es el caso, entre otros, de “quodammodo”³⁰, que empleada por Celso, debe entenderse como equivalente a ‘en cierto modo’. A la misma conclusión se llega si se analizan las expresiones usadas por Juliano³¹. De ninguna de ellas puede deducirse que el concebido sea “in rerum natura”, sino que debe entenderse que se reservan ciertos derechos que sólo le corresponden definitivamente cuando se produzca el nacimiento*”.³²

La teoría de la subjetividad ha sido recogida tanto por la Constitución como por el Código Civil peruano. Así, la Constitución Política del Perú de 1993, en el Capítulo I del Título I, referido a los derechos fundamentales de la persona, diferencia los conceptos de persona humana y concebido (con lo cual no considera al concebido como una persona humana) y reconoce en este último su calidad de sujeto de derechos en todo cuanto le favorece.

También ha sido recogida por el código civil peruano, el mismo que en su artículo 1º señala: “*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*”. Así, la legislación civil nacional no considera que el *nasciturus* sea una persona natural, ya que no se ha producido aún el hecho determinante del nacimiento, sin que por esta razón deje de considerarse vida humana. Para el código civil peruano, el concebido no es persona, sino un centro privilegiado (puesto que solo lo es para todo lo que le favorezca), distinto y autónomo, un centro de referencia de derechos desde el instante de la concepción y hasta el nacimiento.

²⁹FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos (1995) “Tratamiento Jurídico del Concebido” en *La Persona en el Sistema Jurídico Latinoamericano; Contribuciones para la Redacción de un código civil Tipo en Materia de Personas*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 201.

³⁰ D.38.16.7.

³¹ D.38.16.6-8.

³² Cit. por FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *op. cit.* p.201.

e) Posición personal

Sostenemos que el concebido en el derecho romano no sólo era considerado como una esperanza de vida futura, sino también como un ser humano existente en el momento actual. Para llegar a esta conclusión es necesario analizar una serie de situaciones, tarea que pasamos a realizar.

Lo primero que es necesario preguntarse es si en el derecho romano se reconocía no sólo la existencia del concebido, sino también su reconocimiento como un ser distinto a la madre. Con respecto a la primera pregunta, nos limitaremos a un pasaje de Paulo que me parece muy ilustrativo, contenido en D.5.4.3: *“Los antiguos miraron de tal suerte por el hijo libre que aun estaba en el vientre, que le reservaban íntegros todos los derechos hasta el tiempo de nacer, según aparece en el derecho de las herencias, en las cuales no son admitidos los que están después de este grado de agnación, en que se halla lo que está en el claustro materno, mientras es incierto si pueda nacer”*. Este pasaje demuestra con claridad la importancia que el concebido tenía en la toma de decisiones, al menos en materia sucesoria, en el derecho romano, lo cual no hace sino acreditar la existencia real del *nasciturus*.

Por otro lado, queda claro para todos los estudiosos del derecho romano que el concebido sí es sujeto de derechos. Lo señala el *Digesto* en numerosas citas y todas las teorías que hemos presentado de una u otra manera lo confirman.

Al realizar este análisis nuestra primera impresión fue que el concebido sí era persona, pues en el derecho romano sólo los hombres, en tanto actuaran como personas, podían ser sujetos de derechos patrimoniales y tenían derecho a ejercer las acciones pertinentes para defender su derecho. Sin embargo, ya hemos sido claros en señalar que los concebidos en el derecho romano en realidad no son personas, básicamente por la necesidad de que nazcan con forma humana para poder ser considerados hijos; pero sí eran sujetos de derechos patrimoniales, con la consiguiente posibilidad de ejercitar las acciones necesarias para salvaguardar sus derechos. Es en este momento en que cobra especial importancia la figura del curador del vientre (*curator ventris*).

Esto nos llevó a la última parte del análisis realizado. Si estamos hablando de una realidad existente y reconocida como tal, que cuenta con derechos y con la posibilidad de protegerlos, pero que no podía ser persona... ¿de qué estamos hablando entonces? Todo ello nos ha llevado a concluir que el derecho romano reconoció la existencia de entes o realidades, diferentes a la persona romana, que estando en una posición privilegiada frente a estas podían obtener para sí derechos. Evidentemente nos estamos refiriendo al concebido, equiparable al nacido sólo para adquirir –entendido en un sentido amplio– todo aquello cuanto le favorece, bajo la condición suspensiva del nacimiento con vida y forma humana.

2.2) Corriente ibérica.

En las Partidas, concretamente en la cuarta, la ley 3 del título 23 establece que *“demientra que estoviere la criatura en el vientre de su madre, toda cosa que se faga, o se diga, a pro della apronechase ende, bien assi como si fuese nacida; mas lo que fuesse dicho, o fecho a daño de su persona o de sus cosas,*

*non le empescé*³³. Recoge la postura del “*qui in utero est*” del derecho romano justinianeo ya expuesto anteriormente.³⁴

Esta tradición romana perduró en el derecho ibérico hasta la segunda mitad del siglo XIX, cuando empiezan a defenderse la teoría de la ficción, ya desarrollada anteriormente. En ese sentido, Gómez de la Serna y Montalbán, sostiene que el feto no tiene existencia propia. En el mismo sentido Benito Gutiérrez, cuya obra tuvo considerable importancia en la redacción del Código, señala que el único ser susceptible de derecho es el hombre, cuya aptitud jurídica nace inmediatamente de su personalidad.³⁵

El proyecto de código civil español de 1836, y el Código Francés conservaron la presunción de nacimiento a favor del concebido, siempre que nazca vivo, tenga figura humana, viva al menos veinticuatro horas y sea bautizado. Pero el proyecto de código civil español de 1851, al definir al nacido, omitió cualquier referencia al concebido, limitándose a dar protección al nacido sólo cuando este haya sido “desprendido enteramente del seno materno”³⁶

2.3) Antecedentes en el derecho peruano.

Siguiendo a Carlos Ramos Núñez³⁷, el artículo 1° del código civil peruano de 1852 declara que “el hombre, según su estado natural, es nacido o por nacer”. Este texto sigue la tradición jurídica romanista que ve en el concebido un ser humano existente en el momento actual que se distingue del resto sólo por su nacimiento.

Esta posición romanista³⁸ se sigue manifestando en diversos artículos del código civil referidos al concebido. De esta manera, el artículo 3° consagraba que “al que está por nacer se le reputa nacido para todo lo que le favorece”, es decir, se refiere al concebido como si ya fuese hombre.

Finalmente, establecía en su artículo 4° que “el nacido y el que está por nacer necesitan para conservar y transmitir estos derechos que su nacimiento se verifique pasados seis meses de su concepción, que vivan cuando menos veinticuatro horas y que tenga figura humana”, es decir, adopta la teoría de la viabilidad y de la forma humana para reconocer personalidad jurídica al concebido, manteniendo aún la posición romanista de mantener una forma humana para ser considerado persona.

³³ “Mientras estuviera la criatura en el vientre de su madre, será beneficiada por toda cosa que se haga o diga a favor de ella como si ya hubiera nacido. Más lo que se diga o haga en contra suya, no le afectará”. Interpretación personal.

³⁴ CASTÁN VÁSQUEZ, José María (1994) *La tradición jurídica sobre el comienzo de la vida humana (del Derecho justinianeo a los Códigos civiles)*. España. Universidad San Pablo CEU, p.9

³⁵ Cit. por CASTÁN VÁSQUEZ, José María, op. cit, p.13.

³⁶ Art. 107 del citado proyecto.

³⁷ RAMOS NÚÑEZ, Carlos (1996): “El concebido en el derecho peruano del siglo XIX”, en *Instituciones del derecho civil peruano (visión histórica)*. Lima. Cultural Cuzco S.A. Tomo I, p.449.

³⁸ Al respecto, Paulo 1.5.14 señala que “*No son hijos los que, fuera de lo acostumbrado, son procreados con forma contraria á la del género humano, como si una mujer hubiere dado á luz alguna cosa monstruosa ó prodigiosa. Mas el parto que amplió los oficios de los miembros humanos, hasta cierto punto parece perfecto; y así, se contará entre los hijos*”.

El hecho de que el Código de 1852 señale que “el hombre, según su estado natural, es nacido o por nacer” es directa influencia del *Esboco* del código civil brasileiro de Augusto Texeira de Freitas, que nunca llegó a concretarse en una ley. Vélez Sarsfield utilizó el concepto de “persona” para el concebido, pues este era una “persona por nacer”, concepción que rompió con la tradición vigente según la cual los que aún no habían nacido no eran personas.

No es objeto del presente trabajo analizar cuál es el estado natural del hombre³⁹, pero si es de notar que el código de 1852 ya reconoce cierta personalidad jurídica al concebido, otorgándole derechos por el simple hecho de ser hombre (entiéndase ser humano) al igual que quien ya ha nacido.

Queremos hacer notar que la Constitución de 1839, vigente al momento de publicarse el código civil de 1852, no regula en su Título XVIII, referido a las garantías constitucionales y garantías individuales, ni la situación jurídica del concebido, ni mucho menos el derecho a la vida. Sí lo hace la Constitución de 1856, que en el artículo 14° establecía que “*lavida humana es inviolable*”, prohibiendo incluso la pena de muerte. Nótese que la Constitución protege la “vida humana” y el Código de 1852 habla de hombre “nacido o por nacer”, lo que nos lleva a afirmar, sin temor a equivocarnos, que ya desde al menos el año 1856, el concebido ya gozaba de la protección de las normas peruanas.

Por otro lado, la norma exige que se verifique el nacimiento pasados los 06 meses de la concepción, que viva al menos 24 horas y que tenga figura humana, todo ello con el fin de que pueda conservar y transmitir sus derechos. Nuevamente, se advierte claramente la influencia romanista.

Por su parte, el código civil de 1936 se adhiere a la teoría de la ficción de Savigny al decir “*que el que está por nacer se reputa nacido para todo lo que le favorece a condición de que nazca vivo*”⁴⁰. El nacimiento como el hecho determinante de la subjetividad jurídica representa una atribución de capacidad de goce sujeta a una doble limitación. En primer lugar es una capacidad que se reduce a todo lo que le favorece. En segundo lugar es una capacidad condicionada a la circunstancia de que el concebido llegue a nacer vivo.

La Constitución de 1933, vigente al momento de publicarse el código civil de 1936, garantiza el derecho a la vida, pero delega expresamente al Poder Legislativo la facultad de garantizar este derecho⁴¹, y si bien resulta claro que busca garantizar la vida de todos los habitantes, no se presenta con claridad si es que esta disposición constitucional alcanza a los concebidos. Felizmente el código civil de 1852; y posteriormente el Código de 1936 protegen, cada uno a su manera, a este ser humano en proceso de desarrollo.

³⁹ Para una mayor ilustración al respecto, se sugiere leer “Discurso” de Jean Jacques Rosseau; o “El Leviatán” de Thomas Hobbes, entre otros.

⁴⁰ Artículo 1

⁴¹ El art. 46 señalaba que “El Estado legislará sobre la organización general y las seguridad del trabajo industrial, y sobre las garantías en él de la vida, la salud y la higiene”

3) Orígenes de la fecundación humana asistida intra y extrauterina.

Los primeros trabajos en fecundación asistida datan desde el siglo XVI, tiempo en que Marcello Malpighi (1628-1694) llegó a fecundar artificialmente los huevos del gusano de seda⁴². Varios años después, concretamente en 1784, el naturalista italiano Lazzaro Spallanzani (1729-1799), incentivado por el éxito obtenido por Marcello Malpighi decidió realizar el mismo experimento en mamíferos, con la finalidad de demostrar que la corriente científica de la época estaba equivocada, pues afirmaban que para que se produjera la fecundación era suficiente que un gas o vapor proveniente del semen hiciera contacto con el óvulo. Basaban esta idea en el hecho cierto que el semen es depositado a distancia del óvulo, y aún así la fecundación se produce.

Para ello, colocó el líquido espermático y el “huevo” en una vasija de porcelana cerrada evitando el contacto entre ellos. Está demás decir que la fecundación no se produjo. Hacia el año 1874 decidió experimentar con una perra que se encontraba en su período de ovulación: le introdujo en la matriz con una fina aguja aproximadamente 0.85 gramos de espermatozoides de un perro de la misma raza. A los 60 días, le perra alumbró exitosamente a tres cachorros.

Posteriormente, en 1770, el ginecólogo John Hunter aconseja a un hombre con hipospadia inyectar su líquido seminal con una jeringa dentro de la vagina. Ese mismo año nació el primer bebé producto de la inseminación artificial⁴³.

Por otra parte, entre 1965-1970, el ginecólogo inglés Robert Edwards aplicó un proceso para obtener embriones teniendo en cuenta el momento óptimo de maduración de las dos células germinales humanas. Posteriormente, aplica tratamiento hormonal para obtener más de un óvulo por vez (ovulación inducida). Asimismo, presenta ante los investigadores la posibilidad de fertilizar ovocitos humanos en probeta. En 1970 obtiene el desarrollo de óvulos fertilizados *in vitro*: produjo una mórula inicial⁴⁴.

Fue este ginecólogo quien a principios de 1971 anuncia la posibilidad de transferir embriones humanos al útero materno para que allí se desarrollen y nazcan normalmente. Sus estudios dieron los resultados que esperaba y en 1978, en Inglaterra, se produjo el nacimiento de Louise Brown, primer ser humano concebido y nacido por la técnica de fecundación *in vitro* y transferencia del embrión al útero.

El procedimiento seguido para lograr el nacimiento de Louise Brown fue el siguiente⁴⁵:

1. Su madre fue sometida a un tratamiento hormonal para estimular la maduración de óvulos en sus ovarios.
2. Se extrae el óvulo maduro, detectado mediante laparoscopia.

⁴²SILVA SILVA, Hernán. (2008) *Medicina Legal y Psiquiatría Forense*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, Tomo I, p. 55.

⁴³CELIS LÓPEZ, Alfredo (2012). “Inseminación intrauterina en el momento actual” en Revista Peruana de Ginecología y Obstetricia. Vol.58, N° 2, p.108.

⁴⁴ Embrión temprano que, durante el período de segmentación, tiene el aspecto de una mora. Definición obtenida de la página web oficial de la Real Academia Española de la Lengua:

http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=mórula

⁴⁵BLAZQUEZ, Niceto: “*La bioética y los hijos del futuro*” (2004). Madrid. Ed. Vision Net, p. 60.

3. El óvulo extraído fue depositado en un recipiente con sustancias nutrientes, al que se añadió el espermatozoides del padre para fertilizarlo.
4. Una vez fecundado el óvulo, se le trasladó a otro recipiente donde permaneció en un medio de cultivo produciéndose la división celular hasta el estadio de blastocito.
5. El embrión fue implantado en el útero de la madre, donde se desarrolló normalmente hasta su nacimiento



CAPÍTULO II: DERECHO COMPARADO

Conforme el lector al ir revisando el presente trabajo, la intención que perseguimos con este es principalmente proteger los derechos fundamentales del embrión *in vitro*. Como sabemos, la realidad nos indica que la fecundación humana asistida no se encuentra regulada, únicamente es permitida por la Ley 26842, Ley General de Salud, pero sin limitar su uso, ni establecer sanciones o exigir mayores requisitos para el uso de las técnicas.

Tal es así, que la finalidad que perseguimos no podría ser suficientemente desarrollada si nos limitamos al estudio de una realidad jurídica que prácticamente no existe, razón por la cual consideramos importante estudiar lo que ha sucedido con respecto a la fecundación humana asistida en otros países, y cuáles han sido los efectos y reacciones de la comunidad jurídica al respecto.

Es importante además porque nos permitirá evaluar pautas de actuación al respecto, conocer la tendencia de la doctrina más especializada, y según lo que acontece en la realidad peruana, proponer una normatividad conforme a nuestros principios constitucionales y a todos los principios que conforman nuestro derecho.

Hemos elegido estudiar de manera muy especial la realidad española debido a que es el país con la legislación más desarrollada en esta materia, pues no sólo permite su uso, sino que delimita los supuestos en que es permitida, regula la crioconservación, el destino de los embriones supernumerarios, otorga estatuto jurídico al concebido *in vitro*, etc. Además, tal como se verá a lo largo del presente trabajo, las realidades españolas y peruanas eran hasta cierto punto bastante similares, lo que permite compararlas entre sí; y estas con la regulación jurídica de la materia que es objeto de estudio.

1) Estudio del caso español y su comparación con la situación peruana

La legislación española relativa al tratamiento de las técnicas de reproducción humana asistida es probablemente la que mayor desarrollo ha alcanzado en el mundo, de ahí que consideremos que este trabajo no podría estar completo sin un estudio medianamente detallado de la legislación española, comparándola con lo que sucede y ha sucedido en nuestro sistema jurídico.

Los sistemas jurídicos responden a la realidad que rodea una Nación, razón por la que consideramos importante hacer un muy breve repaso de las realidades española y peruana en la década de los 80 y a partir del año 2000. Se han elegido esas épocas porque justamente en aquellas es que España publica las normas que regulan la reproducción asistida.

1.1) Situación de España y Perú en la década de los 80.

No nos detendremos a detallar cifras macroeconómicas ni explicar los orígenes o la razón de los conflictos sociales ni vaivenes políticos sufridos por ambos países en la década de los 80, simplemente basta con saber que tanto España como Perú venían sufriendo gravísimos problemas internos de terrorismo, mantenían una economía decaída, con un

sistema democrático aún débil y recién vienen intentando reponerse de las terribles consecuencias de los gobiernos militares que los habían gobernado.

España, en el año 1988, publica la Ley N° 35/1988, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, a diferencia nuestra, que a la fecha actual ni siquiera hemos empezado a regular de manera seria esta materia. Consideramos que son dos los grandes motivos que permitieron a España sacarnos una ventaja al respecto: en primer lugar, la proximidad geográfica con Inglaterra, lugar donde en 1978 nace Louise Brown, la primera bebé probeta del mundo. En una época donde las tecnologías de la información no tenían la influencia que tienen ahora, la cercanía con Inglaterra y con el desarrollo de la ciencia embrionaria que este país en ese momento desarrollaba, definitivamente supuso una suerte de aliciente para la investigación de esta materia y para el desarrollo de una legislación “acorde” a esta nueva situación.

El segundo factor que consideramos permite a España regular el fenómeno de las técnicas de reproducción humana asistida se encuentra determinado por su ingreso a la Comunidad Económica Europea (ahora Unión Europea) en el año 1986. Hay datos que demuestran un crecimiento acelerado de su economía en los seis primeros años de permanencia en esta comunidad (por ejemplo, en 1985, es decir, un año antes de la integración de España a la Comunidad Económica Europea, su PBI era de US\$ 164 250,00 millones de dólares; para el año 1989, la cifra se multiplicó hasta sumar US\$ 379 360,00 millones de dólares). Habiendo obtenido una cierta tranquilidad económica, los legisladores españoles pudieron empezar a preocuparse por otros temas, de ahí que coincida la publicación de la primera ley española respecto a las técnicas de reproducción humana asistida con el inicio de la bonanza económica; y como se verá más adelante, la última norma emitida al respecto coincide con los años anteriores al inicio de la crisis que actualmente vive el Estado español.

Desarrollo de la investigación embrionaria

Hasta este momento, resulta claro que las realidades española y peruana durante la década de los 80 no han sido muy diferentes entre sí: crisis económica, crisis política, conflictos internos; sin embargo, en cuanto al desarrollo científico de la ciencia embrionaria, España sacó una gran ventaja a Perú, ventaja que no sólo se refleja en las investigaciones que empezaron a realizar, sino por la regulación que se inició al respecto: mientras que en Perú no se reguló la materia, en España se inicia una racha, hasta cierto punto positiva, de leyes que regulan la investigación en embriones humanos.

Es cierto que mucho tuvo que ver la cercanía geográfica de España con Inglaterra, lugar donde en 1978 nace Louise Brown, la primer bebé probeta. En España hacia el año 1978 ya se había instaurado el primer banco de semen, en el año 1984 nació el primer bebé probeta español y para 1988 ya habían nacido cerca de 2000 niños por medio de la fecundación *in vitro*.

Ese mismo año se calcularon unas 700 000 parejas estériles casadas en edad fértil, admitiéndose un porcentaje del 10% al 13% del total, de los cuales el 40% podrían beneficiarse de la fecundación *in vitro*, y un 20% de la inseminación artificial. Existen

además 13 bancos de gametos y 14 centros especializados, públicos y privados, con capacidad para realizar estos procedimientos.⁴⁶

En general, la sociedad española admitía la práctica de estos procedimientos, siendo pocas, muy pocas las voces que advertían de las implicancias éticas y jurídicas que los procedimientos de fecundación artificial traían consigo. Tal es así que el mismo Rey de España, Juan Carlos I, emitió un pronunciamiento señalando que *“no parece haber duda de que la investigación científica y tecnológica debe continuar su expansión y progreso, y que no debe ser limitada si no es en base a criterios fundados y razonables que eviten su colisión con los derechos humanos y con la dignidad de los individuos y las sociedades que constituyen”*⁴⁷.

Como se verá más adelante en el presente trabajo, si bien existe una intención de buenas voluntades del Gobierno español para tratar al embrión con dignidad, lo cierto es que las normas que aprueban no hacen sino dañar precisamente en ese derecho fundamental a ese ser humano en desarrollo.

1.2) Situación de España y Perú hacia el año 2000

Nuevamente, nos encontramos ante situaciones económicas y sociales semejantes: países con un sistema democrático estable, con economías fuertes y en crecimiento. Sin embargo, hacia el año 2008, a diferencia de lo que venía sucediendo en Perú, que gozaba de una progresiva recuperación de su economía, en España la tendencia positiva empezó a decaer, debido a las importantes deudas hipotecarias de las inmobiliarias y ciudadanos con los bancos, deudas que no podían ser honradas y originaron una fuerte crisis económica, que al día de hoy el gobierno español sigue intentando paliar.

Hacia el año 1997, en Perú se publicó la Ley 26842, General de Salud, la que como ya se ha mencionado precedentemente permite el uso de técnicas de reproducción humana asistida sólo para el tratamiento de la infertilidad, siempre que la madre gestante y la genética sean las mismas. De ahí en adelante no se ha dictado ninguna norma que regule la materia, razón por la cual actualmente existen prácticas que atentan seriamente contra la vida, dignidad, salud e integridad de los embriones *in vitro*, reconocidos en la práctica y por algunos teóricos como realidades no humanas.

Por su parte, España publica en la década del 2000 tres leyes: La Ley 45/2003, de 21 de noviembre, por la que se modifica la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida; la Ley 14/2006, que deroga la Ley 35/1988, y la Ley 45/2003; y la Ley 14/2007, de 03 de julio, de Investigación biomédica. Veremos a continuación cómo progresivamente la legislación española ha ido desprotegiendo al embrión *in vitro*, para ello hemos visto conveniente definir cómo se protege la vida en el ordenamiento jurídico español; qué estatus jurídico se brinda al embrión concebido *in vitro*, y cómo se regulan las técnicas de reproducción humana asistida en el sistema jurídico español.

1.3) El reconocimiento del derecho a la vida en el ordenamiento jurídico español

⁴⁶ Información obtenida de los considerandos de la Ley N° 35/1988, sobre Técnicas de Reproducción Asistida.

⁴⁷ *Ibid.*

A) La Constitución Política española de 1978

La Constitución Política inicia con la declaración de España como un Estado Social y Democrático de Derecho. No reconoce literalmente a la persona como fin de la sociedad y del Estado, sino a su derecho a la dignidad como fundamento del orden político y de la paz social⁴⁸. No reconoce el derecho a la vida sino hasta el artículo 15°. Hay que destacar un detalle, no habla del derecho a la vida de las personas, sino del derecho a la vida de “todos”. Siendo este un término tan amplio, puede entenderse esta disposición constitucional de manera muy amplia, abarcando tanto a los nacidos como a los no nacidos. Sin embargo, el Tribunal Constitucional Español, señala que el mencionado artículo se refiere a todos los nacidos⁴⁹.

La realidad social y política reinante en esos años explica que el artículo 1° de la Constitución declare a España como un Estado democrático debido a que el año 1978 era un año de transición, que supuso para España el paso de la dictadura franquista a un régimen monárquico, democrático y parlamentario. Sin embargo, no logramos entender porqué se reconoce primero el derecho a la dignidad y después el derecho a la vida, como si el primero pudiera englobar al segundo.

B) Estatus jurídico del embrión

El código civil español de 1889 señala en los artículos 29° y 30°⁵⁰ que el nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que se reúnan las siguientes condiciones: nacimiento con vida y desprendimiento completo del seno materno.

El inicio de la personalidad en el derecho español es un tema que ha generado muchas críticas (al asumir la teoría de la viabilidad), sin embargo, no es una materia que atañe al presente trabajo, razón por la cual no será considerada.

Sí nos interesa resaltar que con respecto al estatus jurídico del concebido, el código español asume la teoría de la ficción, equiparando al concebido a un nacido para todos los efectos que le sean favorables. En un nivel práctico, se protegería de la manera más amplia posible al concebido⁵¹, pero desde un punto de vista teórico, la teoría de la ficción ha generado numerosas críticas. Así, se sostiene que condicionar la personalidad jurídica del concebido con su nacimiento con vida es incompatible con el reconocimiento del *nasciturus* como persona humana. De esta manera, se crea una contradicción:

⁴⁸Artículo 10

⁴⁹ Sentencia del 18 de junio de 1999.

⁵⁰Artículo 29

El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente.

Art. 30

Para los efectos civiles, sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno.

⁵¹ En el mismo sentido opina ARTILES, Sebastián (1978) *Derecho Romano*, Venezuela, Ed. Jurídica Venezolana, p. 240

reconocimiento de personalidad jurídica al que está por nacer, siempre y cuando nazca con vida⁵².

En el mismo sentido se pronuncia Martínez Pujalte, al señalar que “se hace pues necesario abandonar la noción jurídica de persona que nos ofrecen los artículos 29 y 30 del Código Civil, que se ha tornado hoy obsoleta y desfasada, y que sólo puede ser interpretada, en todo caso, como un *fictio iuris* válida exclusivamente en el ámbito del derecho patrimonial⁵³”.

De la misma manera, al condicionarse el inicio de la personalidad al completo desprendimiento del seno materno, se tiene que si el nacido muere antes de este hecho, se considerará como si nunca hubiera nacido. Esto significaría que el concebido no es una persona de existencia visible hasta que no nazca con vida, y por lo tanto, se elaboró un concepto jurídico abstracto, de personalidad jurídica, con la intención de proteger esa potencial vida. Coincido con Gastón Blasi cuando afirma que “*estas disposiciones normativas infraconstitucionales, en principio, parecería que no aceptan la paridad ontológica del embrión respecto del individuo ya nacido*”.⁵⁴

Independientemente de las críticas que pudiera suscitar la teoría de la ficción para explicar el estatuto jurídico del concebido, al igual que en la legislación peruana, la española no determina el momento de la concepción, razón por la cual intentaremos dar con la respuesta en la jurisprudencia de este país.

C) La concepción según la jurisprudencia española

En la Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985 de 11 de abril⁵⁵, se cuestionó el contenido del artículo 15 de la Constitución española⁵⁶. Dicha sentencia reconoce a la vida humana como un valor superior del ordenamiento jurídico y señala que esta es un proceso biológico que comienza con la gestación y que termina con la muerte. Nos ha parecido interesante que el Tribunal Constitucional español señale que la vida humana está sometida a los efectos del tiempo y por lo tanto los “*cambios cualitativos de naturaleza somática y psíquica que tienen un reflejo en el estatus jurídico público y privado del sujeto vital*”. Es decir, se puede deducir que según el Tribunal Constitucional español, la vida es un acontecimiento que ocurre en el mismo sujeto, pero cuya naturaleza jurídica va cambiando a lo largo del tiempo, reconociendo por tanto que el embrión humano no ostentaría el mismo estatus jurídico que el de un ser humano ya nacido y desprendido del seno materno, pero no obstante ello, titular del derecho a la vida.

⁵² Vid. BLASI, Gastón Federico (2009), “¿Cuál es el estatus jurídico del embrión humano? en *Persona, Derecho y Libertad*, Lima, Ed. Motivensa, pp.115, 116.

⁵³ MARTÍNEZ PUJALTE, Antonio Luis(1995) “Hacia un concepto constitucional de persona”, en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*. Valencia, N° 11/12, p. 152.

⁵⁴ *Ibid*

⁵⁵ La misma que se puede ubicar en la página oficial del Boletín Oficial del Estado español: <http://www.boe.es/buscar/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1985-0053>

⁵⁶ Que señala: Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra.

Sin embargo, de manera inexplicable, el Tribunal termina por no reconocer al nasciturus la titularidad del derecho a la vida, y declara la legitimidad constitucional del sistema de despenalización del aborto basado en el sistema de indicaciones: terapéutica, criminológica y eugenésica. Señala el Tribunal español: *“en definitiva, el sentido objetivo del debate parlamentario corrobora que el nasciturus está protegido por el artículo 15 de la Constitución, aún cuando no perite afirmar que sea titular del derecho fundamental”⁵⁷*

Posteriormente, el Tribunal Constitucional español, mediante sentencia 212/1996 del 19 de diciembre, restringe nuevamente el alcance del derecho fundamental a la vida, reiterando el fundamento esgrimido con ocasión de la sentencia 53/1985 antes referida.

Sigue la misma tendencia en la sentencia 116/1999⁵⁸, de 17 de junio de 1999, recurso de inconstitucionalidad 376/1989, contra la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, de Técnicas de Reproducción Asistida, en la cual el Tribunal Constitucional español ha establecido que los concebidos no pueden considerarse en dicho ordenamiento jurídico como titulares del derecho fundamental a la vida, lo que no significaría que resulten privados de toda protección constitucional, pues, los preceptos constitucionales relativos a los derechos fundamentales no necesariamente se agotarían en su reconocimiento, sino que pueden contener exigencias dirigidas al legislador. En dicho sentido, obliga al Estado a *“abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación, y la de establecer un sistema legal de defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya también, como garantía última, las normas penales”*.

Por otro lado, resulta muy interesante la reciente decisión del Tribunal de Justicia Europeo, de fecha 18 de octubre de 2011, la misma que estableció que *“constituye un embrión humano todo óvulo humano a partir del estadio de la fecundación, todo óvulo humano no fecundado en el que se haya implantado el núcleo de una célula humana madura y todo óvulo humano no fecundado estimulado para dividirse y desarrollarse mediante partenogénesis”*

La decisión adoptada por el Tribunal de Justicia Europeo es digna de elogio y réplica en todos los países del mundo, pues muy a pesar de los fuertes intereses económicos y de los lobbies que estos traen consigo, ha emitido un pronunciamiento lo suficientemente claro a favor de la protección de la vida del ser humano desde el primer momento de vida. Quizá desde un punto de vista estrictamente jurídico ha pasado ciertos límites al reconocer la calidad de embrión incluso a aquellos óvulos que aun no han sido fecundados, pero que inevitablemente lo serán. Lo cierto es que en esos casos estamos hablando de una realidad potencial, no de una realidad existente en el momento presente, pero también es cierto que todo óvulo en el que se implante el núcleo del espermatozoide inevitablemente se desarrollará hacia un ser humano.

Lo mismo puede decirse en el caso de la partenogénesis, que es un *“modo de reproducción de algunos animales y plantas, que consiste en la formación de un nuevo ser por división reiterada de células*

⁵⁷ Fundamento jurídico quinto de la sentencia.

⁵⁸ La misma que se puede ubicar en la página oficial del Boletín Oficial del Estado español: <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-T-1999-15024>

*sexuales femeninas que no se han unido previamente con gametos masculinos*⁵⁹. Es “un proceso reproductivo asexual que se realiza mediante la estimulación del desarrollo de un óvulo por medios térmicos, físicos, químicos, mecánicos o tratamientos enzimáticos sin que sea fecundado por un espermatozoide, es decir, no hay fecundación⁶⁰. A lo que el Tribunal de Justicia Europeo quiere llegar es proteger al embrión humano que sea concebido mediante la partenogénesis, que si bien de manera natural se presenta en rarísimas ocasiones en seres humanos, gracias al adelanto de la ciencia, esto sería posible de manera artificial, es decir, mediante el desarrollo del ovocito gracias a técnicas de estimulación nuclear especiales, sin la presencia de espermatozoides.

Si bien en ambos casos no puede decirse en estricto que se está protegiendo una vida humana, sí es cierto que está protegiendo una futura vida humana, vida que inevitablemente se desarrollará cuando se someta al ovocito a las técnicas de la partenogénesis o se le haya implantado el núcleo de un espermatozoide. El Tribunal Europeo así, protege a la vida desde la concepción, e incluso desde antes de la misma. No podemos pensar en una postura más proteccionista y positiva de la vida humana que esta.

D) Código penal

El código penal español regula en sus artículos 144, 145, 145 bis y 146 el delito del aborto. Con respecto a esos artículos en particular, no hay una diferencia sustancial con lo regulado en la norma peruana: no se define lo que es el aborto, por lo que llevados por la definición usual del mismo, (interrupción del embarazo por causas naturales o deliberadamente provocadas⁶¹) que implica necesariamente el quitar la vida del ser humano que se lleva dentro del vientre materno; y teniendo en cuenta el principio de tipicidad en materia penal, el concebido *in vitro* no cuenta con la protección del Estado español, pues no sería posible clasificar al embrión extrauterino como sujeto pasivo del delito.

Por otro lado, el código penal español regula de una manera más extensa que el Código peruano, los delitos de manipulación genética, sancionando a quien manipule genéticamente embriones con una finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves, para la creación de armas biológicas, a quien clone seres humanos, etc., pero en ningún momento sanciona a quien destruye embriones concebidos artificialmente y mientras se encuentren fuera del vientre materno.

Dicho de otro modo, la regulación del código penal dista mucho de ser proteccionista de los derechos del embrión concebido *in vitro*, permitiendo incluso la manipulación de los mismos, dizque para la disminución de enfermedades graves o taras. Presentamos dos cuestiones al respecto: 1) ¿qué se entiende por enfermedades graves? y; 2) ¿eliminación o disminución de taras o enfermedades graves de quien? ¿Del mismo concebido o de la humanidad? Como se ve, estas interrogantes dejan abierta una puerta muy grande para la manipulación y denigración del ser humano en proceso de desarrollo.

⁵⁹ Definición obtenida de la página web de la Real Academia Española de la Lengua: <http://lema.rae.es/drae/?val=partenogenesis>

⁶⁰ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique (1995). *Derecho Genético. Principios Generales*. Lima: Ed. Normas Legales. p. 228

⁶¹ Definición de la Real Academia Española de la Lengua: <http://lema.rae.es/drae/?val=aborto>

En conclusión, como se puede observar de la lectura de las disposiciones del código civil, del Tribunal Constitucional y del código penal español, el concebido *in vitro* no ostentaría el mismo estatuto jurídico que la persona, de ahí que se recurra a una ficción para compararlos, y que no se sancione penalmente el atentado contra la vida de este ser humano. Esta situación se torna mucho más grave y evidente con las normas que regulan de manera directa las técnicas de reproducción humana asistida y que pasamos a detallar.

1.4) La regulación de las técnicas de reproducción humana asistida en España

Ley 35/1988.

El antecedente a esta ley es la sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, la misma que, como se ha mencionado anteriormente, no reconocía al *nasciturus* como un sujeto de derechos, puesto que no tenía personalidad jurídica (para ello tenía que haber nacido), sino un bien jurídico a proteger. Asimismo, estableció un régimen de protección de vida según la etapa de desarrollo del ser viviente, pero no distinguía al embrión viable del inviable, ni tampoco del concebido “normal” frente al concebido *in vitro*.

La ley 35/1988 no respeta el antecedente jurisprudencial señalado. Así diferencia sin ningún basamento jurídico entre el “embrión viable” y el “embrión no viable”. El embrión viable sería aquel digno de ser protegido, es decir, aquel que se encontrase implantado en el útero de la mujer y tenga al menos 14 días de gestación. Sólo al embrión apto para su transferencia al útero de la mujer se le consideraba un bien al que había que proteger jurídicamente.

Cabe hacer una aclaración: la norma diferencia entre pre-embrión, embrión y feto. Consideraba al pre-embrión como “*un grupo de células resultantes de la división progresiva de óvulo desde que es fecundado hasta aproximadamente 14 días más tarde*”⁶². Para el legislador, el ser humano, dentro de los primeros 14 días de desarrollo no es sino un grupo de células, definición que, sin tener ninguna base científica, permite limpiar la conciencia de los legisladores y de quienes se mueven dentro de este campo, para poder investigar o destruir los pre-embiones, pues su naturaleza jurídica y ontológica sería para ellos igual a la de un conjunto de células.

Esta norma cae en una terrible contradicción: por un lado únicamente brinda protección al pre embrión viable⁶³, y por otro prohíbe la creación de embriones humanos con fines distintos a la reproducción⁶⁴; y se vuelve a contradecir al permitir la investigación y experimentaciones no terapéuticas en embriones *in vitro*, no viables y no transferidas al cuerpo de la mujer⁶⁵. ¿Qué sentido tendría limitar la producción de embriones sólo para fines de reproducción si es que tienes embriones no viables que son equiparados a un conjunto de células humanas? ¿Si sólo son un grupo de células, dónde está el conflicto en

⁶² *Vid.* apartado II de la exposición de motivos.

⁶³ Art. 13.2.

⁶⁴ Art. 3.

⁶⁵ Art. 15.3.a.

crearlos con fines distintos? Por otro lado, ¿se permite su producción sólo con fines de reproducción o también para fines de investigación y experimentación?

Por otro lado, la norma permite transferir a la mujer el número de embriones necesarios para la procreación⁶⁶, establecía la crioconservación⁶⁷ de los embriones restantes pero no regulaba el destino de ellos una vez pasados los cinco años, pudiendo por tanto estos embriones – seres humanos- ser objeto de investigación científica; o ser destruidos.

Ley 45/2003

La ley 45/2003 es una muestra más de que para el legislador, la vida del mal llamado pre-embrión es un bien jurídico inferior que la vida de la madre, pues, con la finalidad de proteger la vida, salud e integridad de esta, limita a tres el número de ovocitos de la misma mujer que podían producirse y serle transferidos en el mismo ciclo, salvo que por razones patológicas de la mujer sea necesario producir e implantar más embriones⁶⁸. Como puede verse, la intención de la norma es proteger la salud de la mujer para no anidar un alto número de embriones, y sólo por razones patológicas de ella, sería posible transferirle más embriones. Nadie niega la necesidad de proteger la salud de cualquier persona, pero tan importante como ello, es proteger la vida y salud de seres humanos más indefensos: los “pre-embryones”.

Asimismo, llena un vacío que fue dejado por su antecesor relativa al destino de los embriones crioconservados y respecto de los cuales nadie se ha acercado a reclamarlos. En ese sentido, autoriza, con el consentimiento de los progenitores, la donación de los embriones con fines reproductivos, o en todo caso, proceder a su descongelación y dejarlos morir.

En caso se produzcan nuevos embriones “sobrantes”, la ley permitía que fuesen crioconservados por todo el tiempo que dure la vida fértil de la mujer, con el objeto de que le puedan ser transferidos con posterioridad. En caso no sean utilizados dentro de ese plazo, podrán ser donados con fines de procreación.

La ley 45/2003 daba un paso más en el proceso de desprotección del embrión: los embriones humanos viables no implantados congelados con anterioridad a la entrada en vigencia de esta ley, podían ser utilizados para investigación, una vez producida su muerte. Esta ley modifica el concepto de “viabilidad” usado hasta ese momento: un embrión inviable no era ya aquel que no tenía posibilidades de desarrollarse con vida, sino aquel que no iba a ser implantado en el útero de la mujer.

Leyes 14/2006 y 14/2007

Posteriormente en España se publican dos normas, la 14/2006, la misma que deroga la Ley 35/1988 y 45/2003 y regula la aplicación de las técnicas en el tratamiento de enfermedades genéticas, autoriza la investigación con embriones congelados, independientemente de si estos son viables o de la fecha en que hayan sido producidos e incluso permite expresamente la posibilidad de desechar los pre-embryones

⁶⁶ Art. 4:

⁶⁷ Cap. IV de la ley

⁶⁸ Artículo único de la ley, que modifica el artículo 4 de la Ley 35/1988

supernumerarios no reclamados por sus padres⁶⁹. La segunda norma sigue en la línea marcada de seguir desprotegiendo a los embriones. Así, si bien en un principio suprime el uso a tres ovocitos por cada ciclo de la mujer, permitiendo la producción de más ovocitos por ciclo, pero obligando en principio al uso de tres de ellos por cada ciclo⁷⁰, para evitar embarazos múltiples. Sin embargo, permite la fecundación de más de tres ovocitos, en caso de presentarse alguna patología en los progenitores, destinando por tanto expresamente embriones a morir.

La ley 14/2006 otorga a las clínicas la plena propiedad de los embriones y les otorga la potestad de decidir el fin de la crioconservación⁷¹. De esta forma, los embriones humanos se convierten en fuente inagotable de “materia prima de investigación”, siempre que no tengan más de 14 días de formación. Una vez descongelados, los embriones pueden usarse para investigación, para ser donados a otra pareja, o simplemente se les deja morir.

Por otra parte, la norma permite la selección genética de embriones con fines terapéuticos para terceros. Para decirlo de manera muy resumida, consiste en la producción *in vitro* de un embrión seleccionado genéticamente de modo que pueda ser donante compatible para curar a su hermano enfermo. El problema radica en que para ello deben crearse un gran número de embriones, sólo para seleccionar uno que va a vivir, mientras los otros se les deja morir.

Finalmente, la ley 14/2007 ratifica la descongelación y el uso de embriones sobrantes con fines relacionados con la obtención, desarrollo y utilización de líneas celulares troncales embrionarias⁷² y permite que sean donados con fines de investigación médica.⁷³ En Perú, mientras tanto, no se ha hecho ningún avance al respecto, por lo que carece de razón realizar algún comentario.

2) La regulación en otros países⁷⁴

2.1) Estados Unidos

A nivel federal, la primera regulación relacionada con la fecundación *in vitro*, tuvo lugar en 1975, con la publicación del informe “Regulaciones Finales para la Procreación de los Seres Humanos Sometidos a Experimentación”, por el Departamento de Salud y Servicios Humanos. En 1980 se creó la “Comisión para el Estado de los Problemas en Medicina e Investigación Biomédica y Conductual”, la cual se pronunció sobre la terapia génica, aceptándolas en las células somáticas⁷⁵ y rechazándolas en las germinales.

⁶⁹ Art. 11.4

⁷⁰ Art. 3 de la ley.

⁷¹ Art. 11.6 de la Ley

⁷² Art. 33

⁷³ Capítulo II.

⁷⁴ Las normas a las que se hace referencia en este acápite han sido extraídas de BRENA SESNA, Ingrid y ROMEO CASABONA, Carlos; (2006) *Código de Leyes sobre genética*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, T. I.

⁷⁵ Se refiere a cualquier célula del cuerpo, menos los óvulos y espermatozoides.

En los Estados Unidos no existe una legislación uniforme debido al sistema de organización política, de modo que coexisten numerosos cuerpos normativos en los diferentes Estados que lo conforman, que van desde la gran permisividad de diversas técnicas de fecundación hasta la prohibición y penalización de las mismas figuras en otros estados.

El Código de Regulaciones Federales, aplicable a toda investigación sobre seres humanos, contiene normas respecto a las investigaciones sobre mujeres embarazadas, fetos y el uso de la fecundación *in vitro*, empieza definiendo al embrión como el producto de la concepción desde la implantación hasta la completa separación del feto del cuerpo de su madre, con lo cual desde ya niega la naturaleza humana al embrión *in vitro*⁷⁶

En materia de experimentación, muchos estados aprobaron leyes prohibiendo la investigación de embriones abortados y sancionando a quienes realicen estas prácticas. A su vez, en la mitad de los estados tienen leyes que prohíben la investigación no terapéutica sobre fetos y embriones, extendiéndose en algunos casos a los preembriones, como por ejemplo, en el Estado de Louisiana.

En concordancia con el derecho de la mujer a interrumpir su embarazo⁷⁷, Bill Clinton, cuando fue Presidente de los Estados Unidos, con fecha 23 de enero de 1993, autorizó los experimentos en embriones y fetos que Reagan había prohibido. Para ello sostenía que la política no podía atar a la ciencia y a la medicina, como si el respeto a la vida humana sea un asunto que pueda definirse políticamente.

En el 2003 se publica el Acta de Prohibición de Clonación Humana y el Acta de California para la Investigación en Células Madre. Esta última crea el Comité de Asesoramiento para la Investigación en CélulasM, el mismo que está conformado por: a) 07 científicos con experiencia en investigación biomédica, b) dos expertos en ética médica, c) dos personas con conocimientos legales en investigación en células madre, fertilización *in vitro* o derecho de familia y; d) dos personas miembros o líderes de alguna organización religiosa. Señala asimismo que todo proyecto de investigación que involucre o use células madre embrionarias, deberá ser aprobada por una junta de evaluación institucional.

Finalmente, en febrero de 2004 se aprueba el Acta sobre Investigación en Células Madre Humanas del Estado de New Jersey, permitiendo en ese Estado las investigaciones que

⁷⁶En el párrafo 46.202 se precisan las definiciones de feto y entrega, las mismas que transcribimos literalmente: The definitions in §46.102 shall be applicable to this subpart as well. In addition, as used in this subpart:

movement of voluntary muscles, nor pulsation of the umbilical cord.

(b) Delivery means complete separation of the fetus from the woman by expulsion or extraction or any other means.

(c) Fetus means the product of conception from implantation until delivery.

⁷⁷ Caso *Roe vs Wade*, en el que se reconoce el derecho constitucional de la interrupción voluntaria del embarazo, según las siguientes pautas: 1. En el primer trimestre existe libertad absoluta de parte de la mujer sobre el futuro de su embarazo, sin interferencia estatal; 2) En el segundo trimestre, será posible interrumpir el embarazo siempre que medie la decisión de la autoridad pública de regulaciones y procedimientos en tema de aborto y; 3) en el tercer trimestre se presume que el feto es viable y por lo tanto, el Estado puede prohibir el aborto.

involucren el uso de células madre embrionarias de seres humanos, con la finalidad de obtener conocimientos que permitan mejorar la salud de la población.

2.2) Inglaterra

En julio de 1982, cuatro años después del nacimiento de la primera niña fecundada *in vitro*, el gobierno inglés decidió crear una comisión especial para el estudio de la fertilización humana y la embriología, denominada “*Committee of Inquiry into Human Fertilization and Embryology*” a cargo de Mary Warnock. El informe que emite este Comité, denominado “Informe Warnock”⁷⁸, marca la línea de actuación no sólo en Gran Bretaña, sino en toda Europa, ya que es el primer informe europeo que trata el tema que nos ocupa. Entre las pautas que recomienda adoptar, tenemos las siguientes:

- a) Donación de gametos masculinos totalmente anónima.
- b) Derecho a la identidad genética, cuando el concebido bajo esta forma cumpla los 18 años.
- c) La manipulación no autorizada de un embrión constituye delito, así como mantenerlo artificialmente más del décimo cuarto día, o fertilizarlo en cualquier otra especie.
- d) El niño nacido como consecuencia de la donación de semen de un tercero, debe ser considerado por ley como hijo legítimo de su madre y su marido.

Debido a las innumerables críticas que se abordaron con relación al mencionado informe, en 1989, se publicó un documento de otro Comité presidido por John Polkinghorne, referido al uso del tejido fetal. En dicho informe se consigna que todo feto vivo (no así el material placentario) merece el respeto que se le debe a todo ser humano vivo y que los fetos muertos deben ser tratados como cadáveres. Esto implica que el material de los fetos vivos no pueden ser usados ni para investigación ni para terapia y debe haber consentimiento informado de la madre para cualquier tipo de actividad sobre los fetos muertos.

Por su parte, el informe “*Human Fertilization and Embryology: a framework for legislation*”⁷⁹, reconoce que debe haber algún tipo de protección para el embrión humano desde su fecundación, aunque esa será una decisión del Parlamento. Dicho informe deriva en la Ley de Fertilización Humana y Embriología de 1990, la misma que permite la crioconservación de embriones humanos por un período máximo de 10 años, pasado el cual se debe permitir la muerte de estos embriones. Asimismo, permite la investigación sobre embriones humanos, siempre que esta investigación se lleve a cabo dentro de los 14 días de fecundado el óvulo. Estos embriones no podrán ser destinados posteriormente a ningún otro fin.

Posteriormente, se modifica la referida ley (*Human Fertilization and Embryology: a framework for legislation de 2008*⁸⁰) e incluye dentro del concepto de embrión a toda vida humana embrionaria, excepto el embrión humano-animal. Señala también que toda referencia a

⁷⁸Para acceder al documento: <http://www.educationengland.org.uk/documents/warnock/> Consultado el 31 de marzo de 2013.

⁷⁹ Para acceder al documento: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1990/37/contents/enacted>

⁸⁰ Para acceder al documento: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/contents/enacted>

embrión “incluye al óvulo en proceso de fertilización o bajo otro proceso con capacidad de dar como resultado un embrión humano”⁸¹

2.3) Alemania

En diciembre de 1990 el Parlamento alemán aprobó la Ley 745/90, “La Ley sobre Protección de Embriones”, la misma que regulaba tanto las técnicas de fecundación asistida como el manejo indiscriminado de embriones humanos. Esta ley incluye dentro del concepto de embrión al óvulo fecundado apto para desarrollarse desde el momento de la fusión de los núcleos; así como cualquier célula madre extraída del embrión.

Esta ley no permite otro destino para el óvulo fecundado que su desarrollo gestacional. Contempla sanciones penales para quienes fecunden artificialmente un óvulo con un motivo diverso al de producir un embarazo en la portante.

Con respecto al número de óvulos fecundados a implantar por la mujer, se reprime penalmente la implantación de más de 3 óvulos fecundados en la misma mujer y dentro del mismo ciclo. También se reprime a quien extraiga un embrión del útero de una mujer antes de que se produzca su anidación, ya sea para implantarlo en otra mujer o para destinarlo a otros fines.

La ley también castiga la utilización abusiva de embriones humanos, es decir, su venta, traspaso, adquisición o uso para fines que no contribuyan a su conservación. Así mismo se sanciona al que provoque el desarrollo extracorpóreo de un preembrión con fines diversos a los de provocar un embarazo o a cualquier actividad que no contribuya a su conservación

Se castiga la elección del sexo del futuro hijo, salvo que tal selección se haya realizado para evitar la transmisión de una enfermedad hereditaria ligada con el sexo. Igualmente reprime la clonación de embriones y la creación de híbridos y quimeras. Por otro lado, la Ley de Adopciones⁸², en su artículo 13d, prohíbe la maternidad subrogada.

Finalmente, en febrero de 2013, la Cámara Alta del Parlamento Alemán⁸³ (Bundesrat) aprobó la Ley 17/5451⁸⁴, la misma que permite realizar el diagnóstico genético pre implantacional a los embriones *in vitro* cuando existe un alto riesgo de transmisión, por parte de los padres, de graves enfermedades o malformaciones hereditarias, la posibilidad de un aborto espontáneo o de que el niño nazca muerto. En el caso de un resultado “positivo”, el embrión “defectuoso” no se trasladará al útero de la futura madre sino que será destruido.

⁸¹ Traducción libre de “...an embryo include an egg that is in the process of fertilization or is undergoing any other process capable of resulting in an embryo”, Ley de Fertilización Humana y Embriología del 2008.

⁸²Publicada en enero de 2002. Puede ser revisada en <http://www.iuscomp.org/gla/statutes/AdVermiG.htm#s1>

⁸³ Había sido aprobada, en julio de 2011, por la Cámara Baja del Parlamento Alemán (Bundestag)

⁸⁴ Para acceder al texto: <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/17/054/1705451.pdf>. Consultado el 31 de marzo de 2013.

2.4) Italia

En el 2004 se publica la Ley 40-2004, “Norma en Materia de Reproducción Medicamente Asistida⁸⁵”, la misma que permite la aplicación de la técnica como último recurso en el caso que no existan otros métodos terapéuticos eficaces para eliminar las causas de infertilidad o esterilidad⁸⁶.

Asimismo, la ley permite únicamente el uso de gametos de la pareja, excluyendo donantes. Limita el acceso a las técnicas de reproducción asistida a parejas de distinto sexo⁸⁷, estables, casadas o uniones de hecho, mayores de edad y en edad potencialmente fértil. Prohíbe la fecundación *post mortem*⁸⁸

Asimismo, la norma sólo permite la investigación en embriones humanos cuando persiga fines terapéuticos y de diagnóstico en favor del embrión. Prohíbe la clonación y creación de embriones con fines distintos a la procreación, así como cualquier práctica eugenésica⁸⁹.

Prohíbe también la criopreservación de embriones, salvo que por razones fundamentadas relativas al estado de salud de la mujer sea necesario posponer la fecundación. Permite únicamente fecundar la cantidad de óvulos necesarios para ser implantados por una única vez en la mujer, en un número no mayor a tres.⁹⁰

⁸⁵ “Norme in materia di procreazione medicalmente assistita”

⁸⁶ Dice la norma: Art 4.1. Il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita è consentito solo quando sia accertata l'impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione ed è comunque circoscritto ai casi di sterilità o di infertilità inspiegate documentate da atto medico nonché ai casi di sterilità o di infertilità da causa accertata e certificata da atto medico.

⁸⁷ Art. 4.3: È vietato il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo.

⁸⁸ Art. 5. Fermo restando quanto stabilito dall'articolo 4, comma 1, possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi.

⁸⁹ Art. 13.

1. È vietata qualsiasi sperimentazione su ciascun embrione umano.

2. La ricerca clinica e sperimentale su ciascun embrione umano è consentita a condizione che si perseguano finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche ad essa collegate volte alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione stesso, e qualora non siano disponibili metodologie alternative.

3. Sono, comunque, vietati:

a) la produzione di embrioni umani a fini di ricerca o di sperimentazione o comunque a fini diversi da quello previsto dalla presente legge;

b) ogni forma di selezione a scopo eugenetico degli embrioni e dei gameti ovvero interventi che, attraverso tecniche di selezione, di manipolazione o comunque tramite procedimenti artificiali, siano diretti ad alterare il patrimonio genetico dell'embrione o del gamete ovvero a predeterminarne caratteristiche genetiche, ad eccezione degli interventi aventi finalità diagnostiche e terapeutiche, di cui al comma 2 del presente articolo;

c) interventi di clonazione mediante trasferimento di nucleo o di scissione precoce dell'embrione o di ectogenesi sia a fini procreativi sia di ricerca;

d) la fecondazione di un gamete umano con un gamete di specie diversa e la produzione di ibridi o di chimere.

4. La violazione dei divieti di cui al comma 1 è punita con la reclusione da due a sei anni e con la multa da 50.000 a 150.000 euro. In caso di violazione di uno dei divieti di cui al comma 3 la pena è aumentata. Le circostanze attenuanti concorrenti con le circostanze aggravanti previste dal comma 3 non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a queste.

5. È disposta la sospensione da uno a tre anni dall'esercizio professionale nei confronti dell'esercente una professione sanitaria condannato per uno degli illeciti di cui al presente articolo.

⁹⁰ Art. 14

Posteriormente, en junio de 2005 se celebró un referéndum como consulta sobre la posibilidad de la abrogación de la Ley 40/2004. Este plebiscito tuvo como propósito aprobar o rechazar algunos asuntos de la normativa, como son: a) permitir la investigación con embriones, b) eliminar el límite de tres embriones en cada ciclo de reproducción artificial; c) eliminar la restricción de donantes externos a la pareja o fecundación heteróloga; d) anular el apartado de la Ley que equipara los derechos jurídicos del embrión a los de una persona ya nacida⁹¹. El plebiscito no alcanzó el número de votos necesarios, por lo que sus resultados no fueron vinculantes. Sin embargo, la sentencia 151-2009 del Tribunal Constitucional, anuló la obligación de una única transferencia de embriones y la fecundación de un máximo de tres embriones⁹².

2.5) Francia

Mediante ley N° 94-653, del 29 de julio de 1994, se introduce el artículo 16 al código civil francés, estableciendo que *“la ley asegura la primacía de la persona, prohíbe cualquier ataque a su dignidad y garantiza el respeto del ser humano desde el comienzo de su vida”* lo que por sí ya otorga protección al concebido, independientemente de las condiciones que han supuesto su concepción, sin embargo, no es capaz de determinar el comienzo de la vida del ser humano.

En la elaboración de esta ley estuvo presente la necesidad de definir el estatuto jurídico del embrión humano. Sin embargo, el legislador evita dar un pronunciamiento expreso respecto al estatuto jurídico del embrión, considerando prioritaria su protección jurídica.

En ese sentido, en el artículo 16.4 del código civil, se prohíbe todo atentado a la integridad de la “especie humana”, en particular, las prácticas eugenésicas tendentes a la organización de la selección de personas y aquellas que tengan por finalidad hacer nacer un niño genéticamente idéntico a otra persona viva o fallecida.

Sin embargo, la consideración de *Conseil Constitutionnel* respecto de los embriones fecundados *in vitro* fue distinta y señaló que: *el legislador ha provisto a la concepción, la implantación y la conservación de embriones fecundados in vitro de numerosas garantías, sin embargo no ha considerado que deba ser asegurada la conservación, en todas circunstancias, y por una duración indeterminada de todos los embriones ya formados; el principio de respeto de todo ser humano desde el*

È vietata la crioconservazione e la soppressione di embrioni, fermo restando quanto previsto dalla legge 22 maggio 1978, n. 194.

2. Le tecniche di produzione degli embrioni, tenuto conto dell'evoluzione tecnico-scientifica e di quanto previsto dall'articolo 7, comma 3, non devono creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre.

3. Qualora il trasferimento nell'utero degli embrioni non risulti possibile per grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione è consentita la crioconservazione degli embrioni stessi fino alla data del trasferimento, da realizzare non appena possibile.

⁹¹Art. 1.1: Al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana è consentito il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, alle condizioni e secondo le modalità previste dalla presente legge, che assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito.

⁹² Puede acceder a la referida sentencia en

https://diritti-cedu.unipg.it/index.php?option=com_docman&task=doc_details&gid=125&Itemid=160.

Consultado el 14 de marzo de 2013.

*comienzo de su vida no ha de ser aplicable a los embriones in vitro; y, en consecuencia, el principio de la igualdad tampoco es aplicable a estos embriones*⁹³.

La ley 94-654, del 29 de julio de 1994, relativa a la donación y utilización de elementos y productos del cuerpo humano y a la asistencia médica en la reproducción y en el diagnóstico prenatal, prohíbe la concepción *in vitro* de embriones humanos con fines de estudio, investigación o experimentación. Los embriones sólo pueden ser concebidos con la finalidad de ser reimplantados en la madre. Podrán ser crioconservados sólo si es que dentro de un plazo de 05 años la madre va a volver a utilizarlos.

Asimismo, establece que la utilización de embriones o fetos humanos vivos debe ser limitada a aquellas intervenciones realizadas en su propio interés. En este sentido se dispone que el embrión humano no puede ser concebido ni utilizado para fines comerciales o industriales. Excepcionalmente se permite estudios sobre el embrión, siempre que tengan finalidad terapéutica y no le cause daños.

Finalmente, permite el diagnóstico prenatal únicamente con fines de información, con el objeto de descubrir la afección, así como los medios de prevenirla y tratarla, más no para evitar su nacimiento.

Ahora, esta ley debía ser objeto de estudio 05 años después de su promulgación, motivo por el cual el Consejo de Estado emitió un informe sobre las leyes de Bioética, que fue adoptado por la Asamblea General del Consejo de Estado en 1999. En dicho informe se plantea la necesidad de encontrar un nuevo punto de equilibrio entre el respeto al comienzo de la vida que conduciría a la prohibición de investigar en un embrión *in vitro*, pero restringiría el derecho de las personas afectadas por enfermedades muy graves a que la investigación médica progrese de manera que pueda beneficiarles.

Dado que aprobar la creación de embriones con fines de investigación es contrario a la Convención Europea sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina, el Consejo autoriza la investigación solamente de embriones supernumerarios, argumentando que su donación para investigación no parece contraria al respeto del ser humano siempre que la pareja que ha producido estos embriones consienta formalmente en esta donación. Dicho informe fue aprobado en julio de 2004.

Finalmente, el Código de Salud Pública⁹⁴, modificado mediante Ley 2011-814, del 07 de julio de 2011, Ley sobre Bioética⁹⁵, plantea el anonimato de los donantes de gametos⁹⁶ y

⁹³ Considerando noveno de la decisión 94-343/344 del 27 de julio de 1994, el mismo que a la letra señala: *“Considérant que le législateur a assorti la conception, l'implantation et la conservation des embryons fécondés in vitro de nombreuses garanties ; que cependant, il n'a pas considéré que devait être assurée la conservation, en toutes circonstances, et pour une durée indéterminée, de tous les embryons déjà formés ; qu'il a estimé que le principe du respect de tout être humain dès le commencement de sa vie ne leur était pas applicable ; qu'il a par suite nécessairement considéré que le principe d'égalité n'était pas non plus applicable à ces embryons”*

⁹⁴ Se puede acceder a la citada norma en: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006072665>

⁹⁵ Se puede acceder a la citada norma en: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000024323102&dateTexte=&categorieLien=id>

⁹⁶ Título V de la citada norma

permite el diagnóstico genético preimplantacional con fines médicos únicamente con la finalidad de prevenir y tratar una enfermedad grave en el embrión, siempre que al menos en uno de los padres presente una grave enfermedad hereditaria y en tanto exista el consentimiento expreso de ambos miembros de la pareja.⁹⁷

2.6) Suecia

Ha sido el primer país occidental que ha regulado el tema de la fecundación humana asistida. En 1984 publicó la Ley 1140, sobre inseminación artificial, la misma que establece lo siguiente:

- a) Las técnicas de reproducción humana asistida sólo pueden ser aplicadas a pareja homosexual estable.
- b) Se permite la inseminación homóloga y heteróloga. Para la fecundación heteróloga con donación de esperma se requiere el consentimiento escrito del marido o del hombre con quien la mujer conviva.
- c) Se regula la elección del donante, que es competencia del médico y debe cuidar no mezclar razas.
- d) Derecho a la identidad genética del hijo.
- e) Se permite la investigación embrionaria, siempre que esté bien fundamentada desde el punto de vista médico.

En 1988 se modifica la ley, con respecto a la fecundación *in vitro*, sólo permite la homóloga, en beneficio de parejas estables y con consentimiento escrito del hombre. Prohíbe la maternidad subrogada. En 1991 se promulgó la Ley 114°, relativa a la utilización de determinadas técnicas genéticas en el marco de los exámenes generales de salud. Esta ley permite el examen del patrimonio genético de una persona que exija el análisis del ácido desoxirribonucleico (ADN) y del ácido ribonucleico (ARN) de los genes

⁹⁷ El artículo 2131-4 establece:

On entend par diagnostic préimplantatoire le diagnostic biologique réalisé à partir de cellules prélevées sur l'embryon in vitro.

Le diagnostic préimplantatoire n'est autorisé qu'à titre exceptionnel dans les conditions suivantes :

Un médecin exerçant son activité dans un centre pluridisciplinaire de diagnostic prénatal tel que défini par l'article L. 2131-1 doit attester que le couple, du fait de sa situation familiale, a une forte probabilité de donner naissance à un enfant atteint d'une maladie génétique d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic.

Le diagnostic ne peut être effectué que lorsqu'a été préalablement et précisément identifiée, chez l'un des parents ou l'un de ses ascendants immédiats dans le cas d'une maladie gravement invalidante, à révélation tardive et mettant prématurément en jeu le pronostic vital, l'anomalie ou les anomalies responsables d'une telle maladie.

Les deux membres du couple expriment par écrit leur consentement à la réalisation du diagnostic.

Le diagnostic ne peut avoir d'autre objet que de rechercher cette affection ainsi que les moyens de la prévenir et de la traiter.

Il ne peut être réalisé, à certaines conditions, que dans un établissement spécifiquement autorisé à cet effet par l'Agence de la biomédecine instituée à [l'article L. 1418-1](#).

En cas de diagnostic sur un embryon de l'anomalie ou des anomalies responsables d'une des maladies mentionnées au deuxième alinéa, les deux membres du couple, s'ils confirment leur intention de ne pas poursuivre leur projet parental en ce qui concerne cet embryon, peuvent consentir à ce que celui-ci fasse l'objet d'une recherche dans les conditions prévues à l'article L. 2151-5. Par dérogation au deuxième alinéa de [l'article L. 1111-2](#) et à [l'article L. 1111-7](#), seul le médecin prescripteur des examens de biologie médicale destinés à établir un diagnostic prénatal est habilité à en communiquer les résultats à la femme enceinte

sólo cuando el examen tiene por objeto la adquisición de conocimientos de carácter patológicos que sean de gran importancia o de especial significación desde el punto de vista de la atención sanitaria.

En el mismo año se publica la Ley 115, relativa a las medidas con fines de investigación y tratamiento. Dicha norma permite la experimentación con embriones humanos que no hayan superado los 14 días de desarrollo a partir de la fecundación y nunca para desarrollar métodos que generen modificaciones genéticas que puedan ser hereditarias. Exige además que al término del plazo de 14 días, los embriones que hayan sido objeto de experimentación sean destruidos, no pudiendo nunca ser implantados en el cuerpo de una mujer. Por otro lado, limita a un año el plazo máximo para mantener en estado de crioconservación a los embriones.

2.7) Islandia

En 1996 se publica la Ley de Fertilización Artificial, la misma que en concordancia con su reglamento, define al embrión como el óvulo fertilizado en todas sus etapas de desarrollo, desde su fertilización hasta su estado fetal. Permiten sólo la fertilización asistida homóloga⁹⁸, en parejas estables, casadas o convivientes por más de tres años, siempre que se hayan aplicado otros procedimientos de fertilización sin éxito; y que cada miembro de la pareja tenga por lo menos 25 años y la mujer no más de 42. Tiene en cuenta asimismo el desarrollo mental de la pareja. No permite la donación de embriones ni el embarazo subrogado.

Permite la crioconservación de embriones para ser trasplantados posteriormente a la mujer que donó el óvulo, sin otro fin posible. Pasado el período máximo establecido de 05 años, se permite la destrucción de los embriones. Permite la experimentación en embriones sólo en los siguientes casos: a) Si es parte del tratamiento de fertilización *in vitro*; b) Si tiene como intención diagnosticar enfermedades hereditarias en los embriones; c) Si tiene como intención avanzar en el tratamiento de la infertilidad y; d) Si busca mejorar el entendimiento de las causas de enfermedades congénitas y abortos involuntarios.

Posteriormente se publica la Ley 110/2000, Ley de Biobancos, que regula la colección de muestras biológicas, su almacenamiento, manipulación, utilización y conservación en biobancos.

3) Convenios y Tratados Internacionales

3.1) Convenio de Oviedo

Aprobado por el Consejo de Europa en 1996 y posteriormente abierto a la firma en Oviedo en 1997. Este convenio establece lo siguiente:

- Prohíbe la clonación de seres humanos

⁹⁸ Sin embargo, más adelante en la misma norma permite la donación de gametos con fines de reproducción asistida en caso el donante fallezca antes de que termine el período de crioconservación de los mismos.

- Prohíbe la elección del sexo del ser humano que va a nacer, salvo que sea preciso para evitar una enfermedad hereditaria grave vinculada al sexo.
- Permite la experimentación sobre embriones *in vitro* siempre que se garantice una protección adecuada del embrión.
- Prohíbe la creación de embriones con fines de experimentación.
- Permite intervenciones sobre el genoma humano cuando medien razones preventivas, diagnósticas o terapéuticas y sólo cuando no tenga por finalidad la introducción de una modificación en el genoma de la descendencia.

3.2) Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos.

De la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, emitida el 11 de noviembre de 1997, la misma que establece:

- El genoma humano es patrimonio de la humanidad.
- Cada individuo tiene derecho al respeto de su dignidad, cualesquiera que sean sus características genéticas, respetando el carácter único y la diversidad de cada individuo.
- La confidencialidad de los datos genéticos.
- Ninguna investigación relativa al genoma humano podrá prevalecer sobre el respeto de los derechos humanos, de las libertades fundamentales y de la dignidad humana del individuo o de los grupos humanos.
- Prohíbe la clonación de seres humanos con fines reproductivos.

3.3) Declaración de las Naciones Unidas sobre la clonación humana

Dictada el 08 de marzo de 2005, establece la obligación de los Estados miembros de adoptar las medidas necesarias para proteger adecuadamente la vida humana en la aplicación de las ciencias biológicas. Establece también la obligación de los Estados miembros de adoptar las medidas necesarias a fin de prohibir la aplicación de las técnicas de ingeniería genética que puedan ser contrarias a la dignidad humana.

3.4) Declaración de las Naciones Unidas sobre las responsabilidades de las generaciones actuales para con las generaciones futuras

Dictada el 12 de noviembre de 1997 por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, establece la obligación de las generaciones actuales de proteger el genoma humano, respetándose plenamente la dignidad de la persona humana y los derechos humanos, y preservarse la diversidad biológica.

3.5) Declaración Universal sobre bioética y derechos humanos

Del 19 de octubre de 2005, emitida por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, exige el respeto de la dignidad humana, de los derechos humanos y libertades fundamentales, privilegiando el interés del individuo sobre el de la ciencia. Asimismo, establece que se debe siempre maximizar los beneficios de la aplicación de los conocimientos científicos, prácticas médicas o tecnologías asociadas, minimizando en todo lo posible el daño.

3.6) Declaración de Bioética de Gijón

Aprobada en junio del 2000. Por medio de esta declaración el Comité Científico hace las siguientes recomendaciones:

- El genoma humano es patrimonio de la humanidad, y por lo tanto no puede ser patentable.
- Una finalidad fundamental de las técnicas de reproducción asistida es el tratamiento médico de los efectos de la esterilidad humana y facilitar la procreación si otras terapéuticas se han descartado por inadecuadas o ineficaces. Estas técnicas podrán utilizarse también para el diagnóstico y tratamiento de enfermedades de origen hereditario, así como en la investigación autorizada.
- Prohíbe la clonación humana.
- La investigación y experimentación sobre seres humanos debe desarrollarse respetando su dignidad.



CAPÍTULO III: LAS “TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDAS”

1) Definición

Las técnicas de reproducción humana asistida “son aquellos métodos técnicos que sirven para suplir la infertilidad en la persona, brindándole la posibilidad de tener descendencia. En ningún caso podemos decir que representan una terapia, puesto que nada curan, solamente palian los efectos de la esterilidad⁹⁹.” La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia reconoce que *son métodos supletorios para la procreación, más no alternativos, pues buscan superar una deficiencia biosíquica que impide a la pareja tener descendencia cuando otros métodos han fracasado*¹⁰⁰.

Existen dos tipos de TERAS: a) inseminación artificial y b) fecundación in vitro. En el primer caso, el semen es introducido en la vagina de la mujer, siendo homóloga cuando el donante del material es el cónyuge o concubino y heteróloga cuando el donante es un tercero cuyas células reproductivas han sido obtenidas de un banco, mientras que en la fecundación *in vitro*, el espermatozoide y óvulo son unidos en un laboratorio y luego implantado en la madre para dar lugar a la gestación¹⁰¹.

2) Sobre el procedimiento de fecundación humana natural¹⁰²

El procedimiento de la fecundación humana consiste en lo siguiente: En cada ciclo ovárico crece un número variable de folículos primordiales por efecto de las hormonas especiales. Dentro de la estructura denominada folículo de Graaf que en los días anteriores a la ovulación alcanza diámetro de 15 milímetros, se halla el ovocito. Como consecuencia del crecimiento del folículo, la superficie del ovario comienza abultarse- la mancha avascular-, formándose un estigma o abertura como consecuencia de debilitamiento de la zona y la degeneración de la superficie del ovario. A causa de ello, el estigma se abre y escapa un líquido folicular o el ovocito es expulsado del ovario.

Antes de producirse la generación de un ovulo en el organismo femenino, acaecen una serie de fenómenos particulares en el cuerpo de la mujer. Así en la etapa previa a la ovulación las franjas finales de las trompas de Falopio cubren, rodean la superficie del ovario. Movimientos de vaivén de aquellas franjas llevan, luego, al ovocito hacia el interior de las trompas que lo impulsarán hacia a la cavidad uterina donde finalmente arribará luego de tres o cuatro días aproximadamente.

Se cree que ese ovocito, también denominado ovocito secundario, muere de doce a veinticuatro horas después de su expulsión del ovario si no es fecundado. Digamos también que los gametos masculinos, espermatozoides, pueden mantenerse vivos en el tracto reproductor femenino durante veinticuatro horas, aproximadamente.

⁹⁹VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique (1995). *Derecho Genético, principios generales*. Lima. Ed. Normas Legales. p. 192

¹⁰⁰Cas. N° 4323-2010-LIMA.

¹⁰¹*Ibid.*

¹⁰² La información concerniente a este apartado ha sido obtenida de LOYARTE Dolores y ROTONDA Adriana E. (1995). *Procreación Humana Artificial: un desafío bioético*. Buenos Aires. Ed. Depalma. p.65 y ss.

Precisemos entonces, que la fecundación es el fenómeno por el cual se fusionan los gametos masculinos y femeninos. Se realiza en la región de la ampolla de la trompa de Falopio, región más ancha de dicha trompa y próximo al ovario. Los espermatozoides arriban allí luego de pasar rápidamente por la vagina al útero, debido a contracciones de las capas musculares de éste, y posteriormente, por movimientos de la misma trompa.

Debemos mencionar que en este delicado proceso los espermatozoides atraviesan sucesivos cambios que permiten la fecundación. Dichos cambios se verifican en estrecha relación con variaciones en el aparato reproductor femenino. La biología identifica en primer lugar el periodo denominando de capacitación, en el cual se condiciona el aparato genital femenino, y en el que simultáneamente la membrana plasmática que recubre la región acrosómica de los espermatozoides elimina capa de glicoproteína y proteínas plasmáticas seminales. Este fenómeno permite que tenga lugar el segundo periodo de reacción acrosómica, que se produce cuando el espermatozoide se halla en la cercanía del ovocito, por acción de sustancias derivadas de células de corona radiante del ovocito. Así, la liberación de los contenidos del acrosómica hace posible la penetración en la corona radiante y la zona pelúcida. En esta reacción se liberan las siguientes sustancias:

- 1) Hialuroindasa necesaria para penetrar la barrera de la corona radiante.
- 2) Sustancias del tipo de la tripsina que permiten la digestión de la zona pelúcida; y
- 3) Acrosina, también necesaria para que el espermatozoide atraviese la zona pelúcida.

Este espectacular proceso biológico de fusión de dos realidades humanas distintas, de encuentro irrepetible y punto de inflexión o salto generativo del nuevo ser, puede ser analizado en tres fases sucesivas:

- 1) Penetración de la corona radiante. Luego de una relación sexual quedan de doscientos a trescientos millones de espermatozoides depositados en el tracto genital de la mujer; de todos ellos, solo de trescientos a quinientos llegan al lugar de la fecundación. Uno sólo es escogido producirá la fecundación, pero los demás ayudan a este fecundante a atravesar la corona radiante, primera barrera de protección de gameto femenino.
- 2) Penetración de la zona pelúcida. Esta segunda barrera es atravesada por el espermatozoide con ayuda de las enzimas que libera la membrana interna del acrosoma. Se conoce que sólo un espermatozoide logra introducirse en el ovocito propiamente dicho; el resto quedará atrapado en esta zona.
- 3) Fusión de membranas celulares del ovocito y espermatozoide. Al entrar en contacto el espermatozoide con la membrana celular del ovocito, ambas membranas plasmáticas se fusionan. El ovocito actúa de tres formas distintas al ser penetrado por el espermatozoide: a) reacciones corticales y de zona; b) reanudación de la segunda división meiótica, y c) activación metabólica del huevo.

Las reacciones corticales y de zona son un proceso en el cual, por las liberaciones de enzimas especiales, se producen dos fenómenos importantes: la membrana del ovocito se vuelve impenetrable para otros espermatozoides; y la zona pelúcida cambia su estructura y

composición. Estos dos procesos evitan que más espermatozoides ingresen al citoplasma del ovocito.

En tanto las células germinales resultan de la meiosis; y es entonces en el proceso de fecundación cuando el ovocito reanuda la segunda división meiótica. Así, luego del ingreso del espermatozoide el ovocito completa su segunda división meiótica resultando en la formación del ovocito definitivo y el segundo cuerpo polar. Finalmente, se produce la activación metabólica del huevo. Esto consiste en una serie de fenómenos celulares que siguen a la fusión y que se relacionan con las primeras etapas de embriogénesis.

Por su parte, el espermatozoide se acerca hacia el pronúcleo femenino y su núcleo se hincha y se forma el pronúcleo masculino. Ambos pronúcleos toman contacto y pierden su envoltura nuclear. Al producirse el crecimiento de los pronúcleos cada uno produce la duplicación de su ADN. Inmediatamente después de la síntesis del ADN de ambos pronúcleos los cromosomas se disponen y preparan para una división mitótica normal.

Los principales resultados de la fecundación son: a) restablecimiento del número diploide de cromosomas (la mitad procede del padre y la otra mitad de la madre). Por ello el cigoto tiene una nueva combinación de cromosomas diferente de la de ambos progenitores; b) la determinación del sexo de ambos individuos, que queda determinado al momento de la fecundación y c) la iniciación de la segmentación o división mitótica que produce el aumento creciente de células, llamadas blastómeras, que por sucesivas divisiones llegan a constituir un conglomerado de doce a dieciséis células o mórula.

Al llegar la mórula a la cavidad uterina y después de atravesar transformaciones internas, la zona pelúcida desaparece para permitir el comienzo de la implantación. Es la etapa del blastocito, período en que las células de la masa interna están situadas en un polo y las de la masa celular externa (que luego formará la placenta) conforma la pared externa o epitelial del blastocito.

Al dar comienzo la implantación (proceso que se desarrolla desde el día quinto o sexto al décimo cuarto o décimo sexto día después de la fecundación), las células del trofoblasto comienzan a introducirse entre las células epiteliales de la mucosa uterina (aproximadamente a los seis días de la fecundación). Este proceso es resultado de la acción del blastocito y las paredes del endometrio o mucosa uterina. El blastocito, al terminar la segunda semana, estará incluido por completo en la mucosa interna. A partir de allí, tiene lugar la aparición de la línea primitiva, rudimento de la cresta neuronal y del futuro sistema nervioso y se iniciará el proceso de diferenciación de capas u hojas germinativas celulares básicas del embrión. Estas capas estarán constituidas hacia el término de la tercera semana y podrá dar comienzo la formación de nuevos tejidos y la diferenciación de los órganos y características externos principales del cuerpo. Paralelamente el trofoblasto se ha desarrollado y está ya en condiciones de suministrar al embrión los elementos básicos de nutrición y oxígeno que necesita.

El hito de la anidación reviste suma importancia desde el punto de vista médico – biológico, por cuanto al finalizar la implantación concluye el período en que puede darse la formación de gemelos o quimeras, y en ese periodo previo está biológicamente sujeto a innumerables vicisitudes y riesgos múltiples de descarte natural.

El período que va desde la tercera a la octava semana de desarrollo se le denomina período embrionario. En ese transcurso las tres capas germinativas que mencionamos dan inicio a tejidos y sistemas orgánicos: así aparecerán los caracteres externos principales del cuerpo.

Finalmente, el desarrollo del nuevo ser humano atraviesa, entre el comienzo del tercer mes hasta el final de la vida intrauterina, el período fetal. Esta fase se caracteriza por la maduración de los tejidos y órganos y por el rápido crecimiento del cuerpo.

3) Procedimiento de fecundación humana *in vitro*¹⁰³

A) Exámenes de rutina

En la mujer, se verifica la normalidad de los ciclos menstruales y se examina la cavidad uterina para saber si será propicia para la recepción e implante de los embriones. En el hombre se controla la calidad del esperma y se realizan exámenes a los pacientes para poder detectar todo posible foco infeccioso y la presencia de Sida.

B) Estimulación ovárica

Este tratamiento consiste en la inducción provocada a los ovarios para la producción y obtención de más de un ovocito por cada ciclo femenino. Este procedimiento ofrece una serie de ventajas: se permite una más cómoda extracción de folículos para la paciente, ya que permite conocer más precisamente el momento de la ovulación; el equipo médico puede programar la extracción de ovocitos y es más cómodo para la mujer frente a la obtención de óvulos obtenidos naturalmente.

B.1) Inductores de la ovulación

Se usan para ello hormonas que naturalmente estimulan el desarrollo folicular, la denominada F.S.H (*follicle stimulating hormone* u hormona estimuladora de crecimiento folicular), que es secretada por la hipófisis y que también tiene otras funciones que coadyuvan a desencadenar la ovulación.

La inducción puede ser llevada a cabo por dos vías distintas: a) directa: se inyectan hormonas hipofisarias denominadas también gonadotropinas; y b) indirecta: se utiliza una molécula sintética de citrato de clomifeno, que actúa en el cerebro desencadenando la secreción de cantidades importantes de la F.S.H. y de la hormona luteinizante, que también colabora en el desencadenamiento de la ovulación y en preparar las paredes del útero para la implantación del embrión. La eficacia del tratamiento se confirma mediante la ecografía abdominal. De haber resultados óptimos, se induce la ovulación mediante una inyección de gonadotropina coriónica humana.

Los ovocitos son recogidos mediante punción y aspiración de los folículos, bajo control ecográfico. Los folículos se aspiran mediante una jeringa y se trasladan y se trasladan al laboratorio. El momento para llevar a cabo esta aspiración debe ser

¹⁰³ La información concerniente a este apartado ha sido obtenida de LOYARTE Dolores y ROTONDA Adriana E. *Op.cit* pp. 121-124.

calculado con absoluta precisión: debe realizarse en el momento que aumenta la secreción de la hormona luteinizante y el óvulo ha alcanzado cierta madurez, pero antes de que entre en la trompa de Falopio, donde no se podría localizar y recoger. Recogidos los ovocitos del líquido folicular, los ovocitos se colocan en un tubo que contiene un medio de cultivo que proporciona al ovocito y luego al embrión los nutrientes necesarios.

C) Obtención del espermatozoide

Una vez obtenido el espermatozoide, mediante masturbación o la utilización de profilácticos especiales, se lo deja licuar a una temperatura ambiente. Se efectúa un espermograma a efectos de observar la cantidad, movilidad, el aspecto morfológicos de los espermatozoides y el contenido de germen del semen.

D) Fecundación

Se lava y centrifuga el espermatozoide con la finalidad de prepararlo para la fecundación y de esta manera se logran extraer los espermatozoides con mayor movilidad¹⁰⁴. Cada ovocito

¹⁰⁴ Para ello se utiliza la técnica de la migración: la misma que se basa en la capacidad de movimiento de los espermatozoides, de migrar desde el semen al medio cultivo. Dentro de esta categoría existen dos formas principales *Swim Up* directo y *Swim Up* convencional.

Swim Up directo

El semen licuado se deposita debajo o sobre un medio de cultivo y los espermatozoides con buena movilidad se dirigen al medio de cultivo de forma semejante al proceso *in vivo* a través del moco cervical.

El proceso consta de varias fases:

1. Colocar aproximadamente 250 μL de semen licuado en el fondo de un tubo *noónico* (para aumentar la superficie de contacto). Utilizar tantos tubos como sea necesario para mejorar la recuperación de los espermatozoides.
2. Depositar sobre el semen 500 μL de medio de cultivo resbalando por las paredes del tubo, con cuidado de que no se mezcle con el semen.
3. Dejar en un incubador a 37°C formando un ángulo de 45°, para aumentar la interfase, durante un tiempo entre 30-60 minutos dependiendo de la calidad del semen. No más tiempo para evitar la contaminación con plasma seminal.
4. Pasado este tiempo aspirar aproximadamente 300 μL de medio de cultivo, con cuidado de no aspirar semen (para lo cual durante todo el proceso se debe mantener el ángulo del tubo). Si hay más de un tubo de una misma muestra se unifica todo el aspirado en un único tubo.
5. Si el volumen obtenido es mayor de 500 μL , valorar el grado de movilidad y la concentración de espermatozoides. Centrifugar y llevar a un volumen final de 300-500 μL para inseminar.

Swim Up convencional

Se basa en el mismo principio pero requiere un primer paso de lavado

1. Añadir medio de lavado en una proporción v/v, homogeneizar.
2. Centrifugar durante 10 minutos a 500 g. Se recomienda una centrífuga de cabezal fijo para que el botón celular tenga una amplia superficie de contacto con el medio de cultivo.
3. Retirar el sobrenadante con cuidado de no aspirar el botón celular.
4. Añadir resbalando lentamente por las paredes del tubo 500 μL de medio de lavado.

La información ha sido obtenida del documento denominado “Técnicas para la preparación de semen en reproducción asistida”, elaborado por el Comité Científico de la Comisión de Seminología y Técnicas de Reproducción Asistida de la Sociedad Española de Bioquímica Clínica y Patología Molecular. Documento C.

se deposita en un tubo de inseminación junto a los espermatozoides y se los mantiene así en una incubadora a 37°C. A las 17/18 horas aproximadamente desde el acercamiento de los gametos, se localiza al ovocito para intentar observar signos de fertilización. La fecundación, si llegara a producirse, se constatará al observarse dos pronúcleos en el centro del huevo, el del óvulo y el del espermatozoide. En ese caso, se transfiere el huevo a un nuevo tubo con medio de cultivo desprovisto de espermatozoides, ambiente en el que permanece hasta 48 horas desde la punción folicular, y se realiza entonces la transferencia embrionaria.

E) Etapas posteriores. Clasificación de embriones.

Cuarenta y ocho horas después los embriones se han dividido y presentan 2, 3 ó 4 células (llamadas blastómeras). Entre los embriones que se obtienen existen algunas diferencias morfológicas: en principio, todos son implantables, salvo aquellos que ya inicialmente están en vía de degeneración. La determinación de la calidad de los embriones se efectúa en base a estudios metabólicos y morfológicos que debieran ser en su totalidad no invasivos (puesto que ya estamos ante la presencia de un ser humano). Esa calidad embrionaria se clasifica teniendo en cuenta el número, forma y tamaño de las células blastómeras que la componen y en la presencia o ausencia de fragmentos citoplasmáticos anucleados. Con estos parámetros se clasifican los embriones en cuatro categorías, siendo los de la clase IV (embrión de 2, 4, 6 ó más células de igual tamaño y forma sin fragmentos o con muy poca fragmentación celular) los considerados óptimos y que transferidos el vientre materno muestran mayor porcentaje de implantación y embarazo clínico.

Los embriones a implantar son aspirados en un catéter muy fino, se los introduce en forma indolora en el cuello del útero y luego se los deposita a 1 centímetro de la cavidad uterina.

Para la elección del momento óptimo en el cual se ubicarán los embriones en la cavidad uterina se busca equilibrar dos principios en pugna. Por un lado, al observar la concepción natural se conoce que el embrión llega al útero el quinto día luego de haber sido fecundado. En contraposición, en la fecundación *in vitro* se realiza la transferencia al útero al segundo día de la fusión de los pronúcleos. La transferencia más tardía, entre el día tercero a quinto, prolonga las condiciones artificiales del cultivo y esta circunstancia se ha comprobado, compromete las posibilidades de implantación.

4) Clases de técnicas de fecundación humana extracorpórea

Inseminación artificial

La inseminación artificial es un procedimiento de baja complejidad que se lleva a cabo en el mismo consultorio del médico ginecólogo. Consiste en la introducción de una muestra espermática previamente mejorada dentro del útero de la mujer, por medio de una cánula. Se trata, como se puede apreciar, de una técnica de reproducción asistida intrauterina o intracorpórea.

Fase 3. Versión 4; revisado el 18 de marzo de 2014. Obtenido de: www.seqc.es. Consultado el 31 de marzo de 2013.

Inseminación extracorpórea o extrauterina

La fecundación extrauterina o extracorpórea, es otro método de concepción, en la cual la misma se da fuera del vientre, concretamente en un laboratorio, para así ser depositado en el útero de la mujer o bien, para obtener el feto por otros medios.

La fertilización extrauterina se conoce como “fertilización *in vitro*”, debido a que se realiza en un recipiente de laboratorio.

La fecundación extracorpórea presenta varias modalidades:¹⁰⁵

- i. Transferencia de embriones, es el método por el cual se coloca el cigoto directamente en la pared uterina.
- ii. Transferencia intratubárica de gametos, que consiste en colocar ambos gametos en la trompa de Falopio, a fin de que sea allí donde se realice la concepción. Su uso es aconsejable cuando las trompas de Falopio están abiertas u otras técnicas de fertilización no han funcionado. Se recomienda su uso cuando el hombre tiene un número bajo de espermatozoides, o cuando la mujer tiene problemas de ovulación o en el cuello del útero.
- iii. Transferencia intratubárica de embriones. Es una combinación de las técnicas anteriormente descritas, en la que se practica la fecundación *in vitro*, pero el embrión se transfiere directamente a la trompa de Falopio.
- iv. Microinyección intracitoplasmática de espermatozoides. Es una técnica de reproducción asistida muy similar a la fecundación *in vitro*, en la que se busca la fecundación del óvulo con un espermatozoide previamente seleccionado, lográndose una fecundación totalmente dirigida.
- v. PDZ, supone la realización de un corte en la zona pelúcida del óvulo para facilitar el ingreso de espermatozoides.
- vi. Transferencia ooplásmica. Es una técnica aplicable sólo en caso la mujer padezca de una grave caso de infertilidad. Consiste en unir el óvulo de la paciente con el óvulo de una donante y el espermatozoide de la pareja de la primera, para conseguir la fecundación *in vitro* de un ovocito completo, por lo que el nuevo ser tendrá la carga genética de tres personas distintas.
- vii. Hatching asistido: consiste en el adelgazamiento y apertura de un pequeño agujero en la zona pelúcida del embrión, con el fin de promover su implantación en la pared uterina.
- viii. Transferencia de óvulos fertilizados por medio de la microinyección intracitoplasmática de espermatozoides directamente a la trompa de Falopio. Se trata de una técnica creada en el Perú y consiste en transferir a las trompas de Falopio, ovocitos que han sido microinyectados justo antes de la transferencia.

¹⁰⁵VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. (2001) *Derecho Genético*. 4ta Edición. Lima: Editorial Grijalbo p.40 y ss.



CAPÍTULO IV: DEL EMBRIÓN OBTENIDO MEDIANTE TÉCNICA DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDAS EXTRAUTERINAS

1) Inicio de la vida

1.1) Teorías que explican el inicio de la vida humana.

Hasta fines de los setenta, los métodos de reproducción humana asistidas no eran conocidas, con lo cual no tenían mayor importancia jurídica la determinación de las diversas etapas por las cuales pasa el proceso de gestación humana. Sin embargo, con el nacimiento en Gran Bretaña de Louise Brown, primera bebé concebida y nacida por medio de la fecundación extrauterina, dichas etapas empezaron a cobrar importancia para el derecho, dando lugar a una serie de teorías acerca del inicio de la vida humana.

Entre las teorías más importantes tenemos:¹⁰⁶

- a) Teoría de la fecundación o de la formación del genotipo: la formación de la vida humana tiene su inicio desde la concepción, por tanto la unión del óvulo –gameto femenino- y el espermatozoide –gameto masculino- genera una vida distinta de la de sus progenitores.

Los partidarios de esta teoría sostienen que la biología ha demostrado que, una vez penetrado el óvulo por el espermatozoide surge una nueva vida, distinta al de la madre, con un patrimonio genético único, sin que exista otro momento en su evolución como para poder postergar la certeza de la formación de una vida humana.

Hay quienes diferencian entre la concepción y la fecundación. Morales Godo¹⁰⁷ señala que ambos conceptos no deben confundirse, pues la fecundación es el primer instante con el que se inicia el ciclo vital, que ocurre cuando el óvulo es penetrado por el espermatozoide, y la concepción es el resultado de dicho momento. Sin embargo, este ciclo de “fecundación – concepción” es tan rápido que el primero implica la concepción instantánea

Dentro de la misma línea, el Tribunal Constitucional¹⁰⁸ reconoce que hay sectores que consideran que desde el inicio del proceso fecundatorio ya nos encontramos ante la concepción, pues cuando el óvulo ha sido fecundado por el espermatozoide, da inicio a un proceso vital irreversible (Teoría de la Fecundación propiamente dicha). Frente a ellos se encuentran quienes consideran que la fecundación se da recién con la formación del cigoto (fusión de los pronúcleos masculino y femenino, es decir, con la conjunción de los 23 cromosomas paternos con los 23 maternos (Teoría de la concepción).

¹⁰⁶BRUCITA, Diana Lidia y GARCÍA, Silvina Ileana (2002). *Derecho a la Identidad. Daños causados por las nuevas técnicas de procreación humana asistida*. Buenos Aires: VII Congreso Internacional de Derecho de Daños. Publicado en internet en <http://www.aaba.org.ar/bi20op20.htm>. Consultado el 01 de abril de 2013

¹⁰⁷MORALES GODO, Juan (2005). El estatus del concebido y la problemática de la fecundación asistida, en *Derecho PUC*, revista de la facultad de derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 58. p.414.

¹⁰⁸Exp. N.º 02005-2009-PA/TC

b) Teoría de la anidación: la vida humana existe a partir de que el cigoto se fija en la pared del útero, lo que se produce a los 14 días de la fecundación. Quienes sostienen esta postura se basan en que los estudios realizados demuestran que de todos los cigotos que se generan, en el mejor de los casos sólo el 50% se adhieren al útero materno y el resto se pierden, lo cual les lleva a decir que mientras no se produzca la anidación, la vida es sólo una posibilidad.

Basan también su postura en que la anidación genera la individualización del ser, que viene avalada por dos propiedades fundamentales: la unicidad –o ser único e irrepetible, y la unidad –ser una solo ente, pues antes de los 14 días de desarrollo embrional aún se está en proceso de división celular.

c) Teoría de la formación de los rudimentos del sistema nervioso central: Según esta teoría, el inicio de la vida humana coincide con la formación del sistema nervioso central, es decir, del cerebro. En ese momento aparecen los rudimentos de la corteza cerebral por lo que recién con la presentación de la línea primitiva o surco neural estaríamos ante un ser vivo. La actividad eléctrica del cerebro se presenta recién a las ocho semanas desde la fecundación, por lo que recién puede estimarse que se ha iniciado una vida humana.

El argumento principal de los defensores de la teoría es que en tanto la muerte del ser humano se produce con el cese de la función cerebral¹⁰⁹, es lógico sostener que el inicio de su vida ha de coincidir con el inicio de la actividad cerebral.

Fernández Sessarego critica esta posición, pues la vida humana es un proceso continuo desde la fecundación, en el que se da toda la información genética necesaria que lleva indefectiblemente a la formación de un ser humano¹¹⁰.

1.2) El inicio de la vida humana en el ordenamiento jurídico peruano.

El artículo 1° del código civil peruano reza: *“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”*.

De la lectura literal del citado artículo del código civil tenemos que, según el legislador peruano, la vida humana comienza con la concepción. Sin embargo la pregunta relativa al momento de la concepción aún no ha sido respondida. ¿Cuándo se puede hablar de ser humano concebido?

Al derecho, como ciencia social, le es muy interesante conocer con la mayor certeza posible la respuesta a esta pregunta. Sin embargo, no hay un criterio biomédico definido acerca de este fenómeno, siendo para algunos un misterio, mientras que para otros no es problema sostener que la vida no se inicia, sino simplemente se transmite, es decir, la vida

¹⁰⁹Tal como lo prescribe el artículo 108 de la Ley General de Salud.

¹¹⁰FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos (1990) *Nuevas tendencias en el Derecho de Personas*. Lima: Universidad de Lima, p.68.

es una prolongación del proceso de generación, de modo tal que el embrión es una prolongación de la vida presente en el óvulo y en el espermatozoide.¹¹¹

Ya que no existe norma alguna que responda esta pregunta, intentaremos encontrar la misma en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

El Tribunal Constitucional, en sentencia que resuelve el expediente N° 7435-2006-PC/TC, de fecha 13 de noviembre de 2006, demanda de cumplimiento interpuesta por Susana Chávez Alvarado y otras contra el Ministerio de Salud (MINSA), ordena al MINSA distribuya gratuitamente los anticonceptivos orales de emergencia en los centros de salud del país. Para tomar tal decisión, el Tribunal señaló que *“si el estado actual de la medicina ha determinado que los únicos efectos de la AOE hormonal son anticonceptivos y si existen estudios suficientes y actuales que demuestren que la AOE –ingerida en la dosis recomendada- no ocasiona cambios en el endometrio que impidan la anidación o la implantación, puede concluirse que se trata de un método no abortivo y que su inclusión en las Normas del Programa Nacional de Planificación Familiar es constitucional”* (el subrayado es nuestro)

Estando a lo anterior, de acuerdo a lo señalado por el Tribunal Constitucional, la AOE hormonal no violaría norma constitucional alguna toda vez que, según indica el Ministerio de Salud y ratifica el Tribunal, *“los mecanismos de acción de la AOE hormonal son anteriores a la fecundación”* (el subrayado es nuestro).

Al señalar el Tribunal Constitucional que las AOE no son abortivas porque no impiden la anidación, parecería adoptar la teoría de la anidación como la teoría válida para explicar el inicio de la vida humana. Sin embargo, posteriormente reconoce que los mecanismos de acción de la AOE hormonal son anteriores a la fecundación y por lo tanto no son abortivos, es decir, según el máximo intérprete de la constitucionalidad de las normas, la fecundación marcaría el inicio de la vida.

A distinta conclusión llega mediante sentencia del 16 de octubre de 2009, recaída en el expediente N° 02005-2009-PA/TC, ordena al MINSA el cese de la distribución de los anticonceptivos orales de emergencia, debido a que no existiría consenso en la comunidad científica respecto a los posibles efectos abortivos del mismo.

En este expediente, el Tribunal Constitucional hace referencia a las tres teorías antes mencionadas respecto al inicio de la vida humana:

- a) Teoría de la fecundación: La concepción se inicia con la fecundación, sin embargo esta dura algunas horas y comienza con la penetración del espermatozoide con el óvulo, y concluye con la formación del cigoto.

¹¹¹ En ese sentido se manifiesta JOHN HARRIS (*In vitro. Fertilization: The Ethical Issues*, 33 Philosophical Quarterly, 1983, pp. 222 y ss.) que dice: “Los gametos son portadores de vida mucho antes que la concepción. El óvulo femenino y el semen del varón, son ambos células vivas, células humanas. El óvulo, por ejemplo, sufre un proceso continuo e ininterrumpido que se desarrolla de generación en generación. No es, pues, la vida la que comienza con la concepción”. Por su lado, CLIFFORD GROBSTEIN (1985) *The Early Development of Human Embryos* 10, J.Med.& Phil., pps. 234 y ss.) concluye que: “La concepción da origen a una nueva generación desde el punto de vista genético, pero no al comienzo de la vida” Citados por VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. (1995). *Derecho Genético. Principios generales*. Lima, Ed. Editora Normas Legales, p.38.

Dentro de esta teoría, el Tribunal reconoce que hay sectores que consideran que desde el inicio del proceso fecundatorio ya nos encontramos ante la concepción, pues cuando el óvulo ha sido fecundado por el espermatozoide, da inicio a un proceso vital irreversible. Frente a ellos se encuentran quienes consideran que la fecundación esta se da recién con la formación del cigoto (fusión de los pronúcleos masculino y femenino, es decir, con la conjunción de los 23 cromosomas paternos con los 23 maternos)

- b) Teoría de la Anidación: La vida humana se inicia a partir de la anidación del ovulo fecundado (cigoto) en la parte interior del útero materno. Este proceso comienza a partir del sétimo día de la fecundación y dura cerca de siete días. Es desde ese momento que puede hablarse de un nuevo ser.
- c) La vida humana surge desde que hay actividad cerebral, pues es lógico pensar que si la muerte supone el estado irreversible de las funciones cerebrales, la misma actividad daría inicio a la vida (aproximadamente a la sexta semana de iniciada la fecundación)

El Tribunal Constitucional, en base a los principios de protección de la persona, *pro homini y favor debilis* (que a modo de resumen establecen que ante una pluralidad de normas aplicables, se aplica aquella que garantiza de forma más efectiva los derechos fundamentales reconocidos. También implica que debe preferirse la norma o interpretación más restringida cuando se trata de fijar limitaciones al ejercicio de los derechos fundamentales) acoge la postura que señala que se protege al concebido desde que se inicia el proceso fecundatorio, es decir, a partir de la fusión de los pronúcleos de los gametos materno y paterno, antes de la implantación. Señala el Tribunal:

“... este Colegiado se decanta por considerar que la concepción de un nuevo ser humano se produce con la fusión de las células materna y paterna con lo cual se da origen a una nueva célula que, de acuerdo al estado actual de la ciencia, constituye el inicio de la vida de un nuevo ser (...). La anidación o implantación, en consecuencia, forma parte del desarrollo del proceso vital, mas no constituye su inicio”

“Por lo anteriormente expuesto, y teniendo en cuenta, por un lado, que la concepción se produce durante el proceso de fecundación, cuando un nuevo ser se crea a partir de la fusión de los pronúcleos de los gametos materno y paterno, proceso que se desarrolla antes de la implantación; y, por otro, que existen dudas razonables respecto a la forma y entidad en que la denominada “Píldora del Día Siguiente” afecta al endometrio y por ende el proceso de implantación; se debe declarar que el derecho a la vida del concebido se ve afectado por acción del citado producto. En consecuencia, el extremo de la demanda relativo a que se ordene el cese de la distribución de la denominada “Píldora del Día Siguiente”, debe ser declarado fundado”.

Posteriormente, mediante Resolución Ministerial 167-2010/MINSA, el Ministerio de Salud comunica que existe certeza que el uso de levonorgestrel como anticonceptivo oral

de emergencia no es abortivo y no produce efectos secundarios, por lo cual se le incorpora como un método de planificación familiar. Posteriormente, mediante resolución N° 31, recaída en el expediente N° 2004-72276-28, el 28 Juzgado Especializado en lo Civil ordena al Ministerio de Salud que se abstenga de realizar cualquier actividad referida al uso del levonorgestrel como anticonceptivo oral de emergencia, en virtud de lo dispuesto por el Tribunal Constitucional en el expediente 02005-2009-PA/TC, lo que se da cumplimiento mediante Resolución Ministerial 652-2010/MINSA.

De lo expuesto podemos concluir que el Tribunal Constitucional no tiene una postura clara respecto al momento en que se debe empezar a proteger la vida humana. En un inicio adopta la teoría de la anidación, pero posteriormente adopta la teoría de la fecundación. En ese sentido, será cuestión del operador del derecho adoptar la postura que le resulte más satisfactoria. Si somos partícipes de adoptar la teoría de la anidación como la teoría que explica válidamente el inicio de la vida, coincidirán con nosotros que el embrión fecundado y no colocado en el útero materno tendría el estatus jurídico de cosa, razón por la cual no vería inconveniente alguno, relativo a la afectación de algún derecho fundamental¹¹², para que una vez concluido con éxito el proceso fecundatorio, pueda el centro de salud hacer libre uso de los pre-embiones no usados, siempre que medie el consentimiento previo del cedente de los gametos.

Esta es la posición de Luz Monge Talavera, quien señala que en tanto el artículo 1° del código civil hace referencia a la concepción como el momento del inicio de la vida, y *“que la concepción de un ser humano supone, además de la unión del elemento reproductor masculino al femenino (fecundación), la formación del embrión, seguida de su implantación y de su anidación en el útero materno, que el principio consagrado en el Código según el cual ‘la vida humana comienza con la concepción’, debe entenderse como referido al inicio de la gestación (que marca la concepción)”*¹¹³. En concordancia con ello, continúa señalando que embrión creado *in vitro* no es un sujeto de derecho pues no habría concepción antes de la transferencia del embrión *in utero*.

Si por el contrario, adoptamos la postura del Tribunal Constitucional, con la cual coincidimos, mediante la cual se protege a la persona desde que se inicia el proceso fecundatorio, es evidente que frente a los embriones nos encontramos ante la presencia de seres humanos, con una carga genética única, y por lo tanto dignos de protección por el ordenamiento jurídico. Estas son consideraciones personales que nos servirán posteriormente, para sustentar la tesis adoptada.

Estas dos sentencias, consideramos, son las más importantes en cuanto a la determinación del inicio de la vida en el ordenamiento jurídico peruano, sin embargo, no queremos dejar de hacer referencia a otras que de alguna manera también sientan una posición al respecto. Citamos por ejemplo la postura de la Comisión de Protección al Consumidor de INDECOPI, que mediante Resolución N° 1079-2003-CPC, recaído en el expediente N° 763-2003-CPC, previa referencia a los artículos de la Constitución y del Código Civil que otorgan al concebido la calidad de sujeto de derechos, señala que *“el no*

¹¹² En el orden legal, si existiría inconveniente, pues la Ley General de Salud establece claramente que solo está permitida la fecundación artificial con fines de reproducción.

¹¹³ MONGE TALAVERA, Luz. (2010) *“Código civil comentado por los cien mejores especialistas”*. Lima. Ed. Gaceta Jurídica, Tomo 1, pg. 96

comprender la tutela del derecho a la vida del concebido, dentro de los alcances del Reglamento Nacional de Responsabilidad Civil y Seguros Obligatorios de Accidentes de Tránsito implicaría, a nuestro entender, una interpretación inconstitucional, por cuanto se privilegia la vida de las personas naturales frente a la vida de los concebidos, generándose una situación de desigualdad del todo injustificada". Señala por estos motivos que *"una interpretación constitucional parte del reconocimiento de la categoría de sujeto de derecho al concebido, el cual, si bien, técnicamente no es persona, no deja de ser una vida humana a la cual hay que tutelar y proteger en igualdad de condiciones"*.¹¹⁴ De esta manera INDECOPI, no sólo defiende la vida del concebido, sin hacer distinción alguna en cuanto a la etapa de desarrollo en que se encuentre, sino que ante la duda, prefiere hacer una interpretación que restrinja en menor medida los derechos fundamentales, en este caso, del concebido.

En sentido semejante, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, en la sentencia recaída en el expediente CAS N° 1486-2007-CAJAMARCA, ha señalado que los derechos personalísimos y extrapatrimoniales son irrenunciables y no pueden ser objeto de cesión ni transacción alguna. Señala también que *"queda claro que nuestro ordenamiento jurídico concede la calidad de sujeto de derecho a la persona desde su concepción, y no desde su nacimiento, aunque supedita el goce de los derechos patrimoniales a que nazca con vida (...) bastaba el sólo hecho de su concepción para que sea catalogada como sujeto de derecho"*. La Corte Suprema, lo que ha hecho es fortalecer el carácter indisponible e irrenunciable de los derechos extrapatrimoniales y personalísimos de todos los seres humanos desde el momento de su concepción, lo cual nos da un sustento adicional para proteger los derechos del embrión, incluido el embrión *in vitro*, frente a los intereses de terceros que puedan vulnerar o afectar los derechos del concebido. Esta protección se refuerza al reafirmar que el sólo hecho de la concepción otorga la calidad de sujeto de derecho, reiterando así la necesidad de protección del individuo desde el primer instante de su existencia.

Si bien estas dos últimas sentencias que se han detallado no desarrollan el momento en que se inicia la vida, nos interesan porque reafirman que la vida comienza con la concepción, desechando por tanto teorías que consideran que el inicio de la vida se encuentra en otros períodos del desarrollo humano; sino que también porque son altamente proteccionistas del concebido, con lo cual, como mencionáramos anteriormente, nos brinda mayores fundamentos para proteger los derechos del concebido frente a cualquier circunstancia.

¹¹⁴ Para entender el caso: La Sra. Cahuaza denunció a La Positiva por presunta infracción a la Ley de Protección al Consumidor. Manifestó que el vehículo donde viajaba, asegurado por La Positiva, se despistó por lo que tuvo que ser trasladada de emergencia al Hospital de Bagua Grande y luego al Hospital de Essalud de Chiclayo. Posteriormente se enteró que se encontraba en gestación de cinco semanas y que presentaba peligro de aborto, lo que se materializó después. Solicita por dicha razón, en lo que nos interesa, indemnización por muerte.

La Positiva señala que, de la lectura del Reglamento Nacional de Responsabilidad Civil y Seguros Obligatorios de Accidentes de Tránsito, la interrupción del embarazo no era un caso de muerte, y como no se ha acreditado que la misma haya sido producto del accidente, no le correspondía la indemnización.

Para estos efectos, el Reglamento Nacional de Responsabilidad Civil y Seguros Obligatorios de Accidentes de Tránsito señala en su artículo 28: *El Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito actúa bajo la modalidad de un seguro de accidentes personales y cubre los riesgos de muerte y lesiones corporales que sufran las personas, sean ocupantes o terceros no ocupantes de un vehículo automotor, como consecuencia de un accidente de tránsito en el que dicho vehículo haya intervenido* (subrayado es nuestro).

No sucede lo mismo con la sentencia del Juzgado Mixto de San Marcos, Cajamarca, que ante la demanda de Don José de la Cruz Paredes Cruzado contra la Municipalidad Provincial de San Marcos, para que esta última le otorgue subsidio por fallecimiento y sepelio por la muerte de su hija concebida, señaló que al amparo de lo dispuesto por el artículo 144° del D.S. 005-90-PCM¹¹⁵, el demandante debe acreditar no sólo su condición de servidor público, sino también su relación de parentesco directo con el familiar fallecido; lo cual no se ha cumplido en tanto no sólo no habría acreditado muerte alguna, pues el certificado de defunción fetal no acredita la muerte de un familiar directo, sino que tampoco ha demostrado la relación directa con la hija aludida, concebida por su esposa, pues esta pequeña no cuenta con identidad alguna. La Sala Especializada en lo Civil de Cajamarca confirma la sentencia.

Los magistrados que conocieron el presente caso se equivocan, no sólo porque desconocen la presunción de paternidad del hijo matrimonial y la imposibilidad de contestar la paternidad del hijo por nacer; y que este no es un caso de atribución de derechos patrimoniales a un concebido, pues estos derechos serían atribuidos a su padre, sino sobre todo porque intentan sostener, sin soporte ni convicción alguna, que la calidad de hijo se obtiene con el nacimiento, pues mientras se encuentre dentro del vientre materno, no se puede tener la calidad de familiar directo ¡de tu propio padre! Se olvidaron los magistrados que únicamente los derechos patrimoniales se condicionan al nacimiento con vida; y entre ellos, no se encuentra la filiación, que es de un derecho personalísimo de todo ser humano. De esta manera, llegan al absurdo de afirmar que un concebido no muere, pues el certificado de defunción fetal no acredita este acontecimiento.

1.3) Posición de la doctrina y jurisprudencia nacional.

Sin embargo, la doctrina nacional no es unánime al respecto. Como mencionábamos, Luz Monge Talavera, se pregunta que en tanto el segundo párrafo del artículo primero del código civil enuncia que "la vida humana comienza con la concepción" si, legalmente, existe vida humana desde el momento en que un espermatozoide fecunda un óvulo. Hace notar que el artículo primero se refiere al momento de la concepción y no al momento de la fecundación y teniendo en cuenta que según el Diccionario de la Real Academia Española, concebir significa "quedar preñada la hembra", la concepción de un ser humano supondría no solo la unión del espermatozoide con el óvulo, sino además la formación, implantación y de anidación del embrión en el útero materno, lo cual se produce al final de las dos primeras semanas de la gestación y corresponde a la aparición del sistema nervioso y a la diferenciación de células.

Termina mencionando que en consecuencia, *"el principio consagrado en el Código según el cual 'la vida humana comienza con la concepción', debe entenderse como referido al inicio de la gestación (que marca la concepción). El derecho constata esa realidad biológica, a través de un diagnóstico médico, y determina a partir de ella numerosos efectos jurídicos"*¹¹⁶

¹¹⁵El subsidio por fallecimiento del servidor se otorga a los deudos del mismo por un monto de tres remuneraciones totales, en el siguiente orden excluyente: cónyuge, hijos, padres o hermanos. En el caso de fallecimiento de familiar directo del servidor: cónyuge, hijos o padres, dicho subsidio será de dos remuneraciones totales.

¹¹⁶*Ibid.* p.96

En el mismo sentido se manifiesta Fernández Sessarego, quien señala que *“el concebido constituye vida humana, genéticamente individualizada, desde el instante mismo de la concepción, o sea, a partir de la fecundación de un óvulo por un espermatozoide”*¹¹⁷. Por su parte, Rubio Correa sostiene que *“como fenómeno biológico, la concepción es la unión del espermatozoide y el óvulo. En ese momento se ha producido el hecho que determinará, si todo marcha normalmente en adelante, que haya un ser humano más sobre la tierra”*¹¹⁸.

Por otro lado, Jerome Lejeune, genetista mundialmente destacado, descubridor de las causas del Síndrome de Down señala que *“aceptar que después de la fecundación un nuevo ser humano ha comenzado a existir no es ya una cuestión de gusto u opinión... no es una hipótesis metafísica, sino una experiencia experimental”*.¹¹⁹

En el mismo sentido se manifiesta Juan Pablo II, quien dijo:

*"desde el momento que el óvulo es fecundado, se inaugura una nueva vida que no es la del padre ni la de la madre, sino la de un nuevo ser humano que se desarrolla a sí mismo... Por lo demás, está en juego algo tan importante que, desde el punto de vista de la obligación moral, bastaría la sola probabilidad de encontrarse ante una persona para justificar la más rotunda prohibición de cualquier intervención destinada a eliminar un embrión humano... el ser humano debe ser respetado y tratado como una persona desde el instante de su concepción y, por eso, a partir de ese mismo momento se le deben reconocer los derechos de la persona, principalmente el derecho inviolable de todo ser humano inocente a la vida".*¹²⁰

No es nuestra intención fundamentar a estas alturas del presente trabajo de investigación la postura que consideramos adecuada a fines de determinar cuál debe ser el criterio jurídico para determinar el inicio de la vida humana, sin embargo, sí creemos conveniente señalar que este dilema es uno que debe ser resuelto estrictamente por la ciencia médica, estando el jurista a lo que ésta determine. Al no tener la medicina certeza absoluta respecto al inicio de la vida, el legislador e intérprete del derecho en general, debe velar por la protección máxima que el ordenamiento jurídico puede garantizar a la vida humana. Ya lo dijo la Sala Primera de la Cámara Civil de la Capital (Argentina): *“En caso de colisión irremediable, debe anteponerse el derecho a la vida y a la integridad personal, dado su carácter esencial y fundante”*¹²¹

¹¹⁷FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. (1992) *Derecho en las Personas. Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Primero del Código Civil Peruano*. Cuarta Edición. Lima: Cultural Cuzco S.A. Editores, p. 30.

En el mismo sentido opina VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. (2001) *Derecho Genético*. 4ta Edición. Lima: Editorial Grijalbo p.40 y ss.

¹¹⁸RUBIO CORREA, Marcial (1992) *El ser humano como persona natural*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 16.

¹¹⁹LEJEUNE, Jerome, cit. por SANZ ÁLVAREZ, Jaime Enrique. (2002) *Fecundación Asistida*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, pp 170, 171.

¹²⁰Encíclica "Evangelium Vitae" (n.60)

¹²¹ Exp. N° 45882/93, Rabinovich Ricardo David s/ Medidas Precautorias. Argentina.

En el mismo sentido se manifiesta el Tribunal Constitucional peruano. Señala el máximo intérprete de la Constitución que:

“corresponde a la ciencia describir y explicar el proceso de reproducción humana y cada una de las etapas del iter vital del ser humano; y, sobre esa base, apoyándose en lo que la ciencia médica señala, correspondería al mundo jurídico resolver las controversias que se le presenten. Como la ciencia médica se encuentra dividida, y no puede arribar a una respuesta definitiva, el mundo jurídico también se encuentra dividido. Es por ello que, para la solución del presente caso, adquieren singular relevancia algunos principios de interpretación de los derechos fundamentales, como el pro homine y el favor debilis”¹²².

El principio “*pro homine*”, tiene a su vez dos variantes principales¹²³:

- a) Preferencia interpretativa, según la cual el intérprete ha de preferir la interpretación que más optimice un derecho fundamental (y que se plasma en los subprincipios de *favor libertatis*, de protección a las víctimas o *favor debilis*, de prohibición de aplicación por analogía de normas restrictivas de derechos, de *in dubio pro operario*, de *in dubio pro reo*, de *in dubio pro actione*, etcétera).
- b) Preferencia de normas, de acuerdo con la cual el intérprete, si puede aplicar más de una norma al caso concreto, deberá preferir aquella que sea más favorable a la persona, con independencia del lugar que ocupe dentro de la jerarquía normativa.

Por su parte, el principio “*favor debilis*” manda “que ante situaciones de derechos fundamentales en conflicto, debe tenerse especial consideración con aquella parte más débil, en una situación de inferioridad y no de igualdad con la otra”¹²⁴.

Es decir, en líneas generales, se puede decir que la jurisprudencia nacional tiende, al menos en principio, a proteger los derechos del embrión, reconociéndolo como un sujeto de derechos, y por lo tanto pasible de ser protegido por el aparato jurisdiccional

1.4) Posición de la jurisprudencia comparada

La jurisprudencia argentina se manifiesta en similar sentido. En resolución recaída en el expediente N° 75882/93, Rabinovich Ricardo David s/ Medidas Precautorias, la Sala Primera de la Cámara Civil de la Capital establece que el desacuerdo científico y filosófico sobre la verdadera condición del ovocito pronucleado (o pre – embrión) no puede ser dirimido por los jueces, por lo que “*en tales condiciones, a la hora de decidir la suerte del ovocito pronucleado la prudencia impone darle un trato semejante a la de persona*”.

En dicho sentido, la jurisprudencia argentina, ante el desconocimiento del momento exacto del inicio de la vida, prefiere dar la más amplia protección posible, por eso, sin que

¹²²Exp. N.° 02005-2009-PA/TC

¹²³CARBONEL, Miguel. (2009) “La Interpretación de los Derechos Fundamentales” en *Ius et Praxis*. Año 10, N° 1Lima: Palestra Editores; p. 166

¹²⁴ Exp. N° 2005-2009-PA/TC

lo dijera expresamente, protege al individuo no desde el inicio de la concepción (pues este momento es justamente el que se desconoce), sino desde el inicio del proceso fecundatorio.

La jurisprudencia costarricense ha establecido por su parte, en sentencia recaída en el expediente N° 95-001734-0007-CD, del 15 de marzo del 2000, que:

“al describir la segmentación de las células que se produce inmediatamente después de la fecundación, se indica que en el estadio de tres células existe un minúsculo ser humano y a partir de esa fase todo individuo es único, rigurosamente diferente de cualquier otro. En resumen, 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, según se demuestra de seguido. Esta segunda posición es acorde con las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos vigentes en Costa Rica”.

En dicho sentido, dice la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia que

“Es preciso cuestionarse si todo lo científicamente posible es compatible con las normas y principios que tutelan la vida humana, vigentes en Costa Rica, y, hasta qué punto, la persona humana admite ser objeto o resultado de un procedimiento técnico de producción. Cuando el objeto de la manipulación técnica es el ser humano, como en la Técnica de Fecundación In vitro y Transferencia de Embriones el análisis debe superar el plano de lo técnicamente correcto o efectivo. Debe prevalecer el criterio técnico que inspira los instrumentos de Derechos Humanos suscritos por nuestro país: el ser humano nunca puede ser tratado como un simple medio, pues es el único que vale por sí mismo y no en razón de otra cosa. Si hemos admitido que el embrión es un sujeto de derecho y no un mero objeto, debe ser protegido igual que cualquier otro ser humano. Solamente la tesis contraria permitiría admitir que sea congelado, vendido, sometido a experimentación e, incluso, desechado”

Por esta razón es que la Corte Suprema costarricense ha prohibido la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida en dicho territorio.

Por su parte, la Sentencia de primera instancia dictada el 30 de junio de 2004, por el 20° Juzgado Civil de Santiago (Chile), sobre “Nulidad de Derecho Público”, caratulada “Centro Juvenil Ages con Instituto de Salud Pública”, señala:

“En definitiva no cabe duda de que el sujeto biológico hombre empieza con la fecundación o concepción; el que se encuentra protegido por las diversas normas legales y constitucionales tantas veces citadas. Así las cosas, unificados los gametos masculino y femenino, se constituye el código genético, responsable de la individualidad y del desarrollo del nuevo ser, su crecimiento y formación de sus órganos definitivos; por lo que en este proceso hay coordinación, continuidad y gradualidad, lo que supone un orden intrínseco, un sujeto único; cuya protección se encuentra garantizada por nuestro orden legal y constitucional; derecho, que al

igual al derecho a la salud física de la madre ha sido infringido por la institución demandada; debiendo este sentenciador restablecer el derecho quebrantado, de acuerdo a como se resolverá en lo resolutivo de este fallo” (considerando 52°).

En España, el Pleno del Tribunal Constitucional ha establecido:

“Tal como hemos recordado en el fundamento anterior, los no nacidos no pueden considerarse en nuestro ordenamiento constitucional como titulares del derecho fundamental a la vida que garantiza el art. 15 de la Constitución, lo que, sin embargo, no significa que resulten privados de toda protección constitucional, pues, «los preceptos constitucionales relativos a los derechos fundamentales y libertades públicas pueden no agotar su contenido en el reconocimiento de los mismos, sino que, más allá de ello, pueden contener exigencias dirigidas al legislador en su labor de continua configuración del ordenamiento jurídico, ya sea en forma de las llamadas garantías institucionales, ya sea en forma de principios rectores de contornos más amplios, ya sea, como en seguida veremos, en forma de bienes jurídicos constitucionalmente protegidos. En dicho sentido, supone al Estado una doble obligación: «la de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación, y la de establecer un sistema legal de defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya también, como garantía última, las normas penales»¹²⁵”.

Para finalizar, en Inglaterra es de resaltar el caso *Paton v. British Pregnancy Advisory Service Trustees and Another*¹²⁶, en el cual la Corte sostuvo que un no nacido no tiene derechos por sí mismo¹²⁷. El juez, Sir. George Baker, señaló que desde su punto de vista, el feto, en la legislación inglesa, tiene derechos por sí mismo siempre que al menos nazca y tenga una existencia separada de su madre. Asimismo, se preguntó si una persona puede, después de su nacimiento, tener un derecho de acción frente a los daños pre-natales sufridos. Ha mencionado el citado juez: *“ha sido universalmente aceptado, y lo es desde entonces, que para tener derechos el feto debe haber nacido y ser un niño..., no hay duda que en Inglaterra y Wales el feto no tiene derecho de acción hasta su nacimiento”*. Con respecto a los derechos hereditarios, sostiene que *“desde la concepción el concebido tiene derechos sucesorios gracias a una ‘construcción ficticia’, pero el niño tiene que nacer vivo”*.¹²⁸

El caso se elevó a la Corte Europea de Derechos Humanos como *Paton vs United Kingdom*¹²⁹. El demandante alegó que la norma inglesa viola el artículo 2 de la Convención

¹²⁵ Sentencia 116/1999, de 17 de junio de 1999. Recurso de inconstitucionalidad 376/1989. Promovido por Diputados del Grupo Parlamentario Popular contra la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, de Técnicas de Reproducción Asistida, en su totalidad y, subsidiariamente, contra distintos apartados de la misma. Voto particular.

¹²⁶ Se puede acceder al documento en: <http://www.justcite.com/Document/b2uJmXCtnSaaa/paton-v-british-pregnancy-advisory-service-trustees>. Consultado el 31.03.2013

¹²⁷ Señala la Corte: “Para el feto tener derechos, debe nacer y ser un niño”, traducción libre de “*in order to have a right the foetus must be born and be a child*” n5 (1997) 3 All ER 70, (1977) 3 WLR 300

¹²⁸ Se refiere al caso *Elliott v. Lord Joicey* (1935)

¹²⁹ Puede acceder al documento en: <http://www.globalhealthrights.org/health-topics/health-care-and-health-services/paton-v-united-kingdom-x-v-united-kingdom/> Consultado el 31.03.12

Europea para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales¹³⁰ debido a que permite el aborto y niega al feto cualquier derecho.

La Corte respondió que la interrogante respecto a si el artículo citado es aplicable al no nacido ya ha sido dejada de lado en el caso *Briggemann and Scheuten v. Germany*, y no ha sido considerada por la Comisión en ningún otro caso. Si ha sido considerada en la Corte de Austria, interpretando que el artículo 2 no es aplicable para el no nacido. La Corte señala que los términos “everyone” (todos) y “life” (vida) no han sido definidos en la Convención. En último caso, el término “everyone” sólo puede ser aplicado para los ya nacidos¹³¹.

Finalmente, la Corte señaló que la vida del feto está íntimamente conectada con la de su madre y no puede ser considerada independientemente de ello. Si el derecho del feto a la vida fuera absoluto, entonces el aborto debería ser prohibido aun cuando la continuación del embarazo ponga en riesgo la vida de la madre, esto significaría que la vida del feto es un valor jurídico superior al de la madre. Esta interpretación sería contraria al objeto y propósito de la Convención en Inglaterra¹³².

2) Estatus jurídico del embrión *in vitro*

La naturaleza jurídica atribuida al embrión obtenido con técnicas de reproducción asistida extracorpóreas está íntimamente ligada con los descubrimientos de la genética y la biología. Actualmente los conocimientos en biogenética han permitido determinar tres estadios en el desarrollo prenatal del ser humano: pre-embrión o cigoto, embrión y feto.

Se le conoce como pre-embrión al producto obtenido del proceso de fusión entre los gametos masculino y femenino hasta aproximadamente el décimo cuarto día, cuando se produce la aparición de la cresta neural y se procede a su implantación en la cavidad uterina. Este término alude al cigoto o masa celular en proceso de división, proceso que culminará justamente el décimo cuarto día. El embrión se forma en la matriz materna y se mantiene como tal hasta aproximadamente dos meses y medio después, en cuyo período se desarrollan órganos como el cerebro o el corazón. Se conoce como feto para la última fase del desarrollo embriológico, cuando ya se empieza a tener forma humana.

¹³⁰ Que dice: El derecho a la vida debe ser protegido por la ley. nadie debe ser privado de su vida salvo en ejecución de sentencia por un delito sancionado en dicho sentido (traducción libre de *Article 2 Right to Life: 1. Everyone's right to life shall be protected by law. No one shall be deprived of his life save in the execution of a sentence of a court following his conviction of a crime for which this penalty is provided by law.*)

¹³¹ Apartado noveno del estudio de la ley, que señala: “Thus both the general usage of the term ‘everyone’ (‘toute personne’) of the Convention (para. 7 above) and the context in which this term is employed in Article 2 (para. 8 above) tend to support the view that it does not include the unborn”.

¹³² Señala la corte en el considerando 19 del estudio de la ley: “La vida del feto está íntimamente conectada con la de su madre y no puede ser considerada aislada de ella. Si el artículo 2 fue dictado para proteger al feto, en ausencia de limitación expresa, el aborto debería ser prohibido aun cuando al continuación del embarazo envuelva un serio riesgo para la vida de la mujer embarazada...”, traducción libre de “The ‘life’ of the foetus is intimately connected with, and cannot be regarded in isolation from, the life of the pregnant woman. If Article 2 were held to cover the foetus and its protection under this article were, in the absence of any express limitation, seen as absolute, an abortion would have to be considered as prohibited even where the continuance of the pregnancy would involve a serious risk to the life of the pregnant woman. This would mean that the ‘unborn life’ of the foetus would be regarded as being of a higher value than the life of the pregnant woman...”

Lo cierto es que el término pre-embrión es un término acuñado por los genetistas que experimentan con embriones humanos con menos de 14 días de desarrollo; y que usan para fundamentar la existencia de diferencias esenciales entre este y el ser humano con más de 14 días de desarrollo, y de esta manera justificar la experimentación con embriones humanos, pues según ellos, aquellos embriones que no tienen 14 días de desarrollo no son seres humanos. El fundamento utilizado es simple: en tanto la vida humana termina con el cese de la actividad cerebral¹³³, por lógica consecuencia, empezaría con el inicio de la misma, que se produce con la aparición de la cresta neural, a los 14 días de desarrollo del embrión.

Esta conveniencia es demostrada en un estudio publicado en marzo del 2011 por el *Journal of the American Society for Information Science and Technology*¹³⁴, el mismo que para determinar si el término “pre-embrión” es un término generalmente aceptado por la literatura científica internacional, tomó todas las publicaciones realizadas entre 1999 y 2008 ingresadas al sistema del *Science-Citation-Index-Expanded* del *Web-of-Knowledge*, obteniendo como resultado que, de un total de 93.019 registros, 90.888 incluyeron embrión; 8.366 blastocisto; 2.397 embrión preimplantacional; y únicamente 172 preembrión. Concluye por tanto que el término preembrión no es generalmente aceptado por la comunidad científica, probablemente porque es confuso o inadecuado.

Por otro lado, hay cierto sector de la doctrina que sostiene que mientras se encuentre fuera del vientre materno, no nos encontramos ante un embrión humano, sino ante un grupo de células que pueden ser consideradas “objeto de derecho”. Señalan respecto al embrión *in vitro*, que no se puede hablar de embrión como un ser humano individualizado, pues “*la individualización está dada por dos propiedades: ser único e irrepetible; y ser uno sólo, por lo tanto el embrión in vitro se mantiene en un estado de división celular, la individualidad no la obtendrá hasta el 14º día*”.¹³⁵

En el mismo sentido se manifiesta Luz Monge Talavera¹³⁶, quien señala que “*el embrión creado in vitro no es un sujeto de derecho. La fecundación de células sexuales en un laboratorio es un acto biológico, el cual, en el estado de la legislación, no genera ningún efecto jurídico. Dicho de otro modo, no hay concepción antes de la transferencia del embrión in utero. Y si, de acuerdo al artículo primero ‘la vida humana comienza con la concepción’ es posible afirmar que jurídicamente el embrión obtenido in vitro no es tratado como vida humana.*”

Los conservadores, por el contrario, señalan que los embriones ya son seres humanos. Basan su postura en dos argumentos. En primer lugar, el embrión es sin discusión genéticamente

¹³³ Artículo 108 de la Ley General de Salud: La muerte pone fin a la persona. Se considera ausencia de vida al cese definitivo de la actividad cerebral, independientemente de que algunos de sus órganos o tejidos mantengan actividad biológica y puedan ser usados con fines de transplante, injerto o cultivo.

El diagnóstico fundado de cese definitivo de la actividad cerebral verifica la muerte. Cuando no es posible establecer tal diagnóstico, la constatación de paro cardiopulmonar irreversible confirma la muerte.

Ninguno de estos criterios que demuestra por diagnóstico o corroboran por constatación la muerte del individuo, podrán figurar como causas de la misma en los documentos que la certifiquen.

¹³⁴ Estudio realizado por Luis Vivanco, Blanca Bartolomé, Montserrat San Martín y Alfredo Martínez, obtenido de <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1002/asi.21505/abstract>

¹³⁵ VALVERDE MORANTE, Ricardo (2001) *Derecho Genético: Reflexiones jurídicas planteadas por las técnicas de reproducción asistidas*. Lima: Gráfica Horizonte S.A. p. 74.

¹³⁶ MONGE TALAVERA, Luz. *Op.cit.*

humano. Más aún, no es sólo una célula humana, como cualquier célula en el cuerpo humano, sino que en el momento de la fertilización, el óvulo y el espermatozoide se combinan para formar un nuevo genotipo. Desde esta única célula se desarrollan todos los tejidos y órganos que conforman el cuerpo humano. La fertilización marca así el inicio en el espacio y tiempo de un nuevo ser humano. En segundo lugar, señalan que nada de lo que pasa después de la fertilización tiene una transcendencia moral significativa que nos permita decir *‘ahora tenemos una nueva vida humana, pero antes de este momento no era humano’*¹³⁷

En el mismo sentido se alinea la Academia Nacional de Medicina de Argentina, que en 1995 publicó una comunicación en los siguientes términos:

*“La puesta en marcha del proceso de formación de una vida humana se inicia con la penetración del óvulo por el espermatozoide; la nueva célula resultante (cigoto) contiene su propio patrimonio cromosómico donde se encuentra programado biológicamente su futuro. Este hecho científico con demostración experimental, es así dentro o fuera del organismo materno. Se debe promover y respetar los derechos personales, considerando en forma igualitaria la vida del embrión como la del padre y la madre”*¹³⁸

Dicho de otra forma, el embrión es una entidad ontológica, una entidad existencial, siendo esta unidad la más básica de todas las posibles formas de existencia humana. En dicho sentido, lo que el ser humano estará destinado a ser, está ya contenido en dicha entidad existencial. Dice Gorki Gonzales Mantilla¹³⁹: *“... está claro que la perspectiva del desarrollo biológico no pone en cuestión que la evolución embriológica se produzca de manera continua, desde el momento de la fecundación del óvulo, hasta el nacimiento. En otras palabras, sostenemos que la evidencia de estadios vitales cronológica y biológicamente diferenciables, no niega la presencia de vida humana antes de la implantación del embrión in vitro en el útero”*.

Coincidimos con Castillo Córdova¹⁴⁰ cuando señala que la persona humana es una realidad unitaria y coherente, cuya plena realización rechaza cualquier tipo de contradicción interna. En ese sentido, se entiende que se tiene la naturaleza humana desde el primer instante de desarrollo de la persona humana, que como ya se ha señalado corresponde a la etapa del embrión. En ese sentido, ya que ontológicamente el cigoto, el embrión y el feto son iguales, la naturaleza jurídica de todos ellos debe ser igual, correspondiéndoles la protección más perfecta que el ordenamiento jurídico les puede otorgar, que en este caso es la protección que le corresponde al *nasciturus*. Así, el embrión gozará de todos sus derechos personales, y de los patrimoniales siempre y cuando nazca vivo¹⁴¹.

¹³⁷STEINBOCK, Bonnie (1994) “Ethical Issues in Human Embryo Research, en *Papers Commissioned for the Human Embryo Research Panel*. Maryland: National Institutes of Health, p.p. 29 y 30.

¹³⁸ Diario La Nación, 23 de setiembre de 1995, cit. en resolución de fecha 03 de diciembre de 1999 del Exp. 45882/93: “Rabinovich Ricardo David s/ Medidas Precautorias.

¹³⁹GONZALES MANTILLA, Gorki (1996). *La consideración jurídica del embrión in vitro*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 40.

¹⁴⁰CASTILLO CÓRDOVA, Luis, (2005) “¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales?”, en *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, N° 12, p.110.

¹⁴¹ Art. 1 del código civil peruano.

Es de señalar que nos encontramos absolutamente de acuerdo con lo expresado por el maestro Fernández Sessarrego, quien defiende la naturaleza humana del embrión desde el primer instante de su desarrollo. Señala el destacado jurista que *“ontológicamente, por el hecho de la fecundación de un óvulo por un espermatozoide nos hallamos frente a un ser de naturaleza humana. Esta es la realidad biológica que interesa tener en cuenta para el efecto de considerar normativamente como sujeto de derechos a este nuevo ser y brindarle, en consecuencia, la protección jurídica debida”*¹⁴²

Son interesantes las posturas que acabamos de presentar que se encuentran a favor de considerar al embrión como un ser humano, posturas que a nuestro juicio son perfectamente aplicables al embrión *in vitro*, pues el hecho de haber iniciado su desarrollo fuera del cuerpo de una mujer no es sino una diferencia accesorio para determinar la naturaleza de esa realidad que se encuentra en un recipiente de Petri. El embrión *in vitro* también ha surgido a raíz de la unión de un óvulo con un espermatozoide, tiene también un código genético único e irrepetible (salvo los casos de clonación) y es también el primer estadio de desarrollo de la vida humana.

La posición de la jurisprudencia nacional es casi unánime al señalar que la vida humana comienza con la concepción. Así lo ha establecido el Tribunal Constitucional en los expedientes N° 7435-2006-PC/TC y 02005-2009-PA/TC, referidos al uso de los anticonceptivos orales de emergencia que fueran desarrollados previamente. A conclusión semejante llega en la sentencia recaída en el expediente CAS N° 1486-2007-CAJAMARCA, que, interpretando el numeral 1° del artículo 2° de la Constitución y el artículo 1° del Código Civil, concluye que el derecho a la vida del concebido es un bien jurídico digno de protección; y que los derechos personalísimos no pueden ser objeto de transacción, incluidos los derechos del concebido. De la misma manera, en la sentencia recaída en el expediente 18355-2006-00113, del Décimo Quinto Juzgado Especializado en Familia, en el considerando décimo cuarto, sin afirmarlo explícitamente, el juez, al aplicar al concebido *in vitro* las normas nacionales que protegen la vida del concebido *in utero*, reconoce que ambos concebidos son iguales jurídicamente, y por lo tanto, ambos son sujetos de derecho¹⁴³. Coherentemente con esta posición, el juez decide que los embriones *in vitro* que se mantienen congelados no sean destruidos, sino que, acorde a lo señalado por la Ley General de Salud, que establece que la fecundación *in vitro* sólo puede ser usada con fines de procreación, ordena que los padres genéticos de estos embriones congelados que hagan efectivo su derecho a la vida mediante una subrogación de vientre a favor de ellos o a favor de terceros, siempre sin ánimo de lucro. En caso de no hacerlo así dentro de dos años, ordena que se notifique al Juzgado de Familia Tutelar o al Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social para que se inicie el proceso de abandono de los citados embriones y puedan ser entregados en adopción¹⁴⁴.

A semejante conclusión llega la Comisión de Protección al Consumidor de INDECOPI, que mediante Resolución N° 1079-2003-CPC, recaído en el expediente N° 763-2003-CPC, reitera los criterios precitados, en el sentido de la necesidad y obligación de brindar protección jurídica a los derechos personales del concebido.

¹⁴²FERNÁNDEZ SESSARREGO, Carlos (1990) *Nuevas tendencias en el Derecho de Personas. op.cit.*, p.68.

¹⁴³Al respecto, el juez aplica el artículo I y II del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, y el artículo 1 del mismo código; y el preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño.

¹⁴⁴ Disposiciones quinta y sexta de la sentencia.

Contrariamente a lo que acabamos de exponer, es interesante señalar lo expuesto por el Consejo Constitucional de Francia, en la Decisión 94-343/344, del 27 de julio de 1994¹⁴⁵, el mismo que declara la constitucionalidad de la Ley relativa al respeto del cuerpo humano y la ley sobre la donación y utilización de elementos y productos del cuerpo humano, la procreación médicamente asistida y diagnóstico prenatal, debido a que dichas leyes “*anuncian un conjunto de principios en los cuales figura la prioridad de la persona humana, el respeto del ser humano desde el comienzo de la vida, la inviolabilidad, integridad y la ausencia del carácter primordial del cuerpo humano así mismo que la integridad de la especie humana*”¹⁴⁶. Dichos principios serían los siguientes:

- Con respecto a la posibilidad de finalizar la conservación de los embriones pasados 5 años desde que se dio inicio a la misma, el Consejo Constitucional hace referencia a la oposición de un grupo de diputados a dicha disposición, pues “*contradice al derecho de la vida de los embriones quien según ellos posee desde la concepción todos los atributos de la persona humana; que esta ocasionaría una discriminación, rompiendo el principio de igual entre los embriones y que la posibilidad, ocasionada por esta ley, de realizar estudios sobre los embriones contradice el respeto de la integridad de la persona y del cuerpo humano*”¹⁴⁷.
- El principio del respeto de todo ser humano desde el comienzo de su vida no es aplicable a los embriones *in vitro*¹⁴⁸.
- Señalan los diputados que se oponen a estas leyes, que las mismas presentarían las condiciones para realizar diagnóstico biológico a partir de células previamente retiradas del embrión *in vitro*, y según los resultados obtenidos, permitirían la interrupción del embarazo.¹⁴⁹

La posición del Consejo Constitucional de Francia, quien considera que el embrión *in vitro* no es ontológicamente semejante a un embrión anidado en el vientre de la madre, yendo en

¹⁴⁵Puede acceder al texto completo en la página web oficial del Consejo Constitucional de Francia: www.conseil-constitutionnel.fr

¹⁴⁶ El considerando décimo octavo dispone: *Considérant que lesdites lois énoncent un ensemble de principes au nombre desquels figurent la primauté de la personne humaine, le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie, l'inviolabilité, l'intégrité et l'absence de caractère patrimonial du corps humain ainsi que l'intégrité de l'espèce humaine ; que les principes ainsi affirmés tendent à assurer le respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine*

¹⁴⁷ Traducción libre del considerando octavo de la referida decisión, el mismo que señala literalmente: “*Considérant que les députés auteurs de la seconde saisine soutiennent que cette dernière disposition porte atteinte au droit à la vie des embryons qui selon eux possèdent dès la conception tous les attributs de la personne humaine ; qu'elle établit une discrimination rompant le principe d'égalité entre les embryons selon qu'ils auront été conçus avant ou après la date de la promulgation de la loi... que la possibilité ménagée par la loi de mener des études sur les embryons porte atteinte au respect de l'intégrité de la personne et du corps humain*”

¹⁴⁸ El noveno considerando de dicha decisión establece: “*qu'il a estimé que le principe du respect de tout être humain dès le commencement de sa vie ne leur était pas applicable ; qu'il a par suite nécessairement considéré que le principe d'égalité n'était pas non plus applicable à ces embryons*”

¹⁴⁹ Considerandos 12 y 13 de la decisión, los mismos que señalan lo siguiente: 12. “*Considérant que l'article 12 de la loi insère au début du chapitre IV du titre premier du livre II du code de la santé publique un article L. 162-16 ; que celui-ci organise un diagnostic prénatal ayant pour but de détecter in utero chez l'embryon ou le fœtus une affection d'une particulière gravité ; que l'article 14 de la loi insère un article L. 162-17 qui pose les conditions auxquelles peut être effectué un diagnostic biologique à partir de cellules prélevées sur l'embryon in vitro ;*

13. *Considérant que les députés, auteurs de la seconde saisine, prétendent que ces dispositions qui faciliteraient le recours à l'interruption volontaire de grossesse, portent atteinte au droit à la vie*”

clara contravención con el espíritu de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que ellos mismos propugnaron y expandieron alrededor del mundo.

Una concepción parecida tiene la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la misma que en el caso *Artavia Murillo y otros* (“Fecundación *in vitro*”) vs. Costa Rica, la Corte la Corte analiza los alcances de los artículos 1.2¹⁵⁰ y 4.1¹⁵¹ de la Convención Americana respecto a las palabras “persona”, “ser humano”, “concepción” y “en general”.

Con respecto al término “persona”, señala la Corte que esta se encuentra anclada a las definiciones de los términos “concepción” y “ser humano”¹⁵². En cuanto a la concepción, la Corte retoma la controversia de cuándo empieza la vida humana, y reconoce que pudiendo estudiarse el tema desde distintas ópticas no puede llegarse a una definición consensuada, *“sin embargo, para la Corte es claro que hay concepciones que ven en los óvulos fecundados una vida humana plena. Algunos de estos planteamientos pueden ser asociados a concepciones que le confieren ciertos atributos metafísicos a los embriones”*¹⁵³, razón por la cual la Corte no puede justificar que se otorgue prevalencia a esta postura, pues *ello implicaría imponer un tipo de creencias específicas a otras personas que no las comparten*¹⁵⁴.

Habiendo hecho esta salvedad, la Corte busca una definición de “concepción”. Al respecto, señala la Corte que la evidencia científica resalta dos momentos del desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación; y que sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe concepción, pues si no llegara a implantarse en el cuerpo de la mujer, sus posibilidades de desarrollo son nulas¹⁵⁵. En dicho sentido, la Corte equipararía a la concepción con la implantación, con lo cual antes de ese evento no cabría aplicar el artículo 4º de la Convención. En otras palabras, en tanto el embrión *in vitro* no ha sido implantado en la cavidad uterina, este no tendría aun naturaleza humana, consecuentemente, no sería titular de derechos, y para el caso concreto, titular del derecho a la vida.

Por otro lado, el artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, al hacer uso del término “en general”, indica que la regla general podría admitir ciertas excepciones. En dicho sentido, *“la protección del derecho a la vida no es absoluto, sino gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que indica entender la procedencia de excepciones a la regla general.”*

La posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos puede ser objeto de numerosas críticas, pero que serán materia de desarrollo más adelante.

,

¹⁵⁰ Que señala: “Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”.

¹⁵¹ Que señala: “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”.

¹⁵² Parágrafo 176 de la sentencia

¹⁵³ Parágrafo 185 de la sentencia

¹⁵⁴ *Ibid.*

¹⁵⁵ Parágrafo 186 de la sentencia

CAPÍTULO V: SITUACIÓN ACTUAL DE LAS TERAS EN EL PERÚ

1) Marco legal

El desarrollo de las técnicas de reproducción humanas médicamente asistidas no es una realidad ajena al Perú, pues desde hace más de veinte años se vienen desarrollando estas prácticas en el territorio nacional, pero la legislación que existe a la fecha es casi inexistente, y para el caso concreto que nos ocupa, nula, pues no se regulan aspectos fundamentales de la fecundación humana asistida extrauterina, ni las consecuencias jurídicas de estas técnicas.

Existen ciertas normas que de manera muy general regulan este tema, y de la cual pasaremos a realizar una breve síntesis

Código Civil

La Ley N° 27048 modifica diversos artículos del código civil sobre declaración de paternidad y maternidad. El texto, en lo que interesa al presente trabajo, reza lo siguiente:

“Artículo 1.

En los casos de negación de paternidad matrimonial, impugnación de maternidad y acción de filiación a que se refieren los artículos 363, 371 y 373 del código civil, es admisible la prueba biológica, genética u otras de validez científica con igual o mayor grado de certeza.

Artículo 2.

Modifíquense los artículos 363, 402, 413 y 415 del Código Civil, en los siguientes términos:

"Artículo 363.- El marido que no se crea padre del hijo de su mujer puede negarlo:

5) Cuando se demuestre a través de la prueba del ADN u otras pruebas de validez científica con igual o mayor grado de certeza que no existe vínculo parental. El Juez desestimará las presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza.

Artículo 402.- La paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada:

6) Cuando se acredite el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo a través de la prueba del ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza. Ante la negativa de someterse a alguna de las pruebas luego de haber sido debidamente notificada bajo apercibimiento por segunda vez, el Juez evaluará tal negativa, las pruebas presentadas y la conducta procesal del demandado declarando la paternidad o al hijo como alimentista, correspondiéndole los derechos contemplados en el artículo 415.

Lo dispuesto en el presente inciso no es aplicable respecto del hijo de la mujer casada cuyo marido no hubiese negado la paternidad.

El Juez desestimará las presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza.

Artículo 413.- En los procesos sobre declaración de paternidad o maternidad extramatrimonial es admisible la prueba biológica, genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza.

Artículo 415.- Fuera de los casos del artículo 402, el hijo extramatrimonial sólo puede reclamar del que ha tenido relaciones sexuales con la madre durante la época de la concepción una pensión alimenticia hasta la edad de dieciocho años. La pensión continúa vigente si el hijo, llegado a la mayoría de edad, no puede proveer a su subsistencia por incapacidad física o mental. El demandado podrá solicitar la aplicación de la prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza. Si éstas dieran resultado negativo, quedará exento de lo dispuesto en este artículo."

Artículo 3.

En los casos contemplados en los artículos 373 y 402 del Código Civil cuando se declare la paternidad o maternidad como consecuencia de la aplicación de la prueba de ADN u otras pruebas de validez científica con igual o mayor grado de certeza el demandado deberá reintegrar el pago por la realización de la misma a la parte interesada.

Artículo 4.

El Estado determinará los mecanismos necesarios para facilitar el acceso de las personas a la prueba de ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza. Para tal efecto el demandante deberá acogerse a los alcances del auxilio judicial establecido en los artículos 179 al 187 del Código Procesal Civil.

Artículo 5.

La persona que de mala fe inicia un proceso de declaración de paternidad valiéndose de la prueba de ADN u otras pruebas de validez científica con igual o mayor grado de certeza, ocasionando así un daño moral y económico al demandado deberá pagar una indemnización, la cual será fijada a criterio del Juez".

Como puede notarse, las normas del Código Civil están dirigidas al uso de las pruebas genéticas para la determinación de la filiación, distando mucho de ser un cuerpo de leyes que regule de manera suficiente el derecho genético en general, y el uso de las técnicas de reproducción humana asistida, en particular. Inclusive podemos afirmar que no es posible la aplicación estricta de las disposiciones del Código Civil en lo que respecta a la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, pues podría dar como resultado que un donante anónimo de gametos, descubierta por alguna razón su identidad, pueda ser responsable por la manutención de un hijo alimentista; o en el caso del Expediente 183515-2006-00113-0, Carla See v. Lucero Aurish, se hubiera determinado la maternidad de Lucero Aurish, cuando la madre genética es Carla See.

Código Penal.

Tipifica una serie de conductas que tienen relación con la protección del *nasciturus*, como son el aborto, el daño al cuerpo o salud del concebido

Artículo 120°.

“El aborto será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres meses:

1. Cuando el embarazo sea consecuencia de violación sexual fuera de matrimonio o inseminación artificial no consentida y ocurrida fuera de matrimonio, siempre que los hechos hubieren sido denunciados o investigados, cuando menos policialmente; o
2. Cuando es probable que el ser en formación conlleve al nacimiento graves taras físicas o psíquicas, siempre que exista diagnóstico médico”.

Artículo 124 – A°.

“El que causa daño en el cuerpo o en la salud del concebido, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de un año ni mayor de tres”.

Es de apreciar que el legislador penal reconoce también en el concebido a un sujeto de derechos, razón por la cual castiga el delito de aborto; y posteriormente, notando que la protección otorgada mediante la figura del aborto no es suficiente para proteger al concebido ante los daños que sufra durante su estancia en el vientre materno, añade el artículo 124-A.

Queremos resaltar que el artículo 124-A fue incorporado al Código Penal mediante Ley N° 27716, publicada en el año 2002, es decir, cuando las técnicas de fecundación humana asistida ya eran conocidas hace más de 10 años en el Perú, pero no llega a estar claro si este artículo se dictó pensando en los seres humanos concebidos *in vitro*¹⁵⁶. Tal parece que no, pues de haber sido así, se hubiera modificado la tipificación del delito de aborto para sancionar la muerte de embriones concebido artificialmente y desechados por ser considerados inviables, o por cualquier otro motivo.

Artículo 324°

“Toda persona que haga uso de cualquier técnica de manipulación genética con la finalidad de clonar seres humanos, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de seis ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme al Artículo 36, incisos 4 y 8”.

Es de señalar que si bien la norma no permite la clonación de seres humanos, priva de sanción penal cualquier otro tipo de manipulación genética, cuando esta debería estar prohibida en todos los casos, con excepción de aquellos que tengan una finalidad terapéutica en favor del embrión.

Decreto Legislativo N° 823, Ley de Propiedad Industrial

Artículo 28°:

“No serán patentables:

¹⁵⁶ El legislador, en este caso Alcides Chamorro Balvín, se limita a señalar que “*la praxis jurisprudencial denota situaciones en que por intervención quirúrgica o por otras circunstancias, se daña la integridad física del feto*”, lo cual según el legislador no sería constitutivo de delito de aborto ni de lesiones. Vid. proyecto de ley N° 839-2001/CR

e) Las invenciones sobre las materias que componen el cuerpo humano y sobre la identidad genética del mismo.”

Ley N° 27337, Código de los Niños y Adolescentes

Título Preliminar

“Artículo I

Se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad y adolescente desde los doce hasta cumplir los dieciocho años de edad.

El Estado protege al concebido para todo lo que le favorece. Si existiera duda acerca de la edad de una persona, se le considerará niño o adolescente mientras no se pruebe lo contrario.

Artículo II

El niño y el adolescente son sujetos de derechos, libertades y de protección específica. Deben cumplir las obligaciones consagradas en esta norma”.

Artículo 1°

“El niño y el adolescente tienen derecho a la vida desde el momento de la concepción”.

Es de resaltar que el Código de los Niños y Adolescentes ha decidido incluir dentro del concepto de niño al concebido, con lo cual incorpora al *nasciturus* dentro del universo de sujetos de derecho, garantizándole la plena vigencia de aquellos que le corresponden. Asimismo, el Código no hace distinción respecto a las circunstancias que envuelven la gestación del embrión, detalle que no es vano en tanto, como sabemos, el Código de los Niños y Adolescentes fue publicado en agosto del 2000, cuando ya eran mundialmente conocidas las técnicas de reproducción humana asistida extrauterina, por lo que se entiende, el legislador no quiso desproteger a los embriones producidos *in vitro*.

Asimismo, en concordancia con lo opinado por Varsi Rospigliosi¹⁵⁷, el artículo primero garantiza la vida del concebido, protegiéndolo de experimentos o manipulaciones genéticas contrarias a su integridad y desarrollo físico o mental.

Con este artículo, el Código de los Niños y de los Adolescentes vigente, así como el anterior, se presenta como el primero en nuestro medio en prohibir la manipulación genética de manera taxativa y expresa, siguiendo la orientación in extenso de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Ley N° 26842, Ley General de Salud.

Artículo 7°

“Toda persona tiene el derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere el consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos.

¹⁵⁷VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique, *op.cit.* p.286.

Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos”.

Artículo 28°

“La investigación experimental con personas debe ceñirse a la investigación especial sobre la materia y a los postulados éticos contenidos en la declaración de Helsinki y sucesivas declaraciones que actualicen los referidos postulados”.

La Ley General de Salud, que debería ser pionera en la materia, se limita a permitir la realización de las técnicas de reproducción humana asistida, sin regular aspectos mínimos de la misma, como podría ser: a) sujetos en los que se puede realizar el procedimiento, b) necesidad de consentimiento de la pareja, c) donación anónima de gametos masculinos, d) determinación de la maternidad, e) número máximo de óvulos fecundados e implantados y f) destino de los embriones supernumerarios, etc., lo que no hace sino generar un inmenso vacío jurídico que conlleva a una serie de desaciertos en las decisiones judiciales y en la ejecución de las técnicas, tal como se comprobará en el transcurso del presente trabajo.

Adicionalmente, la Ley General de Salud limita el uso de las técnicas de reproducción humana asistida a la condición de que la madre gestante y la madre genética recaigan en la misma persona, es decir, no permitiría la donación de óvulos pues en dicho caso la condición previamente señalada no se cumpliría.

Pero la Corte Suprema de Justicia, en la Casación 4323-2010-LIMA, interpuesta por M.A.A.D. y PRANOR SRL (Instituto de Ginecología y Reproducción - Clínica de Fertilidad Asistida y Ginecología Concebir) contra la sentencia de la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, del 31 de agosto de 2010, mediante la cual declara la nulidad de la autorización de fertilización *in vitro* y transferencia embrionaria y el convenio de transferencia embrionaria, suscrito entre la recurrente M.A.A.D. y quien fuera su pareja, señor Custodio Quispe, debido a que estaba referidos a la procreación *in vitro* mediante la ovodonación, la misma que estaría prohibida por el artículo 7 de la Ley General de Salud, señala que:

“la inseminación artificial permite la posibilidad de la maternidad subrogada o vientre en alquiler, lo cual no es nuestro caso y que además no se encuentra reconocida legalmente en nuestro país, sin embargo, los hechos acaecidos tienen sustento en la técnica de reproducción asistida, denominada ovodonación (...), al respecto se debe señalar que si bien dicho procedimiento no se encuentra legislado, sin embargo en virtud del axioma jurídico de que “todo lo que no está prohibido está permitido”, el aludido procedimiento de “ovodonación” no es ilícito ni constituye delito, constituyendo más bien un vacío normativo y jurisprudencial”.(El subrayado es nuestro)

Idéntico parecer asiste al juez del Décimo Quinto Juzgado Especializado en Familia, quien en la sentencia 183515-2006-00113, con relación a la práctica de la ovodonación, vuelve a destacar que “nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”¹⁵⁸, por lo tanto, la ovodonación estaría perfectamente permitida en nuestro

¹⁵⁸Considerando décimo tercero de la sentencia.

ordenamiento. Lo que ahora quisiéramos entender es cómo la ovodonación permite la coincidencia entre la madre genética y la madre gestante, cuando evidentemente en estos casos la mujer que comparte los genes con el concebido mediante esta técnica no es la mujer que lo alumbró, sino aquella que cedió sus óvulos. En todo caso, lo que ha hecho la Corte Suprema de Justicia, es modificar en parte el artículo 7 de la Ley General de Salud.

Ley N° 27104, Ley de prevención de riesgos derivados del uso de la biotecnología.

Esta ley tiene por objeto concreto normar la seguridad de la biotecnología.

Entre las actividades permitidas en la ley tenemos normas generales aplicables a las actividades de investigación, producción, introducción, manipulación, transporte, almacenamiento, conservación, intercambio, comercialización, uso confinado y liberación con Organismos Voluntariamente Modificados (OVM), bajo condiciones controladas.

Sin embargo, la ley excluye las actividades relacionadas con el genoma humano, todo tipo de vacunas aplicadas a seres humanos, los organismos cuya modificación genética se obtenga mediante técnicas convencionales y tradicionales como la fertilización *in vitro*, conjugación, transducción, transformación o cualquier otro proceso natural; inducción poliploide, mutagénesis, formación y utilización de células somáticas de hibridoma animal; siempre y cuando no implique la manipulación de moléculas de ácido desoxirribonucleico (ADN) recombinante o la utilización de OVM como organismos vectores, receptores o parentales¹⁵⁹.

Decreto Supremo 011-2011-JUS, “Lineamientos para garantizar el ejercicio de la bioética desde el reconocimiento de los Derechos Humanos”

Estos lineamientos, que tienen carácter vinculante, destacar el reconocimiento integral del valor y sentido de la vida humana, así como el respeto de la dignidad humana como fin y no como medio, y reconoce en ellos límites inamovibles a que se deben sujetar aquellas ciencias que tengan como meta la investigación e intervención en seres humanos. Reconoce la prevalencia del interés humano sobre el interés de la ciencia; y para el caso de los concebidos, señala que se deberán tomar medidas destinadas a salvaguardar sus derechos, velando siempre por lo que le resulta más favorable, y que toda investigación y aplicación científica y tecnológica en torno a la vida humana considerará la igualdad ontológica de los seres humanos, indistintamente de la etapa de la vida por la que atraviesen.

Esta norma, a pesar de sus bondades, no deja de ser un mero pronunciamiento de buenas intenciones, pues si bien busca proteger la vida humana desde su primera etapa de desarrollo, en la práctica no logra el mencionado fin, hecho que no sólo se demuestra en los hechos, sino en la misma lectura del texto, pues al carecer de sanción, no genera incentivo alguno para su cumplimiento.

2) Lo que ocurre en la realidad

2.1) Mercado peruano para las técnicas de reproducción humana asistida

A la fecha, al amparo de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, hemos solicitado al Ministerio de Salud nos brinde información

¹⁵⁹ *Ibid.*

respecto a una serie de aspectos relativos a la aplicación de las fecundación *in vitro* en el país¹⁶⁰. Mediante Oficio N° 4237-2012-DGSP/MINSA, del 19 de setiembre de 2002, el Ministerio de Salud responde que “el Ministerio de Salud no ha desarrollado o implementado políticas de promoción o restricción de las referidas técnicas”, razón por la cual no es posible atender la solicitud que hemos realizado. Señalan, sin embargo, que a través de la Estrategia Sanitaria Nacional de Salud Sexual y Reproductiva, se viene realizando una investigación tendiente a identificar a los Centros de Fertilidad Asistida a nivel nacional, la misma que concluirá el año 2013¹⁶¹.

A falta de información oficial por parte del Ministerio de Salud, acudimos a la Revista Brasileira de Reproducción Asistida¹⁶², la misma que señala que hacia el año 2010, Perú contaba con 4 clínicas que practicaban estas técnicas, las mismas que realizaron un total de 2 058 procedimientos de reproducción humana asistida extrauterina, de las cuales sólo la tercera parte culminaría en un embarazo exitoso¹⁶³. Siendo que el costo del procedimiento de fertilización *in vitro* cuesta en promedio 12 000 soles¹⁶⁴, supone un total de S/. 25 056 000,00 nuevos soles anuales, distribuidos entre 4 centros de reproducción humana asistida.

Por otro lado, según información proporcionada por el Instituto Nacional de Estadística e Informática, (INEI), obtenida del “Censo Nacional 2007, XI de Población y VI de Vivienda. Perfil Sociodemográfico del Perú”, el Perú para esa fecha cuenta con aproximadamente 28 millones de personas, repartidos en proporciones prácticamente iguales¹⁶⁵, ello quiere decir que el Perú cuenta con 14 millones de mujeres, de las cuales, 7 356 048 se encuentran en edad fértil¹⁶⁶. De las mujeres en edad fértil, el 32.1% viven en

¹⁶⁰ Concretamente, se solicitó lo siguiente: ¿Cuántos centros de fertilidad asistida existen en el Perú y especialmente en la ciudad de Lima?; ¿Cuáles son los requisitos exigidos por la autoridad de salud para que los mismos puedan iniciar sus funciones?; ¿Con qué periodicidad se realizan visitas de inspección a dichos centros de fertilidad?; ¿Qué sanciones ha aplicado la autoridad de salud a estos centros de fertilidad? ¿Por qué razones?; ¿Qué resultados han arrojado las visitas de inspección realizadas?; ¿Qué técnicas de fecundación humana asistida se practican en los referidos centros?; ¿Cuál es la técnica más utilizada? ¿En qué consiste exactamente?; ¿Cuál es el protocolo usado?; ¿Qué porcentaje de éxito tienen las técnicas de reproducción humana asistida en nuestro país?; ¿Cuál es el costo promedio de cada una de las técnicas utilizadas?; ¿Qué requisitos exigen estos centros de salud para poder acceder a las técnicas de reproducción humana asistida?; ¿Se utiliza la crioconservación? ¿Qué destino tienen los embriones crioconservados en el corto y largo plazo? ¿Y aquellos que no fueron crioconservados ni implantados en la mujer?; Los embriones crioconservados, ¿con qué frecuencia son utilizados por la mujer?; ¿Tiene el Ministerio de Salud, o alguna de sus dependencias, opinión técnica respecto a la legalidad de las técnicas de reproducción humana asistida?; ¿Cuáles son las tasas de infertilidad en hombres y mujeres en edad fértil, en el Perú?; ¿Ha previsto el Estado peruano políticas de promoción, o restricción, de las técnicas de reproducción humana asistida?

¹⁶¹ Se adjunta la carta de respuesta

¹⁶² Jornal Brasileiro de Reprodução Assistida (2012) Vol. 16, N° 2, p. 321.

¹⁶³ Revista Somos del 23 de enero de 2010, p.32, que se anexa al presente trabajo.

¹⁶⁴ Información obtenida de la página web de El Comercio:

<http://blogs.elcomercio.pe/vidayfuturo/2012/10/conoce-a-invo-un-metodo-de-fer.html>. Consultado el 18 de marzo de 2013

¹⁶⁵ La Información exacta indica que la población masculina es 13 millones 622 mil 640 hombres, que representan el 49.7% de la población y la población femenina fue 13 millones 789 mil 517 mujeres, es decir, el 50.3% de la población peruana.

¹⁶⁶ Según información obtenida de “Censo Nacional 2007, XI de Población y VI de Vivienda. Perfil Sociodemográfico”, elaborado por INEI, p.63

condiciones de pobreza o extrema pobreza.¹⁶⁷ No hemos podido encontrar cifras oficiales del número de mujeres en edad fértil que están incapacitadas para concebir¹⁶⁸, pero tomando como ciertas las cifras expuestas por el Dr. Julio Dueñas Chacón, Director Científico de Procrear, el 20% de las mujeres entre 15 y 49 años son infértiles¹⁶⁹.

Esto quiere decir que 5 millones 885 mil mujeres en edad fértil están en capacidad biológica de concebir, por lo que no necesitarían de las técnicas de reproducción humana asistida para procrear. Del millón 471 mil mujeres infértiles, el 32.1% no contaría con los medios económicos suficientes para hacer frente a un tratamiento de reproducción asistida, lo cual nos deja con un mercado de 472 mil mujeres peruanas que podrían acceder a las técnicas de reproducción asistida. Ahora, de acuerdo a la información proporcionada por el Dr. Enrique Varsi Rospigliosi, la mayor demanda de fecundación asistida para los centros peruanos que se dedican a aplicarlas, proviene del exterior, con lo cual la cifra antes citada evidentemente se ve incrementada¹⁷⁰.

2.2) Uso de prácticas eugenésicas, técnicas de crioconservación y desecho de embriones

Por otro lado, ha quedado demostrado que en el Perú ejecutan prácticas eugenésicas sin que se adopte ninguna medida por parte de la autoridad competente, llámese Ministerio Público, Ministerio de Salud o Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, para evitarlas. Así, en la sentencia del Décimo Quinto Juzgado Especializado en Familia de Lima, recaída en el expediente 183515-2006-00113, referido al Caso Carla See v. Lucero Aurish – impugnación de maternidad, citado anteriormente, el juez nos cuenta que de los seis embriones que se fecundaron, tres fueron transferidos a la señora Carla See, y los tres restantes fueron congelados¹⁷¹.

Asimismo, en una entrevista publicada en el diario Perú 21¹⁷² al Dr. Luis Noriega, especialista en fecundación asistida y Director Ejecutivo del Grupo Pranor¹⁷³, ante la pregunta “¿Qué es el ICSI?”, responde: “Consiste en agarrar un espermatozoide e inocularlo en el óvulo (...) Lo impresionante viene después en la división celular. Si prendió, a las 24 horas serán dos células; a las 48 cuatro; a las 72 ocho. En ese momento se extrae una partícula –que no altera el embrión- y se estudia genéticamente para, en seis horas, saber si ese embrión es normal –o sea, si no tiene Síndrome de Down, por ejemplo-. Si lo es se pone en el útero” (el subrayado es nuestro). No lo dice el doctor entrevistado, pero se entiende que si el embrión no es normal, es descartado.

¹⁶⁷ Según información obtenida de la Encuesta Nacional de Hogares (ENAHOG) realizada el 2008 por INEI.

¹⁶⁸ No se ha podido encontrar esa información ni en el INEI, ni en el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables ni en el Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social.

¹⁶⁹ Información obtenida de <http://www.andina.com.pe/Espanol/Noticia.aspx?Id=GBb2QngwwNg=> Consultado el 30 de marzo de 2013.

¹⁷⁰ De acuerdo a conversación sostenida con el Dr. Varsi Rospigliosi el 17 de enero de 2013

¹⁷¹ Ver considerando décimo primero de la sentencia.

¹⁷² 17 de agosto de 2005. Se adjunta en los anexos del presente trabajo copia de la entrevista.

¹⁷³ Grupo de Reproducción Asistida

2.3) Iniciativas legislativas

Como se ha ido señalando a lo largo de este trabajo, en la legislación peruana no hay regulación respecto al tema de la presente investigación, y los intentos por otorgar una solución a este vacío legal han sido tan débiles que prácticamente han pasado desapercibidos.

A) Proyecto de Ley 2830

En el período 2001 – 2006, la entonces congresista Rosa Florián Cedrón presentó con fecha 13 de mayo de 2002, el proyecto de ley N° 2830, el mismo que proponía modificar el artículo 5° del Código Civil. Este proyecto de ley proponía prohibir la modificación del genoma, salvo que tenga por finalidad prevenir, disminuir o eliminar enfermedades graves. Prohíbe también manipulaciones genéticas. Asimismo, establece que los embriones o fetos humanos, sus células, tejido u órganos, el genoma humano, no podrán ser cedidos, manipulados o destruidos. Finalmente, señala que la fecundación de óvulos humanos sólo tendrá fines de procreación; y que el alumbramiento determina la maternidad.

Se pueden hacer una serie de críticas al proyecto de ley, empezando por su fórmula demasiado genérica para un asunto tan complejo; por lo que se debió proponer un texto más elaborado que permita regular de mejor manera la fecundación asistida. Además, proponer que el parto determina la maternidad es una idea que recoge su fundamento en la concepción natural, donde indefectiblemente el niño nacido tendrá como madre a la misma mujer que lo concibió; pero no es así en el caso de la fecundación asistida, donde cabe perfectamente la posibilidad de que el niño nazca de una mujer que no es genéticamente su madre¹⁷⁴, a pesar de que la norma no permita esta situación. En estas circunstancias, la maternidad deberá ser determinada caso por caso, siendo un criterio a tener en cuenta el ánimo de ser madre de las partes implicadas y el alumbramiento. Aún presumiendo que la entonces legisladora actuó con la mejor intención de regular en parte esta realidad, entendemos que no estaba muy convencida de las aparentes bondades de su proyecto de ley, pues de la revisión del registro de la propuesta, no se encuentra ni siquiera un dictamen de la comisión competente; ni mucho menos una solicitud para que pase directamente a debate ante el Pleno del Congreso de la República, lo que significa que no exigió oportunamente el estudio, dictamen y debate del referido proyecto.

B) Proyecto de Ley 1722/2012-CR

Más recientemente, en el año 2012, el congresista Tomás Zamudio Briceño ha presentado el proyecto de ley 1722/2012-CR, que propone “Ley que Regula la Reproducción Humana Asistida”. El proyecto de ley busca lo siguiente:

- Aplicar las técnicas de reproducción humana asistida acreditadas fehacientemente y clínicamente indicadas, así como su aplicación en la detección y tratamiento de enfermedades de origen genético.
- Regular las condiciones que deben reunir las personas que desean acceder a las técnicas de reproducción humana asistida.
- Regular las condiciones que deben reunir los donantes de los gametos.

¹⁷⁴ En Perú, revisar el caso recaído en el expediente N° 183515-2006-00113-0. Carla See v. Lucero Aurish.

- Otorgar anonimato total a estos donantes. Sólo podrá revelarse la identidad de estos en caso de grave peligro para la vida o salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las leyes procesales penales.
- Permitir la fecundación de la mujer con los gametos de su cónyuge premuerto.
- Crioconservar los preembriones que no sean transferidos a la mujer en un ciclo reproductivo. Estos preembriones podrán ser usados posteriormente por la pareja con fines de reproducción, podrán ser donados con los mismos fines, ser usados con fines de investigación o desechados sin otro uso.
- Regular el uso del diagnóstico genético preimplantacional con la finalidad de realizar la elección embrionaria de los preembriones que no padezcan de enfermedades genéticas graves o de otras alteraciones que puedan comprometer la viabilidad del embrión.
- Regular la utilización de preembriones con fines de investigación.

Este proyecto de ley ha recibido la opinión de las siguientes instituciones:

- **El Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables**, mediante Oficio 297-2013-MIMP/SG¹⁷⁵, de fecha 29 de enero de 2013, suscrito por la señora Elsa Cubillas Bueno, Secretaria General, remite el Informe 002-2013-MIMP-DGFC-DIFF-MCLOT, elaborado por la Dirección General de Familia y la Comunidad, la misma que señala que el proyecto de ley objeto del presente dictamen “es una copia literal de la ley española 14/2006 de 27 de mayo de 2006, desde su artículo 1 hasta el 16, dejando de lado los demás articulados que proponen un régimen de infracciones y sanciones... por lo que no se puede efectuar un análisis técnico legal de un proyecto referido a una ley vigente actualmente en España”. Sugiere asimismo “propiciar un espacio de reflexión y desarrollo técnico en el que participe el Colegio Médico del Perú, el Consejo Nacional de Bioética y científicos..., sin dejar la perspectiva del derecho de las personas y su dignidad humana”.
- **La Universidad San Martín de Porres**, mediante Oficio 001-13-VR-USMP¹⁷⁶, del 23 de enero de 2013, suscrita por su Vicerrector, el Ingeniero Raúl Bao García, ha calificado esta iniciativa como un acierto. Recomendamos además que las entidades e instituciones que realicen estas técnicas deberán ser altamente especializadas, calificadas y acreditadas internacionalmente; y que en todo proceso de reproducción humana intervenga un Comité de Ética y Bioética para la investigación humana.
- **El Ministerio Público**, mediante Oficio 0316-20213-MP-FN-SEGFN¹⁷⁷, de fecha 07 de enero de 2013, suscrito por el señor Eduardo Vladimir Cueva Poma, Secretario General de la Fiscalía de la Nación, remite el Oficio 4091-2013-MP-FN-IML/JN, elaborado por el doctor Gino Dávila Herrera, Jefe Nacional del Instituto de Medicina Legal, en el cual señala que “es de necesidad del estado peruano regular toda actividad relacionada con el manejo de material biológico y humano en vista que en la actualidad la ciencia ha tenido un gran progreso y mientras se ha producido una

¹⁷⁵ Cuya copia se anexa al presente trabajo

¹⁷⁶ Cuya copia se anexa al presente trabajo

¹⁷⁷ Cuya copia se anexa al presente trabajo

amplia gama de aplicaciones al bienestar del ser humano también se han incrementado las situaciones con complejos dilemas de tipo bioético”

Emite respecto del proyecto de ley una serie de recomendaciones:

1. El artículo 1.b) señala que la propuesta tiene por objeto el tratamiento y prevención de enfermedades de origen genético. Señala el doctor Gino Dávila Herrera que en el Perú sólo se hace prevención, y en el caso de tratamiento de enfermedades genéticas en pre-embiones deberá contar con una serie de regulaciones en relación a la manipulación genética.

Señala también que se debe especificar que se trata de la prevención de aquellas enfermedades genéticas que la pareja demuestra fehacientemente que puede padecer el embrión, pues dicha enfermedad es recurrente en su familia. De esta manera “se evitará hacer mal uso de esta técnica para seleccionar pre-embiones con ciertas características, ya que sólo se seleccionarán aquellos pre-embiones que simplemente no tengan el factor de riesgo.

2. Es necesario incluir las técnicas de reproducción humana asistida que se están realizando en la actualidad.
3. Debe mencionar quienes conformarán la Comisión Nacional de Reproducción Humana, que incluya un grupo de acreditación que vele por la adecuada aplicación de las técnicas de reproducción humana y diagnóstico genético molecular y cromosómico aplicado a la reproducción humana.
4. Se debe considerar la creación del Registro Nacional de Donantes de Gametos y pre-embiones.
5. Con respecto del vientre de alquiler, se debe regular en aquellos casos que se demuestre que es médicamente imposible que la paciente pueda mantener en su útero un embrión; y que las mujeres que sean vientre subrogado lo puedan hacer una única vez. De esta manera se estaría previniendo el tráfico de niños.
6. No se debe prohibir a las pacientes seleccionar el donante del semen.
7. Se debe usar la prueba de ADN para los donantes de gametos; y para la certificación post natal del pre-embrión con respecto a los padres o el donante utilizado.
8. Con respecto a la criopreservación de embriones debe definirse con más claridad el tipo de consentimiento que debe firmar cada uno de los donantes, el tiempo que se mantendrán criopreservados y el destino de los embriones congelados, el mismo que únicamente podría ser decidido por los donantes del material biológico.
9. No se pueden generar pre-embiones con fines de investigación, sino que únicamente se podrán utilizar para investigación pre-embiones sobrantes y donados a la institución.
10. Se deben definir las líneas de investigación en forma general para gametos y pre-embiones.

- **La Universidad de Piura**, mediante documento de fecha 21 de enero de 2013¹⁷⁸, suscrito por el señor Paul Corcuera, Director del Instituto de Ciencias para la Familia, adjunta un informe elaborado por un equipo de investigadores, el mismo que recomienda de manera expresa la no aprobación del proyecto de ley, por las razones siguientes:

1. El término pre-embrión no ha sido referido por ningún texto legal preexistente en la legislación peruana. Los términos que se han utilizado para denominar la vida dentro del vientre materno han sido “embrión” y “concebido”.

La Constitución y la Ley General de Salud reconocen al concebido como un sujeto de derechos, y el Código de los Niños y Adolescentes protege al concebido de experimentos o manipulaciones genéticas contrarias a su dignidad y a su desarrollo físico y mental. En dicho sentido, de acuerdo a la legislación nacional, no habría lugar a manipulación embrionario de ningún tipo.

2. La definición que se hace de pre-embrión es falsa ya que se afirma que ese conjunto de células no es un embrión. Señalan que el “pre-embrión” es un embrión que se origina con la fecundación, un individuo de pocas horas o pocos días de la especie humano, y no un estadio “pre-humano”. Con el término pre-embrión se justifica su uso y muerte como medio necesario para fines terapéuticos o de investigación.
3. Se fundamenta un supuesto derecho fundamental a la procreación, derecho que no existe pues el hijo nunca puede ser objeto de un derecho subjetivo. Si en algún momento se ha pretendido defender ese derecho al hijo, se ha hecho justificando la libertad de los progenitores a decidir sobre su facultad procreativa ante las intervenciones estatales que pretendían limitarla. Las técnicas de fecundación artificial implican dar prevalencia al supuesto derecho a tener un hijo, tratando a este como un objeto de derecho.
4. El proyecto de ley no toma en cuenta si la filiación resultante de las técnicas corresponde con la verdad biológica. En consecuencia impide el hijo la investigación de su filiación. El hijo así queda privado de padre legal y de familia paterna, con todas las consecuencias que desde el punto de vista afectivo implican.
5. Con respecto a las exigencias para ser donante, el proyecto sólo exige tener mayoría de edad, capacidad de obrar y gozar de buen estado de salud; no le permite la facultad de revocar su consentimiento y participación en el acto generativo. Sólo puede revocar cuando precisase para sí los gametos donados y siempre que estén disponibles.
6. La confidencialidad en la donación puede dar lugar a incestos genéticos.
7. Con relación a la fecundación *post mortem*, esta resulta contrario al artículo 6, párrafo tercero de la Constitución Peruana, que regula el deber y derecho de los padres de alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos, ya que permite la concepción de un hijo huérfano de padre antes de ser concebido.

¹⁷⁸ Cuya copia se anexa al presente trabajo

8. La promoción del diagnóstico preimplantacional para la determinación de antígenos de histocompatibilidad de los “pre-embriones” con fines terapéuticos para terceros, constituye una práctica incompatible con el debido respeto al embrión humano, sólo justificada desde una concepción utilitarista de la vida humana.
9. Con respecto a la creación de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida del Ministerio de Salud, esta tendría una responsabilidad muy grande, por lo que se requiere que se explicita de la manera más precisa su conformación, organización, etc.
10. Este proyecto de ley abre la posibilidad de la sobreproducción de embriones, la selección eugenésica de “pre-embriones”, la clonación de seres humanos para la investigación con fines terapéuticos.

Sin embargo, consideran que en tanto las técnicas de reproducción humana asistida se realizan de facto, se deberían tomar en cuenta las siguientes consideraciones:

1. Las técnicas de fecundación asistida deben permitirse exclusivamente a los matrimonios o a una relación similar al matrimonio.
 2. Se debe prohibir la implantación de embriones *post mortem*.
 3. Debe tratarse de una pareja en capacidad de procrear.
 4. Se debe requerir el consentimiento expreso, el mismo que puede ser revocado libremente antes de la realización de la técnica.
 5. Las técnicas de fecundación asistida no son un derecho de las personas, y por ende, no pueden regularse como un medio alternativo de procrear. Por tanto deben ser subsidiarias, usadas como un último recurso.
 6. Sólo deben permitirse técnicas de fecundación homólogas, con los mismos gametos de la pareja.
 7. Se debe prohibir expresamente la maternidad subrogada.
 8. Imponer una serie de sanciones administrativas, pecuniarias y/o penales a los centros médicos y galenos que transgredan la ley.
- **El Instituto de Medicina Genética**, mediante documento de fecha 21 de diciembre de 2012¹⁷⁹, suscrito por su representante, doctora María Quiroga de Michelena, manifiesta su conformidad con todos los artículos del proyecto de ley, excepto el artículo 10¹⁸⁰, que considera discriminatorio para aquellas mujeres que carecen de útero o presentan algún defecto anatómico en el mismo.

¹⁷⁹ Cuya copia se anexa al presente trabajo

¹⁸⁰ Artículo 10. Gestación por sustitución

1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna del contratante o de un tercero.
2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.
3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.

Los comentarios realizados a este proyecto de ley nos eximen de realizar mayor análisis al proyecto presentado por el congresista Tomás Zamudio Briceño. Sólo nos queremos detener a resaltar que se trata de una copia casi fiel de la ley 14/2006 de 27 de mayo de 2006, de España, lo que demuestra el poco interés del legislador por estudiar la realidad peruana y proponer un proyecto de ley conforme a esta.

C) Proyecto de ley 2003/2012-CR

Presentado por el Congresista Elías Rodríguez Zavaleta, por el que busca modificar el artículo 7 de la Ley 26842, Ley General de Salud. El congresista Rodríguez Zavaleta propone que las parejas que presentan problemas de infertilidad puedan acceder a las técnicas de reproducción humana asistida, siempre y cuando exista una autorización del Juzgado de Familia o Mixto, previo informe médico que asegure que la única vía para poder concebir es mediante el uso de estas técnicas. Permite asimismo la maternidad subrogada.

Esta propuesta, si bien limita el uso de las técnicas de reproducción humana asistida a aquellos casos en que la pareja no pueda concebir, se equivoca al derogar el segundo párrafo del artículo 7, permitiendo por tanto, implícitamente, la fecundación de óvulos con fines distintos a la procreación y la clonación de seres humanos, amén de todas las demás críticas que a lo largo de este trabajo se están realizando a la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida.

3) **La decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

Nos parece conveniente estudiar la decisión recientemente adoptada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en torno a la pertinencia de las técnicas de reproducción humana asistida, pues al constituirse en un antecedente internacional en la materia, su decisión podría determinar la obligación del Estado peruano de permitir el uso de las técnicas de reproducción humana asistida en el hipotético caso se declare la inconstitucionalidad de las mismas.

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, partiendo de reconocer la igualdad ontológica del concebido y del nacido, y declarando la dignidad del primero, prohibió en el estado costarricense legislar y practicar la fecundación asistida¹⁸¹. Esta resolución ha sido llevada a la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁸², argumentando los demandantes que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que la prohibición general de practicar la fecundación *in vitro* es un atentando contra el derecho a la igualdad de las víctimas, en tanto el Estado les impide el acceso a un tratamiento que les permita superar la situación de desventaja respecto a la posibilidad de tener hijos biológicos.

En dicho sentido, la Comisión solicita a la Corte las siguientes medidas de reparación:

- a) Levantar la prohibición de fecundación *in vitro* en el país.

¹⁸¹ Exp. 95-001734-0007-CO.

¹⁸² Caso 12.361; Gretel Artavia Murillo y otros ("Fecundación *in vitro*") contra el Estado de Costa Rica.

- b) Asegurar que la legislación que se dicte sea conforme con los artículos 11.2¹⁸³, 17.2¹⁸⁴ y 24¹⁸⁵ de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.
- c) Reparar integralmente a las víctimas.

Asimismo; la Comisión hace ver a la Corte que este caso permitirá analizar la protección del derecho a conformar una familia en el sentido de incluir la decisión de convertirse en padre o madre biológica; analizar los estándares internacionales aplicables a las restricciones permisibles en el ejercicio de los derechos a la vida privada y familiar y a formar una familia; y la situación de desventaja en la que se coloca a la mujer que no se le permite superar su situación de desventaja de no poder concebir un hijo biológico.

Finalmente la Corte ordena, tras un largo análisis de la cuestión presentada, en el que evalúa exhaustivamente en qué medida los derechos de las mujeres que no pueden tener hijos serían afectados¹⁸⁶ (se olvida por completo de analizar los derechos de los embriones *in vitro* bajo el falaz argumento de que la concepción se inicia con la implantación del embrión en el cuerpo de la mujer y por lo tanto el embrión *in vitro* no tendría vida humana) que el Estado costarricense adopte las medidas apropiadas para que quede sin efecto la prohibición de practicar la fecundación *in vitro* y para que las personas que deseen hacer uso de dicha técnica de reproducción asistida puedan hacerlo sin encontrar impedimentos al ejercicio de los derechos que fueron encontrado vulnerados. En esta sentencia, además, la Corte proclama el derecho a tener hijos.

Lo que nos preocupa de la posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no sólo es la resolución en sí misma, sino que sienta un precedente que si bien en principio no impediría al Estado peruano prohibir el uso de estas técnicas, por las mismas razones alegadas por el Estado de Costa Rica, de llegar el caso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dado el precedente que acabamos de presentar, obligaría al Estado peruano a permitir el uso de estas técnicas.

Habiendo suscrito el Perú la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos¹⁸⁷; y siendo este un tratado de derechos humanos, de acuerdo a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y a la jurisprudencia constitucional¹⁸⁸, las normas contenidas en estos tratados, tienen rango constitucional. Ya que la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoce el derecho a tener hijos mediante las técnicas de reproducción humana asistida, a efectos prácticos, el sistema jurídico peruano tiene entre sus derechos de rango

¹⁸³ Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

¹⁸⁴ Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.

¹⁸⁵ Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley

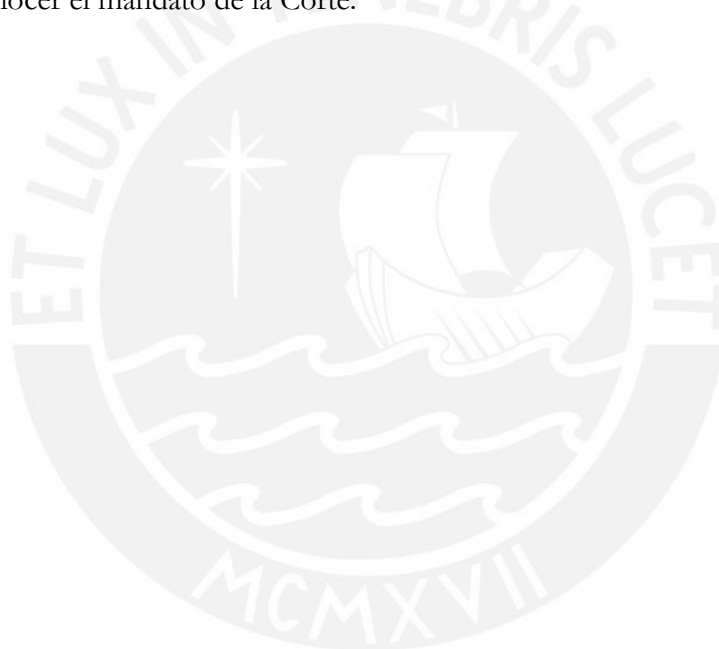
¹⁸⁶ Concretamente, analiza los derechos a la integridad personal, libertad personal, vida privada, intimidad, autonomía reproductiva, el acceso a los servicios de salud reproductiva y a fundar una familia; y el derecho a no ser discriminado por ninguna causa.

¹⁸⁷ Aprobado por Decreto Ley N° 22231, de 11 de julio de 1978, ratificado el 12 de julio de 1978. Entrada en vigencia el 28 de julio de 1978.

¹⁸⁸ Vid. Pleno jurisdiccional 007-2007-PI/TC

constitucional el mencionado a tener descendencia, derecho que ha sido introducido por vía jurisprudencial del análisis de los artículos 5°, 7° y 17° de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, referidos a los derechos a la integridad, libertad personal, y a la vida privada y familiar.

Las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando el Perú no ha sido parte del proceso, no implican la obligación del Estado peruano de adoptar la misma. Para el caso que nos ocupa, el Tribunal Constitucional o la Corte Suprema podrán negarse a permitir el uso de estas técnicas; o el legislador podrá imponerle ciertos límites. Siendo que lo más probable es que en caso el Perú prohíba el uso de las técnicas de reproducción humana asistida, la Corte Interamericana de Derechos Humanos reciba una demanda por parte del sector de la población que considere vulnerada en sus derechos y reitere su fallo de levantar la prohibición de la fecundación *in vitro*, el Estado peruano se verá obligado a permitir su uso, con los evidentes riesgos que ello implica, y que vienen siendo desarrollados a lo largo del presente trabajo. La única salida viable en esta aún hipotética situación, es denunciar el pacto para poder desconocer el mandato de la Corte.



CAPÍTULO VI: JUSTIFICACIONES A LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDAS

1) Justificación legal: el derecho a la reproducción

Las técnicas de reproducción humana asistida son usadas por las personas que deciden acceder a ellas debido a la imposibilidad que tienen de poder procrear. En dicho sentido, la primera justificación que se busca de estas técnicas es precisamente el derecho a la reproducción.

Sin embargo, el texto constitucional peruano no reconoce expresamente el derecho a tener hijos, lo cual hubiera contribuido, y mucho, a la solución de muchos de los problemas derivados de la fecundación asistida, tales como la maternidad de la mujer sola o la fecundación *post mortem*.

Se dice a veces que el artículo cuarto de la Constitución reconoce el derecho a la paternidad, sin embargo, ello no es cierto. Cuando dicho precepto fundamental establece que el “Estado protege a la familia y promueve el matrimonio”, reconociéndolos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad, *“con ello simplemente se ha limitado a garantizar constitucionalmente ambos institutos [la familia y el matrimonio] con una protección especial, la derivada de su consagración en el propio texto constitucional”*.¹⁸⁹

En ese sentido, no se trataría, según el Tribunal Constitucional, de la protección directa de dos derechos fundamentales, sino que se les protege en tanto la Constitución garantiza dos institutos jurídicos. Así, la protección constitucional que sobre el derecho a tener una familia se traduce en la invalidación de una eventual supresión o afectación de su contenido esencial.

A falta de regulación constitucional expresa, es preciso encontrar su justificación en otros valores, principios y derechos constitucionales que nos permitan hallar la justificación del derecho a tener hijos. Intentaremos encontrar la justificación del derecho a la reproducción en la libertad, dignidad, en el derecho al matrimonio y en el derecho a fundar una familia.

1.1) Derecho a la libertad

En opinión de J.C. Smith, recogida por el Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales¹⁹⁰, se entiende por el derecho a la libertad como *el “estado existencial del hombre en el cual éste es dueño de sus actos y puede autodeterminarse conscientemente sin sujeción a ninguna fuerza o coacción psicofísica interior o exterior”*.

La libertad puede ser descrita en dos sentidos: en sentido jurídico, que consiste en que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe. Es en este sentido una norma de medios formales no de fines.

¹⁸⁹ Sentencia recaída en el expediente N° 2868-2004-AA/TC

¹⁹⁰ OSSORIO, Manuel (1998) *“Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales”* Guatemala, Ed. Datascan, pg. 575.

De la misma manera, puede decirse que la libertad es el ejercicio de la potestad que tiene el ser humano sobre sí mismo para aspirar a la completa realización personal. *“En este sentido la libertad es un medio de realización y como tal es una potestad teleológicamente determinada. Tiene que ver con la realización y la integralidad de cada ser humano en el sentido que sólo siguiendo sus propios designios cada persona se realizará mejor en el mundo”*.¹⁹¹

El derecho a la libertad tutela tanto el libre desarrollo de la personalidad de los sujetos de derecho, así como el poder de estos para crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas, involucrando por tanto a la autonomía de la voluntad. El Tribunal Constitucional entiende por el derecho al libre desarrollo de la personalidad, como el *“derecho que garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad. Es decir, de parcelas de libertad natural en determinados ámbitos de la vida, cuyo ejercicio y reconocimiento se vinculan con el concepto constitucional de persona como ser espiritual, dotada de autonomía y dignidad, y en su condición de miembro de una comunidad de seres libres”*¹⁹². Se trata de parcelas sustraídas a cualquier intervención estatal que no sean razonables ni proporcionales para la salvaguarda y efectividad del sistema de valores que la misma Constitución consagra.¹⁹³

En dicho sentido, como dicen T. Freixes Sanjuan y J.C. Remotti, el reconocimiento de este derecho implica no sólo un ámbito de actuación que no puede ser vulnerado ni por particulares ni por el Estado, sino también *“establece la obligación de los poderes públicos de adoptar las medidas necesarias para hacer efectivo ese derecho”*¹⁹⁴

Por nuestra parte, sostenemos que el derecho a la paternidad se desprende del derecho al libre desarrollo de la personalidad, contenido en el artículo 2, numeral primero de la Constitución. *“Este derecho protege a persona en dos aspectos complementarios: el primero en mantener sus potencialidades como tales, es decir establece el derecho de que no se le cierren posibilidades en la sociedad. El segundo consiste en tomar las acciones que la conduzcan a desarrollarse dentro del cumplimiento de sus deberes y de los límites que imponen las leyes”*¹⁹⁵. Muchos otros derechos se desprenden del derecho al libre desarrollo de la personalidad, entre los que tenemos el derecho a formar una familia, la libertad de opinión, de participación en la vida social, al trabajo, etc.

En el mismo sentido se ha manifestado el Tribunal Constitucional. Este órgano colegiado considera que el derecho de fundar una familia, si bien no tiene la autonomía propia de un derecho constitucional específico, sí se encuentra en el ámbito de protección del derecho al libre desarrollo de la persona¹⁹⁶.

¹⁹¹RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución de 1993*. Primera edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Tomo I, pg. 433 y 434.

¹⁹²Exp. N.º 2868-2004-AA/TC

¹⁹³*Ibid.*

¹⁹⁴ Cit. por GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda (1994). *El derecho a la reproducción humana*. Madrid. Universidad Complutense de Madrid. p. 46

¹⁹⁵RUBIO CORREA, Marcial, *Estudio de la Constitución de 1993. op. cit.* p.133

¹⁹⁶ Vid. Exp. N.º 2868-2004-AA/TC. Al respecto, si bien el Tribunal Constitucional hace expresa referencia al derecho al matrimonio como una manifestación del derecho al libre desarrollo de la personalidad, de la lectura de la fundamentación de la citada sentencia se deduce sin mayor dificultad que el mismo criterio puede ser aplicado para el derecho a fundar una familia.

En el mismo sentido, hay quienes defienden la legitimidad de las técnicas de reproducción asistida sobre la libertad del ser humano de disponer sobre su propio cuerpo. De dicha premisa parten tres posturas:

- El hombre o la mujer puede disponer libremente de sus propios gametos para los fines que estime pertinentes. De ese modo, puede decidir que con sus gametos tenga lugar una vida, la misma que sería concebida artificialmente.
- El feto es parte del cuerpo de la mujer (nos parece increíble que se siga creyendo en tal retrógrada idea), y en tanto existe el derecho a disponer sobre el propio cuerpo, la mujer puede decidir que se manipule genéticamente su propio organismo. Entre las formas de manipulación genética tenemos a las técnicas de reproducción asistida.
- Tomando como fundamento el derecho a la libertad, se defiende también del derecho de la persona de elegir como es que quiere traer sus hijos al mundo.

1.2) Reproducción humana, derecho a la intimidad personal y familiar.

Señala Rubio Correa que *“el derecho a la intimidad tiene que ver con aspectos de la vida humana que tienen importancia para el sujeto y que prefiere dejar fuera del conocimiento de los demás. Esto último es muy importante por lo siguiente: en materia de intimidad la presunción no consiste en que todo puede divulgarse a menos que haya prohibición del interesado, más bien es al revés, el ámbito de su vida privada no puede ser divulgado sin que él lo autorice. En el Derecho esta diferencia es toda regla de actuación para las personas”*¹⁹⁷

Entonces, el derecho a la privacidad permitirá al sujeto tomar las decisiones que afecten directamente su vida personal y familiar, sin intromisiones extrañas. En tanto es evidente que los derechos sexuales forman parte del derecho a la intimidad, encontramos que el derecho a la persona a elegir constituir una familia, cuándo constituirla, el espaciamiento entre sus hijos; y el derecho a decidir cómo tenerlos se fundamentan el derecho a la intimidad. De ahí que encontremos en el derecho a la intimidad personal y familiar un fundamento legal para las técnicas de reproducción humana asistida.

La Corte Europea de Derechos Humanos ha sostenido que la protección a la vida privada incluye el respeto de las decisiones tanto de convertirse en padre o madre, e incluso la decisión de la pareja de convertirse en padres biológicos.¹⁹⁸ Bajo esa premisa, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos considera que la decisión de las parejas de tener hijos pertenece a la esfera más íntima de la vida privada y familiar. Asimismo, señala que la forma cómo se construye esa decisión es parte de la autonomía e identidad de la persona e incluye el acceso a los medios para materializarla¹⁹⁹.

¹⁹⁷ RUBIO CORREA, Marcial, *Estudio de la Constitución de 1993*. op. cit, pg. 251.

¹⁹⁸ Corte Europea de Derechos Humanos, *Tysiac v Polonia*, párr. 107.

¹⁹⁹ Informe 85/10, parágrafo 76

Hay un sector de la doctrina que no piensa de la misma manera. Dicen que el derecho a la intimidad se caracteriza por su faceta negativa de vedar la información en la esfera familiar, pero no supone de manera directa el derecho a fundar una familia y de reproducirse, aunque sí de una manera indirecta, como el derecho a gozar de las condiciones humanas de la procreación²⁰⁰

1.3) Reproducción humana y derecho al matrimonio

Al respecto, cierto sector de la doctrina nacional señala que, de la simple lectura de los artículos 4º²⁰¹ y 6º²⁰² de la Constitución Política del Perú, se desprende que la familia, según el Constituyente peruano, *“está intrínseca y esencialmente determinada por el hecho de la generación humana y las consiguientes relaciones de paternidad, maternidad y filiación”*²⁰³ Justifican su posición señalando que cualquier intento en extender el concepto de familia a cualquier tipo de unión con fines distintos a la generación, es inconstitucional, pues viola el deber de protección de la familia. Consolidan su postura aludiendo a los textos de los tratados internacionales que ha suscrito el Perú en materia de derechos humanos.²⁰⁴

Sin embargo, suscribimos lo resuelto por el Tribunal Constitucional. Señala el máximo intérprete de la Constitución, quecuando esta establece que el “Estado protege a la familia y promueve el matrimonio”, reconociéndolos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad, *“con ello simplemente se ha limitado a garantizar constitucionalmente ambos institutos [la familia y el matrimonio] con una protección especial, la derivada de su consagración en el propio texto constitucional”*.²⁰⁵ Añade el Tribunal Constitucional que *“se trata de una garantía sobre el instituto que, por cierto, no alcanza a los derechos que con su celebración se pudieran generar, los mismos que se encuentran garantizados en la legislación ordinaria y, particularmente, en el Código Civil. De manera que, desde una perspectiva constitucional, no cabe el equiparamiento del matrimonio como institución con el derecho de contraer matrimonio, aunque entre ambos existan evidentes relaciones”*²⁰⁶. Para el Tribunal Constitucional, el derecho al matrimonio *“se encuentra en el ámbito de*

²⁰⁰ROMEO CASABONA, Carlos María (2002). *Los genes y sus leyes. El derecho ante el genoma humano*. Bilbao, España, ed. Comares, p. 26.

²⁰¹ Artículo 4º.- La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley.

²⁰² Artículo 6º.- La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir. En tal sentido, el Estado asegura los programas de educación y la información adecuados y el acceso a los medios, que no afecten la vida o la salud. Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. Los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres. Todos los hijos tienen iguales derechos y deberes. Está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y sobre la naturaleza de la filiación en los registros civiles y en cualquier otro documento de identidad.

²⁰³PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex en *La Constitución Comentada*. Lima, Gaceta Jurídica. p.348-349

²⁰⁴ Al respecto, el Dr. Álex Plácido alude al artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, al artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales y al artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

²⁰⁵ Sentencia recaída en el expediente N° 2868-2004-AA/TC

²⁰⁶*Ibid*

*protección del derecho al libre desarrollo de la persona, reconocido en el artículo 2, inciso 1), de la Constitución*²⁰⁷”

En ese sentido, no se trataría, según el Tribunal Constitucional, de la protección directa de dos derechos fundamentales, sino que se les protege en tanto la Constitución garantiza dos institutos jurídicos. Así, la protección constitucional que sobre el derecho a tener una familia se traduce en la invalidación de una eventual supresión o afectación de su contenido esencial.

Lo cierto es que la Constitución peruana no fundamenta el derecho a la reproducción en el derecho al matrimonio. No podemos afirmar que exista un derecho a tener hijos, pues el ser humano no puede nunca ser objeto de derecho; el ser humano es siempre sujeto de derechos en cualquier relación jurídica.

Además, es de señalar que la reproducción no es esencial, desde un plano jurídico, al matrimonio, ya que incluso uno de los cónyuges puede negarse a tener hijos y el otro no podrá alegar esta situación como causal de nulidad del matrimonio.

1.4) Reproducción humana y derecho a fundar una familia

Ya hemos señalado en la primera parte de este capítulo, que la Constitución no reconoce expresamente el derecho a fundar una familia, pero que sí se trata de una institución protegida por esta. No debemos olvidar, sin embargo, que la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconocen el derecho a fundar una familia; en dicho sentido, en nuestro ordenamiento constitucional, por mandato de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú, hay un derecho a fundar una familia.

El derecho de fundar una familia sí implica necesariamente el hecho de procreación, que si bien hay familias conformadas por hijos adoptados, ello no implica que el hecho de procrear sea ajeno a la institución familiar.

Siguiendo a Romeo Casabona²⁰⁸, con relación al acceso a las técnicas de reproducción humana asistida, *“es susceptible de limitación en cuanto conduzca a la inversión de su función de fundamento del orden político y paz social”*, a lo que añade la implicación de derechos de terceros, sobre todo en lo que se refiere a los derechos del futuro hijo. Ello facultaría a los poderes públicos para concurrir cuando sea requerido y explica que el Estado pueda intervenir en los casos de acceso a las técnicas de reproducción humana asistida o en los supuestos de adopción, pues estos no son esenciales al derecho a la reproducción.

2) Justificación filosófica.

Las técnicas de reproducción humana asistidas responden a un fin utilitarista. El utilitarismo es una corriente filosófica que nació con Bentham y que rechaza los privilegios de los intereses particulares de los grupos poderosos de la sociedad en contra de los intereses del

²⁰⁷ Fundamento décimo cuarto de la sentencia.

²⁰⁸ *Op cit.*, p. 27

hombre común, que constituía la mayoría. En este sentido, coloca los intereses del hombre como fin último de la reforma y transformación de la sociedad. Bentham sostuvo que el ser humano está gobernado por dos fuerzas supremas: el placer y el dolor²⁰⁹ y que los hombres cuando piensan libremente no pueden sino evitar el dolor y desear el placer o la felicidad, pero no se refiere a una felicidad hedonista, sino a una instancia última de felicidad.

John Stuart Mill abunda posteriormente en la teoría desarrollada por Bentham. Sostiene que la utilidad es el fundamento de la moral, pues las acciones son justas en tanto tienden a promover la felicidad (placer).²¹⁰

De acuerdo a esta postura parecería claro que si una pareja o mujer soltera desea tener un hijo pero por diversas razones biológicas no está en la posibilidad de hacerlo, en base a la corriente utilitarista, si traer un hijo al mundo te produce bienestar -te causa placer para usar los términos de Bentham- entonces será legítimo. En ese sentido, las técnicas de reproducción humana asistida serán válidas.

El ejercicio del derecho a la paternidad vía técnicas de reproducción humana asistida también se apoya en la dos máximas formuladas por Nicolás Maquiavelo: 1) El fin justifica los medios y; 2) el éxito lo purifica todo. Esto significa que los seres humanos están por encima de la ética y la moral dominante para conseguir los fines perseguidos; de modo que la bondad de sus acciones vendrá definida por los objetivos que con esta persiga. El gran problema de la postura de Maquiavelo, es que nadie, por más desalmado que sea, cree que está actuando de manera absolutamente errónea, pues, incluso detrás de un asesinato, se esconde para el asesino, un fin superior, y bueno para él, que es deseable y se requiere alcanzar.

Tomando como base entonces el pensamiento maquiavélico, en tanto es justificado el deseo de procrear, y si mediante las técnicas de reproducción asistidas puedo obtener ese fin, entonces no hay problema en el orden moral de poder acudir a dichas técnicas.

Nuevamente, estamos ante una postura individualista, que privilegia el bienestar individual frente al bienestar de la colectividad.

3) Justificación social

Las técnicas de reproducción humana asistidas se han constituido en una esperanza para todas aquellas parejas que por alguna razón se encuentran imposibilitadas de poder tener hijos. Siendo el deseo de procrear una aspiración humana tan grande como legítima; estas parejas no se detienen a pensar en las consecuencias que la aplicación de estas técnicas puede acarrear.

Ciertamente, lo que impulsó al Dr. Robert Edwards a desarrollar las técnicas de reproducción humana *in vitro* no fue la necesidad de tener hijos, sino una necesidad meramente científica, académica, y si se quiere, con un deseo altruista mal enfocado, de ayudar a las parejas estériles. No lo pensaron así Leslie y John Brown, padres de Louise

²⁰⁹BILBENY, Norbert. (2006) *Historia de la ética. La ética moderna 2*. Ed. Victoria Camps. Barcelona, p. 461

²¹⁰STUART MILL, John, "El utilitarismo", en PÉREZ DÍAZ DE LEÓN, Laura (2003) *Pensamiento social británico, ensayos y textos* Editorial de la Universidad Autónoma de México. p. 218

Brown, quienes tras varios años de intentos infructuosos por concebir, acudieron al médico Patrick Steptoe, socio a su vez del Dr. Patrick Edwards. Lo que sucedió después, es historia.

Presentamos el ejemplo de la primera fecundación *in vitro* del mundo para ilustrar que el principal fundamento que se ha planteado a favor de la fecundación *in vitro*, desde el primer día, es la necesidad de tener hijos. Y es justamente este derecho a la paternidad que se intenta proteger y promover, el primero que se contrapone a un derecho aún superior, que es el derecho a la vida de los seres humanos concebidos; pues como es sabido y se desarrollará a lo largo del presente trabajo, no se concibe un único embrión; todos aquellos que no nacieron, normalmente son destruidos sin tener ninguna oportunidad de desarrollarse dignamente.

Pero no sólo se utilizan estas técnicas con la finalidad de brindar un paliativo a los casos de esterilidad humana. Veamos por ejemplo el caso español. Cuando se publica la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida en 1988, se limita su finalidad a la actuación médica de la esterilidad humana. Pocos días después se publica en el Boletín Oficial del Estado la “Corrección de errores de la Ley 35/1988”, sustituyendo, entre otros, en el apartado 2 del artículo 1º, la frase “las técnicas de reproducción humana asistida tienen por finalidad la actuación médica ante la esterilidad humana, para facilitar la procreación cuando otras terapéuticas se hayan descartado por inadecuadas e ineficaces.”, por la frase “las técnicas de reproducción humana asistida tienen por finalidad fundamental la actuación médica ante la esterilidad humana, para facilitar la procreación cuando otras terapéuticas se hayan descartado por inadecuadas e ineficaces”.

La diferencia no es poca, pues con ella se modifica considerablemente la interpretación sobre los fines de las técnicas, pues en un principio se inducía que las técnicas solo podían aplicarse a los casos de esterilidad humana, con la redacción definitiva, los supuestos de aplicación de estas exceden estos casos, como por ejemplo, el caso de una mujer que padezca alguna patología pero que no afecte su capacidad reproductora.

El artículo 1.3 de la misma norma española establece que las técnicas de reproducción humana asistida también pueden ser utilizadas para la “prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético o hereditario”, lo cual sería acorde con el mandato contenido en el artículo 43 de la Constitución española, referido al reconocimiento constitucional de la protección de la salud.

En concordancia con lo señalado, la Declaración de Bioética de Gijón emitida por la Sociedad Internacional de Bioética en octubre de 2000, reconoce en su novena observación que *“una finalidad fundamental de las técnicas de reproducción asistida es el tratamiento médico de los efectos de la esterilidad humana y facilitar la procreación si otras terapéuticas se han descartado por inadecuadas o ineficaces. Estas técnicas podrán utilizarse también para el diagnóstico y tratamiento de enfermedades de origen hereditario, así como en la investigación autorizada”*

4) Razones económicas

Las razones económicas pesan, y mucho, para validarlas. El procedimiento para realizar una fecundación asistida en Europa puede ir desde los € 1 000,00 hasta los € 8 000,00²¹¹, por cada vez que la mujer intentará concebir por estos medios, sin contar con los medicamentos que se han de tomar. Si consideramos que sólo en España, en el año 2002, se realizaron 15 000 ciclos de reproducción asistida²¹², estamos hablando de cómo mínimo € 15 000 000,00 al año.

Como se mencionó, en Perú se realizan aproximadamente 2 058 procedimientos de fecundación asistida, a un precio que oscila alrededor de los 12 000,00 soles. Ello supone un aproximado de S/. 25 056 000,00 nuevos soles anuales, distribuidos entre 4 centros de reproducción humana asistida.

5) Posición de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a propósito de la sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica del 15 de marzo de 2000.

5.1) Posición de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica²¹³ si bien ha reconocido que las técnicas de reproducción asistida han posibilitado que muchas parejas estériles consigan tener hijos; precisa que es necesario evaluar hasta qué punto el ser humano puede ser objeto o resultado de un procedimiento técnico de reproducción. Cuando se trata del ser humano, la evaluación, señala la Sala Constitucional, debe superar lo científicamente posible y prevalecer el criterio técnico que inspiran los tratados de Derechos Humanos.

En dicho sentido, concluye que las prácticas de reproducción asistida²¹⁴ atentan claramente contra la vida y la dignidad del ser humano, pues su aplicación atenta contra la vida humana. Después de declarar la paridad ontológica entre el embrión con la persona humana, establece que *“no puede ser tratado como objeto, para fines de investigación, ser sometido a procesos de selección, conservado en congelación, y lo que es fundamental para la Sala, no es legítimo constitucionalmente que sea expuesto a un riesgo desproporcionado de muerte”*. Es por estas razones, descritas muy brevemente, que la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica prohibió se regulen y ejecuten las técnicas de reproducción humana asistida en el territorio costarricense.

El 19 de marzo de 2001, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos recibió una petición formulada por el ciudadano costarricense Gerardo Trejos Salas contra la República de Costa Rica, en la que se alega su responsabilidad por haber prohibido el acceso al tratamiento de la fecundación *in vitro*. Señala el peticionante que al eliminar la

²¹¹ Información obtenida de <http://www.ivi.es/financiacion-reproduccion-asistida.aspx>

²¹² Según información proporcionada por el diario El Mundo:

<http://www.elmundo.es/elmundosalud/2005/06/24/mujer/1119608402.html>. Consultado el 31 de marzo de 2013.

²¹³ Acción de inconstitucionalidad de H.N.D.V. contra el Decreto Ejecutivo No.24029-S, del 3 de febrero de 1995, publicado en La Gaceta No.45 del 3 de marzo de 1995. Expediente No.95-001734-0007-CO. El Decreto Ejecutivo No.24029-S Regula Realización de Técnicas de Reproducción Asistida In Vitro o FIV.

²¹⁴ Se refiere concretamente a la Fecundación *in vitro* y Transferencia Embrionaria

norma que regula la realización de técnicas de reproducción asistida *in vitro* supone *per se* una violación continuada a varios derechos protegidos por la Convención Americana de Derechos Humanos. Se basa en los siguientes argumentos:

- La Sala Constitucional de la Corte Suprema ha realizado una percepción subjetiva, confiriendo culpabilidad a los profesionales que practican la fertilización *in vitro* por un hecho que ocurre en la naturaleza, pues no es cierto que todo embrión humano necesariamente terminará siendo un recién nacido; pues la literatura médica ha demostrado que únicamente el 20% de los embriones llegan a nacer.²¹⁵
- El Estado estaría afectando el derecho a la vida privada y familiar de la pareja, pues estaría interviniendo en su decisión de tener hijos e interfiriendo en su vida sexual y reproductiva. El derecho a la planificación familiar incluiría la posibilidad de utilizar las técnicas que han sido prohibidos por el estado costarricense²¹⁶.
- La relación entre el médico y el paciente es absolutamente privada, no pudiendo el Estado prohibir a una persona someterse a dicho tratamiento, más aún cuando la aplicación de estas técnicas no atentan contra el orden público, la moral y las buenas costumbres²¹⁷.
- Existiría una afectación al derecho a fundar una familia, pues el reconocimiento del derecho a procrear es un presupuesto imprescindible del ejercicio a fundar una familia²¹⁸.
- Al eliminar las técnicas de reproducción humana asistida *in vitro* se discrimina y trata de forma desigual a las personas que sólo pueden tener descendencia mediante estas técnicas²¹⁹.
- Esta decisión adoptada por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica viene causando enormes sufrimientos a quienes la padecen, pues no tener herederos genera en la pareja un complejo de inferioridad.

El Estado de Costa Rica responde que los hechos alegados no constituyen una violación a los derechos contemplados en la Convención Americana de Derechos Humanos por las siguientes razones:

- La fecundación *in vitro* no es una cura contra la infertilidad, sino un recurso que permite superar de manera artificial esta condición. No es razonable que el peticionario señale que la prohibición de la práctica de la fecundación *in vitro* haya

²¹⁵Informe N° 85/100. Caso 12.361. Caso Gretel Artavia Murillo y otros (fecundación *in vitro*) Costa Rica, del 14 de junio de 2010; parágrafo 19

²¹⁶*Ibid*, parágrafo 20.

²¹⁷*Ibid* parágrafo 21.

²¹⁸*Ibid*, parágrafo 23

²¹⁹*Ibid*, parágrafo 24

condenado a las víctimas a no tener descendencia, pues la fecundación *in vitro* no es origen de la infertilidad²²⁰.

- La regulación de la práctica violaba la vida de los embriones. El tratamiento al que una persona se puede someter siempre estará limitada por las disposiciones de la Constitución y el marco jurídico internacional sobre la protección de los derechos humanos.²²¹
- El derecho relativo a procrear debe ser subordinado al derecho absoluto a la vida, porque sería contradictorio aceptar la posibilidad de una vida a costa de la pérdida de otra; que es precisamente lo que sucede con las técnicas de reproducción humana asistida *in vitro*²²².
- La Convención Americana de Derechos Humanos expresamente reconoce la protección a la vida desde el momento de la concepción; y es esta posibilidad de protección la que ha sido recogida a nivel interno. Siendo este un tema donde la ciencia y la técnica no pueden dar respuestas claras, corresponde al Estado determinar el avance de estas técnicas a nivel interno.

Una vez expuestas las posiciones de las partes, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se pronuncia sobre el fondo. Sostiene lo siguiente:

- La lectura conjunta de los artículos 11 y 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos²²³ lleva a concluir lo siguiente: i) la protección del derecho a conformar una familia comprende la decisión de convertirse en padre o madre biológica, e incluye el acceso a las técnicas que lo permitan; ii) esta decisión corresponde a la esfera más íntima de la vida y se ejerce de modo exclusivo por la autonomía de cada persona y; iii) cualquier intento de interferencia por parte del Estado en estas decisiones debe ser evaluado con base a los criterios establecidos en la Convención.^{224,225}
- Después de hacer una evaluación de la legalidad²²⁶, fin legítimo²²⁷, idoneidad²²⁸ y proporcionalidad²²⁹ de la medida adoptada por el Estado de Costa Rica, concluye que si bien se cumple con los tres primeros requisitos para determinar si esta decisión es

²²⁰*Ibid*, párrafo 29

²²¹*Ibid*, párrafo 30

²²²*Ibid*, párrafo 31

²²³ Referidos a la protección de la honra y la dignidad; y la protección a la familia respectivamente

²²⁴Informe N° 85/100; *Ibid*, párrafo 82.

²²⁵El artículo 30° de la Convención señala lo siguiente: “Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”

²²⁶ Informe N° 85/100; *Ibid*, párrafos 91-93.

²²⁷*Ibid*, párrafos 94 - 96

²²⁸*Ibid*, párrafos 97 y 98

²²⁹*Ibid*, párrafos 99 - 117

coherente con la Convención Americana de Derechos Humanos; no ha sido una medida proporcional, pues existen otras medidas menos restrictivas de los derechos humanos, como puede ser, por ejemplo, una regulación más estricta de las técnicas de fecundación *in vitro*²³⁰, razón por la cual se vulneran los derechos contenidos en los artículos 11 y 17 de la Convención.

- Señala que la prohibición de acceder a un procedimiento de fertilización *in vitro* supone impedir a las víctimas tener hijos biológicos. Ello trae consigo dos efectos no deseables: 1) impedir a las víctimas a superar la situación de desventaja en la que se encontraban a través del beneficio del tratamiento médico, ahora prohibido y; 2) tiene un impacto específico y desproporcionado frente a las mujeres.

Con respecto al primer efecto, señala que la prohibición, si bien no es causa de la infertilidad, si exacerba la diferencia entre las mujeres que pueden procrear hijos biológicamente y aquellas que necesitan acceder a las técnicas de fecundación *in vitro* para poder cumplir este anhelo. Y en lo que se refiere al segundo efecto señalado, en tanto la técnica de fecundación *in vitro* incide en el cuerpo de la mujer, la prohibición de la técnica tendrá un efecto diferenciado para las mujeres²³¹.

En dicho sentido, la Comisión recomienda al Estado de Costa Rica levantar la prohibición de la fecundación *in vitro* en el país, asegurar que la regulación que se haga al respecto sea compatible con los derechos a la vida privada y familiar; a contraer matrimonio y fundar una familia; y con el derecho a la igualdad ante la ley²³².

El 29 de julio de 2011 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió a la jurisdicción de la Corte Interamericana el presente caso luego de conceder tres prórrogas al Estado costarricense para el cumplimiento de las recomendaciones que la Comisión le planteara, solicitando a la Corte la responsabilidad internacional del Estado de Costa Rica por la violación de los artículos 11.2²³³, 17.1²³⁴ y 24²³⁵ de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1²³⁶ y 2²³⁷ de dicho instrumento.

²³⁰ *Ibid*, párrafo 110.

²³¹ *Ibid*, párrafos 128-131.

²³² Resolución del 29 de julio de 2011.

²³³ Que dice: “Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación”.

²³⁴ Que establece que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”.

²³⁵ Señala este artículo que “todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

²³⁶ Señala: Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

²³⁷ Establece este artículo que “si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

5.2) Posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Mediante sentencia del 28 de noviembre de 2012, la Corte Interamericana de Derechos Humanos resuelve el Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación *in vitro*”) vs. Costa Rica, disponiendo que el Estado de Costa Rica debe adoptar, con la mayor celeridad posible, las medidas apropiadas para que quede sin efecto la prohibición de practicar la fecundación *in vitro*, de modo que las personas que deseen hacer uso de dicha técnica puedan hacerlo sin encontrar impedimentos al ejercicio de sus derechos. Debe regular, además, los aspectos que considere necesario para la implementación de la fecundación *in vitro*, e incluirla dentro sus programas y tratamientos de infertilidad.

Las razones que esgrimió la Corte para llegar a esta decisión se basan fundamentalmente en la supuesta vulneración injustificada y arbitraria de los derechos de las parejas que no pueden tener hijos; y en el hecho que, según la Corte, los embriones *in vitro* no son seres humanos pues no han sido implantados aún en el cuerpo de la mujer.

A) Vulneración de los derechos de quienes no pueden tener hijos.

La Corte reafirma su posición de que el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública; y que el concepto de libertad supone la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido²³⁸. En dicho sentido, la vida privada es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad, de la que forma parte esencial la maternidad; razón por la cual la Corte considera que la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico²³⁹.

Señala también la Corte que en el presente caso no sólo se presenta el derecho a fundar una familia, sino que habría una afectación al derecho a la integridad de la persona debido a las situaciones de particular angustia y ansiedad que se ocasionarían a las personas afectadas por la prohibición de uso de las técnicas de fecundación *in vitro*²⁴⁰, y al derecho a la salud reproductiva, la misma que incluye el derecho de las personas de acceder a los medios a través de los cuales una mujer puede controlar su fecundidad²⁴¹. Recoge además la sugerencia del Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, celebrada en El Cairo en 1994, la misma que establece que “deberían proporcionarse técnicas de fecundación *in vitro* de conformidad con directrices éticas y normas médicas apropiadas²⁴²”.

B) El embrión *in vitro* no es titular del derecho a la vida.

El Tribunal señala que si bien la Sala Constitucional de Costa Rica consideró que si la técnica de la fecundación *in vitro* podía realizarse protegiendo de manera absoluta la

²³⁸Parágrafo 142 de la sentencia

²³⁹ Parágrafo 143 de la sentencia

²⁴⁰ Parágrafo 147 de la sentencia

²⁴¹ Parágrafo 146 de la sentencia

²⁴² Parágrafo 149 de la sentencia

vida del embrión, esta podía ser practicada en el país, han pasado doce años desde entonces y aún no puede aplicarse en territorio costarricense. Además, debido a que la Sala Constitucional condicionó la posibilidad de realizar la técnica a que no hubiera pérdida embrionaria, esto implica en la práctica una prohibición de la misma, pues no existe una opción para practicar la fecundación *in vitro* sin que exista alguna posibilidad de pérdida embrionaria²⁴³.

Esta sentencia, señala la Corte, supuso una injerencia en la vida privada de las víctimas en el presente caso, razón por la cual la Corte considera necesario analizar si dicha injerencia se encuentra justificada. Para ello cree conveniente analizar si la Convención Americana de Derechos Humanos obliga a efectuar una protección absoluta del derecho a la vida del embrión, y en consecuencia, supone la prohibición de la fecundación *in vitro* por implicar la pérdida de embriones. A dicho efecto, la Corte analiza los alcances de los artículos 1.2²⁴⁴ y 4.1²⁴⁵ de la Convención Americana respecto a las palabras “persona”, “ser humano”, “concepción” y “en general”.

Con respecto al término “persona”, señala la Corte que esta se encuentra anclada a las definiciones de los términos “concepción” y “ser humano”²⁴⁶. En cuanto a la concepción, la Corte retoma la controversia de cuándo empieza la vida humana, y reconoce que pudiendo estudiarse el tema desde distintas ópticas no puede llegarse a una definición consensuada, *“sin embargo, para la Corte es claro que hay concepciones que ven en los óvulos fecundados una vida humana plena. Algunos de estos planteamientos pueden ser asociados a concepciones que le confieren ciertos atributos metafísicos a los embriones”*²⁴⁷, razón por la cual la Corte no puede justificar que se otorgue prevalencia a esta postura, pues *ello implicaría imponer un tipo de creencias específicas a otras personas que no las comparten*²⁴⁸.

Habiendo hecho esta salvedad, la Corte busca una definición de “concepción”. Al respecto, señala la Corte que la evidencia científica resalta dos momentos del desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación; y que sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe concepción, pues si no llegara a implantarse en el cuerpo de la mujer, sus posibilidades de desarrollo son nulas²⁴⁹. En dicho sentido, la Corte equipararía a la concepción con la implantación, con lo cual antes de ese evento no cabría aplicar el artículo 4° de la Convención.

Por otro lado, el artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, al hacer uso del término “en general”, indica que la regla general podría admitir ciertas excepciones. En dicho sentido, *“la protección del derecho a la vida no es absoluto, sino gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que indica entender la procedencia de excepciones a la regla general.”*

²⁴³ Parágrafo 159 de la sentencia

²⁴⁴ Que señala: “Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”.

²⁴⁵ Que señala: “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”.

²⁴⁶ Parágrafo 176 de la sentencia

²⁴⁷ Parágrafo 185 de la sentencia

²⁴⁸ *Ibid.*

²⁴⁹ Parágrafo 186 de la sentencia

Acto seguido, la Corte evalúa si es que la restricción de los derechos de las víctimas que ha cometido el Estado de Costa Rica no ha sido abusivo o arbitrario. Para ello, señala, deben estar previstas en una ley en sentido formal y material²⁵⁰, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad, y proporcionalidad. Al respecto, señala la Corte que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha expresado *“que una consideración indebida de la protección de la vida prenatal o con base en que el derecho de la futura madre al respeto de su vida privada es de menor rango, no constituye una ponderación razonable y proporcional entre los derechos e intereses en conflicto”*²⁵¹.

Dicho esto, la Corte realiza un trabajo de ponderación entre los derechos del embrión *in vitro* y los derechos de la madre, bajo los siguientes parámetros:

Severidad de la limitación de los derechos involucrados en el presente caso

Señala la Corte que la prohibición del uso de la fecundación *in vitro* supuso una afectación de la intimidad de las personas ya que obligó a las víctimas exponer aspectos de su vida privada en el extranjero. Asimismo, afectó la autonomía personal y el proyecto de vida de las parejas. Además, la Corte observó que la fecundación *in vitro* suele practicarse como último recurso para poder concebir, por lo que su prohibición afectó con gran impacto a las parejas cuya única opción para procrear era esta técnica. Finalmente, según la Corte, ha afectado la integridad psicológica de las personas al negarles la posibilidad de acceder a este procedimiento y por tanto que les sea posible desplegar la libertad reproductiva deseada. Por estas razones la Corte señala que con la prohibición señalada, las parejas sufrieron una restricción severa en la relación con la toma de decisiones respecto de los métodos o prácticas que deseaban intentar con el fin de procrear biológicamente²⁵².

Severidad de la interferencia como consecuencia de la discriminación indirecta por el impacto desproporcionado respecto a discapacidad, género y situación económica.

La discriminación indirecta *implica que una norma o práctica aparentemente neutra, tiene repercusiones particularmente negativas en una persona o grupo con unas características determinadas*²⁵³.

Con respecto a la discriminación indirecta referente a la condición de discapacidad para procrear, la Corte considera que la infertilidad es una limitación funcional reconocida como una enfermedad, por lo que las personas que la padecen en Costa Rica debían considerarse protegidas por los derechos de las personas con

²⁵⁰ En el documento *LaExpresión “Leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, del 9 de mayo de 1986, en el párrafo 15 señala: ‘La Corte entra ahora a analizar la disyuntiva de si ‘la expresión leyes utilizada por la disposición transcrita... se refiere a leyes en sentido formal -norma jurídica emanada del Parlamento y promulgada por el Poder Ejecutivo, con las formas requeridas por la Constitución’ o si en cambio se la usa ‘en sentido material, como sinónimo de ordenamiento jurídico, prescindiendo del procedimiento de elaboración y del rango normativo que le pudiera corresponder en la escala jerárquica del respectivo orden jurídico’

²⁵¹ Párrafo 275 de la sentencia

²⁵² Párrafos 277 – 284 de la sentencia.

²⁵³ Párrafo 286 de la sentencia

discapacidad, que incluye el derecho de acceder a las técnicas necesarias para solucionar un problema de salud reproductiva²⁵⁴.

En lo que se refiere la discriminación indirecta por razón de género, la Corte establece que la prohibición de la fecundación *in vitro*, puede producir impactos desproporcionados tanto en hombres como mujeres, impactos diferenciados por estereotipos y perjuicios en la sociedad. Si bien la Organización Mundial de la Salud ha señalado que el papel de la mujer en la sociedad no se define únicamente por su capacidad reproductiva, pero a pesar de ello, la feminidad es definida muchas veces a través de la maternidad. Es por eso que el sufrimiento de la mujer infecunda puede conducir a la inestabilidad del matrimonio, violencia doméstica, estigmatización e incluso al ostracismo.

Según la Corte, en el presente caso estamos ante una situación parecida a la influencia de estereotipos, en la cual la Sala Constitucional de Costa Rica dio prevalencia absoluta a la protección de óvulos fecundados, sin considerar la situación de discapacidad en algunas de las mujeres. Finalmente, como las técnicas de reproducción asistida se relacionan con el cuerpo de las mujeres, la Corte considera que existe una mayor discriminación hacia ellas que hacia los varones que padecen de infertilidad²⁵⁵.

Respecto a la discriminación debido a la situación económica, la prohibición de la fecundación *in vitro* tuvo un impacto mayor en las parejas que no tienen capacidad económica para practicarla en el extranjero.

Por las razones que acabamos de exponer, la Corte concluye que

“La afectación del derecho a la integridad personal, libertad personal, vida privada, la intimidad, la autonomía reproductiva, el acceso a servicios de salud reproductiva y a fundar una familia es severa y supone una violación de dichos derechos, pues dichos derechos son anulados en la práctica para aquellas personas cuyo único tratamiento posible de la infertilidad era la FIV (...) En contraste, el impacto en la protección del embrión es muy leve, dado que la pérdida embrionaria se presenta tanto en la FIV como en el embarazo natural”

5.3) Críticas a la postura de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La primera gran crítica que realizamos de la decisión adoptada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos es que únicamente centra su atención en la afectación de los derechos de las personas que desean acceder a las técnicas de fecundación *in vitro* en Costa Rica, y que a razón de la decisión adoptada por la Corte Constitucional han sido prohibidas en dicho territorio. Como puede apreciarse de la sentencia, la Corte analiza fundamentalmente los derechos a la integridad, vida privada, intimidad y libertad de las parejas que desean tener hijos biológicos por medio de la

²⁵⁴ Parágrafo 293 de la sentencia

²⁵⁵ Parágrafos 294 - 302 de la sentencia

fecundación *in vitro*, pero se olvida de analizar los derechos que tiene el embrión concebido mediante esta técnica.

Para ello, se excusa en señalar que recién en el momento de la implantación se puede hablar de la existencia de un ser humano, y antes de ello sólo tendríamos una célula diferente y con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un ser humano. De esta manera, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ya definió el momento en que se inicia la vida humana, postura respecto de la cual podemos realizar una serie de críticas. En primer lugar, habría que admirar la tremenda capacidad de los miembros de la Corte en poder descubrir en sólo 4 meses lo que la ciencia médica no ha podido descubrirlo en miles de años: el inicio de la vida humana, teniendo en cuenta además que ninguno de los miembros de la Corte, todos ellos abogados de profesión, son médicos. Lo cierto es que el inicio de la vida humana es un hecho que le compete únicamente a la medicina dilucidar, estando el derecho a lo que esta indique. Lo que sí le compete al derecho es aplicar los principios generales del derecho en aquellas circunstancias que la norma no es capaz de resolver.

Es cierto que las posibilidades de desarrollo del embrión son nulas si es que no se implanta en el útero de la mujer, pero ello no da lugar a diferenciar entre un preembrión (que no ha sido implantado) y un embrión (ya implantado) el segundo de nivel superior al primero. Múltiples estudios, algunos citados a lo largo del presente trabajo demuestran que no existe diferencia ontológica entre ambos estadios del desarrollo humano. Como bien han señalado, ya desde la unión de los gametos masculinos y femeninos, se desarrolla un nuevo ser, con una carga genética que lo hace distinto a cualquier otro.

Asimismo, hay que prestar especial atención a los términos que utiliza la Corte. Esta señala que la fecundación del óvulo “da paso” a una célula diferente para el posible “desarrollo” de un ser humano, y que este “desarrollo” no será posible si no se implanta. La Real Academia Española de la Lengua define el término “dar paso” como *favorecer la aparición de una situación nueva*²⁵⁶. Por su parte, el término “desarrollo” implica la existencia de una realidad previa que requiere ser desarrollada. Es decir, la Corte ha reconocido que con la fecundación del óvulo aparece una vida nueva; y que la implantación implica únicamente el desarrollo de la vida que ya ha aparecido. Asunto distinto es que la concepción sólo pueda ser comprobada cuando ya se produjo la implantación.

La Corte, no aplica el principio “*pro homine*” para resolver el caso que se le ha planteado. Ahora, si bien es cierto nunca ha considerado expresamente este principio ni en sus resoluciones ni en la Convención, si ha permitido el uso de esta²⁵⁷, razón por la cual no vemos obstáculo para su aplicación, más que la voluntad de hacerlo. En la aplicación de

²⁵⁶ <http://lema.rae.es/drae/?val=dar%20paso>

²⁵⁷ Señala la Corte Interamericana de Derechos Humanos: “Es necesario destacar particularmente la importancia que tiene, en la consulta solicitada, lo dispuesto por el artículo 29.b). La función que el artículo 64 de la Convención atribuye a la Corte forma parte del sistema de protección establecido por dicho instrumento internacional. Por consiguiente, este tribunal interpreta que excluir, a priori, de su competencia consultiva tratados internacionales que obliguen, a Estados americanos, en materias concernientes a la protección de los derechos humanos, constituiría una limitación a la plena garantía de los mismos, en contradicción con las reglas consagradas por el artículo 29.b).” Opinión consultiva OC-1/82 del 24 de setiembre de 1982. “Otros Tratados.” Objeto de la función consultiva de la Corte (Art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos); párrafo 42.

este principio, que señala que en caso de haber más de una interpretación posible para las normas, o sean aplicables más de una norma al caso concreto, debe preferirse aquella interpretación o norma que sea más favorable al respeto de los derechos humanos, la Corte habría encontrado un argumento para defender la vida del embrión *in vitro*.

Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señala que no es argumento suficiente el que las normas constitucionales de Costa Rica otorguen una mayor protección al derecho a la vida y por consiguiente se pueda hacer prevalecer este derecho de forma absoluta; pues esta visión “*niega la existencia de derechos que pueden ser objeto de restricciones desproporcionadas*”. En primer lugar, estoy de acuerdo en que la vida no es un derecho absoluto, pero este derecho sólo debería ser vulnerado cuando se busque defender un bien jurídico de igual o superior valor, razón por la cual, por ejemplo, la Constitución peruana permite la pena de muerte en caso de traición a la patria, porque evidentemente busca proteger no sólo la soberanía nacional, sino la vida de millones de peruanos que podrían verse afectadas.

En dicho sentido, se equivoca la Corte al señalar que el Estado de Costa Rica protege la vida de manera absoluta, pues su legislación reconoce la figura de la legítima defensa, reconocida en el artículo 28 del Código Penal de Costa Rica²⁵⁸ permitiendo causar cualquier tipo de daño a quien pusiese en peligro a uno mismo o a terceros. Entiéndase “peligro” como *riesgo o contingencia inminente de que suceda algún mal*²⁵⁹ por lo que, la legítima defensa en territorio costarricense podrá exceder la defensa de la propia vida y extender a, por ejemplo, la defensa de la integridad física o la propiedad privada.

La Corte además no realiza un estudio del abuso o arbitrariedad de la protección absoluta de la vida del embrión para determinar si la restricción a los derechos de las supuestas víctimas que esta protección implica es idónea, necesaria y proporcional, pues señala que “*el derecho absoluto a la vida del embrión como base para la restricción de los derechos involucrados, no tiene sustento en la Convención Americana*”²⁶⁰. Al respecto, nos remitimos al caso Usón Ramírez vs Venezuela²⁶¹, en el que se discute el contenido y alcance del derecho a la

²⁵⁸ Artículo 28.-

No comete delito el que obra en defensa de la persona o derechos, propios o ajenos, siempre que concurren las siguientes circunstancias:

a) Agresión ilegítima; y
b) Necesidad razonable de la defensa empleada para repeler o impedir la agresión.

Se entenderá que concurre esta causal de justificación para aquel que ejecutare actos violentos contra el individuo extraño que, sin derecho alguno y con peligro para los habitantes u ocupantes de la edificación o sus dependencias, se hallare dentro de ellas, cualquiera que sea el daño causado al intruso

²⁵⁹ <http://lema.rae.es/drae/?val=peligro>

²⁶⁰ Parágrafo 273 de la sentencia

²⁶¹ El caso consiste en lo siguiente: El señor Usón Ramírez, quien era General de Brigada en las Fuerzas Armadas, había desempeñado varios cargos públicos, inclusive el de Ministro de Finanzas. En el año 2003 el señor Usón Ramírez pasó a situación de retiro .

Los días 16 de abril y 10 de mayo de 2004 el señor Usón Ramírez fue invitado a participar en un programa de televisión llamado “La Entrevista”. El tema del programa en esas ocasiones era la hipótesis planteada en un artículo de prensa escrito por una periodista, también invitada al programa, sobre la supuesta utilización de un “lanzallamas” como medio de castigo en contra de unos soldados en el Fuerte Mara, en donde ocurrió un incendio en una celda el 30 de marzo de 2004. En el programa, el señor Usón Ramírez explicó cómo funcionaba un lanzallamas y los procedimientos que se necesitan en la Fuerza Armada para utilizarlo, señalando

libertad de expresión del señor Usón Ramírez y el derecho a la protección de la honra de las fuerzas armadas venezolanas. En su sentencia, la Corte señala que

“el artículo 1.2 de la Convención establece que los derechos reconocidos en dicho instrumento corresponden a personas, es decir, a seres humanos y no a instituciones como las Fuerzas Armadas. Por lo tanto, al entrar en el análisis del supuesto conflicto de derechos en el presente caso el Tribunal no pretende determinar el alcance de derechos que pudiera o no tener la institución de las Fuerzas Armadas, puesto que esto quedaría fuera del alcance de su competencia. Sin embargo, al Tribunal le corresponde determinar si los derechos del individuo Usón Ramírez han sido vulnerados.”²⁶²

Para poder determinar esta vulneración de los derechos del señor Usón Ramírez, la Corte hace un examen de la necesidad, idoneidad y proporcionalidad de la medida que se le impuso²⁶³. Siguiendo el criterio de la Corte en el caso Gretel Artavia Murillo y otros (“Fecundación *in vitro*”) contra el Estado de Costa Rica, no se debió realizar ninguna evaluación de este tipo, pues el derecho a la honra, de acuerdo a lo que señala la misma Corte, no puede predicarse respecto de una persona jurídica. Además, el juicio de necesidad, idoneidad y proporcionalidad se realiza entre los derechos, reconocidos, en conflicto entre dos sujetos de derecho en un caso concreto, tal cual sucede en este caso. Con ello demostramos que la Corte aplica sus criterios de una manera poco objetiva, acomodando los mismos según les parezcan, pues, siguiendo el antecedente descrito, la Corte debió hacer el juicio de necesidad, idoneidad y proporcionalidad entre los derechos del embrión concebido *in vitro* y los derechos de las personas que quieren acceder a las técnicas, evaluación que, de ser objetiva, le hubiera llevado a tomar otra decisión.

además que “el funcionamiento y la forma como este equipo se prepara para su uso evidencia que existió una premeditación”, añadiendo posteriormente que tal situación sería “muy muy grave si [...] resulta ser cierta”.

Como consecuencia de las declaraciones emitidas en dicho programa de televisión, el señor Usón Ramírez fue juzgado y condenado a cumplir la pena de cinco años y seis meses de prisión por el delito de “injuria contra la Fuerza Armada Nacional”, bajo el tipo penal establecido en el artículo 505 del Código Orgánico de Justicia Militar, según el cual “incurrirá en la pena de tres a ocho años de prisión el que en alguna forma injurie, ofenda o menosprecie a las Fuerzas Armadas Nacionales o alguna de sus unidades”.

El Tribunal Militar Primero de Juicio declaró que el General de Brigada (EJ) Francisco Vicente Usón Ramírez usó expresiones abusivas las cuales injurian y ofenden a la Fuerza Armada Nacional, ya que atentaron contra su convivencia interna y externa socialmente, por haber opinado y dar afirmaciones donde involucraba al personal militar en discrepancia con la realidad, a través de un medio audiovisual.

Asimismo, en dicha sentencia condenatoria, al valorar la pena a imponer al señor Usón Ramírez, el Tribunal Militar Primero de Juicio señaló que “el delito cometido por el acusado, atenta contra la seguridad de la Nación”.

En Sentencia de apelación de 27 de enero de 2005, el tribunal de alzada declaró sin lugar el recurso de apelación planteado por el señor Usón Ramírez y confirmó la sentencia condenatoria, señalando que el Tribunal Militar Primero de Juicio concluyó que “los hechos ocurridos en Fuerte Mara eran contrarios a lo manifestado por el General de Brigada (EJ) en situación de retiro Francisco Vicente Usón Ramírez, por lo que lo expresado por el referido Oficial General constituye Injuria a la Fuerza Armada Nacional, por haber afirmado un hecho falso”.

El 2 de junio de 2005 la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia desestimó “por manifiestamente infundado el recurso de casación interpuesto por los abogados defensores del acusado”, con lo cual la sentencia quedó firme.

Información obtenida de la sentencia de 20 de noviembre de 2009, parágrafos 36 - 43

²⁶² Parágrafo 45 de la sentencia

²⁶³ Parágrafos 50 y ss.

Finalmente, la Corte señala, como argumento a favor de permitir el uso de la fecundación *in vitro* en Costa Rica, que “*el impacto en la protección del embrión es muy leve, dado que la pérdida embrionaria se presenta tanto en la FIV como en el embarazo natural*”²⁶⁴, argumento que no resiste la más mínima crítica, pues bajo el mismo, bien podrían permitirse los asesinatos o lesiones, pues naturalmente nuestra salud se va deteriorando y finalmente nuestra vida termina.

Para concluir, queremos señalar que resulta curioso pensar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos busque defender los derechos fundamentales de las personas atentando contra el primero de ellos: la vida; y que tanto se ha preocupado en proteger a las parejas que no pueden tener hijos biológicos de ser discriminadas, que discrimina a los seres humanos en su primera etapa de desarrollo.



²⁶⁴ Parágrafo 315

CAPITULO VII: ¿SE PERJUDICAN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL CONCEBIDO CUANDO SE APLICAN LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDAS EXTRAUTERINAS?

1) Derechos fundamentales del concebido que son afectados

1.1) Derecho a la vida

Señala Juan Espinoza que *“el derecho a la vida es, por excelencia, un derecho natural primario del que todo ser humano goza, por el solo hecho de su existencia. Más que una exigencia jurídica constituye un suceso, originario e irreversible, con el cual el hombre se encuentra consigo mismo; solamente después puede hablarse de la necesidad de existir”*²⁶⁵.

El Tribunal Constitucional ha señalado con relación al artículo 1º de la Constitución que *“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.”*²⁶⁶ Señala en ese sentido que *“el derecho a la vida es el primero de los derechos fundamentales, ya que sin este no es posible la existencia de los demás derechos. No sólo es un derecho fundamental reconocido, sino un valor superior del ordenamiento jurídico”*²⁶⁷.

Dado que el derecho a la vida no se agota en el derecho a la existencia físico-biológica, a nivel doctrinario y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional lo encontramos definido también desde una perspectiva material. Así, se ha dicho que *“actualmente, la noción de Estado social y democrático de Derecho concreta los postulados que tienden a asegurar el mínimo de posibilidades que tornan digna la vida. La vida, entonces, ya no puede entenderse tan solo como un límite al ejercicio del poder, sino fundamentalmente como un objetivo que guía la actuación positiva del Estado”*²⁶⁸.

Siguiendo a Fernández Sessarego²⁶⁹, considerando que los derechos patrimoniales están condicionados al nacimiento con vida²⁷⁰, *contrario sensu*, los derechos de carácter extrapatrimonial no pueden estar de ninguna manera supeditados al nacimiento con vida²⁷¹. En el caso específico de la protección del derecho a la vida, que posee el ser humano antes de nacer, es tutelar, precisamente, el derecho a la vida. *“Es absurdo, en consecuencia, hacer depender el derecho a la vida, propio del concebido, del hecho de que nazca con vida”*²⁷².

Es así que, siempre siguiendo a Fernández Sessarego, que los derechos extrapatrimoniales no son derechos “reservados o pendientes”, como señalan algunos autores, sino que son

²⁶⁵ESPINOZA ESPINOZA, Juan (2006) *Derecho de las personas*. Lima, Ed. Rhodas, p.195

²⁶⁶ EXP. N.º 2016-2004-AA/TC

²⁶⁷ EXP. 06057-2007-PHC/TC, fundamento sexto

²⁶⁸ STC N.º 2945-2003-AA/TC

²⁶⁹FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, (1990) *Nuevas tendencias en el derecho de las personas*. Lima: Ed. Universidad de Lima, p.47.

²⁷⁰ Artículo 1º del Código Civil.

²⁷¹FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *op.cit.*, p.49

²⁷²*Ibid.*, p.47

imputados al concebido libres de toda condición, al reconocérsele su condición de sujeto de derechos. No es posible condicionarlos a un evento futuro, pues se estaría desvirtuando la categoría misma de sujeto de derechos.

La pregunta es la siguiente: ¿Tenemos las personas, en sentido jurídico, derecho a la vida? La respuesta peca por ser obvia. ¿Asiste entonces al concebido el derecho a la vida? Bien dice Lloveras, citado por Víctor Pérez Vargas²⁷³ “entre las personas por nacer y las personas de existencia visible lo único que hay es una diferencia de etapas de desarrollo, se trata de diferentes etapas de las llamadas personas naturales”

La reproducción humana asistida se encuentra aparentemente a favor de la vida, pero la práctica y las estadísticas demuestran manifiestamente lo contrario. La fecundación *in vitro* y la transferencia embrionaria casi siempre dejan morir seres humanos no implantados en el vientre materno, o que se implantan en demasía, con la plena conciencia de su poca viabilidad. La transferencia embrionaria, en la que se desecha un alto porcentaje de embriones por considerárseles poco viables, atenta contra el derecho a la vida de esos seres humanos, ya portadores de una individualidad y de una carga vital propia.²⁷⁴

1.2) Omnipresencia del derecho a la dignidad

Si bien el desarrollo del derecho a la dignidad del ser humano es una materia que en estricto corresponde ser resuelta por el derecho constitucional, estimamos pertinente hacer un breve desarrollo al respecto, en tanto la fundamentación de la postura que sostenemos se basa en buena cuenta en la protección de la dignidad del embrión *in vitro*.

Dicho esto, tenemos que el derecho a la dignidad no se encuentra contemplado explícitamente en el código civil, sino que se encuentra contenida en el artículo primero de la Constitución Política de 1993, la misma que señala que “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

Según Ruiz – Giménez Cortés²⁷⁵, existen cuatro dimensiones de la dignidad:

- a) Dimensión religiosa o teológica, para quienes creemos en la filiación del hombre con Dios.
- b) La dimensión ontológica, derivada del simple hecho de ser hombre, ser dotado de inteligencia, racionalidad, libertad y conciencia de sí mismo.
- c) Dimensión ética, en el sentido de autonomía moral, no absoluta, pero sí como esencial función de la conciencia valorativa.

²⁷³ PÉREZ VARGAS, Víctor: “Los nuevos paradigmas y los derechos del concebido como persona”, en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (1999), *El derecho de familia y los nuevos paradigmas*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, T. II, p. 253.

²⁷⁴ *Ibid.*

²⁷⁵ Citado por BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo (2001). *Derechos Fundamentales y Derecho Justo*. Primera edición. Lima: Ara editores, p.p 58 y 59.

d) Dimensión social, como estima proveniente de un comportamiento valioso, en la vida en relación

Señala Carlos Fernández Sessarego que *“la ‘dignidad’ es una calidad inherente a la persona, en cuanto esta es simultáneamente libre e idéntica a sí misma. La libertad y la identidad sustentan la dignidad del ser humano. El ser humano posee dignidad porque, siendo libre, es un ser espiritual, y además, por el hecho de que, a pesar de que todos los seres humanos son iguales, no hay dos idénticos. Es esta dignidad inherente a su ser, el sustento de los derechos fundamentales de la persona humana”*²⁷⁶.

Es justamente esta dignidad la que justifica y fundamenta los demás derechos fundamentales, pues como señala Ángeles Martínez, es *“lo que se debe a la persona por su calidad de tal, y si se quiere darle un sentido jurídico más idóneo, lo que es adecuado a la naturaleza misma del hombre como ser personal”*²⁷⁷, fin y límite de los demás derechos, pues está situada en un plano superior a los mismos²⁷⁸. Es por eso que el artículo 3° de la Constitución garantiza el reconocimiento y defensa de otros derechos fundamentales que no se encuentren contenidos en la enumeración del artículo 2° del mismo cuerpo normativo, siempre que se basen, entre otros, en la dignidad del hombre.

En el mismo sentido se manifiesta Marcial Rubio²⁷⁹. Según el destacado tratadista, lo que el citado artículo constitucional está haciendo es colocar a la persona, considerado como un ser individual y social a la vez, en el centro del ordenamiento jurídico, en tanto eso es lo que ordena la dignidad que es inmanente a él.

Culmina señalando que la dignidad humana *“sirve en nuestro criterio para iluminar la aplicación de toda la Constitución y por consiguiente del orden jurídico en su conjunto. La defensa de la persona y el respeto de su dignidad podrán ser argumentados jurídicamente en el Perú y la jurisprudencia deberá darles significados concretos que sirvan de protección para el ser humano en nuestra sociedad”*²⁸⁰

Por su parte, el Catecismo de la Iglesia Católica (357) establece que *“por haber sido hecho a imagen de Dios, el ser humano tiene la dignidad de persona; no es solamente algo, sino alguien. Es capaz de conocerse, de poseerse y de darse libremente y entrar en comunión con otras personas; y es llamado, por la gracia, a una alianza con su Creador, a ofrecerle una respuesta de fe y de amor que ningún otro ser puede dar en su lugar”*

Como no podía ser de otra manera, Juan Pablo II señaló que *“hay que afirmar al hombre por sí mismo, y no por ningún otro motivo o razón: únicamente por él mismo!, más aún, hay que amar al hombre porque es hombre, hay que reivindicar el amor por el hombre en razón de la particular dignidad que posee”*²⁸¹

²⁷⁶FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos (2005), *La Constitución Comentada*, Lima: Gaceta Jurídica, vol I, p.46.

²⁷⁷ALEGRE MARTÍNEZ, Miguel Ángel (1996) *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*. España: Universidad de León, p.81

²⁷⁸*Idem*.

²⁷⁹RUBIO CORREA, Marcial (1999). *Estudio de la Constitución de 1993*. p.p. 111 a 115.

²⁸⁰*Ibid*, p.114.

²⁸¹JUAN PABLO II. (1980) “Discurso a la UNESCO” en *Enseñanzas al pueblo de Dios*. París: Librería Editrice Vaticana.

No podemos dejar de mencionar lo que el Tribunal Constitucional establece al respecto. Según este órgano *“la dignidad humana constituye tanto un principio que actúa a lo largo del proceso de interpretación, aplicación y ejecución de las normas. Es así mismo un derecho fundamental, pues se constituye en un ámbito de tutela y protección autónomo”*²⁸². Señala en otro expediente que *“el principio-derecho dignidad humana tiene una participación sustancial en la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales. Es el derecho a la dignidad al que se reconducen todos los derechos fundamentales de la persona.”*²⁸³

En lo que se refiere a la dignidad del concebido, incluido el concebido *in vitro*, esta permite sostener que existe un “derecho a nacer”. El deber genérico de respetar los derechos ajenos, que se explica por la dignidad que también poseen estos, abarca también la dignidad del *nasciturus* y por tanto, posibilitar su nacimiento. Desde el momento en que es concebido, el *nasciturus* es sujeto de derechos, goza ya de sus derechos inherentes, que para cualquier otra persona son derechos ajenos y por lo tanto debe respetarlos. De esta exigencia se traduce el deber de respetar, conservar y mantener la vida del concebido, lo cual no es compatible con la interrupción del embarazo, ni con el descarte de embriones no viables. Tampoco es compatible con la dignidad el congelamiento de seres humanos, la experimentación sobre embriones que no tenga fines terapéuticos en el mismo, ni mucho menos la manipulación genética.

1.3) Derecho de la integridad y a la salud psicológica

El derecho a la integridad, reconocido en el artículo 2º, numeral 1º de la Constitución, *“es la situación jurídica en la que se tutela la condición misma de ser humano, en cuanto inescindible unidad psico-física”*. Se ha definido este derecho como *“aquella facultad de rechazar cualesquiera agresiones corporales, estableciendo un deber general de respeto que alcanza validez “erga omnes” en el sentido de marcar una abstención común de cuantas actividades pudieran devenir perjudiciales al organismo humano”*²⁸⁴

La Constitución de 1993 reconoce tres tipos de integridad: moral, psíquica y física. Se entiende por integridad física al derecho a conservar la estructura orgánica del ser humano; y por ende, a preservar la forma, disposición y funcionamiento de los órganos del cuerpo humano y, en general, la salud del cuerpo.

Por su parte, la moral psíquica busca asegurar el respeto de los componentes psicológicos y discursivos de una persona, tales como su forma de ser, su personalidad, su carácter, así como su temperamento y lucidez para conocer y enjuiciar el mundo interior y exterior del ser humano

Finalmente, se entiende por integridad moral como el aspecto estrictamente espiritual de cada ser humano en el que residen sus convicciones religiosas filosóficas morales políticas sociales ideológicas culturales. Es decir todo aquello que lo hace un ser no sólo físico emotivo e intelectual sino que le da el valor trascendente de ser humano ubicado de una determinada manera establecido con ideas propias sobre sí mismo y el mundo que lo rodea.

²⁸² Expediente N° 02273-2005-PHC/TC, publicada el 12 de octubre de 2010.

²⁸³ Expediente N° 1417-2005-PC/TC, publicada el 11 de julio de 2005.

²⁸⁴ MARTÍNEZ-CALCERRADA, Luis (1986) *Derecho médico*, Madrid, Tecnos, vol. I, p. 442.

2) Interés superior del niño

No es propiamente un derecho fundamental, pero sí un principio que rige toda la regulación que existe a nivel mundial en torno al niño; y en lo que a nosotros nos concierne, al concebido.

El principio de interés superior del niño ha sido reconocido internacionalmente desde 1989, gracias a la Convención sobre los Derechos del Niño, la misma que en su artículo tercero, numeral primero, establece que *“en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”*. En nuestra legislación, se reconoció este principio con la publicación, el 29 de diciembre de 1992, del Decreto Ley 26102, que aprueba el Código de los Niños y Adolescentes, el mismo que reconoce este principio en el artículo VIII del Título Preliminar. Posteriormente, este Código fue derogado por la Ley 27337, actual Código de los Niños y Adolescentes, recogiendo el citado principio en el artículo IX del Título Preliminar, que prácticamente reitera lo dispuesto al respecto por su antecesor.

Señala Evelia Castro Aviles²⁸⁵ que el interés superior del niño es un principio jurídico garantista que obliga a la autoridad a brindar al menor una protección especial que permita al niño el pleno ejercicio de sus derechos, velando de este modo por su desarrollo mental, moral, espiritual y social. En el mismo sentido, Miguel Cillero Bruñol²⁸⁶, señala que es posible afirmar que *“el interés superior del niño es la plena satisfacción de sus derechos. El contenido del principio son los propios derechos; interés y derechos, en este caso, se identifican”*.

Con referencia a los principios en general, considera el mismo autor que:

“puede decirse, son derechos que permiten ejercer otros derechos y resolver conflictos entre derechos igualmente reconocidos. Entendiendo de este modo la idea de “principios”, la teoría supone que ellos se imponen a las autoridades, esto es, son obligatorios especialmente para las autoridades públicas y van dirigidos precisamente hacia (o contra) ellos. En consecuencia, nada más lejano al sentido de lo que aquí llamamos principio del interés superior del niño, creer que el interés superior del niño debe meramente “inspirar” las decisiones de las autoridades. No, el principio del interés superior del niño lo que dispone es una limitación, una obligación, una prescripción de carácter imperativo hacia las autoridades. En ese sentido, reconoce a este como un principio garantista”.

²⁸⁵CASTRO AVILÉS, Evelia, *El interés superior del niño versus el derecho a la información de los medios de comunicación social*. Documento extraído de la web:

http://www.usmp.edu.pe/derecho/instituto/revista/articulos/Interes_Superior_del_Nino.pdf. Consultado el 30 de marzo de 2013.

²⁸⁶CILLERO BRUÑOL, Miguel. El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Documento extraído de la web: http://www.iin.oea.org/el_interes_superior.pdf

Es interesante el debate suscitado en los Estados Unidos no sólo dentro del Parlamento Norteamericano, sino también con los grupos feministas del citado país. Susan Markens²⁸⁷ nos cuenta que al interior del Parlamento Norteamericano, los legisladores a favor de la maternidad subrogada enfocaban el asunto desde el punto de vista del derecho de la madre a elegir. En ese sentido Michael Balbony, siendo consejero del Comité del Estado Senado Judicial de Nueva York argumentó, en 1987, que el derecho a procrear incluye todo tipo de forma de procreación. En el mismo sentido, Bill Handel, director del Centro de Paternidad Subrogada de Los Ángeles, a propósito del caso “Baby M”²⁸⁸ reconoció que “la madre tiene derecho a hacer con su cuerpo lo que ella elija”.

Por otro lado, quienes se manifestaban en contra de la maternidad subrogada, basan su postura en el interés superior del menor. Señalan que los derechos que posee el menor son mayores que el derecho a elegir que tiene la mujer. Así, el Asambleísta de Nueva York, Anthony Genovesi, se manifestó en contra de la subrogación, señalando que es realmente el niño que está allí el que está protegido por la legislación.

Presentamos esta pequeña referencia de lo que sucedió en Estados Unidos pues si bien es cierto que el debate es referente a la maternidad subrogada, un tema que no es materia del presente estudio, sí trae consigo un problema mayor de fondo, que es la posibilidad que tiene el ser humano en general de poder manipular a otros seres vivos para poder cristalizar sus intereses; de ahí nuestro interés por el debate que acabamos de presentar. Además, este caso resume a la perfección las posturas en torno a la fecundación asistida extrauterinas.

3) ¿Afectan las técnicas de reproducción humana asistidas los derechos del embrión?

Para poder entender a cabalidad este apartado, debemos recordar que lo que postulamos es que se debe proteger al embrión asimilándolo al concebido y con ello, al niño que es en sus primeras etapas de desarrollo. Por esa misma consideración merece una protección especial, es titular de derechos personales y sujeto de derechos en todo cuanto le favorece.

²⁸⁷MARKENS, Susan, Surrogate Motherhood and the politics of reproduction. (2007), California, Estados Unidos, New Life Ecobook, p.50.

²⁸⁸ La Sra. Mary Beth Whitehead, ama de casa de 29 años de Brick Township, New Jersey, firmó un contrato el 6 de febrero de 1985, de tener un hijo para William y Elizabeth Stern. Como parte del contrato de 16 páginas, arreglado por el Centro de Infertilidad de Nueva York, la Sra. Whitehead accedió a que “en el mejor interés del niño, no desarrollaría ni intentaría desarrollar una relación padre-hijo con ningún niño (...) que pudiera concebir (...) y dejaría libremente la custodia a William Stern, padre natural, inmediatamente después del nacimiento del niño. A pesar de lo acordado la Sra. Whitehead se negó a entregar al niño, por lo que se inició un proceso judicial. Después de un juicio de 32 días, el juez Sorkow declaró el contrato de subrogación válido y ejecutable, terminó con los derechos maternos de la Sra. Whitehead y otorgó la custodia exclusiva de Baby M al Sr. Stern. También concedió inmediatamente a la Sra. Stern una orden de adopción.

En apelación, el Tribunal Supremo de New Jersey (3 de febrero de 1988) sostuvo que un contrato de subrogación que ofrece dinero para la madre subrogada y requiere su irrevocable asentimiento para entregar a su hijo al nacer es inválido y no ejecutable. Sin embargo, no encontró ninguna prohibición legal a la subrogación “cuando la madre subrogada se presenta voluntaria, sin ningún pago, para actuar de madre sustituta, y se le permite el derecho de cambiar de idea y de afirmar sus derechos maternos”.

El Tribunal Supremo de New Jersey confirmó la concesión de la custodia al padre natural, y anuló la finalización de los derechos maternos de la madre natural y requirió al tribunal inferior que determinara los términos de la visita de la madre natural a Baby M.

Sostenemos que la vulneración de los derechos del concebido se dan en dos momentos muy puntuales del proceso de fecundación humana asistida extrauterina: en el momento de la transferencia de embriones, donde se transfiere el mejor embrión generado para conseguir la gestación con éxito; y el congelamiento de los embriones restantes. Luego, sus derechos son nuevamente vulnerados pasado este procedimiento artificial de fecundación: el destino de los embriones congelados, y las consecuencias en la salud que los seres que se conciben por estos medios pueden llegar a desarrollar. Finalmente, considerando que la ciencia aún no conoce los posibles efectos secundarios del uso de estas técnicas, recordamos el criterio aplicado por el Tribunal Constitucional en el expediente N° 02005-2009-PA/TC: en este expediente, en el que ordena al Ministerio de Salud el cese de la distribución de los anticonceptivos orales de emergencia, fundamenta esta decisión en la falta de consenso en la comunidad científica respecto a los posibles efectos abortivos del mismo. Lo mismo sucede con los embriones concebidos *in vitro*: la comunidad científica no conoce los posibles efectos futuros de su práctica, por lo que bajo el mismo argumento, debería prohibir su creación mediante estas técnicas.

A) Afectación del derecho a la vida

La fecundación *in vitro* y transferencia embrionaria casi siempre dejan morir seres humanos no implantados, o implantados con la certeza casi absoluta de su nula viabilidad. *“La transferencia embrionaria, en la que se desecha un alto porcentaje de embriones no implantados, o implantados en exceso, en el seno materno, atenta contra el derecho a la vida de estos seres humanos, ya portadores de una individualidad y de una carga propia”*²⁸⁹

Hay que considerar además que la tasa de efectividad es muy baja aún, resultando, por el contrario, en un porcentaje muy alto de abortos espontáneos. Eso quedó absolutamente demostrado en el Congreso Internacional de Helsinki, de 1985, donde se informó que para el logro de seiscientos nacimientos se requirieron 124.585 óvulos, es decir, ¡una tasa de efectividad del 0.48%!

Por su parte, la Sociedad Europea de Reproducción Humana y Embriología (ESHRE), reporta que hacia el año 1999, en Europa se realizaron el 60% de todos los tratamientos de reproducción asistida del mundo con una tasa de éxito de 27.7% embarazos (ni siquiera hace referencia a embarazos exitosos) por transferencia de embriones (sin considerar los embriones desechados), usando para ellos una media de 7.8 embriones para un embarazo (repetimos, no considera los embriones que han sido desechados por el genetista de turno). La media de embarazos múltiples fue de 26.3%.

Informa la ESHRE que Islandia, con un 42.3%, tiene la más alta tasa de éxito, pero para ello transfieren 5.2 embriones para obtener un embarazo. En Europa en el 2003 se realizaron el triple de ciclos que en Estados Unidos para una tasa de éxito de 27.7%. Para conseguir un embarazo fue necesario transferir una media de 7.8 embriones con una tasa de éxito de 12.8%. Si se suman los embriones desechados resultaría 4 - 8 nacimientos por 100 embriones.

²⁸⁹PÉREZ VARGAS, Víctor; op. cit, p. 253

Las estadísticas varían de acuerdo al país y el tiempo de experiencia en la aplicación de las técnicas; en EE.UU. se logran 600 nacimientos por 10,000 intentos de fecundación, es decir, tiene una tasa de éxito de 6%.²⁹⁰

Asimismo, se sabe que para obtener un niño, es necesario, en el caso óptimo, haber empleado una media de 24 embriones: para cada niño nacido, en los matrimonios sin éxito se emplean 15 embriones y, en el matrimonio que termina con un hijo, otros 9 (aceptando que el embarazo se consiga al tercer ciclo: 3 ciclos x 3 embriones = 9). Esto equivale a un 4% de efectividad, que contrasta con las cifras de éxito de la naturaleza: se calcula que entre un 25% y un 65% de los óvulos fecundados naturalmente se implantan y provocan un embarazo que llega a término.

Se suele afirmar que la fecundación *in vitro* con transferencia de embriones tiene un porcentaje de éxito similar o superior a la naturaleza. Para hacer esta afirmación se toman las cifras menos optimistas para el resultado natural (el 25%) y las más optimistas del número de matrimonios que sale de la fecundación *in vitro* con un niño en brazos (45%). Sin embargo, esta comparación está errada, ya que la naturaleza consigue ese 25% (probablemente más) con un solo embrión, mientras que la técnica lo consigue con una veintena: la FIV tiene una eficacia incomparablemente menor.²⁹¹

Hay legisladores que, con la finalidad de limpiar sus conciencias; e intentan dar la impresión de que no se viola la vida de los embriones, limitando la cantidad de óvulos que se pueden fecundar y ordenando además que todos ellos sean colocados a la madre. Sólo por citar dos ejemplos, los artículos 9° y 10° del Decreto N° 24029-S de Costa Rica (como es sabido, posteriormente declarada inconstitucional) permiten la fecundación de 6 óvulos, y la implantación de todos ellos en el vientre materno. Similar caso sucede con la Ley 45/2003 de España, de 21 de noviembre, por la que se modifica el artículo 4° de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, estipulando que se fecundará máximo tres ovocitos, autorizando la transferencia de un máximo de tres pre – embriones en una mujer en cada ciclo. Sin embargo, ello supone que la manipulación de 3 ó 6 concebidos, para el nacimiento de uno sólo (que es el común de los casos), supone la muerte entre 2 a 5 concebidos.

Algunos justifican la técnica señalando que en el proceso natural de reproducción también se pierden concebidos. Sin embargo, el defecto de esta teoría es que *“la producción técnica de efectos negativos no queda éticamente justificada por el hecho de que tales efectos puedan producirse también por fallos o catástrofes naturales... El hecho de que la naturaleza pueda dar lugar a un monstruo no justifica, desde el punto de vista ético, la producción biotecnológica de un ser humano deforme”*²⁹²

²⁹⁰ Información obtenida de la web: <http://es.catholic.net/sexualidadybioetica/347/1647/articulo.php?id=26927>. Consultado el 31 de marzo de 2013.

²⁹¹ Información obtenida de la página web de la Universidad de Navarra: <http://www.unav.es/cdb/dhbapfivet.html>. Consultado el 31 de marzo de 2013.

²⁹² RODRÍGUEZ LUÑO y LÓPEZ MONDÉJAR (1986) *La fecundación in vitro*. Madrid. Ediciones La Palabra, pp. 113 y 114, cit por NAVARRO DEL VALLE, Hermes (2001) *El derecho a la vida y la inconstitucionalidad de la fecundación in vitro*. San José de Costa Rica. Ediciones Promesa, p.78

El derecho a la vida del embrión también se ve afectado por el procedimiento de congelamiento del mismo, para después ser descongelados y ser sometidos a una “liquidación en alcohol”, es decir, su destrucción mediante sumergimiento en alcohol.

Suscribo lo dicho por Víctor Pérez Vargas²⁹³ cuando señala que *“el derecho a la vida exige que sea absolutamente prohibida y sancionada penalmente la producción artificial de embriones con un fin diverso a su pronta implantación en el seno materno, o de embriones supernumerarios para escoger cuál o cuáles se implantan o para implantar varios a sabiendas estadísticas de que morirán algunos para que nazca su hermano póstumo”*

¿Y qué pasa con los embriones que no han sido utilizados? Ya sabemos que la norma peruana no establece nada al respecto. Sabemos, por información recibida directamente de médicos ginecólogos de algunas prestigiosas clínicas locales, que como existe un vacío legal, y en la práctica no hay sanción penal ni civil ni de ninguna otra índole, los embriones son desechados sin mayores miramientos ni pudor, ni tampoco los padres de estos niños muestran mayor interés en el destino de los mismos. Por tercera vez, un mismo procedimiento, supuestamente destinado a permitir la vida, atenta directamente contra ella, generando una nueva modalidad, impune, de infanticidio.

El legislador español ha intentado también limitar la crioconservación de embriones. Así, la Ley 45/2003 establece que el tratamiento deberá evitar generación de preembriones supernumerarios. Más riguroso es el Decreto N° 24029-S de Costa Rica, que prohíbe en su artículo 10 el uso de la crioconservación. Pero por más que se intente limitar el número de “pre - embriones” a implantar en el vientre materno o prohibir la crioconservación, mientras sea admitida la fecundación *in vitro*, su uso será inevitable, al menos por las siguientes razones²⁹⁴:

- Puede suceder que una vez fecundados los óvulos, muera la madre antes de la implantación de estos en su vientre.
- Antes de la implantación de los embriones, los miembros de la pareja podrían tener una riña, negándose la madre a dejarse introducir los embriones.
- Debido a alguna complicación médica, temporalmente no es aconsejable que la madre conciba a una criatura.

A pesar de no encontrarnos de acuerdo con la crioconservación de embriones, parece ser esta la única manera de preservar su vida cuando se presentan alguna de las situaciones previamente citadas; por lo que dadas las circunstancias, sería válido congelar embriones hasta que existan las condiciones para su óptima implantación.

²⁹³PÉREZ VARGAS, Víctor; op. cit, p. 254

²⁹⁴NAVARRO DEL VALLE, Hermes, op.cit.,pp. 83 y 84.

Finalmente, señalar que está demostrado que el ICSI provoca interrupciones en el embarazo más precoces.²⁹⁵

B) Afectación del derecho a la dignidad

¿Puede existir alguna razón suficiente que permita explicar por qué es válido congelar embriones sin que ello no suponga una clara afectación de los derechos fundamentales del embrión? ¿O es que acaso se piensa que el embrión no posee derechos fundamentales? ¿Se niega acaso al embrión su calidad de sujeto de derechos? No es momento de realizar un estudio de la calidad jurídica del embrión, para ello nos remitimos a lo ya explicado antes en el presente trabajo; y nos ratificamos en su aspecto fundamental: el embrión concebido extracorpóreamente es un ser humano, con todos sus derechos y prerrogativas que por tal calidad le son inherentes.

Nuestro punto de vista es muy claro: la crioconservación de embriones es un procedimiento claramente atentatorio a la dignidad del embrión. El embrión ostenta similar naturaleza que cualquiera de nosotros, y el tener diferente forma, o ser claramente inferior (en capacidades, no en naturaleza) no lo hace menos ser humano. ¿O acaso le gustaría a alguien ser congelado y descongelado unos años después?

Es también atentatorio a la dignidad del embrión la selección eugenésica que se hace de los embriones “más fuertes” para ser implantados en el vientre de la madre. Existen razones por las cuales la legislación mundial condena los delitos de homicidio o de instigación al suicidio, y la fundamental es que *“la vida no posee un valor puramente individual, sino familiar y social. De ahí que el ordenamiento jurídico debe negar a la persona el poder de quitarse la vida”*²⁹⁶ y mucho menos permite a nadie decidir sobre la vida de otra persona. En dicho sentido, no son los médicos ni nadie los llamados a decidir quién tiene la posibilidad de desarrollarse como ser humano, y desconocer el carácter humano de los embriones menos fuertes. Ningún embrión es menos embrión que el otro pues entre ninguno de ellos existe una diferencia sustancial que permita hacer la diferenciación.

Nos podrán refutar que hay situaciones en los que simplemente no se pueden implantar todos los embriones a la madre porque se pone en peligro la vida de ella. Si nos permiten la comparación, es tanto como decir que como hay gente pobre y no tenemos los recursos para solucionar el problema, mejor eliminamos a todos ellos. Una buena solución a un problema nunca será la muerte de una persona; si el problema lo originamos nosotros (los seres humanos, personas) y estamos en la posibilidad de no generarlo hasta tener muy claras las formas de solucionarlo, entonces habremos encontrado la mejor solución para el problema, que es no ocasionarlo.

²⁹⁵HÉLENE MOUNEYRAT, Marie, “El niño y el progreso científico” en GONZALES DE CANCINO, Emilssen, (2003), *Primer Seminario Franco-Andino de Derecho y Bioética. Memorias*, Colombia, Universidad Externado, p.65

²⁹⁶DIEZ-PICAZO Y GULLÓN (1982), *Sistema de Derecho Civil*, Volumen I, 4ta. edición, 1ra. reimpresión, Tecnos, Madrid, p. 365.

Al respecto, es de resaltar la resolución emitida por la juez Nancy Coronel Aquino, del décimo quinto juzgado especializado de familia, la misma que, al resolver respecto a la situación de los embriones vivos congelados que han sido concebidos en un caso de maternidad subrogada²⁹⁷, tomando la regulación española del destino de los embriones supernumerarios, propone cuatro posibles destinos de los mismos: 1) utilización por la propia mujer o su cónyuge, 2) donación con fines reproductivos; 3) donación con fines de investigación y; 4) cese de su conservación sin otro fin) y amparándose en la protección que brinda el Código de los Niños y Adolescentes al concebido, sostiene lo siguiente:

“De acuerdo a nuestra legislación, sólo es válido y ética moralmente aceptable la primera alternativa, dado que las dos siguientes, al considerar al embrión no sujeto de derecho sino objeto de derecho afecta principios fundamentales de la dignidad humana, dado que la persona es siempre un valor en sí y por sí misma y no puede ser tratada como objeto utilizable, como instrumento o medio”²⁹⁸.

Posteriormente, mediante resolución de 26 de noviembre de 2009, recaída en el expediente N° 2141-2009, la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República desaprobó el referido extremo de la sentencia, por considerarla *extra y ultra petita*.

Como fue mencionado anteriormente, la fecundación *in vitro* no se usa únicamente con fines de procreación, algunas veces se aprovecha para experimentar sobre embriones, lo cual también es atentatorio contra su dignidad; y no parece ser necesario presentar una explicación extensa para entenderlo: si el embrión *in vitro* es ya un ser humano desde el primer instante de su creación, la manipulación genética y la investigación sobre embriones que no tengan por finalidad su curación respecto de alguna enfermedad grave, claramente afectan su dignidad.. Incluso esta experimentación les puede ocasionar la muerte, si es que la misma no resulta como se esperaba, o si habiendo obtenido los resultados queridos, el embrión ha dejado de ser útil, pudiendo ser por tanto desechado.

C) Afectación al derecho a la salud

La ciencia médica aún no tiene certeza absoluta de las consecuencias del congelamiento y descongelamiento de embriones, no sabe si afectará la salud del ser humano de manera inmediata, o generará consecuencias que se desarrollarán en los herederos de los nacidos por estas técnicas, ni si generará malformaciones en las personas. Así, Jacques Testart, uno de los primeros en aplicar la técnica del ICSI en Francia, señaló que se necesitarían una o dos generaciones, es decir, un siglo, para saber si no se ha cometido un error.²⁹⁹

²⁹⁷ Exp. 183515-2006-00113

²⁹⁸ *Ibid.* Décimo Quinto considerando.

²⁹⁹ HÉLENE MOUNEYRAT, Marie, *op.cit*

Es más, estudios realizados por el Dr. Van Steirteghem, uno de los padres del ICSI, aseguran que este método tiene como consecuencia transmitir al niño la anomalía generadora de la esterilidad, es decir, vuelve a la esterilidad hereditaria.³⁰⁰

Y más grave aún, la fecundación extracorpórea puede transmitir anomalías genéticas tales como la mucoviscidosis, responsable de la esterilidad, pero también posiblemente de otras patologías, como cardiovasculares. Se considera también que los niños nacidos por estas técnicas tienen una mayor frecuencia de anomalías sobre los cromosomas X o Y.³⁰¹

De la misma manera, existen estudios recientes que acreditan que los niños que nacen producto de un procedimiento de fertilización *in vitro* tienen mayores riesgos de nacimiento, sobre todo en los ojos, corazón, órganos reproductivos y sistema urinario. Así lo informa la Academia Norteamericana de Pediatría, en exhibición y conferencia nacional desarrollada en Nueva Orleans el 20 de octubre de 2012³⁰². Resulta aún más preocupante que si bien se ha acreditado que existe una estrecha relación entre la concepción por medio de la fertilización *in vitro*³⁰³ y la presencia de graves defectos congénitos, la ciencia aún no sabe con certeza a qué se debe este mayor riesgo.

En sentido semejante, el informe “*Metilación del DNA y diferencia de expresión genética entre niños concebidos en vitro o en vivo*”³⁰⁴ publicado en el periódico de la Universidad de Oxford en julio del 2009³⁰⁵, señala que la metilación, un proceso por el cual se activan o frenan los mecanismos que activan a los genes, se vería afectada por el proceso de fertilización asistida, lo que ocasionaría niños con mayor riesgo de nacimiento con bajo peso, raros desórdenes que involucran genes no activos, produciendo desórdenes metabólicos crónicos como obesidad y diabetes tipo II.

También existe una severa afectación a la salud psicológica del menor en el caso del menor que carece de padre conocido, que sería el caso de la donación anónima de espermatozoide para llevar a cabo el procedimiento de fecundación asistida.

³⁰⁰ *Ibid.*

³⁰¹ *Ibid.*

³⁰² Obtenido de la web: <http://medicalxpress.com/news/2012-10-vitro-fertilization-linked-birth-defects.html>. En el mismo sentido se pronuncia el estudio realizado por miembros de la División de Endocrinología Reproductiva e Infertilidad del Departamento de Ginecología y Obstetricia de la Universidad de Iowa: “*In vitro fertilization is associated with an increase in major birth defects*”, publicado en la página web oficial del Massachusetts Institute of Technology: http://web.mit.edu/7.72/restricted/readings/IVF_defects.pdf; y el informe “*Birth defects in children conceived by in vitro fertilization and intracytoplasmic sperm injection: a meta-analysis*”, publicado en la página web de la revista Fertility and Sterility: [http://www.fertstert.org/article/S0015-0282\(12\)00287-7/abstract](http://www.fertstert.org/article/S0015-0282(12)00287-7/abstract)

³⁰³ El estudio encontró que 3,463 niños con severos defectos de nacimiento fueron identificados entre 4,795 niños concebidos y nacidos gracias a las técnicas de reproducción humana asistida extrauterina y 46,025 concebidos naturalmente de madres con características demográficas semejantes. Webs consultadas el 31 de marzo de 2013.

³⁰⁴ Traducción libre de su título original: “*DNA methylation and gene expression differences in children conceived in vitro or in vivo*”

³⁰⁵ <http://hmg.oxfordjournals.org/content/18/20/3769.abstract>. Consultado el 31 de marzo de 2013.

Al respecto, Padilla³⁰⁶ encontró que los niños de familias integradas tienen un mayor desarrollo mental que aquellos que provienen de un hogar sin figura paterna. Escoffie Aguilar desarrolla una serie de consecuencias psicológicas que suelen sufrir los niños que no crecen al amparo de una figura paterna. Así, señala que la *“figura del padre está directamente relacionada con el control de los impulsos, y con la función de de ofrecerse y actuar ante los demás como un objeto con características óptimas para ser internalizado”*³⁰⁷. Asimismo, las funciones “superyoicas” se identifican plenamente con la imagen paterna, permiten la internalización de las reglas, el autoaprecio, la función del castigo o de las culpas.³⁰⁸

En la etapa edípica la figura del padre sirve para remarcar la diferenciación psicosexual de la niña; y para dar identidad al niño³⁰⁹. Se tiene asimismo que 4 de cada 10 niños cuyo padre no vive en casa integran pobremente su autoimagen, mientras que dos de cada 10 niñas lo hace. La ausencia de padre también es causa generadora de baja autoestima, menor satisfacción como miembro de su familia y menor identidad; causa mayores actitudes agresivas, mayor hostilidad, rigidez, dificultad en el control de los impulsos y temor a agresiones de tipo sexual, retraimiento y tendencia a la depresión³¹⁰.

Asimismo, se ha establecido que *“en estas condiciones (fertilización in vitro) no nace un niño, sino un divo, un emblema, víctima inmediata de todo tipo de publicidad (de productos homogeneizados o de prendas de vestir)”*³¹¹. En el mismo sentido, se ha demostrado que *“la vivencia de marginación, de extraneidad de haber sido concebido en la frigidez de una probeta deshumana, influirá notablemente en su personalidad”*³¹²

4) Posibles consecuencias sociales.

Como se está intentando demostrar a lo largo del presente estudio, las técnicas de reproducción humana asistida tienen una serie de implicancias de orden jurídico, ético e incluso social que requieren ser evitadas en la medida de todo lo posible. En tanto que el presente trabajo se centra en protección del embrión *in vitro*, no abordaremos las implicancias jurídicas en torno a la identidad o derechos hereditarios de este embrión. Sí abordaremos los problemas de índole social, pues el embrión es, por decirlo de algún modo, responsable de que esto suceda, e incluso, para efectos de la finalidad que buscamos (que tiene cierto tinte político, pues se busca presentar ante el Congreso de la República una serie de pautas para regular esta materia), la perspectiva social es bastante importante.

Las técnicas de reproducción humana asistida tienen implicancias que van más allá de la creación de embriones humanos por medios artificiales. Son desde hace ya algunos años el

³⁰⁶ Cit. por ESCOFFIE AGUILAR, Elia Maria (2007) “Figura paterna: su relación en la conformación de la familia y autoimagen en niños” en *UPyE: Psicología y Educación* (2007), México, Universidad Autónoma de Yucatán, Vol. 1, Num. 1; p.37

³⁰⁷ GONZÁLES NÚÑEZ, (1996), cit. por ESCOFFIE AGUILAR; op. cit, p.39

³⁰⁸ *Idem*

³⁰⁹ *Idem*

³¹⁰ ESCOFFIE AGUILAR, Elia Maria; op.cit., pp. 40-42

³¹¹ MONGE, Fernando, cit. por NAVARRO DEL VALLE, Hermes, op.cit. pg. 107.

³¹² MONGE, Fernando, cit. por NAVARRO DEL VALLE, Hermes, op.cit. pg. 108.

punto de partida para la investigación embrionaria y el desarrollo de técnicas científicas que permitirán crear “bebés a la carta”.

Este tipo de situaciones dan lugar a lo que se conoce, y nos gusta llamar, “nueva eugenesia”, la misma que es definida por la Real Academia Española de la Lengua como a *la aplicación de las leyes biológicas de la herencia al perfeccionamiento de la especie humana*³¹³. Hay dos clases de eugenesia: la eugenesia positiva, que consiste en favorecer la transmisión de caracteres estimados deseables, recogiendo gametos de personas con rasgos físicos o intelectuales considerados óptimos. Un ejemplo de eugenesia positiva sería la clonación. La eugenesia negativa pretende evitar la transmisión de caracteres apreciados como no deseables, valiéndose para ellos de procedimientos como la prohibición del matrimonio, la esterilización, muerte del recién nacido; y gracias a las fecundación asistida, la manipulación genética³¹⁴.

4.1) Selección de los más aptos, manipulación genética.

Este nuevo tipo de eugenesia consiste ya no en la selección de personas aptas para procrear, sino en la selección de seres humanos aptos para ser procreados. Supone la evaluación genética de los embriones, antes de su implantación en el útero, siendo seleccionados sólo aquellos que cumplan con ciertas características solicitadas. Ello se logra mediante el diagnóstico genético pre implantatorio (DGP). Como es apreciable, esta técnica ni siquiera se detiene a distinguir entre embriones aptos o no aptos para sobrevivir (como hace la legislación española), sino que redefine el concepto de viabilidad, para considerar dentro del mismo a aquellos que no sólo sean capaces de sobrevivir, sino que reúnan ciertas características, auguramos, requeridas por los padres (un alto coeficiente intelectual, buena presencia, carencia de enfermedades hereditarias, etc.).

Las consecuencias bioéticas y jurídicas que acarrea el DGP son numerosas, no sólo por las mismas razones que venimos desarrollando en el presente trabajo, pues supone el uso de las técnicas de reproducción humana asistida para la creación de los embriones, sino porque conlleva la creación de un número superior de embriones que un ciclo sin DGP, además de la selección de los embriones que van a sobrevivir y el descarte de los restantes. La polémica se acentúa cuando se usa el DGP ya no para fines de medicina terapéutica, sino de medicina perfectiva.

Desde el punto de vista técnico, estos procedimientos están repletos de riesgos para el embrión sometido al diagnóstico pues puede incluso provocarle la muerte; y aunque el procedimiento en sí no lo haga, el médico lo descartará, pues podría dejar de ser “apto” para los fines perseguidos por los padres.

El DGP se efectúa por medio de la biopsia en una célula de un embrión de 8 ó 16 células que se ha originado a través de la fecundación *in vitro* previo a su implantación en el útero. Mediante este procedimiento se espera detectar enfermedades génicas por

³¹³ Información obtenida de la web: <http://lema.rae.es/drae/?val=eugenesia>

³¹⁴ ROMEO CASABONA, Carlos María (2002) *Los genes y sus leyes. El derecho ante el genoma humano*. Bilbao. Editorial Comares, p.136

amplificación del DNA mediante la técnica de PCR o anomalías cromosómicas numéricas mediante la técnica del FISH³¹⁵

En vista de estas dificultades, la ciencia ha seguido otro método, que es la siembra del gen correcto en varias células madre para después implantar en el organismo las que muestren una mejor integración. El porcentaje de éxito de este procedimiento en animales es superior, pero sin embargo se han obtenido ratones con una serie de malformaciones y transposiciones de órganos, así que la técnica tampoco resulta del todo confiable.

Hay quienes justifican estas prácticas eugenésicas señalando que en realidad se tratan de procedimientos vinculados con la salud (se entiende, del niño por nacer, pues se busca que ese niño que nacerá no sufrirá ninguna enfermedad grave durante su vida) y con las decisiones reproductivas de la pareja; pero como bien señala Romeo Casabona³¹⁶, estos procedimientos pueden llevarse a cabo con fines de eugenesia negativa, evitando la descendencia si se observa el riesgo de transmitir enfermedades hereditarias; o cuando el propio embrión (descartando su uso para reproducción) o el feto (con la interrupción del embarazo) son portadores de estos males.

Pero aun suponiendo que lo que se busca es proteger la salud del niño por nacer, es decir, evitar que nazcan con patologías hereditarias graves, cabría realizarse tres tipos de interrogantes³¹⁷: 1) Si es razonable juzgar que en ocasiones el concebido puede quedar por debajo de un nivel razonable de vida; 2) si existe obligación de evitar tener hijos con trastornos genéticos cuando estos pueden evitarse³¹⁸ y; 3) si es aceptable la intervención de los poderes públicos para el mantenimiento de un mínimo nivel de reproducción humana.

³¹⁵ Información obtenida de CURTIS, BARNES, SCHNECK, MASSARANI, (2008) *Biología*, Madrid Editorial Médica Panamericana, 7ma edición, p.323

³¹⁶ *Op.cit.*, p.143

³¹⁷ ROMEO CASABONA, *op.cit.* p. 148

³¹⁸ Interesante es el pronunciamiento de la Assemblée plénière de la Cour de Cassation, referido al caso de una mujer que presentando los síntomas de la rubeola, solicitó al médico su voluntad de abortar en caso se confirme el diagnóstico. Por error del laboratorio se certificó la no existencia del virus, con lo cual el embarazo siguió adelante, naciendo un niño con series deficiencias. La Asamblea Plenaria de la Suprema Magistratura francesa, el 17 de noviembre de 2000, resuelve que “la persona nacida con graves deformaciones como consecuencia de errores de diagnóstico del médico que hayan impedido a la madre de ejercitar la elección de interrumpir la gravidez, tiene el derecho al resarcimiento del daño resultante por el peso de una vida discapacitada”. La sentencia fue duramente criticada porque da pie a la consagración de un deber al aborto; y en nuestro entender, es un incentivo adicional para los padres y médicos a desechar a los embriones que vayan a padecer una grave enfermedad; en el caso de los bebés concebidos bajo las técnicas de fecundación humana asistida.

Este asunto se sellará con la ley N° 303, "ley relativa a los derechos de las personas con enfermedades y de la calidad del sistema de salud" (traducción libre de “Loi relative aux droit de malades et à la qualité du système de santé”) del 04 de marzo de 2002, la cual prevé que nul ne peut se prévaloir d'un prejudice du seul fait de sa naissance (según una traducción personal, esto quiere decir "nadie puede sacar ventaja de un prejuicio del solo hecho de su nacimiento")

La Corte Suprema de Casación Italiana, influenciado por el caso presentado en la Assemblée plénière de la Cour de Cassation francesa, con sentencia del 11 de mayo de 2009, N° 10741), extendiendo los alcances del contrato suscrito por una pareja con un centro médico para tratar la infertilidad de la mujer, ha señalado que el niño tiene “derecho a nacer sano”.

En todos los casos planteados, las interrogantes pierden toda fuerza pues lo que en la práctica lo que se está haciendo es intentar justificar la eliminación de vidas para desarrollar otras “más perfectas”, sin siquiera darle a las primeras la oportunidad de desarrollarse plenamente. Los ejemplos los vemos a diario y por todos lados; y sin ir muy lejos, e independientemente de la opinión que podamos tener de las personas a las que nos referiremos, al día de hoy, tenemos más de un Congresista de la República con serias discapacidades físicas; y que han alcanzado con su esfuerzo llegar a ejercer un cargo político muy importante, deseado por tantas personas que cuentan con todas sus capacidades físicas y motoras completas. Similar situación se presenta con los niños que sufren síndrome de Down, muchos de los cuales no sólo son objeto de un amor y cuidado infinito de sus familiares, sin que incluso pueden llegar a realizar labores que les permiten no ser una carga en la familia, sino apoyar con el sostenimiento de esta.

Pero yendo directamente a las interrogantes planteadas, la primera, referida a la evaluación de que el concebido puede quedar por debajo de un nivel razonable de vida, lo difícil de sostener esta interrogante como fundamento de la eugenesia radica en la imposibilidad de definir el nivel razonable de vida. ¿Es acaso tener cierta estabilidad económica?, ¿No tener cierto tipo de enfermedades?, ¿Qué enfermedades?, ¿Estar destinado a nacer en una zona con condiciones naturales difíciles supone tener un nivel de vida por debajo de lo razonable? Llevar este razonamiento adelante supondrá, por ejemplo, regresar a las prácticas eugenésicas practicadas durante el gobierno del Presidente de turno durante los años 1996 y 2000; o llegar al ridículo de que la persona destinada a sufrir de sinusitis no tendrá una calidad de vida razonable; o incluso, evitar los nacimientos de niños que vivirán en zonas sísmicas, o de extremo frío.

En lo que se refiere a la segunda interrogante planteada, referida a si existe obligación de no concebir hijos con trastornos genéticos cuando estos pueden evitarse, trae a colación el denominado derecho a nacer sano³¹⁹, que supone asimismo el derecho a ser concebido sano (evidentemente, ello será posible en el caso de la fecundación *in vitro*) y el derecho a morir en el vientre materno si se ha detectado una malformación grave. Este tema podría servir para desarrollar otro trabajo de investigación, por lo cual no intentaremos profundizar mucho en la materia, pero esta interrogante, de obtener una respuesta positiva, se encontraría con al menos tres escollos difíciles de superar. 1) ¿Existe acaso un derecho a no ser concebido con enfermedades graves? A nuestro criterio no puede existir tal derecho, pues estaríamos atribuyendo un derecho a un ser inexistente, lo que *per se* es contradictorio. 2) ¿Derecho a ser abortado? Este supuesto derecho supondría la necesidad de una autoridad competente que lo permita (en este caso, sólo la autoridad judicial podría autorizar una práctica de esta naturaleza, con previa autorización legal o jurisprudencial), que además deberá realizar la difícil labor de comparar la vida que le tocaría vivir a este futuro ser humano enfermo (vida que será por cierto, absolutamente incierta) con el hecho de no llegar a nacer. La interrogante salta a la vista ¿cómo comparar con un aceptable grado de acierto un hecho absolutamente incierto, que es la futura vida del ser humano con deficiencias congénitas, con la experiencia que supone la muerte, que también es totalmente desconocida, al menos desde un nivel de experiencia sensorial?

³¹⁹ Cfr. pie de página 140

Por otro lado, hay que considerar que, en tanto ese concebido no está en la capacidad de decidir respecto de su propia vida, su aparente derecho a ser abortado derivaría en un correlativo deber de la madre a abortarlo. Sin embargo, esto no podría ser así, puesto que, tal como señala Díez Picasso y Gullón, *“el hombre no tiene un poder sobre su propia vida total y absoluto, que en su formulación consiguiente legitimaría el suicidio. La vida no posee un valor puramente individual, sino familiar y social. De ahí que el ordenamiento jurídico debe negar a la persona el poder de quitarse la vida”*³²⁰. Con mayor razón, el ordenamiento jurídico no podría facultar a un ser humano dar fin a la vida de otro, salvo claro, en casos de legítima defensa.

Finalmente, el tercer interrogante planteado: ¿Es aceptable la intervención de los poderes públicos para el mantenimiento de un mínimo nivel de reproducción humana?, es decir, si el Estado debe velar por que nazcan únicamente niños en perfecto estado de salud. Esto es inaceptable desde todo punto de vista, y me remito para ello a lo expresado con relación al desarrollo de la primera interrogante: supone el retorno a las prácticas eugenésicas desarrolladas durante la segunda mitad de la década de los 90, con todas las implicancias legales y morales que trae consigo. Distinto es el caso que el Estado incentive la toma de exámenes médicos para prever posibles enfermedades de los hijos que la pareja podría concebir, pero no para desecharlos una vez concebidos, sino para preparar a los padres y provean con anticipación de los medios necesarios para esa criatura especial que eventualmente va a nacer.

Los motivos económicos no faltarían tampoco. Se podría pensar que, siendo relativamente simple evitar el nacimiento de personas con enfermedades graves, se evitaría así destinar recursos económicos y humanos para la asistencia sanitaria y social. Este pensamiento es especialmente tentador en los países donde los recursos son escasos, como es por ejemplo el caso peruano, pero desde donde se le mire, es una postura absolutamente inaceptable, pues supone colocar el valor vida por debajo de intereses económicos.

4.2) Medicina perfectiva o bebés a la carta.

Pareciera que falta aún mucho tiempo para que esto sea realidad, pero no es así. El centro médico *“The Fertility Institute”*³²¹, con sede en Los Ángeles, Nueva York y México, asegura un 100% de éxito en la fecundación de embriones de acuerdo al sexo que los padres elijan. Para ello, siguen el siguiente procedimiento:

- a) Se extraen una gran cantidad de óvulos, los mismos que son fertilizados.
- b) Al cabo de tres días, ya se han desarrollado varios embriones de ocho células.
- c) Los especialistas examinan el material genético de los embriones, analizando el sexo de cada uno de ellos y las posibles enfermedades genéticas que puedan sufrir.

³²⁰DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, (1982) *Sistema de Derecho Civil*, Madrid, Ed. Tecnos. Volumen I, 4ta. edición, 1ra. reimpresión, p. 365.

³²¹<http://www.fertility-docs.com/index.phtml?PHPSESSID=419e9a4b1df0c1a5cc7c10dd1b2d032a>. Consultado el 31 de marzo de 2013.

- d) Los embriones sanos, y del sexo elegido por los padres, son implantados en la madre.
- e) Los embriones sanos “sobrantes” son criopreservados para futuro uso. Los embriones que no son sanos son descartados.
- f) La gestación y nacimiento se desarrolla de manera normal.

Como indica J. Testart, *“esta modalidad eugenésica es potencialmente ilimitada porque no cuenta con los frenos asociados al dolor físico y percepción del daño moral de otras opciones eugenésicas (aborto, infanticidio, esterilizaciones) y porque puede ponerse al servicio de fantasías paternales sobre tener el niño perfecto”*³²²

Se intenta justificar esta creación de hijos bajo una perspectiva utilitarista. Según los defensores de esta postura, toda vida humana, para ser digna de ser vivida, necesita tener un nivel mínimo de vida, de ahí que debe ser permitida la DGP, para brindar la posibilidad al ser humano que va a nacer de tener el mínimo nivel de calidad de vida, considerado digno de ser vivido. Dos preguntas nos surgen al respecto: ¿tenemos derecho a fijar una lista de exigencias de calidad a los seres humanos recién concebidos, para decidir quiénes merecen seguir viviendo y quienes no? ¿Quién decide cuál es el nivel de calidad de vida mínimo según el cual cualquier persona es digna de vivirlo?

Pareciera a veces que el avance de la ciencia es la que da las pautas de los dictados morales de la sociedad. Podemos entender que muchas veces no es fácil, cuando se está en la vorágine de una técnica compleja, tener una conciencia clara de los aspectos éticos relevantes de lo que se está haciendo. Pero también es necesario recordar que no se trata sólo de los padres o del anhelo de la ciencia de seguir desarrollándose, sino que se encuentran presentes seres humanos, absolutamente indefensos aún, cuya dignidad merece ser protegida. Y no únicamente me refiero a aquellos que tuvieron la suerte de ser elegidos para vivir (incluso ellos ya han sido afectados en su dignidad, al no ser deseados como naturalmente son, sino sólo como sus padres desearon que fueran), sino sobre principalmente de todos los embriones que han sido creados y desechados. Como recuerda Roberto Andorno³²³, ¿no supone esto un regreso a las prácticas primitivas de la Esparta antigua, donde se eliminaban a los hombres que no eran aptos para la guerra? ¿No conduce subrepticamente a un desprecio de los adultos portadores del mismo “defecto”?

Actualmente la ciencia permite elegir el sexo del bebé, pero no hay que olvidar que ignoramos los efectos a largo plazo que esto puede acarrear, la posibilidad de estar creando a largo plazo nuevas enfermedades, mucho más complejas y quién sabe, más letales que las que ahora nos acompañan. Es por eso que es aconsejable prohibir el uso de las DGP a nivel mundial. Así lo preveía desde 1986 el Comité Consultivo Nacional

³²²TESTAR, J. (1998) “La eugenesia médica: una cuestión de actualidad”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*. N° 8, p.26, cit. por KUYUMDJIAN DE WILLIAMS, Patricia, (2010) “Bebés a la carta”. Frente a una nueva eugenesia”, *Vida y Ética*, año 11, n° 1, Buenos Aires. p. 124.
<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/bebes-a-la-carta-eugenesia.pdf>. Consultado el 31 de marzo de 2013.

³²³ANDORNO, Roberto (1994) “El derecho frente a la nueva eugenesia: la selección de embriones *in vitro*” en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 21, p. 322.

de Ética Francés, recomendando la moratoria del uso del DGP, pues señalaba, con acierto, que *“estas investigaciones conducirían a emplear la fecundación in vitro para cuestiones ajenas a la lucha contra la esterilidad”*³²⁴.

4.3) DGP extensivo o con finalidad terapéutica para terceros.

Se trata del uso de la DGP con la finalidad de crear seres humanos que en un futuro puedan servir como donantes en actuaciones terapéuticas para terceros.

La Unidad de Bioética y Orientación Sanitaria de la Comunidad de Madrid, siguiendo un pronunciamiento sobre un caso semejante analizado por el Comité de Bioética Francés³²⁵, ha manifestado que no es legítimo concebir con otra finalidad primordial que no sea el bienestar del hijo que va a nacer. Sin embargo, como es muy sencillo burlar este pronunciamiento (las parejas que lo soliciten pueden simplemente afirmar querer tener otro hijo), se ordena la prestación de toda la información que rodea este tipo de casos, para que los padres puedan adoptar una decisión informada. Por su parte, la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida de España, sin dejar de considerar lo anteriormente expuesto, no considera esta una razón suficiente para impedir la realización de esta práctica³²⁶.

El uso del DGP es aún más controversial para la prevención de enfermedades genéticas de aparición tardía, pues según el Fernando Abello, *“plantea el problema de determinar cuándo una vida es digna de ser vivida, y en consecuencia, dónde poner el límite a la selección genética de embriones”*³²⁷. A diferencia de lo que piensa el citado autor, nosotros consideramos que toda persona merece siempre vivir su vida, con independencia de lo muy difícil o corta que esta pueda ser. No creemos que el límite de la selección embrionaria deba buscarse en la cura de enfermedades genéticas, independientemente de la técnica usada, sino, como se desprende de todo lo desarrollado en este documento, del respeto a la dignidad de la persona. Pero este no es el único aspecto a ser considerado, piénsese en las consideraciones morales que esto implica, o el relajamiento de la conciencia social que va a suponer en un mediano o largo plazo: habiendo curado, o elegido a los embriones que no padezcan enfermedades graves, la definición de enfermedades graves cambiará, llegando al absurdo, y no creemos exagerar, de elegir para su vida a aquel embrión que, modificado genéticamente, no llegue siquiera a padecer de gripe.

Para Abellán Fernando³²⁸ es razonable que el DGP pueda emplearse para el diagnóstico de enfermedades hereditarias graves, pero ¿cómo define una enfermedad hereditaria

³²⁴ Cit, por ANDORNO, Roberto, op. cit., p.323

³²⁵ “Reflexions sur l’extension du diagnostic préimplantatoire, Avis, num 72” (2002). Comité Consultatif National d’Ethique pour les sciences de la vie et de la santé (CCNE), cit por ABELLAN, Fernando (2006), “Aspectos bioéticos y legales del diagnóstico genético preimplantatorio (DGP)” en Revista de la Escuela de Medicina Legal” España, N° 3, p.22.

³²⁶ Actas de mayo de 2004. Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida (2004) cit por ABELLA, Fernando (2006), op. cit. p.22. En el mismo sentido, se manifiesta el Consejo de Europa, en la Recomendación N°1046 (1986) sobre el Uso de los Embriones y Fetos Humanos con Fines Diagnósticos, Terapéuticos, Científicos, Industriales y Comerciales, anexos A.a. y B.a.

³²⁷ ABELLAN Fernando, op.cit.

³²⁸ Op.cit, p. 23

grave? Toma la definición contenida en el Informe del *Hastings Center* de Nueva York, el mismo que define la salud como “la experiencia de bienestar e integridad del cuerpo y la mente. La salud se caracteriza por la ausencia de males de consideración y, por tanto, por la capacidad de una persona de perseguir sus metas vitales y desenvolverse adecuadamente en contextos sociales y laborales habituales”

Siguiendo esta definición, las personas con una enfermedad hereditaria que se manifiesta tardíamente, serían personas que no gozan de buena salud. El siguiente paso sería sopesar, si desde el punto de vista médico, en cada uno de los supuestos que se analicen puede hablarse de la existencia de una enfermedad grave que justifique el uso del DGP. Manifiesta el citado autor que hay muchas teorías que pueden abordar estas situaciones. Por ejemplo, la Sociedad Europea de Reproducción Humana y Embriología entiende que el DGP para enfermedades de aparición tardía es éticamente aceptable, siempre que la pareja esté de acuerdo en conocer sus resultados e implicaciones y se realice un consejo genético adecuado.

En tanto más remota sea la posibilidad de que los hijos padezcan una enfermedad grave pierde contundencia la decisión de usar el DGP para llevar a cabo la selección genética de embriones. En ese caso, se trataría de “*apostar por una ética de tipo discursivo, en lo que lo que debe primar es el consenso, entre otras cosas, porque en esta materia el Derecho resulta obvio que no puede abarcar y regular la gran cantidad de situaciones clínicas conflictivas que pueden producirse*”³²⁹

Nuevamente discrepamos con el autor. Es cierto que la realidad muchas veces es más rica que el Derecho, pero también es cierto que este no puede permitir la realización de prácticas, sea cual sea su naturaleza, que atenten contra los derechos fundamentales, o respecto de los cuales no se sabe a ciencia cierta las consecuencias que podría acarrear.

5) ¿Existen mecanismos de protección de los derechos del concebido por fecundación humana asistida?

El ordenamiento jurídico nacional reconoce al concebido como un sujeto de derechos para todo cuanto le favorece, estableciendo que sus derechos patrimoniales estarán condicionados a su nacimiento con vida. En dicho sentido, son sus padres, como representantes del concebido, los llamados a velar por la protección de sus derechos personales. ¿Pero es en la práctica posible que los padres del concebido *in vitro*, velen por los derechos que le corresponden y que, según hemos visto a lo largo del presente trabajo, son afectados por estas técnicas de fecundación asistida extracorpóreas?

En el presente apartado estudiaremos cómo es que el ordenamiento jurídico protege los derechos a la vida, salud, integridad y dignidad del embrión que ha sido concebido *in vitro* y no ha sido transferido, aún, al vientre materno.

5.1) Protección penal

El Código Penal contiene una serie de tipos penales destinados a sancionar la afectación del derecho a la vida. Tenemos así al homicidio en todas sus formas, y de manera especial, el infanticidio; el aborto, lesiones y exposición de personas al peligro.

³²⁹ *Ibid.*

- A) Homicidio: Entendido por el código penal como el hecho de dar muerte a otro. Según Chirinos Soto, es “*la privación (ilegal) de la vida de un ser humano, causado por otro ser humano*”³³⁰. Según este autor, la figura del homicidio requiere de tres elementos básicos³³¹:
- Una vida humana preexistente al hecho.
 - Una acción humana que determina la extinción de esa vida.
 - Un riguroso nexo de causalidad entre la acción humana y la muerte del sujeto pasivo.

La definición presentada, y considerando la precisión realizada por de parte de la judicatura peruana —que señala que “*el objeto material sobre el que recae la conducta típica es el ser humano, el hombre físicamente...*”³³², no especifican que el sujeto pasivo del delito sea una persona, sino un ser humano, por lo que aparentemente existiría delito de homicidio cuando se atenta contra la vida de un embrión.

Sin embargo, hay que recordar que las normas que restrinjan derechos se deben interpretar de manera restrictiva, de modo que se limiten en la menor medida posible los derechos involucrados³³³; y que las normas en materia penal no son aplicables por analogía³³⁴. Consideremos además que el código penal ha sido publicado en 1991, fecha en la cual en Perú no se pensaba en seres humanos que sean concebidos fuera del vientre materno. Es así que el término “otro” utilizado en el tipo penal, no está referido al concebido en vientre materno (para él ha sido considerada la figura del aborto o infanticidio), ni mucho menos en el concebido *in vitro*, sino en un ser humano ya nacido. En dicho sentido, consideramos que este tipo penal no es aplicable para sancionar la muerte provocada de los embriones *in vitro*.

- B) Infanticidio: El artículo 110° del Código Penal peruano señala: “La madre que mata a su hijo durante el parto o bajo la influencia del estado puerperal, será reprimida con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años, o con prestación de servicio comunitario de cincuenta y dos a ciento cuatro jornadas”. Lo cierto es que con este articulado, el ser humano ya concebido (no nacido) pero apartado del vientre materno se encuentra carente de toda protección.

Una característica esencial del derecho penal es la tipicidad de la norma. Este principio es definido como “*la precisa definición de la conducta que la ley considera como falta*”³³⁵, es decir, hay tipicidad “*cuando la conducta que lo conforma aparezca descrita en una*

³³⁰CHIRINOS SOTO, Francisco. *Código Penal*. Lima: Ed. Rhodas, 4ta edición, p.224.

³³¹*idem*

³³² Exp. N° 1613-92-A-PUNO.

³³³ Artículo IV del Título Preliminar del Código Civil. Asimismo, en el expediente: 1671-91, con resolución de fecha 11 de noviembre de 1991, se establece que “*las normas e instituciones que establezcan restricciones de derechos o situaciones excepcionales deben ser interpretadas y aplicadas restrictivamente*”.

³³⁴ Artículo III del Título Preliminar del Código Penal.

³³⁵ Exp. N.° 2050-2002-AA/TC

*norma penal*³³⁶. Considerando entonces este principio del derecho penal, revisemos que el artículo 110° del Código Penal sanciona a la madre que da muerte al niño durante el parto o bajo la influencia del estado puerperal. Se entiende por parto al hecho de *“expeler en tiempo oportuno el feto que tenía concebido”*³³⁷. En dicho sentido, la madre no podría ser sancionada, bajo la figura penal del infanticidio, por la destrucción de embriones aún no transferidos a su cuerpo, pues al no tenerlos en sí misma, no podríamos hablar de parto. Asimismo, bajo el amparo de la tipicidad, el médico que ejecuta el acto de eliminación de embriones, tampoco sería sujeto de sanción penal, pues él no ha sido contenido en la norma.

- C) Aborto: A falta de definición legal del término aborto, debemos recurrir a lo que se entiende comúnmente por el mismo. En ese sentido, *“se entiende por aborto la salida del feto del claustro materno que se provoca de manera intencional mediante ingestión de drogas o ejecución de manipulaciones productoras de ese resultado o que lleven la intención de producirlo”*³³⁸, o a la *“interrupción del embarazo por causas naturales o deliberadamente provocadas”*³³⁹. Las definiciones de aborto que acabamos de señalar hacen referencia al claustro materno o al embarazo, y como repetimos, mientras el concebido no se encuentre dentro del claustro materno no se puede hablar de embarazo, y por lo tanto, no se configuraría el tipo penal; consecuentemente, no habría sanción penal alguna.

Aún en el caso que se acepte que existe delito de infanticidio o aborto, la sanción que propone el código penal es tan ridícula que en la práctica no produce ningún efecto disuasorio de la comisión del delito. Parecería que el legislador peruano no tuvo la suficiente certeza de la condición humana del concebido; o que se dejó llevar por la presión de ciertos grupos “pro defensa de los derechos de la mujer” y prefirió no sancionar ejemplarmente estos repudiables actos.

- D) Lesiones: Se entiende por lesiones el causar daño en el cuerpo o la salud de otro. Se consideran lesiones graves cualquiera de las siguientes:
- Las que ponen en peligro inminente la vida de la víctima.
 - Las que mutilan un miembro u órgano principal del cuerpo o lo hacen impropio para su función, causan a una persona incapacidad para el trabajo, invalidez o anomalía psíquica permanente o la desfiguran de manera grave y permanente.
 - Las que infieren cualquier otro daño a la integridad corporal, o a la salud física o mental de una persona que requiera treinta o más días de asistencia o descanso, según prescripción facultativa³⁴⁰.

Nuevamente el legislador utiliza el término otro para referirse al sujeto pasivo del delito, concepto indeterminado que nos obliga a restringir la aplicación del artículo

³³⁶ Resolución Superior 28/04/97. Sala Penal de Apelaciones. Corte Superior de Justicia de Lima. Exp. 8554-97

³³⁷ Definición obtenida de la página web de la Real Academia Española de la Lengua: <http://lema.rae.es/drae/?val=parto>

³³⁸ OSSORIO, Manuel, op. cit, pg.13.

³³⁹ Real Academia Española de la Lengua, página web oficial:

http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=aborto

³⁴⁰ Art. 121 del Código Penal.

únicamente al ser humano ya nacido, conforme lo hemos explicado con ocasión del previo desarrollo del delito de homicidio.

- E) Exposición a peligro o abandono de personas en peligro: Dice el código penal: “*El que expone a peligro de muerte o de grave e inminente daño a la salud o abandona en iguales circunstancias a un menor de edad o a una persona incapaz de valerse por sí misma que estén legalmente bajo su protección o que se hallen de hecho bajo su cuidado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años*”³⁴¹. Estamos ante una norma que no ha sido pensada para la protección del embrión pues como se puede apreciar de una simple lectura del texto de la norma, para que se configure el delito, la víctima debe ser un menor de edad o una persona incapaz de valerse por sí misma. El embrión no es ni menor de edad, porque aún no ha nacido, ni es persona, pues esta calidad está reservada al ser humano nacido con vida, con lo cual no sería pasible de sanción, bajo esta figura penal, la exposición del embrión al proceso de crioconservación, a pesar de los daños a su salud que podría sufrir.
- F) Manipulación genética: Bajo esta figura, el código penal sanciona a todo aquel que haga uso de la manipulación genética con la finalidad de clonar seres humanos³⁴². Se entiende por manipulación genética “*al conjunto de intervenciones del hombre en relación con los fenómenos de reproducción y de la herencia, para mejorarla o transformarla*”³⁴³. La manipulación genética, entonces, puede tener fines terapéuticos, fines investigativos, fines experimentales o fines comerciales.

De ahí que es absolutamente criticable la limitada la postura del legislador penal de reconocer a la clonación como única forma de manipulación genética, pues consideramos que desde un punto de vista penal, es perfectamente sancionable la experimentación sobre embriones vivos, o la producción de los mismos únicamente con fines comerciales, por citar algunos supuestos.

Sea como fuere, este artículo no hace sino acrecentar la desprotección del concebido artificialmente, pues no sólo no sanciona cualquier otro tipo de manipulación genética, sino que al permitirla, acepta tácitamente la crioconservación, el desecho de embriones “no necesarios”, la experimentación sobre seres humanos vivos; hechos todos ellos atentatorios contra los derechos del ser humano en formación contenido en placas de Petri.

- G) Lesiones al concebido: establece el artículo 124-A del código penal que “*el que causa daño en el cuerpo o en la salud del concebido, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de un año ni mayor de tres*”. Gracias a este artículo, el concebido mediante técnicas de reproducción humana asistida extrauterinas podrá interponer la acción penal pertinente contra el médico y sus padres si es que logra acreditar la relación causa - efecto entre los daños en su cuerpo o salud y la técnica de reproducción humana de la

³⁴¹ Art. 125.

³⁴² Art. 324 del Código Penal: Toda persona que haga uso de cualquier técnica de manipulación genética con la finalidad de clonar seres humanos, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de seis ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme al Artículo 36, incisos 4 y 8

³⁴³ Dolores; y ROTONDA, Adriana E., *op.cit* p.348.

que fue objeto. La dificultad está en la probanza de esta relación de causalidad, tal como ha sido explicado en el capítulo VII del presente trabajo, en lo referente a la vulneración del derecho a la salud del concebido *in vitro*.

5.2) Protección constitucional

Ciertamente que desde el punto de vista del derecho constitucional, y asumiendo que el Tribunal Constitucional reconozca en el embrión *in vitro* un sujeto de derechos, este sería pasible de protección por la afectación de sus derecho a la vida, salud, integridad física y síquica y dignidad, bajo la interposición de un proceso constitucional de amparo, y para el caso concreto del derecho a la integridad, un proceso constitucional de hábeas corpus.³⁴⁴

Sin embargo, tenemos un problema de orden procesal: los artículos 39° y 40° del Código Procesal Constitucional establece que la persona afectada es la legitimada para interponer la demanda constitucional de amparo; o en su defecto, lo hará mediante un representante. En el caso del concebido, es evidente que no podrá comparecer por sí mismo al proceso y como no puede otorgar representación, sería representado por sus padres. El problema que se presenta es de orden práctico, que tiene que ser resuelto desde un punto de vista legal: el concebido no podría exigir la protección de sus derechos más que a través de sus propios padres, sin embargo sus padres no interpondrán una acción contra ellos mismos para evitar hacer uso de las técnicas de fecundación *in vitro*.

Una alternativa posible es aquella contenida en el artículo 41 del Código Procesal Constitucional, referido a la procuración oficiosa; pero nuevamente se presentan problemas de orden práctico: al igual que lo sucedido en Argentina con el caso Rabinovich³⁴⁵, en el mejor de los casos se nombraría un tutor para todos estos embriones, pero la dificultad radica en la puesta en práctica de la tutoría: ¿cómo proteger a cientos o miles de embriones, durante todo el tiempo que sea necesario, hasta que puedan ser insertados en el cuerpo de una mujer con la finalidad de poder terminar de desarrollarse? El esfuerzo en tiempo y dinero sería inmenso, al alcance de muy pocos

Otra posible alternativa, en aras de la aplicación del tercer párrafo del artículo 40° del Código Procesal Constitucional, sería considerar el derecho a la vida, salud, integridad o dignidad como derechos difusos, y por lo tanto, susceptibles de ser defendidos por cualquier persona. Pero ni siquiera eso es posible: el artículo 82° del Código Procesal Civil establece que el interés difuso *“es aquel cuya titularidad corresponde a un conjunto indeterminado de personas, respecto de bienes de inestimable valor patrimonial”*. Vemos entonces que ni el derecho a la vida, a la integridad o a la dignidad de una persona, justamente por tener carácter

³⁴⁴De acuerdo a la sentencia contenido en STC Exp. N° 0022-2004-HC, del 20 de abril de 2004.

³⁴⁵ El Dr. Ricardo Rabinovich cuenta su experiencia al respecto, para ello sugerimos acudir a: https://docs.google.com/a/mba.pad.edu/viewer?a=v&q=cache:w080-SphHnAJ:www.edictum.com.ar/miWeb4/congreso/Ricardo%2520D.%2520Rabinovich-Berkman.doc+&hl=es-419&gl=pe&pid=bl&srcid=ADGEESjggkO8lz5CaglYeQ8KX0keS2huANHhRrwPt2L_u7K8-O-2Bs3TE123V-4o9C-tXbswG_o-Io5YhveOTdZfV7O4JOyZ3ziDVJ6kq3kYGCXQZXngprjXbwc06_UZvc93Xrzhi-Hi&sig=AHIEtbSnoxP1-Ds3E_COIFd0t7KHxURRKw. Consultado el 31 de marzo de 2013.

personal, no pueden pertenecer a la categoría de derechos de interés difuso, con lo cual la protección constitucional es también inexistente.

Dicho de otra manera: constitucionalmente, el embrión tiene posibilidad de acceder a mecanismos de protección de sus derechos frente a las pretensiones de sus padres de convertirse justamente en ello; sin embargo, en la práctica la efectividad de estos mecanismos de protección constitucional son imperceptibles, por lo que podríamos decir que de facto los derechos del embrión no cuentan con respaldo del sistema constitucional.

5.3) Protección civil

La situación en el ámbito civil se presenta semejante a lo señalado para la protección constitucional. Desde un punto de vista civil, es posible defender el derecho a la vida, integridad, dignidad o salud; buscar la solución del conflicto entre los intereses del concebido y sus padres; o solicitar la indemnización por los daños y perjuicios que se podrían causar al embrión (después de todo, es sujeto de derechos para todo cuanto le favorece), pero nuevamente aparecen los problemas de orden práctico. Para ello, nos remitimos a lo ya señalado con respecto a la necesidad del embrión de ser representado procesalmente por sus propios padres y la inutilidad de dicha posibilidad, así como lo expresado con respecto a la procuración oficiosa (conocido en el derecho procesal civil como “sustitución procesal”).

Adicionalmente, el embrión concebido *in vitro* tiene la posibilidad de accionar en contra sus padres, contra el médico artífice de su concepción y contra el centro médico donde ello fue posible, por los daños sufridos con ocasión del uso de las técnicas de reproducción humana asistida extrauterinas.

Así lo ha establecido la Corte Suprema, la que mediante Casación N° 1486-2007-Cajamarca, reconoce la legitimidad para obrar de un ser humano quien, mientras estuvo en la etapa de concepción, sufrió daños como consecuencia del derrame de mercurio en la ciudad de Cajamarca. Al nacer con vida, reclama que se le reconozca como agraviado y se le fije una suma indemnizatoria por los daños sufridos.

Habiéndose determinado los daños sufridos cuando el agraviado se encontraba en la etapa de la concepción, y habiendo sido reconocido como un sujeto de derechos, la Sala reconoce la existencia de una peculiar situación jurídica que vincula al sujeto de derechos (concebido) con el hecho del daño, lo que determinaría que se encuentra legitimado para obrar en el proceso de indemnización por daños y perjuicios sufridos.

Sin embargo, hemos de decir que las medidas de protección siempre serán insuficientes si es que no existe una norma que ampare el derecho que se desea proteger. Es por eso que coincidimos con la siguiente opinión:

“faltan medidas legales especiales de protección de los óvulos fecundados entre el momento de la concepción y la anidación... Como resultado de ello, el investigador puede hacer lo que quiera con los embriones producidos extracorporalmente que no sean implantados. Puede simplemente dejarlos morir

o eliminarlos, por ejemplo, tirándolos a la basura o utilizándolos para fines experimentales. La misma libertad se aplica a los embriones que hayan sido extraídos de la mujer antes de que se complete la anidación. Si existen directrices éticas sobre la manipulación de embriones humanos, normalmente no pueden ser aplicadas, ni su incumplimiento ser sancionado legalmente³⁴⁶”



³⁴⁶ Resolución N° 5 del XIV Congreso Internacional de Derecho Penal, organizado por la Asociación Internacional de Derecho Penal, en Viena, del 2 al 7 octubre de 1989; Sección: Los problemas jurídicos y prácticos debidos a la diferencia entre el Derecho penal y el Derecho administrativo penal

CAPÍTULO VIII: PONDERACIÓN DE DERECHOS: ¿PRIMAN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL EMBRIÓN FRENTE AL DERECHO A LA PATERNIDAD?

1) Antecedentes

Parte esencial de la fundamentación del trabajo que estamos presentando es llegar a demostrar que los derechos del embrión son superiores al derecho que tiene cualquier pareja a tener hijos y formar una familia. Si llegásemos a la conclusión de que el derecho a la paternidad es superior a los derechos fundamentales que ostentan los concebidos, y por tanto fundamentan suficientemente bien las técnicas de reproducción humana asistida, inútil serían todos los argumentos presentados que intentan desvirtuar la legitimidad de las técnicas de reproducción humana asistidas extrauterinas.

Se trata entonces de realizar una ponderación de derechos fundamentales: por un lado, aquellos que corresponden a los concebidos; y por otro, el derecho a la paternidad de la pareja o mujer soltera. Para ello primero estudiaremos si realmente los derechos fundamentales pueden colisionar entre sí; de ser así, qué mecanismos nos ofrece el derecho para elegir al derecho que en el caso determinado es privilegiado frente al que eventualmente se le opone. Después, será necesario llevar la respuesta a esa pregunta general al caso que nos ocupa, para determinar así qué derechos entran en competencia, cómo colisionan entre sí, de ser el caso, qué remedios contempla el derecho para su custodia; y cuál sería el derecho vencedor.

2) Marco teórico: conflicto entre derechos fundamentales

Siendo este un problema de orden constitucional, resulta pertinente aclarar que en el trabajo que se presenta encontramos, desde nuestro modesto punto de vista, dos partes cuyos derechos fundamentales entran en conflicto: el embrión y sus derechos a la vida, dignidad e integridad, y el/la aspirante a ser padre. Es por esta razón que resulta conveniente tratar a grandes rasgos, sin pretender agotar la discusión con el presente trabajo, el conflicto entre derechos fundamentales.

Existen en la doctrina comparada, dos posiciones al respecto:

2.1) Posición conflictivista.

Según las posturas conflictivistas, los derechos fundamentales son realidades jurídicas que de modo natural tienden a colisionar, frente a lo cual, la solución se reduce a preferir un derecho y desplazar el otro. Para llegar a ello, hay dos mecanismos: de la jerarquización, y el de la ponderación o *balancing*.

a) Mecanismo de la jerarquización

Luigi Ferrajoli³⁴⁷ reconoce la existencia de conflictos entre derechos fundamentales, aunque la posibilidad de que ello ocurra es mínima. Para

³⁴⁷ Cit. por PINO, Giorgio. *Conflictos entre derechos fundamentales*. p. 655. Documento extraído de la web: <http://www.unipa.it/gpino/Pino,%20Ferrajoli%20sobre%20conflictos.pdf>. Consultado el 31 de marzo de 2013.

desarrollar su teoría, el autor italiano reconoce tres categorías de derechos fundamentales:

- a) Derechos primarios o de libertad, que a su vez se clasifican en:
 - a.a) Derechos de Inmunidad de lesiones o constricciones, categoría en los que incluye los derechos cuyo disfrute es extensivo a la titularidad misma. Son derechos que son ejercidos por el simple hecho de ser titular de los mismos. Por ejemplo, los derechos de la personalidad.
 - a.b) Facultades de comportamiento no jurídicos igualmente inmunes a restricciones. Están incluidos los derechos cuyo ejercicio consiste en actividades concretas por parte del titular, «asistidas» por una obligación de abstención ajena de interferencias en la actividad del titular del derecho. El ejemplo más claro es el derecho a la propiedad.
- b) Derechos sociales.
- c) Derechos secundarios o de autonomía, como los derechos civiles políticos, es decir, todos aquellos derechos cuyo ejercicio produce efectos sobre libertades ajenas.

Esta última categoría, según Ferrajoli, está subordinada a las dos anteriores; y los derechos patrimoniales subordinados a los derechos de la personalidad.

En ese sentido, en el análisis de Ferrajoli:

- a) Los derechos-inmunidad son intrínsecamente ilimitados y, por tanto, su garantía no interfiere con los otros derechos: estos derechos, afirma Ferrajoli, no entran, normalmente, en conflicto entre ellos. Nótese que el término “normalmente” no ilustra una absoluta garantía de inexistencia de conflicto entre derechos fundamentales, sino que permite una potencial lucha entre ellos.
- b) Los derechos de libertad, entendidos como «libertad de», encuentran su límite en la imposición de convivencia con *los derechos de libertad* de los otros, con los cuales, efectivamente, pueden entrar en conflicto, o incluso también con derechos fundamentales de otro tipo.
- c) Los derechos sociales no entran en conflicto con los derechos fundamentales de otro tipo, sino que más bien encuentran límites en los costes necesarios para asegurar su satisfacción.
- d) Los derechos de autonomía o derechos-poder están efectivamente destinados a interferir y, por tanto, a entrar en conflicto con las esferas de otros sujetos, sin embargo, no podrían entrar en conflicto con los otros derechos fundamentales, en la medida en que están “constitutivamente” limitados por estos últimos.

En el mismo sentido, Pedro Serna y Fernando Toller proponen la siguiente clasificación jerárquica: 1) derecho a la dignidad humana y todo derecho que derive de él; 2) derecho a la vida y sus derivados; 3) derecho a la libertad física; 4) demás derechos de la personalidad; 5) derecho a la información; 6) derecho a la asociación; 7) demás derechos individuales y; 7) derechos patrimoniales.³⁴⁸

b) Mecanismo del “*balancing*”.

Por otro lado, Robert Alexy, después de establecer la diferencia entre regla y principio³⁴⁹, y señalar que las disposiciones fundamentales tienen este doble carácter³⁵⁰, reconoce que pueden existir conflictos entre reglas y conflictos entre principios, y la solución en cada uno de los casos es radicalmente distinta.

En el caso de conflicto entre reglas, señala el autor germano que sólo puede ser solucionado o bien introduciendo en una de las reglas una cláusula de excepción que elimina el conflicto o declarando inválida, por lo menos, una de las reglas. En lo que respecta a las colisiones de principios, estas deben ser solucionadas de manera distinta. Cuando dos principios entran en colisión uno de los dos principios cederá ante el otro, sin que eso suponga la invalidez del principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que en el caso concreto, uno de los principios precede al otro. Es lo que se conoce como el método del *balancing*.

2.2) Posición armonizadora

Señalan que los derechos fundamentales no están en pugna. El aparente conflicto entre derechos fundamentales no es tal, sino que los que verdaderamente se encuentran en conflicto son las pretensiones de las partes. Los derechos son armónicos, los intereses de las personas no³⁵¹

En el mismo sentido, Luis Fernando Castillo Córdova señala que reconocer la existencia de conflictos entre derechos fundamentales, trae consigo el reconocimiento de derechos de primera y segunda categoría, siendo este último sacrificado en beneficio del primero. “De esta manera, mediante posiciones conflictivistas de los derechos fundamentales, se pretende dar

³⁴⁸SERNA Pedro y TOLLER Fernando (2000). *La interpretación de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*. Buenos Aires. La Ley. p.9.

³⁴⁹ALEXY, Robert (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centros de Estudios Constitucionales, p.p. 82-87.

³⁵⁰*Ibid* p.135

³⁵¹LÓPEZ SALAS, Rafaela. *Los conflictos de derechos. Una propuesta alternativa*. México: Universidad Veracruzana. Documento publicado en internet: <http://www.letrajuridicas.com/Volumenes/14/lopez14.pdf>. Consultado el 31 de marzo de 2013.

*cobertura y legitimar situaciones que, dependiendo de las circunstancias de cada caso, pueden llegar a configurar verdaderas vulneraciones al contenido constitucional de los derechos”.*³⁵²

La razón última de las posturas armonizadoras se encuentra en el fundamento y la finalidad de los derechos del hombre. El fundamento de los derechos del hombre está en la naturaleza humana y su finalidad es servir a la persona, en todas sus dimensiones. Así, considerando que la naturaleza humana es única, indivisible y coherente, si los derechos del hombre son desprendimientos de esta realidad, no puede haber manera de que los derechos puedan ser contradictorios entre sí.³⁵³

2.3) Postura personal

La Constitución peruana, como la mayor parte de las Constituciones de la segunda mitad del siglo XX, es una Constitución larga, que reconoce un extenso listado de derechos fundamentales, que no se encuentran necesariamente en orden de importancia, sino que por el contrario están expresamente dispuestos, al menos formalmente, en un plano de equidad.

Personalmente, coincidimos con la postura adoptada por el profesor Castillo Córdova y la profesora López Salas³⁵⁴, pues creemos que es perfectamente posible que los derechos fundamentales convivan armoniosamente, distinto es que las pretensiones de las personas, titulares de estos derechos fundamentales, colisionen entre sí.

Por ejemplo, conocidos son los casos en los que el derecho a la intimidad de un personaje público entra en controversia con el derecho a la libertad de información de un medio de prensa. En una situación de pleno ejercicio y respeto de los derechos fundamentales, la prensa podrá informar libremente respecto de todas las actividades públicas que realice este conocido personaje; mientras que este aceptará sin chistar que dicha información circule por los medios. Por otro lado, la vida íntima del personaje público sabrá ser respetada por los medios de información. Semejante razonamiento podría decirse respecto del derecho de los invasores a tener vivienda y el derecho de un propietario a que su propiedad se respete, por citar algún otro ejemplo recurrente en nuestro medio

En dicho sentido, nos manifestamos en contra de las posturas conflictivistas y sostenemos que los derechos fundamentales no colisionan entre sí, por lo que para el caso concreto, en caso de pretensiones contradictorias, la casuística del momento será la que determine qué derecho primará.

Siendo así, me corrijo de lo mencionado en la parte inicial del presente título, no intentaremos demostrar que los derechos de uno preponderan sobre los derechos de otro, sino si la pretensión del concebido es superior a la de sus futuros padres.

³⁵²CASTILLO CÓRDOVA, Luis Fernando, *op.cit.* p.99.

³⁵³*Ibid.* p. 110

³⁵⁴LÓPEZ SALAS, Rafaela, *op.cit.*

3) Conflicto entre las pretensiones del embrión concebido mediante las técnicas de reproducción humana asistidas con la pretensión de paternidad de las personas.

En este punto del presente trabajo, tenemos claro que las técnicas de reproducción humana asistidas suponen una grave afectación a los derechos a la vida, dignidad, integridad y salud del embrión, pero también es cierto que la pretensión de cualquier ser humano de tener descendencia es absolutamente legítima, y según algunos autores, no sólo es una aspiración válida, sino que es un derecho fundamental reconocido tácitamente por el texto constitucional y confirmado por una serie de disposiciones en textos supranacionales que el Estado peruano ha suscrito.

Desde ya tenemos claro que ambas pretensiones no pueden ser compatibles en tanto la puesta en práctica de las técnicas de reproducción humana asistida extrauterinas suponen inevitablemente la afectación una serie de derechos fundamentales del embrión *in vitro*, y que la prohibición de las mismas implicaría frustrar el deseo de muchas parejas de poder tener descendencia con la cual compartir la misma información genética. En dicho sentido, corresponde al operador jurídico adoptar una decisión al respecto: ¿qué bien jurídico es merecedor de mayor tutela, el del hijo por nacer y de todos aquellos a los que no se les dio siquiera la oportunidad de desarrollarse; o el derecho de libre desarrollo de la personalidad de quienes aspiran a ser padres?

Consideramos que los derechos del embrión son superiores al derecho a la paternidad, y para ello nos vamos a valer del razonamiento formulado por el Tribunal Constitucional destinado a evaluar la validez de la limitación de derechos fundamentales. El Tribunal Constitucional ha reconocido que no existen derechos constitucionales absolutos, pues todos ellos pueden ser limitados en el caso concreto. La limitación de un derecho constitucional está sujeta a un test de proporcionalidad, la misma que ha sido desarrollada a lo largo de numerosa jurisprudencia³⁵⁵. Para que la limitación supere el test de proporcionalidad debe: a) perseguir una finalidad constitucionalmente válida, b) resultar idónea para alcanzarla, c) ser necesaria, y d) estrictamente proporcionada.

- a) Finalidad constitucionalmente válida: La limitación del derecho al libre desarrollo de la personalidad de los posibles padres tiene como finalidad proteger la vida del embrión, su dignidad, salud e integridad física y psicológica, todos ellos derechos constitucionalmente reconocidos. En dicho sentido, se cumple con el primer requisito exigido por el Tribunal Constitucional.
- b) Resultar idónea para alcanzarla: La idoneidad es definida como el juicio de adecuación por el que *“se determina que la limitación de un derecho fundamental (u otro principio constitucional) sólo es constitucionalmente admisible si, efectivamente, tácticamente, sirve para favorecer a otro derecho fundamental (u otro principio constitucional)”*³⁵⁶. Para el Tribunal Constitucional el análisis de idoneidad supone *“(…) de un lado, que ese objetivo sea legítimo; y, de otro, que la idoneidad de la*

³⁵⁵ Por ejemplo, Exp. 00032-2010-PI/TC.

³⁵⁶ GARCÍA AMADO, Juan Antonio (2007). *El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica*. Derechos Sociales y Ponderación, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, p. 253.

medida examinada tenga relación con el objetivo, es decir, que contribuya de algún modo con la protección de otro derecho o de otro bien jurídico relevante”³⁵⁷.

Nuevamente el cumplimiento del principio de idoneidad parece ser claro. La limitación del derecho a tener descendencia mediante la restricción de la posibilidad de acceder a las técnicas de reproducción humana asistida extracorpóreas es un medio idóneo para proteger los derechos del embrión; o para ser más concreto, es un medio idóneo para evitar afectar los derechos de los embriones que sería concebidos mediante estas técnicas, pues mientras mayor sea la limitación del uso de las mismas, menos embriones *in vitro* se concebirán; y por lo tanto, menos vidas humanas se verían afectadas, amén de lo expresado con relación a los demás derechos que se ven afectados.

- c) Ser necesaria: Señala el Tribunal Constitucional que *“para que una medida restrictiva de un derecho fundamental, no supere el subprincipio de necesidad, debe ser evidente la existencia de una medida alternativa que, restringiendo en menor medida el derecho fundamental concernido, permita alcanzar con cuando menos igual idoneidad el fin constitucionalmente válido perseguido.”³⁵⁸*

La evaluación del cumplimiento de este principio dependerá de la decisión que se adopte respecto al uso de las técnicas de reproducción humana extrauterinas, la misma que puede desarrollarse en una doble vertiente: la prohibición del uso de la técnica hasta que la ciencia pueda ejecutarla sin afectar los derechos de los embriones *in vitro*; o la restricción de esta medida para limitar al máximo la afectación de sus derechos. En caso se opte por la prohibición absoluta de las técnicas de reproducción humana asistida hasta que la ciencia conozca exactamente las consecuencias de utilizar estos procedimientos, de haber consecuencias negativas, éstas deben ser remediadas satisfactoriamente; y sobre todo, que la técnica se perfeccione de tal manera que no permita dejar morir, o matar directamente, a los embriones fecundados y no usados.

¿Es necesaria la medida? Consideramos que sí, pues no vemos, por lo menos en el momento actual de la técnica, como es que esta podría respetar a los embriones cuando estos han sido concebidos *in vitro*.

También adelantamos que, conociendo la respuesta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Gretel Artavia Murillo y otros (“Fecundación *in vitro*”) contra el Estado de Costa Rica; y que por lo tanto el Perú estará obligado a respetar, tarde o temprano, esta posición, la propuesta podría versar en una serie de medidas que limiten seriamente el uso de las técnicas, para de esa manera, vulnerar en la menor medida posible los derechos mencionados.

Nuevamente esta segunda postura superaría el test de proporcionalidad, pues no sólo no se restringiría el derecho al libre desarrollo de la personalidad, manifestado en el derecho a tener descendencia, sino que se protegería de mejor manera los derechos del embrión *in vitro*.

- d) Proporcionalidad: Este principio supone que *“una medida restrictiva de los derechos fundamentales, sólo resultará ponderada si el grado de incidencia que genera sobre el contenido de los*

³⁵⁷ Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional. STC Exp. N° 003-2005-PI/TC, f. j. 69.

³⁵⁸ Tribunal Constitucional, exp. citado.

derechos restringidos es menor que el grado de satisfacción que genera en relación con los derechos y/o bienes constitucionales que busca proteger u optimizar".³⁵⁹ El análisis obvio que corresponde supone preguntarse: 1) ¿cuál es de grado de incidencia que genera sobre el contenido de los derechos restringidos? y 2) ¿cuál es el grado de satisfacción que genera en relación con los derechos constitucionales afectados?

Con respecto a la primera pregunta, hemos de reconocer que en la prohibición o restricción de acceder a las técnicas de reproducción humana asistida existe una limitación al derecho de libre desarrollo de la personalidad, manifestado en el deseo concretizado de ser padres. Es cierto también que siempre estará la posibilidad de adoptar (de ahí que con la postura que sostenemos no estamos restringiendo totalmente el derecho de libre desarrollo de la personalidad, sino que simplemente lo limitamos) pero evidentemente no es igualmente satisfactorio criar un hijo con el que se comparte la misma información genética con el que no, ahí la limitación al derecho de los padres de desarrollar su personalidad, de lograr su proyecto de vida.

Con respecto a la segunda pregunta. El grado de satisfacción que genera a los derechos del embrión es total. Sin técnicas de fecundación extracorpóreas, tal como son conocidas hoy en día, no habrían embriones concebidos con métodos artificiales que mueran, ni experimentos o prácticas eugenésicas que atenten contra su salud, ni futuros niños sin una historia genética, sin padre conocido. O en todo caso, aceptando una restricción del uso de estas prácticas, el grado de afectación será menor.

En este sentido, es de apreciar que la prohibición de utilizar las técnicas de reproducción *in vitro* supera el test de proporcionalidad del Tribunal Constitucional. A pesar de ello (de haber demostrado la prohibición de utilizar técnicas de reproducción humana asistidas es constitucionalmente válida), queremos aportar tres fundamentos adicionales, con la única finalidad de afianzar nuestra postura:

- 1) Derecho a la vida: Que es el derecho que da sentido a los demás derechos, es la piedra angular de donde emergen todos los derechos inherentes de la persona humana³⁶⁰. Considerando además su valor social, y recordando que el Tribunal Constitucional ha reconocido que el cumplimiento de este valor supremo (la defensa de la persona) supone la vigencia irrestricta del derecho a la vida, es que este derecho constituye su proyección; resulta el de mayor connotación y se erige en el presupuesto ontológico para el goce de los demás derechos. En ese sentido, tenemos que todos los derechos, propios y ajenos, deben respetar en primer lugar el derecho a la vida de cualquier ser humano, incluidos, claro está, los concebidos.
- 2) Principio de interés superior del niño: como principio que es, está llamado a resolver conflictos de intereses cuando las normas no están en condiciones de hacerlo de manera óptima. En el mismo sentido, este principio implica, como ya mencionamos anteriormente, que todas las políticas, proyectos, medidas que se tomen y afecten directa o indirectamente a los niños deben buscar primero la protección del menor.

³⁵⁹ *Idem*.

³⁶⁰ ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *op. cit.* p.195

Este principio no es sino una obligación, una prescripción de carácter imperativo hacia las autoridades, de limitar todas sus actuaciones siempre en función de la protección del niño. El estricto respeto de este principio supone la obligación por parte de la autoridad de prohibir cierto tipo de prácticas que la reproducción humana asistida, pues como ya fuimos claros en señalar, afectan directamente derechos fundamentales de los concebidos, entre ellos incluso del derecho a la vida.

Hay quienes podrían objetar la aplicación de este principio para la defensa del concebido, pues con justa razón sostendrán que el niño por definición es una persona con pocos años de vida. El concebido, ya lo sabemos, no es persona, y tampoco es posible contarle años de vida, pues aún no ha nacido. Pero esta objeción pierde toda fuerza con el Código de los Niños y Adolescentes que considera que el niño lo es desde el momento de la concepción³⁶¹.

- 3) Principio "*pro homine*", el mismo que, reconocido por el Tribunal Constitucional, señala que en caso de haber más de una interpretación posible para las normas, o sean aplicables más de una norma al caso concreto, debe preferirse aquella interpretación o norma, que sea más favorable al respeto de los derechos humanos. En el caso que presentamos, es cierto que hay dos titulares de derechos humanos en disputa, pero también es cierto que los derechos del embrión son superiores: no sólo porque es la parte más débil, sino porque se pone en riesgo el derecho más importante de todos, su derecho a la vida. En ese sentido, deben aplicarse las normas que restrinjan toda práctica que limite este derecho.

³⁶¹ Artículo I del Título Preliminar, que señala: Se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad y adolescente desde los doce hasta cumplir los dieciocho años de edad.

CAPÍTULO X: PROPUESTA DE SOLUCIÓN

Ha quedado claro a lo largo del presente trabajo la imposibilidad de congeniar las técnicas de reproducción humana asistidas extrauterinas con la protección del derecho a la vida, dignidad, salud e integridad física del concebido *in vitro*, pues aunque se siga la tendencia de muchas legislaciones de limitar el número de ovocitos fecundados y transferir todos ellos a la mujer, siempre habrá la posibilidad o necesidad de fecundar un número mayor de ovocitos y eventualmente será necesaria la crioconservación de embriones, lo que inevitablemente llevará consigo la posibilidad de afectar la salud y vida de esos seres humanos en proceso de desarrollo. Además, en tanto la Ley General de Salud permita que la mujer soltera acceda a estas técnicas, estamos dando cabida al nacimiento no sólo de niños sin padre (que si bien la realidad nos brinda a diario ejemplos de esta dramática situación), sino sin historia genética conocida (hay que recordar el anonimato del donante de gametos), con el consiguiente daño psicológico que ello supone. Todo ello sin contar que los porcentajes de éxito de las técnicas de reproducción humana asistida son menores que la fertilización natural, que no se saben aún los eventuales efectos secundarios que estas técnicas podrían acarrear y que elegir las características que desee que tenga tu futuro hijo es una auténtica vulneración a la dignidad humana.

Es por esas razones que en un primer momento nos inclinamos por proponer un proyecto de ley que prohíba el uso de técnicas de reproducción humana asistida y modifique diversos artículos del Código Penal sancionando con varios años de pena privativa de la libertad la destrucción de embriones *in vitro*, su crioconservación y la manipulación genética de los mismos.

Sin embargo, en la práctica nuestra propuesta carecería de todo valor, pues en el hipotético supuesto que fuese aplicada, el caso podría ser llevado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la que, conforme al precedente contenido en el Caso 12.361; Gretel Artavia Murillo y otros (“Fecundación *in vitro*”), obligaría al Estado peruano permitir el uso de estas técnicas de reproducción humana.

En dicho sentido, y considerando que en tanto se trata de un hecho que ocurre en la realidad y que el derecho como ciencia social está obligado a regularla; presentamos no un proyecto de regulación de las técnicas de reproducción humana asistida (pues el proyecto de ley que regule esta realidad debe contemplar ciertos aspectos que exceden el estudio realizado en el presente trabajo), sino una serie de criterios que estamos convencidos, deben contemplarse como mínimo para que sea un proyecto que regule convenientemente el tema. Estos criterios son:

Estatus jurídico del embrión *in vitro*.

Se reconoce al embrión *in vitro* el mismo estatuto jurídico, siguiendo los términos utilizados por el Código Civil, de aquel que está por nacer, siendo titular por tanto de todos los derechos personales y los patrimoniales están condicionados a su nacimiento con vida.

De la manipulación genética

En la parte pertinente del presente trabajo hemos demostrado que la manipulación genética de embriones, si bien podría tener como finalidad corregir anomalías o evitar futuras

enfermedades en el ser humano, también es cierto que la ciencia no ha logrado aún evitar los resultados negativos que el uso de la manipulación genética puede traer consigo, como por ejemplo malformaciones o transposiciones de órganos. De la misma manera, aun no se conocen las consecuencias que la manipulación podría generar en la descendencia de aquellos cuyos genes fueron manipulados. Finalmente, sobra ya comentar la falta de moralidad en la manipulación genética en seres humanos con fines de experimentación o investigación.

En dicho sentido, debería prohibirse toda forma de manipulación genética sobre los embriones *in vitro*, paradójicamente, en salvaguarda del derecho a la salud tanto del “propio beneficiado” como de la descendencia de este, que podría sufrir consecuencias que la ciencia al día de hoy ni siquiera imagina.

De la eugenesia

Igualmente, esta práctica debe ser prohibida totalmente y en toda circunstancia, pues como mencionáramos anteriormente, implica la destrucción de embriones que no cumplen ciertas características clasificadas como deseables, lo cual es totalmente denigrante y atentatorio contra el derecho fundamental a la vida y dignidad del ser humano.

Fecundación y transferencia embrionaria

Inicialmente nuestra postura era la prohibir las técnicas de reproducción humana asistida extrauterinas con la finalidad de evitar la afectación de los derechos del embrión y que tan largamente han sido expuestos, sin embargo, en vista del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la propuesta planteada podría quedar inútil y todo el estudio realizado vano.

En dicho sentido, lo correcto sería buscar los mecanismos por los cuales se vulnera en la menor medida posible los derechos de los embriones *in vitro*, razón por la cual planteamos que podrán fertilizarse un máximo de dos óvulos por vez, los mismos que deberán ser implantados inmediatamente en la mujer. De esta manera se evita el descarte de embriones y su crioconservación.

Es cierto que se podría objetar que las tasas de éxito de la fecundación *in vitro* son mínimas cuando se transfieren únicamente dos embriones a la mujer y que el costo del procedimiento es muy alto, pero esos son detalles menores cuando se trata de proteger en el otro lado a la vida humana. Además, con esta propuesta no restringiríamos el derecho a la paternidad o maternidad, pero sí se pondrían límites al ejercicio de este derecho; lo cual es por cierto, una práctica perfectamente constitucional.

Crioconservación

Proponemos la fecundación e implantación de un máximo de dos óvulos con la finalidad de evitar vernos en la necesidad de crioconservar embriones, sin embargo, por las razones que ya han sido expuestas precedentemente, siempre será posible que exista la necesidad de acudir a este procedimiento, razón por la cual su regulación ha de considerarse.

La crioconservación de embriones deberá realizarse únicamente en aquellos casos que, médicamente evaluados, sea riesgoso para la madre seguir con éxito el proceso fecundatorio; y siempre que se trate de riesgos que hayan sido detectados con posterioridad a la

fecundación *in vitro* del embrión. Siendo responsabilidad del centro de fertilidad haber concebido un embrión sin que pueda ser implantado en la madre, sin perjuicio de las responsabilidades a que hubieren lugar, deberá responsabilizarse por la conservación del embrión hasta que pueda ser entregado en adopción a otra pareja.

En lo que respecta a los embriones supernumerarios, estos deberán mantenerse en estado de crioconservación hasta que sean entregados en adopción, debiendo tanto los representantes legales de ese ser humano como el centro médico asumir los gastos que correspondan en partes iguales.

Intervinientes

Traer un niño al mundo no es un capricho más de una persona, no puede ser el niño un objetivo para lograr la realización personal, como si se tratara de la compra de una casa, de tu primer auto o la consecución de logros académicos o profesionales. Por esa razón, el niño que se conciba mediante estos procedimientos debería tener todas las condiciones que le permitan un desarrollo personal digno. Es por esta razón que consideramos que las técnicas de reproducción humana asistida deben realizarse únicamente en mujer casada o conviviente con más de dos años de convivencia debidamente acreditados. Ambos miembros de la pareja deben ser mayores de edad y la mujer no tener más de 45 años. Asimismo, sólo debe permitirse la fecundación homóloga.

Para llevar a cabo la fecundación asistida extrauterina, debe mediar el consentimiento de ambos miembros de la pareja, el mismo que será irrevocable una vez que se haya concebido el embrión.

El médico que lo practique debe ser colegiado, ginecólogo y especialista en genética.

Derecho a la identidad

A pesar de lo dispuesto en el apartado precedente, es posible en la práctica que se den situaciones de maternidad subrogada o fecundación heteróloga. En estos casos se sancionaría al establecimiento de fertilidad que realizó el procedimiento.

Pero también es necesario velar por el derecho a la identidad genética del menor concebido, razón por la cual se permite que este, cumplida la mayoría de edad o en su defecto, a través de sus representantes legales, indague en el centro de fertilidad la identidad del hombre que donó sus gametos o la mujer que lo llevó en su vientre. Ello no debería suponer vínculo de filiación alguno ni responsabilidad alimentaria de los donantes hacia el niño.

Derecho a la información

Ambos miembros de la pareja deben ser informados, tanto por escrito como por vía oral, de lo que consiste el proceso, los riesgos del mismo, las probabilidades de éxito, de ser el caso, el destino de los embriones sobrantes, la obligación de asumir los gastos de la crioconservación de los embriones; y cualquier otra cuestión que ellos consideren oportuno conocer.

Fecundación *post mortem*

Se debe prohibir la implantación de embriones *post mortem*. Como en la práctica puede ocurrir, se debe sancionar al establecimiento de fertilidad que la realice y la filiación debería

estar determinada por la voluntad declarada expresamente del fallecido y en principio por el parto, salvo que se trate además de una situación de maternidad subrogada.



CONCLUSIONES

Primero: Evidentemente, en el derecho romano no era conocido el embrión concebido extrauterinamente, pero sí contemplaba una serie de situaciones que protegían la existencia del embrión en el útero. Al respecto hay una serie de teorías que pretenden explicar el status jurídico del embrión en el derecho romano. Nosotros proponemos que el concebido en el derecho romano era considerado como un ser humano existente en el momento actual y una esperanza de vida futura. Por su parte, Las Partidas adoptan la teoría de la ficción desarrollada por Savigny. En el derecho peruano antiguo, el Código Civil de 1852 sigue la misma teoría que hemos planteado mientras que el Código Civil de 1936 adopta la teoría formulada por Savigny.

Segundo: La fecundación asistida es un fenómeno que se viene desarrollando desde hace más de cuatro siglos, con los experimentos realizados en gusanos de seda por Marcello Malpighi. La fecundación humana asistida es menos antigua. Recién en 1790, gracias a la labor del ginecólogo John Hunter nace el primer bebé producto de la inseminación artificial. La fecundación humana asistida extrauterina es mucho más reciente, pues en 1978 nace Louise Brown, primer bebé probeta.

Tercero: El Perú no cuenta con legislación que regule las técnicas de fecundación humana asistida extrauterinas, cosa distinta a lo que sucede en España, que desde 1988 ya cuenta con una regulación bastante completa al respecto. En tanto las realidades españolas y peruanas se asemejan hasta cierto punto, se explica en parte su ventaja sobre nosotros en la regulación de este tema en su cercanía a Inglaterra y su inserción en la Unión Europea, pues inmediatamente después logran un despegue económico envidiable y publican su primera norma en el tema. Posteriormente, hasta el año 2008, dictan una serie de dispositivos legales que van perfeccionando la regulación. España ha de ser el país con mayor desarrollo legislativo en lo que respecta la fecundación humana asistida.

Cuarto: Sin embargo, consideramos que en la legislación española no se protege al concebido *in vitro*, ello se demuestra que con cada nuevo dispositivo legal emitido, se afectan un poco más los derechos de este sujeto de derechos, a pesar de que las sentencias del Tribunal Constitucional y el Tribunal de Justicia Europeo, que protegen la vida desde que se inicia la concepción.

Quinto: Perú no cuenta con una legislación acorde a este fenómeno. Existen una serie de disposiciones salpicadas en distintos cuerpos legales que regulan aspectos muy concretos del derecho genético, pero en muy poco lo referente a las técnicas de reproducción humana asistida. Ello ha ocasionado que en la realidad se practiquen las técnicas de reproducción humana asistida sin mayor control, ejecutando procedimientos claramente atentatorios contra los derechos de los embriones *in vitro* sin que exista sanción alguna.

Sexto: Es de superlativa importancia a efectos de la presente investigación adoptar una postura sólida respecto al inicio de la protección de la vida humana. Existen una serie de teorías que intentan explicarlo, pero en vista de los principios del interés superior del niño, *pro homini* y *pro debilis*, debemos adoptar la postura que represente una mayor protección a los

derechos del embrión *in vitro*, razón por la cual adoptamos la teoría de la fecundación como la teoría válida que explica el inicio de la vida. Las decisiones del Tribunal Constitucional peruano no ayudan a despejar el problema pues parecen aceptar tanto la teoría de la fecundación como la teoría de la anidación.

Sétimo: Pero estas teorías de poco valdrían si no se define el status jurídico del embrión *in vitro*. Sostenemos que este ostenta la misma naturaleza humana que el embrión concebido naturalmente, de allí que es digno de protección a pesar de que no haya sido transferido al vientre de la mujer. Esta posición no es compartida por toda la doctrina nacional ni por el Consejo Constitucional francés, que sostienen que el principio del respeto de todo ser humano desde el comienzo de su vida no es aplicable a los embriones *in vitro*.

Octavo: Las técnicas de reproducción humana asistida son justificadas desde numerosos puntos de vista: desde una perspectiva constitucional y legal, filosófica, social y económica.

Noveno: La Corte Interamericana de Derechos Humanos, basada en la supuesta vulneración injustificada y arbitraria de los derechos de las parejas que no pueden tener hijos; y en el hecho de que los embriones *in vitro* no serían seres humanos pues no han sido aún implantados en el útero de la mujer, dispone que el Estado de Costa Rica adopte con la mayor celeridad posible las medidas apropiadas para que quede sin efecto la prohibición de practicar la fecundación *in vitro* en dicho país.

Décimo: Son diversas las críticas que se pueden realizar a dicha postura, las mismas que empiezan en el hecho que la Corte cree haber descubierto el momento exacto del origen de la vida, a pesar de la medicina aún no lo hace, en la implantación; olvidando por completo la aplicación del principio *pro homine*; y terminan en la nula evaluación que, bajo la excusa de que el embrión *in vitro* no es un ser humano, de los derechos que le corresponde.

Undécimo: Diversos aspectos de las técnicas de reproducción humana asistida extrauterinas atentan de manera concreta contra los derechos a la vida, a la integridad y salud física, a la dignidad y el derecho a la salud psicológica.

Décimo segundo: Además, las técnicas de fecundación humana asistida muchas veces pueden llegar a ser una puerta abierta para la ejecución de prácticas eugenésicas, nacimiento de bebés a la carta, nacimiento de bebés medicina, actos de manipulación genética, que no sólo afectan directamente a los concebidos que son objeto de estas prácticas, sino que pueden producir efectos imprevistos en futuras generaciones, que la ciencia aún desconoce.

Décimo tercero: El embrión *in vitro* no cuenta en la práctica con protección del ordenamiento jurídico nacional. En el ámbito penal, apenas podría ser protegido por la sanción del delito de lesiones al concebido. En el ámbito civil y constitucional, puede ser protegido mediante la figura de la representación procesal. Pero en los tres ámbitos existe un problema de orden práctico: en tanto el concebido no está en condiciones de actuar por su propia cuenta, deberá hacerlo mediante sus representantes legales, es decir sus padres. Pero son justamente ellos los primeros agresores de los derechos del embrión concebido *in vitro*, por lo que sería inconcebible que interpongan una denuncia o demanda, como representantes del embrión, en contra de ellos mismos.

Décimo cuarto: Evidentemente existe un derecho a la maternidad y paternidad, como parte del derecho al libre desarrollo de la personalidad, pero este derecho, en el caso que nos ocupa, se contrapone con los derechos del embrión *in vitro*, razón por la cual es necesario realizar una ponderación de las pretensiones de las partes. Se concluye que los derechos del embrión son superiores, basándonos en que el derecho a la vida es el principal de los derechos, el derecho a la dignidad como un derecho esencial a todo ser humano, rector del resto de derechos fundamentales, el principio del interés superior del niño y el principio *pro homine*.

Décimo quinto: Sugerimos adoptar una serie de criterios que deben tenerse en cuenta al momento de legislar respecto al tema que nos ocupa, como son:

- El embrión *in vitro* tiene el mismo status jurídico de aquel que está por nacer, con todos sus efectos.
- Se prohíbe la manipulación genética y las prácticas eugenésicas.
- Sólo se permite la fecundación y transferencia embrionaria de dos embriones en el mismo ciclo.
- La crioconservación en principio no estará permitida; pero en caso se requiera su uso, no se permitirá la destrucción de embriones pasado cierto período de tiempo.
- Las técnicas de reproducción humana asistida sólo se aplicarán sobre parejas casadas o parejas con dos o más años de convivencia, siempre que medie el consentimiento expreso de ambas partes, el mismo que será irrevocable una vez que se genere el embrión.
- Existirá el derecho del niño de indagar y obtener información respecto a su identidad.
- Ambos miembros de la pareja tendrán derecho a recibir información por escrito y de manera oral respecto a la técnica a aplicar.
- Se prohíbe la implantación de embriones *post mortem*.
- Se prohíbe la maternidad subrogada.

Bibliografía

ALEXY, Robert (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centros de Estudios Constitucionales.

ALEGRE MARTÍNEZ, Miguel Ángel (1996) “*La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*”. España: Universidad de León.

ARTILES, Sebastián (1978) *Derecho Romano*, Venezuela, Ed. Jurídica Venezolana.

BILBENY, Norbert. (2006) “*Historia de la ética. La ética moderna 2*”. Ed. Victoria Camps. Barcelona.

BLAZQUEZ, Niceto: “*La bioética y los hijos del futuro*” (2004). Madrid. Ed. Visión Net.

BRENA SESNA, Ingrid; y ROMEO CASABONA, Carlos; (2006) *Código de Leyes sobre genética*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, T. I.

BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo (2001). *Derechos Fundamentales y Derecho Justo*. Primera edición. Lima: Ara editores.

CAMACHO, Daniel (2007) *Fundamentos de Sociología*. Costa Rica. Ed. Universidad Estatal a Distancia, 7ma edición.

CASTÁN VÁSQUEZ, José María (1994) *La tradición jurídica sobre el comienzo de la vida humana (del Derecho justiniano a los Códigos civiles)*. España. Universidad San Pablo CEU.

CHIRINOS SOTO, Francisco. *Código penal*. Lima: Ed. Rhodas, 4ta edición.

CURTIS, BARNES, SCHNECK, MASSARANI, (2008) *Biología*, Madrid Editorial Médica Panamericana, 7ma edición.

MARCOS DEL CANO, Ana María. (2012) *Bioética y Derechos Humanos*. Madrid. Universidad Nacional de Educación a Distancia.

DIEZ-PICAZO Y GULLÓN (1982), *Sistema de Derecho Civil*, Volumen I, 4ta. edición, 1ra. reimpresión, Tecnos, Madrid.

DIEZ-PICAZO y GULLÓN, (1982) *Sistema de Derecho Civil*, Madrid, Ed. Tecnos. Volumen I, 4ta. edición, 1ra. Reimpresión.

ESPINOZA ESPINOZA, Juan (2006) *Derecho de las personas*. Lima, Ed. Rhodas,

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos (2005), *La Constitución Comentada*, Lima: Gaceta Jurídica, vol. I.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, (1990) *Nuevas tendencias en el derecho de las personas*. Lima: Ed. Universidad de Lima.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. (1992) *Derecho en las Personas. Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Primero del código civil Peruano*. Cuarta Edición. Lima: Cultural Cuzco S.A. Editores.

FERNÁNDEZ SESSARREGO, Carlos (1990) *Nuevas tendencias en el Derecho de Personas*. Lima: Universidad de Lima.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio (2007). *El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica*. Derechos Sociales y Ponderación, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid.

GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda (1994). *El derecho a la reproducción humana*. Madrid. Universidad Complutense de Madrid.

GONZALES DE CANCINO, Emilssen, (2003), *Primer Seminario Franco-Andino de Derecho y Bioética. Memorias*, Colombia, Universidad Externado.

GONZALES MANTILLA, Gorki (1996). *La consideración jurídica del embrión in vitro*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

JUAN PABLO II. (1980) “Discurso a la UNESCO” en *Enseñanzas al pueblo de Dios*. París: Librería Editrice Vaticana.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (1999), *El derecho de familia y los nuevos paradigmas*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, T. II.

KUYUMDJIAN DE WILLIAMS, Patricia, (2010) ”Bebés a la carta”. Frente a una nueva eugenesia”, Vida y Ética, año 11, n° 1, Buenos Aires.

LOYARTE Dolores y ROTONDA Adriana E. (1995). *Procreación Humana Artificial: un desafío bioético*. Buenos Aires. Ed. Depalma.

MARKENS, Susan, Surrogate Motherhood and the politics of reproduction. (2007), California, Estados Unidos, New Life Ecobook.

MARTÍNEZ PUJALTE, Antonio Luis(1995) “Hacia un concepto constitucional de persona”, en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*. Valencia, N° 11/12.

MONGE TALAVERA, Luz. (2010) “Código civil Comentado por los cien mejores especialistas”. Lima. Ed. Gaceta Jurídica, Tomo 1.

NAVARRO DEL VALLE, Hermes (2001) *El derecho a la vida y la inconstitucionalidad de la fecundación in vitro*. San José de Costa Rica. Ediciones Promesa.

OSSORIO, Manuel (1998) “*Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*” Guatemala, Ed. Datascan.

PÉREZ DÍAZ DE LEÓN, Laura (2003) *Pensamiento social británico, ensayos y textos*” Editorial de la Universidad Autónoma de México.

- PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex, en *La Constitución Comentada*. Lima, Gaceta Jurídica.
- RAMOS NÚÑEZ, Carlos (1996): “El concebido en el derecho peruano del siglo XIX”, en *Instituciones del derecho civil peruano (visión histórica)*. Lima. Cultural Cuzco S.A. Tomo I.
- ROMEO CASABONA, Carlos María (2002) *Los genes y sus leyes. El derecho ante el genoma humano*. Bilbao. Editorial Comares.
- RUBIO CORREA, Marcial (1992) *El ser humano como persona natural*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución de 1993*. Primera edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Tomo I.
- SANZ ÁLVAREZ, Jaime Enrique. (2002) *Fecundación Asistida*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- SAVIGNY, Friedrich Von Karl (1878) *Sistema del Derecho Romano actual* (versión al castellano por Jacinto Mesia y Manuel Poley). Madrid, Centro Editorial de Góngora, Tomo 1.
- SERNA Pedro y TOLLER Fernando (2000). *La interpretación de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*. Buenos Aires. La Ley.
- SILVA SILVA, Hernán. (2008) *Medicina Legal y Psiquiatría Forense*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, Tomo I.
- STEINBOCK, Bonnie (1994) “Ethical Issues in Human Embryo Research, en *Papers Commissioned for the Human Embryo Research Panel*. Maryland: National Institutes of Health.
- VALVERDE MORANTE, Ricardo (2001) *Derecho Genético: Reflexiones jurídicas planteadas por las técnicas de reproducción asistidas* Lima: Gráfica Horizonte S.A.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. (1995). *Derecho Genético. Principios generales*. Lima, Ed. Editora Normas Legales.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. (2001) *Derecho Genético*. 4ta Edición. Lima: Editorial Grijalbo.

Revistas

ALEGRE MARTÍNEZ, Miguel Ángel (2002), “Apuntes sobre el derecho a la vida en España: Constitución, jurisprudencia y realidad, en *Revista de Derecho Político*. Universidad de Educación a Distancia, Madrid, N° 53.

ANDORNO, Roberto (1994) “El derecho frente a la nueva eugenesia: la selección de embriones *in vitro*” en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 21.

BLASI, Gastón Federico (2009), “¿Cuál es el estatus jurídico del embrión humano? en *Persona, Derecho y Libertad*, Lima, Ed. Motivensa.

CARBONEL, Miguel. (2009) “La Interpretación de los Derechos Fundamentales” en *Ius et Praxis*. Año 10, N° 1 Lima: Palestra Editores.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis, (2005) “¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales?”, en *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, N° 12.

CATALANO, Pierangelo (1995) “Observaciones sobre la ‘persona’ del concebido a la luz del derecho romano” en *La Persona en el Sistema Jurídico Latinoamericano; Contribuciones para la Redacción de un código civil Tipo en Materia de Personas*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

ESCOFFIE AGUILAR, Elia María (2007) “Figura paterna: su relación en la conformación de la familia y autoimagen en niños” en *UPyE: Psicología y Educación*” (2007), México, Universidad Autónoma de Yucatán, Vol. 1, Núm. 1;

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos (1995) “Tratamiento Jurídico del Concebido” en *La Persona en el Sistema Jurídico Latinoamericano; Contribuciones para la Redacción de un código civil Tipo en Materia de Personas*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

MORALES GODO, Juan (2005). El estatus del concebido y la problemática de la fecundación asistida, en *Derecho PUC*, revista de la facultad de derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 58.

MORALES GODO, Juan (2009) “Indemnización a menor por daños ocasionados durante la concepción”, en *Diálogo con la Jurisprudencia*. Lima: Ed. Gaceta Jurídica, N° 127, año 14.

Direcciones web.

<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/bebes-a-la-carta-eugenesia.pdf>

http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=mórula

<http://elcomercio.pe/economia/611623/noticia-ahora-hay-mas-hombres-que-mujeres-peru-segun-inc>

<http://es.catholic.net/sexualidadybioetica/347/1647/articulo.php?id=26927>

<http://lema.rae.es/drae/?val=eugenesia>

<http://www.ceamun.com/topicos/Manual%20AG.pdf>

<http://www.elmundo.es/elmundosalud/2005/06/24/mujer/1119608402.html>

<http://www.fertility-docs.com/index.phtml?PHPSESSID=419e9a4b1df0c1a5cc7c10dd1b2d032a>

<http://www.guardian.co.uk/science/2010/oct/04/ivf-pioneer-robert-edwards-nobel-prize-medicine?INTCMP=SRCH>

<http://www.ivi.es/financiacion-reproduccion-asistida.aspx>

<http://www.unav.es/cdb/dhbapfivet.html>

<http://www.seqc.es>

Artículos digitales

BRUCITA, Diana Lidia y GARCÍA, Silvina Ileana (2002). *Derecho a la Identidad. Daños causados por las nuevas técnicas de procreación humana asistida*. Buenos Aires: VII Congreso Internacional de Derecho de Daños. Publicado en internet en <http://www.aaba.org.ar/bi20op20.htm>

CASTRO AVILÉS, Evelia, *El interés superior del niño versus el derecho a la información de los medios de comunicación social*. Documento extraído de la web:

http://www.usmp.edu.pe/derecho/instituto/revista/articulos/Interes_Superior_del_Nino.pdf

CILLERO BRUÑOL, Miguel. El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Documento extraído de la web: http://www.iin.oea.org/el_interes_superior.pdf

Journal of the American Society for Information Science and Technology <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1002/asi.21505/abstract>

LÓPEZ SALAS, Rafaela. *Los conflictos de derechos. Una propuesta alternativa*. México: Universidad Veracruzana. Documento publicado en internet: <http://www.letrasjuridicas.com/Volumenes/14/lopez14.pdf>

POLO ARÉVALO, Eva María (2007) “Origen y significado del principio *conceptus pro iam nato habetur* en derecho romano y su recepción en el derecho histórico español y en el vigente código civil”. Documento extraído de la web. <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/2521/1/AD-11-41-pdf>

PELLICANO, Alejandro (2004) “*La protección al concebido en roma y la situación actual del nasciturus a partir de las técnicas de fecundación extracorpórea*”. Ponencia presentada en el XIV Congreso Latinoamericano de Derecho Romano. Consulta: 01 de mayo de 2010. <http://www.edictum.com.ar/miWeb4/Ponencias/ProfJoseAntonioPellicano.doc>>

PINO, Giorgio. *Conflictos entre derechos fundamentales*. Documento extraído de la web: <http://www.unipa.it/gpino/Pino,%20Ferrajoli%20sobre%20conflictos.pdf>

Anexos

Oficio N° 4237-2012-DGSP/MINSA del Ministerio de Salud.

Artículo de revista SOMOS, 23 de enero de 2010.

Entrevista al Dr. Luis Noriega en diario Perú 21, miércoles 17 de agosto de 2005.

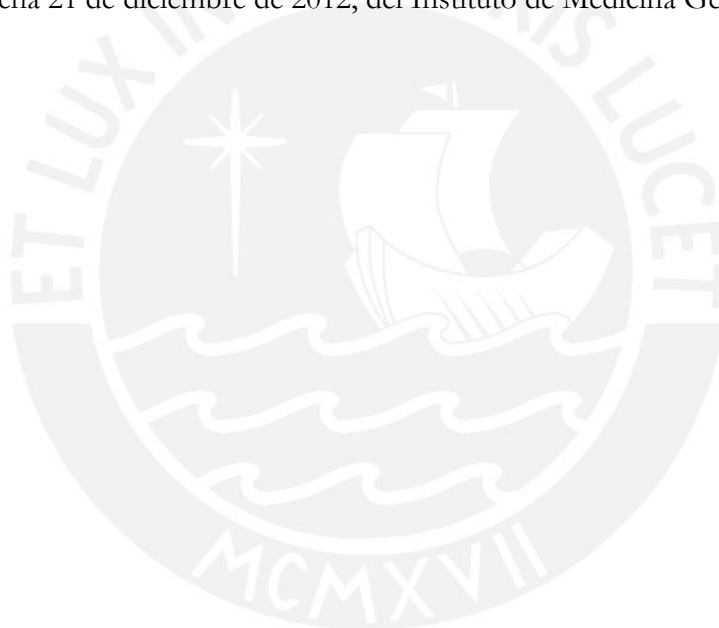
Oficio 297-2013-MIMP/SG, del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables.

Oficio 001-13-VR-USMP, de la Universidad San Martín de Porres.

Oficio 0316-20213-MP-FN-SEGFIN, del Ministerio Público.

Documento de fecha 21 de enero de 2013 de la Universidad de Piura.

Documento de fecha 21 de diciembre de 2012, del Instituto de Medicina Genética.





PERÚ Ministerio de Salud

"DECENIO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL PERU"
"AÑO DE LA INTEGRACION NACIONAL Y EL RECONOCIMIENTO DE
NUESTRA DIVERSIDAD"

OFICIO N° 4237-2012-DGSP/MINSA

Lima, 19 SET. 2012

Señor

MIGUEL BURSTEIN AUGUSTO

Calle Málaga N° 291, Urb. Higuera, Surco

Presente.-

Referencia: Carta s/n del 10 de septiembre
Expediente N° 12-087856-001

De mi especial consideración:

Es grato dirigirme a Usted para saludarle cordialmente y a la vez atender su solicitud de acceso a la información sobre diversas inquietudes relacionadas con la reproducción humana asistida, en el marco de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, Ley N° 27806.

Al respecto, cumpla con informarle que, a la fecha, el Estado Peruano no ha regulado normativamente la reproducción humana asistida en el país, motivo por el cual el Ministerio de Salud, no ha desarrollado o implementado políticas de promoción o restricción de las referidas técnicas.

En consecuencia, le informamos que no resulta posible atender su solicitud, en concordancia con lo establecido en el artículo 13°, de la Ley N° 27806, en donde se señala que "La solicitud de información no implica la obligación de las entidades de la Administración Pública de crear o producir información con la que no cuente o no tenga obligación de contar al momento de efectuarse el pedido. En este caso, la entidad de la Administración Pública deberá comunicar por escrito que la denegatoria de la solicitud se debe a la inexistencia de datos en su poder respecto de la información solicitada".

No obstante lo señalado, es pertinente informarle que actualmente, a través de la Estrategia Sanitaria Nacional de Salud Sexual y Reproductiva, se viene realizando una investigación tendente a identificar a los Centros de Fertilidad Asistida a nivel nacional, la misma que concluiría en el año 2013.

Sin otro particular, quedo de usted.

Atentamente,



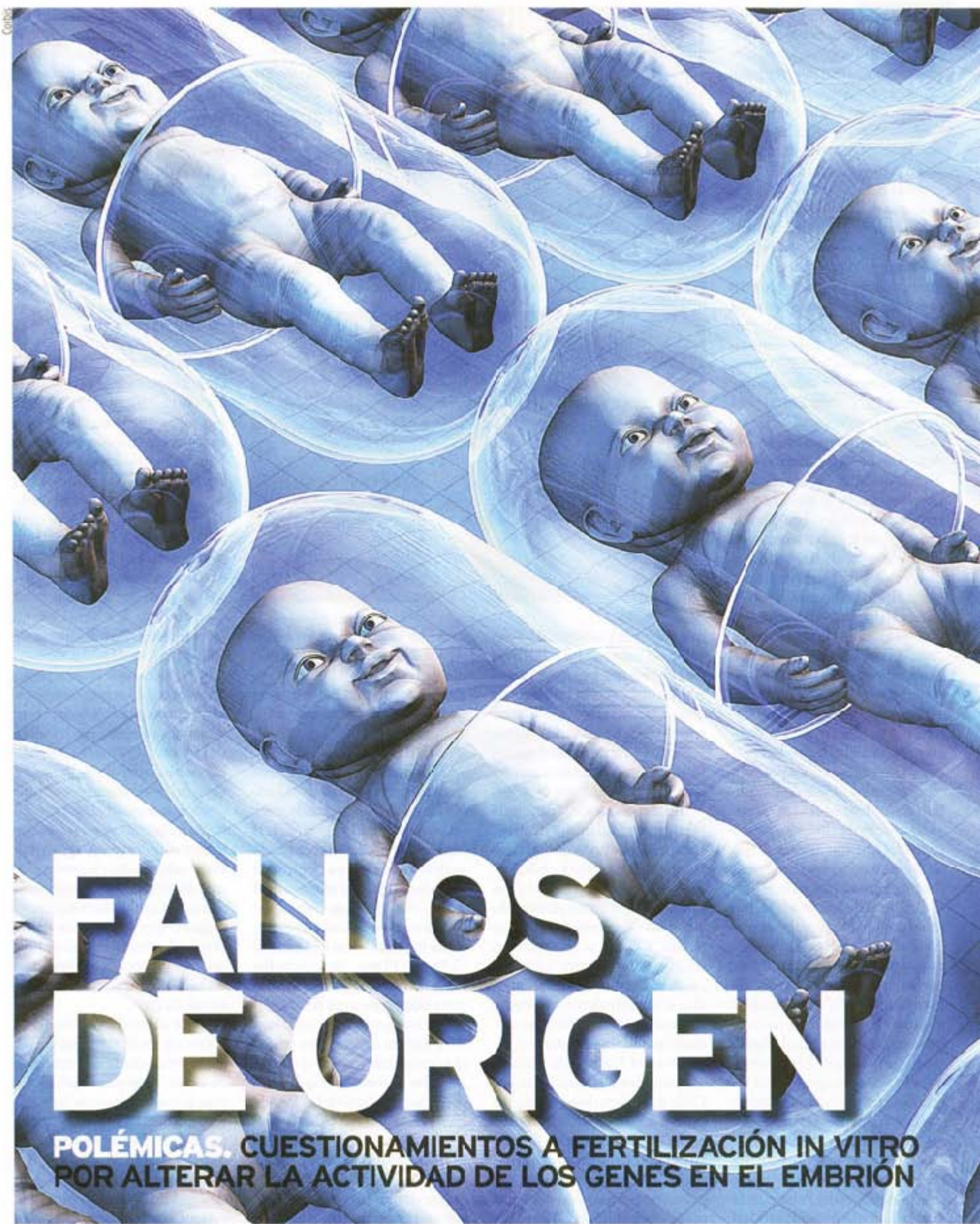
MINISTERIO DE SALUD
Dirección General de Salud de las Personas
Ada Pastor Goyzueta
DIRECTORA GENERAL

AGPG//LSCA/CICB/ KNC
Lic. Carpio/R. Negreiros



www.minsa.gob.pe

Av. Salaverry 801
Jesús María. Lima 11, Perú
T(511) 315-6600



FALLOS DE ORIGEN

**POLÉMICAS. CUESTIONAMIENTOS A FERTILIZACIÓN IN VITRO
POR ALTERAR LA ACTIVIDAD DE LOS GENES EN EL EMBRIÓN**



+ Más de tres millones de bebés han nacido en los últimos años gracias a la fertilización in vitro, la técnica de fertilidad asistida que marcó un antes y un después en la reproducción humana. Aunque su seguridad casi nunca fue cuestionada, un estudio reciente acaba de descubrir que los niños nacidos bajo este sistema podrían sufrir de diabetes y obesidad de adultos, algo que ha hecho temblar los cimientos de esta industria médica que genera más de 1.000 millones de dólares cada año.

Escribe **MARCOS CHUMPTAZ**

a fecundación, ese inquietante fenómeno que marca el origen de la vida, dejó de ser la misma hace 31 años. La aparición de la fertilización in vitro (FIV), la técnica en la cual la fusión de espermatozoides y óvulos se hace fuera del cuerpo de la madre, abrió un universo nuevo en la procreación humana y la llevó a límites jamás vistos. Para empezar, el sexo en pareja se volvió prescindible (al menos para procrear).

Robert Edwards, el inventor de esta técnica, solo necesitó un recipiente de laboratorio para poder engendrar a Louise Brown, la primera bebé probeta del mundo. "Desde ese momento, los científicos fueron capaces de manipular cualquier fase de la generación", escribió recientemente el médico patólogo y ensayista mexicano, Francisco González Crussi en una explosiva crítica a la fertilidad asistida publicada en la revista *Letras Libres*. Allí el destacado médico lamenta cómo la concepción ha dejado de ser una "experiencia memorable" para convertirse en una mera muestra de espermatozoides obtenida en un cuarto de laboratorio. "El semen

se objetiva. Se ha vuelto mercancía. Ya estamos acostumbrados a ver muestras de semen viajando en recipientes, por avión, para encontrarse con el gameto femenino y efectuar así la fecundación a distancia" (*Letras Libres*, enero 2008).

IMPACTOS FUTUROS

Hoy en día, las posibilidades de la reproducción asistida parecen producir un vértigo generalizado. Ya vemos hijos concebidos de padres muertos meses o años atrás, cuyo semen se había almacenado a bajas temperaturas. Tampoco sorprende que mujeres de más de sesenta años sean convertidas en madres gestantes gracias a la fertilidad asistida.

Incluso, varios laboratorios actualmente investigan la posibilidad de construir un "útero artificial", bajo la justificación de salvar las vidas de neonatos muy prematuros. "Casi nadie cuestiona semejantes cosas. ¿Cómo será el origen de la vida en un futuro? A juzgar por lo que hoy vemos, es posible imaginar un panorama preocupante", insiste González Crussi.

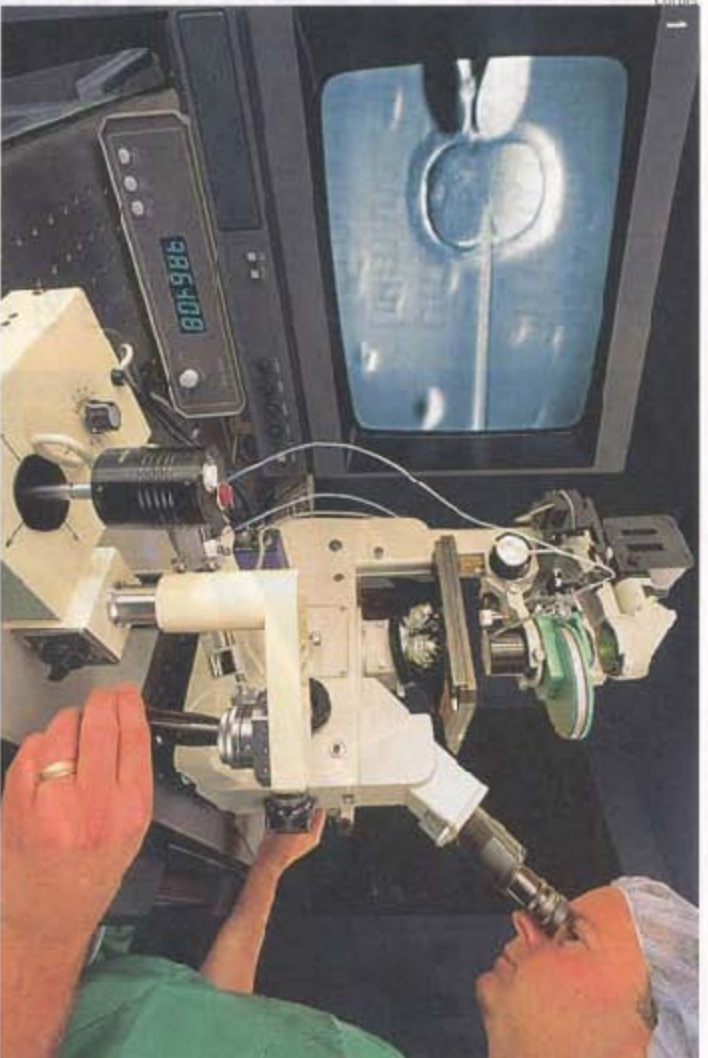
A pesar de los grandes avances que ha logrado la fertilidad asistida, es poco lo que sabemos de los posibles riesgos que entraña. De hecho, muy pocos expertos en fertilidad se preguntan cuál será el impacto que podría tener todo esto en el futuro.

Anualmente, se realizan cerca de un millón de procedimientos de fertilidad asistida en todo el mundo. En el Perú, la marca anual llega a los dos mil casos. Tomando en cuenta que solo la tercera parte llega a concretarse en una embarazo exitoso, eso significa que unos 300 mil niños nacen cada año por estas técnicas. "Se han hecho estudios para saber los riesgos de la FIV, pero hasta ahora no hay diferencias importantes con los niños nacidos de forma natural", señala el doctor Pedro Ben-dezi, gineco-obstetra de la clínica Concebir.

Los estudiosos de la embriología han investigado hasta el cansancio el papel de los gametos en la concepción y cómo mejorar las tasas de éxito de la FIV. Sin embargo, muy pocos se han preocupado por comprender las posibles consecuencias que tendrá esta forma de generación artificial.

La semana pasada, la Universidad de Temple, en Pensilvania (EE.UU.), puso el dedo en la llaga y abrió el debate con un estudio denodado: por primera vez se comprobaba que la FIV podría traer "serias consecuencias" sobre la salud de los niños concebidos en laboratorios. Estudiando la placenta y la sangre del cordón umbilical de bebés nacidos por FIV, los científicos, liderados por la bióloga Carmen Sapienza, descubrieron que los niños procreados bajo esta técnica son susceptibles de desarrollar enfermedades como la diabetes y serobesos.

"Esto llama la atención porque este problema también se ha visto en experimentos de clonación en animales. Eso implica una manipulación in vitro. La oveja Dolly, por ejemplo, en pocos años desarrolló artritis y envejecimiento prematuro", sostiene el genetista Ricardo Fujita,



>CÍRCULO VICIOSO. El estudio de la Universidad de Temple sugiere que tanto los gametos como el embrión están sujetos a diferentes niveles de estrés durante el proceso mismo de la fertilización, lo que alteraría su actividad genética (1). Al parecer, dichas perturbaciones volverían al feto más vulnerable a ciertas enfermedades (2). Este mismo fenómeno se ha repetido en las técnicas de clonación donde los animales sue en heredar males degenerativos, como sucedió con la famosa oveja Dolly (3).



LA FERTILIDAD ASISTIDA COMPRENDE VARIAS TÉCNICAS COMO LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL, EL ICSI Y EL TOMI, DE FACTURA PERUANA. LA MAS POPULAR ES LA FERTILIZACION IN VITRO.

director del Instituto de Genética y Biología Molecular de la Universidad San Martín.

DESCONCIERTO DE GENES

El dilema de la FIV estaría en la forma en que se ordenan los genes dentro de las células. Por alguna razón, este procedimiento interviene en los mecanismos que activan y frenan los genes en el embrión, un proceso que los médicos denominan metilación. La metilación funciona como un interruptor de luz. Le indica

a los genes si van a estar apagados o prendidos durante la vida (ver infografía). "La metilación es responsable de cómo se ordenan nuestros genes. Pero es un proceso que culmina en los cinco primeros días del embrión", resalta el Dr. Bendezú.

Sapienza descubrió que la FIV altera este proceso activando genes que normalmente no deberían expresarse. En una entrevista al diario inglés *Sunday Times*, la doctora deter-

podían afectar "el desarrollo del embrión", además de influenciar en la expresión de ciertos genes a largo plazo. "Esto podría aumentar el riesgo de estos bebés de padecer ciertos problemas metabólicos en el futuro".

Aunque ningún estudio ha podido hacer un seguimiento real de la salud de las personas concebidas por FIV desde Louise Brown, Sapienza cree que el móvil de estas perturbaciones podría estar en las propias condiciones de la técnica in vitro.

Por ejemplo, se ha comprobado que estimular la ovulación de mujeres infértiles con hormonas artificiales, antes de preparar la FIV, podría alterar de un modo u otro la metilación del futuro embrión (*Human Reproduction*, 2007). "Es cierto que esto empieza cuando se usan altas dosis de hormonas", acota Pedro Bendezu. "Sin embargo, en la actualidad las dosis son menores que hace una década. De usar 500 unidades ahora hemos pasado a 150. Por eso el proceso de ovulación es más natural".

A eso hay que agregar el estrés embrionario. No hay que ser un experto para saber que las características físicas, químicas y hormonales de las trompas de Falopio jamás podrán ser imitadas por una fría placa de vidrio, aunque los expertos de fertilidad digan lo contrario. "Es posible que haya un estrés porque no es lo natural. Los genes no se comportan igual in vitro que en vivo. Sin embargo, creo que los beneficios de la fertilidad asistida siguen siendo mayores", explica Ricardo Fujita.

AVANCES Y DESCARGOS

Como era previsible, el estudio ha levantado una serie de críticas de parte de los expertos en fertilidad. Algunos lo rechazan por no tener fundamentos. "Es ligero pensar que la técnica en sí puede hacer daño. No hay pruebas de eso", indicó a SOMOS Santiago Munné, presidente de Reprogenetics y uno de los pioneros del diagnóstico genético de embriones en el mundo. En el Perú, las dos principales clí-

Libertad de expresión

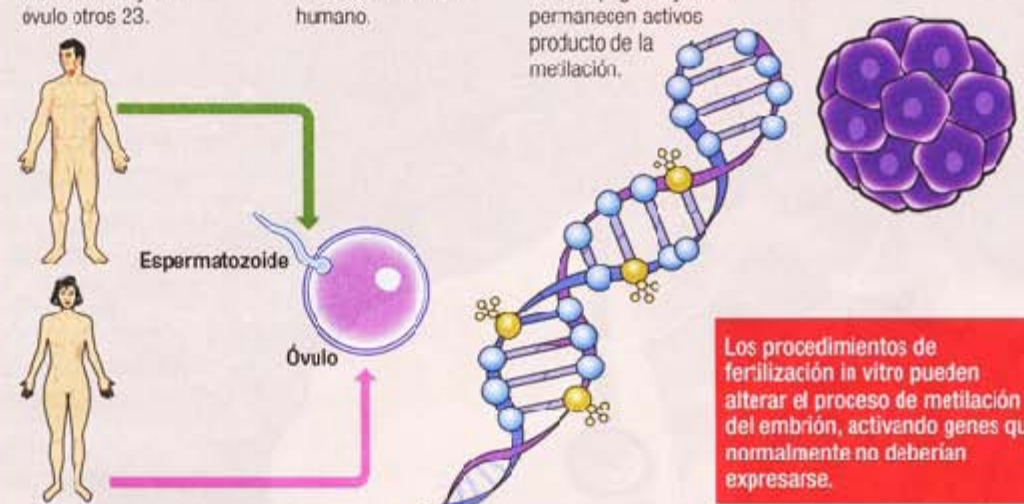
Todos los genes no funcionan a la vez. Algunos se expresan y otros se mantienen apagados durante todo el período de vida. La metilación se encarga de decirle a un gen si permanece activo o no.

1 Heredamos el ADN de nuestros padres. Del espermatozoide recibimos 23 cromosomas y del óvulo otros 23.

2 Cuando espermatozoide y óvulo se fusionan forman los 46 cromosomas que tendrá el nuevo ser humano.

3 Sin embargo, no todos los genes de esos cromosomas se expresan. Algunos deben apagarse y otros permanecen activos producto de la metilación.

4 El proceso de metilación culmina al quinto día de desarrollo del embrión, cuando es un blastocisto.



Los procedimientos de fertilización in vitro pueden alterar el proceso de metilación del embrión, activando genes que normalmente no deberían expresarse.

La metilación podría ser perturbada por:

Medio de cultivo: En una fertilización natural, el embrión está sujeto a cambios hormonales y químicos. Eso no sucede en los procedimientos in vitro, donde el embrión reposa sobre un medio de cultivo artificial.

Sobrestimulación ovárica: Usar una dosis alta de hormonas para obtener óvulos puede alterar la metilación de ADN del futuro embrión. Esta estimulación hormonal es necesaria en los procedimientos de fertilidad asistida.

Fragmentación del espermatozoide: Los hombres estériles suelen sufrir serias alteraciones espermáticas. Procedimientos de fertilidad como el ICSI (inyección intracitoplasmática) podrían estar usando espermatozoides dañados en sus genes.

Fuente: Ricardo Fujita/ Pedro Bendezu

EL COMERCIO



> SIN PELIGROS. Para el doctor Pedro Bendezu, el uso de mejores materiales y tecnología sofisticada ha reducido muchos de los posibles riesgos de la fertilización in vitro.

nicas de fertilidad han preferido mantener cautela sobre el estudio, aunque le imputan un hecho concreto: que ignore los grandes avances que ha experimentado la fertilidad en los últimos años.

Por ejemplo, las clínicas más modernas ya utilizan microscopios ultrasensibles que detectan en detalle si un espermatozoide tiene su material genético dañado. "Si observamos que el ADN está fragmentado más de lo normal, ese varón no entra a un proceso de reproducción. Eso disminuye el riesgo", acota Luis Noriega, director de Pranor.

Asimismo, los actuales medios de cultivo son muy superiores. Ahora las condiciones en las cuales se preservan los embriones son "casi idénticas" a las que tienen en

la trompa de Falopio. "Tenemos mejores incubadoras, por eso la tasa de éxito se ha elevado", aclara Klaus Wiener, director del New Center Reproductive Sciences de Seattle.

Y por último, y quizás lo más importante, algunos laboratorios ya han empezado a realizar estudios experimentales con dosajes de metilación de ADN, tanto para el espermatozoide como para el óvulo, algo que disminuiría en gran parte los riesgos planteados por Sapienza. "Los estudios han sido claros, no hay peligro", indica Bendezu. "Sin embargo, la fertilidad no puede tomarse a la ligera. Debemos estar atentos a todos los cambios y trabajar siempre con cuidado. Por suerte, la tecnología está de nuestro lado". *

José Gabriel Chueca

Entrevista.

jchueca@peru21.com



Luis Noriega es pionero de la fecundación in vitro (bebé probeta) en el Perú. Mañana, a las 7 p.m., en el hotel Marriott, ofrecerá la conferencia 'Deseamos tener un bebé', junto con el doctor Ladislao Prazak. El ingreso es libre, previa inscripción al 221-4249.

Luis Noriega

MÉDICO ESPECIALIZADO EN FERTILIZACIÓN

"No hay pareja que no pueda tener hijos"

Hace 50 años, nadie aceptaba que era infértil. Hoy, el hombre y la mujer modernos aceptan que pueden serlo o que pueden tener dificultad para tener hijos y lo hablan con el médico. El hombre acepta que es impotente, que le falta espermatozoide o que es eyaculador precoz, y la mujer acepta que no ovula, que tiene 39 años y que sus óvulos están viejos o que no tiene útero. Antes, eso era tabú, explica Luis Noriega.

¿Esas dificultades son usuales?

Hoy tenemos números claros. Aproximadamente, el 15% de personas en edad reproductiva—entre 18 y 43 años—tiene problemas para concebir. Hablamos de 1 millón 200 mil personas.

¿A qué edad aparecen esos problemas?

Una vez oí decir a un sexólogo, en una reunión de médicos, 'de los cien que hay aquí, todos mayores de 50, tengan la seguridad de que el 95% sufre algún problema de erección'. Eso no quita que yo no conozca a alguien que, a los 70 años, tiene relaciones todos los días o a personas asexuales, a las que no les interesa el sexo. Hoy hemos abierto la mente y entendemos que en el mundo hay muchas posibilidades.

Hoy, muchas chicas que estudian y trabajan dejan la maternidad para después de los 30. ¿Qué opciones tienen?

A los 20 años, una mujer tiene 80% de posibilidades de quedar embarazada si tiene relaciones sexuales sin protección. A los 40, son menos del 10%. Después de un año de vida sexual sin un embarazo, se necesita un diagnóstico. Hay que ver trompas, útero, hormonas y hacer un espermatograma. Si todo estuviera bien y no saliera embarazada luego de inseminaciones, se corrigen otros factores. Si no funciona, está el bebé probeta, sacamos los óvulos y el espermatozoide los fertiliza. Pero, por más macho que sea uno, es posible que el espermatozoide no ingrese al óvulo. Se recurre entonces al ICSI.

¿Qué es el ICSI?

Consiste en agarrar un espermatozoide e inocularlo en el óvulo. Para eso hay microscopios con tenazas microscópicas que permiten sujetar un solo espermatozoide y un solo óvulo. Pero eso es lo más burdo del proceso. Lo impre-

sionante viene en la división celular. Si prendió, a las 24 horas serán dos células; a las 48, cuatro; a las 72, ocho. En ese momento se extrae una partícula—que no altera el embrión—y se estudia genéticamente para, en seis horas, saber si ese embrión es normal—o sea, si no tiene síndrome de Down, por ejemplo—. Si lo es, se pone en el útero.

Increíble.

Y, al final, está la adopción. Hay gente que dice que no optaría por un banco de espermatozoide o por un óvulo donado porque 'no sería mi hijo, no tendría mis genes'. No se trata de eso. El amor no es genético—si así fuera, no habría padres que abandonan a sus hijos—. La relación de padres e hijos es un puente de amor. No hay pareja en el mundo que no pueda tener hijos.

¿Qué oposición ha enfrentado para llevar esto adelante?

Siempre hay grupos fundamentalistas, la Iglesia Católica y, en el Congreso, gente como Solari o Chávez Chuchón. No puedo concebir que alguien como Chávez Chuchón diga que usar preservativo lo denigra como ser humano. Para mí, es un imbécil. Yo creo que en los actos en los que se busca la vida está Dios.

¿Qué caso ha sentido especialmente?

Justamente, el primer bebé probeta peruano, hace 15 años. Armamos un grupo de 20 mujeres, pero una de las pacientes se retiró y, por ahí, apareció una mujer humilde, de provincia, que insistió mucho. La recibí. Ella tenía 40 años, tuberculosis, solo un tercio de útero... Le dije que no. Insistió. Me dijo, '¿por qué me lo prohíbe? Yo tengo derecho'. 'Pero, señora, tiene todo en contra'. 'He recibido un mensaje, que usted me va a embarazar', dijo.

Estaba decidida.

La aceptamos. Las 19 mujeres venían con sus esposos, y ella, sola y se sentaba aparte. Llegó el día del procedimiento. Ella había usado mal sus medicinas y puso un solo óvulo—contra los 10 ó 15 de las otras—. Tuvo solo un embrión y, simplemente, se lo pusimos. Hubo dificultad. La mayoría de pacientes se hospitalizó. Ella, cuando volteé, ya se había ido a su casa a trabajar. Ella dio a luz al primer bebé probeta peruano.



SANTIAGO BARCO

Autoficha

Nací en Huacho, en 1952. Estudié en el colegio Maristas.

Seguí Medicina en la Universidad Villarreal. Mis estudios

sobre reproducción los hice en Europa, Estados Unidos y en otros países de Latinoamérica.

Soy ginecólogo, médico cirujano ginecobstetra, con la subespecialidad en fertilidad... pero en la clínica Concebir trabajamos con un equipo muy grande de especialistas.

La primera bebé probeta en el mundo nació en el 78; en el Perú lo hicimos 12 años después; ahora tiene 15 años. Tengo cuatro hijos; los tres primeros son hombres, para la última si necesitamos asistencia; para mí, ella es un regalo de Dios.



PERÚ

Ministerio
de la Mujer y
Poblaciones Vulnerables

Secretaría General

"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"
"Año de la Inversión para el Desarrollo Rural y la Seguridad Alimentaria"

Lima, 29 ENE. 2013

OFICIO N° 297-2013-MIMP/SG

Señora
KARLA SCHAEFER CUCULIZA
Presidenta de la Comisión de Salud y Población
Congreso de la República
Edif. Víctor Raúl Haya de la Torre – 2º piso
Lima.-

037634 2/01

CONGRESO DE LA REPÚBLICA	
COMISIÓN DE SALUD Y POBLACIÓN	
01 FEB. 2013 1365	
RECIBIDO	
Firma: <i>A</i>	Hora: 12:30

Asunto : Opinión institucional sobre el Proyecto de Ley 1722/2012-CR, que propone la Ley que regula la reproducción humana asistida

Referencia : Oficio N° 861-2012-2013/CSP-CR
Expediente 2012-031-E039783

Tengo el agrado de dirigirme a usted, para saludarla cordialmente y por especial encargo de la señora Ana Jara Velásquez, Ministra de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, comunicarle he recibido su Oficio N° 861-2012-2013/CSP-CR, mediante el cual solicita opinión institucional sobre el Proyecto de Ley 1722/2012-CR, que propone la Ley que regula la reproducción humana asistida.

Al respecto, tengo a bien remitir a usted el Informe N° 002-2013-MIMP-DGFC-DIFF-MCLOT, elaborado por la Dirección General de la Familia y la Comunidad, dando respuesta al documento antes mencionado.

Hago propicia la oportunidad para expresarle el testimonio de mi especial consideración y estima personal.

Atentamente,

Elsa Estrella Cubillas Buenc
ELSA ESTRELLA CUBILLAS BUENC.
Secretaría General
Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables

COMISIÓN DE SALUD Y POBLACIÓN	
Fecha: 01/02/13	N° Proveído:
Pase a: <i>su. Bustein</i>	Para:
Coord. Con:	Atención
Urgente	Elab. Proy.
Importante ☐	Ayuda memoria
	Conocimiento y fines
	Archivos
	Otros:

R. Taragone
Alodys: conocimiento impreso

www.mimp.gob.pe

Camaná 616 Cercado - Lima
Lima 01, Perú
T: (511) 416-5200



PERÚ

Ministerio
de la Mujer y
Poblaciones Vulnerables

Viceministerio de
Poblaciones Vulnerables

Dirección de Fortalecimiento de las Familias

INFORME N° 02-2013-MIMP-DGFC-DIFF-MCLOT



A : **SARA MEJÍA GONZÁLES**
Directora (e) de la Dirección de Fortalecimiento de las Familias.

ASUNTO : Remite opinión técnica sobre el proyecto de Ley N° 1722/2012-CR que "Regula la Reproducción Humana Asistida".

REF. : Expediente N° 2012-031-E039783
Nota N° 003-2013-MIMP/DVMM

FECHA : Lima, 11 de enero de 2013

Me dirijo a usted, para poner en su conocimiento lo siguiente:

I. ANTECEDENTES:

1. La Presidenta de la Comisión de Salud y Población del Congreso de la República, señora Karla M. Schaefer Cuculiza mediante Oficio N° 861-2012-2012/CSP-CR remite el 10 de diciembre de 2012 el Proyecto de Ley N° 1722/2012-CR que regula la reproducción humana asistida.
2. Con Nota N° 163-2012-MIMP/DGIGND de 26 de diciembre de 2012 la Directora General de la Dirección General de Igualdad de Género y No Discriminación remite al Despacho Viceministerial de la Mujer el Informe Técnico N° 083-2012-MIMP/DGIGND/DPPM-MIEV sobre el Proyecto de Ley 1722/2012-CR que propone la Ley que regula la reproducción humana asistida presentada por el congresista Tomas Zamudio Briceño; señalando dicho informe que el proyecto presentado y parte importante de la exposición de motivos son copia literal de la Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida de España del 27 de mayo de 2006, la cual es anexada.

Asimismo, recomienda un mayor análisis del tema de acuerdo a la realidad peruana y la experiencia latinoamericana comparada (e.g. Argentina, Costa Rica y Argentina). Asimismo, recomienda tomar en cuenta los argumentos a favor y en contra de esta norma, a fin de iniciar un debate con un grupo de expertos(as) en la materia, así como constituir un grupo de trabajo que revise el tema desde una perspectiva bioética, y contar con la opinión del Colegio Médico del Perú y el Consejo Nacional de Bioética.

3. Con Nota N° 003-2013-MIMP/DVMM de 03 de enero de 2013 la Viceministra de la Mujer remite a la Secretaría General del MIMP el Informe N° 008-2012-MIMP/DVMM/FMVA sobre el Proyecto de Ley 1722/2012-CR que propone la Ley que regula la reproducción humana, recomendando solicitar al Viceministerio de Poblaciones Vulnerables su opinión respecto al proyecto de ley, por ser de su incumbencia; así como remitir al Congreso un consolidado de los Informes emitidos por el Sector.

4. Con Hoja de Ruta N° 2012-031-E039783 se remite a la Dirección de Fortalecimiento de las Familias para para emitir opinión técnica; la que es derivada a la suscrita el 09 de enero de 2013.

II. ANÁLISIS

2.1 BASE LEGAL

- 1.- Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 1º.- Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.



PERÚ

Ministerio
de la Mujer y
Poblaciones Vulnerables

Viceministerio de
Poblaciones Vulnerables

Dirección de Fortalecimiento de las Familias

Art. 2º.- Toda persona tiene todos los derechos y las libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

Art. 3º.- Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

Art. 7º.- Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

- 2.- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art 1º.- Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.

Art. 2º. 2.- Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Art. 3º.- Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto.

Art. 4º Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, en ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente Pacto por el Estado, éste podrá someter tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática.

Art. 15º.b).- Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicación.

- 3.- Convención Americana de Derechos Humanos, art. 4º 1. 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.

- 4.- Convención sobre los Derechos del Niño, art. 3º En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

- 5.- Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, art. 13, Los Estados partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en otras esferas de la vida económica y social a fin de asegurar, condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos.

- 6.- Constitución Política del Perú, art. 1º - La defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

- 7.- Código Civil, art. 1º.- La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. La vida humana comienza desde la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo.

- 8.- Ley N° 28542, Ley de Fortalecimiento de la Familia, art. 1º.- Su objetivo es promover y fortalecer el desarrollo de la familia como fundamento de la sociedad y espacio fundamental para el desarrollo



PERÚ

Ministerio
de la Mujer y
Poblaciones VulnerablesViceministerio de
Poblaciones Vulnerables

Dirección de Fortalecimiento de las Familias

integral del ser humano, basándose en el respeto de los derechos fundamentales y las relaciones equitativas entre sus miembros y velando especialmente por aquellas familias que se encuentran en situación de extrema pobreza, pobreza o riesgo social.

- 9.- Acuerdo Nacional 16º Política de Estado.- Fortalecimiento de la familia, protección y promoción de la niñez, la adolescencia y la juventud, promoviendo una comunidad familiar respetuosa de la dignidad de los derechos de todos sus integrantes, así como el bienestar, el desarrollo integral y una vida digna para los niños, niñas, adolescentes y jóvenes, en especial de aquellos que se encuentran en situación de riesgo, pobreza y exclusión.
- 10.- Ley N° 26842, Ley General de Salud, art. 7º.- Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere el consentimiento previo por escrito de los padres. Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos".
- 11.- Ley Marco para la Producción y Sistematización Legislativa, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2006-JUS.

2.2 ANÁLISIS DE LA NORMA PROPUESTA

- ✓ El Proyecto de Ley N° 1722/2012-CR objeto del presente análisis es una copia literal de la Ley Española 14/2006 de 27 de mayo de 2006, desde su artículo 1º hasta el art. 16º, dejando de lado los demás articulados que proponen un régimen de infracciones y sanciones, definiendo las conductas prohibidas y determinando las sanciones correspondientes, hecho que es omitido en el Proyecto de Ley N° 1722/2012-CR, hecho que es advertido mediante Informe N° 083-2012/MIMP/DGIGND/DPPDM-MIEV emitido por la señora María Isabel Echegaray Villanueva, abogada de la Dirección de Promoción y Protección de los Derechos de la Mujer del MIMP; por lo que no se puede efectuar un análisis técnico legal de un proyecto referido a una ley vigente actualmente en España cuya estructura socio, económica, legal y desarrollo constitucional diferente a la realidad peruana.
- ✓ A pesar de ello, consideramos importante mencionar que "la vertiginosa carrera científicista en materia procreática avasalla el Derecho de familia, sobre todo en el tema filial, siendo la tendencia actual en la determinación del nexo filial la prevalencia de la voluntad, desplazando el aspecto biogenético, tendiendo a su desbiologización. Esta corriente distingue la filiación de los nacidos por las técnicas de reproducción haciéndola inatacable en sustento de la motivación de las partes y el interés de los hijos, a pesar de la falta de relación entre lo biológico y lo legal. Se habla de la denominada filiación civil fundamentada en la voluntad procreacional de los participantes, el deseo de ser padres, el contenido socioafectivo. La filiación biológica perdió su fuerza frente a la voluntad y el afecto. En la filiación derivada de la procreación asistida priman los conceptos sociológicos y culturales. La paternidad y maternidad corresponde aquellos que la anhelaron. El régimen paterno-filial se asemeja al de la adopción, ambas se sustentan en la voluntad y no el dato biológico (en el padre, no el progenitor ni dador). Se crea un tercer género, aparte de la filiación por naturaleza y la adoptiva, la llamada filiación civil cuya naturaleza es la socioafectividad y no la biologicidad"¹; hecho este que nos conduce a interrogantes y problemas desde la perspectiva, ética, moral, social y jurídica. De allí la necesidad de un estudio y debate serio, profundo y amplio sobre la temática de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida a la luz de nuestra normativa la que debe ser un reflejo de la realidad socio-cultural y del avance científico en nuestro país.
- ✓ Se hace necesario abordar el tema enfatizando la tutela jurídica, la protección de la persona humana desde su concepción, proclamada en el artículo 1º de la Constitución Política del Perú,



¹ Enciclopedia de Bioética y Derecho. Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano, Fundación BBV, la Diputación Foral de Bizkaia, y la Universidad de Deusto. <http://www.enriquevarsi.com/2008/10/filiacin-y-reproduccion-asistida.html>



PERÚ

Ministerio
de la Mujer y
Poblaciones VulnerablesViceministerio de
Poblaciones Vulnerables

Dirección de Fortalecimiento de las Familias

tratando de no desnaturalizar los principios de la paternidad, del concebido, de la persona y de la familia.

- ✓ Las técnicas de reproducción humana asistida –conocidas por algunos como TERAS y por otros, simplemente como TRA “son aquellos métodos técnicos que se utilizan para suplir en la persona o en la pareja la infertilidad que pudieran padecer y así posibilitar que lleguen a tener descendencia”².
- ✓ Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TERAS) se clasifican en Inseminación Artificial (I.A.) pudiendo esta ser homóloga o heteróloga cuando el material genético (semen) pertenece al marido, (existiendo vínculo matrimonial) o cuando el semen no es del marido, o el gameto femenino no es de la cónyuge, sino de un tercero o cedente y la Fecundación Extracorporea denominada también Fecundación *in vitro*, puede ser homóloga o heteróloga (según como se lleve a cabo dentro de matrimonio o fuera de él), la cual presenta diversas variaciones como la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos y la transferencia intratubárica de embriones³.
- ✓ Consideramos que debe tomarse en cuenta la argumentación a favor y en contra de estas técnicas de acuerdo al contenido del Informe N° 083-2012/MIMP/DGIGND/DPPDM-MIEV para poder regular legalmente la utilización efectiva de las técnicas, si se tiene en cuenta que dentro de la legislación comparada aún no hay consenso sobre los límites de su aplicación⁴, existiendo coincidencia en no perder de vista la dignidad humana; por lo que previamente el legislador debe propiciar un espacio de reflexión y desarrollo técnico en el que participen el Colegio Médico del Perú, el Consejo Nacional de Bioética y científicos que conozcan a profundidad las técnicas de reproducción asistida y lograr así un marco legal de acuerdo a las necesidades reales del Perú (Libro de Personas y de Familia del Código Civil), sin dejar la perspectiva de derecho de las personas y su dignidad humana.
- ✓ Asimismo, en estos trabajos de discusión se deben tomar en cuenta diferentes aspectos de transcendencia legal como el inicio de la vida humana; nuestra legislación adopta la postura de la concepción, por lo que “la distinción que se hace en España entre pre-embrión y embrión no resulta válida en nuestra realidad normativa, pues entre estos dos estadios de formación no existe mayor diferencia ontológica”⁵; surgiendo entonces unas primeras interrogantes ¿Cuándo empieza la concepción?⁶ ¿cuál es el status del embrión ¿se trata de una persona plena, una persona potencial, o simplemente un conjunto de células que merecen respeto pero al cual no se puede atribuir derechos? aspecto fundamental al referirnos a la conservación de embriones humanos, su manipulación (elección de sexo, características fenotípicas – color de ojos, color de cabello, coeficiente intelectual, etc). En el caso de la inseminación artificial “qué sucede con la “paternidad” de ese padre, ya que no es padre – genéticamente hablando – de ese futuro hijo. Si la identidad del donante debe ser revelada a las parejas inseminadas y qué información se debe dar, en un futuro,



² VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Derecho Genético. Principios Generales*. Editora Normas. Legales. Trujillo: 1995, p. 62.

³ “Problemas jurídicos que plantean las técnicas de reproducción humana asistida en la legislación civil peruana”. TESIS para optar el grado académico de Magíster en derecho con mención en Derecho civil y comercial. Rolando Humberto Canessa Vilcahuamán. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Facultad y Ciencia Política – Unidad de Post – Grado.

En Costa Rica la Sala Constitucional de la Suprema Corte de Justicia, prohibió la aplicación de la fecundación *in vitro* en su país. Sin embargo, mediante comunicado de prensa de 20 de diciembre de 2012, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció que “con la prohibición de la FIV se ha afectado los derechos de la vida privada y familiar, los derechos reproductivos, y a la integridad personal. Al analizar la interferencia desproporcionada e impacto discriminatorio de la restricción generada por la decisión de la Sala Constitucional, la Corte Interamericana tuvo como punto de partida que el derecho a la vida privada está estrechamente relacionada con: i) el derecho a la familia, el cual conlleva, la obligación de favorecer, de la manera más amplia el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar; ii) la autonomía reproductiva, y iii) el acceso a servicios de salud reproductiva, que comprende el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria, por lo que ordenó adoptar las medidas apropiadas para que quede sin efecto, con la mayor celeridad, posible la prohibición de practicar fecundación *in vitro* y para que las personas que deseen hacer uso de dicha técnica de reproducción asistida puedan hacerlo sin encontrar impedimento al efecto.

⁵ “Problemas jurídicos que plantean las técnicas de reproducción humana asistida en la legislación civil peruana”. TESIS para optar el grado académico de Magíster en derecho con mención en Derecho civil y comercial. Rolando Humberto Canessa Vilcahuamán. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Facultad y Ciencia Política – Unidad de Post – Grado.

⁶ Para la legislación peruana el instante mismo de la concepción se da “a partir de la fecundación de un óvulo por el espermatozoide”. Derecho de las Personas. Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Primero del Código Civil peruano. Personas Naturales – Personas Jurídicas. Comunidades Campesinas. Carlos Fernández Sessarego. Pág. 5; y para Costa Rica por ejemplo “Tiene lugar recién desde el momento en que el embrión se implanta en el útero”. Según el Comunicado de prensa de 20 de diciembre de 2012, la Corte Interamericana de Derechos Humanos referido al caso de la “Prohibición en Costa Rica de la Fertilización *In Vitro* viola los Derechos Humanos”.



PERÚ

Ministerio
de la Mujer y
Poblaciones Vulnerables

Viceministerio de
Poblaciones Vulnerables

Dirección de Fortalecimiento de las Familias

al niño (en la práctica, generalmente, no se dice de la identidad del donante)⁷; de lo que se puede colegir que es un tema que requiere de un trabajo no solamente científico, sino también legal por las implicancias jurídicas que resultan de este tipo de técnicas.

- ✓ Consideramos que una propuesta para regular la reproducción humana asistida en el Perú debe mínimamente cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 2° del Reglamento de la Ley Marco para la producción y Sistematización Legislativa, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2006-JUS que es de aplicación en todas las entidades de la Administración Pública.
- ✓ En la parte expositiva o exposición de motivos, de la propuesta no hace referencia a la realidad peruana, no fundamenta jurídicamente la necesidad de la propuesta y no establece un análisis sobre la constitucionalidad o legalidad de la iniciativa planteada con una explicación de los aspectos más relevantes y un resumen de los antecedentes que correspondan y, de ser el caso, de la legislación comparada, doctrina que se ha utilizado para su elaboración y con la obligaciones de los tratados internacionales ratificados por el Estado; únicamente copia en parte la exposición de motivos de la Ley N° 14/2006 de España, en la cual se hace un recuento de todo el proceso de desarrollo normativo sobre el tema.
- ✓ Con relación al análisis costo beneficio, no efectúa un análisis para conocer en términos cuantitativos los impactos y efectos que tiene la propuesta normativa sobre diversas variables que afectan a los actores, la sociedad y el bienestar general, de tal forma que permita cuantificar los costos y beneficios o en su defecto posibilite apreciar analíticamente beneficios y costos no cuantificables.
- ✓ Con respecto al análisis de impacto de la vigencia de la norma en la legislación nacional, la propuesta no ha precisado si se trata de innovar supliendo vacíos en el ordenamiento o si se trata de una propuesta que modifica o deroga normas vigentes; no incluye una referencia a los antecedentes, diagnóstico de la situación actual del Perú y objetivos de la propuesta; no indica si modifica o deroga una norma vigente debe analizarse su idoneidad o efectividad precisando falencias, vacíos o defectos que sea necesario superar mediante una acción normativa, de acuerdo a lo establecido en el artículo 4° del Reglamento de la Ley Marco para la producción y Sistematización Legislativa, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2006-JUS.

III. CONCLUSIÓN.

1. Por las consideraciones expuestas en el presente informe no se puede efectuar un análisis técnico legal de un proyecto referido a una ley vigente actualmente en España cuya estructura socio, económica, legal y desarrollo constitucional es diferente a la realidad peruana.
2. Previamente el legislador debe propiciar un espacio de reflexión y desarrollo técnico en el que participen el Colegio Médico del Perú, el Consejo Nacional de Bioética y científicos que conozcan a profundidad las técnicas y lograr así un marco científico, que sirva de base a un cuerpo legal que responda a las necesidades reales del Perú (Libro de Personas y de Familia del Código Civil), sin dejar la perspectiva de derecho de las personas y su dignidad humana.

Se debe efectuar una propuesta enmarcada en la realidad peruana con la observancia del Reglamento de la Ley Marco para la producción y Sistematización Legislativa, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2006JUS.

IV. RECOMENDACIÓN

Remitir el presente informe a la Dirección General de la Familia y la Comunidad para dar cumplimiento a lo dispuesto por el Despacho Viceministerial de Poblaciones Vulnerables y el

⁷ Reproducción asistida, género y derechos humanos en América Latina. Instituto Interamericano de Derechos Humano. UNFPA. ASDI



PERÚ

Ministerio
de la Mujer y
Poblaciones VulnerablesViceministerio de
Poblaciones Vulnerables

Dirección de Fortalecimiento de las Familias

Despacho Viceministerial de la Mujer según recomendaciones del Informe N° 008-2012-MIMP/DVMM/FMVA.

Es cuanto informo a usted para los fines de ley.

Atentamente

María Carlota Ochoa Tapia
Abogada – DIFF
DGFC – MIMP

Lic. SARA MEJÍA GONZALES
DIRECTORA (a)
Dirección de Fortalecimiento de las Familias MIMP

CARLA ROJAS-BOLÍVAR BORJA
Directora General
Dirección General de la Familia y la Comunidad
MIMP

ANEXOS:

Nota a la Dirección General de la Familia y la Comunidad
Nota al Despacho Viceministerial de Poblaciones Vulnerables



PERÚ

Ministerio
de la Mujer y
Poblaciones Vulnerables

Viceministerio
de la Mujer

Dirección General de
Igualdad de Género
y no Discriminación

"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"
"Año de la Integración Nacional y el Reconocimiento de Nuestra Diversidad"

Lima, 26 DIC. 2012

NOTA N° 063-2012-MIMP/DGIGND

Señora

MARCELA HUAITA ALEGRE

Viceministra de la Mujer

Presente.-

Referencia : Oficio N° 861-2012-2013/CSP-CR

De mi mayor consideración:

Tengo el agrado de dirigirme a usted para saludarla cordialmente y remitir a su despacho el Informe Técnico N°083-2012-MIMP/DGIGND/DPPDM-MIEV, sobre el Proyecto de Ley 1722/2012-CR, que propone la Ley que regula la reproducción humana asistida presentado por el congresista Tomas Zamudio Briceño.

Al respecto, cabe señalar que la suscrita comparte con la opinión dada por la profesional de esta Dirección.

Asimismo, adjunto propuesta de nota para elevación al Despacho Ministerial y propuesta de oficio dirigido a la presidenta de la Comisión de Salud y Población del Congreso de la Republica remitiendo la opinión solicitada.

Atentamente,

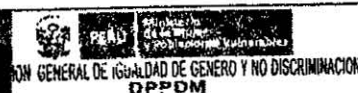
GRECIA E. ROJAS ORTÍZ
Directora General
Dirección General de Igualdad de Género y No Discriminación
Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables



PERÚ

Ministerio
de la Mujer y
Poblaciones Vulnerables

Viceministerio
de la Mujer



19 DIC. 2012

"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"
"Año de la Integración Nacional y el Reconocimiento de Nuestra Diversidad"

RECIBIDO
Reg. N° 16.60
Hora: 16:50 Firma: ea

INFORME N° 083-2012/MIMP/DGIGND/DPPDM-MIEV

A: **SILVIA QUINTEROS CARLOS**
Directora de Promoción y Protección de los Derechos de la Mujer

Asunto: Opinión sobre proyecto de ley N° 1722/2012-CR

Referencia: Expediente 2012-031-E039783

Fecha: 18 de diciembre del 2012.

I. ANTECEDENTES

Por oficio N° 861-2012-2013/CSP-CR de fecha 10 de diciembre, la presidenta de la Comisión de salud y población del Congreso de la República envía para opinión el proyecto de ley de la referencia presentado por el Grupo Parlamentario Gana Perú a iniciativa del Congresista Tomás Zamudio Briceño.

II. FUNDAMENTACIÓN LEGAL

2.1 INTERNACIONAL

Naciones Unidas

2.1.1 Declaración Universal de los Derechos Humanos. En sus artículos 1, 2, 3, 7, 22 se consagran los derechos de toda persona a ser igual ante la ley y a que le sean respetados y reconocidos sus derechos, entre ellos el de formar una familia y el de una seguridad social que le permita la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.¹

2.1.2 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales². Contempla en sus artículos 1, 2, 3, 4, 15 el compromiso de los estados a garantizar el ejercicio de los derechos económicos sociales y culturales sin distinción alguna, tanto a hombres como a mujeres así como entre otros derechos la igualdad entre mujeres y hombres. Además, al derecho de gozar de los beneficios del progreso científico y sus aplicaciones.

2.1.3 Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer - CEDAW.³ Compromete a los Estado a adoptar medidas para acelerar la igualdad de facto tomando las medidas apropiadas para eliminar la discriminación.

¹ Aprobada por el Perú mediante Resolución Legislativa N° 13282 del 15 de diciembre de 1959.

² Aprobado por Decreto Ley N° 22129 del 28 de marzo de 1978. Fecha de entrada en vigencia el 28 de julio de 1978.

³ Suscrita por el Estado peruano (23/07/1981), ratificada por Resolución Legislativa 23432 (5/06/1982).

contra la mujer tanto en la esfera económica como familiar, seguridad social. (Artículos 1, 2, 3,4, 6, 10,12, 14)

No Vinculantes

- 2.1.4 Plataforma de Acción de Beijing y Programa de Acción Regional para las mujeres de América Latina y el Caribe 1995-2001⁴. Contiene objetivos estratégicos y las medidas que deben asumir los Estados en torno a garantizar, en condiciones de igualdad, la salud sexual y reproductiva así como:

“entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia. Esta última condición lleva implícito el derecho del hombre y la mujer a obtener información y de planificación de la familia de su elección, así como a otros métodos para la regulación de la fecundidad que no estén legalmente prohibidos, y acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables, el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos y den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos.”⁵

- 2.1.5 Programa de Acción de la Conferencia Mundial sobre Población y Desarrollo – El Cairo. Dentro de los objetivos se hace referencia a la igualdad y equidad entre los sexos y habilitación de la mujer. Para ello se recomienda la creación de mecanismos que garanticen el acceso de la mujer a los servicios de salud sexual y reproductiva. Además, entre sus principios se dice que los Estados deberían adoptar medidas para asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, “el acceso universal a los servicios de atención médica, incluidos los relacionados con la salud reproductiva, que incluye la planificación de la familia y la salud sexual. Los programas de atención de la salud reproductiva deberían proporcionar los más amplios servicios posibles sin ningún tipo de coacción. Todas las parejas y todas las personas tienen el derecho fundamental de decidir libre y responsablemente el número y el espaciamiento de sus hijos y de disponer de la información, la educación y los medios necesarios para poder hacerlo.”⁶

Organización de Estados Americanos

Vinculantes

- 2.1.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos. Este tratado regional tiene disposiciones específicas relacionadas con el derecho a la igualdad así como la protección del derecho del hombre y de la mujer a fundar una familia. Asimismo, los Estados Partes se comprometen a respetar los derechos y libertades

⁴ Fue adoptada en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer realizada en Beijing, en septiembre de 1995

⁵ Ver párrafo 94 de Informe de Cuarta Conferencia Mundial de Naciones Unidas sobre la Mujer, en Beijing en 1995

⁶ Capítulo VII. Derechos Reproductivos y Salud Reproductiva.

reconocidos en ella, garantizando su libre y pleno ejercicio sin discriminación alguna, inclusive lo de atención médica. (Artículos 1, 2, 11, 17, 24)

2.1.7 Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer - Belém Do Pará. En el Sistema interamericano, la Convención Belem Do Pará, contiene dispositivos que indican qué es violencia contra la mujer y hacer que se cumpla la Convención. (artículos 1 y 7)

2.2 NACIONAL

2.2.1 Constitución Política de la República. Contempla la igualdad de mujeres y hombre ante la ley, prohibiendo toda forma de discriminación incluso cuando esta tenga como fundamento el sexo (Art. 2, Num. 2). De manera específica se reconoce el derecho universal a un seguro social y a prestaciones de salud.

2.2.2 Ley N° 28983, Ley de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres. Promueve y garantizar la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, adoptando todas las medidas necesarias que permitan remover los obstáculos que impiden el ejercicio pleno de este derecho, con el fin de erradicar todas las formas de discriminación. Además, se consideran entre los lineamientos del Ejecutivo se encuentran i) Garantizar el derecho a la salud en cuanto a la disponibilidad, calidad, aceptabilidad y accesibilidad a los servicios, con especial énfasis en la vigencia de los derechos sexuales y reproductivos, la prevención del embarazo adolescente, y en particular el derecho a la maternidad segura. (Artículos 4 y 6)

2.2.3 Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo⁷. Establece la inclusión y equidad como principios de desarrollo, hace referencia a expresiones de Igualdad de Oportunidades (Quinta Disposición Complementaria), así como las funciones de los ministerios (Art. 23). Además, establece los requisitos para formar comisiones y su naturaleza.

2.2.4 Decreto Supremo N° 027-2007-PCM. Define las políticas nacionales de obligatorio cumplimiento para las entidades del gobierno nacional, regulando entre otros, en Materia de Igualdad de Mujeres y Hombres, promoviendo la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en las políticas públicas, planes nacionales y prácticas del Estado.

2.2.5 Ley General de Salud, Ley N° 26842 que en su artículo 7° indica que toda persona tiene derecho a recurrir a un tratamiento para su infertilidad.

III. ANÁLISIS

La norma propuesta está tomada literalmente de la ley española Ley 14/2006 publicada en el Boletín Oficial del Estado, núm. 126 de 27 de mayo de 2006, páginas 19947 a 19956 y que ha sido tomado de la siguiente dirección web: <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2006-9292> el día de hoy.

⁷ Del 20 de diciembre del 2007, modificada por Ley N° 29209.

En esta ley que ya forma parte del ordenamiento jurídico español positivo vigente, no sólo se tocan los contenidos de los artículos del 1 al 16 sino que además propone un "régimen de infracciones y sanciones, en el que se definen las conductas prohibidas y se les asignan las correspondientes sanciones", lo cual se omite en la propuesta peruana.

Además, la exposición de motivos peruana no hace mayor abundamiento a la realidad nacional sobre el tema ni cuál es la situación peruana en este tema, a diferencia de la exposición de motivos de la ley española en la que analizan el impacto de una ley precedente sobre el tema y tratan de corregir los problemas en ella suscitados con la presente norma. Asimismo, otorga un capítulo completo al tema de los centros sanitarios y equipos biomédicos así como las autorizaciones respectivas, lo que se omite en la propuesta peruana.

Considero que este tema reviste la mayor seriedad y no basta con trasladar una parte de una ley que sirve para un país con el cual, ciertamente tenemos afinidad, pero cuya realidad es totalmente diferente a la nuestra y no por ello podemos aprobar una norma que responde a sus necesidades. Es más, en la norma española se crean instituciones que no existen en nuestra legislación y ello no sólo requiere de un mayor análisis sino de la asignación presupuestal correspondiente, por lo que también es necesario hacer un mayor análisis costo beneficio que nos indique cuánto se necesita para implementar una Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, que según la norma española es "es el órgano colegiado del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, de carácter permanente y consultivo, dirigido a asesorar y orientar sobre la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida, a contribuir a la actualización y difusión de los conocimientos científicos y técnicos en esta materia, así como a la elaboración de criterios funcionales y estructurales de los centros y servicios donde aquéllas se realizan."⁸

Independientemente de este tema relativo a la copia de la norma y al poco análisis que reviste la exposición de motivos planteada, considero que es imperativo contar con la opinión del Colegio Médico del Perú y del Consejo Nacional de Bioética.

Además, considero pertinente que se analicen y tomen en cuenta los argumentos a favor y en contra que existen en la literatura respecto de este tema. Así, el Instituto Interamericano de Derechos Humanos y el Fondo de Población de las Naciones Unidas han elaborado un documento que permite iniciar un debate sobre este tema: Reproducción asistida, género y derechos humanos en América Latina.⁹ Tomando como referencia esta publicación, considero pertinente transcribir literalmente los argumentos a favor y en contra esbozados en este documento realizados por personas expertas en el tema y con el auspicio de una institución como el IIDH y UNFPA:

"Argumentación a favor de las técnicas de reproducción asistida:

⁸ Ver <http://www.cnrha.msssi.gob.es/>, página web de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida

⁹ Ver IIDH-UNFPA. REPRODUCCIÓN ASISTIDA, GÉNERO Y DERECHOS HUMANOS EN AMÉRICA LATINA. San José, 2008.

- 1) **Ayuda a la paternidad o a la maternidad:** su peso radica en la necesidad y el derecho de los seres humanos a tener hijos biológicos. Considera la infertilidad como un problema que puede ser superado y a estas técnicas como un medio posible de lograrlo. Como veremos luego este argumento se puede respaldar desde la defensa de los derechos humanos, al considerar a estas prácticas como incluidas en la salud sexual y reproductiva y a la intimidad y privacidad familiar, entre otros.
- 2) **Argumento del pluralismo:** este argumento complementa el anterior. Agrega que aceptar y legislar sobre este tipo de técnicas implica comprometerse a que la gente las pueda elegir, pero no a que todas las personas deban someterse a ellas. No obliga a nadie a realizar una práctica con la que desacuerda. Señala la posibilidad de compatibilizar la posición de quienes que quieren superar su problema de infertilidad y quienes, por creencias religiosas, por ejemplo, no quieren someterse a ellas. Esto es, reconoce que pueden haber diferentes concepciones respecto, por ejemplo, de los embriones en relación a la criopreservación o al descarte de los mismos y es, justamente por eso, por la divergencia que puede implicar en convicciones religiosas, que algunas personas prefieren no someterse a estas técnicas así como otras no encontrarán mayores problemas.
- 3) **Adquisición beneficiosa de conocimiento:** se sostiene que, dado que el desarrollo de estas técnicas reproductivas requiere la investigación de estadios tempranos del embrión y del medio en donde éste se desarrolla, se obtiene por medio de ellas conocimiento acerca de la reproducción y los primeros estadios del embrión que puede ser usado para beneficiarnos. Por ejemplo, este conocimiento permite determinar de qué manera el feto es afectado por toxinas en el medio ambiente y por drogas que usa la madre. En segundo lugar, el conocimiento adquirido sobre estadios tempranos del embrión y su evolución genética permite que se localicen defectos genéticos y así, en un futuro, evitar ciertas enfermedades. Además, el conocimiento sobre la situación ideal para que se realice la fecundación ayuda, paradójicamente, a mejorar las técnicas de contracepción. Si bien este argumento respalda estas técnicas, lo hace considerándolas como un medio para otro objetivo. Señala los beneficios secundarios que estas técnicas brindarían."

Argumentos que rechazan el uso de las técnicas de reproducción asistida:

- 1) **Argumento de lo natural:** este argumento enfatiza lo antinatural y artificial de las técnicas. Señala que la gestación se realiza por medios mecánicos o tecnológicos o por contratos sociales, sin amor¹⁰. Concluye, que como consecuencia de lo anterior, el uso de las mismas llevará a la destrucción del matrimonio y de la institución de la familia.

Este argumento no parece estar bien fundamentado. Combina dos elementos: la crítica a lo no-natural y una versión del argumento de la "pendiente resbaladiza".

¹⁰ Este es el caso de la maternidad sustituta, por la cual se puede gestar el hijo de otras personas con las cuales se realiza un contrato social.

A lo primero se puede contra-argumentar explicando que, del hecho de que la técnica no sea natural o de que se realicen complicados contratos sociales, no implica que el bebé por nacer no sea deseado o querido. Además, el argumento de la antinaturalidad de las prácticas podría ser aplicado a toda la medicina en general, ya que lo que ésta hace es básicamente alterar el curso de la naturaleza e ir en contra de procesos –como las enfermedades– que son “naturales”. Es más, toda la historia de la humanidad puede leerse como una “lucha” en contra de la naturaleza.

Muchas veces subyace a esta crítica cierta idealización de los procesos naturales: lo natural por el hecho de ser natural parece calificar como bueno. Una suerte de falacia naturalista que confunde el “es” con el “debe”. En este sentido, vale la pena recordar que en la mayoría de las situaciones el problema no es la técnica, sino los usos (y abusos) que pueden hacerse de ella. Los seres humanos muchas veces buscan la maternidad o paternidad por motivos no necesariamente loables, pero esto puede llevarse a cabo por vías naturales o no-naturales. Lo que sucede es que al recurrir a un proceso tecnológico aquellas motivaciones parecen exhibirse de una manera desembosada.

Respecto del argumento de la “pendiente resbaladiza”, este esgrime que la aceptación o modificación de una práctica nos desliza a la aceptación de otras prácticas sociales las cuales, finalmente, destruirán la estructura social o llevarán al caos. Esto es, que la primera alteración que se efectúa del *status quo* implicará deslizarse por una pendiente resbaladiza, ya que una vez aceptado el primer cambio en cuestión resulta imposible poner límites o frenos. La lógica subyacente es que si se acepta a, entonces necesariamente tendremos que aceptar b, c, d.... Considera imposible establecer límites o criterios que distingan entre las diferentes prácticas. En general se considera a este tipo de argumento como falaz. En esta versión del argumento de la “pendiente resbaladiza” tampoco queda claro por qué el uso de estas técnicas podría destruir a la familia.

Por otro lado, el riesgo de que esta técnica pueda llegar a generalizarse produciendo un caos social no parece muy factible, ya que sólo aquellas parejas con problemas de infertilidad utilizarían estas técnicas que son costosas, incómodas y que implican la intervención médica y el consumo de drogas y hormonas. Parecería, entonces, que la amorosa reproducción natural debería seguir siendo el método preferido para concebir hijos.

- 2) **Argumento de la “disolución social por la manipulación de material reproductivo”:** Se trata de otra versión del argumento de la “pendiente resbaladiza”. El mismo plantea que la aceptación de este tipo de técnicas conduciría al caos y a la disolución social (ya sea porque abrirían la puerta a experimentaciones con embriones u otras manipulaciones semejantes degradando el sentido de la vida y fomentando una “cultura de la muerte”) y que, ante este peligro, es mejor no aceptarlas. Nuevamente este razonamiento se puede criticar por el uso falaz del argumento de la “pendiente resbaladiza”. Hay, sin embargo, un punto que reviste importancia y éste se vincula con la posibilidad de abusos y malos usos de tales técnicas. Esta es una posibilidad, sin embargo, existen alternativas legales o regulaciones que pueden trazar límites y fijar

condiciones para los usos de tales técnicas. No obstante es claro que regular o reglamentar no implica una prohibición total.

- 3) **Argumento de la opresión de las mujeres:** varias filósofas feministas han tratado de ubicar estas técnicas en un contexto histórico y social para evaluarlas. Hay dos líneas de análisis que llevan a dos críticas diferentes aunque relacionadas. La primera, señala que la inversión y énfasis en nuevas tecnologías que facilitan la maternidad o la paternidad biológicas, refuerza la idea de que las mujeres necesitan ser madres para sentirse satisfechas. Como la maternidad ha sido históricamente una justificación importante para limitar sus oportunidades en la sociedad, muchas feministas tienen cierta aprehensión a estos desarrollos tecnológicos que ponen a la maternidad en el centro de la vida de las mujeres. Estas técnicas, entonces, serían más opresivas que liberadoras, en la medida en que fomentan el rol reproductor de las mujeres. En una línea semejante, se ha argumentado que la mera existencia de técnicas como la fecundación *in vitro* (FIV) para tratar la infertilidad femenina hace que se someta a una presión indebida a las mujeres infértiles, de las cuales se espera demasiado (aún a costa de daños psicológicos) para superar su infertilidad. La mera posibilidad de lograr un embarazo por medio de la FIV puede hacer más difícil que aquellas mujeres que son infértiles asuman esta condición, ya que se sienten presionadas a intentar este tipo de técnicas.

En segundo lugar, otro tipo de argumentación desde el feminismo señala que la concepción tecnológica transfiere el control reproductivo de las mujeres a los médicos. Aunque reconozcan que algunas mujeres que son incapaces de concebir se pueden beneficiar de estas tecnologías, la literatura feminista, afirma que a nivel de la sociedad, esta tecnología daña a las mujeres en tanto grupo colectivo más que ayudarla¹¹. Así, se concentran en los daños que las mujeres sufrieron en manos de lo que consideran una medicina dominada por los hombres y señalan los posibles abusos de las técnicas reproductivas. También subrayan que los varones han tratado por años de asumir el control sobre las capacidades reproductivas de las mujeres y que lo pueden lograr con la implementación de estas técnicas.

Estas posiciones son afines a una línea de pensamiento feminista, caracterizado como "radical", de acuerdo al cual se plantea una fuerte oposición al desarrollo de estas técnicas¹². Sin embargo, esto no agota la posición del feminismo¹³. Dentro del mismo feminismo hay críticas. Por ejemplo, Elaine Denny¹⁴ señala que la mayor debilidad de este tipo de argumentación es pensar a las mujeres como

¹¹ Strickler, *op. cit.*, 120

¹² Véase Rothman B.K. *Recreating Motherhood, Ideology and Technology in a Patriarchal Society*, Norton. New York, 1989.

¹³ Véase Callahan J. "Feminism and Reproductive Technologies", en Donchin A. y Purdy L.M. (eds.), *Embodying Bioethics: Recent Feminist Advances*, Lanham MD, Rowman and Littlefield, 1999. Para un panorama general de las posiciones feministas respecto de estos temas. También Tong R., *Feminist Approaches to Bioethics*, Westview, Colorado, 1997, p. 162 y ss.

¹⁴ Denny E. "Liberation or Oppression? Radical Feminism and In Vitro Fertilization", *Sociology of Health & Illness* 16 (1): 62-80. 1994.

universalmente oprimidas y pasivas; objetando que, en general, la literatura feminista ha tomado un enfoque teórico excluyendo la visión de las propias mujeres.

Así, las posiciones feministas pueden variar sustancialmente hacia una postura liberal cuyo acento esté puesto en la autonomía y la elección de las mujeres, o hacia posiciones también basadas en una perspectiva de género pero fundamentadas en los derechos humanos, como elementos fundamentales en el logro de la justicia e igualdad para todas las mujeres. En este sentido, sobre todo en determinadas sociedades, estas técnicas amplían la autonomía de las mujeres: le permiten desarrollarse, estudiar, ser profesionales y elegir quizás más tardíamente la maternidad. Esto tiene como consecuencia la posibilidad de superar algunas de las restricciones biológicas que la reproducción impone a la mujer como diferente del varón.

- 4) **Argumento de la posibilidad de adopción:** este argumento no ataca a las técnicas reproductivas en sí, sino que señala que no es necesario que quienes son infértiles recurran a ellas, dado que siempre existe la posibilidad de adoptar un bebé.

Es importante notar que este argumento puede ser usado también para objetar la reproducción natural. La existencia de niños que necesitan un buen hogar es independiente de la fertilidad o infertilidad de quienes pueden adoptar. Como el argumento de la adopción, podría extenderse no sólo a parejas infértiles sino también a cualquier pareja. Vale la pena preguntarse si no se trata injustamente a las personas con problemas de fertilidad, al hacer recaer en ellas todo el peso de la adopción.

Por otro lado no puede negarse el valor altamente positivo y ético que surge cuando se adopta un bebé: implica hacer un bien al niño que frecuentemente se encuentra en instituciones públicas y es recibido por una familia que lo quiere y educa, involucra un bien para esa pareja que logra su deseo de formar una familia y también entraña un bien para la sociedad. En esta ecuación todos parecen ganar y, efectivamente, en la mayoría de los casos es así. Sin embargo, puede objetarse este argumento por ser supererogatorio: esto es, una exigencia que podemos realizar si así lo deseamos, pero que no estamos obligados a efectuar.

De hecho, ésta parece ser una de las decisiones más "fáciles" y éticamente ideal. Paradójicamente, no es la opción más elegida. Los motivos son variados: 1) Querer tener un hijo propio (de la misma sangre); 2) Las dificultades inherentes al proceso de adopción, como por ejemplo la falta de "disponibilidad" de bebés para adoptar, con la consecuente espera durante varios años para hacerlo así como también en muchos casos años de angustia (aún cuando el niño ya vive con la familia adoptiva) para obtener los papeles y la adopción definitiva; 3) Requerimientos económicos y sociales por parte del Estado (personas de escasos recursos o con una "moral" no aceptada pueden ser rechazadas como candidatas para la adopción); 4) Desconocimiento de los antecedentes de salud del niño a adoptar.

Estos son, entre otros, los motivos que hacen que una pareja acuda a las tecnologías reproductivas. Si bien es moralmente deseable adoptar un niño, no puede ser una obligación el tener que hacerlo. Muchas veces se confunden estos dos argumentos y del hecho de que es éticamente ideal adoptar, se infiere que deben prohibirse las técnicas de reproducción asistida. Efectivamente, si se acepta que es éticamente ideal adoptar, lo es en general y no sólo en el caso de parejas infértiles.

En función de estas razones, hay que tener en claro que tanto las técnicas de reproducción asistida como la de adopción son dos alternativas diferentes que serán elegidas según las posibilidades y problemas de cada persona y cada pareja.¹⁵

Con los argumentos a favor y en contra transcritos del documento del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, es necesario hacer una reflexión sobre estas técnicas y construir un adecuado marco legal que cumpla con el objetivo de ayudar a superar el problema de fertilidad y contribuir a evitar que se haga un uso inadecuado de estas técnicas de reproducción asistida así como brindar información específica sobre cada una de ellas.

El hecho que en Latinoamérica no exista mayor regulación al respecto o que sólo se ofrezcan estas técnicas de reproducción asistida a parejas estables o matrimonios, no significa que no se requiera de un estudio profundo en nuestra región.

IV. ANÁLISIS COSTO/BENEFICIO

Tal y como se informó en el análisis de la norma que nos presentan, se considera que sí existe un costo para implementar esta norma, el cual debe ser calculado y presupuestado para que pueda funcionar una Comisión Nacional de Reproducción Humana.

V. CONSTITUCIONALIDAD

La norma que se presenta se encuentra enmarcada dentro de la Constitución Política del Perú, sin embargo es necesario que la propuesta que se presente contenga un mayor fundamento y esté acorde a todo nuestro ordenamiento jurídico positivo vigente.

VI. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

- 6.1 Consideramos que una norma de este tipo requiere de un mayor análisis y la necesidad de un diagnóstico según la realidad peruana y no sólo la transcripción de una norma foránea.
- 6.2 Debería revisarse la temática propuesta en este proyecto ya que la alcanzada es una copia literal de la ley española sobre la materia. En tal sentido, manejar la experiencia

¹⁵ IIDH. op. cit. páginas 19-27.

latinoamericana de Costa Rica y Argentina, con énfasis en la norma aprobada en Buenos Aires, consideramos que sería importante.

- 6.3 Tomar en cuenta los argumentos a favor y en contra de esta norma, de tal manera que un grupo de expertos y expertas en la materia puedan iniciar un debate sobre el tema, teniendo en cuenta los derechos de todos y todas a tener una descendencia, si así lo desearan, con prescindencia del estado civil u orientación sexual de las personas.
- 6.4 Constituir un grupo de trabajo que revise este tema desde una perspectiva bioética y que pueda determinar cuál es el límite del uso de estas técnicas así como cuáles las prohibiciones.

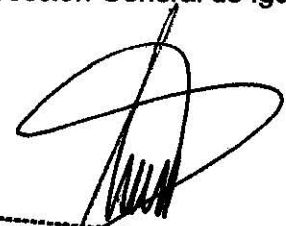
Atentamente,



María Isabel Echegaray Villanueva

Se adjunta copia de la Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida.

Dado cuenta con el informe que antecede, el mismo que la suscrita hace suyo, remítase a la Dirección General de Igualdad de Género y No discriminación, para los fines pertinentes.



Lic. SILVIA QUINTEROS CARLOS
Directora (e)
Dirección de Promoción y Protección
de los Derechos de la Mujer - DPPDM
MIMP



PERÚ

Ministerio
de la Mujer y
Poblaciones Vulnerables

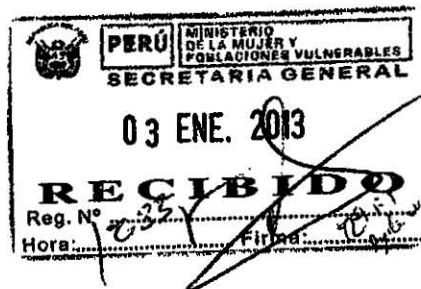
Viceministerio
de la Mujer

"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"

Lima, 02 ENE 2013

NOTA N° 003 -2013-MIMP/DVMM

Señora
ELSA CUBILLAS BUENO
Secretaria General - MIMP
Presente.-



Asunto : Proyecto de Ley 1722/2012-CR – Ley que Regula la Reproducción Humana Asistida

Referencia : Oficio N° 861-2012-2013/CSP-CR
H. de T. Expediente N° 2012-031-E039783

De mi consideración:

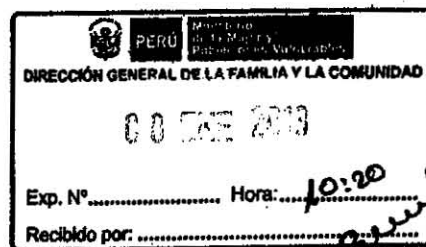
Es grato dirigirme a usted en atención al Oficio N° 861-2012-2013/CSP-CR, mediante el cual la Presidenta de la Comisión de Salud y Población del Congreso de la República solicitó a este Ministerio su opinión respecto al Proyecto de Ley 1722/2012-CR – Ley que Regula la Reproducción Humana Asistida.

A fin de dar respuesta a la solicitud, tengo el agrado de adjuntar el Informe Técnico 083-2012-MIMP/DGIGND/DPPDM-MIEV.

Agradeciendo de antemano su envío a la Comisión de Salud y Población del Congreso de la República, hago propicia la ocasión para manifestarle los sentimientos de mi consideración y estima personal.

Atentamente,

MARCELA HUAITA ALEGRE
Vice-Ministra de la Mujer
MIMP





Lima, 28 de diciembre de 2012

INFORME N° 008-2012-MIMP/DVMM/FMVA

Doctora
MARCELA HUAITA ALEGRE
Viceministra de la Mujer
Presente.-

Asunto : Proyecto de Ley 1722/2012-CR – Ley que Regula la Reproducción Humana Asistida

Referencia : Oficio N° 861-2012-2013/CSP-CR
H. de T. Expediente N° 2012-031-E039783

Tengo el agrado de dirigirme a usted, en relación con el asunto del rubro, a fin de informarle lo siguiente:

I. ANTECEDENTES:

Mediante Oficio N° 861-2012-2013/CSP-CR, del 10 de diciembre de 2012, la Presidenta de la Comisión de Salud y Población del Congreso de la República remitió a este Ministerio para su opinión el Proyecto de Ley 1722/2012-CR – Ley que regula la Reproducción Humana Asistida. La solicitud fue derivada a este Viceministerio el 12 de diciembre de 2012.

En respuesta a dicha solicitud, mediante Nota 163-2012-MIMP/DGIGND, la Dirección General de Igualdad de Género y No Discriminación remitió a este Viceministerio el Informe Técnico 083-2012-MIMP/DGIGND/DPPDM-MIEV. Este informe señala que el Proyecto de Ley y parte importante de la Exposición de Motivos son copia literal de la Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida de España, del 27 de mayo de 2006, la cual se adjunta en anexo.

Por ello, en dicho informe se recomienda un mayor análisis del tema de acuerdo a la realidad peruana y la experiencia latinoamericana comparada (e.g. Argentina, Costa Rica). También recomienda tomar en cuenta los argumentos a favor y en contra de esta norma, a fin de iniciar un debate con un grupo de expertas y expertos en la materia, así como constituir un grupo de trabajo que revise el tema desde una perspectiva bioética, y contar con la opinión del Colegio Médico del Perú y el Consejo Nacional de Bioética.

II. BASE LEGAL

- Convención Americana de Derechos Humanos
- Corte Interamericana de Derechos Humanos - Caso *Artavia Murillo y otros (Fertilización in Vitro) v. Costa Rica*.
- Constitución Política del Perú
- Decreto Legislativo 1098 – Ley de Organización y Funciones del MIMP.
- D.S. 003-2012-MIMP - Reglamento de Organización y Funciones del MIMP.



PERÚ

Ministerio
de la Mujer y
Desarrollo Social

Vicepresidencia
de la Mujer

"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"
"Año de la Integración Nacional y el Reconocimiento de Nuestra Diversidad"

III. ANÁLISIS

- 3.1. El MIMP tiene competencia para emitir opinión en virtud del artículo 5, inciso b) y c) de su Ley de Organización y Funciones, y el artículo 2 incisos b) y c) de su Reglamento de Organización y Funciones, que declara al Ministerio competente en protección y promoción de los derechos de las mujeres.

Ello porque la reproducción humana asistida no solo implica el ejercicio de los derechos reproductivos, sino también de derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política y en la Convención Americana de Derechos Humanos como son el derecho a la integridad personal (artículo 5.1), libertad personal (artículo 7.1) y a la vida privada y familiar (artículo 11.2 y 17). Ello fue recientemente desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su sentencia sobre el caso *Artavia Murillo y otros (Fertilización in Vitro) v. Costa Rica*, del 28 de noviembre de 2012.¹

Esta rectoría en el tema también se fortalece a través del Plan Nacional de Población 2010-2014, el cual a través de la Política y el Plan de Población garantiza, entre otros, los derechos de la persona a formar su familia y al respeto de su intimidad, a la libre determinación del número de hijos, y a la salud integral y al libre desenvolvimiento de su personalidad.²

- 3.2. De la comparación entre la Ley 14/2006 de España y el Proyecto de Ley citado, queda claro que, efectivamente y tal como señala el Informe Técnico 083-2012-MIMP/DGIGND/DPPDM-MIEV, el proyecto reproduce casi en su integridad la norma española sobre reproducción humana asistida.

- 3.3. Del mismo modo, la exposición de motivos reproduce parcialmente aquella de la norma española, y no profundiza en el análisis de la realidad nacional y las necesidades específicas de mujeres y hombres peruanos que requieran de estas técnicas de reproducción. El Proyecto y la Exposición de Motivos deberían tener en cuenta los antecedentes nacionales, como el Informe Final de la Comisión Especial de Estudio del Anteproyecto de la Ley de Reforma del Código Civil (2011) donde, al igual que el Proyecto de Ley, se realizan propuestas sobre filiación en casos de reproducción asistida.

Asimismo, debe tener en cuenta antecedentes interamericanos, como la sentencia del caso *Artavia Murillo y otros (Fertilización in Vitro) v. Costa Rica*, donde se analiza el tema con una perspectiva de derechos, a la luz de la Convención Americana de Derechos Humanos, tratado vinculante para el Perú.

- 3.4. Asimismo, tal como señala el Informe Técnico 083-2012-MIMP/DGIGND/DPPDM-MIEV, el Proyecto de Ley no realiza un análisis costo-beneficio. El Proyecto se limita a decir que no irroga gastos al erario nacional, cuando el articulado propone la

¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso *Artavia Murillo y otros (Fertilización in Vitro) v. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 noviembre de 2012, Serie C No. 257, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf

² MINISTERIO DE LA MUJER Y DESARROLLO SOCIAL. Plan Nacional de Población 2010-2014. Segunda Edición. Lima: MIMDES, 2011, p. 16.



"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"
"Año de la Integración Nacional y el Reconocimiento de Nuestra Diversidad"

creación de instituciones como la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, que requerirá presupuesto y contratación de personal.

- 3.5. Finalmente, debido a la complejidad del tema, resulta viable un debate más amplio sobre esta propuesta, que involucre a expertas, expertos y otros actores en el tema, como el Colegio Médico del Perú y el Consejo Nacional de Bioética, tal como fuera propuesto en el Informe Técnico 083-2012-MIMP/DGIGND/DPPDM-MIEV.
- 3.6. Asimismo, debido a que los derechos involucrados en la reproducción humana asistida se relacionan con los planes ejecutados por la Dirección General de Población y la Dirección de Fortalecimiento de las Familias, se recomienda reenviar el expediente al Viceministerio de Poblaciones Vulnerables para solicitar su opinión y acompañarla a las opiniones de este Viceministerio.

IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Se recomienda:

- 4.1. Solicitar al Viceministerio de Poblaciones Vulnerables su opinión respecto al presente proyecto de ley, por ser de su incumbencia.
- 4.2. Remitir a la Comisión de Salud y Población del Congreso de la República una versión consolidada del Informe Técnico 083-2012-MIMP/DGIGND/DPPDM-MIEV, el presente Informe N° 008-2012-MIMP/DVMM/FMVA, y el Informe que presente el Viceministerio de Poblaciones Vulnerables.

Sin otro particular, hago propicia la oportunidad para reiterarle los sentimientos de mi especial consideración y estima personal.

Atentamente,



Maria Valdez
Dora de María Valdez
Asesora
Viceministerio de la Mujer

Lima, 23 de enero de 2013

OFICIO N° 001-13-VR-USMP

Señora

KARLA SCHAFFER CUCULIZA

Presidenta de la Comisión de Salud y Población

Congreso de la República

Presente.-



De mi especial consideración:

Tengo el agrado de dirigirme a usted con referencia al Oficio N° 899 – 2012 – 2013- CSPR-CR, enviado a nuestro Señor Rector, Ingeniero Jose Antonio Chang Escobedo, en ese sentido la Universidad de San Martín de Porres tiene a bien dar su opinión acerca del Proyecto de Ley 1722/2012-CR, presentando por el Grupo Parlamentario Gana Perú a iniciativa del Congresista Tomás Zamudio Briceño, que propone la ley que regula la reproducción humana asistida.

El proyecto de ley en mención fue analizado y estudiado por nuestra Facultad de Medicina Humana, encabezado por su Decano, Dr. Frank Lizaraso Caparó, que ha calificado este Proyecto como un **acierto**, pues permitirá regular la reproducción humana asistida en el Perú.

Unas de las recomendaciones de la USMP es que las entidades e instituciones que realicen estas técnicas deberán ser altamente especializadas, calificadas y acreditadas internacionalmente con el fin de asegurar la calidad de los profesionales médicos y técnicos, así como de los equipos científicos que se utilizan en estos procesos. Además, la USMP sugiere también que en todo proceso de reproducción asistida intervenga un Comité de Ética y Bioética para la investigación humana, para que regule y supervise el consentimiento informado de los donantes que se sometan a estos procedimientos

La Universidad de San Martín de Porres agradece a su digno despacho por habernos solicitado opinión en un tema tan importante como la reproducción asistida humana, cuyo Proyecto de Ley esperamos sea aprobada primero por la Comisión de Salud y Población y luego en el Pleno del Congreso de la República.

Agradeciendo su fina atención a la presente, aprovecho la oportunidad para renovar los sentimientos de mi alta consideración.



Ing. Raúl Bao García
VICERRECTOR

COMISIÓN DE SALUD Y POBLACIÓN P.L.	
Fecha: 28/01/13	N° Proveído: _____
Pase a: <i>M. Bustos</i>	Para: _____
Coord. Con: _____	Atención _____
Urgente ☐	Elab. Proy. _____
Importante ☒	Ayuda memoria _____
	Conocimiento y fines _____
	Archivos ☒
	Otros: _____

R. Tarazona

ARCHIVAR P.L. 1722/2012

Rectorado
Jr. Las Calandrias N° 151 - 291 - Santa Anita
Telf: 362-0064 / 317-2130
Fax: 363-0557

- *Modo: conocimiento impreso*



MINISTERIO PÚBLICO
Secretaría General de la
Fiscalía de la Nación

CONGRESO DE LA REPÚBLICA
COMISIÓN DE SALUD Y POBLACIÓN
25 ENE. 2013 1329
RECIBIDO
Firma: _____ Hora: _____

OFICIO N° 0316 - 2013-MP-FN-SEGFN

Lima, **07 ENE 2013**

Señora
KARLA M. SCHAEFER CUCULIZA
Congresista de la República
Presente.-

CONGRESO DE LA REPÚBLICA
ÁREA DE TRÁMITE DOCUMENTARIO
MESA DE PARTES
09 ENE. 2013
RECIBIDO
Firma: _____ Hora: _____

033500

Ref.: Oficio N° 889-2012-2013/CSR-CR

P.L. 1722-2012

De mi mayor consideración:

Tengo el honor de dirigirme a usted, por especial encargo del señor Fiscal de la Nación, a fin de remitirle el Oficio N° 4091-2013-MP-FN-IML/JN en folios (03), cursado por el doctor Gino Dávila Herrera, Jefe Nacional del Instituto de Medicina Legal del Ministerio Público, a través del cual, brinda información solicitada mediante su documento de la referencia; lo que hago de su conocimiento para los fines pertinentes.

Aprovecho la oportunidad que brinda el presente para reiterarle la seguridad de mi especial consideración y estima personal.

Atentamente,

EDUARDO VLADIMIR CUEVA POMA
SECRETARIO GENERAL
FISCALÍA DE LA NACIÓN

EVCP/epp
Reg. N° 33657-12

COMISIÓN DE SALUD Y POBLACIÓN
Fecha: 25.01.13 N° Provido: _____
Pase a: _____ Para: _____
Coord. Con: _____
Urgente ☐ Importante ☐
Atención ☐
Elab. Proy. ☐
Ayuda memoria ☐
Conocimiento y fines ☐
Archivos ☒
Otros: ☐

Ministerio Público - Fiscalía de la Nación

31 AÑOS
Defendiendo la Legalidad



MINISTERIO PÚBLICO
FISCALÍA DE LA NACIÓN
JEFATURA NACIONAL DEL
INSTITUTO DE MEDICINA LEGAL

"Año de la Integración Nacional
y el reconocimiento de Nuestra Diversidad"

Dr. Panto

Lima,

28 DIC. 2012

33657-12

OFICIO N° *4091* -2012-MP-FN-IML/JN

Señor Doctor
JOSE ANTONIO PELAEZ BARDALES
Fiscal de la Nación del
Ministerio Público
Presente.-



**ASUNTO: OPINION TECNICA SOBRE PROYECTO DE LEY
N°1722/2012-CR**

Tengo el agrado de dirigirme a usted con la finalidad de dar opinión al documento de la referencia sobre el proyecto de Ley N 1722/2012-CR "Ley que Regula la Reproducción Humana Asistida", presentada por el congresista Tomas Zamudio Briceño.

Al respecto debo mencionar que es de necesidad del estado peruano regular toda actividad relacionada con el manejo de material biológico humano en vista que en la actualidad la ciencia ha tenido un gran progreso y mientras se ha producido una amplia gama de aplicaciones al bienestar del ser humano también se han incrementado las situaciones con complejos dilemas de tipo bioético.

En ese sentido este proyecto de ley N 1722/2012-CR comprende aspectos relacionados:

- a. Órganos de control
- b. Los donantes
- c. Las receptoras
- d. Crio preservación y consentimientos informados
- e. Uso de gametos(Óvulos)
- f. Uso de pre-embriones(gestación y uso terapéutico como **células madres**)
- g. Investigación sobre gametos y pre embriones (incluye investigación para generación de líneas **células madres para terapia**).

Sin embargo en cada uno de esos puntos es necesario definir en forma más clara los niveles de regulación que contribuyen a la bioética del uso de las técnicas de reproducción asistida y sus aplicaciones.

En ese sentido en el caso del Capítulo I relacionado a las disposiciones generales se observa que se debe definir con mayor detalle lo siguiente:





MINISTERIO PÚBLICO
FISCALÍA DE LA NACIÓN

JEFATURA NACIONAL DEL
INSTITUTO DE MEDICINA LEGAL

“Año de la Integración Nacional
y el reconocimiento de Nuestra Diversidad”

1. En el punto 1.b menciona aspectos de prevención y tratamiento de enfermedades de orígenes genéticos. Sin embargo en el Perú **solo se hace prevención**, y en el caso de tratamiento de enfermedades genéticas en pre-embriones deberá contar con una serie de regulaciones en relación a la manipulación genética, para asegurar que se utilicen técnicas validadas y aprobadas por organismos internacionales y nacionales que no afecten la estabilidad del genoma humano de las células pre embrionarias tratadas.

Se debe también especificar que se trata de prevención de ciertas enfermedades genéticas mediante la selección (por técnicas moleculares de diagnóstico genético pre-implantacional) de pre embriones no afectados por una enfermedad en concreto. La pareja que solicita este tipo de pruebas deberá presentar la documentación médica pertinente que acredite que dicha enfermedad en efecto es recurrente en su familia y representa un alto riesgo para su futura descendencia. El screening se hará únicamente para la detección de la causa genética (la mutación en cuestión) de dicha enfermedad o alteración cromosómica, más no para otras enfermedades para las cuales no se tiene un riesgo incrementado. De este modo se evitará que se pretenda hacer mal uso de esta técnica para seleccionar pre-embriones con ciertas características, ya que solo se seleccionaran aquellos pre-embriones que simplemente no tengan el factor de riesgo. El fin no es la mejora sino la prevención.

2. Es necesario incluir los Técnicas de reproducción humana se asistida que se están utilizando en la actualidad
 - a. Inseminación intrauterina (IIU)
 - b. Fecundación vitro(FIV)
 - c. Transferencia de gametos a las trompas de Falopio (GIFT)
 - d. Transferencia del embrión a las trompas de Falopio (TET)
 - e. Congelamiento de embriones
 - f. FIV con óvulos o embriones donados
 - g. Inyección intracitoplásmica de espermatozoides (ICSI)
 - h. Maternidad subrogada o vientre de alquiler

3. En relación a la Comisión Nacional de Reproducción Humana debe mencionar quienes la conformaran y además es recomendable la participación de instituciones o centros del estado y privados relacionados con la reproducción humana asistida y/o diagnóstico genético molecular.

4. Es necesario que dentro de la comisión Nacional se incluya un grupo de acreditación que vele por la adecuada aplicación de las técnicas de reproducción humana y diagnóstico genético molecular y cromosómico aplicado a reproducción humana, con el fin que estas





técnicas estén validadas. Por lo tanto es un órgano de carácter técnico.

5. Así mismo se deberá considerar la creación del Registro Nacional de Donantes de Gametos y pre embriones con el fin de llevar un mejor control del uso de este material biológico y que estará dentro de la Comisión Nacional.

En relación el caso del Capítulo II es necesario definir lo siguiente:

6. Es necesario por razones de regulación que involucren aspectos bioéticos que se defina en el caso de muestras de semen:
 - a. **Muestras Homologas** que corresponden al semen del padre
 - b. **Muestras Heterólogas** las cuales corresponden a los donantes de semen los cuales pueden pertenecer al mismo centro (**Muestras Heterólogas de Banco Interno**) o pueden pertenecer a otros centros nacionales o internacionales (**Muestras Heterologas de Banco Externo**)

Se debe asegurar que la selección de las muestras heterólogas cumplan normas de bioética en la cual no se haga su selección por características estéticas.

7. En el caso de las receptoras se debe definir:
 - a. **Receptoras de pre-embriones generados con óvulos propios**
 - b. **Receptora de pre-embriones generados con óvulos donados y vientre no subrogado**, es aquella paciente que por motivos fisiológicos y/o morfológicos no tiene óvulos adecuados y recurre a óvulos donados para poder ser madre.
 - c. **Receptoras de pre-embriones generados con óvulos donados y vientre subrogado**, es aquella mujer que recibe los pre-embriones ya sea de óvulos de la paciente o generada de óvulos diferentes a la de la paciente.

Se debe asegurar que la selección de los óvulos donantes cumplan normas de bioética en la cual no se haga su selección por características estéticas.

8. En el caso de las Receptoras de pre-embriones generado con óvulos donados y vientre subrogado o conocido como **“Vientre de Alquiler”**, requiere regulaciones para que:





- a. Únicamente sean usado en el caso que se demuestre en la historia clínica de la paciente que es medicamente imposible que pueda mantener en su útero un embrión.
- b. Que las mujeres que sean vientre subrogado lo puedan hacer una sola vez (un solo embarazo a termino como vientre subrogado). Por ello también el registro nacional de donantes de gametos y pre-embiones se incluya esa información.

Con estas medidas se podrá controlar y evitar el **TRAFICO DE NIÑOS y el LUCRO**, por el uso de madre subragada.

9. Se debe mencionar quien deberá hacer el control de número máximo de hijos generados por un mismo donante, las mujeres que son vientre subrogado, Bancos de gametos y pre-embiones de los Centros y usos de los gametos y pre-embiones. El que debería realizar este control es a través del Registro Nacional de Donantes de Gametos y pre-embiones dentro de la Comisión Nacional.
10. En el proyecto de ley mencionan que las pacientes no están permitidas de seleccionar a su donante de semen, lo cual estaría limitando su derecho a la libre elección de un progenitor para sus hijos. Por otro lado, permitir la selección únicamente por el equipo médico podría generar ciertos monopolios a largo plazo.
11. En relación a la filiación en la actualidad se cuenta con la técnica de ADN que permite un mayor control de la identidad del material biológico, el cual se deberá usar para:
 - a. Los donantes a los Banco de muestras de semen y óvulos en los diferentes centros.
 - b. Certificación postnatal del pre-embrión con respecto a los padres o el donante utilizado.

Esto permitirá una **MAYOR CALIDAD** en los centros y además contribuirá a evitar el **TRAFICO DE NIÑOS**.

En el caso del Capitulo III de criopreservación y otras técnicas coadyuvantes de las de reproducción asistida debe definirse con mas claridad:

12. El tipo de consentimiento que se firmara para cada uno de los donantes, receptoras o pacientes conforme al punto 6 y 7 de este documento. Se deberá especificar el tiempo que permanecerán criopreservados (se debe definir el plazo máximo) para cada tipo y así mismo el destino que se les va a dar según la clasificación que se





MINISTERIO PÚBLICO
FISCALÍA DE LA NACIÓN

JEFATURA NACIONAL DEL
INSTITUTO DE MEDICINA LEGAL

“Año de la Integración Nacional
y el reconocimiento de Nuestra Diversidad”

la ha dado en la propuesta de ley según el Artículo 11 punto 4. Debe quedar claro que las decisiones que se tomen sobre el destino del material biológico deben ser tomadas únicamente por la(s) persona(s) de donde proviene el material biológico.

13. En el proyecto ley se menciona la aplicación de células madres con fines terapéuticos, el cual es un punto relacionado a la generación de líneas celulares a partir de estas células madres con fin de generar terapias contra enfermedades. Sin embargo tiene un aspecto bioético muy importante, el cual debe ser discutido y en el caso que se apruebe su inclusión debe ser aplicado a un determinado grupo de enfermedades en donde se ha comprobado científicamente su efectividad. Cabe mencionar que el trabajo con células madres aun esta en fase experimental en el mundo.

En el caso del Capítulo IV sobre investigación con gametos y pre embriones humanos deberá definir:

14. Que deliberadamente no se podrán generar pre-embriones con fines de investigación, sino únicamente se podrán utilizar para investigación aquellos pre-embriones sobrantes y donados a la institución investigadora por los progenitores mediante un consentimiento informado.
15. Se deberá definir en los consentimientos informados claramente si desean que su material biológico sea utilizado en investigación.
16. Se deberá definir en el proyecto de ley las líneas de investigación en forma general para gametos y pre-embriones y en caso que exista una nueva línea esta deberá ser evaluada y aprobada por el Comité Nacional siguiendo los aspectos bioéticos respectivos.
17. En el caso que exista una línea de investigación de generación de líneas celulares a partir de células del pre-embrión deberá seguir un estricto control bioético y cuya inclusión deberá ser discutida.

Sin otro particular estimo propicia la ocasión para manifestarle las muestras de mi consideración,

Atentamente,



DR. GINO J. C. DAVILA HERRERA
Jefe Nacional del Instituto de
Medicina Legal
GDH/JN
GIF/LAB. ADN



MINISTERIO PÚBLICO
Secretaría General de la
Fiscalía de la Nación

"Año de la Integración Nacional y el Reconocimiento de Nuestra Diversidad"

OFICIO N° 25774 -2012-MP-FN-SEGFN

Lima, **19 DIC 2012**

Señor Doctor
GINO DÁVILA HERRERA
Jefe Nacional del Instituto de
Medicina Legal y Ciencias Forenses
Presente.-



De mi mayor consideración:

Tengo el agrado de dirigirme a usted, por especial encargo del señor Fiscal de la Nación, a fin de remitirle el Oficio N° 889-2012-2013/DC/LMCT-CR y sus anexos en folios (10), cursado por la señora Luisa María Cuculiza Torre, Congresista de la República, a través del cual, solicita opinión técnica relacionada con el Proyecto de Ley que propone regular la reproducción humana asistida; lo cual hago de su conocimiento para su oportuna atención.

Sin otro particular, aprovecho la oportunidad para renovarle los sentimientos de mi especial consideración y estima personal.

Atentamente,

.....
EDUARDO VLADIMIR CUEVA POMA
SECRETARIO GENERAL
FISCALÍA DE LA NACIÓN

EVCP/epp
Reg. N° 33657-12



UNIVERSIDAD
DE PIURA

036003 22/1/13
CONGRESO DE LA REPUBLICA
COMISIÓN DE SALUD Y POBLACIÓN
23 ENE. 2013 / 311
RECIBIDO
Firma: _____ Hora: _____

Piura, 21 de enero de 2013

Señora
Karla M. Schaefer Cuculiza
Comisión de Salud y Población
Presidenta

De mi mayor consideración:

Reciba mi agradecimiento por solicitar y considerar nuestra opinión en este Proyecto de Ley 1722/2012-CR presentado por el Grupo parlamentario Gana Perú, a iniciativa del congresista Tomás Zamudio Briceño, que propone la Ley que regula la reproducción humana asistida (Oficio 868-2012-2013/CSP-CR).

Adjuntamos el informe solicitado, el cual ha sido elaborado por un equipo de investigadores desde la perspectiva académica y científica, para que pueda ser tenido en cuenta por la Comisión de Salud y Población, de acuerdo a lo que crean conveniente.

Atentamente,


Paul Corcuera
Instituto de Ciencias para la Familia
Director
DNI 02880022

COMISIÓN DE SALUD Y POBLACIÓN
Fecha: 23/01/13 N° Proveído _____
Pase a: M. Bustein Para: _____
Coord. Con: _____
Urgente ☐ Atención
Importante ☐ Elab. Proy. _____
Ayuda memoria _____
Conocimiento y fines _____
Archivos _____
Otros: _____

- Roberto T.
- Gladys: conocimiento expreso



**INFORME DEL INSTITUTO DE CIENCIAS PARA LA FAMILIA DE LA
UNIVERSIDAD DE PIURA SOBRE EL PROYECTO DE LEY 1722/2012-CR
(LEY QUE REGULA LA REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA)**

I. INTRODUCCIÓN

El presente informe que presenta el Instituto de Ciencias para la Familia de la Universidad de Piura responde al trabajo interdisciplinar de diversos especialistas de la institución, en temas legales, médicos, bioéticos y antropológicos. Los profesores que han participado con sus aportes son: Dra. María Laura Malespina, Dr. Jaime Millás (Bioética); Dr. Gerardo Castillo (Medicina); Dra. Maricela Gonzáles Pérez, Dra. Rosario García Naranjo (Derecho); Dra. Genara Castillo (Antropología); y los miembros del Instituto de Ciencias para la Familia (Mgtr. Gloria Huarcaya, Mgtr. Mariella Briceño y mi persona). El desarrollo del informe, responde a la visión científica, propia de un centro de educación superior.

II. PREMISAS DE PARTIDA

2.1. Definición de “pre-embrión”

a) Desde el punto de vista legal:

El presente Proyecto de Ley adolece de varios problemas terminológicos, siendo el principal el denominado “pre-embrión”. Así, dicho término no ha sido referido por algún texto legal pre-existente en la legislación peruana. De ese modo, los términos que se han utilizado para denominar la vida dentro del vientre materno han sido “embrión” y “concebido”.

En la legislación peruana, la Constitución vigente de 1993, señala en su artículo 2.1 que “El *concebido* es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece”, reafirmando literalmente lo mismo el Código Civil en el artículo 1. La Ley General de Salud en el artículo II del título preliminar reconoce lo siguiente: “El concebido es sujeto de derecho en el campo de la salud”. Por otro lado, el Código de los niños y los adolescentes va más allá, señalando en su artículo 1 que se protege al concebido de experimentos o manipulaciones genéticas contrarias a su integridad y a su desarrollo físico y mental.

Se aprecia entonces que el Estado peruano tácitamente, se ha venido decantando por la teoría que concibe el inicio de la vida, desde la concepción, no hallando compatibilidad el artículo 1.2 del

Proyecto de ley en comentario, que señala que el embrión adquiere calidad humana recién catorce días después de la fecundación.

Así, de acuerdo a la legislación nacional no habría lugar a manipulación embrionaria de ningún tipo, como sí lo habría en países que se acogen al concepto de embrión como aquel que se forma catorce días después de la fecundación, países como España e Inglaterra, en donde no hay respeto al embrión antes de tal fecha.

b) Desde el punto de vista médico y bioético:

La definición que se hace de "pre-embrión" como un conjunto de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde (artículo 1.2), sobre la cual se apoya fundamentalmente esta Propuesta de Ley, es falsa ya que afirma que este conjunto de células no es un embrión.

Se puede afirmar que desde el mismo instante en que el óvulo es fecundado por el espermatozoide, se inicia una nueva vida, distinta a la de sus padres, con toda una carga genética necesarias para que nazca un nuevo ser 40 semanas después. El ovocito fecundado se desarrolla de modo orgánico, sistemático, uniforme, sin saltos cualitativos, por lo que es imposible hablar que en un momento no hay vida pero que después de los 14 días sí lo hay.

El desarrollo biológico se inicia con la fecundación y sin ningún tipo de solución de continuidad, pasa luego a ser mórula y posteriormente blástula. Se implanta en la cavidad uterina, y continúa su proceso de división celular hasta la semana en que culmina el período de organogénesis con casi todos sus órganos completamente formados.

Por lo tanto, ese conjunto de células (mal denominado "pre-embrión"), es un organismo pluricelular armónicamente unido, único, coordinado y dirigido por una "inteligencia" que lo encamina hacia un fin "escrito" en los genes: llegar al final de un proceso que comenzó con la fecundación.

Los conocimientos científicos, técnicos y jurídicos definen al embrión como al ser vivo en fase del desarrollo que abarca desde el momento en el que el ovocito fecundado se encuentra en el útero de una mujer hasta que se produce el inicio de la organogénesis, y que finaliza a los 56 días a partir del momento de la fecundación.

Por lo tanto el “pre-embrión” es un embrión que se origina con la fecundación, un individuo de pocas horas o días de la especie humana, y no un estadio «pre-humano» entre gameto y embrión. Reafirmar el uso del término «pre-embrión» constituye un «artificio» verbal sin ninguna base científica, para establecer como rigurosamente probada la existencia de una doble categoría de embriones: los de menos de 14 días y los de más de 14 días. Los primeros denominados «pre-embiones» son susceptibles de ser producidos y congelados para ser empleados en investigación y experimentación. Con el término «pre-embrión» la realidad ontológica y biológica del embrión quedan suspendidas en la ambigüedad que implica que el embrión ya no sea un individuo humano, sino un «pre-embrión», una realidad pre- humana que no merece el respeto debido a los seres humanos y, por ende, se justifica su uso y muerte como medio necesario para fines terapéuticos o de investigación.

Para ampliar conocimientos sobre el tema y descartar la existencia del estadio “pre-embrión” en el desarrollo del ser humano pueden revisar los documentos escritos por la Dra Natalia López Moratalla, Catedrática de Bioquímica y autoridad en la materia, sobre el inicio de la vida humana¹.

El término “pre-embrión”, pues, no existe, no es término castellano ni científico, y más aún se puede definir por un Proyecto de Ley.

2.2. Cuestionamientos sobre el Objeto y ámbito de aplicación de la Ley

a) Regular la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida.

Antes de proceder a regular las técnicas de fecundación artificial ha de tenerse en cuenta que la normatividad jurídica de la filiación, desde siempre —desde el Derecho Romano—, parte del hecho natural del nacimiento, producto de la cópula sexual entre hombre y mujer. Al mismo tiempo, para los casos en que la pareja no puede concebir un niño, los ordenamientos, incluido el peruano, han previsto la institución de la adopción, para asegurar al menor la posibilidad de crecer dentro de una familia.

¹ López Moratalla, Natalia. Puede revisarse la siguiente página web: http://www.bioeticaweb.com/component/option,com_autores/task,autor/id,538/Itemid,904/; de manera más concreta el artículo: “El primer viaje de la vida del engendrado en la Madre” (<http://arvo.net/embarazo-y-aborto/el-primer-viaje-de-la-vida-del-engendrado-en-la-madre/gmx-niv827-con17166.htm>).

Las denominadas técnicas de fecundación asistida, que mediante ley se pretenden regular, han venido a romper el molde clásico de la filiación, al originar un vínculo paterno-filial sin recurso a la cópula natural, llegando, en varios casos, a “fabricar” un hijo en un laboratorio humano², como sucede en la fecundación *in vitro*. Motivo por el cual ha de tenerse muchísimo cuidado al legislar sobre estas técnicas a fin de evitar vulnerar la vida o la integridad física del niño concebido.

Análisis jurídico del Proyecto de Ley

Revisado el Proyecto de Ley N° 1722/2012-CR, se puede constatar que no sólo se fundamenta en la Ley Española de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (Ley 14/2006 de 26 de mayo), sino que, prácticamente, es una transcripción del articulado de esta última. Ello representa un gran problema puesto que la Ley española es una de las leyes europeas que regula la fecundación asistida de manera más amplia y menos protectora para el hijo.

En concreto, los inconvenientes al Proyecto de Ley que se presentan son:

1. Fundamenta la permisión al uso de las técnicas de fecundación humana asistida en un supuesto “derecho fundamental a la procreación”, derecho a tener un hijo; derecho que no existe. El hijo nunca puede ser objeto de un derecho subjetivo. El hecho de contraer matrimonio no confiere a los cónyuges el derecho a tener prole, simplemente les atribuye el derecho-deber a realizar los actos sexuales propios para procrear. Si en algún momento se ha pretendido defender ese derecho al hijo, se ha hecho justificando la libertad de los progenitores a decidir sobre su facultad procreativa ante las intervenciones estatales que pretendían limitarla. Éste sería el caso, por ejemplo, de Estados que limita el número de hijos que cada matrimonio o pareja puede tener, e incluso de aquellos que no permiten el nacimiento de criaturas de un determinado sexo.

² Así lo demuestra la declaración de un médico de una famosa clínica limeña que llevó a cabo una fecundación *in vitro*: “al acudir a mi consultorio vi que la única posibilidad de que la señora XXX pudiera tener un bebé era extrayéndole sus óvulos juntándolos con el esperma del señor XXX y así formar embriones humanos, ese proceso se realiza en una incubadora en el laboratorio por tres días, a partir de la concepción hasta la formación de un embrión de 8 células” (cfr. considerando undécimo de la sentencia de 6 de enero de 2009, del 15° Juzgado Especializado de Familia de Lima).

Por ello, es importante realizar una distinción entre las técnicas de fecundación artificial y la adopción; figuras que difieren totalmente. La adopción no tiende a cumplir “deseos” de nadie; se limita a proteger valores fundamentales, como la vida y la integridad física del nacido. Asimismo, implica que el hijo ha sido procreado de manera natural y no ha existido ningún contrato previo entre los padres y una clínica.

En general, las técnicas de fecundación artificial implican dar prevalencia al supuesto derecho a tener un hijo, tratándose a éste como un objeto de derecho. La adopción, por el contrario, por esencia, busca el interés superior del niño. Protege a niños abandonados insertándolos en familias idóneas donde puedan desarrollarse armoniosamente.

2. El Proyecto de Ley bajo análisis, en su Exposición de Motivos, justifica la utilización de las técnicas de fecundación artificial en constituir una solución a la infertilidad en un matrimonio o pareja. Afirmación que consideramos falaz. La fecundación asistida permite la procreación a la pareja en caso de infertilidad, pero nunca soluciona este problema. La infertilidad persiste después de que la mujer se someta a la reproducción asistida³. Es decir, el presente Proyecto de Ley pretende que las técnicas de fecundación artificial en el Perú no tengan una finalidad terapéutica, sino que sean un modo alternativo de procreación, siendo la voluntad de los padres el elemento determinante de la filiación, a diferencia de otros países, como Austria y Francia.

En el primero, el uso de las técnicas es subsidiario. Sólo pueden llevarse a cabo si todos los demás tratamientos posibles conducentes a inducir el embarazo a través del coito han fracasado o no tienen posibilidades razonables de éxito. El ordenamiento francés también prohíbe la reproducción asistida sin razón terapéutica. Sólo la admite en supuestos de esterilidad

³ Un artículo publicado por la periodista neozelandesa Carolyn Moynihan, en www.mercatornet.com, pone de manifiesto que, paradójicamente, la fecundación *in vitro*, concebida por el Premio Nobel Robert Edwards para que las parejas infértiles pudieran tener hijos, puede haberse convertido en otro factor de infertilidad. La esperanza que brinda el milagro técnico de la fecundación *in vitro* ha empezado a funcionar, según la periodista, como un motivo para retrasar la edad de tener hijos, constituyéndose este retraso de la maternidad en una nueva y principal causa de infertilidad. El artículo recoge las declaraciones del doctor Richard Fisher, uno de los principales expertos de fecundación *in vitro* en Nueva Zelanda, quien sostiene que un tercio de las mujeres sometidas a tratamientos de fecundación *in vitro* superan los 40 años; edad en la que las oportunidades de concebir de forma natural están entre el 6 % y el 0%.

lato sensu, médicamente comprobada, y cuando existe riesgo de transmisión de una enfermedad grave e incurable. Además, no hay posibilidad de utilizar técnicas de reproducción asistida por consideraciones eugenésicas: color de piel, color de ojos, etc.

3. El hecho que el Proyecto de Ley perciba las técnicas como un derecho, ha dado lugar a que permita ser usuaria a la mujer mayor de 18 años, sin imponer un límite de edad⁴ y sin tomar en cuenta su estado civil: casada, soltera e, incluso, a la mujer sola, y con independencia de su orientación sexual. Lo único que importa es haya prestado su consentimiento de manera libre, consciente y expresa (cfr. artículo 6 del Proyecto de Ley).
4. Por otro lado, como lo importante para el Proyecto de Ley es la voluntad de las personas de tener un hijo, no toma en cuenta si la filiación resultante de las técnicas corresponde con la verdad biológica (verdad de sangre, la filiación real). En consecuencia, autoriza las técnicas de fecundación artificial heterólogas, es decir, técnicas que se lleven a cabo con la contribución de un tercero, de un donante. Al que encubre con el más absoluto anonimato, impidiendo al hijo investigar su paternidad (cfr. artículo 5, incisos 1 y 5 del Proyecto de Ley). En otras palabras, se está prohibiendo al hijo, en todos los casos, conocer a su verdadero progenitor (el donante de gametos) y determinar la paternidad o maternidad que biológicamente le corresponde. Con esto, el Proyecto de Ley privilegia a los donantes, porque imposibilita que se les atribuya responsabilidad alguna por el hecho de ser progenitores. Responsabilidades y obligaciones que se ponen de relieve en el artículo 6 de la Constitución peruana y que tienen todos los padres con carácter general.

⁴ La falta de límite en la edad de la usuaria revela que lo primordial es la simple voluntad de querer tener un hijo. Sin importar que ello rompa totalmente con la propia capacidad reproductiva de la mujer, que encuentra su límite al llegar a una determinada edad. La prensa ha dejado noticias de mujeres mayores de 60 años que, gracias a las técnicas de reproducción asistida, han logrado ser madres. Entre ellas, el de una mujer española a la que nadie vio embarazada. Viajó a Houston para convertirse en la madre más vieja del mundo, 67 años, de gemelos, engendrados por fecundación *in vitro* con semen y óvulos donados. Incluso, el doctor Rafael Bernabeu, presidente de la Asociación Nacional de Clínicas de Reproducción Asistida en España, ha calificado de “frivolidad médica, el embarazo de esta mujer sexagenaria” (Diario *El Mundo*, de 14 de enero de 2007). En Perú, el caso que resuelve la Sentencia del 15° Juzgado Especializado de Familia de Lima, de 6 de enero de 2009, nos deja constancia de una mujer de 54 años de edad que se somete a una fecundación *in vitro*. Su avanzada edad le impide completar el período normal del embarazo y, a los siete meses de gestación, se ve obligada a someterse a una cesárea.

El perjuicio para el hijo es mucho más claro en el caso de la mujer sola que se somete a las técnicas. El hijo se encuentra con que tiene un padre al que no puede conocer ni reclamar ninguna responsabilidad, en contra de lo consagrado en la Constitución. Es decir, el vínculo con el varón queda eliminado y el hijo nacido carece de padre legal y de familia paterna, con todo lo que ello implica desde el punto de vista afectivo: como velar por él y tenerlo en su compañía, derecho a llevar sus apellidos, a recibir alimentos y los correspondientes derechos sucesorios. Por tanto, el dudoso derecho de la mujer a ser madre comporta que éste prevalezca sobre el derecho del hijo a nacer en una familia integrada por una madre y un padre.

De esta manera, el Proyecto de Ley que pretende regular la reproducción humana asistida en el Perú consagra un sistema que fue rechazado a inicios del siglo XX por todos los ordenamientos, que introdujeron la investigación de la paternidad con el objeto que los padres asuman sus obligaciones y deberes para con todos sus hijos, sin importar el origen de la filiación⁵.

En conclusión, la inconstitucionalidad del anonimato del donante radica en impedir al hijo reclamar la paternidad de su padre biológico, en el caso de la inseminación de mujer sola, o ejercitar una acción mixta a efectos de impugnar la filiación voluntarista y reclamar la del dador. Asimismo, se discrimina a los hijos nacidos mediante estas técnicas, en comparación con lo hijos procreados de forma natural, quienes tienen acceso a todo el sistema de acciones de estado previsto en el Código Civil peruano. Además, el anonimato del dador transgrede el principio de indisponibilidad del estado civil de los hijos.

Por otro lado, las técnicas de reproducción asistida heterólogas, no sólo son una excepción al principio rector de verdad material, sino que también generan una diversificación entre la maternidad y paternidad biológicas —sobre las que el Derecho de Familia tradicional descansa— y lo que se denomina maternidad y paternidad “legales, educacionales o de deseo”⁶.

⁵ Por este motivo, el ordenamiento francés prohíbe a la mujer sin pareja someterse a las técnicas de fecundación asistida.

⁶ Las variaciones que se pueden producir son muchas: esposa que gesta su propio óvulo fecundado con espermatozoos de su marido o de donante; esposa que gesta un óvulo ajeno fecundado con espermatozoos de su marido o de donante; mujer soltera o viuda que gesta su propio óvulo fecundado con semen de donante o con semen de su marido fallecido; mujer soltera o viuda que gesta un óvulo donado con semen

En contraposición a esta errada regulación, se ha destacar la Ley de procreación artificial austriaca y alemana, que sólo permiten el uso de métodos homólogos, que no involucren técnicas particularmente sofisticadas y que no se separen demasiado de los medios naturales de concepción. Así, en Austria se prohíbe la utilización de óvulos y esperma de donantes en procedimientos de fecundación *in vitro*. Para el legislador austriaco el uso de la fertilización *in vitro*, como opuesto a la procreación natural, planteaba asuntos serios como el bienestar del niño concebido por este medio, su salud y sus derechos. También trastocaba los valores éticos y morales de la sociedad y entrañaba el riesgo de la comercialización y la reproducción selectiva. Es decir, la prohibición se fundamentaba en el bienestar del niño, la verdad biológica y la protección de las mujeres. El objetivo de dicha proscripción era evitar que se formasen relaciones personales inusuales, como un niño con más de una madre biológica (la madre genética y otra que gesta al niño), y el riesgo de explotación de las mujeres.

5. Pese a la transcendencia de la participación del dador, el Proyecto de Ley es bastante flexible en cuanto a las condiciones que ha de reunir este donante, futuro padre biológico del niño concebido mediante estas técnicas. Apenas le exige superar los 18 años, capacidad de obrar y gozar de buen estado de salud psicofísica. Tampoco le concede un tiempo de reflexión acerca del acto que va a realizar, ni la posibilidad de revocar su consentimiento y participación en el acto generativo⁷. Sólo puede retractarse cuando precisase para sí los gametos donados y siempre que estén disponibles. Asimismo, establece un tope muy alto (6) en cuanto al número de hijos que pueden ser engendrados con el material reproductor del donante (cfr. artículo 5, incisos 6 y 7 del Proyecto).

La donación de gametos, sobre todo en este Proyecto de Ley en que se garantiza la confidencialidad de los donantes, puede dar lugar a “incestos genéticos”. Un donante, que según la Ley haya sido capaz de donar en 6 lugares distintos y que además se cuida la no difusión de sus datos personales, puede procrear 6 hermanos con apellidos distintos que en un futuro pudieran

de donante o de su marido fallecido y mujer casada con otra mujer que gesta un óvulo propio o ajeno con semen de donante.

⁷ Los gametos no son como otras piezas, órganos o tejidos del cuerpo humano. Aún separados de la persona, mantienen una especial conexión con ella, en cuanto potencialidades de nuevas vidas que biológicamente serán hijos.

intentar formar una familia desconociendo totalmente que son hijos del mismo padre.

De acuerdo con el artículo 5.2, el donante de gametos estaría privado de la posibilidad de revocar su consentimiento, excepto en el caso de que este precisase los gametos para sí. Obligar a quien cede su material genético a mantener esta decisión de manera irrevocable, cuando aún no han sido utilizados sus gametos, es obligarlo a asumir la posibilidad de una descendencia involuntaria cuando no se ha consumado la unión de gametos. En contradicción con esta exigencia, el artículo 3.5 sí permite a la usuaria de las técnicas desistir del tratamiento mientras no se haya realizado la transferencia de embriones. Esto crea una situación paradójica y absurda, en la cual el donante varón no podrá revocar su consentimiento en el caso de que su material no haya sido utilizado, mientras que una usuaria de las técnicas, aun cuando haya generado una nueva vida con su propia carga genética, puede negarse a asumir la maternidad de su propia descendencia.

6. El Proyecto de Ley en su artículo 9 regula la fecundación *post mortem*. Este método posibilita la concepción de un hijo con la particularidad que uno de los progenitores, el padre, ha fallecido antes de la fecundación⁸. Ello rompe con los esquemas de la filiación tradicional en la que el hijo póstumo es el nacido con posterioridad a la muerte de su padre, pero concebido por él en vida. Por lo tanto, el Proyecto de Ley permite la concepción de hijos no póstumos, sino *superpóstumos*.

La razón última de esa regulación no es otra que satisfacer el deseo de la mujer de concebir un niño de su compañero muerto, o el deseo del fallecido de ver inmortalizada su memoria. No obstante, la fecundación *post mortem* resulta contrario al artículo 6, párrafo tercero de la Constitución Peruana: “Es deber y derecho de los padres alimentar, educar, y dar seguridad a sus hijos”, ya que permite la concepción de un hijo huérfano de padre antes de nacer.

⁸ Esta posibilidad, que hasta hace poco parecía imposible, hoy en día es una realidad gracias a la criopreservación. Ésta ha permitido que, en la realización de las técnicas de reproducción asistida, las fases de obtención de gametos y la fase de la gestación no se efectúen en el mismo momento, de modo que la gestación puede tener lugar mucho tiempo después de producirse la extracción de los gametos y de la muerte del progenitor.

b) Regular la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida en la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético.

Asimismo, el documento bajo análisis, en su Exposición de Motivos, amplía el ámbito de actuación de estas técnicas para evitar la aparición de enfermedades, sobre todo, en las personas nacidas que carecen de tratamiento preventivo. Establece que el diagnóstico genético preimplantacional abre nuevas vías en la prevención de enfermedades genéticas que en la actualidad carecen de tratamiento. Además, permite la selección de “pre-embryones” para que, en determinados casos y bajo el debido control y autorización administrativos, puedan servir de ayuda para salvar la vida del familiar enfermo.

La promoción del diagnóstico preimplantacional para la determinación de antígenos de histocompatibilidad de los “pre-embryones” con fines terapéuticos para terceros, constituye una práctica incompatible con el respeto debido al embrión humano, sólo justificada desde una concepción utilitarista de la vida humana. La producción *ex professo* y utilización posterior de un ser humano para curar a otro, no solo es inaceptable, sino que en muchos países (España por ejemplo), el Código Civil correspondiente castiga explícitamente a «quienes fecunden óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana». Es nada más y nada menos que una forma de instrumentalizar a un ser humano.

Regulación de los supuestos y requisitos de utilización de gametos y “pre-embryones” humanos criopreservados

Lo más grave es que el Proyecto de Ley regula las técnicas de fecundación asistida de tal forma que el niño se convierte en objeto de manipulaciones⁹, llegándose, incluso, a poner en riesgo su vida. Esto se puede constatar en el artículo 11 inciso 4, apartados c) y d) y en el artículo 14 y siguientes del Proyecto, que establecen que los embriones

⁹ Muy ilustrativo es el caso de Mariana De Los Ángeles, concebida mediante la técnica de fertilización *in vitro*. La niña nació con cardiopatía congénita, hipertensión pulmonar, complicaciones en hígado y riñón y síndrome de Down. Por estos motivos, sus padres pensaban demandar a la clínica limeña que realizó la técnica porque, según ellos, les dieron “un producto fallado”. La madre de la menor señaló que de cinco embriones fecundados le introdujeron dos, pero que no le advirtieron que podían hacerle el diagnóstico genético preimplantacional para determinar si éstos presentaban malformaciones genéticas, por lo que sostiene: “pagué por una selección genética, por lo mejores embriones. No cumplieron” (cfr. “Embriones humanos: entre la congeladora y el tacho de desechos”, en *La Ley. Periódico mensual de Gaceta Jurídica*, 1 al 30 de noviembre de 2010, pp. 8-9). Expresiones que resultan denigrantes para la dignidad de la menor y de cualquier ser humano que padezca alguna discapacidad o enfermedad que le impida estar completamente sano.

crioconservados sobrantes de una *fecundación in vitro* —es decir, seres humanos— pueden ser utilizados con fines de investigación o destruidos. Preceptos que contradicen la Constitución y los tratados internacionales que defienden la vida del niño desde su concepción. Específicamente, los siguientes preceptos de la Constitución peruana y del Código de los Niños y del Adolescente:

Artículo 1 Constitución: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

Artículo 2, inciso 1 Constitución: “Toda persona tiene derecho: A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece”.

Artículo 4 Constitución: “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad”.

Artículo 1 del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes: “Se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad (...). El Estado protege al concebido para todo lo que le favorece (...) El niño y el Adolescente tiene derecho a la vida desde el momento de la concepción. El presente Código garantiza la vida del concebido, protegiéndolo de experimentos o manipulaciones genéticas contrarias a su integridad y a su desarrollo físico o mental”.

Esa situación lesiva para el niño se puede ver reflejada, como ejemplo, en un caso real: en el caso que recoge la sentencia del 6 de enero de 2009, del Juzgado Especializado de Familia de Lima. El galeno que lleva a cabo la técnica de fecundación artificial compara al menor concebido con un animal: “Que al preguntarle si la sangre con la que se alimenta el concebido contribuye con la formación y el desarrollo del embrión, dijo «sí contribuye con la formación y con el crecimiento, mas no con la transformación de los cromosomas o genes que fue procreada, a modo de ejemplo cuando se insertan embriones de vacas Holteins en vacas criollas (chuscas) nacen terneros cien por ciento Holteins porque la sangre solamente contribuye a su alimento igual que la leche materna”.

Asimismo, el citado médico, para lograr la concepción del niño, fecunda ocho óvulos, de los que sobreviven seis embriones. De éstos, sólo tres se implantan en la mujer y los otros tres quedan congelados. El tribunal, en defensa de la vida de estos tres niños, ordena que sean utilizados por la pareja en el plazo de dos años, de lo contrario ordena su donación a otra pareja¹⁰.

¹⁰ En palabras del juzgador: “Que conforme lo dispone el artículo 1 del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes (...) Falla declarando (...):5)

2.3. Creación de la Comisión Nacional de Reproducción Humana asistida del Ministerio de Salud

Según se plantea en el Proyecto de Ley, artículo 2 *in fine*, se creará una Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, dependiente del Ministerio de Salud. Tal como está indicado serían los que deberán dar un informe favorable para la aplicación de cualquier técnica no incluida en el numeral 1, dar un informe favorable para fijar periódicamente las condiciones básicas que garanticen el carácter gratuito de las donaciones, recibir los informes de la aplicación de las técnicas de diagnóstico preimplantacional, dar un informe favorable para que se realicen proyectos de investigación relacionados con el desarrollo de las técnicas de reproducción asistida o los relacionados con la obtención, desarrollo y utilización de líneas celulares de células troncales embrionarias y recibir el resultado de las experimentaciones.

Como se puede desprender hay una responsabilidad muy grande en esta Comisión que requiere que se explicita de la manera más precisa su conformación, su organización, los gastos que deben estar asumidos, etc.

III. Otros cuestionamientos

Como suele suceder en los proyectos de ley con lenguaje ambiguo, da lugar a "diversas interpretaciones" abriendo así un sinfín de posibilidades en contra de la vida humana embrionaria.

En este proyecto de ley se abre la posibilidad de:

La sobreproducción de embriones. No restringe el número de "pre-embriones". En el artículo 3 del Proyecto de Ley, se autoriza de manera precisa la transferencia de un máximo de tres embriones con la finalidad de evitar la "reducción embrionaria" pero no limita el número de embriones producidos, los cuales pueden ser en número determinado por la pareja y que pueden llevar en el futuro a una sobreproducción de embriones.

OTORGO el plazo de DOS AÑOS a efectos que los justiciables XXX y XXX hagan efectivo el derecho a la vida que tienen los tres embriones concebidos producto de la fecundación in vitro de sus ovocitos y espermatozoides (...) contados a partir de que la presente quede consentida y/o ejecutoriada; 6) DISPONGO: Que vencido dicho plazo, si los citados justiciables no cumplieran precitado mandato, CURSAR OFICIOS al Juzgado de Familia Tutelar respectivo o al Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social (MIMDES), según sea el caso, a efectos de que inicie el proceso de abandono de los citados embriones congelados y pueda otorgarse en adopción a padres sustitutos, con la finalidad de hacer efectivo el «Derecho a la vida» que tienen dichos embriones en su calidad de niños y por ende Sujetos de Derechos y de Protección Específica".

En la coyuntura internacional actual, hay una enorme preocupación por la gran cantidad de embriones congelados existentes. Países como Italia o Alemania han procurado, a través de sus leyes, garantizar que solo se generen aquellos que se transferirán a la madre.

Otro aspecto que hay que tener en cuenta es el reporte económico de estas prácticas de fertilidad asistida. En general, el negocio de la compra-venta de óvulos ha sido presentado como algo humanitario para "ayudar" a las mujeres que tienen problemas de fertilidad; pero el tratamiento hormonal y las intervenciones a las que ellas son sometidas no lo justifica por los riesgos que conlleva. En el extremo alguien podría hacerlo por una hermana, pero lo cierto es que los centros de reproducción asistida se están asociando a los "bancos de célula madre" que lucran con esas células y no les importa mucho los riesgos a los que están sometidas las mujeres donantes ni siquiera la salud —física y psíquica— de los propios niños así obtenidos, de cuyos riesgos tampoco se habla. Todo ser humano tiene derecho a ser gestado naturalmente, a vivir una vez generado, y a desarrollarse saludablemente; pero junto con ello tiene derecho a ser considerado ser humano y no cosa, tiene derecho a conocer su identidad, etc.

La selección eugenésica de "pre-embryones". Como habrán tantos, se "seleccionarán los mejores". No se especifica qué tipos de "pre-embryones" sobrantes son los que se orientan a la investigación, si los viables, los no viables, o los muertos. Son situaciones completamente distintas en cada caso. Así por ejemplo, un embrión humano no viable es aquel que ha perdido su capacidad de desarrollo biológico.

Si bien es cierto que prohíbe la clonación con fines reproductivos, se abre la posibilidad de la clonación para la investigación con fines terapéuticos.

Con respecto a los criterios antropológico-éticos podemos decir que este proyecto de ley fomenta el dominio tecnológico en la generación de la vida. Pero la vida humana no es igual que la de cualquier viviente. Las prácticas de la fecundación artificial dejan atrás la relación natural paterno filial. La dignidad del ser humano es tan alta que su concepción requiere un ámbito natural, el ser humano no puede ser artefactable, reducido a su condición de cosa, producido de manera artificial. La reproducción humana requiere un marco de dignidad porque el ser humano la tiene y exige ser acogido como persona y no producido como cosa.

No se pueden ni se deben diseñar ni "fabricar" seres humanos como si fueran cosas; como tampoco se les puede descartar sin más, menos someterlos a selección eugenésica para aquellos que en el proceso

hubieran contraído anormalidades cromosómicas. Es de temer que en esas condiciones de cosa la vida obtenida artificialmente sea manipulable o se maltrate de manera irreversible. Si por alguna razón los padres no estuvieran dispuestos a acoger los hijos *excedentes* de su proyecto reproductor, y tampoco existe quien pueda o quiera acogerlos, miles de seres humanos en fase embrionaria estarían condenados a morir. Pero también estarían indefensos ante la manipulación de quienes los usen con “finés terapéuticos” que es el eufemismo usado para ocultar el asesinato que esa práctica conlleva.

IV. CONCLUSIÓN

EN CONCLUSIÓN, el Proyecto de Ley 1722/2012-CR, que pretende regular la reproducción humana asistida, vulnera varios artículos de la Constitución peruana, en especial el interés del hijo, su vida e integridad física, por lo que se recomienda de manera expresa su NO APROBACIÓN.

V. SUGERENCIAS A TENER EN CUENTA

Es cierto que pese a no estar reguladas, las técnicas de fecundación artificial se realizan *de facto*, cada día, en los distintos centros médicos peruanos. Esta realidad exige que el legislador se avenga a regular esta situación. Sin embargo, esta legislación debe ser respetuosa del interés superior del hijo, que rige todo el Derecho de filiación.

Para ello sugerimos que se tengan en cuenta los siguientes aspectos:

- Las técnicas de fecundación artificial han de permitirse exclusivamente a los matrimonios o a una relación similar al matrimonio (sobre la base de que sólo hombre y mujer pueden procrear). Así se permitirá al hijo concebido mediante ellas nacer dentro de una familia que garantice su desarrollo integral. Por tanto, no se pueden someter a estas técnicas el soltero, la pareja homosexual, ni una pareja heterosexual de fecha reciente.
- Ambos progenitores deben estar vivos cuando se practique la técnica, prohibiéndose la implantación de embriones *post mortem*. Además, debe tratarse de una pareja en capacidad de procrear, por lo que se prohíbe ser usuaria a la mujer menopáusica. El consentimiento deberá ser expreso y se concederá un plazo de reflexión. Este consentimiento podrá ser revocado libremente, antes de la realización de la técnica.
- Las técnicas de fecundación asistida no son un derecho de las personas y, por ende, no pueden regularse como un medio alternativo de procrear. Por tanto, deben ser subsidiarias, como un último recurso, luego de que

las parejas hayan intentado tener hijos de manera natural y se hayan sometido previamente a tratamientos de fertilidad que no tuvieron éxito.

- Han de permitirse únicamente técnicas de fecundación homólogas, con los mismos gametos de la pareja, y que no vulneren la dignidad del nacido. De esta manera se evitará la diversificación de la paternidad y/o maternidad del hijo así como el desconocimiento de su verdadero progenitor y la imposibilidad de determinar su verdadera paternidad. Se ha de descartar, por consiguiente, la fecundación *in vitro*, que implica la instrumentalización del hijo (su concepción en un laboratorio) y una transgresión a su integridad física, sobre todo cuando existen seres humanos ("embriones") sobrantes congelados.
- Ha de prohibirse expresamente la maternidad subrogada, tanto en su modalidad de vientre de alquiler como en la de cesión de útero. Este método implica el alquiler, o préstamo en caso de ser gratuito, de una función de la mujer, tan importante, como es la maternidad, que no puede ser objeto del tráfico jurídico. Es un bien *extra commercium*, fuera del comercio de los hombres.

La maternidad subrogada también transgrede la indisponibilidad del estado civil de la persona, ya que trata de modificar las normas que determinan la constitución de la relación jurídica paterno-filial y la atribución de la condición jurídica de progenitor e hijo.

Además es contraria a la dignidad de la mujer y del niño. Supone una explotación y manipulación de la madre, a la que se le considera una simple incubadora, y se produce al margen de los intereses del hijo, quien tampoco puede ser objeto de comercio, no puede ser transferible.

- Se han de imponer una serie de sanciones administrativas y pecuniarias a los centros médicos y galenos que lleven a cabo métodos prohibidos por ley. Sin descartarse la sanción penal cuando se atente contra el estado civil de las personas, según lo regulado por el Código penal peruano en sus artículos 144 y 145.

Si se quisiera realmente hacer frente al problema de la infertilidad y fomentar la fertilidad, se deberían presentar todas las opciones que respeten la vida y la dignidad del ser humano. En la línea de fomentar la fertilidad existen avances como los de la naprotecnología que es el camino para la fertilidad natural. En general existen ya varios métodos naturales (temperatura basal, etc.) para que la mujer pueda conocer sus días fértiles y eso puede llevar a vivir una relación conyugal de mucha riqueza, ya que el amor conlleva el respeto y búsqueda del bien del cónyuge. Educarse en ese sentido elevaría la unión conyugal al plano realmente humano y no la reduce a la genitalidad.



INSTITUTO DE MEDICINA GENÉTICA

Lima, 18 de diciembre de 2012



Calle Los Antares 320, Torre A, Of. 901
Centro Empresarial El Nuevo Trigo,
(Esquina Av. Velasco Astete y
Av. Benavides Surco)
Teléfonos: (511) 272-2444 / 271-6776
E-mail: consultas@genetica.com.pe
Pag. web: www.genetica.com.pe

Señora Congressista

KARLA M. SCHAEFER CUCULIZA

Presidenta

Comisión de Salud y Población

Presente.-

Referencia: Oficio 898-2012-2013/CSP-CR

Por la presente doy repuesta a la carta que me dirigiera el día 13 de Diciembre, en relación al oficio de la referencia.

Debo manifestar en primer lugar mis felicitaciones al Congreso de la Republica por este proyecto de ley que regula la Reproducción Humana Asistida. Considero que dicho proyecto tiene una redacción impecable y que aborda todos los aspectos necesarios para regular esta importante actividad médica.

En cuanto al contenido, estoy de acuerdo con todos los artículos excepto el artículo 10, que considero discriminatorio para aquellas mujeres que, en forma congénita o por alguna intervención quirúrgica carecen de útero o presentan algún defecto anatómico en el mismo, así como para quienes tienen alguna condición clínica (por ejemplo insuficiencia renal) que les impide llevar a cabo un embarazo, a pesar de ser capaces de producir óvulos normales. Lo mismo es aplicable para las mujeres en quienes la gestación pone en grave riesgo su salud o la del feto (por ejemplo quien requiere medicamentos que pueden ser teratogénicos).

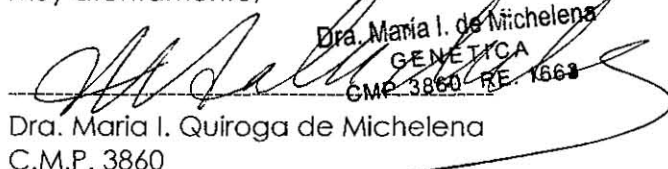
En estos casos es posible implantar el óvulo fecundado o pre embrión en el útero de otra persona, adecuadamente preparada, quien llevará el embarazo a pesar de no ser la madre genética.

De no permitirse esta opción la ley estaría dando oportunidad de procrear mediante reproducción asistida a personas con diversos tipos de discapacidad o incapacidad para concebir, pero no a aquellos que por razones médicas no pueden albergar su propio óvulo fecundado.

Por tal motivo, sugiero a los autores del proyecto considerar la modificación del artículo 10.

Sin otro particular, quedo de Ud.

Muy atentamente,


Dra. María I. Quiroga de Michelena
C.M.P. 3860

P.L. 1722-2012

COMISIÓN DE SALUD Y POBLACIÓN	
Fecha: _____	N° Provelido: _____
Pase a: _____	Para: _____
Board. Con: _____	Atención
R. T. M. 2012	Elab. Proy. _____
	Ayuda memoria
	Conocimiento y fines
Urgente ☐	Archivos ☒
Importante ☐	Otros: _____

ARCHIVAR P. L. 1722-2012

Eva Klein de Zighelboim
C.M.P. 1359

María I. Quiroga de Michelena
C.M.P. 3860