

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSTGRADO



MAESTRÍA EN CIENCIAS

SECCIÓN: DERECHO

MENCIÓN: DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

TESIS

EL DERECHO ANTE LA REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

Para optar el Grado Académico de

MAESTRO EN CIENCIAS

Presentado por:

JORGE OMAR NOVOA MARÍN

Asesor:

M. Cs. RICARDO SÁENZ PASCUAL

Cajamarca – Perú

2015

COPYRIGHT © 2015 por
JORGE OMAR NOVOA MARÍN
Todos los derechos reservados

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSTGRADO



MAESTRÍA EN CIENCIAS

SECCIÓN: DERECHO

MENCIÓN: DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

TESIS

EL DERECHO ANTE LA REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

Para optar el Grado Académico de

MAESTRO EN CIENCIAS

Presentado por:

JORGE OMAR NOVOA MARÍN

Comité Científico

M.Cs. Ricardo Sáenz Pascual

Asesor

Dr. Elfer Miranda Valdivia

Miembro de Comité Científico

M.Cs. Nilo Román Romero

Miembro de Comité Científico

M.Cs. Juan Tello Villanueva

Miembro de Comité Científico

Cajamarca - Perú

2015



Universidad Nacional de Cajamarca

Escuela de Post Grado

CAJAMARCA - PERU

PROGRAMA DE MAESTRIA

ACTA DE SUSTENTACION DE TESIS

Siendo las 5.25 de la tarde del día 22 de diciembre del año dos mil quince, reunidos en el Auditorium de la Escuela de Postgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, el Comité Científico Evaluador presidido por el **Dr. ELFER MIRANDA VALDIVIA** en representación del Director (e) y como Miembro de Comité Científico, **M.Cs. RICARDO SÁENZ PASCUAL**, en calidad de Asesor; **M.Cs. NILO ROMÁN ROMERO**, **M.Cs. JUAN TELLO VILLANUEVA**, como integrantes del Jurado Titular. Actuando de conformidad con el Reglamento Interno y el Reglamento de Tesis de Maestría de la Escuela de Postgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, se dio inicio a la **SUSTENTACIÓN** de la Tesis titulada "**EL DERECHO ANTE LA REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA**", presentada por el Abogado **JORGE OMAR NOVOA MARÍN**, con la finalidad de optar el Grado Académico de **MAESTRO EN CIENCIAS, SECCIÓN** de Postgrado de **DERECHO** Mención en **DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA**.

Realizada la exposición de la Tesis y absueltas las preguntas formuladas por el Comité Científico, y luego de la deliberación, se acordó Aprobar con la calificación de 16 (Cum Laude) la mencionada Tesis; en tal virtud, el Abogado **JORGE OMAR NOVOA MARÍN** está apto para recibir en ceremonia especial el Diploma que lo acredita como **MAESTRO EN CIENCIAS, SECCIÓN** de Postgrado de **DERECHO** Mención en **DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA**.

Siendo las 6.39 horas del mismo día, se dio por concluido el acto.

.....
Dr. Elfer Miranda Valdivia
MIEMBRO DE COMITÉ CIENTÍFICO

.....
M.Cs. Ricardo Sáenz Pascual
ASESOR

.....
M.Cs. Nilo Román Romero
MIEMBRO DE COMITÉ CIENTÍFICO

.....
M.Cs. Juan Tello Villanueva
MIEMBRO DE COMITÉ CIENTÍFICO

A:

Mis padres Jorge y Angélica por su preocupación y persistencia en la prolija y hermosa formación de mi vida jurídica; a Liz mi esposa y a mi hijo Arón, por su paciencia y apoyo a seguir adelante en mi vida personal y profesional.

Mi libertad es el derecho de hacer lo que las leyes me permiten.

Montesquieu (1689-1755) escritor y político francés.

CONTENIDO

Ítem	Página
LISTA DE ABREVIATURAS.....	x
PREFACIO.....	xi
AGRADECIMIENTO.....	xiii
RESUMEN.....	xiv
ABSTRACT.....	xv
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I: PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	
Planteamiento del problema.....	4
Formulación del problema.....	5
Objetivos de la investigación.....	5
Justificación de la investigación.....	5
Limitación de la investigación.....	8
Hipótesis.....	8
Variables.....	8
Ámbito de la investigación.....	9
Método de la investigación.....	9
Tipo de la investigación.....	10
Técnicas de la investigación.....	10
Universo y Muestra.....	11
Técnicas de recolección de información.....	11

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL

Antecedentes de la investigación	14
La Reproducción Humana Asistida	15
La Inseminación Artificial	30
La Fecundación In Vitro Humana	34
La vida humana, el Concebido, y el negocio jurídico.....	37
Derecho a la autodeterminación reproductiva como un derecho implícito del libre desarrollo de la personalidad y autonomía	37
Teorías sobre el inicio de la vida	38
Posición de la doctrina y la jurisprudencia nacional.....	43
Posición de la jurisprudencia comparada.....	46
Antecedentes históricos y noción de concebido	49
Estatuto ontológico del concebido	51
La persona humana	51
La dignidad de la persona humana	54
Concebido y persona humana.....	57
Estatuto jurídico del concebido.....	59
El concebido como sujeto de derecho y su protección en el ordenamiento jurídico peruano	59
Estatus jurídico del embrión in vitro.....	63
El negocio jurídico.....	66
Panorama jurídico de la ineficacia del negocio jurídico.....	71
El contrato.....	78
Trata de personas bajo la modalidad de “alquiler de vientre”	83
Concepto de vientre de alquiler	84

Modalidades de adquirir la maternidad	85
Mercantilización del alquiler de vientre	86
Problemas en la explotación de mujeres con fines reproductivos	88

CAPÍTULO III: INSTRUMENTOS JURÍDICOS INTERNACIONALES SOBRE EL INICIO DE LA VIDA HUMANA Y LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

Pactos internacionales sobre la vida humana.....	90
Igualdad jerárquica en las normas internacionales.....	93
Leyes europeas sobre la reproducción humana asistida	95
España	96
Francia.....	102
Italia.....	105
Normas sobre reproducción humana asistida en países latinoamericanos	107
Argentina.....	108
Chile	109
Brasil	110
México.....	111
Situación actual de las técnicas de reproducción humana asistida en el Perú	116
Marco Legal	116
Acontecimiento en la realidad.....	120
Los derechos reproductivos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos	134

CAPÍTULO IV: CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

Derechos fundamentales afectados a las mujeres	146
Riesgos a la salud física	146
Derecho a la dignidad	148
Derecho a la salud psicológica.....	150
Derechos fundamentales afectados al concebido	153
Afectación del derecho a la vida.....	153
Afectación del derecho a la dignidad.....	155
Interés Superior del Niño	159

CAPÍTULO V: PROPUESTA DE SOLUCIÓN

Estatus del embrión.....	162
Estatus jurídico del embrión in vitro.....	162
Fecundación y transferencia embrionaria	162
Crioconservación	163
Intervinientes	164
Derecho a la identidad	164
Derecho a la información.....	165
Modificación del Artículo 153 del Código Penal	165
Conclusiones y recomendaciones	167
Análisis, discusión y explicación.....	170
Lista de referencias	172
Anexos	177

LISTA DE ABREVIATURAS

TRA	Técnicas de reproducción asistida
TE	Transferencia de embriones
FIV	Técnica de fertilización in vitro
ICAC	Inseminación artificial conyugal
TERAS	Técnica de reproducción humana asistida
PDS	Píldora del día siguiente
Exp.	Expediente
Vol.	Volumen
Art.	Artículo
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
MP	Ministerio Público
PJ	Poder Judicial
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CADH	Convención Americana de Derechos Humanos

PREFACIO

En la actualidad muchas parejas se encuentran biológicamente imposibilitadas de procrear, debido a problemas de infertilidad. Las cuestiones en torno a la infertilidad son variadas y complejas; Según Siverino Paula en diálogo con la jurisprudencia No. 141, gaceta jurídica, Lima p. 151, estima que afecta entre el 16% y 20% de las parejas, alrededor de noventa y cuatro millones de personas en el mundo. El avance de la ciencia facilita la reproducción humana con las técnicas de reproducción asistida, con éstas, la fecundación es enteramente realizada por el médico en un laboratorio. Situación alarmante, ya que se trata de vidas humanas que reciben tratos inhumanos, lo que ha generado diversas discusiones bioéticas, pues nuestra Constitución Peruana considera al concebido como un sujeto de derecho, desde el momento de la concepción que se produce por la unión del espermatozoide masculino y el óvulo femenino.

El Derecho como creación social no es inmutable ni amovible, sino temporal, variable y dinámico, puesto que debe adecuarse a los cambios sociales, culturales, políticos, económicos y científicos, de allí la exigencia que las normas jurídicas deben ser adecuadas a los cambios de la realidad social y del vertiginoso avance científico, teniendo como sustento los valores éticos y jurídicos a fin de contar con una legislación penal adecuada, sin embargo a través del transcurso del tiempo nos damos con la ingrata sorpresa que el derecho no se encuentra al mismo paso de la ciencia, es por eso que existen conductas humanas que lesionan varios bienes jurídicos que no se encuentran regulados en nuestro sistema jurídico penal para la debida aplicación del ius puniendi.

El tema de investigación-reproducción humana asistida, nos parece de importancia debido a que trae consigo una serie de afectaciones de índole no sólo afectivas, emocionales, sino también éticas, sociales y jurídicas; toda vez que versan su

fundamento en razón de la procreación del ser humano por medios artificiales o técnicos, vulnerando derechos fundamentales de la mujer y del concebido, celebrando para ello contratos que devienen en ilícitos, inejecutables e ineficaces.

Máxime si se tiene en cuenta que la mayoría de estudios e investigaciones que se han realizado han tenido a explicar y complementar estudios médicos y científicos, dejando de lado el aspecto jurídico que juega un papel importante en la vida del hombre y su rol dentro de la sociedad.

Teniendo en cuenta lo expuesto y bajo la preocupación constante por desarrollar un estudio en el campo del derecho penal desde la órbita de la reproducción humana asistida, surge el objeto de la presente investigación, la cual presenta una cobertura integral para su desarrollo; por cuanto en un primer lugar inicia con un recorrido desde el punto de vista médico científico, en segundo lugar, se centra en el desarrollo de las instituciones jurídicas como derechos fundamentales, la ilicitud e ineficacia de los contratos celebrados, entre otros referentes al tema, así como realizar un análisis en el ámbito nacional e internacional y legal de estas técnicas de reproducción humana asistida, y finalmente ocuparnos en la elaboración de una propuesta de solución que regularía las técnicas de reproducción humana asistida. Esperando con ello contribuir al crecimiento de la investigación que nos avoca en la legislación penal, desde el punto de vista que la ciencia y el derecho deben ir concatenados, pero sobre todo hasta qué punto nuestra legislación deba permitir la utilización de estos métodos científicos.

AGRADECIMIENTO

Agradezco a Dios por haberme acompañado y guiado a lo largo de mi carrera, por ser mi fortaleza en momentos de debilidad, por brindarme una vida llena de aprendizajes, experiencias y sobre todo felicidad.

Le doy gracias a mis padres Jorge Francisco y Angélica Victoria, por apoyarme en todo momento, por los valores que me han inculcado, por haberme enseñado a valorar el trabajo, y sobre todo por ser excelentes ejemplos de vida a seguir.

A mis hermanos por ser parte importante en mi vida, y representar la unidad familiar.

A mi esposa Liz y mi hijo Arón por ser el motivo de superación, por llenar mi vida de alegrías y amor, por su paciencia necesaria y motivarme a seguir adelante en momentos de desesperanza.

Agradezco la confianza, apoyo y dedicación de tiempo a mis profesores: asesor magister Ricardo Sáenz Pascual, al Dr. Elfer Miranda Valdivia, al magister Nilo Román Romero, al Dr. Juan Tello por haber compartido conmigo sus conocimientos en el campo metodológico-jurídico y sobre todo por brindarme su amistad.

RESUMEN

El trabajo desarrollado aborda a la reproducción humana asistida, en contrastar si su utilización sin restricción alguna afecta a los derechos fundamentales de las mujeres y el concebido; utilizando para ello seudos contratos, el mismo que supuestamente generaría obligaciones mutuas en las partes intervinientes. Asimismo, se analizó el inicio de la vida, teniendo como punto de partida el artículo 2º inciso 1 de la Constitución peruana; análisis de sentencias como las emitidas por el Tribunal Constitucional Peruano, con motivo del caso “Distribución estatal y gratuita de la Píldora del Día Siguiente (PDS)”, el que ha interpretado que ante la división científica de posturas médicas y jurídicas respecto de si la concepción y, por lo tanto, el inicio de un nuevo ser humano se produce con la fecundación o con la implantación del cigoto en el útero materno, considera que deben aplicarse los principios pro homine y pro debilis para establecer que la vida humana se inicia con la fecundación del óvulo por el espermatozoide. En consecuencia, para el Tribunal Constitucional la anidación o implantación forma parte del desarrollo del proceso vital, sin embargo no constituye su inicio, pues el inicio de la vida humana se da con la fecundación. Tal interpretación garantiza la vigencia y eficacia de los derechos del concebido (principalmente el derecho a la vida y a su integridad física), quien es persona desde el instante en el que el óvulo y el espermatozoide se unen formando el cigoto. El concebido es por tanto una persona humana digna de tutela jurídica y protección por parte del Estado peruano. Se analiza la aplicabilidad del “alquiler de vientre” y la “donación de óvulos”, pasando también por la cuestión de los embriones supernumerarios, la selección de embriones, el destino de los embriones, teniendo en cuenta que la libertad, siendo inherente a la condición humana, no es sin embargo un derecho absoluto, teniendo determinados límites que, más que restringirla, la terminan haciendo posible en su dimensión existencial y coexistencial. Concluyendo el trabajo con soluciones jurídicas a las problemáticas que surgen a raíz de la utilización indiscriminada de la ciencia médica.

ABSTRACT

The developed work discusses in vitro fertilization in making contrast to the human assisted reproduction, if its utilization with out any restriction affects the dignity of women and the conceived; Using for it pseudo contracts, the same that supposedly would generate mutual obligations in the intervening parts. In like manner, it analyzed the start of life, having like starting point the article 2° incisional 1 of the Peruvian constitution; Analysis of sentences like the emitted for the Peruvian Constitutional Tribunal, by reason of the case "State-Owned and gratuitous distribution of the Morning After Pill (PDS)", the one that has interpreted that before the scientific division of medical and juridical body postures in respect of if conception and, there fore, a new human being's start takes place with fertilization or with the implantation of the zygote in the maternal uterus, consider that they should be applicable over the principles profit homine and profit debilis to establish that the human life starts up with the ovule's fecundation for the spermatozoon. In consequence, for the TC the nesting or implantation is a part of the development of the vital process, however does not constitute its start, because the start of the human life takes place with fertilization. Such interpretation guarantees the term and efficacy of the rights of the conceived (principally the right to life and to your physical integrity), who is person from the instant that the ovule and the spermatozoon stick forming the zygote. The conceived is therefore a human person that is worthy of protection of the law and protection for behalf of the Peruvian State. It analyzes the applicability of the rent of belly and the ovule's donation, looking also like the issue of the supernumerary embryos, the selection of the embryos, the destiny of the embryos considering that freedom, being inherent human condition, however is not an absolute right, having determined limits that, more tan restrictit, they end up making it possible in existential dimension and coexistencial. Concluding the work with juridical solutions to the problems that happen because of the indiscriminate utilization of the medical science.

INTRODUCCIÓN

Los avances científicos y el desarrollo de distintas tecnologías en todos los campos de la vida, han permitido a la sociedad desarrollarse a pasos agigantados e inimaginables, tal es el caso de la reproducción asistida. En sus inicios, la reproducción asistida sólo era planteada para aspectos meramente científicos, es decir, situaciones experimentadas y observadas dentro de un laboratorio. Una vez probada su eficacia se aplicó para fines terapéuticos y dio como resultado el primer nacimiento por fertilización in vitro del cual se tiene noticia: el de Louise Brown en Inglaterra, en 1978 (El 04 de octubre del 2014, el embriólogo británico Robert Edwards fue galardonado con el Premio Nobel de Medicina por su decisiva contribución al desarrollo de la fecundación in vitro), y trajo como consecuencia que las investigaciones en este campo se ampliaran cada vez más con el objetivo de resolver problemas de esterilidad en las parejas. Ante dichos avances y la inminente utilización de técnicas artificiales para poder procrear, muchos países, principalmente europeos, se dieron a la tarea de replantear sus sistemas jurídicos tradicionales, legislando así en materia de bioética y en cuestiones de derecho. Por esta razón, algunos de esos países realizaron modificaciones o inserciones en sus textos legislativos, elaboraron leyes para regular de forma específica la materia de reproducción asistida con la finalidad de procurar su actualización de acuerdo a los avances en la materia y evolución de su sociedad, pero sobre todo con la finalidad de normar todas aquellos intereses científicos, políticos, sociales y culturales de su comunidad.

Al hacer una reflexión con respecto al tema, y una revisión de nuestra legislación en materia penal, podemos observar un gran vacío legal, el cual incide básicamente en el campo del derecho; pero sobre todo observamos en la práctica un aumento en la tendencia de utilización de los métodos de reproducción asistida y como consecuencia

la proliferación de clínicas al margen de la legalidad. Es aquí cuando surge la problemática planteada, la cual se basa en la urgente necesidad de subsanar en nuestro país el vacío jurídico existente acerca de la regulación de la reproducción asistida en el ámbito del derecho penal, toda vez de que la sociedad peruana no se ha visto ajena a la utilización de dichas técnicas y a la consideración como objetos a las mujeres y al concebido. En consideración a los antecedentes ya mencionados, el planteamiento del presente trabajo radica en analizar los avances que en materia de reproducción asistida se han generado y como han afectado los derechos fundamentales de las mujeres y del concebido, de ahí la urgencia para legislar en nuestro país dicho tema. Es importante destacar el interés que ha existido en Perú por legislar sobre la materia de reproducción asistida, hecho reflejado básicamente en materia de salud, al regular las técnicas de reproducción asistida y la manipulación del material genético empleado. A pesar de que en materia de reproducción asistida han existido diversas iniciativas de ley, hasta la fecha nuestro país sigue sin haber una regulación jurídica que reglamente los efectos legales entre las personas, llámese usuarios o producto, que surgen como consecuencia de la utilización de estos métodos. Es importante que dichas iniciativas sean valoradas con la relevancia que requieren, sobre todo si se considera que son urgentes, no sólo por el hecho de tratar de estar a la vanguardia legislativa en este tipo de temas, sino por ser una realidad social en la que cada vez más personas encuentran solución a su esterilidad, a sus problemas conyugales, o hasta a sus más personales caprichos. Es así que, el presente trabajo tiene como objetivo hacer un análisis de las repercusiones jurídicas de las prácticas de reproducción asistida y a su vez concientizar a los juristas y a la sociedad, acerca de la vaguedad o ausencia de preceptos jurídicos que regulan el tema de la reproducción asistida, por lo cual es necesario valorar la importancia de legislar de forma expresa y no por analogía dicho tema, con lo que se concretiza la

necesidad de crear normas, básicamente en materia penal con respecto de las diversas consecuencias que se pueden suscitar por motivo de una fecundación in vitro, establecer parámetros que regulen las relaciones surgidas con motivo de los avances científicos relacionados íntimamente al tema de la reproducción asistida en sus diversos métodos, y establecer de forma específica las probables consecuencias jurídicas; así como la regulación explícita de todas las partes que intervienen en el proceso de la reproducción asistida como lo son las clínicas que tratan estos padecimientos, de los médicos que intervienen en el procedimiento, de los donadores quienes juegan un papel de gran trascendencia y a los mismos receptores o contratantes en todo lo que implica sus derechos y obligaciones en el ámbito personal, así como en los derechos del producto proveniente de este tipo de prácticas.

El Autor.

CAPÍTULO I

PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

Planteamiento del Problema

La reproducción humana asistida tiene una larga historia por ser el método más antiguo para combatir la esterilidad, y propiamente son métodos técnicos que sirven para suplir la infertilidad en la persona.

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 Extracorpórea 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 embriones.

El vertiginoso avance científico experimentado en la Biología, Genética, y específicamente el avance científico logrado en el campo de la Inseminación Artificial Humana y la Fecundación "*in vitro*", conlleva y plantea dramáticas interrogantes y problemas desde la perspectiva, ética, moral, social y jurídica como son instrumentalización de seres humanos en mujeres y concebidos, posibles afectaciones a los derechos de éstos, máxime si el concebido no es considerando como un sujeto de derecho sino como un objeto de contrato, arribado por los intervinientes. De allí la necesidad de un serio, profundo, amplio estudio y debate sobre la temática de las técnicas de Reproducción Humana Asistida a la luz de las instancias jurídicas a fin de abordar una normatividad acorde a nuestra realidad socio cultural y al avance científico.

Formulación del problema

Problema General

¿Cuáles son los derechos fundamentales de la mujer y el concebido, que se vulneran al aplicarse la reproducción humana asistida?

Problemas Específicos

1. ¿Resulta lícito, ejecutable y eficaz los contratos para la reproducción humana asistida?
2. ¿Resulta necesario elaborar una respuesta penal, respecto a las conductas vinculadas a la reproducción humana asistida?

Objetivos de la investigación

Objetivo general

Determinar qué derechos fundamentales son vulnerados tanto de la mujer y el concebido, al aplicarse la técnica de reproducción humana asistida.

Objetivos específicos

1. Determinar la licitud o no del contrato para la reproducción humana asistida, y si dichos contratos resultan ejecutables y eficaces.
2. Analizar si resulta necesario elaborar una respuesta penal, respecto a las conductas vinculadas a la reproducción humana asistida.

Justificación de la investigación

Debido al poco estudio y al vacío legislativo existente sobre el tema que nos avoca, se evidencia la falta de protección por parte del Estado respecto a la dignidad de la persona humana como principio dominante e ineludible para forjar una comunidad civilizada fundada en el respeto recíproco; por lo que considero de gran interés e importancia realizar el análisis sobre la reproducción humana asistida y sus incidencias

en el derecho penal, ya que hasta el momento la mayoría de estudios e investigaciones que se han realizado han tenido a explicar y complementar estudios médicos y científicos, dejando de lado el aspecto jurídico que juega un papel importante en la vida del hombre y su rol dentro de la sociedad, por lo que, es necesario una justicia ágil, oficiosa y guiada por un sentido humanista de la Ley, en donde los actores prejurisdiccionales y jurisdiccionales tengan los elementos de juicio objetivos que permita la imposición de la norma secundaria como represión a los hechos de mala fe; en razón de ello, pasamos a justificar el presente trabajo:

a) 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 el derecho a la reproducción.

Sin embargo, la norma constitucional peruana no reconoce expresamente el derecho a tener hijos, lo cual hubiera contribuido, a la solución de los problemas derivados de la fecundación asistida, tales como la maternidad subrogada, de la mujer sola.

Se indica que el artículo cuarto de la Constitución reconoce el derecho a la paternidad, sin embargo, ello no es cierto, cuando dicho precepto legal establece que el “Estado protege a la familia y promueve el matrimonio”, reconociéndolos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad, garantizando con ello la familia y el matrimonio.

A falta de regulación expresa, es preciso encontrar su justificación en valores, principios y derechos que nos permitan hallar la justificación del derecho a tener hijos, en base a la dignidad, la libertad y a fundar una familia.

b) 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 consiguiente: 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”¹.

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, por lo que, el derecho de la persona a elegir constituir una familia, cuando constituirla, y del derecho a decidir cómo tenerlos se fundamentan en 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.

c) Derecho a fundar una familia

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. Ello implica necesariamente el hecho de procreación.

¹RUBIO CORREA, Marcial, Estudio de la Constitución de 1993. p. 251.

Limitación de la investigación

Bibliográficas:

- No existe dentro de nuestra doctrina nacional material bibliográfico que haya tratado el tema de manera detallada o profunda, sólo comentarios en artículos de revistas que se refieren al tema de manera general.
- Escaso material bibliográfico en las bibliotecas de esta ciudad con relación al tema de investigación.

Hipótesis

Hipótesis General

Los derechos fundamentales que se vulneran con la reproducción humana asistida, en la mujer son la vida, la dignidad, y a la salud psicológica; en tanto, en el concebido se vulneran los derechos a la vida, la dignidad y el interés superior del niño.

Hipótesis Específicas

1. Los contratos con respecto a la reproducción humana asistida, al vulnerar los derechos fundamentales de las mujeres y el concebido, no resultan lícitos asimismo inejecutable e ineficaces.
2. Al existir determinadas conductas orientadas a vulnerar la dignidad de las mujeres y el concebido es necesario elaborar una respuesta penal preventivo.

Variables

V1= Vulnerar la vida, la dignidad, la salud psicológica, y el interés superior del niño.

Derechos fundamentales.

V2= Contratos.

Ámbito de la investigación

Al tratarse de una investigación de carácter dogmática, constituye objeto de análisis del presente trabajo el ámbito de los tratados, estudios y doctrina general nacional y especialmente extranjera, así como el análisis y estudio de las leyes penales de nuestros países vecinos. En cuanto al ámbito temporal no estableceremos límite alguno por el contrario se tomará en cuenta todos los criterios tomados para la regulación de la reproducción humana asistida.

Método, tipo y técnicas de investigación

Método de investigación

- a) **Método dogmático.**- Se desarrolló el presente trabajo teniendo en consideración el orden lógico, basado en los principios generales, dogmas y conceptos jurídicos, ello con la finalidad de brindar una propuesta positiva, que será producto luego de haber elaborado los términos conceptuales.
- b) **Método de argumentación jurídica.**- El presente trabajo como quiera que se trata de una investigación sobre instituciones o categorías jurídicas, su desarrollo conceptual y sustento epistemológico se realizó empleando un conjunto de estrategias para la organización de la investigación, esgrimiendo una serie concatenada de razonamientos a efectos de tener unidad del agravio expuesto y solides lógica.
- c) **Método de análisis.**- Se utilizó este método por cuanto el proceso del conocimiento se inicia por la identificación de cada una de las partes que caracterizan una realidad, en este caso la afectación de la dignidad de las mujeres y el concebido, así como otros derechos fundamentales; no existiendo a dichas conductas respuesta penal alguna.

Tipo de investigación

- a) **Comparativo.-** Se utilizó este tipo de investigación en razón a la comparación entre los diversos sistemas jurídicos extranjeros previamente seleccionados como referentes de comparación, el mismo que nos permitirá elaborar una propuesta legislativa.
- b) **Interpretativa.-** Implica la comprensión integral del estudio que nos avoca, siendo necesario para ello la aplicación del análisis previo, el mismo que busca desentrañar el significado de las normas jurídicas.
- c) **Semántica.-** Nos ayudó a desentrañar el significado de los vocablos como componentes del texto legal.
- d) **Etimología.-** Nos dilucidó el origen lingüístico de los términos utilizados en la redacción normativa.

Técnicas de investigación

a) Fichaje de información doctrinaria

Mediante esta técnica se comprendió fichas bibliográficas a fin de recabar y guardar la información obtenida de los diversos trabajos consultados para luego analizarla, procesarla e interpretarla conforme a criterios metodológicos adecuados; la misma que se realizó fundamentalmente por intermedio del registro informático.

b) Análisis microcomparativos de sistemas jurídicos

En esta técnica de ficha comparativa se utilizó para el análisis de los sistemas jurídicos extranjeros, con la finalidad de obtener sus semejanzas, diferencias a fin de poderlos estudiarlos y proponer una alternativa legislativa para el vacío penal que existe en nuestro ordenamiento jurídico.

Universo y muestra

a) Universo

En el presente trabajo, es imposible precisar o definir la población o universo, por el tipo de estudio a la cual se está arribando, que tiene como eje fundamental la dignidad de las mujeres y del concebido, máxime si se tiene en consideración que nuestro sistema jurídico positivo no existe regulación alguna sobre el tema.

b) Muestra

Al no existir universo o población en el estudio que nos avoca, es imposible la elección de una parte representativa de la misma.

Técnicas de recolección de información

a) Identificación y selección de las unidades de análisis.

📖 Constitución Política del Perú:

Artículo 01.- Esta norma positiva, nos va permitir comprender la importancia de la persona humana y el respeto de su dignidad como fin supremo de la sociedad y del Estado.

Artículo 02.- Este artículo nos permitirá analizar y desarrollar los derechos fundamentales de la persona humana.

Artículo 03.- Nos ayudará a no circunscribirnos solamente a los derechos fundamentales prescritos en el artículo 02 de nuestra Carta Magna, sino también a los de naturaleza análoga que se fundan en la dignidad del hombre.

📖 Declaración Universal de Derechos Humanos:

Artículo 01.- Este precepto jurídico de categoría supranacional nos ayudará a desarrollar el presente trabajo, al contemplar que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

📖 **Convención Interamericana de Derechos Humanos-Pacto de San José de Costa Rica:**

Artículo 01 inciso 02.- Nos permite ampliar la concepción de que toda persona debe respetar la vida humana, a partir del momento de la concepción.

📖 **Código de los Niños y Adolescentes**

Artículo I título preliminar.- Nos permite establecer que se considera niño a todo ser humano desde el momento de su concepción, y el Estado protege al concebido para todo lo que le favorece.

📖 **Código Civil Peruano:**

Artículo 01.- Nos permite entender jurídicamente que la vida humana comienza desde la concepción.

📖 **Ley General de Salud No. 26842**

Artículo III título preliminar.- Nos ayuda a conocer que el concebido es sujeto de derecho en el campo de la salud.

Artículo 07.- Nos ayudará a identificar que en el campo de la salud se permite procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, con la condición que la madre genética y la madre gestante recaiga sobre la misma persona.

📖 **Legislación comparada**

El estudio, análisis e interpretación de la regulación jurídica internacional, sobre el tema que nos avoca, tomaremos como algunos países como España, Francia, Italia, Argentina, Brasil y algún otro país que nos ayude a la interpretación sobre el tema, nos permitirá ver la realidad de cada país y obtener de ellos lo rescatable y lo malo sobre la reproducción asistida.

b) Elaboración, prueba y aplicación de instrumentos de recolección de datos o del diseño del experimento.

Para el desarrollo del presente trabajo, se ha empleado los métodos de *análisis y síntesis*, así como el método *deductivo* para trabajar (*analizarla, sintetizarla y sistematizarla*, para lograr una explicación de la misma y finalmente formular la correspondiente propuesta o recomendación) la información teórica o doctrinaria; habiendo utilizado los procedimientos *dogmáticos, exegético y la hermenéutica jurídica* para el *estudio e interpretación de la legislación pertinente*. Asimismo, como se trata de una investigación sobre instituciones o categorías jurídicas, su desarrollo conceptual y sustento epistemológico se realizará a partir de la argumentación *lógico-jurídica*. Teniendo en cuenta lo expuesto y el desarrollo del presente trabajo se evidencia que estamos en el ámbito de las investigaciones de carácter dogmático en las que no se requiere de desarrollo empírico o de contrastación alguna. Y si existiera algunos datos estadísticos o de los hechos, solo servirá para dar mayor sustento a la argumentación presentada con mayor solvencia, pero no para comprobar o verificar las hipótesis, pues la validación de estas se realizará a través de la *argumentación jurídica, la inferencia lógica jurídica y la hermenéutica*.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL

Antecedentes de la Investigación

2. Canessa Vilcahuamán Rolando Humberto, en la tesis para obtener el grado de Magíster en Derecho mención Derecho Civil y Comercial, titulado “Problemas Jurídicos que Plantean las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en la Legislación Civil Peruana” (año 2008) en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, la misma que consta de 4 capítulos: En el primero de ellos se abordan los aspectos metodológicos, tales como la definición y justificación del problema, la formulación de las hipótesis y los objetivos, la enunciación de los antecedentes y demás. En el capítulo segundo se exponen los antecedentes de la procreación asistida, estableciéndose su definición genérica, las causas que originan el sometimiento a las técnicas de reproducción humana asistida, luego se define la inseminación artificial humana. En el Capítulo tercero aborda el tema sobre los problemas jurídicos derivados de las técnicas de reproducción humana asistida en la Legislación Civil Peruana. Para finalmente en el último capítulo, tratar sobre las propuestas de modificación de la legislación nacional en el Código Civil, elaborando un anteproyecto de la ley que regularía la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida.

3. Abanto Tafur Tatiana, en la tesis para obtener el grado de Magíster en Derecho mención Derecho Civil y Comercial, titulado “Técnicas de Reproducción Humana Asistida Necesidad de su Regulación en una Ley Especial” (año 2011) en la Universidad Nacional de Cajamarca, pretende establecer las bases gnoseológicas

para la promulgación de un dispositivo legal que regule los diferentes aspectos, situaciones y consecuencias que pueda acarrear el uso de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

1. La Reproducción Humana Asistida

1.1. Antecedentes Históricos

Desde siempre la reproducción y, por ende, la fertilidad fueron temas que inquietaron al hombre en todas las civilizaciones, esto porque la procreación es un proceso ligado a la naturaleza² y porque el hombre es probablemente el único ser con conciencia de poseer una existencia que se inicia en un momento determinado y que está irremediamente limitada por la muerte, entonces tiene conciencia de que su única posibilidad de proyectarse más allá de su propia realidad, es a través de la reproducción³.

Pero a diferencia del resto de los seres vivientes, el hombre puede controlar, con un gran porcentaje de efectividad (avances de técnicas anticonceptivas), cuándo tener un hijo o determinar el sexo del mismo.

Las primeras experiencias de inseminación artificial en seres humanos y ya en la Edad Media se atribuye a Arnaud de Villeneuve médico de Papas y Reyes, que realizó la primera inseminación artificial con el espermatozoide de Enrique IV de Castilla y el cónyuge de éste.

Sin embargo, informaciones más exactas remontan la primera inseminación artificial humana a la realizada por el médico Hunter en 1799 sobre una

² BOZA DIBOS dice "La supervivencia de nuestra especie sobre la faz de la tierra está íntimamente ligada a la procreación de nuevas generaciones. En ese sentido la reproducción de la especie humana es vital todo orden social. No solo satisface la necesidad socio cultural de perpetuar la especie sino también necesidades biológicas y psicológicas del individuo: su instinto natural de subsistencia".

BOZA DIBOS, Beatriz "Los adelantos de la ciencia y la permeabilidad del Derecho. Reflexiones en torno a la "reproducción humana asistida". En Derecho. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima 1991, No. 45, p. 72.

³ COFRE SIRVENT, Jorge "Reproducción asistida y Constitución". En: Teoría y Realidad Constitucional. UNED. México 2001, No. 7, p. 344.

pareja estéril cuyo esposo sufría una deformación en la uretra realizándose pocos años después la primera inseminación con donante.

El método de la inseminación artificial como técnica de reproducción se fue desarrollando en el campo animal desde mediados del siglo XIX aplicándose a ovejas, vacas y yeguas; desarrollándose totalmente a finales de dicho siglo con el patologista ruso Elie Ivanoff, sirviendo de técnica que se aplica todavía en la actualidad.

Sherman en 1953 en los Estados Unidos logró los primeros embarazos humanos con semen congelado, desde entonces se considera el avance científico en el campo médico - biológico como vertiginoso – posibilitando la reproducción humana asistida.

Respecto a la fecundación *in vitro* también denominada Fecundación Extrauterina, artificial, extracorpórea o en laboratorio, podemos afirmar que es una técnica por medio de la cual se provoca fuera del cuerpo de la mujer, el encuentro de un óvulo con un espermatozoide para dar como resultado un embrión, el que será implantado en el útero de la mujer o en el de una tercera persona.

Se atribuye a Merkin y Rock ser los primeros que utilizaron este método para fertilizar con espermatozoides un ovocito extraído de la trompa. Los trabajos científicos se multiplicaron y el 25 de julio de 1978, se produjo el nacimiento de Luoise Joy Brown en el *Oldham Hospital*, ubicado cerca de Manchester, Inglaterra, convirtiéndose en la primer bebé probeta del mundo. Su madre, una inglesa de 32 años, tenía obstruidas las trompas de falopio. Los médicos le extrajeron un óvulo maduro que en condiciones adecuadas

fue fecundado "*in vitro*" con espermatozoides de su esposo. Con posterioridad, el embrión fue implantado en el útero de Lesley Brown donde se desarrolló normalmente hasta el momento del alumbramiento⁴.

Con el nacimiento de Louise Joy Brown se produjo una gran conmoción en la humanidad que dio lugar a que otras parejas, que se encontraban en la misma situación que los Brown, quisieran someterse a este procedimiento. Las fecundaciones "*in vitro*" continuaron realizándose y el jurista se encuentra hoy frente a una realidad que debe ser objeto de un tratamiento jurídico adecuado.

La protección del concebido en el derecho antiguo⁵

La historia del derecho en general permite conocer cómo se regulaban ciertas instituciones jurídicas en tiempos pasados, lo que presenta un 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, y para 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.

⁴ En un ámbito geográfico más cercano a nosotros en Argentina, el primer nacimiento mediante la técnica de fecundación *in vitro* tuvo lugar en 1986. PIÑA, Roxana Gabriela "Las técnicas de fecundación asistida, ¿dieron lugar a la aparición de un nuevo sujeto de derechos? El embrión humano y su relación con bienes jurídicos dignos de protección penal". En: Revista Latinoamericana de Derecho. Rubinzal-Culzoni editores México 2004, año I, No. 2, p. 251.

⁵ 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. BUSTERIN AUGUSTO Miguel Gerardo. En http://www.academia.edu/6754585/Pontificia_Universidad_Católica-del_Perú-escuela_de_postgrado.

a) Naturaleza jurídica del concebido en el derecho romano

Es 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 justinianeo protegía las atribuciones patrimoniales del concebido. El resultado lógico de estas premisas es afirmar que el concebido era considerado persona, al respecto, se han formulado una serie de teorías en torno a la personalidad jurídica del nasciturus, las cuales pasaremos a exponer.

a.1) Teoría de la paridad ontológica del concebido y nacido

Teoría desarrollada por Pierangelo Catalano⁶, 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 le segundo, conformado por los principios y la reglamentación de la condición jurídica del mismo. Estos dos niveles corresponden respectivamente a los dos últimos títulos del digesto: “De la significación de las palabras” y “De las diversas reglas del derecho antiguo”. 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.

⁶CATALANO, Pierangelo. “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.

Con referencia al estudio de las palabras y conceptos, para Pierangelo resulta evidente que la frase “quid in utero est” y “quod in utero est”⁷ señalan la existencia del concebido, en tanto “quid” es un término que se refiere a “quien”, mientras que el término “quod” hace referencia a un “qué”. Bajo la misma línea argumentativa sostiene que los términos “in rerum natura ese” (que se encuentra entre las cosas de la naturaleza), e “in rebús humanis ese” (que se encuentra entre las cosas humanas) suponen y destacan la existencia de quien está en el utero, 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 del estado de los hombres. Concluye terminando 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. Asimismo, precisa 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

⁷Quien está en el vientre materno y lo que está en el vientre materno, respectivamente.

cualquier persona, que lesionaran o impidieran la gestación normal del concebido.

a.2) Teoría de la ficción

La doctrina alemana, sobre la base de la teoría formulada por Savigny, quien desarrolla esta teoría con relación a la situación jurídica del concebido. A decir de Eva María Polo Arévalo⁸, esta tesis toma como punto de partida los textos del Digesto que afirman que el concebido no está “in rerum natura” o “in rebús humanis”, considerando así que el nasciturus no es persona porque tal condición se adquiere únicamente con el nacimiento. De esta manera Friedrich Karl Von Savigny⁹ afirma que existe una serie de disposiciones del Digesto que definen al concebido como una parte de las entrañas de la madre y que no se contradicen a aquellas que asimilan al concebido con el infante recién nacido.

Además se pregunta cuál sería la capacidad del no nacido aún, teniendo como respuesta que “no tiene capacidad alguna, porque ni puede regir relaciones de propiedad, contraer deudas ni tener créditos”. 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.

⁸POLO ARÉVALO, Eva María. 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. Consultado en <http://ruc.ude.es/dspce/bitstream/2183/2521/1/AD-11-41-pdf>

⁹SAVIGNY, Friedrich Von Karl. Sistema del Derecho Romano actual (versión al castellano por Jacinto Mesia y Manuel Poley). Centro editorial de Gongora-Madrid, Tomo 1. Pp. 310-311.

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 penales- por ejemplo, aquellas que sancionan a la madre que intenta el aborto¹⁰ 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 alumbramiento¹¹, o aquella ley que ordena que una vez muerta la mujer, abrir su cuerpo para salvar a la criatura¹².

Se denota de esta teoría que fundamenta sus bases en que el concebido era considerado parte de las entrañas de la mujer, y que, el Digesto excluye al concebido de las cosas de la naturaleza o de las cosas del hombre. Frente a ello hay que considerar que los fragmentos a los que Savigny hace referencia, 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.

a.3) El concebido como centro de imputaciones de derechos y obligaciones.

Conocida también como teoría de la subjetividad, desarrollada por Gandolfi, quien señala que es un equívoco considerar que

¹⁰ D.47.9.4. ó D.48.19.39.

¹¹ D.1.5.18.

¹² D. 11.8.2.

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 son salvaguardados algunos derechos que corresponderían a quien ha sido concebido, si ya hubiese nacido.

La presente teoría 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 lo ubicamos en el Código Civil peruano, el mismo que en su artículo 1° prescribe “*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 condicionado a que nazca vivo*”. Así, el legislador 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 la norma civil, el concebido no es persona, sino un centro privilegiado, distinto y autónomo, un centro de referencia de derechos desde el instante de la concepción y hasta el nacimiento.

Protección del concebido en el Derecho Peruano

Siguiendo a Carlos Ramos Núñez¹³, 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.

Finalmente, en su artículo 4° establecía 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.

Asimismo, la Constitución de 1839, vigente al momento de publicarse el código civil de 1852, no regula 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 “la vida humana es inviolable”, prohibiendo incluso la pena de muerte. Nótese que la Constitución protege la “vida humana” y el Código de 1852 precisa de hombre “nacido o por nacer”, lo que nos lleva a afirmar, que ya desde al menos el año 1856, el concebido ya gozaba de la protección de las normas peruanas.

Por su parte, el código civil de 1936 se adhiere a la teoría de la ficción de Savigny al prescribir “*que el que está por nacer se reputa nacido para*

¹³ RAMOS NÚÑEZ, Carlos. 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.

todo lo que le favorece a condición de que nazca vivo”¹⁴. 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 al Poder Legislativo la facultad de garantizar este derecho¹⁵, 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.

1.2. Concepto de Reproducción Humana Asistida

Las técnicas de reproducción humana asistida –conocidas por algunos como TERAS y por otros, simplemente como TRA– a decir de Varsi Rospigliosi “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”¹⁶.

La reproducción humana asistida debe ser receptada por el ordenamiento jurídico como técnicas que ayudan a solucionar un problema que podría catalogarse como enfermedad, esto en tanto que la Organización Mundial de la Salud, el término "salud" connota un bienestar corporal, anímico y social, y la esterilidad es la incapacidad para concebir y puede intentar corregirse médicamente por procedimientos terapéuticos, sean quirúrgicos o no. La

¹⁴Artículo 1.

¹⁵Art. 46° prescribía que “El Estado legislará sobre la organización general y las seguridades del trabajo industrial, y sobre las garantías en él de la vida, la salud y la higiene”.

¹⁶ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Derecho Genético. Principios Generales. Editora Normas Legales. Trujillo 1995, p. 62.

esterilidad agobia considerablemente el ánimo de las parejas que la padecen con consecuencias psicológicas y sociales de importancia. La medicina debe abordarla como un proceso patológico, como una disfunción que requiere un tratamiento, sea éste curativo o sustitutivo, con la finalidad de lograr descendencia y restablecer el equilibrio personal y social de la pareja.

Entre aquellas técnicas, de acuerdo a lo que explica Noriega Hoces¹⁷, tenemos a las siguientes:

a. Relaciones sexuales dirigidas.- Se basa en corregir el desorden coital de la pareja, dirigiendo su actividad sexual reproductivo a los días ovulatorios y así poder coincidir la aproximación de ambos gametos.

Para lo anterior se realizan ecografías seriadas para indicar el día exacto de ovulación y sugerir la realización del coito para obtener el fin deseado.

b. Inseminaciones artificiales.- La inseminación artificial se define como el depósito de forma no natural de espermatozoides en el tracto reproductivo de la mujer, con el fin de conseguir una gestación. Se plantea como terapia previa a otras TRA y la posibilidad de gestación está determinada por una indicación adecuada y son precisas dos condiciones: un semen adecuado para este tipo de terapia y una anatomía pélvica que garantice la integridad de las trompas uterinas. Para esta técnica se pueden elegir la utilización de semen de la pareja (homólogo) o semen donado (heterólogo) y además éstos pueden ser frescos (semen tomado en el día de la utilización) o semen congelado (criopreservado) el que se realiza como factor protector de las alteraciones que pueden

¹⁷Noriega Hoces, Luis "Fertilización Asistida. Una esperanza de vida". En SEIJAS RENGIFO, Teresa de Jesús. Estudios sobre los aspectos jurídicos de la biotecnología reproductiva humana en el Perú. Editorial San Marcos. Lima 1998, p. 103.

causar los tratamientos de cáncer (quimioterapia o radioterapia) por ejemplo.

c. Transferencia tubárica de gametos.- Esta TRA llamada simplemente GIFT por sus siglas del inglés está siendo cada vez más relegada dado que propugna la colocación de los gametos en las trompas, por lo que se debe asumir que éstas no están afectadas. Pero a la par de este simple hecho, implica que la paciente deba ser sometida a laparoscopia (método por el cual se introduce un instrumento óptico dentro de la cavidad abdominal para la visualización interna por una herida mínima) para poder dejar estos gametos en la trompa requerida, además de todos los pasos previos inherentes a la preparación de la mujer y el varón que son los mismos para la fertilización *in vitro*, como veremos seguidamente.

d. Fertilización *in vitro*.-Los doctores Edwards y Steptoe fueron los primeros en descubrir la técnica de fertilización *in vitro* (FIV) y transferencia de embriones (TE), y el subsiguiente nacimiento de una niña normal, Louise Joy Brown, el 25 de julio de 1978. Desde entonces, la tasa de éxitos de esta técnica ha sido mejorada mediante el uso de fármacos destinados a mejorar la fertilidad, que proporciona más óvulos y por lo tanto más embriones, aumentando así, la posibilidad estadística de un embarazo. Como resultado de la continua investigación internacional se afirma que desde 1978 habrían nacido más de 200,000 niños¹⁸.

El establecimiento de altas tasas de éxito en los pasos críticos del procedimiento (recogida de óvulos, fecundación y la capacidad del

¹⁸Cárdenas Quiroz, Carlos "Fecundación extracorpórea, protección jurídica del embrión y reforma del Código Civil del Perú". En: *Ius et Veritas*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima 1998, No. 17, p. 196.

embrión de quedarse en la cavidad del útero o implantación) significa que la FIV y la TE son ahora un método práctico para el tratamiento de ciertos tipos de infertilidad.

1.3. Causas que originan el sometimiento a las técnicas de reproducción humana asistida.

Los crecientes problemas de esterilidad que afectan al hombre tornan cada vez más imperiosa la intervención médica en la reproducción humana. En muchas ocasiones las técnicas de reproducción asistida representan la única solución para los casos en los que la naturaleza por sí sola no alcanza. De acuerdo a las investigaciones realizadas al respecto los químicos, la radiación, las hormonas en los alimentos, el stress, la difusión de las enfermedades de transmisión sexual, los efectos secundarios de algunos métodos anticonceptivos, la tendencia actual a retrasar el primer embarazo, etcétera; son las razones por el creciente aumento de la esterilidad. De acuerdo a las cifras ofrecidas por el Centro de Fertilidad Procrear, “un millón 200 mil mujeres peruanas padecen de infertilidad por diversas causas”¹⁹.

La causa fundamental que origina que las parejas recurran a las técnicas de reproducción humana asistida es la esterilidad o infertilidad a fin de poder tener descendencia en su común y noble propósito de procrear, cuando otras técnicas terapéuticas resulten inadecuadas o ineficaces.

Se entiende por la esterilidad a la incapacidad de una pareja para lograr un embarazo luego de un año de búsqueda sin medidas contraceptivas.

¹⁹ CENTRO DE FERTILIDAD PROCREAR. “Infertilidad afecta a más de un millón de peruanas”, disponible en http://www.procrear.com.pe/articulos_1.php

Mientras que la infertilidad es aquel problema en el que las parejas conciben, pero cuyos fetos no alcanzan viabilidad²⁰. Entonces, mientras la esterilidad, masculina y femenina, significa la imposibilidad definitiva de concebir naturalmente por causa de una anomalía en la estructura o en la función de los órganos genitales; la infertilidad no implica necesariamente la existencia de anomalías o procesos irreversibles (esterilidad relativa). Son diversas las hipótesis que se presentan al respecto como las causas que originan los problemas de fecundación, siendo las más frecuentes las siguientes:

1) Cuando sea imposible mantener relaciones sexuales con normalidad.

- a) Por impotencia en el hombre la cual puede ser *coeundi* o *generandi*, en el primer caso nos referimos a la imposibilidad para realizar el coito sexual o unión carnal por incapacidad de erección del miembro viril. La doctrina la denomina "impotencia absoluta" y sus causas pueden ser: la agnesia peneana, malformaciones congénitas del pene, la denominada impotencia orgánica (parapléjicos), lesiones graves en el pene, etc. a nivel local; dentro de las de orden patológico se consideran las intoxicaciones graves como la drogadicción y la toxicomanía en algunos casos amén del alcoholismo crónico y otras formas como la denominada ahora impotencia psíquica entre otras. El segundo caso (impotencia *generandi*) es la imposibilidad de procrear o fecundar pero teniendo el individuo la capacidad de realizar el coito o unión sexual, la doctrina la denomina "esterilidad", y sus causas

²⁰Así fertilización es el proceso por el cual el óvulo femenino es fecundado por un espermatozoide masculino, fusionándose así el pronúcleo masculino y femenino en una nueva unidad, con información genética propia.

pueden ser la hipospermia, oligospermia (falta de espermatozoides de número suficiente) entre otras.

b) Cuando el hombre adolezca de eyaculación precoz o cuando tenga déficit de espermatozoides.

c) Cuando la mujer adolezca de vaginismo o la vagina adolezca de una mal formación.

2) Cuando la mujer presenta acidez vaginal que no favorece a la ascensión de los espermatozoides.

3) Cuando la mujer sufre de anovulación, que es la ausencia de ovulación, esto puede ser consecuencia de varias causas como la hiperprolactinemia²¹, déficit de estradiol, enfermedad poliquística del ovario, anorexia o bulimia, entre otras).

4) Infertilidad femenina por causa tubárica, esto se produce cuando existe una obstrucción (física o funcional) en las trompas de Falopio.

5) Infertilidad femenina por endometriosis (enfermedad en la que aparece en el tejido endometrial fuera del útero, generalmente en el peritoneo de la pelvis, en las trompas de Falopio o en los ovarios, por diversos motivos se altera entonces el normal funcionamiento del aparato reproductor femenino y no se consigue la concepción.

6) Esterilidad o infertilidad idiopática femenina, recibe este nombre cuando no se conoce la causa de la esterilidad.

En las hipótesis mencionadas las técnicas de reproducción humana asistida ayudan a la pareja con el propósito de tener descendencia actuando con un carácter

²¹ La hiperprolactinemia es la causa más frecuente de anovulación. Consiste en la secreción inadecuada de prolactina. La prolactina es una hormona que, en condiciones normales aparece después del parto y facilita la lactancia, sin embargo también está relacionada con el estrés o con ciertos aspectos de la modulación de la conducta.

terapéutico, remediándose así la esterilidad. Debemos precisar que en tales supuestos el componente genético a utilizarse proviene de la propia pareja. *Pero qué pasa en los siguientes casos:*

1. Esterilidad irreversible como la inmunológica.
2. Azoospermia (ausencia total y definitiva de espermatozoides)
3. Radiaciones o intervenciones quirúrgicas que ocasionen esterilidad total y definitiva.

En estos casos no queda sino la alternativa de recurrir a la denominada IAD (Inseminación Artificial Heteróloga) con material genético o semen de un tercero (donante) fresco o congelado, manteniéndose el anonimato de la donación.

2. Inseminación artificial humana

2.1 Concepto

Para Rodríguez Cadilla Ponce la “inseminación artificial se entiende como la intervención médica, mediante la cual se introduce el semen en el organismo femenino, no a través de un acto sexual normal, sino de manera artificial, a fin de producir la fecundación”²². Cabe precisar que la inseminación artificial humana no cura la esterilidad de la pareja por lo que no es una terapia, sino constituye un paliativo de sus efectos.

La inseminación artificial es un procedimiento utilizado en los programas de reproducción asistida como primera alternativa en el manejo de las parejas estériles con al menos una trompa uterina permeable que no hayan logrado un embarazo tras la aplicación de tratamientos convencionales tendientes a la corrección de los factores causantes de esterilidad.

²² Rodríguez - Cadilla Ponce, María del Rosario. Derecho Genético. Técnicas de Reproducción Humana Asistida, su trascendencia jurídica en el Perú. Editorial San Marcos. Lima: 1997, p. 23.

La inseminación artificial humana interconyugal (con componente genético del marido y del cónyuge) merece aprobación desde el punto de vista ético, moral y religioso.

Es así que inclusive diversos países regulan jurídicamente esta técnica de reproducción, los Códigos de Familia de Bolivia (1972) y Costa Rica (1973) contemplan ciertos dispositivos legales que regulan jurídicamente dicha práctica a diferencia del Perú que no prevé o cuenta con norma jurídica que regule éstas prácticas, viéndonos obligados a recurrir a la legislación positiva vigente (genérica) —a excepción de una única norma de la Ley General de Salud— y a los principios generales del derecho para suplir los vacíos de la ley en ésta materia en una suerte de solución de *lege data*.

En consecuencia podemos conceptualizar la inseminación artificial humana como la técnica de reproducción asistida que consiste en inocular artificialmente el semen en la vagina o útero de la mujer a fin de llevarse a cabo la concepción sin mediar cópula sexual generadora normal lográndose así superar la esterilidad de la pareja o mujer sola.

Sosteniendo que el concepto de inseminación artificial precisa de tres elementos concomitantes, concurrentes y determinantes que son:

- a) Que se realice sin mediar acto sexual generador normal.
- b) Que de tal práctica se logre la procreación de un ser humano.
- c) Que se recurra a un método especial como técnica de reproducción complementariamente.

2.2. Procedimiento de la inseminación artificial humana

Primero se procede a una estimulación ovárica, para incrementar el porcentaje de éxito se recomienda aumentar la cantidad de ovocitos en el tracto genital

femenino estimulando los ovarios con una inyección de la hormona Gonadotropina Coriónica Humana (HCG).

Luego se realiza un seguimiento folicular que indicará el momento de la ovulación y el día óptimo para la inseminación.

El seguimiento de la estimulación se realiza mediante ecografía y cuantificación de los niveles hormonales en sangre. A través de la ecografía se determina el número y tamaño de los folículos y el grosor del endometrio, lo que orienta a si está preparado para la implantación.

El procedimiento es distinto en las clases de inseminación artificial que a continuación se tratan. Así en la inseminación homóloga, la muestra de semen se obtiene por masturbación el mismo día en que se va a realizar la inseminación. Se recomienda a la pareja una abstinencia sexual en los 3 días previos con el objeto de maximizar la calidad de la muestra seminal en número y calidad de espermatozoides. La técnica de capacitación espermática se selecciona según la calidad de la muestra de semen. Tiene una duración hasta de 2 horas y debe iniciarse a los 30 minutos después de obtenida la muestra.

Mientras que en la inseminación heteróloga se utiliza semen congelado de banco, y se indica cuando el varón de la pareja no tiene espermatozoides o cuando es portador de alguna enfermedad hereditaria. Además se utiliza en casos de mujeres sin pareja que quieren tener hijos. En los bancos de semen, el semen del donante se recoge y se almacena durante 6 meses antes de su utilización para confirmar la negatividad de las pruebas serológicas (Hepatitis B, Hepatitis C, VIH, Sífilis).

Cuando la muestra está lista para la inseminación se deposita en un catéter especial conectado a una jeringa; la paciente se coloca en posición ginecológica,

se aplica un espejo vaginal estéril para localizar el cérvix (igual que en una exploración vaginal de rutina) y por su orificio se introduce el catéter hacia el interior del útero y se deposita el semen capacitado (inseminación intrauterina). Si el caso lo amerita, se puede depositar también semen capacitado en el interior del cérvix (inseminación intracervical). Luego de catorce días se realiza un test de embarazo para verificar el éxito de la operación.

2.3. Clases de inseminación artificial

2.3.1 Inseminación homóloga. (Inseminación artificial conyugal [IAC])

Es una de las variantes que presenta las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en cuanto al origen de los gametos y propiamente consiste en la fertilización de los cónyuges o conviviente (con una relación *more uxorio*) con semen del marido o conviviente respectivamente.

Esta técnica de reproducción asistida es unánimemente admitida por los juristas, por los sectores médicos y éticos que confluyen en la materia²³.

En la inseminación artificial conyugal el material genético se circunscribe al ámbito de la pareja matrimonial o convivencial, por lo que respecto del hijo por nacer habrá un indiscutido nexo biológico entre el marido de la madre y el nacido.

2.3.2 Inseminación heteróloga

Esta variante de reproducción humana asistida presenta diferencias sustanciales respecto a la anterior, diferencias que radican

²³En este sentido Moctezuma Barragán nos dice: "Así, tenemos que la inseminación homóloga, es decir, aquella que se efectúa con el esperma del esposo aplicado a su esposa, no presenta ningún problema jurídico en particular, puesto que técnicamente se trataría de la disposición de componentes de tejidos para inseminación artificial que sigue la reglas generales aplicables para los trasplantes [...], asimismo la legislación civil tomará en cuenta que el hijo concebido mediante este método es producto de matrimonio bajo el mismo título que uno nacido por la vía natural". MOCTEZUMA BARRAGÁN, Gonzalo. "La reproducción asistida en México. un enfoque multidisciplinario". En: Cuadernos del núcleo de estudios interdisciplinarios en salud y derechos humanos. Universidad Nacional Autónoma de México.

fundamentalmente en el componente genético masculino (semen) que proviene de un "donante", (tercero) ajeno a la pareja a utilizarse en la Inseminación Artificial Heteróloga.

En ésta técnica de reproducción humana (supraconyugal) el semen a introducirse en el útero de la mujer no es del cónyuge sino de un tercero o donante; o esta se realiza en una mujer soltera, viuda o divorciada.

Desde la perspectiva jurídica esta técnica conlleva a graves problemas, como la instrumentalización de seres humanos en mujeres y concebidos, teniendo una triangulación de intereses en donde quienes encargan la gestación de un hijo, buscan a una mujer que realice la labor de incubación, y a otros que aporten el material genético, luego una vez que nazca el menor, sean ellos quienes han encargado y contactado al resto de los intervinientes en padres del menor, vulnerando principios fundamentales reconocidos en nuestra carta magna, consumándolas bajo la suscripción ilegal de contratos.

Como es de apreciarse ésta técnica no sólo ofrece dificultades y crea conflictos de orden jurídico, razones que permiten a la elaboración del presente trabajo.

3. Fecundación "IN VITRO"

3.1. Concepto de fecundación "IN VITRO"

Esta técnica de procreación asistida es también denominada Fecundación Extrauterina, Artificial, Extracorpórea o en Laboratorio. Es una técnica por medio de la cual se provoca, fuera del cuerpo de la mujer la unión de un óvulo con un espermatozoide creando un cigoto, es decir la fecundación en una

probeta; para dar como resultado un embrión, el que será implantado posteriormente en el útero del cónyuge o de un tercero.

Cabe precisar que ésta técnica brinda también al ser humano imposibilitado de procrear, tener descendencia. Actualmente estas prácticas especialmente en Europa son poco sensacionalistas, sino usuales y rutinarias originándose ésta práctica frente a determinadas anomalías que pudiera presentar la mujer como la obstrucción o ausencia de trompas de falopio a fin de hacer posible una maternidad hasta antes no realizable, y actualmente, ésta técnica se viene también aplicando para suplir la esterilidad masculina; sin embargo a decir de Varsi Rospigliosi²⁴ "la utilización y aplicación de las TERAS (especialmente la FEC) no siempre van en provecho directo e inmediato (...) ya que sirven, también, para canalizar experimentos negativos o manipulaciones que por su ausencia son contrarios a la naturaleza y a la dignidad del ser humano, llevando implícita una presunción de ilegalidad, contrariando las normas de la paz social, el orden público y las buenas costumbres".

La fecundación "*in vitro*" continúa realizándose y el jurista se encuentra frente a una realidad que debe ser objeto de un tratamiento técnico-jurídico adecuado.

3.2. Clases de fecundación "IN VITRO"

3.2.1. Fecundación IN VITRO homóloga

Del mismo modo que la inseminación artificial homóloga, los doctrinarios reconocen la fecundación "*in vitro*" interconyugal u homóloga como aquella que se realiza con componentes genéticos (espermatozoides y óvulos) provenientes del varón y de la mujer de la pareja ligada por vínculo matrimonial o *more uxorio*.

²⁴VARSI ROSPIGLIOSI, *op. cit.*, pp. 63-64.

Está técnica de reproducción humana es aceptable no ofreciendo mayores problemas jurídicos habida cuenta que tanto el gameto masculino como el femenino provienen de los cónyuges hecho que otorga seguridad jurídica o alternativamente al provenir de la unión de hecho voluntariamente concertada entre varón y mujer (convivencia); respecto del fruto de la concepción regirá la presunción legal (*iuris tantum*) de paternidad.

3.2.2. Fecundación IN VITRO heteróloga

La fecundación “*in vitro*” será heteróloga cuando se hace uso de óvulos de una mujer distinta a la esposa, de esperma de un tercero o de óvulos y esperma de terceros. Esta fecundación extracorpórea a decir de Varsi Rospigliosi²⁵

“Crea situaciones en parte nada seguras ya que con el cedente se carece de una relación jurídica familiar reconocida para exigirle el cumplimiento de determinadas obligaciones legales (alimentos), derechos derivados (transmisión sucesoria) o deberes naturales (reconocimiento). (...) ofrece dificultades y crea conflictos. A pesar de ello, en determinados casos es necesaria, por tanto dársele márgenes de permisibilidad”.

Teniendo en consideración que en la fecundación *in vitro* heteróloga se puedan dar variaciones como son: que el componente genético masculino (semen) provenga del marido y el componente genético femenino (óvulo) de una mujer cedente o donante; que el semen provenga de un tercero cedente y el óvulo de la cónyuge; o que ambos componentes genéticos (semen u óvulo) provenga de sendos cedente (terceros).

²⁵VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. Derecho y Manipulación Genética. Universidad de Lima. Fondo de Desarrollo Editorial. Lima: 1996, p. 49.

La situación descrita reviste un carácter muy especial y, en virtud de aquello peligroso, tomando en consideración las situaciones fácticas ocurridas tanto en nuestro país como en países vecinos, toda vez que hay organizaciones que sin temor y remordimiento alguno reclutan a mujeres para la explotación de su cuerpo para la gestación de hijos de terceros, no existiendo sanción alguna a los intervinientes en esta triangulación que generará una vida humana, por lo que se hace necesario distinguir el ánimo y la intención que mueve a las partes a realizar un acto reñido con la naturaleza humana, a fin de realizar un tratamiento legal.

LA VIDA HUMANA, EL CONCEBIDO Y EL NEGOCIO JURÍDICO

1. Derecho a la autodeterminación reproductiva como un derecho implícito del libre desarrollo de la personalidad y autonomía.

El derecho a la autodeterminación reproductiva es un derecho implícito contenido en el más genérico derecho al libre desarrollo de la personalidad. Este derecho consiste en la autonomía para decidir en los asuntos que solo atañen a la persona. Pero también puede afirmarse que el derecho a la autodeterminación reproductiva se desprende del reconocimiento de la dignidad de la persona humana y del derecho general de libertad que le es inherente. Dignidad y libertad concretizadas a partir de la necesidad de poder optar libremente y sin ninguna interferencia en el acto de trascender a través de las generaciones. Libertad para poder decidir cómo ser racional, con responsabilidad, sobre: 1) el momento adecuado u oportuno de la reproducción; 2) la persona con quién procrear y reproducirse; y 3) la forma o método para lograrlo o para impedirlo²⁶.

²⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional No. 7435-2006-PC/TC.

2. Teorías sobre el inicio de la vida

Para determinar el momento preciso en que pueda afirmarse que ha comenzado la existencia de un individuo de la especie humana se han propuesto diferentes alternativas como el momento de la implantación uterina (anidación), la formación del sistema central, el de la viabilidad del feto y la concepción que es la que nuestro código civil actual ratifica, teorías sobre el inicio de la vida humana, que desarrollaremos a continuación.

2.1. La vida humana comienza con la anidación:

La anidación es un fenómeno que acaece entre el séptimo y decimocuarto día después de la fertilización del óvulo por el espermatozoide. Hasta entonces el producto de la fertilización recibe el nombre de blastocito, y al acaecer la implantación pasa a denominarse propiamente embrión. Es aquí en donde se establece por primera vez el binomio madre-hijo y un conjunto de relaciones endocrinas e inmunológicas entre ambos. Antes de tal implantación se produce una pérdida o aborto espontáneo de un alto porcentaje de blastocitos, cercano al 50% de la cual la mujer no toma nunca conciencia. Los partidarios de ésta tesis sostienen que antes de la implantación el cigoto carece de dos características propias de la especie humana: unicidad (ser único e irrepetible) y la unidad (ser uno solo); sólo es importante para ellos determinar en qué momento aparece un nuevo individuo, la individualización.

Otros partidarios agregan que durante el proceso previo a la definitiva anidación el cigoto puede, también, “fisionarse” y en vez

de ser uno, ser dos o tres; “fusionarse” esos dos o tres y juntarse en uno; o puede ser expulsado por lo que carece de expectativa plena y segura de vida²⁷.

Sin embargo al decir que un “individuo humano no se puede dividir”, se está confundiendo individualidad con indivisibilidad. En todo caso siempre habrá individualidad con una potencialidad de divisibilidad cada vez menor, lo que no invalida el que en todo momento, antes y después de una división con separación de células, se pueda hablar de individuo(s). Conviene precisar que esta teoría es la corriente más extendida a nivel internacional, en especial de los países de Europa. No hay duda que, a pesar que se quiera referir de diversas formas al concebido, éste merece la debida protección jurídica por ser persona humana. Para los penalistas, “a partir de la implantación del embrión en el útero materno, éste recibe del organismo de la madre los impulsos necesarios para su desarrollo, por lo que consideran a la anidación como el principio de protección a la vida ya que, de no haber anidación no hay desarrollo del embrión, y como consecuencia no habría vida humana”²⁸

2.2. La vida se inicia con el inicio de la actividad cerebral:

Los sostenedores de ésta tesis piensan que debe existir cierta analogía de criterios para determinar los dos momentos entre los cuales se extiende la vida humana. La capacidad de sentir dolor y sufrimiento, que se da cuando ya está formado el cerebro y el

²⁷ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. “Derecho Genético” 4ta edición. Grijley – Lima. 2001. Pág. 100.

²⁸ CASTILLO, José. Derecho Penal: parte especial I, Grijley, Lima, 2008, p. 942.

sistema nervioso, es lo que para los defensores de ésta tesis determina el inicio de la vida humana.

Afirman que “el recién concebido posee características que alcanzan niveles muy bajos, y a diferencia de los perros, cerdos, pollos y otros animales, no posee cerebro ni sistema nervioso, y es posible pensar que está muy incapacitado para sentir dolor o experimentar cualquier cosa. Por lo tanto, no puede tener intereses propios”²⁹.

El error de esta teoría radica en que, si sabemos que los óvulos fecundados en vitro nunca se anidan en el útero, ya que se desarrollan en un laboratorio, entonces se excluiría del ámbito típico y por tanto de punición, la destrucción de embriones fecundados fuera del útero materno, aun no implantados, quedando éstos totalmente desprotegidos.

2.3. La vida se inicia con la viabilidad del feto:

Se ha entendido por viabilidad del feto la posibilidad de supervivencia de manera autónoma a la madre. Esta capacidad de supervivencia sería, para los que sostienen esta posición, la que determinaría el inicio del concebido.

2.4. La vida inicia con la fecundación:

Esta teoría se basa en que el inicio del proceso vital, se origina con la fecundación; “proceso que se inicia con la penetración del espermatozoide en el óvulo, concluyendo con la formación del

²⁹ SALVADOR D. Bergel; HINYERKI, Nelly. “Bioética y Derecho”. Rubinzal-Culzoni editores. Buenos Aires. 2003. Pág. 289.

cigoto que es la célula que resulta de la fusión de los pronúcleos masculino y femenino”³⁰.

La fecundación se manifiesta cuando el espermatozoide hace contacto con el óvulo, y de inmediato se reconocen sus membranas celulares, determinando que son de la misma especie. Luego el espermatozoide penetra el interior del óvulo valiéndose de una enzima (hialuronidasa) para perforar la membrana ovular. Tan pronto como la cabeza del espermatozoide penetra, se produce en la célula fecundada un bloqueo de su cubierta, para que no ingresen otros espermatozoides, evitando la poliesperma. Después se realiza la primera fusión celular, la de las membranas que envolvían la cabeza del espermatozoide y del óvulo.

Así tenemos que, desde el momento de la fecundación existe vida humana, por lo que “el embrión humano desde el momento de la fecundación, tiene plena dignidad humana y por tanto pleno derecho fundamental a la vida, el cual merece protección”³¹. Este punto de vista se encuentra amparado por la mayoría de la doctrina constitucional latinoamericana³².

Para algunos autores, “el embrión es un ser humano con potencialidades, y merece la protección de la ley”³³, protección que va en donde quiera que se encuentre, así sea en la placa de un

³⁰SOSA, Juan. “Prohíben al Ministerio de Salud distribuir la píldora del día siguiente por poner en riesgo la vida del concebido” en *Diálogo con la Jurisprudencia*, No. 15, Gaceta Jurídica, Lima, 2009, p. 86.

³¹SPAEMANN, Robert. *Personas: acerca de la distinción entre “algo” y “alguien”*, Ediciones Universidad de Navarra, 2000, p. 100.

³²SÁNCHEZ, Rosa. *Protección Jurídica de la vida Pre Natal, con especial relevancia en el Derecho Constitucional Español*, 2009, obtenido en <http://www.bioeticaweb.com>.

³³FIGUEROA, Gonzalo. “El comienzo de la vida humana: el embrión como persona y como sujeto de derechos” en *Bioética y Derecho*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2003, p. 286.

laboratorio. Los partidarios de esta teoría señalan que los últimos descubrimientos de la biología ratifican sus postulados, en el sentido de que penetrado el óvulo por el espermatozoide surge una nueva vida, distinta a la madre, con un patrimonio genético único, irrepetible, autogobernado por el mismo embrión.

El Pacto de San José de Costa Rica, en su artículo 4º, inciso 1) indica que “*toda persona tiene derecho a que se respete su vida, este derecho estará protegido por la ley en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente*”. Como vemos, la Convención Interamericana de Derechos Humanos señala que el inicio de la vida se da desde el momento de la concepción.

De igual forma, el Código Civil peruano se adhiere a esta postura en su artículo 1º, el cual señala que la “*vida humana empieza desde la concepción...*”, en ese sentido, desde el momento de la concepción se necesita de una plena protección jurídica por parte del Estado.

Actualmente se han considerado infinidad de nombres para hacernos creer que no se trata de seres humanos, “cigoto, mórula, pre-embrión, embrión, blastocito, feto, bebé, niño, adolescente, joven, adulto, anciano”³⁴, los cuales son sólo etapas temporales del desarrollo de un único ser individual.

Estamos de acuerdo con esta teoría, porque tanto un óvulo recién fecundado como un feto que ha alcanzado la madurez, poseen

³⁴ COLL, julio. *Bebés medicina: cuestiones científico-éticas de la selección de embriones*, Ediciones Palabra, Madrid, 2006, p. 57.

dignidad humana, y por tal son personas que merecen la misma protección jurídica en virtud de su naturaleza, sin tener en cuenta el nivel de desarrollo físico en el que se encuentran, y aunque estas vidas humanas se den en una probeta de laboratorio, resulta imposible negar su existencia.

3. Posición de la doctrina y la jurisprudencia nacional.

La doctrina nacional no es unánime al respecto, Luz Monge Talavera, analizando lo prescrito en el segundo párrafo del artículo primero del código civil el cual 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 en mención se refiere al momento de la concepción y no al momento de la fecundación, y teniendo en consideración que la Real Academia Española a conceptualizado que concebir significa “quedar preñada la hembra”, la concepción de un ser humano supondría no solo la unión de un espermatozoide con el óvulo, sino, además la formación, implantación y la anidación del embrión en el útero materno, lo cual se produce al final de las primeras semanas de la gestación y corresponde a la aparición del sistema nervioso y a la diferenciación de células.

Termina mencionando que en consecuencia 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). El derecho constata esa realidad biológica, a través de un diagnóstico médico y determina a partir de ella numerosos efectos jurídicos”.

Asimismo, Fernández Sessarego, 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”³⁵. 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”³⁶.

Por otro lado, Jerone Lejeune, genista 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”³⁷.

Creemos conveniente señalar que este dilema 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. Así lo expresa la Sala Primera de la Cámara Civil de la Capital-Argentina: “*En caso de colisión irremediable, debe anteponerse el derecho a la vida y la integridad personal, dado su carácter esencial y fundamental*”³⁸

El Tribunal Constitucional Peruano, al respecto ha señalado que:

³⁵ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho en las personas. Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Primero del Código Civil Peruano*, Cuarta Edición. Lima: Cultura Cuzco S.A. Editores, 1992, p. 30.

³⁶ RUBIO CORREA, Marcial. *El ser humano como persona natural*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. 1992, p. 16.

³⁷ Lejeune, Jerome, cit. Por SANZ ÁLVAREZ, Jaime Enrique. *Fecundación Asistida*. Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá, 2002, pp. 170, 171.

³⁸ Exp. No. 45882/93, Rabinovich Ricardo David s/Medidas Precautorias. Argentina.

“corresponde a la ciencia describir y explicar el proceso de reproducción humana y cada una de las etapas del íter vital del ser humano; y, sobre esa 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 devilis*”³⁹

Asimismo, el Principio “*Pro Homine*”, posee dos variantes principales⁴⁰:

- a) Preferencia interpretativa, según el 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 *indubio pro actione*, etc.
- 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 una 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”⁴¹.

³⁹Exp. No. 02005-2009-PA-TC.

⁴⁰ CARBONEI, Miguel. “*La Interpretación de los Derechos Fundamentales*” en *Ius et Praxis*. 1Lima: Palestra Editores, 2009. Pág. 166.

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.

4. Posición de la jurisprudencia comparada.

La jurisprudencia argentina se manifiesta en similar sentido, en la resolución recaída en el Exp. No. 75882/93, Rabinovich Ricardo David/Medidas Precautorias, la Sala de la 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 de ovocito pronucleado la prudencia impone darle un trato semejante a la persona”*

En dicho sentido, la jurisprudencia argentina, ante el desconocimiento del momento exacto del inicio de la vida, prefiere dar más amplia protección posible, por eso, sin que 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 No. 95-001734-0007-CD, del quince de marzo del dos mil, 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 a partir de esa fase todo individuo es único, rigurosamente diferente de cualquier otro. En resumen, en cuanto ha sido concebida, una persona y estamos ante un ser vivo, con derecho a ser protegido por el ordenamiento jurídico,

⁴¹Exp. No. 2005-2009-PA/TC.

según se demuestra de seguido. Esta segunda posición es acorde con las normas del Derechos Internacional de los Derechos Humanos vigentes en Costa Rica”.

En dicho sentido, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, precisa 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 del 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 del 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 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 su pone un orden intrínseco, un sujeto único; cuya protección se encuentra garantizada por nuestro orden legal y constitucional; derecho, que al igual 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 resolutive 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, sin que, más allá de ello, pueden contener exigencias dirigidas al legislador en su labor de continua configuración del ordenamiento jurídico, ya sea en la 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 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”⁴².

5. Antecedentes históricos y noción de concebido

5.1. Antecedentes Históricos

Para los romanos el concebido era simplemente parte de la madre; sin embargo, admitían que se pudiese reservar algunos derechos hasta el momento de su nacimiento. Como puede verse no se trataba realmente de un otorgamiento de derechos al concebido sino a quien naciera después, para ello se recurre al fingimiento, a la ficción de que el concebido existe ya desde antes de nacer⁴³.

Este concepto se repite a lo largo del tiempo, salvo en la Edad media, cuando bajo la influencia del cristianismo se considera que el individuo es un ser distinto de la madre, desde el instante en el que se establece el alma; se descubre entonces el momento en que ello acontece.⁴⁴

Es así que el concepto del concebido se va incorporando de diferentes maneras en los códigos; por ejemplo en el libro de personas del código civil francés se encuentra implícitamente; en el código civil alemán, español, italiano, etc.

⁴²Sentencia 116/1999, del 17 de julio 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.

⁴³GUEVARA PEZO, Víctor. *Persona Natural*. 3ª ed. Lima: Gaceta Jurídica, 2004. Pág.87

⁴⁴GUEVARA PEZO, Víctor. *Persona Natural*. 3ª ed. Lima: Gaceta Jurídica, 2004. Pág. 88

5.2. Noción de Concebido

Spota opina al respecto, de la siguiente manera: “Lo decisivo, en cambio, radica en establecer que para nuestro sistema de derecho positivo es persona el concebido; o sea, tiene existencia desde la concepción en el seno materno, en cuanto a partir de ese momento tiene capacidad jurídica, es decir, aptitud para la titularidad de algunos derechos, que se adquieren irrevocablemente si nacen con vida o se resuelven si tal nacimiento no se produce, en cuyo supuesto se considera como si nunca hubiera existido”⁴⁵.

En conclusión, el concebido es el ser humano antes de nacer que pese a que depende de la madre para su subsistencia, esta genéticamente individualizado frente al ordenamiento jurídico y, como tal, se convierte en un centro de imputación de deberes y derechos que lo favorecen. Es por eso que se dice que es un sujeto de “derecho privilegiado”.

El ser humano es sujeto de derecho desde la concepción hasta su muerte, es decir, es sujeto de derecho, en este lapso, de dos formas: como concebido, entre la concepción y el nacimiento, y como persona desde el nacimiento hasta la muerte, pero nosotros definiremos al concebido.

Concebido “es vida humana que aún no ha nacido, pero que tiene existencia para el Derecho, la vida humana comienza con la concepción.”⁴⁶

“(…) El concebido es un ser humano que, aunque incapaz de entender y de querer- y hasta un cierto momento de sentir- es un fin en sí mismo y no puede ser reducido a la calidad de medio o instrumento para lograr otros fines”⁴⁷.

⁴⁵ SPOTA, Alberto G. *Tratado de Derecho Civil*. Tomo I, Volumen 3, editorial Depalma, Buenos Aires, 1949, Pág. 49.

⁴⁶ RUBIO CORREA, Marcial. *El ser humano como persona natural*. Fondo Editorial 1992. Lima. Pág. 18

⁴⁷ FERNÁNDEZ SESAREGO, Carlos. “Nuevas Tendencias en el Derecho de las Personas”. Universidad de Lima. Lima, 1990.

6. Estatuto ontológico del concebido

Actualmente se busca relativizar la definición ontológica del concebido hasta tal punto que se llega a hablar de “mero material biológico o conjunto de células”⁴⁸, así se habla de una simple vida, quitándole su carácter inalienable e inviolable para poder hacer con estos seres humanos lo que se desee.

La ontología se ocupa de la definición de ser, “el estatuto ontológico del embrión es la cuestión central de la bioética, y condiciona la efectiva universalidad de los derechos”⁴⁹. Desde una concepción ontológica, el ser humano es persona debido a que posee dignidad y el derecho participa en la vida del hombre en cuanto hombre, es por esto que regula las conductas humanas para lograr su bienestar.

A partir de esta concepción, y para fines de la presente investigación, es necesario comprender ¿Qué o quién es un embrión? ¿El embrión es persona? ¿Desde cuándo lo es? Las respuestas a estas preguntas dependen de la noción de “persona” que se posea, a partir de la misma, se determinará si el embrión es o no persona. A lo largo de la presente investigación procuraremos dar respuestas a las preguntas formuladas.

6.1. La persona humana

Preguntarse por algo es preguntarse por la esencia (el *ser*) de ese algo.

El *ser* define una realidad, animada o inanimada, pues el *ser de la cosa es aquello por lo cual la cosa es lo que es y no es otra cosa distinta*.

Aplicada esta categoría conceptual a la persona humana se tendría que

Pág. 67.

⁴⁸LAFFERRIERE, Jorge, “El derecho ante las nuevas cuestiones de la bioética” en *Bioética y Persona: Escuela de Elio Sgreccia*, Editorial de la Universidad Católica de Argentina, Buenos Aires, 2008, p. 174.

⁴⁹GONZÁLES, Ana Marta. *En busca de la naturaleza perdida: estudios de bioética fundamental*, Ediciones Universidad de Navarra, 2000, p. 122.

afirmar que el *ser* de la persona humana es aquello por lo cual la persona es lo que es y no es otra cosa distinta. Esta aplicación conduce necesariamente a preguntarnos por la naturaleza de la persona humana. Desde luego que no se trata aquí de realizar un estudio antropológico acabado, sino de apuntar algunos elementos constitutivos de la naturaleza humana que permita al menos una aproximación al conocimiento del *ser* propiamente humano.

La persona humana son seres humanos que como tales tienen vocación jurídica, como actitud inherente a la persona como sujeto de derechos, para intervenir en cualquier relación jurídica o actos jurídicos.⁵⁰

También se debe acudir a un concepto pacífico y básico de lo que es la persona humana definirla como una *realidad compleja que tiende a la perfección*.⁵¹

Una noción clásica desarrolla qué persona es “una sustancia individual de naturaleza racional, es decir un individuo concreto, dotado de una determinada naturaleza ontológica, que se manifiesta en una serie de capacidades, actividades y funciones, que sin duda pueden ser consideradas como características de racionalidad, pero no pueden reducirse a ésta”⁵². Por lo tanto, un determinado individuo concreto puede poseer naturaleza racional, y por ello mismo ser persona, sin manifestar todas las características de su racionalidad, como sucede en el embrión.

⁵⁰ Braulio J. Zavaleta Velarle, “Derecho de Personas”, Publicaciones “Juventud” 3ra. Edición–Trujillo.

⁵¹ CASTILLO CÓRDOVA, LUIS “La Interpretación iusfundamental en el marco de la persona como inicio y fin del derecho”; Pautas para interpretar la Constitución y los Derechos Fundamentales, Gaceta Jurídica diciembre del 2009, p. 36.

⁵² CICCONE, Lino. Bioética: historia, principios, cuestiones. Ediciones Palabra, Madrid 2005, p. 79.

Todos y cada uno de los seres humanos, “tienen la innata capacidad de gozar de todos los derechos naturales que les corresponden en virtud de su propia calidad ontológica de ser humano, es decir por ser personas”⁵³. Asimismo señala la doctrina que “la persona es un sistema, formado por dos subsistemas: el cuerpo y la psique, inseparables desde la concepción. El embrión tiene sustantividad propia, suidad, personalidad.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, expresa en su artículo 1º, inciso 2) que “*debe entenderse que persona humana es todo ser humano*”, tomando en cuenta esta disposición internacional, el concebido que es un ser humano, será considerado también persona.

El Tribunal Constitucional Peruano también se pronuncia sobre la persona humana señalando que: “*persona humana es el ser humano física y moralmente individualizado. Hacia él es que se encuentra canalizados los diversos atributos, facultades y libertades, siendo solo él quien puede invocar su respeto y protección a título subjetivo y en sede constitucional*”⁵⁴.

El ser persona pertenece al orden ontológico; por tanto, se es persona o no se es: la posesión de un estatuto sustancial personal no se adquiere o se disminuye gradualmente, sino que es un evento instantáneo y una condición radical: no se es más o menos persona, no

⁵³FERNÁNDEZ, Carlos ¿Qué es ser “persona” para el derecho?, 2002. Obtenido en [http://www.pucp.edu.pe/dike/biblioteca de autor_carlos_fernandez-cesareo/articulos](http://www.pucp.edu.pe/dike/biblioteca_de_autor_carlos_fernandez-cesareo/articulos).

⁵⁴STC del 29 de octubre del 2009. (expediente No. 00065-2008-PA/TC); obtenido en http://www.tc.gob.pe/tcaldia_sentencias/magistrado_vergara/00065-2008-AA.

se es pre-persona o post-persona o sub-persona, sino que se es persona o no se es persona, las características esenciales de la persona no están sujetas a cambio, sino que están presentes desde el momento en que se forma la sustancia (concepción) y se pierde cuando ella se disuelve.

Con esto tenemos que todo ser humano es persona por cuanto posee dignidad, es así que todo concebido es ser humano, por lo que todo concebido es considerado persona y como tal merece protección. Así resultan equívocas todas las distinciones que se pretenden hacer entre persona y concebido o entre persona y sujeto de derecho.

6.2. La dignidad de la persona humana

La dignidad humana es definida como “el valor supremo en la eminencia o excelencia del ser humano, es decir que se trata de un ser cuyo orden comprende el orden del debe ser. Se puede decir que la dignidad de la persona es una de las características más profundas del ser humano, es expresiva de la persona, irreductible al universo físico y a las otras personas, porque es estrictamente individual.

La calidad de digno es una condición de la esencia y existencia del ser humano y simultáneamente, un condicionante en el actuar social de la persona, dignidad innata en el ser humano, desde el momento de la concepción, la cual no puede ser cuestionada. La dignidad como cualidad innata e intrínseca, no está sujeta a debate, sino que existe independientemente de cualquier norma positiva, porque es real, por tanto no puede basarse en el contexto histórico cultural, sino que es la fuente de la que surgen los derechos naturales del ser humano.

La dignidad se instituye así en una realidad de primer orden, prevalente y se convierte en el valor supremo del hombre, sin posible equivalencia y por consiguiente sin precio alguno, aquel valor irrenunciable y derecho imprescriptible. Nuestra dignidad radica “en el poder y capacidad de darnos a nosotros mismos la ley que respeta la libertad igual de todos, con carácter universal, somos por todo ello, eminentemente autónomos”⁵⁵

En ese sentido la Constitución Política del Perú ha señalado en su artículo 1º que “*la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado*”. La persona humana por su dignidad, tiene derechos naturales anteriores a la sociedad y el Estado, los cuales han sido progresivamente reconocidos hasta hoy en su legislación positiva como derechos humanos de carácter universal.

El enunciado contenido en el artículo 1 de la Constitución peruana de 1993 es el eje sobre el cual gira la interpretación de las normas de la Carta Magna, así como de todas aquellas otras que integran el ordenamiento jurídico del país. La defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad constituyen la razón de ser del Derecho. En realidad, con más precisión, cabe expresar que la persona humana, considerada en sí misma, es el fin supremo de la sociedad y del Estado, de donde se deriva la obligación de la sociedad y del Estado de defenderla y respetarla.

⁵⁵BLÁZQUEZ, Javier. “La nueva genética ante la privacidad, la dignidad y la discriminación” en Bioética y bioderecho: Reflexiones jurídicas ante los retos bioéticos, Comares, Navarra, 2008, p. 159.

Los derechos fundamentales de la persona tienen como finalidad la protección unitaria e integral de la persona en cuanto es un ser que posee dignidad. Es esta dignidad es la que justifica y explica los derechos fundamentales de la persona y le sirve de fundamento. De ahí que el artículo 3 de la Constitución establezca que los derechos de la persona no se circunscriben a solo aquellos expresamente normados por el ordenamiento jurídico sino que su protección alcanza a aquellos que, sin encontrarse en esta situación, "se fundan en la dignidad del hombre".

Por otra parte la Declaración Universal de Derechos Humanos, prescribe aquellos derechos directamente referidos a la persona humana, precisando así en su artículo 1º que: *“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”*.

Por la dignidad humana es que podemos distinguir la vida humana de otra clase de vidas, es aquella que nos permite reconocer a la persona, precisamente en atención a su dignidad.

El Tribunal Constitucional en la sentencia No. 2273-2005 considera que *“la realización de la dignidad humana constituye una obligación jurídica, y que la protección de la dignidad es sólo posible a través de una definición correcta del contenido de la garantía. Sólo así, la dignidad humana es vinculante, en tanto concepto normativo que compone el ámbito del Estado social y democrático del Derecho,*

*pues, en la dignidad humana y desde ella, es posible establecerse un correlato entre el “deber ser” y el “ser”, garantizando la plena realización de cada ser humano”*⁵⁶

Es así que todos somos dignos por el hecho de ser personas, por tanto merecemos que se nos trate dignamente, así como también tenemos la obligación de respetar a las demás personas. La dignidad de la persona se constituye en regla de comportamiento, regla o norma que tiene su fundamento y origen en la naturaleza del hombre. La persona humana esta revestida de una especial dignidad por la que sobresale del resto de la creación, de tal modo que posee un valor insustituible e inalienable.

Por todo esto, el concebido es persona porque posee dignidad y el reconocimiento de la misma está en base al respeto y protección incondicionada de la vida del embrión, el que tenga dignidad es la razón por la que se reconoce como persona. Al tener un concepto de dignidad humana, podremos señalar que, resulta ilícito atentar contra la vida o la salud e integridad física del concebido y de la mujer, indiferentemente de sus capacidades actuales, de su estado de salud, de su raza, sexo, edad, o de la etapa de desarrollo vital en el que se encuentre.

6.3. Concebido y persona humana.

La doctrina, aún imponente en nuestra sociedad, afirma que la vida no puede ser supeditada, valorada o clasificada, encontrando su defensa

⁵⁶STC del 20 de abril del 2006. (Expediente No. 2273-2005-PHC/TC). Obtenido en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/02273-2005-HC>.

en que la vida comienza desde la concepción humana, determinando la existencia de una persona humana, es así que la vida tiene una historia muy larga, pero cada uno de los individuos tiene un inicio bien determinado, el momento de la concepción.

El Tribunal Constitucional peruano hace una diferenciación entre concebido y persona, manifestando que: *“tanto la persona humana (el ser humano nacido) como el concebido (el ser humano que está por nacer) representan los titulares principales de los derechos fundamentales...”*⁵⁷.

Como vemos, nuestro ordenamiento jurídico trata al concebido diferente de la persona, tal diferencia radica en el nacimiento de esta última, pero no niega que el concebido es sujeto de derecho, titular de derechos fundamentales y merece una protección jurídica especial, para garantizar su pleno desarrollo, antes y después de su nacimiento.

Cabe recalcar que, no siempre la ley positiva se subsume a la ley natural, que es lo que debería ser, pues “la ley positiva no puede ser otra cosa que un enunciado deóntico de razón, el cual se origina a partir de la captación de la ley natural por la razón, de lo contrario se convierte en una ley injusta, además cabe mencionar que la ley natural está viva porque es la regulación moral, indica lo que es bueno y lo que es malo, así como lo que hay que perseguir.

⁵⁷STC del 04 de agosto del 2006. (Expediente No. 4972-20006-PA/TC). Actualidad Jurídica, No. 197, Gaceta Jurídica, Lima 2010.

7. Estatuto jurídico del concebido

Para una protección jurídica del concebido es necesario primero, la determinación del momento de inicio de la vida. El Tribunal Constitucional peruano se pronuncia sobre el inicio de la vida, manifestando 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 con su configuración e individualidad genética completa; podrá, de no interrumpirse su proceso vital, seguir su curso hacia su vida independiente”*⁵⁸.

Nosotros concordamos con esta posición, en razón de que la vida se inicia desde la unión del espermatozoide con el óvulo y a partir de ese momento el concebido merece una protección especial debido a que a pesar de depender de la madre, desde ya posee dignidad humana y es titular de derechos. Nuestra Constitución declara expresamente que el concebido es sujeto de derecho, lo que implica que no es un proyecto de vida, sino que es un sujeto con derechos, por lo mismo el ordenamiento jurídico debe regular su debida protección desde el inicio de su vida y a la vez proteger los derechos que de ella se desglosan.

7.1. El concebido como sujeto de derecho y su protección en el ordenamiento jurídico peruano.

El término sujeto de derecho viene a ser “la designación por el derecho, del ser humano desde su concepción hasta su muerte, es decir, durante todo el transcurso de su tránsito, existencia, en su doble dimensión estructural de ser simultáneamente individual y colectivo o

⁵⁸ STC del 16 de octubre del 2009. (expediente No. 02005-2009-PA/TC). Gaceta Constitucional, No. 28, Gaceta Jurídica, Lima 2010.

social”⁵⁹. Podemos decir que el concebido es el ser humano antes de nacer, que pese a que depende de la madre para su subsistencia, está genéticamente individualizado frente al ordenamiento jurídico, y como tal, se convierte en un centro de imputación de los derechos y deberes que le favorezcan, es por eso que se dice que es un sujeto de derecho privilegiado.

Entonces, ¿qué significado tiene considerar al concebido como sujeto de derecho? En primer lugar, se le otorga una protección jurídica al ser humano que se encuentra en dicho periodo de su existencia, reconociendo su realidad biológica, es un tratamiento directo, convirtiéndolo en un ser con aptitud para adquirir derechos y obligaciones. No solo desde el punto de vista biológico es un ser distinto de la madre, sino también desde el punto de vista jurídico.

Este status biológico implica que “*el embrión tiene unidad, orgánica-genética, funcional y ontológica: típicos en todo ser vivo*”⁶⁰, es así que el embrión tiene todo el potencial genético para convertirse en adulto y hacer uso de todas sus obligaciones y derechos correspondientes. Es sólo potencia, pero biológicamente tiene cualidades irrepetibles en otro ser, y tiene vida.

La Constitución Política del Perú señala que el concebido es sujeto de derecho, a la vez nuestro Código Civil lo reconoce como tal en su artículo 1°. Toda persona humana, por su misma naturaleza es sujeto de derecho y así el embrión, sería considerado persona ya que posee dominio ontológico característico de éste, el embrión no es parte de la

⁵⁹FERNÁNDEZ, Carlos. Los 25 años del Código Civil Peruano del 1984, Motivensa, Lima, 2009, p. 217.

⁶⁰RUBIO, marcial. Las reglas del amor en probetas de laboratorio: Reproducción humana asistida y derecho. Eunsa, Lima, 1996, p. 15.

madre, es un ser diferente a ella, con vida propia, esto se puede comprobar por la misma existencia de vida fuera del útero, elemento que se cumple en la fecundación in vitro, señalando que inclusive fuera del útero materno el embrión puede desarrollarse, afirmando el carácter de independencia del embrión como persona, esto también porque, siguiendo nuestra legislación, consideramos al embrión portador de derechos en cuanto le sean favorables.

El que atenta contra el concebido, atenta contra una disposición constitucional, porque al considerársele como sujeto de derecho, es titular de derechos, como son la salud e integridad física del concebido, los cuales se ven vulnerados en la práctica de las técnicas de reproducción asistida en la variante de fecundación extracorpórea, derechos que el ordenamiento jurídico deben garantizar, esto según su condición de persona y la adecuación a su dignidad humana.

Siendo el concebido sujeto de derecho, nuestro ordenamiento jurídico debe regular su protección desde el momento del inicio de la vida, siendo éste, el momento de la fecundación, tal como se ha manifestado en nuestra carta Magna (artículo 2º inc. 01), el Código Civil (artículo 1º) y la Convención Americana sobre derechos humanos (artículo 4º inciso 1), esto es ratificado por el Tribunal Constitucional en sentencia No. 2005-2009-PA/TC.

Así mismo, el Código de los Niños y Adolescentes en su artículo I del título preliminar indica que: *“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 citado código protege al niño desde el momento de la concepción y a la vez indica en su artículo 1º que el “niño y el adolescente tienen derecho a la vida desde el momento de la concepción, garantizando la vida del concebido, protegiéndolo de experimentos o manipulaciones genéticas contrarias a su integridad y a su desarrollo físico o mental”, dicho esto, cualquier manipulación o trato que desnaturalice su condición de persona humana será contrario a este dispositivo legal.

Cabe agregar que, al considerarse niño a todo ser humano desde el momento de la concepción, podemos aplicar el “principio general del interés superior del niño” que consiste en “el conjunto de acciones y procesos tendientes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna, así como las condiciones materiales y afectivas que les permita vivir plenamente y alcanzar el máximo bienestar posible”⁶¹. Su importancia radica en la dignidad de la persona; el niño debe ser considerado como persona, y la persona tiene un nivel elevado ante los demás seres, pues la persona humana posee dignidad, por la cual no se permite que se realicen actos en contra de los niños que los perjudiquen, física o moralmente, y que estos actos queden impunes, pues existe una amplia legislación nacional e internacional, que los protegen.

Para la protección del concebido también debemos tener en cuenta la Declaración de los Derechos del Niño, que manifiesta “*el niño por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como*

⁶¹MÉNDEZ, María. Los principios jurídicos en las relaciones de familia, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2006, p. 207.

después de su nacimiento". Esta norma jurídica supranacional que forma parte de nuestro derecho interno, también protege al concebido desde antes de su nacimiento.

La Corte Suprema, del mismo modo, sostiene que "basta el solo hecho de la concepción para que el niño sea catalogado como sujeto de derecho"⁶², afirmando una vez más que todo ser humano desde su concepción merece protección jurídica especial.

De esta manera, podemos ver que, en el ordenamiento jurídico peruano, la vida es protegida desde la concepción, y podemos obtener de la doctrina y jurisprudencia nacional que la misma ocurre desde la unión del espermatozoide con el óvulo, desde ese momento habrá vida, desde ese momento hay un concebido que merece un trato jurídico especial, por ser una vida dependiente, pero que desde ya es persona y como tal posee dignidad, de esta manera no podrá tratarsele como un objeto, sino como lo que es, un sujeto de derecho.

8. Estatus jurídico del embrión in vitro

La naturaleza jurídica del 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,

⁶²STC del 02 de agosto del 2007. (Casación No. 1486-2007-Cajamarca). Revista Jurídica del Perú No. 97, Normas Legales, Lima. 2009.

cuando se produce la aparición de la cresta neural y se procede a su implementación 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 hasta aproximadamente dos meses y medios después, en cuyo periodo 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.

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 los indicados días de desarrollo no son seres humanos. 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 vida humana, pero antes de este momento no era ser humano.

En la misma línea la Academia Nacional de Medicina de Argentina, publicó en 1995 un artículo en los siguientes términos:

“La puesta en marcha del proceso de formación de una vida humana se inicia con 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”⁶³

Dicho esto, 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. Es de señalar, que coincidimos con la postura de Castillo Córdova⁶⁴, al señalar 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 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 vivo⁶⁵.

Las mencionadas posturas que acabamos de presentar, se encuentran a favor del embrión como un ser humano, posturas que a nuestro juicio son perfectamente

⁶³Diario La Nación, 23 de setiembre de 1995, cit. en resolución de fecha 03 de diciembre de 1999 en el Exp. 45882/93: “Rabinovich Ricardo David s/ Medidas Precautorias.

⁶⁴CASTILLO CÓRDOVA, Luis ¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales?, en cuestiones constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional. 2005, No. 12. P. 110.

⁶⁵Art. 1 del Código Civil Peruano.

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 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 No. 7435-2006-PC/TC y 02005-2009-PA/TC, referidos al uso de los anticonceptivos orales de emergencia. A. conclusión semejante llega la sentencia recaída en el expediente **CAS No. 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.

9. EL NEGOCIO JURÍDICO

9.1. Consideraciones generales

Dentro del universo de los hechos jurídicos, existe la categoría de los hechos jurídicos voluntarios llamados negocios jurídicos que se caracterizan por ser supuestos de hecho conformado por una o más manifestaciones o declaraciones de voluntad, emitidas por los sujetos con el propósito de alcanzar un resultado práctico, que en cuanto este tutelado por el ordenamiento jurídico, se convierte en un resultado jurídico.

Estos negocios jurídicos constituyen sin lugar a dudas la especie más importante de hechos jurídicos voluntarios, por cuanto a través de ellos los particulares tienen la posibilidad de satisfacer sus múltiples y variadas necesidades en su vida de relación con otros sujetos de derecho *autonomía privada*, entendida como el poder que tienen los particulares, sean personas naturales o jurídicas, en los diferentes sistemas jurídicos para regular sus intereses privados, vinculándose con lo demás con el fin de satisfacer sus necesidades. Para poder ejercer este poder o facultad de la autonomía privada, los particulares tienen la *libertad de celebrar los negocios jurídicos que consideren convenientes*, por cuanto a través de los mismos podrán alcanzar los resultados prácticos que deseen, creando, modificando, regulando o extinguiendo relaciones jurídicas de carácter patrimonial o extrapatrimonial. Y es por ello justamente que se dice que los negocios jurídicos son la manifestación más importante de la autonomía privada en los diferentes sistemas jurídicos. No debe olvidarse sin embargo, que los negocios jurídicos, para ser caracterizados y tutelados como tales, deben estar orientados al *logro de funciones socialmente razonables y dignas*. Además de ello, los negocios jurídicos deben tener un *contenido perfectamente lícito, que no atente contra el orden público, las buenas costumbres ni las normas imperativas*. Todo esto significa en consecuencia que los particulares tienen la posibilidad de satisfacer sus variadas y distintas necesidades, vinculándose con los demás, a través de sus manifestaciones de voluntad, pero siempre y cuando esos actos tengan un contenido lícito y estén orientados al logro de una función socialmente razonable y legítima.

No debe olvidarse que la autonomía privada tiene límites, y que no es un poder absoluto. Sin embargo, claro está, que dentro de estos límites los particulares

tienen total libertad para celebrar los negocios jurídicos que consideren más convenientes, pudiendo utilizar los esquemas legales contemplados en las normas jurídicas, combinar a su libre albedrío los mismos, utilizar esquemas tipificados por su uso constante en una determinada realidad, o crear figuras nuevas siempre que sean socialmente apreciables y dignas. Este es pues el contenido de la autonomía-privada en el derecho moderno.

Por ello, debe quedar claramente establecido que los negocios jurídicos son celebrados para que produzcan válidamente efectos jurídicos, pues si no se llegaran a producir los efectos jurídicos, buscados por los sujetos como simples efectos prácticos, no tendría sentido alguno que los sujetos celebraran negocios jurídicos . Y es por ello que el artículo 140° del Código Civil Peruano define el acto jurídico como la manifestación de voluntad destinada a crear, modificar, regular o extinguir relaciones jurídicas, mientras que el artículo 1351 define el contrato (especie más importante de los actos jurídicos conformada por todos los actos jurídicos bilaterales o plurilaterales con contenido patrimonial) como el acuerdo de dos o más partes para crear, modificar, regular o extinguir una relación jurídica patrimonial. Los negocios jurídicos y contratos son celebrados para que sean eficaces jurídicamente y el objetivo fundamental de cualquier ordenamiento jurídico es pues precisamente el que los actos y comportamientos considerados dignos de la tutela legal sean vinculantes jurídicamente, bien sea a través de la creación, modificación, regulación o extinción de relaciones jurídicas, los negocios jurídicos son celebrados para que sean eficaces jurídicamente.

Queda evidenciada pues la importancia de la producción de los efectos jurídicos tanto en el campo de los negocios jurídicos como de los contratos, pues lo que se

distingue un negocio jurídico y contrato válidamente celebrado y eficaz de otro que no lo es, es justamente la producción de los *efectos jurídicos*, bien se trate de la creación, modificación, regulación o extinción de relaciones jurídicas patrimoniales o extrapatrimoniales. Esto significa entonces que los negocios jurídicos y contratos se celebran para ser eficaces, por cuanto en tanto lo sean los mismos permitirán que los sujetos autorregulen sus intereses privados satisfaciendo sus necesidades.

De esta manera, queda claramente establecido que la eficacia de los negocios jurídicos es uno de los objetivos fundamentales de toda la disciplina y regulación legal de los actos de autonomía privada. Sin embargo sucede en muchos casos que los negocios jurídicos y contratos no son eficaces, pues no llegan en ningún caso a producir efectos jurídicos, o porque los efectos jurídicos que se han producido inicialmente llegan a desaparecer por un evento posterior a la celebración de los mismos. En estos supuestos estamos dentro de los que se denomina en doctrina "*ineficacia*" del negocio jurídico o del contrato. Consiguientemente, la categoría genérica que describe todos los supuestos en los cuales los negocios jurídicos y contratos no son eficaces, por no haber producido nunca efectos jurídicos, o por desaparecer posteriormente los efectos jurídicos producidos inicialmente, recibe el nombre genérico de *ineficacia*.

Como resulta claro el sistema jurídico busca que los negocios jurídicos y contratos sean eficaces, a fin que los particulares puedan satisfacer sus más variadas necesidades de orden social y personal, en la medida que se trate de intereses privados considerados socialmente dignos y legítimos y por ello mismo merecedores de tutela legal. Sin embargo, el ordenamiento jurídico reacciona en forma negativa cuando se celebra un negocio jurídico que no cumple con alguno

de los requisitos que establecen las normas jurídicas, o cuando carece de alguno de los elementos, o presupuestos que se establecen normativamente, o cuando el contenido del negocio jurídico celebrado no se ajusta a Derecho, por contravenir los principios de *orden público, las buenas costumbres o las normas imperativas*. Asimismo, sucede también que el ordenamiento jurídico reacciona negativamente cuando los negocios que se celebran se encuentran viciados. Del mismo modo, la reacción es negativa cuando por eventos posteriores a su celebración, que el sistema jurídico no tolera, los negocios jurídicos que han venido produciendo normalmente sus efectos jurídicos, desde la fecha misma de su celebración, dejan luego de producirlos. En estos casos el ordenamiento jurídico señala como sanción que los negocios jurídicos son ineficaces, tema que desarrollaremos con mayor precisión a continuación.

9.2. Definición de negocio jurídico

Son supuestos de hecho conformados por una o más declaraciones de voluntad realizadas con el fin de alcanzar un determinado resultado práctico tutelado por el ordenamiento jurídico. Resultado práctico social que en cuanto a lo tutelado por el sistema jurídico se convierte en resultado jurídico conformado por determinados efectos jurídicos. Esto significa por consiguiente que todos los negocios jurídicos cuando son celebrados conforme a ley, producen como consecuencia lógica necesaria efectos jurídicos. Dicho de otro modo, los negocios jurídicos son fuente de efectos jurídicos y son celebrados a fin que sean productores de los mismos. Para ello es necesario, como es evidente, que el negocio jurídico cumpla determinados requisitos de validez, además de concurrir todos sus elementos y presupuestos. Como se aprecia, la *eficacia* es el objetivo del ordenamiento jurídico respecto de los negocios jurídicos, por cuanto lo que

se busca es que los particulares puedan satisfacer sus múltiples necesidades a través de sus promesas y declaraciones de voluntad y para ello es necesario que las mismas sean capaces o autorizadas para producir efectos jurídicos, bien se trate de la creación, modificación, regulación o extinción de relaciones jurídicas.

Sucede sin embargo que en muchos supuestos los negocios jurídicos no producen nunca efectos jurídicos o dejan de producir efectos jurídicos que se han venido produciendo, en estos supuestos nos encontramos frente a supuestos de *ineficacia negocial*.

10. Panorama jurídico de la ineficacia del negocio jurídico

10.1. Definición y clases de ineficacia negocial

Los supuestos de ineficacia son aquellos en los cuales los negocios jurídicos celebrados no llegan a producir los efectos jurídicos buscados por las partes, o aquellos en los cuales los efectos jurídicos producidos normalmente desde un inicio desaparecen posteriormente por la aparición de un evento o causa sobreviniente a su celebración que justifica dicha celebración. De esta manera es fácil entender que existen dos grandes categorías de ineficacia de los actos de la autonomía privada.

A) Ineficacia Originaria, intrínseca o estructural.- En este supuesto el negocio jurídico no produce nunca efectos jurídicos por haber nacido muerto, o deja de producir retroactivamente todos los efectos jurídicos que hubiera producido por haber nacido gravemente enfermo, esta ineficacia se presenta en dos supuestos:

a) **La Nulidad y la Anulabilidad.-** Recibiendo ambas el nombre de genérico de *invalidez* en el Código Civil Peruano, consiguientemente, existen dos supuestos de invalidez en el sistema jurídico nacional (artículo 221 CC. y siguientes), debiendo quedar claramente establecido que el sistema nacional no reconoce la categoría de inexistencia, como sucede en otros sistemas jurídicos como el Italiano, Francés y Español. Siendo la caracterización entre las dos categorías distinta, por cuanto la *nulidad* supone un defecto severo en la conformación del negocio jurídico, mientras que la *anulabilidad* únicamente un vicio en la estructura, es decir un defecto menor. Pues bien esta gran diferencia acarrea otras más que explicaremos:

<u>NEGOCIO NULO</u>	<u>NEGOCIO ANULABLE</u>
1. Carece de algún elemento, presupuesto o requisito, o teniendo todos los aspectos de su estructura tiene un contenido ilícito, por contravenir las buenas costumbres, el orden público o una o varias normas imperativas.	1. Todos los aspectos de su estructura y su contenido son perfectamente lícitos, sólo que tiene un vicio estructural en su conformación, se dice por ello que el negocio anulable es viciado.
2. Nunca produce los efectos jurídicos que tenía que haber producido y se dice por ello que nace muerto.	2. Produce todos sus efectos jurídicos, pero por haber nacido con un vicio en su conformación tiene un doble destino alternativo y excluyente o es confirmado, es decir subsanado por la parte afectada por la causal, en cuyo caso seguirá produciendo normalmente todos sus efectos jurídicos, o es alternativamente declarado judicialmente nulo, en cuyo caso la sentencia que declara la nulidad opera retroactivamente a la fecha de celebración del negocio.
3. Pueda interponerla no sólo cualquiera de las partes, sino cualquier tercero, siempre que acredite interés moral y económico, incluso puede interponerla el Ministerio Público al cumplir su rol de defensor de la legalidad.	3. Sólo puede interponerla la parte perjudicada por la causal, también puede ser declarada de oficio por el juez cuando resulte manifiesta (artículo 220 CC).
4. Están basadas en el interés público.	4. Están basadas en el interés privado
5. No son confirmables.	5. Sí son subsanables con la confirmación.
6. La sentencia es simplemente declarativa, se limita a constatar que se ha producido la causal de nulidad y que el negocio nunca ha producido efectos jurídicos.	6. La sentencia es constitutiva y por ello tiene efecto retroactivo a la fecha de celebración del negocio jurídico.
7. Es expresa o tácita (Art. 219 del Código Civil)	7. Es expresa, viene declarada siempre por la norma jurídica (Art. 221 del Código Civil)
8. Prescribe a los diez años	8. Prescribe a los dos años.

Referente a la característica del negocio nulo en la nulidad Tácita o Virtual, cabe profundizar su estudio porque nos servirá para la elaboración del presente trabajo, al deducirse del contenido del negocio jurídico que se contraviene los fundamentos del

sistema jurídico (buenas costumbres, el orden público o unas o varias normas imperativas), infiriéndose de una interpretación integradora del sistema jurídico en su totalidad.

LA NULIDAD VIRTUAL COMO MECANISMO DE SALVAGUARDA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Uno de los temas más importantes dentro de la categoría de la nulidad de los negocios jurídicos, lo constituye sin lugar a dudas el tópico de la nulidad tácita o virtual. Como ya hemos mencionado anteriormente, la nulidad expresa o textual es aquella que es declarada directamente por la norma jurídica, por lo general con las expresiones “es nulo”, “bajo sanción de nulidad”, pudiendo sin embargo utilizarse, como de hecho ocurre, cualquier otra expresión que indique la no aceptación por parte del sistema jurídico de un negocio jurídico en particular en una circunstancia especial. En cualquiera de estos casos y sea cual fuere la expresión que se utilice estaremos frente a un supuesto de nulidad textual.

Por el contrario la nulidad tácita o virtual es aquella que sin venir declarada directamente por el supuesto de hecho de una norma jurídica, se deduce o infiere del contenido de un negocio jurídico, por contravenir el mismo el orden público debiendo entenderse a este como el “conjunto de normas jurídicas que el Estado considera de cumplimiento ineludible, y de cuyos márgenes no puede escapar ni la conducta de los Órganos del Estado, ni la de los particulares, para lo cual el Estado compromete sus atribuciones coercitivas, de ser necesario recurrir a ellas”⁶⁶, las buenas costumbres entendida como “reglas de moral a que deben ajustarse todas las personas y que no pueden ser derogadas convencionalmente. Por supuesto, varían con los tiempos y los

⁶⁶ Cas. No. 3702-2000-Moquegua, El Peruano, 01-10-2011, p. 7783.

pueblos. La referencia jurídica posee vigencia en el lugar y época de que se trate”⁶⁷, o las normas imperativas.

Esto significa en consecuencia que la nulidad virtual o tácita es aquella que se encuentra tácitamente contenida en las normas jurídicas y que se hace evidente cuando un negocio jurídico en particular tiene un contenido ilícito⁶⁸, no sólo por contravenir las normas imperativas, sino también por contravenir un principio de orden público o las buenas costumbres.

Esta categoría de nulidad virtual, exige por ende una interpretación no sólo de la norma jurídica, sino también de las bases o fundamentos del sistema jurídico, conformado por normas imperativas, orden público y buenas costumbres. En otras palabras, para poder detectar un supuesto de nulidad virtual, es necesario en la mayoría de los casos una interpretación integral del sistema jurídico, no sólo sus normas, sino también de sus fundamentos. Lo que exige a su vez una delicada labor de análisis del sistema jurídico en su totalidad. Como es evidente esta figura hace mucho más complicada y delicada la labor interpretativa de los jueces al administrar justicia.

Un ejemplo muy claro de nulidad virtual, presentado por la doctrina, desde siempre, es el del matrimonio entre personas del mismo sexo. Evidentemente en este caso específico, no hay norma que disponga expresamente que el matrimonio será nulo, por cuanto dicha prohibición es innecesaria, ya que dicha nulidad, se deduce tácitamente de la norma que define el matrimonio en el código civil peruano, según la cual el mismo es “la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este código, a fin de hacer vida en común”. Como es obvio, la posición del legislador peruano es que el matrimonio sólo

⁶⁷ Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales. Editorial Heliasta SRL. Pág. 139.

⁶⁸ Lo prohibido por la ley a causa de oponerse a la justicia, equidad, razón o buenas costumbres. Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales. Editorial Heliasta SRL. Pág. 491.

puede ser válidamente celebrado entre personas de sexo opuesto, con la cual se deduce tácitamente que el matrimonio entre personas del mismo sexo es nulo de pleno derecho. Otro ejemplo, también bastante simple de entender, sería el de una persona que designe a su gato como su heredero conjuntamente con sus hijos. Como es evidente, no se requiere de una norma, que textualmente señale, que dicho nombramiento es nulo. Sería absurdo pretender la existencia de una norma que expresamente señale la nulidad en los dos casos antes mencionados a manera de ejemplo, por tratarse de casos en los cuales la nulidad se deduce o infiere indirectamente del sistema jurídico, siendo innecesaria la exigencia de una prohibición textual o directa. Y es justamente en este punto donde radica la gran utilidad e importancia de la nulidad virtual como mecanismo de salvaguarda del Principio de Legalidad en el ámbito de la celebración de los negocios jurídicos y contratos.

Esto significa en consecuencia que las normas, en infinidad de supuestos, indirecta o tácitamente declaran nulidades, cuando establecen determinados requisitos para la configuración de los negocios jurídicos, de modo tal que todos los negocios jurídicos que se celebren sin cumplir con dichos requisitos de orden legal, serán nulos, sin necesidad de norma expresa que lo disponga, por tratarse de actos con contenido prohibido o no permitido por el sistema jurídico, es decir, por tratarse de negocios jurídicos cuyo contenido no se ajusta a los requisitos legales.

Del mismo modo, el conjunto de principios que constituyen el sustento de un sistema jurídico y que por ello mismos se denominan orden público, así como las reglas de convivencia social aceptadas por todos los miembros de una comunidad de cumplimiento obligatorio denominada buenas costumbres, y las normas imperativas en general, constituyen los límites dentro de los cuales los particulares pueden celebrar válidamente negocios jurídicos y contratos, esto es, los límites dentro de los cuales se

puede hacer uso de la autonomía privada, de modo tal que todos los negocios jurídicos que contravengan dichos límites, serán también nulos, sin necesidad de que existan normas que lo señalen así expresamente, por tener también un contenido ilícito o prohibido. Nulidad que será tácita o virtual por cuanto se deduce indirectamente de las bases del sistema jurídico. Como sucedería con el caso del contrato de prostitución, nulo virtualmente por atentar contra el orden público y las buenas costumbres.

De esta manera puede reconocerse que la nulidad virtual es uno de las formas como el sistema jurídico salvaguarda el principio de legalidad, esto es, el mecanismo por excelencia para velar por el cumplimiento del mencionado principio en materia de negocios jurídicos y contratos. La nulidad virtual tiene reconocimiento legal en el Perú en el octavo inciso del artículo 219° del Código Civil, debidamente concordado con el artículo V del título preliminar.

B. Ineficacia Funcional o extrínseca.- Son aquellos negocios jurídicos que venían produciendo normalmente efectos jurídicos, deja de producirlos posteriormente por la aparición de una causal sobreviniente a la celebración del negocio jurídico. Los supuestos típicos de ineficacia funcional son la *resolución* y la *rescisión*, sin embargo debe señalarse que en el caso de la rescisión la causal es coetánea a la celebración del negocio jurídico.

CONTRATO

1. Definición de contrato

El contrato es un acuerdo de voluntades, verbal o escrito, manifestado en común entre dos, o más, personas con capacidad (partes del contrato), que se obligan en virtud del mismo, regulando sus relaciones relativas a una determinada finalidad o cosa, y a cuyo cumplimiento pueden compelerse de manera recíproca, si el contrato es bilateral, o compelerse una parte a la otra, si el contrato es unilateral. Es el contrato, en suma, un acuerdo de voluntades que genera «derechos y obligaciones relativos», es decir, sólo para las partes contratantes y sus causahabientes. Pero, además del acuerdo de voluntades, algunos contratos exigen, para su perfección, otros hechos o actos de alcance jurídico, tales como efectuar una determinada entrega (*contratos reales*), o exigen ser formalizados en documento especial (*contratos formales*), de modo que, en esos casos especiales, no basta con la sola voluntad. De todos modos, el contrato, en general, tiene una connotación patrimonial, incluso parcialmente en aquellos celebrados en el marco del derecho de familia, y es parte de la categoría más amplia de los negocios jurídicos. Es función elemental del contrato originar *efectos jurídicos* (es decir, obligaciones exigibles), de modo que a aquella relación de sujetos que no derive en *efectos jurídicos* no se le puede atribuir cualidad contractual. En cada país, o en cada estado, puede existir un sistema de requisitos contractuales diferente, pero el concepto básico de contrato es, en esencia, el mismo. La divergencia de requisitos tiene que ver con la variedad de realidades socio-culturales y jurídicas de cada uno de los países (así, por ejemplo, existen ordenamientos en que el contrato no se limita al campo de los derechos patrimoniales, únicamente, sino que abarca también derechos

personales y de familia como, por ejemplo, los países en los que el matrimonio es considerado un contrato).

2. Elementos del contrato

El contrato tiene todos los elementos y requisitos propios de un acto jurídico cuales son los elementos personales, elementos reales y elementos formales.

2.1. Elementos personales

Los sujetos del contrato pueden ser personas físicas o jurídicas con la capacidad jurídica, y de obrar, necesaria para obligarse. En este sentido pues, la capacidad en derecho se subdivide en *capacidad de goce* (la aptitud jurídica para ser titular de derechos subjetivos, comúnmente denominada también como *capacidad jurídica*) y *capacidad de ejercicio o de obrar* activa o pasiva (aptitud jurídica para ejercer derechos y contraer obligaciones sin asistencia ni representación de terceros, denominada también como *capacidad de actuar*).

2.2. Elementos reales

Integran la denominada *prestación*, o sea, la cosa u objeto del contrato, por un lado, y la *contraprestación*, por ejemplo, dar suma de dinero, u otro acuerdo.

2.3. Elementos formales

La forma es el conjunto de signos mediante los cuales se manifiesta el consentimiento de las partes en la celebración de un contrato. En algunos contratos es posible que se exija una forma específica de celebración. Por ejemplo, puede ser necesaria la forma escrita, la firma ante notario o ante testigos, etc.

3. Requisitos del contrato

Básicamente son tres, aquellos requisitos que, en casi todos los sistemas jurídicos, exigen las leyes, para alcanzar la eficacia del contrato: consentimiento, objeto y causa.

3.1. Consentimiento

Es el elemento volitivo, el querer interno, la voluntad que, manifestada bajo el consentimiento, produce efectos en derecho. La perfección del contrato exige que el consentimiento sea prestado libremente por todas las partes intervinientes. La voluntad se exterioriza por la concurrencia sucesiva de la oferta y de la aceptación, en relación a la cosa y la causa que han de constituir el contrato. Será nulo el consentimiento viciado, por haber sido prestado por error, con violencia o intimidación, o dolo.

Los vicios del consentimiento. La ausencia de vicios en el consentimiento es imprescindible para la validez y eficacia del contrato, a cuyo fin se requiere que la voluntad no esté presionada por factores externos que modifiquen la verdadera intención. Los más destacados vicios del consentimiento se encuentran **(a) el error, (b) la violencia y (c) el dolo.**

a) El error: Cuando versa el *error*, existe una equivocación sobre el objeto del contrato, o sobre alguno de sus aspectos esenciales. El error es motivo de nulidad del contrato cuando recae sobre la naturaleza del contrato (quería hacer un arrendamiento e hizo una compraventa), sobre la identidad del objeto, o sobre las cualidades específicas de la cosa. El error no debe de ser de mala fe, porque de lo contrario, se convierte en dolo.

b) La fuerza o violencia: En la violencia se ejerce una fuerza irresistible que causa un grave temor a una de las partes del contrato, o que una de las partes haya abusado de la debilidad de la otra. La amenaza de acudir ante una autoridad judicial para reclamar un derecho no es coacción, a no ser que se amenace abusivamente de este derecho.

c) El dolo: Todo medio artificioso, fraudulento o contrario a la buena fe, empleado con el propósito de engañar, o confundir, para inducir a una persona a consentir un contrato que, de haber conocido la verdad, no lo hubiera aceptado, es considerado dolo. La víctima del dolo puede mantener el contrato y reclamar daños y perjuicios.

3.2. Objeto

Pueden ser objeto de contratos todas las cosas que no estén fuera del comercio de los hombres, aun las cosas futuras. Pueden ser igualmente objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes, a la moral, a las *buenas costumbres* o al orden público.

3.3. Causa

Normalmente, la normativa civil de los ordenamientos jurídicos exige que haya una *causa justa* para el nacimiento de los actos jurídicos. La causa es el motivo determinante que llevó a las partes a celebrar el contrato. Un contrato no tiene causa cuando las manifestaciones de voluntad no se corresponden con la función social que debe cumplir, tampoco cuando se simula o se finge una causa. El contrato debe tener causa y ésta ha de ser existente, verdadera y lícita.

4. Formación del contrato

Se trata aquí de analizar aquellos actos, causas, hechos, requisitos y formas que, instantánea o sucesivamente, han de confluír para la perfección y cumplimiento del contrato.

a) Acuerdo de voluntades

El contrato necesita de la manifestación inequívoca de la voluntad de las partes que conformarán el acto jurídico. Así, cuando las partes contratantes expresan su voluntad en el momento que se forma el contrato, se denomina *entre presentes*. Cuando la manifestación de la voluntad se da en momentos diferentes, se denomina *entre ausentes*. La distinción es importante para poder determinar con exactitud el momento en que el contrato entra en la vida jurídica de los contratantes. El contrato entre presentes entrará en vigencia en el momento de la manifestación simultánea de la voluntad, mientras que el contrato entre ausentes solamente hasta que el último contratante haya dado su manifestación.

b) Oferta y aceptación

La *oferta* es una manifestación unilateral de voluntad, dirigida a otro. El ejemplo clásico es el del comercio minorista que ofrece sus productos a cualquiera, a un precio determinado. La oferta es obligatoria, es decir, una vez emitida, el proponente no puede modificarla en el momento de la aceptación del sujeto interesado. La *aceptación* de la oferta debe ser explícita, de modo que el otro contratante debe mostrar su consentimiento expreso o tácito, de manera que indique su inequívoca intención de aceptar la oferta y adherirse a las condiciones del oferente. La vigencia obligatoria de

la oferta varía en los distintos ordenamientos jurídicos. Para algunos, el oferente puede variar la oferta mientras ésta no haya sido aceptada; en cambio en otros la oferta debe mantenerse intacta por todo el período que, usual o legalmente, se reconozca al contratante para aceptarla.

TRATA DE PERSONAS BAJO LA MODALIDAD DE “VIENTRE DE ALQUILER”

El delito de trata de seres humanos, es un mal que aqueja a la sociedad desde la antigüedad y sin duda persiste hasta hoy bajo otras modalidades (tráfico de órganos, vientre de alquiler, tráfico de personas). La ciencia en particular ha permitido perfeccionar las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, ello ha generado una gran demanda mundial de personas que no pueden concebir (infertilidad) y que por lo tanto recurren a diversos medios (genética) para lograr la filiación biológica de un menor. Sin embargo los vacíos legales y la miopía social ha permitido que este delito aún no tipificado expresamente en nuestra legislación peruana se propale e incremente convirtiendo al Perú en una zona de turismo reproductivo debido a la predisposición de personas de bajos recursos económicos, jóvenes que ofrecen su vientre para gestar una vida a cambio de una contraprestación económica. Ello ha permitido que mafias estructuradas a través de organizaciones delictivas lucren con la vida de un ser cuyo destino se hila por la madeja monetaria. Por ello es que el derecho y sus instituciones deben proteger la libertad, la dignidad de todo ser humano de manera irrestricta, pues existe en el mundo una nueva forma de explotación de la mujer y tráfico de personas que convierte a los niños en productos comerciales. Supone, por tanto, una flagrante violación de la dignidad tanto de la madre, como del niño.

Por otra parte, los contratos de subrogación son, sin duda una manera de explotación de la mujer que vende o alquila su cuerpo por dinero, o por algún tipo de compensación,

ésta es una actividad comercial en auge en los que las agencias se lucran a costa del sufrimiento de los padres infértiles y la vulnerabilidad de las mujeres en situaciones desfavorecidas, desarrollándose todo un negocio de selección y proceso de calidad de mujeres y posibles futuros bebés.

La persona, y las secuelas psicológicas de la maternidad de alquiler son evidentes. En una época en la que cada día se constatan con mayor evidencia científica los lazos que se crean entre la madre y el hijo durante el embarazo, algunos pretenden, sin embargo, hacer creer a la sociedad que un vientre de alquiler es algo aséptico, sin consecuencias psicológicas ni para la madre ni para el hijo.

Tampoco se nos pueden pasar por alto la multitud de imprevistos o situaciones complicadas que pueden aparecer, como la posibilidad de un embarazo de alto riesgo para la salud de la madre gestante, la respuesta de los padres contratantes ante posibles malformaciones del niño no nacido o que se echen atrás a mitad del embarazo, etc.

En la maternidad subrogada, la mujer alquila su cuerpo, normalmente bajo algún tipo de coacción, convirtiéndose dicha práctica en una nueva forma de explotación y tráfico de mujeres, con la agravante de que el niño es utilizado como producto comercial y objeto de transacciones comerciales.

El objetivo de la maternidad subrogada no es el bien del niño sino el de satisfacer el capricho o deseo de unos adultos de ser padres a cualquier precio.

La maternidad de alquiler contradice un buen número de normas y disposiciones de la Unión Europea, especialmente las relacionadas con la dignidad humana, la adopción, la protección de la mujer y de los niños, y el tráfico de personas.

1. Concepto de Vientre de Alquiler

Se entiende como la explotación de mujeres con fines reproductivos. La contratación de una mujer que se compromete a gestar un bebé con la obligación de entregarlo a

los solicitantes cuando nazca, para que estos últimos lo críen, renunciando la gestante a sus deberes y derechos parentales.

Al respecto, el Comité para los Derechos de las Mujeres y la Equidad de Género del Parlamento Europeo señala que: “la maternidad subrogada constituye una objetivación tanto de los cuerpos de las mujeres como de los niños y representa una amenaza a la integridad corporal y a los derechos humanos de las mujeres. Permitirla supondría un retroceso en cuanto a la equidad de género”.

2. Modalidades de adquirir la maternidad

El reconocido tratadista peruano Enrique Varsi Rospigliosi⁶⁹ en derecho genético refiere las variantes de maternidad:

A. Madre portadora.- La mujer genera óvulos pero tiene una deficiencia uterina o física que le impide gestar por lo que debe buscar una mujer que colabore con ella en dicha labor biológica. Es un caso de préstamo de útero, dándose una maternidad parcial. Se produce un caso de regeneración humana:

- ❖ Aporte de espermatozoides del marido,
- ❖ Aporte de óvulo de su mujer,
- ❖ La madre gestante es una tercera.

B. Madre sustituta.- La mujer ni genera óvulos, ni puede gestar, es decir, hay deficiencia ovárica y uterina por lo que debe buscar una mujer que cumpla con dichas funciones que permita ser fecundada y termine el proceso de gestación. Es el caso de una maternidad integral. Se produce un caso de progeneración humana: 1) espermatozoide del marido, e 2) inseminación en tercera mujer.

⁶⁹ “Derecho genético”, cuarta edición, Lima. Edición Grijley 2001, p. 264.

C. Ovodonación.- La mujer tiene una deficiencia ovárica, no genera óvulos pero sí puede gestar por lo que necesita una mujer que sólo le ceda óvulos.

Es un caso de maternidad parcial. Se produce un caso de trigeneración humana:

- 1) Espermatozoides del marido;
- 2) Óvulo de una mujer cedente; y
- 3) Gestación de la mujer. La madre procreante no es la misma que la gestante.

D. Embriodonación.- El problema es de infertilidad completa de la pareja. La mujer ni genera óvulos ni puede gestar, es decir, hay deficiencia ovárica y uterina y el hombre es infértil por lo que deben buscar un cedente de espermatozoides y una mujer que permita ser fecundada y termine el proceso de gestación. Es un caso especial de procreación humana integral. Se produce un caso de multigeneración humana:

- ❖ El embrión es de una pareja cedente,
- ❖ El marido es infértil, y
- ❖ El embrión es gestado por su mujer. La madre procreadora es la misma que la gestante, a lo que se suma el problema de la paternidad que no le corresponde al marido.

De lo analizado podemos comentar que tanto la madre portadora y la madre sustituta pueden ser sujetos de violencia enmarcado en el delito de trata de personas.

3. Mercantilización del alquiler de vientre

3.1. Mediación de pago

En nuestro país ante el incremento de la demanda ha permitido la proliferación de mafias cuya conducta de mercantilizar la vida se ha expandido

debido al vacío legal y la falta de pronunciamiento de las autoridades, este delito va ganando terreno en el campo delictivo tal lo refiere así un diario de circulación nacional:

“existen varias razones para el aumento de esta actividad. La principal: lo lucrativo que resulta. “Cobran entre 10 mil y 30 mil dólares por niño”. Los clientes son generalmente extranjeros que no pueden tener hijos”⁷⁰

Las variantes ameritan trato jurídico distinto. La maternidad subrogada conlleva una disociación de filiación biológica materna y el surgimiento de otra jurídica, en cambio, en la gestación subrogada significa que la mujer sólo lleva un embarazo y da a luz a un niño que no es su hijo biológico, por tanto no se establece ningún vínculo de filiación. Si mediará un pago en el primer caso significaría que la mujer que proporciona su óvulo y gesta, entrega a su hijo a cambio de un dinero convirtiendo esa acción en una verdadera venta o tráfico de niños. En el segundo caso la entrega de dinero podría ser considerado como el pago por servicios prestados.

3.2. Conductas que se despliegan para la ejecución de alquiler de vientre

El instituto de investigación sobre trata de personas, ONG Capital Humano Social Alternativo (OHS Alternativo) ha establecido conductas típicas que se despliegan en la modalidad de trata de personas en Latinoamérica.

La conducta que despliega el agente delictivo se centra en:

- ❖ Obligar a trabajar a la víctima mediante amenazas psicológicas o físicas.

⁷⁰Se incrementa las mafias que ofrecen vientres de alquiler. Perú 21. Viernes 27 de enero del 2012. Disponible en: <http://peru21.pe/2012/01/27/actualidad/se-incremenetan-mafias-que-ofrecen-vientres-alquiler>.

- ❖ Deshumaniza y trata como mercancía, se le compara y vende al concebido
- ❖ Se limita físicamente o se le impone restricciones a su libertad.

4. Problemas en la explotación de mujeres con fines reproductivos

La maternidad de alquiler supone, a todas luces, explotación y cosificación de seres humanos. El niño se convierte en un producto de mercado que se encarga, se compra y se vende, e incluso se devuelve o se cambia si no satisface al cliente. Y la mujer que alquila su cuerpo convertido en un mero envase, un “horno gestacional”. Todo ello da pie a un sinnúmero de formas de explotación, presión, comercialización y tráfico de seres humanos que se da especialmente en las mujeres de países pobres o menos desarrollados que, junto con los niños fruto de la subrogación, son una vez más, privadas de su dignidad y víctimas de situaciones injustas y de flagrante violación de los más básicos derechos humanos.

En los casos de fertilización in vitro e inyección intracitoplasmática de espermatozoides, esta práctica contribuye a robustecer el problema de los embriones supernumerarios; es decir, aquellos que son creados en un laboratorio de manera extracorpórea pero que, al no transferirse al útero de la mujer, se quedan congelados.

El asunto de los embriones supernumerarios congelados está presente en otros países del mundo y no se ha podido resolver de manera satisfactoria en ninguno⁷¹. En el caso de Perú, sobre todo porque no existe ni regulación ni control alguno sobre su generación, se ha facilitado que los embriones sean traficados de manera ilegal. En el caso de México incluso albergó a Ricardo Ash, quien en 1995 fue acusado en Estados Unidos de traficar con embriones y óvulos de sus pacientes. Ash operaba en

⁷¹En http://elpais.com/diario/2011/04/22/sociedad/1303423203_850215.html

diversas clínicas de fertilidad y en hospitales de gran prestigio en México hasta que fue descubierto y salió del país para refugiarse en Argentina, su país natal, en 2004.

No deja de sorprender que incluso con esta penosa experiencia, en nuestro país no se haya previsto el destino de los embriones supernumerarios y sancionado su tráfico ilegal.

En nuestra legislación no existe un límite al número de embriones que se transfieren al útero de la gestante. De suerte que es alta la probabilidad de que se presente un embarazo múltiple. Situación que además de generar embarazos de alto riesgo, plantea la cuestión de qué hacer en el caso de partos múltiples, circunstancia complicada tanto para los solicitantes como para la gestante, especialmente en el caso de mujeres en situación de pobreza.

La explotación de mujeres con fines reproductivos en sí misma, deja en amplia desprotección a la gestante pues, a la par del embarazo, le transfiere todos los riesgos médicos que conlleva gestar a un hijo y dar a luz, sin contar con que los solicitantes asuman por completo las responsabilidades con respecto al bebé. En las iniciativas presentadas en nuestro país, no se contempla la obligación de los solicitantes de recibir, dado el caso, al bebé que nace con alguna malformación, discapacidad y/o enfermedad.

CAPÍTULO III

INSTRUMENTOS JURÍDICOS INTERNACIONALES SOBRE EL INICIO DE LA VIDA HUMANA Y LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.

El 25 de julio de 1978 marcó el inicio de una nueva era en el campo de la reproducción humana, ya que venía al mundo Louise Joy Brown, de Bristol Inglaterra, fue el primer bebé en el que se había realizado la técnica de fecundación artificial, extracorpórea, in vitro, o “bebé probeta”, en la cual se provoca el encuentro del óvulo de la madre, fuera de su cuerpo, con el espermatozoides del padre. Pocos meses después nace por el mismo sistema otra niña en Australia. En mayo de 1981 nace Amandine -el primer caso en Francia-y en diciembre del mismo año tiene lugar un evento similar en Estados Unidos. En 1984 nace en España el primer bebé probeta en una clínica de Barcelona. El éxito de este procedimiento significó la esperanza para muchas parejas incapaces de concebir hijos mediante métodos puramente naturales; así implicó la regulación de dichas actuaciones por el hombre en el plano internacional.

1. Pactos internacionales sobre la vida humana

📄 **Pacto San José de Costa Rica convención americana sobre Derechos Humanos (1969)**

Artículo 04.- *Derecho a la Vida:*

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.

Artículo 17.- *Protección a la Familia:*

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.
2. 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.

CAPÍTULO V: Deberes de las personas

Artículo 32.- *Correlación entre Deberes y Derechos:*

Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad.

📄 **Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948)**

Artículo I.- Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

Artículo VI.- Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella.

Artículo XI.- Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad.

Artículo XIII.- Toda persona tiene el derecho de participar en la vida cultural de la comunidad, gozar de las artes y disfrutar de los beneficios que resulten de los progresos intelectuales y especialmente de los descubrimientos científicos. (...)

Artículo XXIX.- Toda persona tiene el deber de convivir con las demás de manera que todas y cada una puedan formar y desenvolver integralmente su personalidad.

📖 **Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948)**

Artículo 03.- Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

Artículo 16.- Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. (...) La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

Artículo 27.- Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten.

📖 **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966)**

Artículo 10.- Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que: 1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo.

- Artículo 15.-** 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a: a)... b) Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones.
2. Entre las medidas que los Estados Partes en el presente Pacto deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho, figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura.
3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora.

Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (1966)

Artículo 06.- El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley.

Artículo 23.- La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

1.1. Igualdad jerárquica en las normas internacionales

Como se pudo observar del análisis de las normas expuestas, surge que estas consideran el derecho a la vida en la misma jerarquía, así como el derecho a la constitución de la familia y el derecho a gozar de la utilización de los avances científicos. Es decir, otorgándole jerarquía constitucional, ahora bien, ¿en caso de colisión de bienes de la misma jerarquía que bien jurídico debe primar? Así el Pacto de San José de Costa Rica garantiza el derecho a la vida, delimitando su inicio desde la concepción, y en su art 17 reconoce a la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad,

reconociendo el derecho del hombre y la mujer a “fundar una familia “. El art 32 establece que toda persona tiene deberes para con la familia, comunidad y humanidad: ¿procrear, fundar la cedula básica de la sociedad, reproducir la especie humana no es acaso el principal deber del ser humano para con la comunidad y humanidad?

La Convención Americana de los Derechos y Deberes del Hombre reconoce el derecho a la vida del ser humano sin marcar su límite mínimo, a la vez de reconocer el derecho de constituir una familia y a participar de los beneficios que resulten del progreso de los descubrimientos científicos (TRHA), además de establecer que el derecho a la salud⁷² debe ser preservado por medidas sanitarias y sociales, acaso la infertilidad no es una enfermedad⁷³ que aqueja a la sociedad, por ende, la protección a la salud se debe preservar con la disposición de TRHA al alcance de todos los individuos del estado.

En líneas similares la Declaración Universal de los Derechos Humanos declara como derechos los de la vida, los de fundación de una familia, y a la participación del progreso científico, y el Pacto Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales establece que los estados partes reconocen que es obligación del estado prestar toda la asistencia a la familia recalcando el especial énfasis a “su constitución” y a gozar de los beneficios del progreso científico.

Considero que la interpretación correcta no es la de tratar de establecer la primacía de un bien en desmedro de otro, sino la conciliación armónica de

⁷²La Organización Mundial (OMS) de la Salud define a la “salud” como un completo estado de bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades

⁷³La OMS considera a la infertilidad como una enfermedad definida como *el funcionamiento anormal del sistema reproductivo*, que priva a personas de todas las razas y de todos los niveles socioeconómicos de crear una familia, y como parámetro de diagnóstico fija como presupuesto de diagnóstico un año de coito sin protección anticonceptiva y sin que ocurra el embarazo.

todos ellos y la consideración especial de cada uno de los conceptos. De todos estos tratados internacionales que en el país gozan de jerarquía constitucional se extrae la protección del derecho a la vida, en líneas generales sin distinción respecto al límite mínimo de protección jurídica de la vida humana. Sin embargo el Pacto de San José de Costa Rica aclara que la protección se debe desde la concepción del individuo, como también lo aclaró la Convención de los Derechos del Niño.

2. Leyes europeas sobre la reproducción humana asistida

En Europa existen dos grupos de legislaciones sobre reproducción humana asistida, con posiciones totalmente opuestas, en forma esquemática se puede decir que estos dos grupos reflejan un conflicto entre lo que se podría llamar, por un lado, la “primacía del libre acceso a las técnicas” y, por el otro lado, “la primacía de la protección de la vida embrionaria y del interés del menor”.

- a) El primer grupo se integra con leyes de inspiración netamente *individualistas* cuyo objetivo primordial es satisfacer el deseo de obtener un hijo a través de las técnicas. La idea dominante es por ello la de la permisibilidad de las diversas variantes de la fecundación asistida. En función de este objetivo no se fijan condiciones particulares para el acceso a las técnicas (que se trate de una pareja estable, de una mujer sola y que ambos se encuentren en edad de procrear). Por el mismo motivo, la vida humana embrionaria no es considerada merecedora de una protección particular, y por ello se autoriza la selección, congelamiento y destrucción de los embriones resultantes de la fecundación in vitro, e incluso su uso con fines de experimentación. Tampoco se da prioridad al interés del menor en contar con un padre y una madre legal que coincidan con su padre y madre biológicos, al legitimarse el

uso de gametos de donantes. Así tenemos las leyes españolas 35 y 42 de 1988 (hoy reemplazada con la Ley 14 del 2006-Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida).

2.1. España

Con la entrada en vigor de la Ley 14/2006, del 26 de mayo del 2006, sobre técnicas de reproducción asistida, quedan derogadas todas las disposiciones normativas anteriores y, en particular, las leyes 35/88 y 45/2003.

La Ley hace referencia a los donantes, al contrato de donación y a la determinación legal de la filiación que la reproducción artificial supone respecto a los hijos nacidos por estas técnicas tanto para el marido como para el varón no casado; y a los efectos que se derivan de la premoriencia del marido o del varón no unido por vínculo matrimonial.

En el *artículo 03 numeral 01*, se establece las “condiciones personales de la aplicación de las técnicas”: se limita el recurso a las técnicas de reproducción asistida a los casos en que haya posibilidades razonables de éxito, no supongan riesgo grave para la salud, física o psíquica, de la mujer o la posible descendencia y previa aceptación libre y consciente de su aplicación por parte de la mujer, que deberá haber sido anterior y debidamente informada de sus posibilidades de éxito, así como de sus riesgos y de las condiciones de dicha aplicación. Dicho de forma sumaria, si no existen graves riesgos para la mujer o su posible descendencia bastará con informarla para someterse a estas técnicas.

En el *artículo 05 numeral 05* sobre los “Donantes y contratos de donación” se dispone que: “La donación será anónima y deberá garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes por los bancos de

gametos, así como, en su caso, por los registros de donantes y de los centros que se constituyan”.

En cuanto a la identidad de los donantes, la Ley establece:

“Los hijos nacidos tienen derecho por sí o por sus representantes legales a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad, solo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las Leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad de los donantes, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará en ningún caso publicidad de la identidad de los donantes”.

La ley establece la prohibición de conocer la identidad de los donantes a no ser que dicha revelación sea indispensable para evitar un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las leyes procesales penales.

En el *artículo 06 numeral 01* sobre las “usuarias de las técnicas” se dispone que:

“Toda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en esta Ley, siempre que haya prestado su consentimiento escrito a su utilización de manera libre, consciente y expresa”.

A partir de este artículo las exigencias necesarias para las usuarias de estas técnicas, además de ser debidamente informadas, han de cumplir unos requisitos de capacidad: tener la mayoría de edad (18 años) y plena capacidad de obrar, es decir, no deben estar incapacitados judicialmente.

En ese mismo artículo se establece que:

“La mujer podrá ser usuaria o receptora de las técnicas reguladas en esta Ley con independencia de su estado civil y orientación sexual”. A raíz de este artículo se inaugura, en España, la posibilidad de hijos sin padre, bien porque son hijos de mujer soltera o de dos mujeres (se abre así la puerta a la filiación homosexual y la doble maternidad). A los efectos en materia de filiación, cabría la posibilidad de que el hijo pueda plantear la acción de reclamación de la paternidad frente al donante, pues el anonimato no goza de protección constitucional y, en cambio, el derecho a conocer los propios orígenes sí, derecho integrado en el libre desarrollo de la personalidad del hijo y en la protección de su dignidad.

En cuanto a la filiación homosexual y la doble maternidad indica que a tenor de la aprobación de la Ley 13/2005, del 01 de julio, que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo⁷⁴, la Ley 14/2006 establece, en materia de reproducción asistida, los mismos requisitos para las parejas homosexuales sólo entre dos mujeres que los establecidos para las parejas heterosexuales. El hijo nacido como consecuencia de la fecundación heteróloga tendría la filiación legal de la mujer progenitora y de su cónyuge-mujer si está ha prestado su consentimiento formal tal y como se dispone en el artículo 08 de la Ley14/2006.

A esto se suma que la Ley 13/2005 también ha hecho posible que las dos mujeres miembros de una pareja puedan participar del proceso y embarazo si así lo desean: una aportaría los ovocitos que serían inseminados con semen de un donante anónimo, mientras que la otra recibe los embriones y los gesta.

⁷⁴ Véase Art. 44 numeral 02 del Código Civil.

Esta técnica es denominada ROPA (recepción de ovocitos de la pareja) con lo que habría una “madre” genética y una madre gestante tras haber dado ambas su consentimiento.

Entre otros problemas jurídicos con respecto a esta técnica son los relativos al anonimato del donante que se dispone en el artículo 05 de la Ley 14/2006, así como la prohibición de la elección del donante. Lo mismo ocurre con la inseminación de las dos mujeres de una pareja homosexual como semen del mismo donante.

Ahora bien, la determinación legal de esta filiación con respecto al cónyuge-mujer de la progenitora solo podrá tener lugar mediante la adopción prevista en el artículo 175 numeral 04 del Código Civil. No hay posibilidad del reconocimiento de maternidad por la otra mujer, dado que dicho reconocimiento se determina por el parto.

El *Artículo 06* en su segundo punto dispone:

“Entre la información proporcionada a la mujer, de manera previa a la firma de su consentimiento, para la aplicación de estas técnicas se incluirá, en todo caso, la de los posibles riesgos, para ella misma durante el tratamiento y el embarazo y para la descendencia, que se puedan derivar de la maternidad a una edad clínicamente inadecuada”.

A tenor de este artículo las usuarias, como requisito necesario, habrán de prestar su consentimiento por escrito, previamente informadas, a la aplicación de estas técnicas, y de manera libre, consciente y expresa.

Además no existe un límite de edad máxima para el tratamiento. En efecto, la ley admite la maternidad tardía o “abuelas-mamá”, si bien los médicos

deberán informar a la mujer los riesgos que implica una maternidad a una edad clínicamente inadecuada tanto para ella, durante el tratamiento y el embarazo, como para su descendencia.

Por su parte el *artículo 06 numeral 03* establece:

“Si la mujer estuviera casada, se precisará además, el consentimiento de su marido, a menos que estuvieran separados legalmente o de hecho y así conste de manera fehaciente. El consentimiento del cónyuge, prestado antes de la utilización de las técnicas, deberá reunir idénticos requisitos de expresión libre, consciente y formal”

Otro de los requisitos necesarios para las usuarias de la fecundación artificial es que si una mujer casada se somete a estas técnicas, o separada legalmente o de hecho si así consta, precisará del consentimiento del cónyuge dado antes de la aplicación de las técnicas con los mismos requisitos de expresión libre, consciente y formal.

Este artículo parece entrar en contradicción con el párrafo segundo del artículo 6.1 en el que se dice que toda mujer puede acceder a las técnicas de reproducción asistida “con independencia a su estado civil”, al requerir para la mujer casada un consentimiento complementario (el de su marido) sin el cual no podría acceder a estas técnicas.

A tenor de la presunción legal de paternidad del marido contenida en el artículo 116 del Código Civil en virtud del cual se desprende “*se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges*”, la diferencia de trato entre las mujeres en función de su estado civil como usuarias de las técnicas de reproducción

asistida no comprende una violación del principio de igualdad, sino que la razón de que se solicite el consentimiento del marido estriba en que la determinación de la filiación matrimonial se hace de manera automática. Por tanto, la mujer casada precisa del consentimiento del marido sea o no hijo suyo, pues al tratarse de una filiación automática se determinará como padre el que aparece como marido en el registro civil, ya que existe una “presunción de paternidad”⁷⁵.

La idea de protección al hijo concebido artificialmente, presente en el precepto italiano, se ve sustituida en el texto español por una visión exclusivamente individualista, en la que se configura un verdadero “derecho a la maternidad” para las mujeres solas, mayores de 18 años y de edad avanzada. La ley española permite el recurso de las técnicas avanzadas a las mujeres solteras, a las mujeres que han culminado ya su vida fértil, a las parejas casadas o no casadas y a la fecundación post mortem.

La ley española 14/2006 de Reproducción Asistida ha dejado de ser un remedio para la esterilidad para convertirse en expresión de la defensa de los intereses de los usuarios hasta el punto de configurar un nuevo derecho subjetivo: el derecho de la mujer a la reproducción (sola, casada, homóloga, heteróloga, post mortem, homosexual de una madre casada con otra de la que recibe los óvulos, la inseminación de las dos mujeres con semen del mismo donante) en detrimento del hijo concebido artificialmente, a quien se le excluye del papel rector como sujeto principal digno de protección que le corresponde.

⁷⁵Las técnicas de reproducción España: Aspectos problemáticos de la Ley de 26 de mayo del 2006, con relación a la Ley italiana de 19 de febrero del 2004, *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2007, pp. 846-901.

b) El segundo grupo de leyes, si bien aceptan las técnicas de procreación asistida, intentan encontrar un equilibrio entre éstas y la exigencia ético-jurídico de brindar protección a la vida humana embrionaria y de tutelar los intereses del niño que resulten concebidos a través de las técnicas. Así, por ejemplo, en relación con el primer aspecto, estas leyes fijan un límite máximo al número de embriones que pueden obtenerse en cada tentativa (tres), debiéndose transferir los tres a la madre biológica, con lo que evita de raíz el problema insoluble de los embriones “sobrantes”, también se prohíbe la experimentación con embriones. En relación con el segundo aspecto, se prohíbe o al menos se desalienta el uso de gametos de donantes anónimos. Justamente por este motivo, la práctica de anonimato de los donantes de gametos y la imposibilidad para el hijo de rastrear la identidad de su padre o madre genéticos comienzan a ser vistas como violatorios a la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, que dispone que el niño tiene derecho, “en la medida posible, a conocer a sus padres, y ser cuidados por ellos”⁷⁶. En este grupo se encuentran la ley de Francia, Italia, Alemania de protección de los embriones de 1990⁷⁷ y Suiza (Ley federal sobre la procreación médicamente asistida, del 18 de diciembre de 1998).

2.2. Francia

Ley No. 2004-800, del 06 de agosto del 2004.

Código de salud pública

El *artículo 02* de la Ley 2141, afirma que la procreación artificial está destinada a responder a la demanda parental una pareja y tiene por objeto remediar la infertilidad cuyo carácter patológico haya sido médicamente

⁷⁶Véase artículo 07.

⁷⁷Ley de protección de los embriones, del 13 de diciembre de 1990. En: <http://www.revistapersona.com>

diagnosticado, o evitar la transmisión al niño o a un miembro de la pareja una enfermedad de particular gravedad. En los siguientes párrafos de este artículo se determinan los requisitos para la aplicación de las técnicas de reproducción asistida. Dispone que la procreación artificial está reservada para el hombre y la mujer, que formen parte de la pareja, que estén vivos (no está permitido la fecundación post-mortem, párrafo 03: el hombre y la mujer que formen pareja deben estar vivos y la muerte de cualquiera de ellos impide la inseminación o la transferencia de embriones, en edad de procrear (la ley no permite a mujeres de más de 40 años ser receptoras de óvulos donados), casados o convivientes sin vínculo matrimonial (en condiciones de poder aportar una convivencia acreditada de al menos dos años) y prohíbe la denominada “madre de alquiler” o útero de alquiler.⁷⁸

El *Artículo 03* determina que un embrión sólo puede ser concebido in vitro, con gametos procedentes de al menos, uno de los miembros de la pareja, el cual deberá haber dado el consentimiento. Por tanto, se permite la fecundación heteróloga, pero no podrá establecerse ninguna relación de filiación entre el niño nacido por este tipo de fecundación y el donante de los gametos-Art. 311 numeral 19 del Código Civil.

Por tanto, al igual que en la legislación española, la legislación francesa permite la fecundación heteróloga. El párrafo primero del artículo 311 numeral 20 de la sección III –asistencia médica a la reproducción- del Código Civil, dispone que los cónyuges o concubinos que, para procrear, recurran a un donante deberán previamente dar su consentimiento al juez o notario. Dado éste a la procreación médica asistida prohíbe toda acción de impugnación de la filiación.

⁷⁸ Véase Art. 16 numeral 07 del Código Civil.

Sin embargo, el consentimiento queda privado de efecto en caso de fallecimiento, así mismo queda sin efecto la revocación por escrito del hombre o la mujer del consentimiento antes de la realización de la reproducción asistida ante el médico responsable de la aplicación de esta técnica.

Ahora bien, se declarará judicialmente la paternidad no matrimonial de quien después de haber consentido la asistencia médica no reconociere al hijo que ha nacido.

Al igual que en la legislación italiana, en la francesa también se prohíbe la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida por una sola mujer. Se exige por ello, el consentimiento de ambos convivientes para acceder a dichas técnicas. Se permite la fecundación asistida sólo a las parejas casadas o que convivan establemente. No se permite la fecundación post-mortem, ni la gestación por sustitución o maternidad subrogada. Sin embargo, a diferencia de la legislación italiana se autoriza la fecundación heteróloga.

Por último, Francia prepara la actualización de su legislación sobre reproducción asistida. Según el informe parlamentario sobre el que se basará la nueva ley, las técnicas de reproducción asistida se prohíben a personas homosexuales y a mujeres solteras. Se permiten utilizarlas exclusivamente a aquellas parejas heterosexuales casadas o no, estas últimas que hayan suscrito un PACS (Pacte Civil Solidarité) y que presenten problemas de fertilidad. El informe también señala que seguirá vigente la prohibición de la gestación subrogada o “vientre de alquiler”.

Asimismo; mediante Ley No. 94-653, del 29 de julio de 1994, se introduce el artículo 16 al código civil, 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.

2.3. Italia

Ley No. 40, del 19 de febrero del 2004 -Normas en materia de procreación médica asistida⁷⁹

La Ley italiana considera la fecundación artificial como un recurso permitido en el caso que no existan otros métodos terapéuticos eficaces para eliminar las causas de infertilidad o esterilidad.

La Ley manifiesta, explícitamente, que la procreación médicamente asistida no es un método procreativo alternativo al natural, sino que es el último recurso terapéutico contra la esterilidad.

En este sentido, la Ley italiana permite únicamente el uso de gametos de la pareja, excluyendo donantes. Limita el acceso a las técnicas de reproducción asistida a parejas de distinto sexo, estables, casadas o uniones de hecho, mayores de edad y en edad «potencialmente fértil»⁸⁰. Ambos miembros de la pareja deben estar vivos (art. 5).

⁷⁹GERMÁN ZURRIARAÍN, Roberto. Técnicas de reproducción humana asistida: determinación legal de la filiación y usuarias en el Derecho comparado. Cuadernos de bioética, vol. XXII, núm. 02. Mayo-agosto del 2011. Asociación Española de Bioética y Ética.

⁸⁰Edad fértil: edad de una mujer situada entre la pubertad y la menopausia, que oscila entre los 15 y los 50 años (según cada mujer). Dentro de ese período, las mejores condiciones de fertilidad se dan normalmente hasta los 35 años. Después de esta edad las posibilidades de conseguir el embarazo disminuyen considerablemente.

Por tanto, las usuarias de la aplicación de las técnicas de reproducción artificial, a tenor de este artículo, son mujeres casadas o que no estando casadas vivan con varón, para lo cual se requiere que ambos convivientes manifiesten conjuntamente su consentimiento de acceder a la procreación artificial, en la misma forma que ha de prestarlo los cónyuges.

Asimismo, se excluyen como usuarias de las técnicas de reproducción humana asistida a las mujeres solteras, a las viudas a las parejas homosexuales y a las “madres-abuelas” que proliferaron en Italia a modo de recurso publicitario de clínicas de fertilidad. También se prohíbe la fecundación post mortem (Art. 05).

Además, la Ley 40/2004 no autoriza la reproducción artificial heteróloga (art. 4.3) por lo que la mujer sólo podrá ser fecundada con gametos de su marido, debiendo ambos cónyuges prestar su consentimiento mediante un escrito conjunto ante el médico responsable del centro donde se vaya a llevar a cabo la reproducción asistida. En este sentido, se sanciona el uso de gametos (óvulos y espermatozoides) ajenos a la pareja, su comercialización o el uso de madres de alquiler (art. 12.6) con multas de 300.000 a 600.000 euros y penas de tres meses a tres años de cárcel. En efecto la ley italiana sólo permite la fecundación homóloga, por lo que la paternidad legal se corresponde con la biológica.

El 12 y 13 de junio del año 2005 se celebró un referéndum como consulta sobre la posibilidad de la abrogación de la ley 40/2004. En concreto, el citado plebiscito tuvo como propósito aprobar o rechazar algunos asuntos de la normativa:

1. Permitir la investigación con embriones,
2. Eliminar el límite de tres embriones en cada ciclo de reproducción artificial,
3. Eliminar la restricción de donantes externos a la pareja o fecundación heteróloga,
4. Anular el apartado de la ley que equipara los derechos jurídicos del embrión a los de una persona ya nacida; solamente el 25.9% de los electores italianos se acercaron a las urnas a votar, de modo que no se alcanzó el 51% de los votos necesarios para que su resultado fuera vinculante⁸¹.

CUADRO COMPARATIVO

MÉTODO DE FECUNDACIÓN	ESPAÑA	FRANCIA	ITALIA
Fecundación homóloga	Sí	Sí	Sí
Fecundación heteróloga	Sí	Sí	No
Parejas heterosexuales	Sí	Sí	Sí
Parejas homosexuales	Sí	No	No
Mujeres sin pareja, viudas	Sí	No	No
Fecundación post mortem	Sí	No	No
Experimentación con embriones producidos in vitro	Sí	Sí	No
Clonación “terapéutica”	Sí	No	No
Selección genética de embriones	Sí	Sí	No

3. Normas sobre la reproducción humana asistida en los países latinoamericanos

En los países latinoamericanos, a diferencia de los europeos, carecen de leyes sistemáticas sobre la reproducción humana asistida, en la mayoría de los casos sólo existen algunos principios generales aplicables a la materia, que figuran en el Código Civil, en el Código Penal e inclusive en la Constitución.

⁸¹ Casini, C. “Il dibattito in bioética: la ragioni del non voto”, *Medicina e Morale*, 2005, 2, pp. 409-422; *Revista de teología morale*.

Así mismo no hay que olvidar que el Pacto de San José de Costa Rica, afirma que toda persona tiene derecho a que se respete su vida, y que este derecho estará protegido por la Ley, y en general, a partir del momento de la concepción (art. 04 inc.01). Es decir, la personalidad se reconoce a nivel interamericano desde el momento de la concepción. Esta es una norma muy importante, porque marca una orientación definida, y que no tiene paralelo a nivel europeo. Por su parte el artículo 19 del Pacto asigna un lugar preponderante a los derechos del niño “a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

Además es interesante destacar que en los países latinoamericanos existe una clara tendencia contraria a dos prácticas concretas: a) La clonación humana, y b) manipulaciones genéticas.

A continuación se va a enumerar algunas de las normas legales vigentes a nivel nacional de los países latinoamericanos que son aplicables a la procreación asistida.

3.1. Argentina

En la Argentina se han elaborado en los últimos quince años más de veinte proyectos de ley para regular las técnicas de procreación asistida, tanto en la Cámara de Diputados como en la de Senadores. Lamentablemente, hasta el momento ninguno de ellos logró ser aprobado por ambas cámaras. Sin embargo esa falta de ley específica no significa que exista un vacío legal absoluto sobre el tema. Así por ejemplo, en relación con una de las cuestiones clave, como es la del comienzo de la personalidad jurídica, el derecho argentino mantiene una tradición larga de reconocimiento de la personalidad desde el momento de la concepción. Esto resulta en primer lugar del Código Civil que incluye al concebido en la categoría de la

“persona por nacer”⁸² y lo coloca al mismo nivel que los otros incapaces de ejercicio, como los menores y los dementes.

El principio de personalidad del concebido resulta de la Convención de los Derechos del Niño, ya que la Argentina, al incorporarla al derecho interno a través de la Ley 23849, hizo la reserva de que en la noción de “niño” debía entenderse incluido a todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad. La reforma constitucional ha conferido una fuerza particular a este principio, desde el momento en que reconoce en jerarquía constitucional a la Convención de los Derechos del Niño al haberla incorporado a su derecho interno. Por lo tanto, el reconocimiento del concebido, como persona constituye en el derecho argentino un principio de rango constitucional.

3.2. Chile

En Chile tampoco existe una normativa específica sobre las técnicas de reproducción asistida. Con relación al tema del estatuto del concebido, según el Código Civil, “son personas todos los individuos de la especie humana cualquiera sea su edad, sexo, estirpe y condición” (art. 55). No obstante a los efectos patrimoniales, este principio está limitado por el artículo 74, que dispone, la “existencia legal de toda persona comienza al nacer, esto es, al separarse completamente de la madre”. Pero para que no haya dudas de que fuera el ámbito patrimonial, el principio general es el afirmar el comienzo de la personalidad desde la concepción. El artículo 75 del mismo cuerpo de leyes afirma que la “ley protege la vida del que está por nacer. El juez, en consecuencia tomará, a petición de cualquier persona o de oficio todas las

⁸²Artículos No. 63 y 70.

providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligrará”. Por su parte la Constitución dispone en su artículo 19 inc. 01, que la “ley protege la vida del que está por nacer”.

En el año 2006, Chile adoptó la Ley 20120, sobre investigación científica en el ser humano, su genoma humano y prohibición de la clonación humana, que también es aplicable al tema. Según su artículo 01 la Ley tiene por finalidad “proteger la vida de los seres humanos desde el momento de la concepción, su integridad física y psíquica, así como su diversidad e identidad genética”.

3.3. Brasil

Tampoco existe ninguna norma con rango legal que regule en forma sistemática la procreación asistida. En lo que refiere al tema del comienzo de la personalidad, el Código Civil dispone en su artículo 02 que “la personalidad civil de la persona comienza con el nacimiento con vida. Pero la Ley pone a salvo, desde la concepción, los derechos de nascituro”. Es decir que se hace una distinción entre los derechos civiles (es decir, principalmente de carácter patrimonial), que están subordinados al nacimiento con vida, y los demás derechos de la persona, que existen desde la concepción.

Curiosamente, la normativa que rige la protección asistida, y que no tiene rango legal, parece apartarse de este principio. Se trata de la Resolución 1358 de 1992, adoptada por el Consejo Federal de Medicina, que es una entidad autónoma con facultades normativas de la práctica médica. La resolución titulada “Normas Éticas para la Utilización de las Técnicas de reproducción Asistida”, está directamente inspirada en la legislación española de 1988

(actualmente en desuso). La resolución autoriza tanto las técnicas homólogas y heterólogas, no sólo para parejas, sino también para mujeres solas; también está permitida la selección de embriones, congelamiento de los sobrantes y su destrucción luego de un cierto plazo, se desconoce el derecho del hijo a saber la identidad de su padre biológico en el caso de las técnicas heterólogas, se autoriza la maternidad subrogada cuando es practicada sin fines comerciales.

Los únicos límites que se fijan a las técnicas, además de la exigencia del consentimiento informado, son:

- a. Que los procedimientos no deben ser empleados para seleccionar el sexo del hijo, salvo cuando se trate de evitar dolencias ligadas al sexo,
- b. Que está prohibido fecundar óvulos humanos con cualquier otro fin que la procreación humana,
- c. Que el número ideal de ovocitos y preembriones a ser transferidos a la receptora no debe ser superior a cuatro, y
- d. Que la donación de gametos debe ser gratuita.

3.4. México

El procedimiento de fertilización in vitro es una práctica bastante reciente, ya que fue apenas en marzo de 2000 que el Instituto de Seguridad Social y Servicios para los Trabajadores del Estado de México dio a conocer la noticia del primer embarazo logrado por esta técnica en un establecimiento de salud pública.⁸³

⁸³ Boletín informativo interno. En las clínicas de salud privadas este procedimiento se realiza con anterioridad a la fecha señalada, pero debido a la confidencialidad que guardan respecto a sus pacientes no se ha dado a conocer la fecha exacta del primer bebé producto de fertilización in vitro.

Aspectos jurídicos

a. Constitución Mexicana

En el sistema jurídico mexicano no existe regulación expresa en las técnicas de reproducción asistida, el artículo cuarto párrafo segundo de su Constitución proclama la libertad de decidir “de manera libre, responsable e informada el número y espaciamiento de sus hijos”.

El mismo artículo en su párrafo tercero, señala el derecho a la protección a la salud, prescribiendo lo siguiente:

“Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y entidades federativas en materia de salubridad en general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución”

Esto significa elevar a rango constitucional el derecho a la salud y, por tanto, la obligación de prevenirla y preservarla queda bajo la tutela del Estado, ya que este derecho implica el compromiso de realizar esfuerzos deliberados, orientados y planeados para promover el bienestar de las parejas.

b. Ley General de Salud

El ordenamiento jurídico principal en materia de salud, que incluye las disposiciones relativas a la investigación para la salud y donación y utilización de tejidos humanos es la Ley General de Salud. Esta Ley entiende por servicios de salud todas aquellas acciones realizadas en

beneficio del individuo y de la sociedad en general, dirigidas a proteger, promover y restaurar la salud de la persona y de la colectividad. Además los servicios de salud se clasifican básicamente en tres tipos: De atención médica, de salud pública y de asistencia social.

Dentro del Título tercero del ordenamiento en cuestión encontramos el Capítulo VI “Servicios de planificación familiar”, el cual señala en el segundo párrafo de su artículo 67 textualmente prescribe: “Los servicios que se presten en la materia (planificación familiar) constituyen un medio para el ejercicio del derecho de toda persona a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de los hijos, con pleno respeto a su dignidad”.

Por medio de esta disposición, la Ley General de Salud especifica el contenido anteriormente aludido del artículo 4 de la Constitución Mexicana, señalando además el respeto a la dignidad de todas las personas en la materia.

b.1. Fecundación In Vitro en el Reglamento de la Ley General de Salud

Del mencionado reglamento se aprecia en su artículo 43 que para la fertilización asistida se requiere obtener el consentimiento informado de la mujer y de su cónyuge, este consentimiento se encuentra establecido en los artículos 20, 21 y 22 de este reglamento y que básicamente dicen:

Art. 20.- Se entiende por consentimiento informado el acuerdo mediante el cual el sujeto de la investigación o, en su caso, su representante legal autoriza su participación en la investigación con pleno conocimiento de

la naturaleza de los procedimientos y riesgos a los que se someterá, con la capacidad de libre elección y sin coacción alguna.

Art. 21.- Para que el consentimiento informado se considere existente, el sujeto de la investigación (la mujer sujeta a la fertilización in vitro) o, en su caso, su representante legal, deberá recibir una explicación clara y compleja, de tal forma que pueda comprenderla, por lo menos, sobre los siguientes aspectos:

- ✎ La justificación de los objetivos de la investigación (En el caso de la fertilización asistida, la explicación deberá versar acerca de por qué se recurre a ese medio alternativo de procreación y qué efectos tendrá la fertilización in vitro en su cuerpo. La paciente y la pareja deben entender por lo menos, la causa y razón del procedimiento);
- ✎ Los procedimientos que vayan a usarse y su propósito, incluyendo la identificación de los sujetos que son experimentales;
- ✎ Las molestias o riesgos esperados;
- ✎ Los beneficios que puedan observarse;
- ✎ Los procedimientos alternativos que pudieran ser beneficiados para el sujeto;
- ✎ La garantía de recibir respuesta y aclaración a cualquier duda acerca de los procedimientos, riesgos, beneficios y otros asuntos con la investigación y el tratamiento del sujeto;
- ✎ La libertad de retirar su consentimiento en cualquier momento y dejar de participar en el estudio, sin que por ello se creen perjuicios para continuar su cuidado y tratamiento. (En la fertilización in vitro, este precepto puede interpretarse como el derecho de la mujer o de la

pareja a interrumpir el procedimiento, antes de que el embrión sea implantado, ya que desde este momento entra bajo la protección del Derecho Civil. Sin embargo, esta interrupción, se puede realizar sin perjuicio de que su tratamiento de la infertilidad por otros medios continúe).

- ☞ La seguridad de que no se identificará al sujeto y que se mantendrá la confidencialidad de la información relacionada con su privacidad (la pareja tiene derecho a que se guarde la mayor discreción acerca de su infertilidad, al tratamiento que recibe para superarla y demás pormenores que pudieran invadir su privacidad).

Art. 22.- El consentimiento informado deberá formularse por escrito.

Así mismo es de suma importancia mencionar que el artículo 56 del reglamento en cuestión, porque señala que los procedimientos de procreación asistida solo serán empleados como último recurso para resolver el problema de esterilidad en la pareja, textualmente dice:

Art. 56.- La investigación sobre fertilización asistida sólo será admitida cuando se aplique a la solución de problemas de esterilidad que no se puedan resolver de otra manera, respetándose el punto de vista moral, cultural y social de la pareja, aún si éste difiere con el investigador. (Suele acontecer que la religión, cultura, creencias, etc. de la paciente sometida a estas técnicas de reproducción asistida, no permitan ciertas intervenciones. En este caso podrán rechazar el procedimiento).

SITUACIÓN ACTUAL DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUAMANA ASISTIDA EN EL PERÚ

1. Marco legal

El desarrollo de las técnicas de reproducción humana asistida, no es una realidad ajena al Perú, pues desde hace más de veinticinco años se vienen desarrollando estas prácticas en el territorio nacional, pero la legislación que existe a la fecha es casi inexistente.

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

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 la libertad no mayor de tres meses:

1. Cuando el embarazo sea consecuencia de violación sexual fuera del matrimonio o inseminación artificial no consentida y ocurrida fuera del 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 en análisis fue incorporado a la norma sustantiva penal mediante Ley No. 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 vitro⁸⁴. Tal parece que no, pues de haber sido así, se hubiera modificado la tipificación del delito de aborto para sancionar la muerte de embriones concebidos 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.

Decreto Legislativo No. 823-Ley de Propiedad Industrial

Artículo 28.- No serán patentables:

- a. Las invenciones sobre las materias que componen el cuerpo humano y sobre la identidad genética del mismo.

⁸⁴El 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. Proyecto de Ley No. 839-2001/CR.

Ley No. 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 derecho, 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, incluye dentro del concepto 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 en mención no hace distinción respecto a las circunstancias que envuelven la gestación del embrión, cuando ya eran mundialmente conocidas las técnicas de reproducción humana asistida, por lo que se entiende que el legislador garantiza la vida del concebido, protegiéndolo de experimentos o manipulaciones genéticas contrarias a su integridad y desarrollo físico o mental.

Ley No. 26842-Ley General de Salud

Artículo 7.- Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante 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.

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.

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

Estos lineamientos, destaca 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, señalan que 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 su 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) Acontecimiento en la realidad

2.1. Mercado peruano para las técnicas de reproducción humana asistida

Que, al amparo de la Ley No. 27806-Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, nos apersonamos al Ministerio de Salud-Cajamarca, a efectos de que se nos brinde información respecto a los aspectos de la reproducción humana asistida-fecundación in vitro, en la cual personal médico de la misma, informaron que dicha institución no ha desarrollado o a implementado políticas de promoción o restricción a de la referida técnica, y se desconoce los centros de fertilidad asistida a nivel nacional.

A falta de información oficial por parte del Ministerio de Salud, se acudió a la revista Brasileira de Reproducción Asistida⁸⁵, la misma que señala que hacia el año 2010, Perú contaba con 04 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 exitoso, siendo que el costo del procedimiento

⁸⁵Jornal Brasileiro de Reproducáo Assistida. 2012. Vol.16, No, 2. P. 321.

de fertilización in vitro cuesta un promedio de 12, 000 soles⁸⁶, supone un total de S/. 25, 056 000, 00 nuevos soles anuales, distribuidos entre los 04 centros de reproducción humana asistida.

Por otro lado, se ha establecido que en el Perú ejecutan prácticas eugenésicas sin que se adopte ninguna medida por parte de las autoridades, llámese Ministerio Público, Ministerio de Salud, Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables para evitarlas. Así en la sentencia del Décimo Quinto Juzgado de Especializado en Familia de Lima, recaída en el Expediente No. 183515-2006-00113⁸⁷, referido sobre impugnación de maternidad, se aprecia la *utilización de madres sustitutas*, sin importar los riesgos que puedan afrontar éstas.

2.2. Técnicas de crioconservación y desecho de embriones.

Con la sentencia del Décimo Quinto Juzgado en Familia de Lima, recaída en el Expediente 183515-2006-00113, en su considerando décimo primero, referido al caso Carla See V. Lucero Aurish-impugnación de maternidad, el juez refiere que de los seis embriones que se fecundaron, tres fueron transferidos a la señora Carla See, y los tres restantes fueron congelados.

El Dr. Luis Noriega, especialista en fecundación asistida y Director del Grupo Pranor (grupo de reproducción asistida) en una entrevista al diario Perú 21 (17 de agosto del 2005), 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

⁸⁶Información obtenida en la página web de El Comercio: <http://blogs.elcomercio.pe/vidayfuturo/2012/10/conoce-a-invo-un-metodo-de-fer.html>.

⁸⁷Se adjunta en los anexos del presente trabajo en copia.

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”. No precisa el galeno entrevistado, pero se entiende que si el embrión no es normal, es desechado.

2.3. Iniciativas legislativas

Como se ha señalado 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 periodo 2001-2006, la entonces congresista Rosa Florián Cedrón, presentó con fecha 13 de mayo del 2002, el proyecto de ley No. 2830, el mismo que proponía modificar el artículo 5 del Código Civil. Este proyecto proponía prohibir la modificación del genoma, salvo que tenga por finalidad prevenir, disminuir o eliminar enfermedades graves. Prohíbe también manipulaciones genéticas. Así también, establece que los embriones o fetos humanos, sus células, tejidos 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.

Del mencionado proyecto, se puede analizar que su fórmula es demasiado genérico 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 le niño nazca de una mujer que no es genéticamente su madre. 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.

B) Proyecto de Ley 1722/2012-CR

El congresista Tomás Zamudio Briceño, presentó el proyecto de ley en avocamiento, en el que propone “Ley que regula la Reproducción Humana Asistida”, en el que buscaba lo siguiente:

- b.1. 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.
- b.2. Regular las condiciones que deben reunir las personas que desean acceder a las técnicas de reproducción humana asistida.
- b.3. Regular las condiciones que deben reunir los donantes de los gametos.
- b.4. Otorgar anonimato total a estos donantes. Sólo podrá revelarse la identidad de estos en case de grave peligro para la vida o salud del hijo o cuando proceda con arreglo a la leyes procesales penales.

- b.5. Permitir la fecundación de la mujer con los gametos de su cónyuge premuerto.
- b.6. 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.
- b.7. Regular el uso del diagnóstico genético preterintencional 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.
- b.8. Regular la utilización de preembriones con fines de investigación.

Este proyecto de ley, recibió la opinión de las siguientes instituciones:

a) El Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables

Mediante Oficio No. 297-2013-MIMP/SG⁸⁸, de fecha 29 de enero del 2013, suscrito por la Secretaria General, remitiendo 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 del 27 de mayo del 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”, sugiriendo asimismo, “propiciar un espacio

⁸⁸Se anexa copia al presente trabajo.

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”

b) Universidad San Martín de Porres

Con Oficio 001-13-VR-USMP⁸⁹, del 23 de enero del 2013, calificó esta iniciativa como un acierto. Recomienda además que las entidades e instituciones que realicen estas técnicas deban 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.

c) Ministerio Público

Con Oficio No. 316-2013-MP-FN-SEGFN⁹⁰, suscrito por el Secretario General de la Fiscalía de la Nación, remite le Oficio No. 4091-2013-MP-FN-IML/JN, elaborado por el 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 proceso y mientras se ha producido una amplia gama de aplicaciones al bienestar del ser humano también se han incrementado las situaciones con complejos dilemas del tipo bioético”

Precisando una serie de recomendaciones al proyecto de ley:

1. El artículo 1.b) señala que la propuesta tiene por objeto el tratamiento y prevención de enfermedades de origen genético, y en el caso de preembriones deberá contar con una serie de regulaciones en relación a la manipulación genética.

⁸⁹Se anexa copia al presente trabajo.

⁹⁰Se anexa copia al presente trabajo.

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

2. Es necesario incluir técnicas de reproducción humana asistida que se están realizando en la actualidad.
3. Debe mencionar quienes formarán 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-embryones.
5. Con respecto del vientre de alquiler (el negreado es nuestro), 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 decido por los donantes del material biológico.
9. No se pueden generar pre-embryones con fines de investigación, sino que únicamente se podrán utilizar para investigación pre-embryones sobrantes y donados a la institución.
10. Se deben definir las líneas de investigación en forma general para gametos y pre-embryones.

d) Universidad de Piura

Mediante documento de fecha 21 de enero del 2013⁹¹, emitido por el Director del Instituto de Ciencias para la Familia, adjunta un informe elaborado por un equipo de investigadores, los mismos que recomiendan 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.

⁹¹Se anexa copia al presente trabajo

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 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 el derecho de los padres de alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos, ya que permite la concepción de un hijo huérfano de padres antes de ser concebido.
8. La promoción del diagnóstico preimplantacional para la determinación de antígenos de histocompatibilidad de los “pre-embriónes” con fines terapéuticos para terceros, constituye una práctica incompatible con el debido proceso al embrión humano, solo 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 del Ministerio de Salud, esta tendría una responsabilidad muy grande, por lo que se requiere que de 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-embriónes”, la clonación de seres humanos para la investigación con fines terapéuticos.

Sin embargo, a lo mencionado supra, consideran que para la reproducción humana asistida, se deberían tomar en cuenta las siguientes consideraciones:

1. Las técnicas de fecundación asistida deben permitirse exclusivamente a los matrimonios o 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.

e) El Instituto de Medicina Genética

Con documento de fecha 21 de diciembre del 2012⁹², manifiesta su conformidad con todos los artículos del proyecto de ley, excepto del artículo 10⁹³, que considera discriminatorio para aquellas mujeres que carecen de útero o presentan algún defecto anatómico en el mismo.

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 referido congresista 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 esta técnica. Permite asimismo, la maternidad subrogada.

⁹²Cuya copia se anexa al presente trabajo.

⁹³Artículo 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.

Cabe en este acápite, precisar que en la legislación nacional la Ley N° 26842, Ley general de salud en su artículo 7° establece lo siguiente:

Artículo 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 de madre gestante recaiga sobre la misma persona”.

Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos. Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos.

Entonces, si bien no existe una prohibición expresa, ni tampoco se encuentra tipificada como delito la maternidad subrogada; se desprende de acuerdo al artículo 7° arriba mencionado, que la ovodonación⁹⁴, la embriodonación⁹⁵, y la maternidad portadora se encuentran prohibidos, ya que en esos tres casos la madre genética no coincide con la madre gestante.

Ahora bien, en general para el caso de la maternidad sustituta no existe un pronunciamiento en nuestra legislación a pesar que debido a tener un fin ilícito, y atentar contra el orden público y las buenas costumbres, sea a todas luces un acto jurídico ilícito.

⁹⁴ La mujer tiene una deficiencia ovárica, no genera óvulos pero sí puede gestar por lo que necesita una mujer que sólo le ceda óvulos. Es un caso de maternidad parcial. Se produce un caso de trigeneración humana: 1) espermatozoides del marido, 2) óvulo de una mujer cedente y, 3) gestación de la mujer. La madre procreante no es la misma que la gestante.

⁹⁵ El problema es de infertilidad completa de la pareja. La mujer ni genera óvulos ni puede gestar, es decir, hay deficiencia ovárica y uterina y el hombre es infértil por lo que deben buscar un cedente de esperma y una mujer que permita ser fecundada y termine el proceso de gestación. Es un caso especial de procreación humana integral. Se produce un caso de multigeneración humana: 1) El embrión es de una pareja cedente, 2) El marido es infértil, y 3) El embrión es gestado por su mujer. La madre procreante no es la misma que la gestante, a lo que se suma el problema de la paternidad que no le corresponderá al marido.

Es por eso que a estos actos por los cuales la mujer que da a luz al nuevo ser renuncia a sus derechos de madre y entrega al fruto de su gestación a la pareja contratante a cambio de una contraprestación económica, no pueden ser considerados como lícitos y el Derecho debe ejercer el control sobre su aplicación.

Al ser actos cuyo fin es ilícito, no son exigibles pues son actos jurídicos nulos. Es decir mal podría alguna de las partes exigir el cumplimiento de la contraprestación, pero más allá de este hecho, existe de por medio el tema de la filiación, tema delicado y de vital importancia para determinar las relaciones jurídicas de las que formará parte el nuevo ser. Actualmente los actos de maternidad subrogada se vienen realizando y los nacidos bajo estos mal llamados contratos de alquiler de vientre nacen con el inherente problema de no poder determinar su filiación de modo claro, viéndose vulnerado de esta manera su derecho a la identidad, su derecho a conocer el propio origen biológico, y su derecho a la identidad genética. El derecho a la identidad genética es la posibilidad científica de indagar y afirmar la paternidad o maternidad, a través de pruebas biogénicas. Con estos métodos especiales se busca determinar el origen de la huella genética de un sujeto de manera tal que se encuentre su verdadera relación filial.

Cabe preguntarnos entonces, si la madre biológica podría impugnar la maternidad, y si el hijo podría solicitar la investigación de su filiación, determinándose la identidad de la cedente en las técnicas usadas para su procreación.

Negarle al hijo esta posibilidad, significaría discriminación, desprotección a los derechos del menor, que dada su naturaleza se sobreponen a cualquier otro

derecho involucrado, como es el derecho de la privacidad en la identidad del cedente de material genético.

Por lo tanto, partiendo de lo normado por la Ley General de Salud, que prohíbe la ovodonación, la embriodonación, y la maternidad portadora, se debe buscar la protección integral de la procreación como acto natural y biológico, determinándose la maternidad por el hecho del parto, y prohibiéndose la embriodonación.

De esta forma, vemos que el uso de las TERAS no puede ser un uso indiscriminado, se debe reglamentar su aplicación, estableciendo los casos en los que procedería el uso de las TERAS y determinando los requisitos, derechos y obligaciones del cedente de material genético. Protegiendo por sobre todo a la dignidad de la persona, su derecho a la identidad, y su derecho a conocer el propio origen biológico.

LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS EN LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se está abriendo a nuevos temas, la sentencia en el caso *Artavia Murillo y otros contra Costa Rica*⁹⁶, publicada en diciembre del año 2012, marcó un hito en los derechos reproductivos.

1. Antecedentes del caso

En 1995, Costa Rica emitió el Decreto Presidencial 24029-S, norma que autorizaba y regulaba la fecundación in vitro (FIV) con un régimen restrictivo: determinaba que la técnica solo podía realizarse por parejas casadas, prohibía la inseminación de más de seis óvulos, disponía que todos los embriones debían ser depositados en el útero materno y prohibía el congelamiento, preservación o descarte de embriones.

Ese mismo año se interpuso una acción de inconstitucionalidad contra el Decreto Ejecutivo utilizando diversos alegatos sobre la violación del derecho a la vida. En el año 2000, el 15 de marzo específicamente, la Sala Constitucional de la Suprema Corte de Justicia de Costa Rica, emitió la sentencia en el proceso por la que se anuló el Decreto. La sentencia, al reconocer personalidad jurídica al embrión, estableció que la fecundación in vitro, tal y era practicada, implicaba una elevada pérdida de embriones, directamente causada por la manipulación consciente y voluntaria de células reproductoras.

En la medida en que el pronunciamiento del máximo órgano de control constitucional era irrecurrible, se interpusieron dos peticiones ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). La primera fue interpuesta por Gerardo Trejos Salas, invocando la violación de los derechos humanos de un grupo de parejas⁹⁷ que

⁹⁶Corte IDH. Caso *Artavia Murillo y otros (fertilización in vitro) vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 28 de noviembre del 2012. Serie C, No. 257.

⁹⁷Ana Victoria Sánchez Villalobos, Fernando Salazar Portilla, Gretel Artavia Murillo, Miguel Mejía Carballo, Andrea Bianchi Bruno, Germán Alberto Moreno Valencia, Ana Cristina Castillo León, Enrique Acuña Cartín, y otros.

padecían una situación de infertilidad o esterilidad y que se vieron afectados (as) con la sentencia de la Sala Constitucional de la Suprema Corte de Justicia de Costa Rica. En la argumentación jurídica se invocó la vulneración de la prohibición general de discriminación y del derecho a la igualdad ante la ley (artículos 1 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos- CADH), así como del derecho a la integridad (artículo 5 de la CADH) y del derecho a la salud (artículo 10 del protocolo de San Salvador). Se invocó también el derecho a la protección de la familia (artículo 17 de la CADH), y la prohibición de injerencias arbitrarias y abusivas de la vida privada y familiar (artículo 11.2 de la CADH). Así mismo se cuestionó la personalidad jurídica del embrión conforme fue establecida en la referida sentencia y se señaló que, aun cuando existía protección legal para el embrión, esta no es absoluta y está condicionada a su nacimiento con vida. Complementariamente el peticionario alegó que el derecho a la vida es relativo y que, aunque se trate de un derecho fundamental, está sujeto a limitaciones cuando se contraponen a la tutela de otros derechos fundamentales.

En su informe de admisibilidad⁹⁸, la Comisión Interamericana declaró admisible la denuncia en cuanto a las supuestas violaciones de las obligaciones reconocidas en los artículos 01 (obligación de respetar derechos), 02 (deber de adoptar disposiciones de derecho interno) de la CADH con relación a los derechos a la vida privada y familiar (artículo 11), a fundar una familia (artículo 17) y a la igualdad ante la ley (artículo 24).

La CIDH declaró que la sentencia de la Sala Constitucional de la suprema Corte de Justicia de Costa Rica violó el derecho de las víctimas a estar libres de injerencias arbitrarias en la vida privada (artículo 11.2), su derecho a fundar una familia (artículo

⁹⁸CIDH, Informe No. 25/04. Admisibilidad. Petición 12.361, Ana Victoria Sánchez Villalobos y otros vs. Costa Rica, 11 de marzo del 2004.

17.2) y su derecho a la igualdad ante la ley (artículo 24). En sus recomendaciones instó al Estado a encontrar medidas proporcionales para permitir la técnica en cuestión, de forma que se concilien los derechos actualmente vulnerados por la prohibición con el interés legítimo del Estado de proteger el bien jurídico de la vida.

2. Sentencia de la corte

La corte IDH consideró, por cinco votos a favor y uno en contra, que el Estado de Costa Rica fue responsable por la vulneración de los artículos 5.1, 7, 11.2, y 17.2, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, respecto de las víctimas del caso. A continuación se presentan los principales argumentos de la sentencia.

a) Las excepciones preliminares

Costa Rica alegó tres excepciones preliminares. La *primera* estuvo referida a la falta de *agotamiento de recursos internos* por dos razones: i) que la sentencia de su Sala Constitucional no prohibió la fertilización in vitro, sino solo una modalidad de la técnica, lo que la Corte consideró como un aspecto de fondo, y ii) que era posible interponer en la vía interna un recurso de amparo contra la sentencia de inconstitucionalidad, lo que fue desestimado por la Corte porque, conforme a la Ley de jurisdicción constitucional de ese país, las sentencias, autos y providencias de la Sala Constitucional son irrecurribles.

La *segunda* excepción fue referida a la *extemporaneidad* de la petición de una pareja que presentó su petición, luego de seis meses de emitida la sentencia que puso fin a la vía interna.

La *tercera* excepción estuvo referida a que la Corte era incompetente para conocer hechos no incluidos en la demanda referidos a la exposición mediática de las víctimas.

b) El derecho a la vida privada y familiar

La Corte recuerda que el artículo 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos requiere la protección estatal de los individuos frente a las acciones arbitrarias de las instituciones estatales que afectan la vida privada y familiar (numeral 142), y que el ámbito de protección del derecho a la vida privada ha sido interpretado en términos amplios más allá del derecho a la privacidad pues abarca una serie de factores relacionados con la dignidad del individuo, incluyendo por ejemplo, la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir sus propias relaciones personales, de modo que la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye, en el presente caso, la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico (numeral 143).

Recalca que el derecho a la vida privada se relaciona con: a) la autonomía reproductiva, y b) el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho, por lo que la protección a la vida privada incluye el respeto de las decisiones tanto de convertirse en padre o madre biológico o genético.

La Corte destaca que el derecho de los artículos 11.2 y 17.2 de la CADH guarda relación con el de acceder a la tecnología médica necesaria, íntimamente ligado al goce de los beneficios del progreso científico, derecho contemplado en el artículo XIII de la Declaración Americana. Conforme a la regla de interpretación de la CADH, el derecho a la vida privada y familiar se extiende al derecho de toda persona a beneficiarse del progreso científico y de sus aplicaciones, por lo que se deriva el derecho a acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva, y, en consecuencia, la prohibición de restricciones

desproporcionadas e innecesarias de iure o de facto para ejercer las decisiones reproductivas que correspondan en cada persona.

b.1. El derecho a la libertad personal

La Corte reconoce que el derecho a la vida privada y familiar se vincula a la autonomía reproductiva, componente ligado a la libertad (Art. 07 de la CADH). Este artículo fue alegado por los representantes de las víctimas.

Tradicionalmente, no se ha interpretado los alcances del artículo en mención de forma amplia para proteger la posibilidad de autodeterminación, sino solamente la libertad de movimiento o libertad física. En esta sentencia, se señala que este artículo incluye un concepto de libertad en un sentido extenso “como la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda personas de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones”.

b.2. El derecho a la vida, en general, a partir del momento de la concepción.

En este caso, la Corte IDH ha hecho una interpretación del artículo 4.1 de la CADH con relación a la protección de la vida en general a partir del momento de la concepción. Aunque en todo el trámite ante el sistema no se consideró que el derecho a la vida fuera uno de los derechos materia de análisis, era ineludible el debate acerca de sus implicancias para la resolución del caso pues el Estado de Costa Rica argumentó que el artículo que nos avoca, exigía una

protección absoluta del embrión y con ello, defendió la posición asumida por la Sala Constitucional de su Suprema Corte de Justicia. La sala, al reconocer personalidad jurídica al embrión, estableció que la fecundación in vitro, tal y como era practicada en la época, implicaba una elevada pérdida de embriones directamente causada por una manipulación consciente y voluntaria.

Para su labor, la Corte IDH observó los principios interpretativos i) de conformidad con el sentido corriente de los términos; ii) la interpretación sistemática e histórica; iii) la interpretación evolutiva, y iv) la interpretación conforme del objeto y fin del tratado. Luego de un extenso desarrollo argumentativo en cada uno de estos aspectos (numerales 174-263), la corte señaló lo que, en adelante, para todo el Sistema Interamericano, en razón de su condición de intérprete último de la CADH, constituye la adecuada lectura de la norma convencional:

“264. La Corte ha utilizado los diversos métodos de interpretación, los cuales han llevado a resultados coincidentes en el sentido de que el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana. Asimismo, luego de un análisis de las bases científicas disponibles, la Corte concluyó que la concepción en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación

del artículo 4 de la Convención. Además, es posible concluir que la protección del derecho a la vida no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general”.

Queda claro entonces que la norma de la Convención Americana permite un adecuado balance entre derechos e intereses en conflicto, de modo que es incorrecto alegar la protección absoluta del embrión anulando otros derechos (numeral 263).

b.3. El impacto discriminatorio de la medida

Para el Tribunal este es un caso de discriminación indirecta: “El principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación determina que los Estados deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos “, señala la Corte IDH, que define la discriminación indirecta como aquella que “implica que una norma o práctica aparentemente neutra, tiene repercusiones particulares negativas en una persona o grupo con unas características determinadas” (numeral 286).

En ese caso, la Corte analizó *discriminación indirecta* en razón de la condición de discapacidad. Sin señalar explícitamente que la infertilidad es una discapacidad, pero tomando en cuenta que en tanto “la discapacidad no se define exclusivamente por la presencia

de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, sino que se interrelaciona con las barreras o limitaciones que socialmente existen para que las personas puedan ejercer sus derechos de manera efectiva” (numeral 291); entonces concluyó que “las personas con infertilidad en Costa Rica, al enfrentar las barreras por la decisión de la Sala Constitucional, debían considerarse protegidas por los derechos de las personas con discapacidad, que incluyen el derecho de acceder a las técnicas necesarias para resolver problemas de salud reproductiva” (numeral 293). Para la Corte IDH, dicha condición demandaba una atención especial para que se desarrolle la autonomía privada.

Además, en el caso estuvo presente la discriminación indirecta por género en tanto la prohibición produjo entre hombres y mujeres “impactos desproporcionados diferenciados por la existencia de estereotipos y prejuicios en la sociedad”⁹⁹. Respecto de las mujeres, la Corte señaló, siguiendo a la Organización Mundial de la Salud, que dado que la feminidad es definida muchas veces en función de la maternidad entonces se exagera el sufrimiento personal de la mujer infecunda.

Destaca el Tribunal también que “si bien la infertilidad puede afectar a hombres y mujeres, la utilización de las tecnologías de reproducción asistida se relaciona especialmente con el cuerpo de las mujeres”, pues en ellas se realizan los tratamientos que se interrumpieron con la sentencia (numerales 299-300).

⁹⁹ Numeral 294 de la Sentencia.

Respecto de los hombres, la Corte reconoció también el impacto de los estereotipos de género, los hombres la discapacidad fértil les ocasiona un fuerte sentimiento de impotencia y como resultado un cuestionamiento de su identidad de género. El ocultamiento social de su disfunción fértil suele ser estrategia defensiva por el temor a la burla y el cuestionamiento de otros hombres.

La Corte acentúa que los estereotipos de género son incompatibles con el derecho internacional de los derechos humanos y se deben tomar medidas para erradicarlos.

Se consideró, por último, discriminación indirecta en razón de la situación económica, respecto de quienes no contaban con recursos para practicarse en tratamiento del FIV en el extranjero, pues muchas parejas si tuvieron la posibilidad de viajar a Panamá o España para acceder a la técnica porque podían pagarlo.

b.4. Proporcionalidad de la restricción

La Corte IDH consideró que la vulneración en los derechos de las mujeres y hombres afectados (as) por la prohibición de la FIV fue grave:

“314 (...) 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. Asimismo, la interferencia tuvo un

impacto diferenciado en las presuntas víctimas por su situación de discapacidad, los estereotipos de género y, frente a algunas de las presuntas víctimas, por su situación económica”.

Por el contrario, la protección del embrión que se buscaba a través de la prohibición de la FIV tiene un alcance muy limitado y moderado porque tanto en el proceso de embarazo natural como en la técnica de inseminación artificial hay pérdidas embrionarias.

“315. 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. La Corte resalta que el embrión, antes de la implantación no está comprendido en los términos del artículo 4 de la Convención y recuerda el principio de protección gradual e incremental de la vida prenatal.

316. Por tanto la Corte concluye que la Sala Constitucional partió de una protección absoluta del embrión que, al no ponderar ni tener en cuenta los otros derechos en conflicto, implicó una arbitraria y excesiva intervención en la vida privada y familiar que hizo desproporcionada la interferencia”.

En tanto que en la ponderación del test de proporcionalidad se prohíbe que una afectación intensa de la libertad o de otro derecho fundamental sea correlativa tan solo a una protección mínima o leve de otro derecho o bien jurídico.

C. Las implicancias jurídicas internacionales

Esta interpretación de la Corte Interamericana es relevante para el caso peruano. En el Perú “las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”¹⁰⁰, y el contenido de los derechos constitucionales debe interpretarse “de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados en los que el Perú es parte”¹⁰¹. Esta es la línea del dominado control difuso de convencionalidad que se extiende a todos los jueces nacionales que tiene como deber no solo analizar la compatibilidad de las normas con sus constituciones, sino con la Convención Americana, sus protocolos adicionales, otros tratados del sistema y la jurisprudencia de la Corte Interamericana, aunque el Estado no haya sido parte en el proceso.

La vinculatoriedad de las sentencias de la CIDH no se agota en su parte resolutive, sino que se extiende a su fundamentación o ratio decidendi, con el agregado de que por imperio de la Constitución y del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, en dicho ámbito la sentencia resulta vinculante para todo poder público nacional, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso.

Lo expuesto desde luego, no alude a una relación de jerarquización formalizada entre los tribunales internacionales de derechos humanos y los tribunales internos, sino a una relación de cooperación en la interpretación pro homine de

¹⁰⁰ Constitución Política del Perú, cuarta Disposición Final y Transitoria.

¹⁰¹ Código Procesal Constitucional, artículo V del Título Preliminar.

los derechos fundamentales. No puede olvidarse que el artículo 29.b de la Convención proscribe a todo tribunal, incluyendo a la propia Corte, “limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados”. Ello significa, por ejemplo, que los derechos reconocidos en el ordenamiento interno y la interpretación optimizadora que de ellos realice la jurisprudencia de este Tribunal, también es de observancia de la Corte.

Los derechos reconocidos en los tratados sobre derechos humanos y su respectiva interpretación por los tribunales internacionales, son por así decirlo, un punto de partida, un referente mínimo, en cuyo desarrollo se encuentra expedita la facultad de los Estados de ampliar su ámbito normativo, sea sumando derechos nuevos inspirados en la dignidad humana, o acompañando a los ya previstos de manifestaciones que impliquen una garantía adicional en su eficacia, esto es en la proyección del derecho jurídicamente reconocido a la realidad concreta.

CAPÍTULO IV

CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

En este estadio someteremos a comprobar las hipótesis al problema planteado; por lo que argumentativamente demostraremos porque se vulneran los derechos fundamentales de la mujer y el concebido al aplicar las técnicas de reproducción humana asistida, ello en concordancia con lo ya precisado anteriormente.

1. Derechos fundamentales afectados a las mujeres

A) Riesgos a la salud física-Derecho a la vida

Siguiendo el pensamiento de 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 constituye un suceso, originario o irreversible, con el cual el hombre se encuentra consigo mismo; solamente después puede hablarse de la necesidad de existir”¹⁰².

El máximo intérprete de la Constitución, en relación con el artículo 1° ha señalado 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 existencia de vida física de un titular al cual puedan serle reconocidos tales derechos”*¹⁰³.

¹⁰²ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Derecho de las personas. Lima-2006, Editorial Rhodas. P. 195.

¹⁰³ Exp. No. 2016-2004-AA/TC.

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 del 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”¹⁰⁴.

De lo analizado, podemos ultimar que el riesgo de perder la vida a la que se encuentran propensas las mujeres, surgen por complicaciones que éstas puedan tener durante el embarazo, el parto y el período postparto (como preeclampsia y eclampsia, infecciones del tracto urinario, incontinencia urinaria de esfuerzo, hemorroides, diabetes gestacional, hemorragia y embolia pulmonar), el alquiler de vientre incorpora también las problemáticas de que en la gran mayoría de los casos, por el nivel de vulnerabilidad económica, educativa y social de la gestante, no es informada del tipo de riesgos de salud existentes.

Las dificultades que presentan son muchas y de diversa índole. Algunas de las más preocupantes es que la gestante recibe, inyecciones de estrógeno y de progesterona a fin de que su útero se encuentre en condiciones para la implantación de los embriones sin conocer qué son estas sustancias, qué pueden provocar en su organismo o los posibles efectos secundarios que pudieran derivarse de su administración.

¹⁰⁴ STC No. 2945-2003-AA/TC.

Por otro lado, en países como Estados Unidos no pueden ser colocados más de dos embriones en las gestantes contratadas; en otros, como la India o México, comúnmente son colocados más de tres embriones para elevar las posibilidades de embarazo, aunque con ello se incrementen también los riesgos de salud tanto para el bebé como para la gestante, pues es sabido que un embarazo múltiple aumenta la probabilidad de complicaciones durante el embarazo y el parto.

Por último, problemas como parto prematuro, malformaciones genéticas e infecciones son problemáticas presentes que no escapan a la explotación de mujeres con fines reproductivos.

De lo acotado, se evidencia que la reproducción humana asistida se encuentra aparentemente a favor de la vida, pero en la práctica se demuestra lo contrario, pues coloca en peligro inminente no sólo del concebido sino de la madre gestante.

B) Derecho a la dignidad

El derecho a la dignidad no se encuentra contemplado explícitamente en el código civil y mucho menos en la norma penal, 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 Ruíz –Giménez Cortés citado por Bustamante Alarcón, Reynaldo¹⁰⁵, existen cuatro dimensiones de la dignidad:

¹⁰⁵Derechos Fundamentales y Derecho Justo. Primera Edición. Lima. Ara Editores. P.p. 58 y 59

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

Al respecto, precisa 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”*¹⁰⁶.

Es justamente esta dignidad la que justifica y fundamenta los demás derechos fundamentales, pues como señala Alegre 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”¹⁰⁷. Es por eso que la Constitución en su artículo 3º garantiza el reconocimiento y defensa de otros derechos fundamentales que no se encuentran contenidos en la enumeración del

¹⁰⁶FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. La Constitución comentada. Gaceta Jurídica. Lima, vol. I. p. 46.

¹⁰⁷ALEGRE MARTÍNEZ, Miguel Ángel. La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español. España. Universidad de León. P. 81.

artículo 2º del mismo cuerpo normativo, siempre que se basen, entre otros, en la dignidad del hombre; 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.

C) Derecho a la salud psicológica

Las madres de alquiler como producto de usar y tirar.

El derecho a la integridad, reconocida en el artículo 2º numeral 1 de la Constitución, establece que 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 pudieras devenir perjudiciales al organismo humano”¹⁰⁸

Durante el embarazo, el contacto entre la madre de alquiler y los padres que la han contratado se hace estrecho y todo son atenciones. Pero una vez que el procedimiento jurídico ha terminado y el contrato concluye, la pareja contratante desaparece y la madre de alquiler se convierte en un elemento innecesario, molesto y amortizado, en términos de mercado, y siente todo el peso de la explotación, de la separación del bebé, de la cosificación del embarazo y de los intereses creados de una transacción comercial que implicaba a personas completas y no a productos de compra-venta.

¹⁰⁸MARTÍNEZ CALCERRADA, Luis. Derecho médico. Madrid. Tecnos 1986, vol. I. p. 442.

Se desconoce el vínculo materno filial que comienza desde el momento de la concepción por lo que las acciones de la madre tienen una directa influencia sobre su hijo y viceversa. Aunque durante todo el embarazo se desarrolla una relación que genera lazos excepcionales, a partir del quinto mes la comunicación madre-feto se fortalece a través de los movimientos que la madre percibe de éste.

Es una relación basada en una comunicación recíproca donde el feto percibe las sensaciones de la madre y responde hacia ellas de forma proporcional a sus percepciones.

La relación de la madre con su hijo, dentro de los comportamientos sociales y emocionales, tienen un lugar específico de acción: *el cerebro social*, que une las estructuras de los hemisferios cerebrales. Esta unión posibilita la acción cerebral vinculada con los estímulos elementales en las relaciones sociales. Es decir, la experiencia que vive la madre con su hijo genera un tipo de actividad específica en el cerebro social por parte de la madre. La técnica de neuroimagen antes mencionada tiene como evidencia que la madre, al ver una foto de su hijo de pocos meses, hace que se enciendan áreas del sistema cognitivo-afectivo.

Todos estos procesos físicos, bioquímicos y emocionales tan complejos consolidan vínculos muy estrechos entre la madre y el hijo. Por supuesto, tales procesos escapan a las especificaciones contenidas en cualquier tipo de contrato o acuerdo como los que se generan en la explotación de mujeres con fines reproductivos. Asimismo, es imposible anticipar las emociones asociadas a la renuncia del bebé después de haberlo gestado durante nueve meses. Es por esto que algunas clínicas de subrogación

someten a las gestantes a periodos de terapia psicológica donde se intenta “suprimir” el vínculo que *de facto* se desarrolla. Lo que se busca en realidad es que la gestante corte, olvide, suprima o bloquee toda clase de vínculo hacia el hijo, desconociendo las posibles afectaciones tanto en ella como en el bebé.

A diferencia de procesos como la adopción, donde el objetivo central es la restitución de lo que el menor ha perdido (los vínculos físicos, bioquímicos, emocionales, que pudieron haberse generado con un padre y una madre biológicos), el alquiler de vientres está centrada en la voluntad de los solicitantes quienes buscan, desde un inicio, “desvincular” al bebé y a la gestante.

Es claro que el desarrollo científico de los últimos años ha mostrado la profundidad del vínculo madre-hijo y aunque es amplio aún el terreno por descubrir, hoy más que nunca sabemos el tipo de procesos que se generan durante el embarazo y que debemos tener presentes en temas como la explotación de mujeres con fines reproductivos.

Así, nuestra máxima norma interna 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, ideológica, 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.

2. Derechos fundamentales afectados al concebido

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 razón merecerá una protección especial, es titular de derechos personales y sujeto en todo cuanto le favorece.

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.

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.

Las estadísticas varían de acuerdo al país y el tiempo de experiencia en la aplicación de las técnicas, en Estados Unidos, se logra 600 nacimientos por 10,000 intentos de fecundación, es decir, tiene una tasa de éxito del 6%.¹⁰⁹

Tenemos, que un grupo de justifican la técnica señalada, aduciendo 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 hechos 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”¹¹⁰

El derecho del embrión también se ve afectado por el procedimiento de congelamiento del mismo, para después ser congelados y ser sometidos a una “liquidación de alcohol”, es decir, su destrucción mediante sumergimiento en alcohol. Destrucción que son efectuados sin mayor miramientos ni pudor, por lo que, un mismo procedimiento, supuestamente destinado a permitir la vida, atenta directamente contra ella, generando una nueva modalidad impune, de infanticidio.

Así, el legislador español ha intentado también limitar la crioconservación de embriones, estableciendo la Ley 45/2003 que el tratamiento deberá evitar generación de preembriones supernumerarios.

¹⁰⁹ Información obtenida en web: <http://es.catholic.net/sexualidadybioetica/347/1647.articulo.php?id=26927>.

¹¹⁰ RODRÍGUEZ LUÑO Y LÓPEZ MONDEJAR. La fecundación in vitro. Madrid. Ediciones La Palabra. 1986. Pp. 113 y 114, cit. Por Navarro Del Valle, Hermes. Derecho a la vida y la inconstitucionalidad de la fecundación in vitro. San José de Costa Rica. Ediciones Promesa. P. 78.

Más riguroso es el Decreto No. 24029-S de Costa Rica, que prohíbe en su artículo 10 el uso de la crioconservación.

B) Afectación del derecho a la dignidad: Los niños convertidos en producto comercial con control de calidad.

La crioconservación de embriones es un procedimiento claramente atentatorio a la dignidad del embrión, pues éste ostenta similar naturaleza que cualquiera de nosotros, y el tener diferente forma, o ser claramente inferior (en capacidades, o naturaleza) no lo hace menos ser humano.

Al respecto cabe precisar, la sentencia emitida por el 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 subrogada, en el Exp. 183515-2006-00113, 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) reproducción con fines de investigación y; 4) cese de su conservación sin otro fin; y aparándose 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”.

Cuando se ha invertido una gran cantidad de dinero en la compra de algún producto, evidentemente las expectativas respecto a su calidad, son muy altas. Las parejas que recurren a los vientres de alquiler, suelen ser parejas acomodadas y que ya han gastado una cantidad considerable de dinero en técnicas de reproducción asistida. En una transacción económica de semejantes términos, las expectativas son altas e incluso se llega a asumir que no sólo se tiene derecho a recibir el bebé sino que además que éste ha de tener unas características concretas y unas ciertas garantías de éxito social y personal.

Así, los procesos de selección de las madres de alquiler incluyen un sinnúmero de pruebas y requisitos personales para garantizar esa “calidad” de los óvulos y del vientre que llevará a su futuro hijo, que pueden incluir la selección del sexo o de la raza.

Los niños nacidos a través del medio de alquiler de vientre con gametos de proveedores anónimos o no anónimos, informa que la confusión sobre su identidad, la falta de información y la “culpa” de no parecerse en nada a sus padres (sin saber la razón), presentan un panorama estremecedor para los hijos concebidos por estas técnicas.

Por otro lado, el aspecto psicológico en los niños nacidos por gestación contractual es complejo y se vuelve más complicado en la medida que aumenta el número de “padres” involucrados y hay gametos de terceros, sea sólo el óvulo o también el espermatozoide. Los expertos han insistido en la importancia de los lazos que se crean entre la madre y el

hijo durante el embarazo y su importancia en el futuro desarrollo de hijo. Así pues, cabe presuponer que un embarazo considerado como un negocio y la relación con un hijo al que se renuncia de antemano y al que se considera como un producto y una fuente de ingresos, pueda afectar al correcto desarrollo psicológico del niño, más aún cuando sepa cuál es su origen.

C) Interés Superior del Niño.

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

El principio materia de avocamiento, ha sido reconocido internacionalmente desde 1989, gracias al a Convención sobre los Derecho 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.

Señala Evelia Castro Avilés¹¹¹ 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.

Por lo que, puede decirse, que son derechos que permiten ejercer otros derechos y resolver conflictos entre derechos igualmente reconocidos, e inspirar las decisiones de las autoridades, pese a poseer esta un carácter imperativo hacia las autoridades, en ese sentido se reconoce a este como un principio garantista.

Es preciso e interesante indicar, que en el debate suscitado en los Estados Unidos no sólo dentro del Parlamento Norteamericano, sino también con los grupos feministas del citado país, Susan Markens¹¹²relata 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”¹¹³reconoció que la madre tiene derecho a hacer con su cuerpo lo que ella elija.

¹¹¹CASTRO 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/Interés Superior del Niño.pdf](http://www.usmp.edu.pe/derecho/instituto/revista/articulos/Interés%20Superior%20del%20Niño.pdf).

¹¹²MARKENS, Susan. Surrogate Mother hood and the politics of reproduction. New Life Ecobook. California-Estados Unidos 2007. P. 50.

¹¹³La 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 arreglado por el

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; por lo que, es realmente el niño que está allí el que está protegido por la legislación.

Presento esta pequeña referencia de lo que sucedió en Estados Unidos pues trae consigo un problema 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 mi interés por el debate que acabo de presentar .

D) Complicaciones imprevistas: Cuando el bebé se convierte en el producto no deseado de una transacción económica

Se han dado ya casos en los que el bebé presentaba malformaciones o no era del sexo “adecuado” y han sido rechazados por los padres contratantes o han exigido que fuese abortado. Así, en el mes de agosto de 2014, una pareja homosexual de australianos dejó abandonado en Tailandia un bebé nacido con síndrome de Down, pero se llevaron a su gemela que nació sana. La madre de alquiler se quedó con el bebé enfermo, a pesar de su situación económica, y

Centro de Infertilidad de Nueva York, la Sra. Whitehead accedió a que en el mejor interés del niño, no desarrollará ni intentará desarrollar una relación padre-hijo (...) y dejaría libremente la custodia a para William Stern, padre natural, inmediatamente después del nacimiento del niño. A pesar de los 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 válida y ejecutable, terminó con los derechos maternos de la Sra. Whitehead y otorgó la custodia exclusiva 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 confirmó la concesión de la custodia al padre natural, y anuló la finalización de los derechos de la madre natural y requirió al tribunal inferior que determinara los términos de la visita de la madre natural al niño.

solicitó que se le devolviese a la niña sana, pero se le denegó y la niña se ha quedado con los dos hombres que la compraron¹¹⁴

Puede darse también la paradoja de un bebé con dos madres, pero del que nadie quiere hacerse cargo. Cuando un bebé es fruto de una compra-venta, y por el que además se ha pagado una elevada suma de dinero, parece que lo esperable, y por tanto exigible, es que el bebé objeto del contrato tenga una garantía de calidad o que se pueda devolver si uno no queda satisfecho.

¹¹⁴ En <http://www.profesionalesetica.org/2015/02/abolicion-de-los-vientres-en-tailandia-un-triunfo-de-los-derechos-humanos-universales/>

CAPÍTULO V

PROPUESTA DE SOLUCIÓN

A lo largo del presente trabajo, se ha demostrado la imposibilidad de congeniar las técnicas de reproducción humana asistida con la protección del derecho a la vida, dignidad, salud e integridad física del concebido y de las mujeres que acceden a estos métodos. 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 (la realidad nos brinda a diario ejemplos de esta dramática situación), sino sin historia genética conocida (hay que recordar el anonimato de donante de gametos), con el consiguiente daño psicológico que ello supone. Todo ello sin contar, que hasta la fecha no se saben los efectos secundarios que estas técnicas podrían acarrear y que elegir las características que deseas que tenga tu futuro hijo es una auténtica vulneración a la dignidad humana.

Es por esas razones que 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.

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 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; presento 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 deben contemplarse como mínimo para que sea un proyecto que regule convenientemente el tema. Estos criterios son:

1. Estatus del embrión

Se reconoce al embrión 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.

2. 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.

3. Fecundación y transferencia embrionaria

Inicialmente nuestra postura era la de prohibir las técnicas de reproducción humana asistida extrauterinas con la finalidad de evitar la afectación de los derechos del embrión y de algunas mujeres 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 menos agresivos para los intervinientes en el proceso, por lo cual planteamos que podrán fertilizarse un máximo de dos óvulos por tratamiento médico, los mismos que deberán ser implantados inmediatamente en la mujer, evitando el descarte de embriones y su crioconservación. Asimismo, podrán acceder a estas técnicas de reproducción aquellas parejas que se encuentren formalmente estables, contando para ello con un registro actualizado interconectado con las instituciones públicas y privadas para el señalamiento del caso, existiendo previo a ello los trámites administrativos respectivos, con apercibimiento de ejercer las acciones legales respectivas.

Es cierto que se podría objetar que las tasas de éxito de la fecundación son mínimas cuando se transfieren únicamente dos embriones a la mujer y que el costo del procedimiento es muy alto, pero 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.

4. Crioconservación

Se propone 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 ya 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 al proceso.

5. Intervinientes

Teniendo en consideración que traer un niño al mundo no es un capricho personal, por ende, no puede ser un objetivo para lograr la realización personal, como si se tratara de la compra de una casa, de un 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 considero que las técnicas de reproducción humana asistida deben realizarse únicamente en mujer casada o conviviente con más de dos años de convivencia debidamente acreditados; debiendo la pareja ser mayores de edad. Debiéndose permitirse la fecundación homóloga.

Para llevar a cabo la fecundación asistida, debe mediar el consentimiento de ambos miembros de la pareja, y el galeno que lo ejecute debe ser colegiado, ginecólogo y especialista en genética.

6. Derecho a la identidad

A pesar de lo dispuesto en el apartado precedente, es posible que en la práctica se den situaciones de maternidad subrogada o de fecundación heteróloga. En estos casos se sancionará 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 representante 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.

7. Derecho a la información

Ambos miembros de la pareja deben ser informados, tanto por escrito como 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 otro tema que ellos consideren oportuno conocer.

8. Modificación del artículo 153° del Código Penal

Así tenemos que el Artículo 153° del Código Penal, establece:

“El que promueve, favorece, financia o facilita la captación, transporte, traslado, acogida, recepción o retención de otro, en el territorio de la República o para su salida o entrada del país, recurriendo a: la violencia, la amenaza u otras formas de coacción, la privación de la libertad, el fraude el engaño, el abuso del poder o de una situación de vulnerabilidad, o la concesión o la recepción de pagos o beneficios, con fines de explotación, venta de niños, para que ejerza la prostitución, someterlo a esclavitud sexual, u otras formas de explotación sexual, obligarlo a mendigar, a realizar trabajos o servicios forzados, a la servidumbre a la esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud u otras formas de explotación laboral, o extracción o tráfico de órganos o tejidos humanos, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años”.

Considero que este artículo, debe modificarse de la siguiente manera:

“El que promueve, favorece, financia o facilita la captación, transporte, traslado, acogida, recepción o retención de otro, en el territorio de la República o para su salida o entrada del país, recurriendo a: la violencia, la amenaza u otras formas de coacción, la privación de la libertad, el fraude el engaño, el abuso del poder o de una situación de vulnerabilidad, o la concesión o la recepción de pagos o beneficios, con fines de explotación, venta de niños, para que ejerza la prostitución, someterlo a esclavitud sexual, u otras formas de explotación sexual, obligarlo a mendigar, a realizar trabajos o servicios forzados, a la servidumbre a la esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud u otras formas de explotación laboral, o extracción o tráfico de órganos o tejidos humanos, **alquiler de vientres**, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años”.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Conclusiones

1. De todo lo expresado en el presente estudio, y de ello no nos cabe duda alguna, es que la persona humana, es merecedora de la protección y amparo del Derecho, lo es desde el momento mismo de la concepción, esto es, desde el mismo instante en que se une la célula sexual masculina con el óvulo o gameto femenino y, es desde ese mismo momento que el nuevo ser es acreedor a que se respete su vida, se le reconozca su derecho fundamental a vivir y se le trate dignamente como persona humana que ya es.
2. No es deseable que las normas jurídicas sean absolutamente limitativas en cuanto anulen por completo la posibilidad de avance en la investigación, puesto que sería un retroceso en la misma actividad humana, contrario a la finalidad misma de una regulación. Es necesario, por el contrario potenciar un avance constante en la investigación, por ello es importante el papel del Derecho ante los avances científicos en este campo, ya que debe entrar a una regulación que concilie plenamente la dignidad de la persona humana, la libertad de investigación científica y la solidaridad entre los hombres. En el futuro se vislumbran problemas tanto o más complejos que los enunciados, debido a los grandes avances en el campo de la experimentación biomédica y frente a los cuales el Derecho deberá adoptar determinaciones para regular las nuevas situaciones con normas que sean coherentes con lo ya expresado y con los valores humanos fundamentales que hemos mencionado, especialmente en cuanto debe necesariamente velar por el respeto y protección de los derechos esenciales de la persona en toda su dignidad, los que le pertenecen desde el instante mismo en que se produce la gestación de un nuevo ser humano.

3. Se ha podido determinar que el alquiler de vientre, no se encuentra tipificado en la norma sustantiva penal, denotándose de ello el poco interés por parte del Estado sobre la dignidad de las mujeres y concebidos pues son tratados como productos comerciales, presentándose así implicancias y/o consecuencias jurídicas de ámbito penal que no pueden ser resueltos por los actores jurídicos.

Recomendaciones

De carácter teórico

1. Se deben realizar estudios jurídicos de Derecho Penal, para la modificación del artículo 153° del Código Penal, en el cual se incluya como verbo rector para la configuración del delito de Trata de Personas al alquiler de vientre, conforme a propuesta de modificación penal que se plantea para su estudio y análisis.
2. Sugerimos adoptar una serie de criterios que deben tenerse en cuenta al momento de legislar, respecto al tema que nos ocupa, como son:
 - 2.1. Prohibirse la maternidad subrogada
 - 2.2. El embrión in vitro debe tener el mismo status jurídico de aquél que está por nacer.
 - 2.3. Sólo debe permitirse la fecundación y transferencia embrionaria de dos embriones en el mismo ciclo.
 - 2.4. 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.
 - 2.5. Ambos miembros de la pareja tendrán derecho a recibir información por escrito y de manera oral respecto a la técnica a aplicar.

De carácter práctico

1. Se debe realizar capacitaciones a los integrantes del área de salud, llámese a médicos, enfermeras y cualquier persona del área asistencial, sobre los temas de reproducción humana asistida, y sus consecuencias jurídicas.
2. Más presencia del Estado a través del Ministerio de Salud, sobre los temas de alquiler de vientre y reproducción humana asistida.
3. Implementación en los Puestos de Salud, Policía a través de comisarías, puestos móviles rurales, del Ministerio Público por medio de los fiscales como titulares de la acción penal; dotados de apoyo logístico para la difusión sobre el delito de trata de personas , la reproducción humana asistida y el alquiler de vientre.

ANÁLISIS, DISCUSIÓN Y EXPLICACIÓN

1. La tecnología que rodea las técnicas de reproducción asistida y en general el campo de la genética, crece sin cesar. Los límites geográficos de los países de todo el mundo ya no constituyen ningún obstáculo para el avance científico y el intercambio de información de los centros de investigación más importantes se hace con una velocidad vertiginosa, razón por la cual el derecho debe encontrarse a la vanguardia de los avances científicos.
2. A pesar de los esfuerzos realizados, pocos países han logrado un consenso interno que se traduzca en una legislación o una política nacional coherente. Al revisar las regulaciones y disposiciones vigentes en diversos países, así como las recomendaciones de comités y organismos internacionales, se comprueba que existen aspectos comunes en lo que respecta a la utilización de las técnicas actuales.

Estos son:

- El acceso a éstas técnicas debe estar limitado a parejas heterosexuales casadas legalmente, o que mantengan una unión estable.
- Las instituciones y el personal médico que ofrecen estos servicios deben estar sujetos a supervisión y regulación sanitaria.
- La paternidad y la maternidad deben estar determinadas por leyes que rijan para todos los nacimientos logrados mediante estas técnicas.
- Las historias clínicas y la información deben conservarse con carácter confidencial.
- Previamente debe obtenerse el consentimiento de los participantes

- Las agencias o intermediarios para la subrogación deben estar prohibidas.
 - Prohibición absoluta de la manipulación genética por técnicas extremas de ingeniería genética (clonaje, creación de quimeras partenogénesis, fertilización entre especies y otras).
3. De todo esto se desprende que, a la hora de establecer leyes y regulaciones que definan la política interna en materia de reproducción, cada Estado debe velar por que éstas no atenten o interfieran con la libertad y los derechos humanos básicos. Para esto han quedado determinados varios principios, independientemente de las variaciones políticas, culturales y religiosas, que pudieran servir de base a futuras regulaciones o acuerdos de carácter internacional, y que se resumen en:
1. El respeto por la dignidad humana.
 2. La seguridad del material genético.
 3. La calidad de los servicios brindados.
 4. La inviolabilidad de la persona.
 5. La inalienabilidad del cuerpo humano.

Los tres primeros constituyen mecanismos de protección de la persona, mientras que los restantes son un medio para asegurar el control sobre la libertad personal y científica, así como el respeto a la dignidad humana que es en sí el origen de todos los derechos humanos fundamentales.

LISTA DE REFERENCIAS

- Alegre Martínez, Miguel Ángel. La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español. España. Universidad de León, p. 81.
- Boza Dibos, Beatriz, “Los adelantos de la ciencia y la permeabilidad del Derecho. Reflexiones en torno a la reproducción humana asistida”. En Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 1991, No. 45, p. 72.
- Blázquez, Javier. “La nueva genética ante la privacidad, la dignidad y la discriminación” en Bioética y bioderecho: Reflexiones jurídicas ante los retos bioéticos, Comares, Navarra, 2008, p. 159.
- Braulio J. Zavaleta Velarle, “Derecho de Personas”, Publicaciones “Juventud” 3ra. Edición–Trujillo.
- Carbonei, Miguel. “*La Interpretación de los Derechos Fundamentales*” en Ius et Praxis. 1Lima: Palestra Editores, 2009, p. 166.
- Cárdenas Quiroz, Carlos “Fecundación extracorpórea, protección jurídica del embrión y reforma del Código Civil del Perú”. En: Ius et Veritas. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima 1998, No. 17, p. 196.
- Castillo, José. Derecho Penal: parte especial I, Grijley, Lima, 2008, p. 942.
- Castillo Córdova, Luis: “La Interpretación iusfundamental en el marco de la persona como inicio y fin del derecho”; Pautas para interpretar la Constitución y los Derechos Fundamentales, Gaceta Jurídica diciembre del 2009, p. 36.
- Castillo Córdova, Luis ¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales?, en cuestiones constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional. 2005, No. 12, p. 110.
- Casini, C. “II dibattito in bioética: la ragioni del non voto”, Medicina e Morale, 2005, 2, pp. 409-422; Rivista de teología morale.
- Catalano, Pierangelo. “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.
- Ciccone, Lino. Bioética: historia, principios, cuestiones. Ediciones Palabra, Madrid 2005, p. 79.
- Cofre Sirvent, Jorge, “Reproducción Asistida y Constitución”. En: Teoría y Realidad Constitucional. UNED, México 2001, No. 7, p. 344.

Coll, julio. *Bebés medicina: cuestiones científico-éticas de la selección de embriones*, Ediciones Palabra, Madrid, 2006, p. 57.

Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales. Editorial Heliasta SRL, p. 139.

Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales. Editorial Heliasta SRL, p. 491.

Espinoza Espinoza, Juan. *Derecho de las personas*. Lima-2006, Editorial Rhodas, p. 195.

Fernández, Carlos. *Los 25 años del Código Civil Peruano del 1984*, Motivensa, Lima, 2009, p. 217.

Fernández Sessarego, Carlos. “Nuevas Tendencias en el Derecho de las Personas”. Universidad de Lima. Lima, 1990, p. 67.

Fernández Sessarego, Carlos. *Derecho en las personas. Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Primero del Código Civil Peruano*, Cuarta Edición. Lima: Cultura Cuzco S.A. Editores, 1992, p. 30.

Fernández Sessarego, Carlos. *La Constitución comentada*. Gaceta Jurídica. Lima, vol I, p. 46.

Figuerola, Gonzalo. “El comienzo de la vida humana: el embrión como persona y como sujeto de derechos” en *Bioética y Derecho*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2003, p. 286.

Germán Zurriaraín, Roberto. *Técnicas de reproducción humana asistida: determinación legal de la filiación y usuarias en el Derecho comparado*. Cuadernos de bioética, vol. XXII, núm. 02. Mayo-agosto del 2011. Asociación Española de Bioética y Ética.

González, Ana Marta. *En busca de la naturaleza perdida: estudios de bioética fundamental*, Ediciones Universidad de Navarra, 2000, p. 122.

Guevara Pezo, Víctor. *Persona Natural*. 3ª ed. Lima: Gaceta Jurídica, 2004, p.87.

Guevara Pezo, Víctor. *Persona Natural*. 3ª ed. Lima: Gaceta Jurídica, 2004, p. 88

Lafferriere, Jorge, “El derecho ante las nuevas cuestiones de la bioética” en *Bioética y Persona: Escuela de Elio Sgreccia*, Editorial de la Universidad Católica de Argentina, Buenos Aires, 2008, p. 174.

Lejeune, Jerome, cit. Por SANZ ÁLVAREZ, Jaime Enrique. *Fecundación Asistida*. Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá, 2002, pp. 170, 171.

Martínez Calcerrada, Luis. *Derecho médico*. Madrid. Tecnos 1986, vol I. p. 442.

Markens, Susan. *Surrogate Motherhood and the politics of reproduction*. New Life Ecobook. California-Estados Unidos, 2007, p. 50.

Méndez, María. Los principios jurídicos en las relaciones de familia, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2006, p. 207.

Noriega Hoces, Luis “Fertilización Asistida. Una esperanza de vida”. En Seijas Rengifo, Teresa de Jesús. Estudios sobre los aspectos jurídicos de la biotecnología reproductiva humana en el Perú. Editorial San Marcos. Lima 1998, p. 103.

Piña, Roxana Gabriela “Las técnicas de fecundación asistida, ¿dieron lugar a la aparición de un nuevo sujeto de derechos? El embrión humano y su relación con bienes jurídicos dignos de protección penal”. En: Revista Latinoamericana de Derecho. Rubinzal-Culzoni editores México 2004, año I, No. 2, p. 251.

Ramos Núñez, Carlos. 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.

Rodríguez Luño y López Mondejar. La fecundación in vitro. Madrid. Ediciones La Palabra. 1986. Pp. 113 y 114, cit. Por Navarro Del Valle, Hermes. Derecho a la vida y la inconstitucionalidad de la fecundación in vitro. San José de Costa Rica. Ediciones Promesa, p. 78.

Rubio Correa, Marcial. El ser humano como persona natural. Fondo Editorial 1992 de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, p. 18.

Rubio Correa, Marcial. *El ser humano como persona natural*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. 1992, p. 16.

Rubio Correa, Marcial, Estudio de la Constitución de 1993. p. 251.

Rubio, marcial. Las reglas del amor en probetas de laboratorio: Reproducción humana asistida y derecho. Eunsa, Lima, 1996, p. 15.

Ruíz –Giménez Cortés citado por Bustamante Alarcón, Reynaldo. Derechos Fundamentales y Derecho Justo. Primera Edición. Lima. Ara Editores, pp. 58 y 59

Rodríguez - Cadilla Ponce, María del Rosario. Derecho Genético. Técnicas de Reproducción Humana Asistida, su trascendencia jurídica en el Perú. Editorial San Marcos. Lima: 1997, p. 23.

Salvador D. Bergel; Hinyerki, Nelly. “Bioética y Derecho”. Rubinzal-Culzoni editores. Buenos Aires. 2003, p. 289.

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

Siverino, Paula. ¿Quién llamó a la cigüeña? Maternidad impugnada e identidad genética, en Diálogo con la jurisprudencia, No. 141, Gaceta Jurídica, Lima, p. 151.

Sosa, Juan. “Prohíben al Ministerio de Salud distribuir la píldora del día siguiente por poner en riesgo la vida del concebido” en Diálogo con la Jurisprudencia, No. 15, Gaceta Jurídica, Lima, 2009, p. 86.

Spaemann, Robert. *Personas: acerca de la distinción entre “algo” y “alguien”*, Ediciones Universidad de Navarra, 2000, p. 100.

Spota, Alberto G. *Tratado de Derecho Civil*. Tomo I, Volumen 3, editorial Depalma, Buenos Aires, 1949, p. 49.

Varsi Rospigliosi, Enrique. *Derecho Genético. Principios Generales*. Editora Normas Legales. Trujillo 1995, p. 62,63.

Varsi Rospigliosi, Enrique. *Derecho y Manipulación Genética*. Universidad de Lima. Fondo de Desarrollo Editorial. Lima: 1996, p. 49.

Varsi Rospigliosi, Enrique. “Derecho Genético”. 4ta edición. Grijley-Lima: 2001, p. 100.

REVISTAS Y DIARIOS

El Peruano. Cas. No. 3702-2000-Moquegua, 01-10-2011 p. 7783.

MOCTEZUMA BARRAGÁN, Gonzalo. “La reproducción asistida en México. Un enfoque multidisciplinario”. En: Cuadernos del núcleo de estudios interdisciplinarios en salud y derechos humanos. Universidad Nacional Autónoma de México.

Revista Latinoamericana de Derecho. Rubinzal-Culzoni editores México 2004, año I. No. 2, p. 251.

Revista Jurídica del Perú No. 97, Normas Legales-STC del 02 de agosto del 2007. (Casación No. 1486-2007-Cajamarca). Lima. 2009.

Actualidad Jurídica-Gaceta Jurídica. STC del 04 de agosto del 2006. (Expediente No. 4972-20006-PA/TC). No. 197. Lima 2010.

Gaceta Constitucional-Gaceta Jurídica. STC del 16 de octubre del 2009. (expediente No. 02005-2009-PA/TC). No. 28. Lima 2010.

Sentencia del Tribunal Constitucional No. 7435-2006-PC/TC.

Jornal Brasileiro de Reprodução Assistida. 2012. Vol.16, No, 2. P. 321.

PAGINAS WEB

<http://ruc.ude.es/dspce/bitstream/2183/2521/1/AD-11-41-pdf>.

<http://es.catholic.net/sexualidadybioetica/347/1647.articulo.php?id=2692>

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/Interés Superior del Niño.pdf](http://www.usmp.edu.pe/derecho/instituto/revista/articulos/Interés_Superior_del_Niño.pdf).

Centro de fertilidad procrear. “Infertilidad afecta a más de un millón de peruanas”, disponible en http://www.procrear.com.pe/articulos_1.php.

El Comercio: http://blogs.elcomercio.pe/vidayfuturo/2012/10/conoce_a_invo_un_metodo-de-fer.html.

Fernández, Carlos ¿Qué es ser “persona” para el derecho?, 2002. Obtenido en: http://www.pucp.edu.pe/dike/biblioteca_deautor_carlos_fernandez-cesareo/articulos. Ley de protección de los embriones, del 13 de diciembre de 1990. En: <http://www.revistapersona.com>.

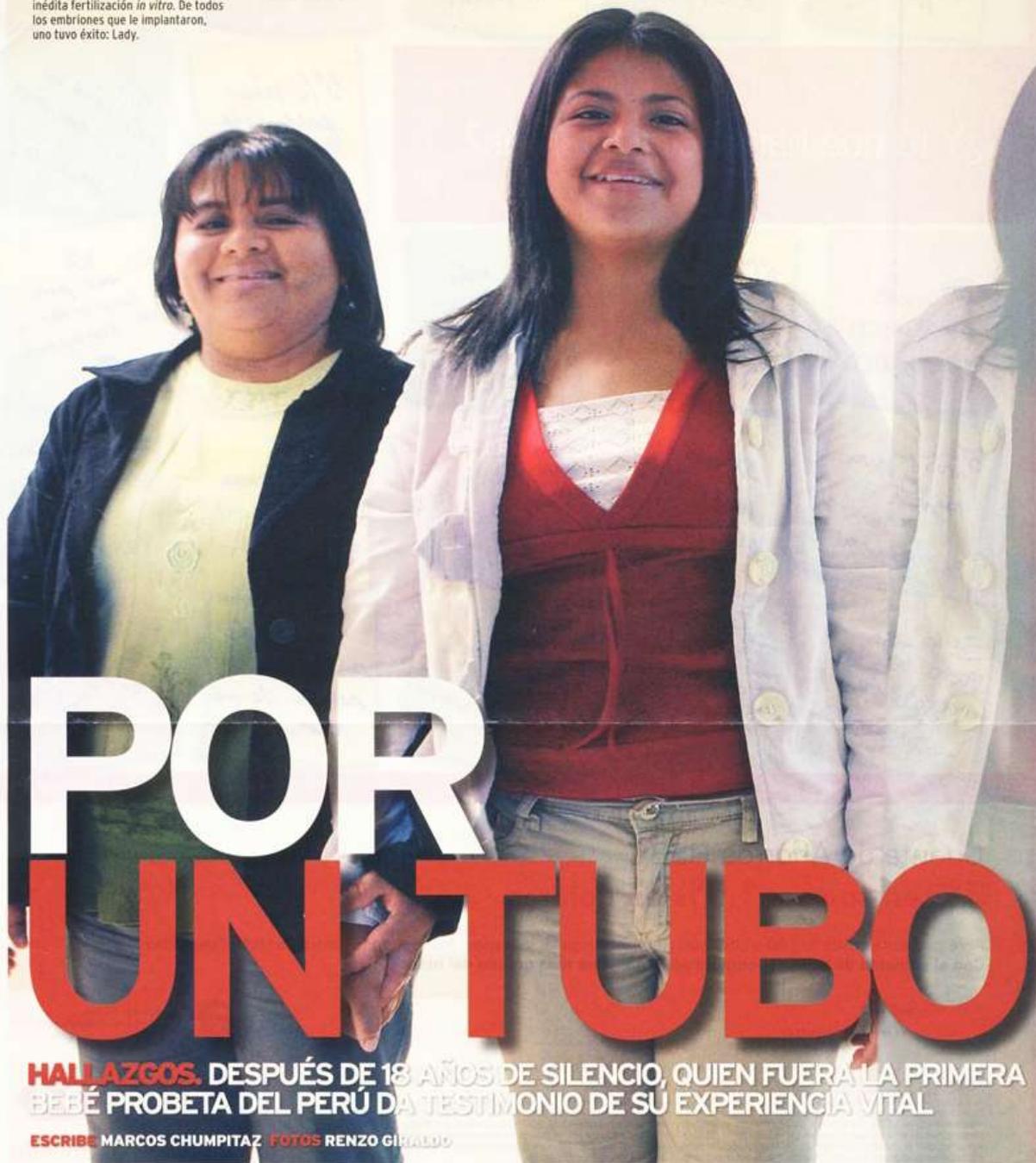
Sánchez, Rosa. Protección jurídica de la vida Pre Natal, con especial relevancia en el Derecho Constitucional Español, 2009, obtenido en <http://www.bioeticaweb.com>. STC del 20 de abril del 2006. (Expediente No. 2273-2005-PHC/TC). Obtenido en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/02273-2005-HC>.

STC del 29 de octubre del 2009. (Expediente No. 00065-2008-PA/TC): obtenido en http://www.tc.gob.pe/tcaldia/magistrado_vergara/00065-2008-AA.

http://www.academia.edu/6754585/PontificiaUniversidad_Católica_del_Perú_escuela_de_postgrado_los_derechos_del_embrión_in_vitro_frente_a_la_paternidad._Ilegitimidad_de_las_técnicas_de_reproducción_asistidaextrauterinas_Tesis_para_optar_por_el_Grado_de_Magister.

ANEXOS

»Embarazo en vidrio. La historia de Jovita y Lady, madre e hija, marcó un antes y un después en la historia de la reproducción peruana. A los 22 años, Jovita se sometió a la entonces inédita fertilización *in vitro*. De todos los embriones que le implantaron, uno tuvo éxito: Lady.



POR UN TUBO

HALLAZGOS. DESPUÉS DE 18 AÑOS DE SILENCIO, QUIEN FUERA LA PRIMERA BEBÉ PROBETA DEL PERÚ DA TESTIMONIO DE SU EXPERIENCIA VITAL

ESCRIBE MARCOS CHUMPITAZ FOTOS RENZO GIRALDO



+ Su nombre por sí mismo no dice nada. Pero su nacimiento fue considerado un triunfo de la medicina reproductiva en el Perú. Lady Peña Huayta fue la primera bebé probeta nacida en el país. Ahora tiene 18 años y vive en Huacho. Su hallazgo coincide con los 30 años de Louise Brown, la primera niña que vino al mundo gracias a la fertilización *in vitro* (FIV), una técnica que continúa ayudando a millones de parejas infértiles a conseguir la tan ansiada paternidad.

uando la comida escasea y la violencia abunda, lo menos que uno piensa es en tener un hijo. Pero eso no ocurrió con Jovita Huayta. Era 1989 y medio Perú andaba ahorcado con la inflación, los apogones y Sendero Luminoso. Y mientras el pueblo, cual Zavallita, el personaje de Mario Vargas Llosa en *CONVERSACIÓN EN LA CATEDRAL*, se preguntaba en qué momento se había "jodido" el Perú, a Jovita solo le preocupaba una cosa: quedar embarazada.

Tras cuatro años de infructuosos intentos por concebir de forma natural, Jovita y su esposo Eladio Peña, habían perdido todas las ilusiones. Por alguna razón, Jovita, que tenía entonces 22 años, no podía concebir como lo hacían las demás mujeres en Caldera, un caserío cerca de Huacho, donde vive hasta hoy. Eso le trajo problemas. "Mi esposo discutía conmigo, se molestaba porque no le podía dar un hijo. Yo me daba cuenta que él ya se estaba aburriendo. Siempre salíamos con ganas de llorar del hospital, al ver a las parejas cargando un niño".

La esperanza llegó en mayo de ese año con un fuerte dolor en el vientre. Cuando fue a atenderse a una clínica de Huacho, uno de los médicos le habló del doc-

tor Luis Noriega, un ginecólogo que estaba iniciando una técnica de fertilidad asistida que había logrado tener éxito en otras partes del mundo. El nombre le sonó raro: fertilización *in vitro* (FIV).

COMIENZO DE LA ILUSIÓN

Apresurada, la pareja cogió sus maletas y viajó 149 kilómetros para intentar someterse a este novedoso tratamiento que consistía en fundir los espermatozoides y los óvulos fuera del cuerpo, para luego transferirlos al útero materno. Ya en Lima, los médicos dieron con el motivo de su esterilidad: Jovita no podía concebir porque tenía "obstruido" el útero debido a la tuberculosis que padecía. La enfermedad había mermado su sistema reproductivo casi en su totalidad: el útero, sus trompas y los ovarios. Con ese diagnóstico, las posibilidades de quedar embarazada eran muy bajas, "casi nulas". El doctor Noriega se negó en un principio a hacerle el tratamiento, pero la insistencia de la mujer terminó por convencerlo. "Ella daba por seguro que iba a quedar embarazada, pese a su estado de salud. Me dijo que yo no era nadie para negarle su derecho a ser madre", recuerda el médico que hoy dirige

SOMOS | 29



Historia clínica

Algunos de los hitos locales en la evolución de la fertilidad asistida.

1990 Nace Lady Peña, primer bebé probeta peruano.

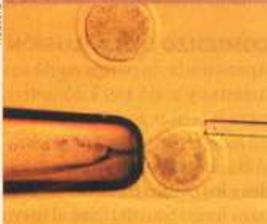
AP



1992 Primer banco de semen.

1998 Comienza a usarse la técnica ICSI que consiste en inyectar directamente un espermatozoide en el óvulo.

Reuters



2000 La criopreservación de ovocitos se utiliza por primera vez.

2004 Aparece en el Perú el Diagnóstico Genético Preimplantacional (PGD), para detectar enfermedades hereditarias en el embrión.

2008 Comienza la vitrificación de embriones y óvulos. Asimismo, se practica por primera vez la Fragmentación del ADN Espermático, para detectar lesiones o roturas en el material genético del espermatozoide.

30 | SOMOS



>Pioneros. Los médicos Luis Noriega y Ladislao Prazac son los dos orgullosos "padres" que dieron vida a la primera bebé probeta del Perú. Ambos inauguraron la primera clínica peruana de fertilidad en 1988.

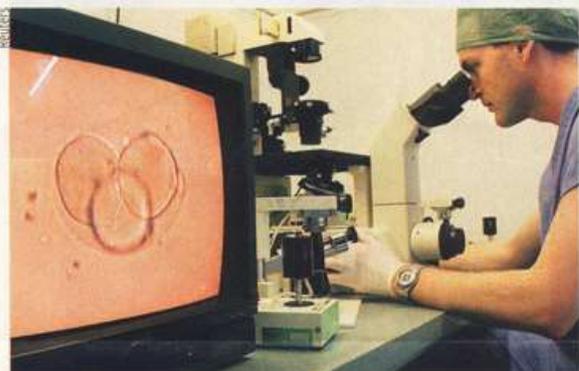
el grupo de fertilidad Pranor.

Tras varias pruebas y un intensivo tratamiento hormonal, se le extrajeron algunos óvulos que fueron fecundados en laboratorio con el espermatozoide de su esposo. A pesar de que la técnica ya tenía por entonces 11 años de creada, continuaba siendo riesgosa: había dolor, exigía muchos análisis y un reposo largo. Para entonces no había medios de cultivos especializados como los de ahora que permiten alimentar el embrión hasta el quinto día de desarrollo. Las incubadoras eran obsoletas y los microscopios veían 80 a 100 veces menos de lo que ven ahora. "Muchas cosas tenían que hacerse al azar", señala Noriega. "La tecnología no nos permitía albergar muchas posibilidades de éxito, apenas un 10%. El objetivo era lograr un ambiente similar al ambiente materno para que crezca el embrión y se transfiera a la madre".

JUGADA DE LABORATORIO

Jovita fue implantada con embriones fertilizados *in vitro* junto a otras 19 mujeres que formaron la primera serie de procedimientos de este tipo que se realizaba en el país. Sin embargo, de todas ellas, Jovita fue la única en quedar embarazada. La noticia la recibió

Reuters



>Debate. Si bien la fertilización *in vitro* ya es aceptada por muchos, la controversia sigue en torno a cuantos embriones se deben transferir a la madre y el congelamiento de óvulos jóvenes para ser utilizados posteriormente.

el 18 de julio de 1989, fecha en que se conmemora el primer embarazo exitoso por fertilización *in vitro* que llegó a concretarse en un nacimiento (el de Lady).

Ella nació de parto natural un 19 de abril de 1990 a las 6:37 de la tarde. Pesó 3 kilos con 127 gramos y midió 48.5 centímetros. Su nacimiento marcó un antes y un después en la fertilidad asistida en el Perú. Con Lady, la reproducción en el país dejó de ser un hecho derivado exclusivamente de las relaciones sexuales. "Eso ya no hacía falta para concebir", indica Luis Noriega. "El deseo

de tener un hijo es tan poderoso que a muchos no les importa usar óvulos donados o espermatozoides de bancos de semen. Si tú a una mujer estéril le dices que camine sin zapatos sobre candela y le aseguras que así quedará embarazada, estoy seguro que lo hará. Ese deseo fue lo que animó a Jovita a arriesgarse".

Antes de Lady, varios médicos se acreditaban la autoría de embarazos *in vitro* similares. Lo que no contaban es que muchas veces esas gestaciones no llegaban a buen puerto y duraban apenas unas semanas. Incluso, una



»Madre solo hay una. Jovita Huayta (42) llegó desde Huacho con la esperanza de concebir. Sin proponérselo, se convirtió en la primera mujer peruana en salir embarazada exitosamente con la fertilización *in vitro* (FIV).

noticia publicada en EL COMERCIO en enero de 1990 anunciaba que el primer bebé probeta peruano había nacido, en una "clínica local", el 27 de febrero de 1989, "mediante una operación cesárea". Poco después se supo que la madre de este bebé había recibido su tratamiento de fertilización en Colombia y no en el Perú, como se había anunciado.

PROEZA MÉDICA

La hazaña del grupo Pranor fue validada y sustentada al poco tiempo en el Colegio Médico del Perú y en la Sociedad Peruana de Ginecología y Obstetricia. Ese año, los médicos ganaron el premio nacional "Profesor Doctor Eduardo Valdivia Ponce", por su trabajo "Fertilización Asistida con Procedimientos de Alta Complejidad", otorgado en el X Congreso Peruano de Obstetricia y Ginecología. "Eso le dio la validez a una especialidad que aún estaba en pañales en el Perú", acota Noriega quien alcanzó este reconocimiento junto con el doctor Ladislao Prazak y el biólogo Guillermo Llerena.

Cabe indicar que los doctores peruanos recibieron la asesoría de un grupo de expertos argentinos en fertilidad, miembros de la famosa Clínica Fecunditas. "Ellos nos ayudaron a gatear en estos primeros procedimientos". Ahora, luego de 19 años, Noriega dice sentirse orgulloso de haber superado a sus "maestros". "Estamos muy avanzados

PARA SORPRESA DE LOS MEDICOS QUE HICIERON POSIBLE SU NACIMIENTO, LADY YA TIENE UN HIJO DE AÑO Y MEDIO QUE VINO AL MUNDO DE FORMA NATURAL, SIN AYUDA DE LA CIENCIA.

respecto a otros países. Incluso aquí se hacen realizan procedimientos que en muchas partes de Estados Unidos no se hacen".

La fertilización *in vitro* se hizo célebre en todo el mundo el 25 de julio de 1978 tras el nacimiento de Louise Brown, la primera bebé probeta del mundo, en la localidad británica de Bristol. Los doctores Robert Edwards y Patrick Steptoe fueron los médicos que hicieron posible este primer parto concebido en un laboratorio.

ROMPIENDO UN TABÚ

Hoy en día la FIV es un tratamiento normal y corriente, pero hace 19 años cuando se inició en el Perú, había muchas dudas. Mucha gente estaba en contra porque pensaba que no era un proceso éticamente aceptable. De hecho, el mismo año que nació Lady, una red internacional de mujeres, Finrrage, inició una

campaña en contra de tecnologías como la FIV, acusada de "manipular la vida" y de ser nociva para la salud de la mujer. El hecho coincidió con la publicación del libro *MOTHER MACHINA*, de la periodista Gena Corea, que aseguraba que las mujeres que se sometían a la reproducción artificial salían "traumatizadas" e invadidas "en su más profunda intimidad". Eso sin contar con la Iglesia Católica que prohíbe hasta hoy esta técnica por ser antinatural.

"Nos criticaron mucho en esa época", recuerda Noriega. "Decían que éramos asesinos, que matábamos embriones y que nos creíamos dioses por jugar con la naturaleza. Sin embargo, eso no nos amilanó. Para nosotros, la ciencia no es buena ni mala, sino que depende del uso que le demos. A la señora Brown, jamás le preguntaron si era feliz o no con su hija, sino que la criticaron por haber hecho eso. Actualmente hay millones de seres humanos que han nacido por técnicas de reproducción. Apuesto a que esa gente que dice estar en contra jamás ha preguntado a estos padres lo que sintieron cuando vieron nacer a su hijo".

EMOCIONES COMPARTIDAS

A diferencia del nacimiento de Louise Brown, la llegada de Lady Peña no ocupó las primeras planas de los periódicos ni causó revuelo o asombro pese a su significado en términos médicos. Podría decirse que pasó totalmente desapercibida. Curiosamente, un día después, la prensa se ocupó del nacimiento de otra niña huachana, tanto o más fascinante que Lady: una "bebé hermafrodita" (*El Comercio*, 20 de abril 1990). Este silencio también fue alimentado por la propia madre de Lady que prefirió mantener el anonimato durante este tiempo. En 1993 algunos periodistas se interesaron en su caso, pero doña Jovita se resistió. Luego de 19 años de su embarazo, esta es la primera vez que da una entrevista.

Lady Peña (18) se reunió la semana pasada con el doctor Luis Noriega, su "segundo padre", quien la ayudó a nacer en 1989.



►Probeta global. Desde 1978, tres millones de personas han nacido gracias a la fertilización *in vitro*. En el Perú, cada año se practican unos tres mil tratamientos de este tipo.



El estado de la cuestión

La fertilización *in vitro* y los debates actuales

Cada año, alrededor de tres mil mujeres se someten a tratamientos de fertilidad asistida en el Perú y más de la mitad llega a tener hijos. Desde 1989, año en que se inició la era de la fertilidad asistida en el país, más de 8 mil niños han nacido por estas técnicas, aunque no hay registros exactos.

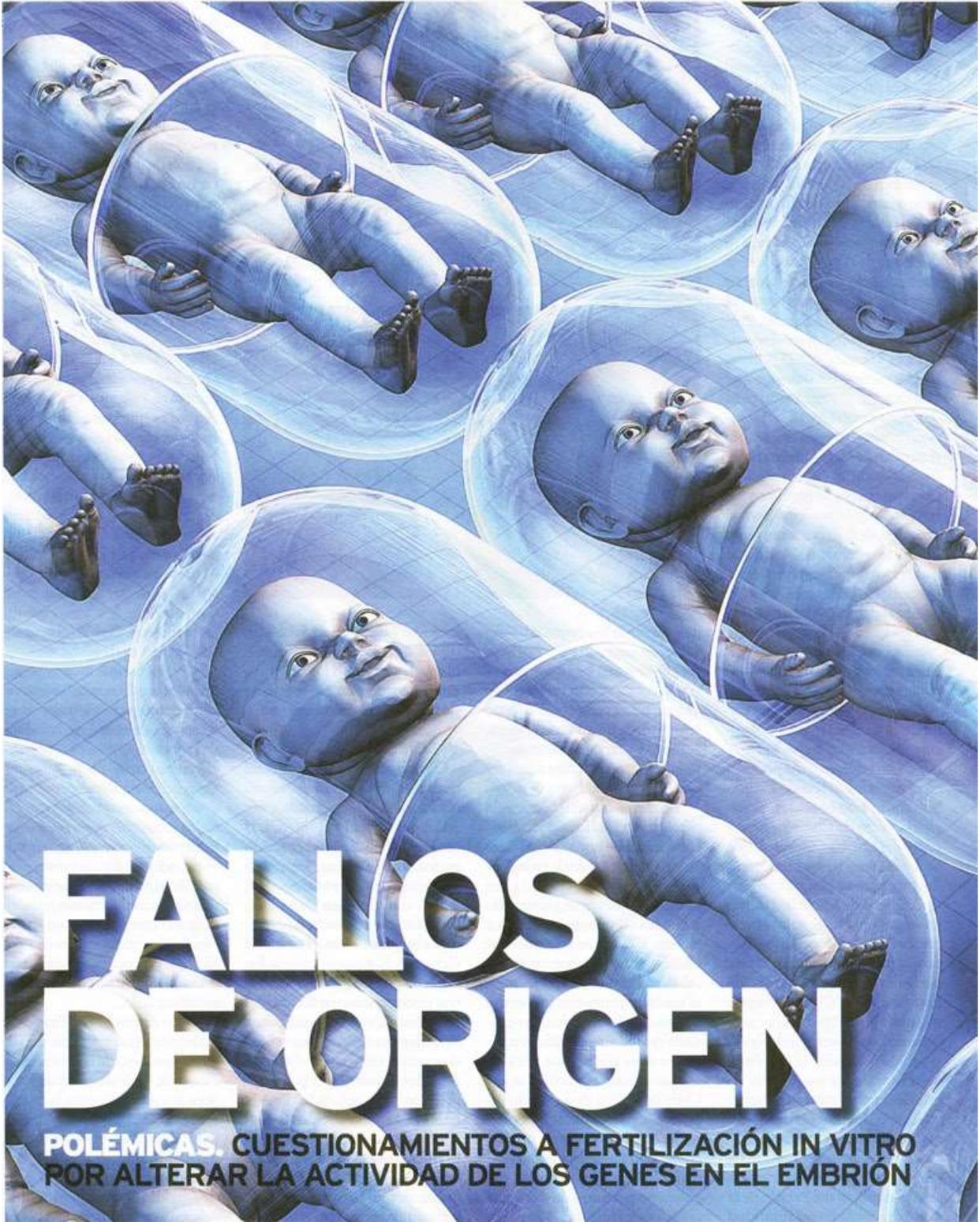
Hoy son pocos los que se oponen a la fertilización *in vitro*, salvo por cuestiones religiosas. Ahora los debates giran en torno al número de embriones a transferir, para no generar embarazos múltiples que pongan en riesgo la vida de la madre; al congelamiento de

óvulos de mujeres jóvenes, usado como un seguro de fertilidad, y, sobre todo, a la clonación de seres humanos, al diseño de bebés con características deseables (ojos azules pelo rubio, por ejemplo) o de un sexo determinado. "Sin embargo, la tecnología está permitiendo cerrar esas brechas", dice Noriega. "Gracias a las técnicas de genómica comparada, los médicos pueden evaluar si el óvulo y el espermatozoide son sanos. Ya no se necesitará evaluar a los embriones y, por tanto, los dilemas éticos y religiosos serán menores".

Para sorpresa de los médicos que colaboraron en su nacimiento, Lady ya tiene un hijo de año y medio llamado Carles. "Pensé que iba a tener el mismo problema que mi mamá, pero no. Mi hijo nació de forma natural, sin ayuda de la ciencia". No se siente una chica especial, aunque sí muy afortunada. Vive orgullosa de todo el esfuerzo que hizo su madre para tenerla. "Mi mamá es mi mamá. Así hubiera sido adoptada, o si fui concebida en una probeta, ella sigue siendo mi madre y la quiero". El doctor Noriega no pudo ocultar su emoción al ver su esfuerzo de tantos años convertido en una joven sana, feliz y ahora madre. Sabe que Lady es una chica única, por lo que significó para la reproducción en el Perú.

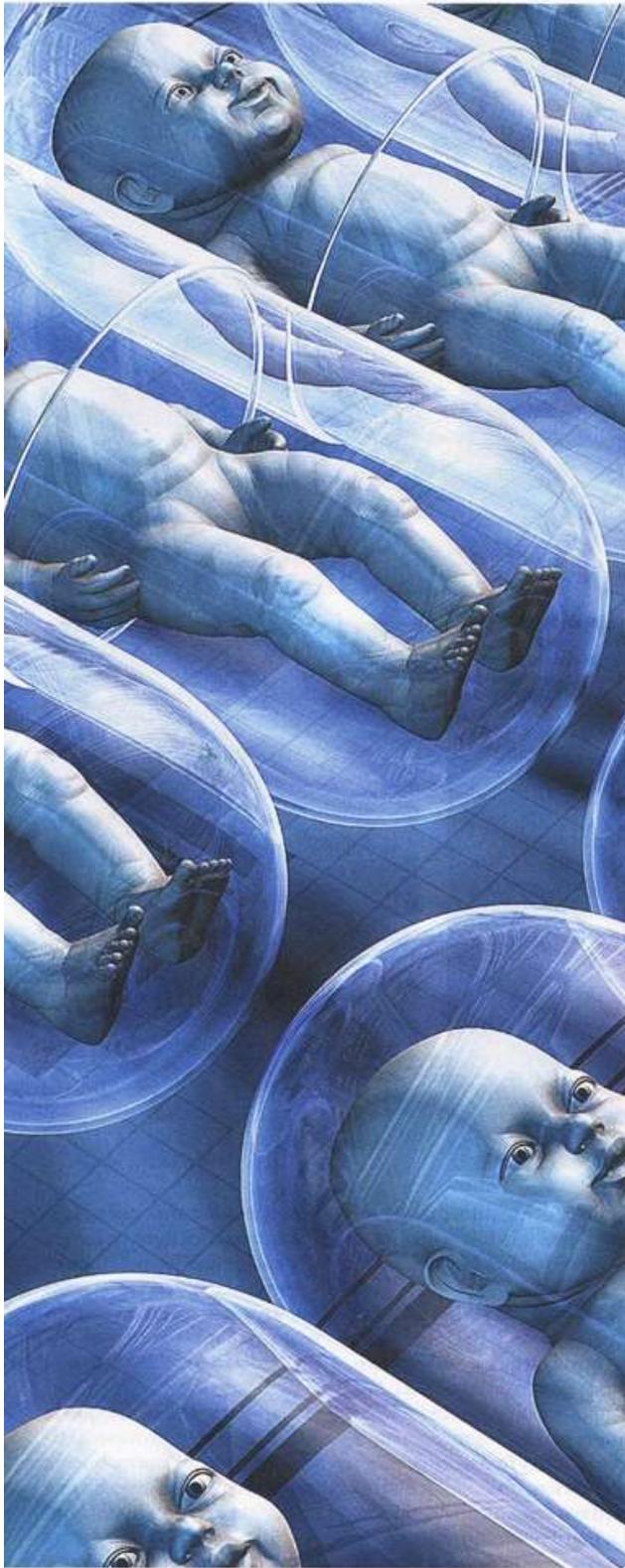
"Más que un anhelo de convertirme en un pionero de la fertilidad asistida en el Perú, gané más mi determinación de ayudar a las parejas infértiles. Lady quedará en mi memoria para siempre", acota. Sin embargo, dice que su verdadera misión recién comienza. Ahora lucha porque la FIV pueda ser financiada por el gobierno, y llegue de forma masiva, en especial a las parejas pobres. Si bien su clínica ya llega a los conos y algunas provincias, los procedimientos continúan siendo caros y a veces resultan un lujo para muchas parejas que viven en carne propia el dolor de no poder tener hijos.

"Es injusto que se tenga que pagar tanto como si la esterilidad no fuera una enfermedad", señala. "Pero eso va a cambiar. Estamos dominando tanto la tecnología que los costos seguirán reduciéndose. Pero igual, necesitamos el apoyo del Minsa y del seguro social, para que se declare a la infertilidad como un problema que afecta la salud. El estado tendrá que incorporar muy pronto estos sistemas en beneficio de la población. La infertilidad ya dejó de ser una cosa de ricos o blancos, le ocurre a todos. A nadie se le puede negar el derecho a tener un hijo. Jovita nos enseñó que los médicos no somos dioses para prohibirle a nadie la posibilidad de embarazarse". *



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 CHUMPITAZ**

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 espermias 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 Crussí 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 esperma 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 Crussí.

SOMOS | 31

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 Bende-zú, gineco-obstetra de la clínica Concebir.

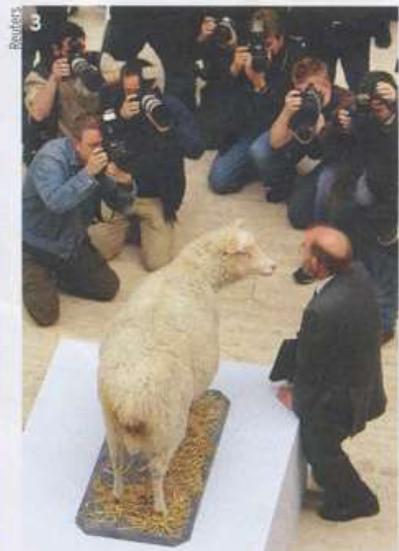
Los estudiosos de la embriología han investigado hasta el cansancio el papel de los gametos en la concepción y cómo mejorar las tasas de éxito de la FIV. Sin embargo, muy pocos se han preocupado por comprender las posibles consecuencias que tendrá esta forma de generación artificial.

La semana pasada, la Universidad de Temple, en Pensilvania (EE.UU.), puso el dedo en la llaga y abrió el debate con un estudio demoledor: por primera vez se comprueba 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 ser obesos.

"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 suelen 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 MÁS POPULAR ES LA FERTILIZACIÓN 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. Bende-zú.

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 determinó que dichas alteraciones

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 empeora cuando se usan altas dosis de hormonas”, acota Pedro Bendezú. “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

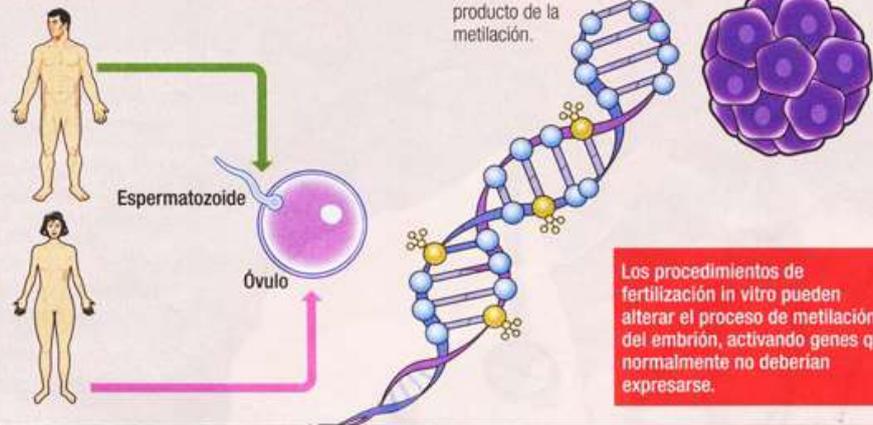
Todos los genes no funcionan a la vez. Algunos se expresan y otros se mantienen apagados durante todo el periodo de vida. La metilación se encarga de decirle a un gen si permanece activo o no.

1 Heredamos el ADN de nuestros padres. Del espermatozoide recibimos 23 cromosomas y del óvulo otros 23.

2 Cuando espermia 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.

Sobreestimulación 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 espermia: Los hombres estériles suelen sufrir serias alteraciones espermáticas. Procedimientos de fertilidad como el ICSI (inyección intracitoplasmática) podrían estar usando espermias dañadas en sus genes.

Fuente: Ricardo Fujita/ Pedro Bendezú

EL COMERCIO



>SIN PELIGROS. Para el doctor Pedro Bendezú, 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 Wiemer, 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 espermia como para el óvulo, algo que disminuiría en gran parte los riesgos planteados por Sapienza. “Los estudios han sido claros, no hay peligro”, indica Bendezú. “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”. *



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 - 2° piso
Lima.-

037634 2/01

CONGRESO DE LA REPUBLICA	
COMISIÓN DE SALUD Y POBLACIÓN	
01 FEB. 2013 1365	
RECIBIDO	
Firma: A	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-E030783

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
 SELSA ESTRELLA CUBILLAS BUENC
 Secretaria General
 Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables

COMISIÓN DE SALUD Y POBLACIÓN	
Fecha: 01/02/13	N° Provido: _____
Para: <i>Carla Schaefer</i>	Atención: _____
Coord. Con: _____	Elab. Proy: _____
Urgente: <input type="checkbox"/>	Ayuda memoria: _____
Importante: <input type="checkbox"/>	Conocimiento y fines: _____
	Archivos: _____
	Otros: _____

Rita Rojas
Alodys: carocómicobuenc ingreso

www.mimp.gob.pe | Camaná 815 Cercado - Lima 11
Lima 01, Perú
T: (511) 416-3200



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.



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 Estado 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 Nº 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

www.mimp.gob.pe

Calle 616 Corredo - 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

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 Echeagaray 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 científica 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 haciéndole 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 biología"; 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.enicuevasari.com/2008/10/filiacion-y-reproduccion-asistida.html>

www.mimp.gob.pe

Carrand 616 Cercado - Lima
Lima 01, Perú
T: (511) 416-5200



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 lleva 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 trascendencia 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 ontológica⁵; surgiendo entonces unas primeras interrogantes ¿Cuándo empieza la concepción? ¿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 el referimos 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 VARSÌ 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.

⁴ “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.

⁵ 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. 8; y para Costa Rica por ejemplo “Tiene lugar razón 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° 008-2006-JUS.

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 Humanos. UNFPA, ASCI



PERÚ

Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables

Viceministerio 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

www.mimp.gob.pe

Camará 616 Cercado - Lima
Lima 01, Perú
T. (511) 416-5200



"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 ORTIZ
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

SECRETARÍA
NACIONAL
GENERAL DE IGUALDAD DE GÉNERO Y NO DISCRIMINACIÓN
DPPDM

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: Filma: *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 16 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 Belém 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 garantiza 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 desembozada.

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 si 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.



Lc. SILVIA QUINTEROS CARLOS
Directora (a)
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
Secretaría 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





PERÚ

Ministerio
de la Mujer y
Poblaciones Vulnerables

Viceministerio
de la Mujer

"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"
"Año de la Integración Nacional y el Reconocimiento de Nuestra Diversidad"

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.



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.

Elo 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.



PERÚ

Ministerio
de la Mujer y
Poblaciones Vulnerables

Viceministerio
de la Mujer

"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,



M. 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 expresar los sentimientos de mi alta consideración.



Ingeniero **Raúl Hao García**
VICERECTOR

COMISIÓN DE SALUD Y POBLACIÓN PL	
Fecha: 28/01/13	N° Proveído: _____
Page a: Mr. Escobedo	Para: _____
Coord. Con: _____	Atención
Urgente	Elab. Proy
Importante <input checked="" type="checkbox"/>	Ayuda memoria
	Conocimiento y fines
	Archivos <input checked="" type="checkbox"/>
	Otros: _____

R. Toranzo

ARCHIVO P.L. 1722/13

Rectorado
Jr. Las Calandrias N° 151 - 291 - Santa Anita
Telf: 362-0064 / 317-2130
Fax: 363-0557

- Gladys: colocamiento impreso



CONGRESO DE LA REPÚBLICA
COMISIÓN DE SALUD Y POBLACIÓN
25 ENE. 2013 ¹³²⁹
RECIBIDO
Firma: _____ Hora: _____

la inversión para el Desarrollo Rural y la Seguridad Alimentaria"

OFICIO N° 0316 - 2013-MP-FN-SEGIN

Lima, 07 ENE 2013

Señora
KARLA M. SCHAEFER CUCULIZA
Congresista de la República
Presente.-

CONGRESO DE LA REPUBLICA
AREA DE TRAMITE DOCUMENTARIO
MESA DE PARTES
09 ENE. 2013
RECIBIDO
Firma: _____ Hora: _____

033500

De mi mayor consideración:

Ref.: Oficio N° 889-2012-2013/CSR-CR
P.L. 1722-2012

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
FISCALIA DE LA NACION

EVCP/app
Reg. N° 33657-12

COMISIÓN DE SALUD Y POBLACIÓN	
Fecha: 25/01/13	N° Proveído: _____
Para: M. CUCULIZA	Para: _____
Coord. Con: _____	Atención: _____
Urgente: <input type="checkbox"/>	Elab. Proy: _____
Importante: <input type="checkbox"/>	Ayuda memoria: _____
	Conocimiento y fines: _____
	Archivos: <input checked="" type="checkbox"/>
	Otros: _____

ARCHIVAR P.L. 1722/2012-CR.
- A. Farfán
- Alodys conocimientos in peso

Ministerio Público - Fiscalía de la Nación

31 AÑOS
Defendiendo la Legalidad

J. Peña

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. Crío 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 Capitulo I relacionado a las disposiciones generales se observa que se debe definir con mayor detalle lo siguiente:





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

2

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 involucran 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 término 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 Capítulo 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



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. GUIDO J. E. DAVILA PACHECO
Jefe Nacional del Instituto de
Medicina Legal



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-SEGFIN

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 renovarles los sentimientos de mi especial consideración y estima personal.

Atentamente,

EDUARDO VLADIMIR CUEVA POMA
SECRETARIO GENERAL
FISCALÍA DE LA NACIÓN

EVC/Regg
Reg. N° 33957-12

Ministerio Público - Fiscalía de la Nación

31 AÑOS
Defendiendo la Legalidad



UNIVERSIDAD DE PIURA

036003 22/1/13

CONGRESO DE LA REPÚBLICA
COMISIÓN DE SALUD Y POBLACIÓN

23 ENE. 2013 1311

RECIBIDO

Fecha: _____ 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° Provelto: _____

Pase a: M. Bernstein Para: _____

Coord. Can: _____

Urgente Atención _____

Importante Elab. Proy. _____

Ayuda memoria _____

Conocimiento y fines _____

Archivos _____

Otros: _____

- Roberto T.
- Gladys: conocimiento impreso

PIURA: Av. Ramón Mugica 131, Urb. San Eduardo
Teléfono: (51-73) 284500 Fax: (51-73) 284510
Apartado Postal 353

LIMA: Martín José Olea 162, Miraflores
Teléfono: (51-1) 2139600 Fax: (51-1) 2139699
www.udpe.edu.pe



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 González 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 si 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 necesaria 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 Nº 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 espermatozoides 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 15º 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 15º 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 los 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 espermatozoides de su marido o de donante; esposa que gesta un óvulo ajeno fecundado con espermatozoides 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 de 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 espermatozoides 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 immortalizada 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-embriónes" 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-embriónes" 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-embriónes" 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 manipulaciones³, llegándose, incluso, a poner en riesgo su vida. Esto se puede constatar en el artículo II inciso 4, apartados c) y d) y en el artículo 14 y siguientes del Proyecto, que establecen que los embriónes

³ Muy ilustrativo es el caso de Mariana De Los Angeles, 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 embriónes 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 embriónes. No cumplieron" (cfr. "Embriónes 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 Holsteins en vacas criollas (chuscas) nacen terneros cien por ciento Holsteins 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 sinnúmero 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-embryones". 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 anomalías 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 quíenes los usen con "fines 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 menopáusicas. 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

30562 20/12
 CONGRESO DE LA REPUBLICA
 COMISIÓN DE SALUD Y POBLACIÓN
 21 DIC. 2012 / 144
RECIBIDO
 Firma: _____ Hora: 10:33

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 Congresista
 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 dicha 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
 GENETICA
 G.M.P. 3860 RE 1662
 Dra. María I. Quiroga de Michelena
 C.M.P. 3860

P.L. 1722-2012

COMISIÓN DE SALUD Y POBLACIÓN	
Fecha: _____	N° Proceso: _____
Por: <i>R. Quiroga de Michelena</i>	Para: _____
Coord. Con: _____	Atención
Urgente <input type="checkbox"/>	Elab. Proy. _____
Importante <input type="checkbox"/>	Ayuda memoria _____
	Conocimiento y fines _____
	Archivos <input checked="" type="checkbox"/>
	Otros: _____

ARCHIVAR P. L. 1722-2012

Eva Klein de Zigelboim
 C.M.P. 1359

María I. Quiroga de Michelena
 C.M.P. 3860

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 16 días del mes de octubre de 2009, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Vergara Gotelli, Presidente; Mesía Ramírez, Vicepresidente; Landa Arroyo, Beaumont Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia, con los fundamentos de voto de los magistrados Vergara Gotelli y Mesía Ramírez, que se adjunta, y con el voto singular en el que convergen los magistrados Landa Arroyo y Calle Hayen, que se agrega.

ANTECEDENTES

Con fecha 29 de octubre del 2004, la ONG “Acción de Lucha Anticorrupción” interpone demanda de amparo contra el Ministerio de Salud con el objeto de que dicha dependencia estatal se abstenga: a) de iniciar el programa de distribución de la denominada “Píldora del Día siguiente” en todas las entidades públicas, asistenciales, policlínicos y demás centros hospitalarios en los cuales se pretenda su entrega gratuita, b) de distribuir bajo etiquetas promocionales proyectos que el Poder Ejecutivo pretenda aprobar y ejecutar respecto del Método de Anticoncepción Oral de Emergencia, sin previa consulta del Congreso de la República. A juicio de la demandante, se trata de evitar que se vulnere en forma flagrante el derecho a la vida del concebido.

Especifica la recurrente que el Ministerio de Salud, a través de doña Pilar Mazzeti (ex titular de dicha cartera), dispuso la distribución masiva y gratuita de la denominada “Píldora del día siguiente”, por considerarla como un método anticonceptivo necesario que debe ser distribuido en la misma condición que un fármaco para beneficio de la población menos favorecida; que este proceder sin embargo resulta seriamente cuestionable por cuanto en la citada distribución media una mala y engañosa información en cuanto a sus propiedades abortivas y a su supuesta condición de medicamento, lo cual constituye un acto de manifiesta inconstitucionalidad que genera un evidente peligro de asesinato masivo cuya apología de impunidad se está propiciando con el citado programa abortivo; y que para tratar de legitimar su proceder la ministra ha argumentado que las citadas píldoras se venden desde el año 2001 en farmacias vecinales a S/. 25.00 cada una, por lo que al permitirse su acceso a personas que ostentan medios económicos suficientes, debe también facilitarse su uso gratuito a parejas pertenecientes a poblaciones pobres dentro del programa de control de la natalidad.

Agrega finalmente la demandante que el accionar del Ministerio de Salud responde a intereses personales que solo buscan contribuir con el desarrollo de grupos económicos nacionales e internacionales (empresas biotecnológicas) que hacen de la ciencia un negocio aun a costa del resguardo y del verdadero respeto por los derechos de la humanidad.

La Procuradora Pública a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Salud se apersona al proceso deduciendo las excepciones de falta de legitimidad para obrar de la demandante, de caducidad y de falta de agotamiento de la vía administrativa. Por otra parte y en cuanto al fondo de la demanda solicita que sea declarada improcedente y/o infundada, por considerar que el Ministerio de Salud dispuso por Resolución Suprema N.º 007-2003-SA, de fecha 11 de septiembre de 2003, la conformación de una Comisión de Alto Nivel encargada de emitir un informe Científico Médico y Jurídico, y que culminadas sus labores dicho informe concluyó en que la anticoncepción oral de emergencia posee pleno sustento constitucional y legal y que su disponibilidad en los servicios del Ministerio de Salud para la población de menores recursos debe ser libre, voluntaria, informada e idéntica a la que se ofrece a las usuarias de mayores recursos en las farmacias privadas del país.

Agrega que a raíz de ello es que fue expedida la Resolución Ministerial N.º 668-2004/MINSA mediante la cual se aprueban las “Guías Nacionales de Atención Integral de la Salud Sexual y Reproductiva” que contienen los métodos, técnicas y servicios que contribuyen con la salud y el bienestar reproductivo; y que mediante Resolución Defensorial N.º 040-2003-DP, del 18 de Diciembre del 2003, se aprobó el Informe Defensorial N.º 78 “Anticoncepción Oral de Emergencia” en el que se concluye que los mecanismos de acción del Anticonceptivo Oral de Emergencia son similares a las pastillas de uso regular.

Aduce también que el método referido actúa: i) Inhibiendo o retrasando la ovulación; ii) Dificultando la migración espermática debido al espesamiento del moco cervical; y iii) Afectando levemente el endometrio. No obstante lo cual, en ningún momento quedó acreditado que tal efecto sobre el endometrio sea suficiente para impedir la implantación, lo que supone que no afecta el embarazo ya iniciado y por tanto no es abortivo.

Sostiene por último la representante de la demandada que la restricción en el uso del Anticonceptivo Oral de Emergencia constituye un asunto de salud pública, en tanto impide a las mujeres de escasos recursos contar con un método anticonceptivo científicamente reconocido para evitar embarazos no deseados.

Con fecha 17 de agosto de 2005 el Vigésimo Noveno Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, declara infundadas las excepciones propuestas y fundada en parte la demanda, fundamentalmente por considerar que por el desempeño de la demandada en cuanto a la ejecución del Programa de Distribución Pública de la denominada píldora del día siguiente, se podría generar una amenaza sobre el derecho a la vida del concebido al no haberse descartado en forma palmaria el “tercer efecto” del citado fármaco. La demanda sin embargo se desestima en cuanto al extremo en el que se solicitaba la previa consulta al Congreso de la República, por parte de la demandada.

En segunda instancia y en sucesivos momentos se apersonan al proceso y solicitan ser considerados en la condición de *amicus curiae* diversas entidades y organizaciones:

- a) La Defensoría del Pueblo quien mediante escrito de fecha 15 de Noviembre del 2005 y reiterando su Informe Institucional N.º 78 y su Recomendación efectuada mediante Resolución Defensorial N.º 040-2003/DP del 19 de diciembre del 2003, concluye que los mecanismos de acción del Anticonceptivo Oral de

Emergencia, son similares al del resto de anticonceptivos, por lo que solo actúa sobre el proceso de ovulación y dificulta la migración espermática, y si bien altera levemente el endometrio, no impide el proceso de implantación ni tampoco tiene efecto alguno después de haberse producido éste, lo que supone que no afecta el embarazo ya iniciado y no es, por tanto, abortiva.

- b) La Academia Peruana de Salud, quien mediante escrito del 6 de diciembre del 2005 argumenta que el Anticonceptivo Oral de Emergencia es un método anticonceptivo científicamente reconocido, efectivo y seguro que cubre las necesidades insatisfechas de planificación familiar, evitando las consecuencias de embarazos no deseados que incrementan la mortalidad materna, especialmente en las mujeres pobres y adolescentes, por lo que garantizar su accesibilidad es un asunto de salud pública que compete al Estado.
- c) La Organización Panamericana de la Salud (Oficina de la Organización Mundial de la Salud), quien mediante escrito del 14 de marzo del 2006 puntualiza que la comunidad científica internacional coincide en que el anticonceptivo oral de emergencia no es abortivo y no impide la implantación de un óvulo fecundado ya que no tiene efectos sobre el endometrio, siendo por otro lado un asunto de salud pública, y que permite a las mujeres y sobre todo a las más pobres contar con un método anticonceptivo científicamente reconocido que contribuye a evitar los embarazos no deseados.
- d) El Colegio Médico del Perú, quien mediante escrito del 15 de marzo del 2006 especifica que la política de Estado destinada a garantizar el acceso al anticonceptivo oral de emergencia de las mujeres pobres y extremadamente pobres constituye la respuesta más adecuada que el Estado pueda dar a la sociedad para atender el problema que suponen los embarazos no deseados y los abortos inducidos, garantizando el derecho a la planificación familiar. Añade que por lo demás la actitud de quienes se oponen a su acceso se debe a la falta de información o de actualización en la información sobre el mecanismo de acción de las hormonas del citado anticonceptivo, sólo así se explica que el supuesto teórico de acción antiimplantatoria del óvulo fecundado en el endometrio continúe siendo un tema de controversia.
- e) El estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer (DEMUS), Instituto Peruano de Paternidad Responsable (INNPARES) y Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos (PROMSEX) quienes mediante escrito del 15 de marzo del 2006 arriban a la conclusión de que el anticonceptivo oral de emergencia no amenaza ni viola la vida del concebido. Agregan que las normas que obligan al Ministerio de Salud a distribuir dicho método son plenamente constitucionales y por tanto aplicables y que, al revés de ello, su no provisión atenta contra el derecho de las personas a acceder a una gama amplia de métodos anticonceptivos.
- f) La Alianza Latinoamericana para la Familia (ALAFA), quien mediante escrito del 20 de julio del 2007, concluye en que científicamente no es posible afirmar que la píldora del día siguiente no tiene efectos abortivos, incertidumbre que resulta suficiente para encontrar acreditada la amenaza reclamada sobre el derecho fundamental a la vida del concebido.
- g) La Population Research Institute quien mediante escrito del 11 de septiembre del 2008 sostiene que no se puede comercializar una droga cuando existe la posibilidad de que uno de sus mecanismos de acción pueda atentar contra el derecho a la vida. La duda en todo caso favorece la vida, y en el caso concreto al embrión.

- h) La Coordinadora Nacional Unidos por la Vida y la Familia (CONUVIFA), quien mediante escrito del 11 de septiembre del 2008 argumenta que la píldora del día siguiente puede prevenir la implantación en el útero de un óvulo fecundado, es decir, de un concebido, lo cual frustra el curso regular y natural de una vida que es la que el Estado debe proteger y respetar.
- i) La Asociación Nacional de Médicos Católicos del Perú, quien mediante escrito del 11 de septiembre del 2008 sostiene que la vida humana comienza con la fusión del óvulo y el espermatozoide, dándose con ello inicio a la concepción; y que de generalizarse el uso del anticonceptivo oral de emergencia se correría el riesgo de condenar a muerte a un vasto sector de seres humanos cuyo único delito sería no haber llegado a tiempo para implantarse en el útero de la madre.

La Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 27 de noviembre del 2008 y tras sucesivas discordias, revoca la sentencia apelada en el extremo en que se declara fundada la demanda, y reformándola la declara fundada sólo en parte, pero limitando la decisión en cuanto se refiere a la vulneración del derecho a la información. Argumenta su posición en el hecho de que en las Guías Nacionales de Atención Integral de Salud Sexual y Reproductiva no se ha consignado que los Anticonceptivos Orales de Emergencia producen una ligera alteración al endometrio, que en todo caso no es determinante para impedir la implantación. Por otro lado se declara infundados los otros extremos de la demanda, tanto el que señala que se estaría vulnerando el derecho a la vida por tener el anticonceptivo oral de emergencia carácter abortivo, como el que pedía ordenar al Ministerio de Salud excluir al citado anticonceptivo de sus programas de planificación familiar.

FUNDAMENTOS

- 1 . De acuerdo al peticorio de la demanda, el presente proceso constitucional tiene por objeto que el Ministerio de Salud se abstenga de:
 - (i) Iniciar el programa de distribución de la denominada “Píldora del Día Siguiente” en todas las entidades públicas, asistenciales, policlínicos y demás centros hospitalarios en los cuales se pretenda su entrega gratuita.
 - (ii) Distribuir bajo etiquetas promocionales, proyectos que el Poder Ejecutivo pretenda aprobar y ejecutar respecto del Método de Anticoncepción Oral de Emergencia, sin previa consulta del Congreso de la República.

Legitimidad procesal

- 2 . De manera preliminar a la solución de la presente controversia y aun cuando en la sede judicial ya ha habido en su momento un pronunciamiento sobre las excepciones deducidas por la Procuraduría Pública a cargo de los asuntos judiciales de la entidad demandada, este Tribunal considera importante hacer referencia a la condición procesal de la entidad demandante.
- 3 . Por la específica cuestión controvertida que no trata de un particular interés que corresponda de manera exclusiva y excluyente a la demandante, sino que se trata de

un interés jurídico general que traspasa dicho interés particular al ingresar al ámbito del interés común, podríamos afirmar que se configuraría el supuesto de un interés difuso al que se refiere el artículo 40 del Código Procesal Constitucional.

Siendo que el presente caso se encuentra referido a la distribución gratuita de un producto farmacéutico vital para la vida misma que como derecho fundamental de la persona humana obliga a su protección por el Estado, la que desde luego alcanza en general a los consumidores, corresponde asumir dicha protección conforme lo prescribe el artículo 1° de la Constitución Política del Perú, ya que se encuentran dentro del ámbito de la especial protección que corresponde asumir al Tribunal Constitucional, en aras de la afirmación desde la perspectiva antropocéntrica del principio kantiano de que la persona, es eje centro, conforme lo prescribe el art. 1 de la Constitución, que privilegia a la persona humana como el centro de la preocupación por el Estado y la sociedad en general. La postura del consumidor exige según el artículo 65° de la Constitución que El Estado defienda el interés de los consumidores y usuarios, garantizando el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado, en bien de la salud y la seguridad de la población.

Cuestiones a resolver

§1. Derecho a recibir información

4. En la normativa internacional se encuentra consagrado el contenido de este derecho. Así se tiene el artículo 19° de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, el artículo 19° del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*; y a nivel regional el artículo 13° de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. A nivel nacional, en el mismo sentido se encuentra establecido en el inciso 4), artículo 2°, de nuestra Constitución Política.
5. En cuanto a lo que es materia del presente proceso, el derecho a la información sobre los distintos métodos anticonceptivos que se constituye en el presupuesto básico para el ejercicio de los derechos reproductivos de la mujer, consagrados en el artículo 6° de la Constitución. Pero es también un auténtico principio constitucional que obliga al Estado a brindar la información necesaria para que tanto la paternidad y maternidad se desarrollen en condiciones de responsabilidad, obligando a que las personas asuman a conciencia las implicancias y la trascendencia de traer un hijo a la sociedad. En consecuencia, el derecho a la información sobre los métodos anticonceptivos constituye una forma de concretizar el principio de dignidad de la persona humana y forma parte de los elementos esenciales de una sociedad democrática, porque posibilita el ejercicio de los derechos sexuales de modo libre, consciente y responsable [STC 7435-2006-PC/TC, fundamento de voto del magistrado Mesía Ramírez].

§2. Derecho a la autodeterminación reproductiva como un derecho implícito del libre desarrollo de la personalidad y autonomía

6. El derecho a la autodeterminación reproductiva es un derecho implícito contenido en el más genérico derecho al libre desarrollo de la personalidad. Este derecho consiste en la autonomía para decidir en los asuntos que sólo le atañen a la persona.

Pero también puede afirmarse que el derecho a la autodeterminación reproductiva se desprende del reconocimiento de la dignidad de la persona humana y del derecho general de libertad que le es inherente. Dignidad y libertad concretizadas a partir de la necesidad de poder optar libremente y sin ninguna interferencia en el acto de trascender a través de las generaciones. Libertad para poder decidir como ser racional, con responsabilidad, sobre: 1) el momento adecuado u oportuno de la reproducción; 2) la persona con quién procrear y reproducirse; y, 3) la forma o método para lograrlo o para impedirlo [STC 7435-2006-PC/TC, fundamento de voto del Magistrado Mesía Ramírez]. En consecuencia, toda mujer tiene derecho a elegir libremente el método anticonceptivo de su preferencia, lo que está directamente relacionado con su decisión acerca de cuántos hijos quiere tener, con quién y cuándo.

§3. La vida como derecho fundamental

7. Dado que nuestro orden jurídico protege al ser humano desde la concepción, y se acusa a la denominada “Píldora del Día Siguiente” de afectar justamente al concebido, este Tribunal estima que en el decurso de esta sentencia deberá responderse las siguientes cuestiones:

- ✓ ¿La eliminación de un embrión fecundado antes de su completa anidación en el endometrio implica una afectación del derecho a la vida de un ser humano?
- ✓ ¿El embrión fecundado es el “conceptus” al que el derecho peruano le otorga protección jurídica?
- ✓ ¿La concepción se produce en la fecundación o en la anidación o también llamada implantación?
- ✓ ¿Cuáles son los efectos de la píldora en la madre y en el proceso reproductivo humano?

Sólo a partir de las respuestas que se haga a estas preguntas será posible establecer jurídicamente si es que la denominada “Píldora del Día Siguiente” afecta o no el derecho a la vida reconocido tanto por los documentos internacionales de derechos humanos como por nuestro ordenamiento jurídico interno.

3.1. El Tribunal Constitucional, derechos fundamentales y el derecho a la vida

8. El reconocimiento de los derechos fundamentales, como facultades inherentes emanadas de todo ser humano y por lo tanto no pertenecientes en exclusiva a determinados grupos sociales o de personas, es una conquista del constitucionalismo y que con su proceso evolutivo ha venido a constituir lo que hoy se denomina Estado constitucional democrático y social. Los Estados han venido efectuando un reconocimiento positivo de los derechos fundamentales, usualmente en las normas fundamentales de sus respectivos ordenamientos, como un presupuesto de su exigibilidad como límite al accionar estatal y al de los propios particulares. Sin embargo, tal exigibilidad no sólo aparece desde el reconocimiento positivo sino, quizá con mayor fuerza, a partir de la connotación ética y axiológica de los derechos fundamentales, en tanto manifiestas concreciones positivas del principio-derecho de dignidad humana, preexistente al orden estatal y proyectado en él como fin supremo de la sociedad y del Estado (artículo 1° de la Constitución) [STC N.° 01417-2005-PA, fundamento 2].

9. El Tribunal Constitucional ha señalado en relación al derecho a la vida que “Nuestra Constitución Política de 1993 ha determinado que la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado; la persona está consagrada como un valor superior, y el Estado está obligado a protegerla. El cumplimiento de este valor supremo supone la vigencia irrestricta del derecho a la vida, pues este derecho constituye su proyección; resulta el de mayor connotación y se erige en el presupuesto ontológico para el goce de los demás derechos, ya que el ejercicio de cualquier derecho, prerrogativa, facultad o poder no tiene sentido o deviene inútil ante la inexistencia de vida física de un titular al cual puedan serle reconocidos tales derechos.” [STC N.º 01535-2006-PA, fundamento 83).
10. 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, el cual ahora se compromete a cumplir el encargo social de garantizar, entre otros, el derecho a la vida y a la seguridad.”[STC N.º 01535-2006-PA, fundamento 82].

3.2. El derecho a la vida en los tratados y otros documentos internacionales de los que el Perú es parte

11. El derecho a la vida, inherente a toda persona humana, ha sido consagrado también por documentos internacionales relacionados con los derechos humanos, de los que el Perú forma parte y que los vinculan especialmente en virtud de lo dispuesto por la Disposición Final Cuarta de la Constitución, en los siguientes términos: “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.
12. Así, por la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* (artículo I) “Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.”; por la *Declaración Universal de Derechos Humanos* (artículo 3º) “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.”; y por el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (artículo 6º) “El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”. Igualmente, la *Convención Americana sobre Derechos Humanos –Pacto de San José de Costa Rica-* dispone en su artículo 4º, inciso 1), que “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley, y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”. Este mismo documento, en su artículo 5º, inciso 1), agrega: “Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”; y, en el artículo 11º, inciso 1), establece que “Toda persona tiene derecho al respeto de su honor y al reconocimiento de su dignidad”. Asimismo, la *Declaración de los Derechos del Niño* de 1959 (párrafo 3 del Preámbulo)

“Considerando que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento.”

§4. La ontogénesis humana desde la perspectiva de la ciencia

4.1. Identidad genética e individualidad biológica

13 . CHIERI y ZANNONI, respecto a la formación de una nueva individualidad genética, señalan que “en el caso del hombre, todas las células surgen de una inicial, el cigoto, el cual se forma a partir de la unión del óvulo procedente de la madre y el espermatozoide procedente del padre. El óvulo aporta toda la maquinaria celular, además de un núcleo que contiene la mitad de la información genética de la madre. El espermatozoide aporta exclusivamente el núcleo con la mitad de la información genética del padre. La fusión de ambas informaciones genéticas da lugar al material genético del hijo; en consecuencia, cada nuevo individuo es único en su información genética, de aquí el término de individualidad biológica”. Prosiguen afirmando que “a su vez, esta información de la primera célula es heredada por cada una de las células que se van a desarrollar a continuación, de manera que todas tienen el mismo material genético. Es por ello que si se estudia el ADN de células (...) De cualquier parte del organismo, siempre se encuentra el mismo material genético, propio de cada individuo y diferente de cualquier otro, excepto en el caso de los gemelos monocigóticos”. [CHIERI, Primarosa y ZANNONI, Eduardo A. *Prueba de ADN*. Buenos Aires: Astrea, 2da. edición actualizada y ampliada, 2001, p. 4].

4.2. Teorías sobre el inicio de la vida

14 . Desde el punto de vista de la ciencia médica existen diversas teorías que pretenden identificar el momento en el que la vida humana empieza. Hay quienes consideran que la vida humana surge desde el instante en que se inicia la actividad cerebral (aproximadamente la sexta semana contada desde la fecundación), pues resulta lógico que si la persona llega a su fin con el estado irreversible de las funciones cerebrales, de la misma manera la actividad cerebral daría inicio a la vida. Sin embargo, las más importantes considerando el número de seguidores, y que justamente han sido ampliamente debatidas a partir del caso en cuestión, se encuentran en la llamada *Teoría de la Fecundación*, basada principalmente en la existencia, ya en esta instancia, de una nueva individualidad genética; y la *Teoría de la Anidación*, fundamentada en la viabilidad del embrión y la certeza del embarazo.

(i) *La Teoría de la Fecundación* se basa, en principio, en que la concepción y por ende el inicio del proceso vital se origina en la fecundación. Sin embargo, la fecundación es un proceso que dura algunas horas, y se inicia con la penetración del espermatozoide en el óvulo, y concluye luego con la interacción bioquímica con la formación del cigoto que es la célula que resulta de la fusión de los pronúcleos masculino y femenino.

De los que se adscriben a la Teoría de la Fecundación hay sectores que consideran que desde el inicio del proceso fecundatorio ya nos encontramos ante la concepción pues una vez que el óvulo ha sido

fecundado por el espermatozoide, se ha dado inicio a un proceso vital irreversible. Frente a ellos, se encuentran quienes consideran que, aun cuando la concepción se produce en la fecundación, ésta se da recién en el momento de la fusión de los pronúcleos masculino y femenino (singamia), conjugándose los 23 cromosomas paternos con los 23 cromosomas maternos, surgiendo el cigoto como realidad nueva, diferenciado de la madre y del padre, y con autonomía genética para presidir su propio desarrollo; desarrollo que acaba con la muerte y que durante todo su proceso ni la madre ni ningún otro agente externo le agregan nada a su configuración genética e individualidad ya establecida.

- (ii) **La Teoría de la Anidación**, considera en principio que el inicio del ser humano sólo es posible afirmarlo a partir de la anidación del óvulo fecundado (cigoto) en la parte interior del útero materno. La anidación no es un acto instantáneo sino que también es un proceso que comienza aproximadamente al sétimo día de la fecundación, cuando el cigoto ya transformado en blastocisto empieza a adherirse al endometrio y con la hormona llamada gonadotrofina coriónica humana (HCG) secretada por el blastocisto a través de la sangre, el cuerpo materno advierte que se está desarrollando un nuevo individuo, actuando entonces para impedir la ovulación. El proceso de anidación dura aproximadamente 7 días una vez iniciado y 14 desde la fecundación. Según esta teoría allí recién se da la concepción, cuyo producto –el concebido– sería el embrión que ha iniciado su gestación en el seno materno. Solo a partir de allí habría certeza del embarazo de la madre

§5. El concebido como sujeto de protección jurídica

5.1. Tratamiento del concebido en el ordenamiento jurídico peruano

- 15 . El Código Civil de 1852, siguiendo una corriente trazada ya desde el Derecho romano, establecía en su artículo 1° que “El hombre, según su estado natural, es nacido o por nacer”, y en el artículo 3° que “al que está por nacer se le reputa nacido para todo lo que le favorece”; para finalmente agregar en el 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”.
- 16 . El proyecto de Código Civil de 1890 era, por su parte, hasta más preciso al establecer en su artículo 149 que “el hombre, según su estado natural, es concebido o nacido”, agregando que “al concebido se le reputa nacido para todo lo que le favorece”. Ya el Código Civil de 1936 no utiliza el término “concebido”, como se preveía en el proyecto antes glosado, sino que establecía que “El nacimiento determina la personalidad. Al que está por nacer se le reputa nacido para todo lo que le favorece, a condición de que nazca vivo”.
- 17 . El Código Civil de 1984, en su artículo 1° declara que “la persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento”, agregando que “la vida humana comienza con la concepción”, y que “El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece”. Por su parte, el Decreto Legislativo N.º 346 – Ley de Política Nacional

de Población, establece en el artículo IV inciso I del Título Preliminar que “La Política Nacional garantiza los derechos de la persona humana: a la Vida” y que “El concebido es sujeto de derecho desde la concepción”; la Ley N.º 26842 – Ley General de Salud, cuyo título Preliminar, artículo III, estipula que “toda persona tiene derecho a la protección de su salud en los términos y condiciones que establezca la ley...”, así como que “El concebido es sujeto de derecho en el campo de la salud”. El Código Sanitario aprobado en marzo de 1969 mediante Decreto Ley N.º 17505, establecía en su artículo 17º que “Con la concepción comienza la vida humana y nace el derecho a la salud. El cuidado de la salud durante la gestión comprende a la madre y al concebido”; agregaba también (artículo 31º) que “Al niño desde la concepción hasta la adolescencia le corresponde un esmerado cuidado de la salud...”; de otro lado, en el artículo 113º estipulaba que “Las acciones de salud comprenden al hombre desde la concepción hasta la muerte y deben ejercitarse en todas las etapas de conforman su ciclo vital”.

- 18 . El derogado Código de los Niños y Adolescentes aprobado por Decreto Ley N.º 26102, en el artículo I del Título Preliminar definía: “Se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los 12 años de edad y adolescente desde los 12 hasta cumplir los 18 años de edad”; y, en cuanto a los derechos, señalaba en su artículo 1º que “Todo niño y adolescente tienen 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 desarrollo físico o mental”. Ambas disposiciones se repiten prácticamente de manera literal en el vigente Código de los Niños y Adolescentes aprobado por Ley N.º 27337.
- 19 . Tanto por la normativa internacional como la nacional (constitucional como infraconstitucional) resulta evidente que la vida es protegida desde la concepción; siendo ésta, por lo menos desde la perspectiva del Derecho aplicable a nuestro país, una cuestión ya determinada, y sobre la cual no tendría utilidad hacer en este momento disquisiciones mayores.
- 20 . Aun así, y he ahí una de las claves de la controversia, del conjunto de normas anotadas, que por cierto no agotan a todas las que en nuestro ordenamiento hacen referencia a la vida y su protección jurídica desde la concepción, se aprecia que ninguna de ellas explica o define en qué momento del proceso vital se produce la concepción. Sin embargo, debe remarcarse que sí existe una norma, actualmente vigente, que de alguna manera compromete su posición respecto al momento desde el cual se debe brindar atención y protección al ser humano, fijándolo en este caso a partir de la fecundación.
- 21 . Se trata del documento denominado “La Salud Integral; Compromiso de Todos – Modelo de Atención Integral de Salud”, aprobado por Resolución Ministerial N.º 729-2009-SA/DM de 20 de junio de 2003, como “**marco conceptual referencial** que establece las acciones y estrategias para garantizar la satisfacción de las necesidades de salud de las personas, la familia y la comunidad”(resaltado nuestro). En este documento, cuyo cumplimiento e implementación corresponde tanto a la Dirección General de Salud de las Personas como a las Direcciones Regionales y Sub Regionales de Salud, se dispone entre otros aspectos, la implementación de programas de Atención Integral, y para ello, el punto 1.1 “Grupos Objetivo para los Programas de Atención Integral” prevé que “Cada Programa de Atención Integral

de Salud por Etapa de la Vida, contiene un grupo objetivo diferenciado por cada etapa de vida los cuales se constituyen de la siguiente manera: ***Programa de Atención Integral de Salud del Niño, que comprende desde la fecundación hasta los 9 años...** (resaltado y subrayado nuestro). La misma disposición señala la necesidad de que cada programa a fin de optimizar la atención se divida en subgrupos por etapas de la vida; y, en lo que corresponde a los niños, establece como el primero de ellos al de **“Niño por nacer: desde la fecundación hasta antes del nacimiento”** (resaltado y subrayado nuestro). En el anexo 2 del mismo documento se establecen los “Cuidados Esenciales para los Programas de Atención Integral de Salud por Etapas de la Vida”, el cual en el punto denominado “Atenciones Individuales Específicas del Niño. Estimulación Prenatal y Temprana” prevé lo siguiente: “Atención periódica durante la gestación, a fin de estimular el desarrollo psicoafectivo del niño. **Conjunto de procesos y acciones que potencian y promueven el desarrollo físico, mental, sensorial y social del ser humano desde la fecundación hasta el nacimiento...**” (resaltado y subrayado nuestro).

5.2. El concebido para la doctrina jurídica

22 . Es importante, en primera instancia, indagar cómo ha sido entendido el término concepción en el mundo jurídico a través de los diccionarios jurídicos; por lo que se recurrirá a uno histórico de nuestro país y a dos de los más usados en el mundo hispano: los diccionarios de GARCÍA CALDERÓN, CABANELLAS y OMEBA, respectivamente. Es así que estas fuentes definen el término **concepción** de la siguiente manera:

- (i) “Unión de los materiales suministrados por ambos sexos en el acto procreativo, para la formación de un nuevo ser”, y se remite, entre otros al término **preñez** [GARCÍA CALDERÓN, Francisco. *Diccionario de la Legislación Peruana*, tomo I. Lima: Grijley, edición en facsímil de la segunda edición, 2003, p. 501]. En cuanto a esta última palabra, indica: “Se llama preñez o preñado el estado de una mujer que ha concebido un hijo...” [*Op. cit.* Tomo II, p. 1571].
- (ii) “El acto de la fecundación y comienzo del proceso vital”. Se agrega que fisiológicamente “La concepción se efectúa en el momento en el cual la cabeza del espermatozoide penetra en el óvulo. La concepción no es inmediata a la cópula carnal; pues a veces puede transcurrir algún tiempo desde ésta al instante en que el espermatozoide, o elemento masculino, fecunda el óvulo o elemento femenino”. En cuanto al aspecto estrictamente jurídico señala que “Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas...” [CABANELLAS, G. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Tomo II. Buenos Aires: Heliasta, 16° edición, 1981, p. 253].
- (iii) “Del latín (*concepto-ónis*). Acción y efecto de concebir. Biológicamente es el momento de fecundación del óvulo, que determina en el orden jurídico, el comienzo de la existencia de la persona” [*Enciclopedia Jurídica Omeba*, Ed. Bibliográfica Argentina, sine data, Tomo III, p. 578].

23 . Dentro del campo jurídico, como se encuentra glosado *supra*, si bien se reconoce reiteradamente al concebido como sujeto de derechos, la normativa no define ese estado, salvo un caso en el que, como se ha señalado, expresamente se inclina a considerar a la vida como un proceso que se inicia con la fecundación. Dentro de esa situación de controversia anotada, es posible identificar:

(i) Un importante grupo de juristas que se han pronunciado a favor de ubicar la concepción en la etapa de la fecundación y específicamente a partir de la fusión de los pronúcleos y la formación de la nueva célula distinta a la que le dieron origen. Entre ellos se encuentran, sólo para citar a los peruanos, MARCIAL RUBIO CORREA, CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO Y ENRIQUE VARSÍ ROSPIGLIOSI, reconocidos juristas y especialistas en derecho constitucional, derecho civil y derecho genético, respectivamente. Esta posición considera que toda la información constitutiva del nuevo ser ya está contenida en esa primera y única célula; ella contiene el código de la vida que igualmente se encuentra en cualquier ser humano nacido. Todo lo que le ha de permitir evolucionar, toda la información necesaria y a la vez suficiente que define las características de un nuevo ser humano, único e irrepetible, surge de la unión de los 23 cromosomas femeninos con los 23 masculinos. Es un ser humano en una etapa inicial y en proceso de desarrollo, pero ello no debe implicar que se le condicione o niegue la titularidad de los derechos que surgen de su propia naturaleza, menos aún el de la vida, que es el presupuesto para el goce de todos los demás. De otro lado, condicionar los derechos dependiendo de la edad o de la etapa de desarrollo implicaría una vulneración del principio derecho de igualdad, reconocido tanto por nuestra constitución como por todos los tratados internacionales de derechos humanos.

(ii) Por su parte, se encuentran aquellos que consideran la anidación del óvulo fecundado en el útero materno como el inicio de la vida humana, la gestación y por ende el embarazo de la mujer. Entre ellos se encuentran LUIS BRAMONT ARIAS, LUIS BRAMONT-ARIAS TORRES, RAÚL PEÑA CABRERA, LUIS ROY FREIRE, FELIPE VILLAVICENCIO TERREROS Y JOSÉ HURTADO POZO, todos juristas reconocidos en el ámbito penal, siguiendo así la corriente mayoritaria en este campo del Derecho.

24 . Corresponde a la ciencia describir y explicar el proceso de reproducción humana y cada una de las etapas del íter 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 débilis*.

§6. Aplicación de los principios de interpretación constitucional: La posición del Tribunal Constitucional respecto a la concepción

6.1. Principios de interpretación de la Constitución y los derechos fundamentales

- 25 . Si se hace referencia a los derechos fundamentales, evidentemente que al mismo tiempo se hace mención también a la parte dogmática de la Constitución que a su vez los reconoce y garantiza; tanto a partir de su condición de derechos subjetivos, por la que no solo se protege a sus titulares de las injerencias injustificadas y arbitrarias de cualquiera (sea el Estado o un tercero), facultándolos también para exigir del estado determinadas prestaciones concretas; como a partir de su naturaleza de derecho objetivo, es decir como elementos que legitiman y constituyen todo el ordenamiento jurídico, toda vez que “comportan valores materiales o instituciones sobre los cuales se estructura (o debe estructurarse) la sociedad democrática y el Estado Constitucional” [STC N.º 3330-2004-PA, fundamento 9].
- 26 . De allí que, para el presente caso, tan controvertido y con posiciones encontradas tanto en la ciencia médica como en la jurídica, resulta necesario acudir al criterio de interpretación constitucional denominado por la doctrina como “interpretación institucional”, y que ya ha sido utilizado y definido en la jurisprudencia de este Colegiado.

6.1.1. Interpretación institucional

- 27 . Este criterio interpretativo [STC N.º 0008- 2003-PI, fundamento 5] permite identificar en las disposiciones constitucionales una lógica hermenéutica unívoca, la que, desde luego, debe considerar a la persona humana como el *prius* ético y lógico del Estado social y democrático de Derecho. En efecto, las normas constitucionales no pueden ser comprendidas como átomos desprovistos de interrelación, pues ello comportaría conclusiones incongruentes. Por el contrario, su sistemática interna obliga a apreciar a la Norma Fundamental como un todo unitario, como una suma de instituciones poseedoras de una lógica integradora uniforme.

Por ello es necesario sustraerse de las posiciones subjetivas que pretendan glosar la Carta Fundamental, pues, como afirma GARCÍA PELAYO, “lo significativo para la interpretación no es la razón instrumental o la voluntad subjetiva del constituyente, sino la racionalidad y voluntad objetivas que se desprenden del texto.” [GARCÍA PELAYO, MANUEL “Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución”. En: *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, a cargo de M. RAMÍREZ, Zaragoza, 1979, p. 79]. A tal propósito coadyuvan los principios interpretativos institucionales de “unidad de la Constitución”, “eficacia integradora” y “concordancia práctica”.

- 28 . Dichos principios, que no son sino muestras de un criterio de interpretación institucional superior, permiten inferir lo que PETER HÄBERLE denomina las “cristalizaciones culturales” subyacentes en todo texto jurídico, las que, sin duda, se encuentran contenidas también en la Constitución. En consecuencia, ninguna sociedad que se precie de mantener una sólida identidad con el bien común, puede soslayar que la Norma Fundamental encierra todo un complejo cultural, en el que

es posible identificar un “mínimo común axiológico”, esto es, el punto de encuentro entre los valores básicos de la comunidad. Así, “la Constitución no se limita a ser un conjunto de textos jurídicos o un mero compendio de reglas normativas, sino la expresión de un grado de desarrollo cultural, un medio de autorrepresentación (...) de todo un pueblo, espejo de su legado cultural y fundamento de sus esperanzas y deseos. (...). De ahí que los propios textos de la Constitución deban ser literalmente “cultivados” (la voz “cultura” como sustantivo procede del verbo latino *cultivare*) para que devengan auténtica Constitución”. [HÄBERLE, Peter. *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*. Traducción de Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2000, pp. 34-35].

- 29 . Por todo ello, representa un mandato para este Colegiado identificar los contenidos valorativos dispuestos en la Carta Fundamental, que la erigen como la *letra viva* que plasma la propia esencia cultural de nuestra sociedad, y que son el fundamento tanto para reconocer las dificultades y contingencias del presente como para avizorar las eventuales soluciones a futuro.
- 30 . Los fundamentos axiológicos de la Constitución -cuyo presupuesto ontológico es la dignidad de la persona humana (artículo 1º)-, son la expresión y la propia proyección de nuestra comunidad. De ahí su importancia, y la necesidad inexorable de reconocerlos, desarrollarlos y ubicarlos en el contenido esencial de todos y cada uno de los derechos fundamentales.
- 31 . En efecto, el núcleo duro de los derechos fundamentales, más allá de la materia concreta sobre la que versen, y al margen de la técnica ponderativa que pueda aplicárseles, está imbuido de los valores superiores de nuestro orden constitucional. Y es que un derecho fundamental desprovisto de la raigambre ética que debe transitar nuestro sistema cultural, poco tendrá siquiera de “derecho”, pues estará condenado al repudio social.
- 32 . De otro lado, existe un conjunto de principios o directrices de aplicación e interpretación propios de los derechos fundamentales. En tal medida, para el análisis del presente caso resulta imprescindible considerar de manera especial como pauta o cauce hermenéutico el principio *pro homine* y el principio *pro debilis*, justamente porque se presenta en la circunstancia de analizar un caso donde se encuentran en cuestión el derecho a la vida y la situación o condición más débil en que podría encontrarse el ser humano: cuando inicia su proceso vital, el primer paso en el desarrollo de su vida que acabará con la muerte.

6.1.2. Principio *pro homine*

- 33 . El principio *pro homine* es un principio hermenéutico que al tiempo de informar el derecho de los derechos humanos en su conjunto, ordena que deba optarse, ante una pluralidad de normas aplicables, siempre por aquella norma *iusfundamental* que garantice de la manera más efectiva y extensa posible los derechos fundamentales reconocidos; es decir aquella que despliegue una mayor eficacia de la norma. O como reiteradamente ha señalado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el principio *pro homine* implica que los preceptos normativos se tengan que interpretar del modo que mejor se optimice el derecho constitucional y se reconozca la posición preferente de los derechos fundamentales [STC N.º 1049-2003-PA, fundamento 4]. Asimismo pero de manera inversa, también implica que

debe preferirse la norma o interpretación más restringida cuando de los que se trata es de fijar restricciones al ejercicio de los derechos, sean éstas de carácter permanente o extraordinaria. Esta directriz de preferencia de normas o de interpretación alcanza a ser aplicable incluso en los casos de duda sobre si se presenta una situación en que se encuentran en juego derechos fundamentales u otros derechos.

6.1.3. Principio *pro debilis*

34 . Debe también servir como pauta interpretativa de los derechos fundamentales implicados en el presente caso el principio *favor debilis, pro debilis* o principio de protección a las víctimas, que junto con el principio *pro homine* antes anotado, configuran el *principio de centralidad del ser humano*. Este principio 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.

6.2. Análisis en concreto

35 . Este Tribunal considera que se debe ser sumamente cauteloso en la dilucidación de este caso, en el que existen posiciones encontradas desde la ciencia respecto a los efectos de la píldora en el cuerpo de la madre y en el proceso vital del nuevo ser. Si bien no corresponde zanjar las dudas de la ciencia o definir desde esa perspectiva cuándo es que la vida comienza, pues la *auctoritas* de este Colegiado no es científica, si le corresponde administrar sobre la duda que genera la inexistencia de consenso y certeza sobre los efectos de la píldora.

36 . Para ello, previamente se debe adoptar una posición evidentemente sobre fundamentos que resulten razonables y justos, y sin olvidar que lo que se está interpretando es nada menos que la norma constitucional, la cual, “no es otra cosa que un ensayo, tal vez imposible y casi podríamos calificarlo de “fáustico”, pero profundamente humano y digno de ser interpretado, de transformar en derecho escrito los supremos valores, la pretensión de ”encerrar” de “definir” en una norma positiva, lo que por su naturaleza es inasible e indefinible: lo absoluto”. [CAPPELLETTI, M. *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado*. Traduc. De Cipriano Lara y Héctor Fix Zamudio, México, 1996, p. 74].

37 . A este Colegiado correspondía pues, dentro del marco constitucional y sobre la base de los valores y principios que la configura, ponderar adecuadamente cada una de las posiciones expresadas y mostradas en el expediente, respecto a lo que la ciencia médica entiende por concepción y el momento en que ésta se produce. Igualmente debe ponderar lo que dice la doctrina y normativa jurídica, que no hace sino replicar la controversia inconclusa sobre este hecho tan trascendental. Este inacabado debate, del que se ha dado sólo somera cuenta, no hace sino mostrar de manera descarnada el hecho de que el ser humano, tan orgulloso de sí por el avance científico y grado de evolución que ha logrado, todavía no es capaz de determinar, sin lugar a controversia, el instante en el que se ha creado un nuevo miembro de su especie.

38 . Teniendo en cuenta todo lo expresado hasta aquí, y surgiendo la disyuntiva de tener que optar por uno de los principios de interpretación constitucional desarrollados *supra* respecto a la constitución del concebido; 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. Un ser único e irrepetible, con su configuración e individualidad genética completa y que podrá, de no interrumpirse su proceso vital, seguir su curso hacia su vida independiente. La anidación o implantación, en consecuencia, forma parte del desarrollo del proceso vital, mas no constituye su inicio. Por lo demás, aun cuando hay un vínculo inescindible entre concebido-madre y concepción-embarazo, se trata de individuos y situaciones diferentes, respectivamente; pues es la concepción la que condiciona el embarazo y no el embarazo a la concepción, y es el concebido el que origina la condición de mujer embarazada, y no la mujer embarazada la que origina la condición de concebido.

§7. La denominada “Píldora del Día Siguiente” y sus efectos

39 . La abundante instrumental que corre en autos nos dice de la riqueza de la información traída al proceso por las partes y por las personas a las que se les ha permitido intervenir en las instancias precedentes, información científica que se pone de lado de una y otra posición y que aún en la incertidumbre el Tribunal está en el deber de decidir puesto que conforme a lo que prescribe el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, los jueces no pueden dejar de resolver el conflicto sometido a su determinación, ni en casos de vacíos de la ley o en ausencia de ella.

7.1. Lo que dicen los insertos en el producto, respecto a sus efectos

40 . Junto con lo anterior, en que, como se ha reseñado, existen posiciones encontradas en el mundo científico respecto a los efectos de la píldora, es necesario e importante determinar lo que los fabricantes y/o distribuidores del producto, que operan en nuestro país con sus correspondientes autorizaciones, refieren respecto de aquél y la forma en la que actúan.

a. **GLANIQUE** (Levonorgestrel) 0.75 ó 1.5 mg., elaborado en Argentina por Laboratorios Blipack, S. A. En el inserto del producto se señala: “Farmacodinamia: **El mecanismo de acción de levonor-gestrel no se conoce completamente**. GLANIQUE, en dosis de dos tomas... o dosis única... bloquea la ovulación, impidiendo la fecundación si la relación sexual ha ocurrido en las 72 horas precedentes a la ovulación, es decir en el periodo durante el cual el riesgo de fecundación es el más alto. **Podría impedir igualmente la implantación de un óvulo**, pero es ineficaz si el proceso de implantación ha comenzado” . (Negrita y subrayado nuestro). (información aparecida en: http://www.facmed.unam.mx/bmnd/plm_2k8/src/prods/35280.htm).

b. **TIBEX** (Levonorgestrel) 0,75 mg.; Farminindustria S.A. En el inserto del producto se señala: “Acción Farmacológica: Levonorgestrel inhibe la secreción de la gonadotropina e la pituitaria anterior, previniendo la ovulación y la maduración folicular. **Interfiere con la fertilización y la**

implantación en el ciclo luteal por espesamiento del moco cervical y cambios en el endometrio". (Negrita y subrayado nuestro). (información aparecida en: <http://www.farminindustria.com.pe/productos/222.html>).

- c. **POSTINOR 2** (Levonorgestrel) 0,75 mg.; Fabricado por: Laboratorio Gedeon Richter S.A. Budapest, Hungría. En el inserto del producto se señala: "Acción Farmacológica: POSTINOR 2 (levo-norgestrel) a la dosis recomendada inhibe la secreción de las gonadotropinas de la hipófisis anterior, de este modo actúa impidiendo o previniendo la ovulación y la maduración folicular. Asimismo, tiene acción anticonceptiva a través de otro mecanismo interfiriendo con el transporte espermático por espesamiento del moco cervical. **Consecuentemente, previene la fecundación e implantación en el ciclo luteal.** Por el contrario, no es eficaz una vez iniciado el proceso de implantación. (Negrita y subrayado nuestro). (información aparecida en la página web www.col.org.pe/biblio/plm/PLM/productos/32067.htm).
- d. **NORTREL** (Levonorgestrel) 0,75 mg.; Laboratorios Farmacéuticos Markos S.A. En el inserto del producto se señala: "Acción Farmacológica: Mecanismo de acción/Efecto. Anticonceptivo (sistémico): La inhibición de la excreción de las gonadotropinas de la pituitaria anterior previene la ovulación y la maduración folicular y es una de las acciones anticonceptivas de levonorgestrel. En algunos pacientes que usan anticonceptivos solamente dosis bajas de progestinas, particularmente implantes subdérmico de levonorgestrel, la ovulación no se suprime consistentemente de ciclo a ciclo. **El efecto anticonceptivo de la progestina se alcanza a través de otros mecanismos que resultan en interferencia con fertilización e implantación en el ciclo luteal tal como adelgazamiento del moco cervical y cambios en el endometrio.**" (Negrita y subrayado nuestro). (información aparecida en <http://www.col.org.pe/biblio/plm/PLM/productos/52934.htm>).
- e. **POST DAY** (Levonorgestrel) 0,75 mg.; Lafracol. En el inserto del producto se señala: "Acción Farmacológica: POSTDAY es un medicamento que inhibe y retrasa la ovulación, altera el transporte espermático mediante el espesamiento del moco cervical. **Posteriormente impide la fecundación e implantación** por lo que no se debe administrar después de dicho suceso. Una de las acciones anticonceptivas del levonorgestrel es la inhibición de la secreción de gonadotropina de la glándula pituitaria anterior previniendo la ovulación y maduración del folículo". (Negrita y subrayado nuestro). (información aparecida en la siguiente dirección electrónica <http://www.col.org.pe/biblio/plm/PLM/productos/47894.htm>).

41 . Conforme se desprende de la glosa aparecida en el inserto de los cinco productos mostrados y autorizados en nuestro país como Anticonceptivos Orales de Emergencia, **en todos los casos** se hace referencia al denominado "tercer efecto", esto es expresamente refieren, según el caso, que además de inhibir la ovulación o espesar el moco cervical, **previenen, interfieren o impiden la implantación.**

- 42 . El Reglamento para el Registro, Control y Vigilancia Sanitaria de Productos Farmacéuticos y Afines, aprobado por D.S., N.º 010-97-SA, en su artículo 49º modificado por D.S. N.º 020-2001-SA establece que “El prospecto o inserto que acompaña al producto farmacéutico deberá consignar, la siguiente información: a) Nombre del producto farmacéutico. b) denominación Común Internacional (DCI). En el caso de los productos medicinales homeopáticos se deberá consignar el nombre científico del recurso o recursos utilizados. c) Forma farmacéutica. d) Principios activos y excipientes (c.s.p.). e) Acción farmacológica. f) Indicaciones. g) Cuando corresponda, deberá indicarse las interacciones con otros medicamentos y con alimentos, contraindicaciones, precauciones incompatibilidad, reacciones adversas, advertencias y tratamiento en caso de sobredosis. h) Dosis y vía de administración. Información sobre algunos excipientes cuyo conocimiento sea necesario para un correcto uso del producto.”

De acuerdo a las Identificaciones Estándar de Datos en Salud, aprobado por D.S. N.º 024-2005-SA, “Rotulado”, se define como (ítem 20 del anexo): “Leyenda o escrito, **inserto o prospecto** que se imprime o adhiere en los envases del producto, se le adjunta o lo acompaña y que contiene la **información técnica que obra en el registro sanitario del producto**”. En el mismo cuerpo legal se define (ítem 19) Registro Sanitario como “Procedimiento de aprobación por la autoridad sanitaria competente del Perú para la comercialización de un medicamento, una vez que el mismo ha pasado el proceso de evaluación. El registro debe establecer el uso específico del medicamento, las indicaciones y contraindicaciones para su empleo”.

- 43 . Como se desprende de esta normativa, los insertos incluidos en los envases de los productos farmacéuticos en general, y obviamente en los que corresponden a *Levonorgestrel* en sus distintas presentaciones y marcas, no sólo se trata de informaciones que los propios fabricantes consignan sobre la base de sus investigaciones y experimentaciones con el producto que colocan al acceso del público. También, y esto es sumamente importante relevar, constituyen dichos insertos un pronunciamiento de las autoridades sanitarias peruanas, pues al momento de otorgar el Registro Sanitario a un medicamento, se está aprobando su comercialización “una vez pasado el proceso de evaluación” (evaluación que –se supone- es muy rigurosa, dada la naturaleza del producto y su uso en seres humanos, debiendo establecer dicho registro el uso específico del medicamento, las indicaciones y las contraindicaciones para su empleo.
- 44 . Aparece como contradictorio para este Colegiado que, al tiempo que el accionado Ministerio de Salud niegue cualquier efecto de los anticonceptivos orales de emergencia sobre el endometrio y la implantación, el mismo Ministerio de Salud reciba y previa evaluación apruebe registros sanitarios de dichos productos donde se expresa todo lo contrario.

7.2. Lo que dice la FDA

- 45 . A mayor abundamiento, es necesario referir lo que respecto a los anticonceptivos de emergencia y, específicamente del producto Plan B (una de las formas como se presenta el producto en los Estados Unidos), señala la Agencia norteamericana para la Administración de Alimentos y Drogas FDA (<http://www.fda.gov/Drugs/DrugSafety/PostmarketDrugSafety%20InformationforPatientsandProviders/ucm109795.htm>).

a.1. What is emergency contraception?

Emergency contraception is a method of preventing pregnancy to be used after a contraceptive fails or after unprotected sex. It is not for routine use. Drugs used for this purpose are called emergency contraceptive pills, post-coital pills, or morning after pills. Emergency contraceptives contain the hormones estrogen and progestin (*levonorgestrel*), either separately or in combination. FDA has approved two products for prescription use for emergency contraception – Preven (approved in 1998) and Plan B (approved in 1999).

Su traducción sería :

¿Que es anticoncepción de emergencia?

La anticoncepción de emergencia es un método de prevención de embarazo, a ser usado cuando un anticonceptivo falla o luego de sexo sin protección. No es de uso rutinario. Los medicamentos (drogas) usados para éste propósito, son llamadas píldoras (pastillas) anticonceptivas de emergencia, píldoras post coito o píldoras del día siguiente. Los anticonceptivos de emergencia contienen las hormonas estrógeno y progesterona, ya sea por separado o en combinación. La FDA ha aprobado dos productos para ser usados en caso de anticoncepción de emergencia : Preven y Plan B.

b.2. What is Plan B?

Plan B is emergency contraception, a backup method to birth control. It is in the form of two levonorgestrel pills (0.75 mg in each pill) that are taken by mouth after unprotected sex. Levonorgestrel is a synthetic hormone used in birth control pills for over 35 years. Plan B can reduce a woman's risk of pregnancy when taken as directed if she has had unprotected sex. Plan B contains only progestin, levonorgestrel, a synthetic hormone used in birth control pills for over 35 years. It is currently available only by prescription.

Su traducción sería:

¿Qué es el Plan B?

Plan B es anticoncepción de emergencia, un método backup de control de natalidad. Se administra en forma de dos pastillas de *levonorgestrel* que se toman por vía oral, luego de haber tenido sexo sin protección. *Levonorgestrel* es una hormona sintética usada en píldoras de control de natalidad (anticonceptivos) por más de 35 años. Plan B reduce el riesgo de la mujer de quedar embarazada, cuando es ingerido tan pronto haya tenido sexo sin protección. Plan B contiene sólo *progestin, levonorgestrel*, una hormona sintética usada en píldoras de control de natalidad por mas de 35 años. Regularmente, se puede conseguir bajo prescripción (médica).

c.3. How does Plan B work?

*Plan B works like other birth control pills to prevent pregnancy. Plan B acts primarily by stopping the release of an egg from the ovary (ovulation). It may prevent the union of sperm and egg (fertilization). **If fertilization does occur, Plan B may prevent a fertilized egg from attaching to the womb (implantation).** If a fertilized egg is implanted prior to taking Plan B, Plan B will not work. (resaltado y subrayado nuestro).*

Su traducción sería:

¿Cómo trabaja (actúa) Plan B?

Plan B trabaja como cualquier otra píldora de control de natalidad, para prevenir el embarazo. Plan B actúa primeramente, paralizando la liberación de un huevo (ovulo) del ovario. Puede impedir la unión entre el espermatozoide y el óvulo (fertilización). **Si ocurriese la fertilización, Plan B puede impedir que el óvulo fertilizado se adhiera en el útero (implantación).** Si el óvulo estuviera implantado antes de tomar Plan B, Plan B no trabaja.

- 46 . La misma Agencia norteamericana para la Administración de Alimentos y Drogas – FDA, también tiene registrado como anticonceptivo oral de emergencia al medicamento denominado Plan B One-Step fabricado por Gedeon Richter, Ltd., para Duramed Pharmaceuticals, Inc. http://www.accessdata.fda.gov/drugsatfda_docs/label/2009/021998lbl.pdf y replicado en la página web de promoción del producto (<http://www.planbonestep.com/pdf/PlanBOneStepFullProductInformation.pdf>), se indica claramente el efecto sobre la implantación por alteración del endometrio. prescribiendo: *PLAN B ONE-STEP “CLINICAL PHARMACOLOGY 12.1 Mechanism of Action Emergency contraceptive pills are not effective if a woman is already pregnant. Plan B One-Step is believed to act as an emergency contraceptive principally by preventing ovulation or fertilization (by altering tubal transport of sperm and/or ova). **In addition, it may inhibit implantation (by altering the endometrium).** It is not effective once the process of implantation has begun”.*

Cuya traducción es: “Farmacología clínica. 12.1 Mecanismo de acción. Las píldoras de anticoncepción de emergencia no son efectivas si las mujeres se encuentran embarazadas. Plan B One-Step se cree que actúa como un anticonceptivo de emergencia principalmente evitando la ovulación o la fertilización (por alteración del transporte del espermatozoide y óvulos). **Adicionalmente, puede inhibir la implantación (por alteración del endometrio).** No es efectiva una vez que el proceso de implantación ha comenzado”.

Es importante referir que el inserto del producto PLAN B aquí glosado, ha sido revisado en **julio del 2009**, según se consigna al pie del documento.

§8. La necesidad de recurrir al principio precautorio en el caso concreto

- 47 . Junto a los principios que nos han servido de pauta interpretativa respecto al derecho a la vida; para la adopción de una posición respecto a la denominada “Píldora del Día Siguiente” y su acusada afectación al concebido con el denominado tercer efecto, que produciría cambios en el endometrio y no permitiría la anidación, será necesario utilizar el denominado por la doctrina y la legislación *principio precautorio*. Esta directriz adquiere especial relevancia en los casos donde se encuentran en controversia la posible afectación de los derechos a la salud y la vida, por actividades, procesos o productos fabricados por el hombre.

8.1. Principio precautorio

- 48 . El principio precautorio inicialmente creado para la protección del hábitat de animales y después en general para la protección de la ecología y el medio

ambiente, ha pasado ya también a ser pauta o recurso para el análisis de actividades, procesos o productos que puedan afectar a la salud del ser humano. La salud humana es uno de los ejes fundamentales del recurso a este principio.

- 49 . Al principio precautorio se le pueden reconocer algunos elementos. Entre ellos: a) la existencia de una amenaza, un peligro o riesgo de un daño; b) la existencia de una incertidumbre científica, por desconocimiento, por no haberse podido establecer evidencia convincente sobre la inocuidad del producto o actividad aun cuando las relaciones de causa-efecto entre éstas y un posible daño no sean absolutas, o incluso por una importante controversia en el mundo científico acerca de esos efectos en cuestión; y, c) la necesidad de adoptar acciones positivas para que el peligro o daño sea prevenido o para la protección del bien jurídico como la salud, el ambiente, la ecología, etc. Una característica importante del principio anotado es el de la inversión de la carga de la prueba, en virtud de la cual los creadores del producto o los promotores de las actividades o procesos puestos en cuestión deben demostrar que estos no constituyen un peligro o no dañan la salud o el medio ambiente.
- 50 . Respecto de este principio el Tribunal Constitucional ha señalado que “b) El “principio precautorio” o también llamado “de precaución” o “de cautela” se encuentra estrechamente ligado al denominado principio de prevención. Este exige la adopción de medidas de protección antes de que se produzca realmente el deterioro al medio ambiente. Aquel opera más bien ante la amenaza de un daño a la salud o medio ambiente y la falta de certeza científica sobre sus causas y efectos. Es justamente en esos casos en que el principio de precaución puede justificar una acción para prevenir el daño, tomando medidas antes de tener pruebas de este” [STC N.º 3510-2003-PA]. Adicionalmente ha señalado en la misma sentencia que “c) Si bien el elemento esencial del principio de precaución es la falta de certeza científica para aplicarlo, aun cuando no sea imprescindible demostrar plenamente la gravedad y realidad del riesgo, sí resulta exigible que haya indicios razonables y suficientes de su existencia y que su entidad justifique la necesidad de adoptar medidas urgentes, proporcionales y razonables. No siempre la prohibición absoluta de determinada actividad es la única vía para alcanzar determinado grado de protección, pues, dependiendo del caso, el mismo puede ser alcanzado, mediante la reducción de la exposición al riesgo, con el establecimiento de mayores controles y la imposición de ciertas limitaciones”.
- 51 . Por lo expuesto, atendiendo a que, según lo evidenciado en autos, el mundo científico se encuentra fisurado respecto a los efectos del AOE sobre el endometrio y la implantación; es necesario ponderar cada una de las posiciones expresadas, a fin de definir jurídicamente si tales efectos existen. Dada esta realidad, y sin desconocer la validez e importancia de las opiniones presentadas durante el proceso, este Tribunal considera que hay suficientes elementos que conducen a una duda razonable respecto a la forma en la que actúa el AOE sobre el endometrio y su posible efecto antimplantatorio, lo que afectaría fatalmente al concebido en la continuación de su proceso vital. Esta decisión se adopta fundamentalmente sobre la base de la información expresada en los insertos de cada una de las presentaciones de los anticonceptivos orales de emergencia, que en su totalidad hacen referencia a tal efecto.

52 . No obstante ello, la decisión de ninguna manera podría pretender ser inmutable, pues como reiteradamente se ha señalado, ésta ha debido ser tomada aun cuando hay importantes razones del lado de la demandada, importantes pero no suficientes, para vencer la duda razonable aludida, por lo menos hoy en día. Más aún, atendiendo justamente a esa situación, debe quedar claro que si en el futuro se llegase a producir niveles de consenso tales respecto de la inocuidad del *levonorgestrel* para el concebido, evidentemente tendría que cambiarse de posición.

8.2. Dilucidación de la controversia

53 . 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.

54 . Respecto al extremo de la demanda en el que se pide que una decisión del Poder Ejecutivo dependa de una eventual y previa consulta al Congreso de la República, éste debe ser declarado infundado, pues de acuerdo a su configuración político constitucional, el Perú es un Estado que se sustenta, entre otros, en el principio de división, balance y control de poderes (artículo 43° de la Constitución), en los que el Poder estatal es ejercido de acuerdo a las funciones, atribuciones y competencias que la propia Constitución establece, con las consecuencias y responsabilidades propias de su función.

§9. Algunas consideraciones en torno a la venta de la denominada “Píldora del Día Siguiente”

55 . Sobre la base de las consideraciones expuestas *supra*, se ha fundamentado la inconstitucionalidad de la distribución gratuita como método anticonceptivo del Programa Nacional de Planificación Familiar del AOE. Sin embargo, este Colegiado estima necesario plantear algunas valoraciones sobre la venta y expendio del producto en farmacias privadas y establecimientos comerciales, no obstante no formar parte del petitorio de la demandante. Y ello porque los posibles efectos derivados de la libre comercialización desinformada de la AOE representan una amenaza concreta respecto de la cual no es posible permanecer indiferentes.

56 . Todos estos elementos de análisis no se afincan en el ámbito de un pretendido perfeccionismo moral ni en el de la tutela dispensada por un Estado paternalista, Los términos de por sí complejos de la controversia exigen que se tome posición; conviene subrayar por ello que frente al relativismo moral y ético de las sociedades actuales, la Constitución establece “un consenso mínimo, esto es, un consenso sobre un núcleo de criterios morales que representen los valores básicos para una convivencia realmente humana” [ROBLES, Gregorio. *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*. Madrid: Cuadernos Civitas, 1997. pp. 183 y ss.]. Este Colegiado está convencido de que este consenso mínimo se encuentra en la

afirmación de la protección que se exige a los poderes públicos respecto a los derechos fundamentales de la persona humana, y de las distintas dimensiones en las que concurre de manera concreta en un mercado libre de intercambio de bienes y servicios. En efecto, todos los seres humanos somos consumidores y usuarios, y todas las actividades económicas que el hombre realiza en una u otra medida están destinadas a la satisfacción de necesidades.

- 57 . Dentro del espectro de garantías de la tutela de los consumidores, en lo que a materia del presente caso corresponde, se emitirá pronunciamiento sobre el manejo de la información sobre los productos (de importancia para la salud pública y para una adecuada toma de decisión de consumo).
- 58 . Así, en el fundamento 9 de la STC N.º 3315-2004-AA/TC, se ha interpretado que el artículo 65 de la Constitución se sustenta en un conjunto de principios, dentro de los cuales se encuentra el principio *in dubio pro consumidor*. El cual, en sí mismo, implica un mandato para los operadores administrativos o jurisdiccionales del Estado (entre ellos este supremo Tribunal) para que realicen una interpretación de las normas legales en términos favorables al consumidor o usuarios en caso de duda insalvable sobre el sentido de las normas. En puridad, alude a una proyección del principio *pro consumidor*.
- 59 . De allí que si había duda sobre los efectos reflejada en los insertos del producto, ésta ha debido merecer, antes del otorgamiento del Registro Sanitario respectivo que autorizó su expendio en nuestro país, una evaluación y, a partir de allí, una aprobación por parte de las autoridades de Salud, conforme a lo previsto en la normativa del sector. Se exige por tanto la realización directa de la inspección técnica o técnico-sanitaria y de los correspondientes controles y análisis, en la medida en que se cuente con medios para su realización, o promoviendo, colaborando o facilitando su realización por otras entidades u organismos. De lo contrario, los consumidores quedarán en situación de indefensión por una deficiencia del Estado en su deber de cautelar los productos que ingresan al mercado, atendiendo sobre todo a la importancia que tienen en la salud y la vida humana misma. A esta situación se añade la comercialización indiscriminada, que no se encuentra acompañada de la correspondiente prescripción, o del necesario control médico previo y posterior en los supuestos extraordinarios de su ingesta, o de la frecuencia de ella. Asimismo, se oferta como un método anticonceptivo, siendo que ni siquiera los sectores médicos más entusiastas pueden darle dicho carácter. Todo lo cual configura una situación de irregularidad inconstitucional.
- 60 . Por ello, este Colegiado considera que el presente caso permite revalorizar el *status* de consumidor no como el de ser sujeto pasivo de la economía que observa con indiferencia o impotencia el modo como los agentes económicos y las entidades del Estado competentes desarrollan sus actividades o entran en disputa, sino el de ser destinatario fundamental de las relaciones que la sustentan y, por supuesto, de aquellas que la justifican en el marco del Estado social y democrático de Derecho. Corresponde pues establecer límites fundamentados en la relevante posición que ocupa, lo que supone que no se puede permitir el acceso al mercado de productos cuyos efectos no se encuentran debidamente establecidos, por los riesgos inminentes que representa no sólo para la vida del concebido, sino incluso por los efectos secundarios que pueden presentarse en la propia mujer que las ingiere.

- 61 . Entonces surge la interrogante sobre la legitimidad del Estado para intervenir de alguna manera frente a esta situación. El razonamiento económico alega que en los “mercados perfectos” se debe permitir a los compradores y vendedores interesados llevar a cabo sus transacciones comerciales sin interferencia del gobierno. Pero los productos farmacéuticos y la atención de salud son diferentes de otros bienes de consumo, por lo que varias consideraciones apoyan la necesidad de participación del gobierno. Uno de estos supuestos habilitantes es el desequilibrio de información, pues a entender de este Colegiado queda acreditado que las mujeres destinatarias, y a menudo los profesionales de la salud, tienen dificultades para tener información completa acerca de la calidad, inocuidad, eficacia e idoneidad de este producto.
- 62 . En consecuencia, todo ello exige que el consumidor disponga de información suficiente sobre la seguridad y efectividad del producto. Son las autoridades competentes las que deben efectivamente cerciorarse, hasta tener un grado de certeza, que el fármaco tiene propiedades benéficas para la salud y que no produce efectos secundarios mortales o dañinos. Sin embargo, una vez que esas autoridades efectúen tales exámenes y autoricen el fármaco sin grados de dudas sobre ello, los terceros que sostengan que las autoridades se han equivocado, deben probar el efecto dañino que alegan (inversión de la carga de la prueba).

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda; en consecuencia, ordénase al Ministerio de Salud se abstenga de desarrollar como política pública la distribución gratuita a nivel nacional de la denominada “Píldora del Día Siguiente”.
2. Ordenar que los laboratorios que producen, comercializan y distribuyen la denominada “Píldora del Día Siguiente” incluyan en la posología la advertencia de que dicho producto podría inhibir la implantación del óvulo fecundado.

Publíquese y notifíquese.

SS.

VERGARA GOTELLI
MESÍA RAMÍREZ
BEAUMONT CALLIRGOS
ETO CRUZ
ÁLVAREZ MIRANDA

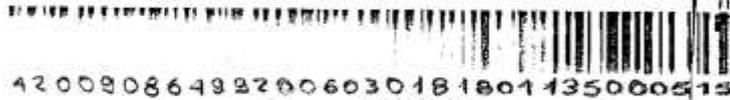
PODER JUDICIAL DEL PERU
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA
LIMA

Edif. Javier Alzamora Valdez

Escrito por Enciso y Enciso

06/05/2009 09:40:33

Pag 1 de 1



DEFENSORIA DEL PUEBLO
TRAMITE DOCUMENTARIO
RECIBIDO
11 MAY 2009
Nº 86499-2
15VO JUZGADO FAMILIA
TUPAC YUPANQUI RODAS, IRMA

EXPEDIENTE 183515-2006-00113-0

JUEZ SALAZAR SANCHEZ, JORGE

MATERIA EXCLUSION DE NOMBRE

JUZGADO

ESPECIALISTA LEGAL

15VO JUZGADO FAMILIA

TUPAC YUPANQUI RODAS, IRMA

DEMANDANTE

SKE PURICA, CARLA

DEMANDADO

DIRICH DE LA OLIVA LUCERO

222 360 2

DESTINATARIO DEFENSORIA DEL PUEBLO - AMICUS CURIAE

DIRECCION LEGAL: JR. UCAYALI 388 LIMA - LIMA / LIMA / LIMA

Se adjunta Resolucion TREINTA Y UNO de fecha 27/02/2009 a Fjs: 13

ANEXANDO LO SIGUIENTE:

ADJ.RES N°31 - SENTENCIA 06/01/09

URGENTE

PODER JUDICIAL

06 MAYO 2009 18

J. ENCISO

HENRY GALLARDO NIÑQUE
ASISTENTE JUDICIAL

15º Juzgado de Familia de Lima
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

MF3-127582-0

6 DE MAYO DE 2009

PODER JUDICIAL



DECIMO QUINTO JUZGADO ESPECIALIZADO DE FAMILIA

Expediente Nro. : 183515 – 2006 – 00113.
Especialista : María Ida Torres Yupanqui.
Demandante : Carla Monic See Aurish.
Demandados : Lucero Aurish de la Oliva y otro.
Materia : **IMPUGNACION DE MATERNIDAD.**
Juez : Dra. Nancy Coronel Aquino

SENTENCIA

RESOLUCION NRO TREINTA Y UNO.

Lima, seis de enero
Del dos mil nueve.-

VISTOS: Resulta de autos que por escrito de fojas 106/145, subsanado a fojas 238/241 doña CARLA MONIQUE SEE AURISH interpone demanda de **IMPUGNACIÓN DE MATERNIDAD** la misma que la dirige contra doña JENNI LUCERO AURISH DE LA OLIVA y don LUIS EDUARDO MENZO BARBER a efectos que el Órgano Jurisdiccional declare: **I)** Que la menor DANIELA MENDOZA AURISH es hija de la actora al haber sido concebida por su persona y por su esposo Luis Eduardo Mendoza Barber; y **II)** Se ordene la rectificación de la partida de nacimiento en la que erróneamente se ha señalado que la madre de la citada menor es doña Jenny Lucero Aurish De La Oliva; en base a los fundamentos de hecho que expone, que esencialmente, son los siguientes: **1)** Que entre los años mil novecientos noventa y dos y mil novecientos noventa y tres conoció al demandado Luis Eduardo Mendoza Barber manteniendo una relación sentimental que se consumó el catorce de junio del dos mil tres, fecha en la cual contraen matrimonio civil; **2)** Que al ser víctima de constantes dolores de cabeza, con fecha diecisiete de julio de mil novecientos noventa y ocho decidió someterse a un examen médico con la finalidad de determinar la causa de sus molestias físicas, hasta que con fecha veintiocho de diciembre del mismo año, el doctor Luis Solari le diagnosticó que padecía de insuficiencia renal y solo contaba con el riñón izquierdo en funcionamiento inadecuado, pues mediante una ecografía, practicada el dieciocho de julio del dos mil cinco, se determinó que tenía "... *riñones hipoplásicos de menor tamaño en el lado derecho y retardo de eliminación por el riñón derecho con ligera alteración morfológica de los cálices en ambos riñones...*" enfermedad que se origina a los tres años de edad debido a una leve infección urinaria inadecuadamente

Dra. NANCY CORONEL AQUINO

J. J. J. J.
1º Juzgado Especializado de Familia de Lima
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

atendida que motivó que el riñón derecho se auto cicatrizara dejando así de funcionar por completo, dado lugar aun doble trabajo del riñón izquierdo y por ende el desgaste mas rápido de lo normal, que al diagnosticársele "...insuficiencia renal Neuropatia por analgésicos y hipertensión arterial..." el médico tratante, doctor Batillana le confirio que **su organismo nunca podría resistir un embarazo, dado que en caso de quedar embarazada la vida de la actora como del embrión no podrían coexistir;** 3) Que al no resistir la idea de tener una familia conformada solo por ella y su cónyuge y sabiendo que los procedimientos de adopción en el Perú son engorrosos, decidieron buscar posibilidades científicas, y es así que llegan a la Clínica de Miraflores, siendo atendidas por el doctor Augusto Ascenzo quien les confirio la posibilidad de emplear el método de "*maternidad subrogada*", denominado así por el hecho que es otro vientre, distinto a la de la madre, que da cobijo a un ser humano durante nueve meses, el mismo que ha sido concebido con el óvulo y espermatozoide de una pareja heterosexual distinta a la dueña del vientre que lo albergara; 4) Que habiendo la madre de la actora, Jenny Lucero Aurich De La Oliva, ofrecido su vientre para posibilitar la procreación de un hijo, se realizo el procedimiento de "*maternidad subrogada*" en cuyo vientre se iba implantar el embrión concebido con las células sexuales de la pareja; 5) Que después de varios procedimientos y exámenes pertinentes, en septiembre del dos mil cuatro se realizo la extracción de los óvulos de su persona, así como los espermatozoides de su cónyuge Luis Eduardo, para llevar a cabo la fecundación In Vitro, que al haberse procedido a la concepción, el embrión fue insertado en el vientre de doña Jenny Lucero Aurich De La Oliva, con un diecinueve por ciento de albergarla exitosamente, culminado la técnica humana del embarazo, el mismo que se llevo con normalidad, hasta que el seis de mayo del dos mil cinco, cuando la niña Daniela tenía siete meses y veinte días de gestación, nace mediante cesárea en la Clínica de Miraflores, y desde aquella fecha ha sido entregada y criada por su persona y la de su esposo en condición de padre de la menor; 6) Que sin embargo el día que nace su hija, la Clínica de Miraflores consigna en la partida de nacimiento, de manera errónea, que la madre de Daniela era Jenny Lucero Aurich De La Oliva, esto es que, según la partida de nacimiento Daniela y la actora son hermanas e hijas de Jenny Lucero Aurich De La Oliva, lo cual resulta un problema en lo concerniente a la patria potestad, herencia, identidad de la menor y otros supuestos jurídicos mas. Ampara su demanda en los Artículos 2º inciso 1 y 4º de la Constitución Política del Estado; Artículos 1º, 9º, 20º, 233º, 236º del Código Civil; Artículos I, IX del Título Preliminar del Código de Los Niños y Adolescentes; Artículos 6º, 8º del mismo cuerpo legal, y demás normas que allí precisa. Que tramitada la causa con arreglo a su naturaleza, por resoluciones dos y cuatro, de fojas 244 y 257. se admite a tramite la demanda de impugnación de maternidad en la vía del Proceso de Conocimiento, confiriéndose traslado a los demandados por el plazo y apercibimiento de ley; Por resolución seis, de fojas 279, se tiene por contestada la demanda a don Luis Eduardo Mendoza Barber en los términos que aparecen en su escrito de fojas 250, 253, subsanado a fojas 277-278; por resolución siete, de fojas 289, se tiene por contestada la demanda a la co-demandada Jenny Lucero Aurich De La Oliva, en los términos que se contrae sus escritos de fojas 260, 264 y 288, declarándose Saneado el Proceso y se cita a las partes a la Audiencia de Conciliación, la misma que tiene lugar en los términos a que se refiere el acta de fojas 318-320, desarrollándose las etapas de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Saneamiento Probatorio; La Audiencia de Pruebas se desarrollo en

Dña. **Wendy Carrasco Aguirre**
 J. U. S. A.
 19 de Mayo del 2015, San José de Illes
 GARCIA, J. U. S. A.

cuatro sesiones consecutivas, conforme las actas de fojas 363/364, 377/381, 412/418 y 466/468; que incorporados y actuados todos los medios probatorios, remitido los autos al Ministerio Público para el Dictamen de Ley, evacuado mediante Dictamen de fojas 492/499; y solicitado sentencia, es el momento de expedirla: Y **CONSIDERANDO: Primero: DE LA FINALIDAD DEL PROCESO:** Que conforme el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil. “ *El juez deberá atender a que la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, haciendo efectivo los derechos sustanciales y que su finalidad abstracta es lograr la paz social en justicia.*”, Que en virtud de ello el Juzgador al resolver las controversias debe basarse en el mérito de lo actuado, el derecho y la justicia; **Segundo: DE LOS MEDIOS PROBATORIOS:** Que los medios probatorios tienen por finalidad: 1) **Acreditar** los hechos expuestos por las partes; 2) **Producir certeza** en el Juez respecto de los puntos controvertidos; y 3) **Fundamentar** sus decisiones, y la valoración de los mismos se realizará en forma conjunta utilizando la apreciación razonada, conforme dispone los artículos 188º y 197º del Código Procesal Civil; **Tercero: DE LA PROCEDENCIA DEL EJERCICIO DE LA ACCION:** Que para efectos de emitir un pronunciamiento válido sobre el fondo de la controversia se hace necesario verificar la validez de la relación jurídica procesal, esto es la preexistencia de los presupuestos procesales y las condiciones de la acción, y sobre este último, el “*interés para obrar*”, la “*legitimidad para obrar*” y la “*posibilidad jurídica*”, reguladas en el Artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Civil en concordancia con el Artículo 427º incisos 1, 2 y 6 del mismo Código Adjetivo; que en el caso que nos ocupa, la demandante CARLA MONIQUE SEE AURISH pretende se le reconozca el derecho de madre de la niña DANIELA MENDOZA AURISH, cuya procreación, refiere aporó su óvulo genético, el mismo que conjuntamente con el espermatozoide de su cónyuge Luis Eduardo Mendoza Barber procreo a la referida niña, habiendo la madre de la actora, doña JENNI LUCERO AURICH DE LA OLIVA aportado su útero o matriz para albergar al óvulo fecundado In Vitro, para su consiguiente gestación y parto, y estando a que el “*interés para obrar*” es el derecho que tiene todo justiciable de auténtica tutela jurisdiccional se cumple esta primera condición del ejercicio de la acción; que con relación a la “*legitimidad para obrar*”, o “*legitimación activa*”, entendida aquella como la relación de identidad entre aquellos que intervienen en la relación jurídica material previa, con la relación jurídica procesal, en el caso que nos ocupa, de la copia certificada del acta de nacimiento de la niña DANIELA MENDOZA AURISH de fojas 99, repetida a fojas 151, fluye como: **Datos de la madre:** JENNI LUCERO AURICH DE LA OLIVA, y **Datos del padre:** LUIS EDUARDO MENDOZA BARBER, **apareciendo el reconocimiento expreso de ambos padres con su firma respectiva**, y en consecuencia, desde esta óptica la demandante no se encontraría legitimada para solicitar el reconocimiento de maternidad a su favor, máxime que conforme lo dispone el Artículo 395º del Código Civil “*El reconocimiento no admite modalidad y es irrevocable.*”: Que por otro lado, en observancia estricta del principio de legalidad, nuestro Código Civil, en su Artículo 371º, solo permite impugnar la maternidad en dos supuestos: “*Suplantación de hijo*” y “*parto supuesto*”, lo que no se presenta en el caso de autos; por otro lado, el Artículo 2º del mismo Código expone “*La mujer puede solicitar judicialmente el reconocimiento de su embarazo o del parto, con citación de las personas que tengan interés en el nacimiento.* ...” y el

Séptimo: Que de la revisión de autos fluye, que con fecha **catorce de junio del dos mil tres** doña CARLA MONIQUE SEE contrae matrimonio civil con don LUIS EDUARDO MENDOZA BARBER ante la Municipalidad de Miraflores, conforme la copia certificada del Acta de Matrimonio de fojas 27 y 152; De la copia certificada del Acta de Nacimiento de fojas 99, repetida a fojas 151 fluye, que con fecha **seis de mayo del dos mil cinco** nace la niña DANIELA MENDOZA AURICH, cuyos datos de los padres se encuentran consignados como JENNI LUCERO AURICH DE LA OLIVA y LUIS EDUARDO MENDOZA BARBER cuyo reconocimiento expreso obra en el mismo, apreciándose también que la niña tiene inscrita los apellidos de ambos padres, con arreglo a lo dispuesto en el Artículo 20º del Código Civil: **Octavo:** Que de la copia certificada del Informe Médico de fojas 174/175 obra los resultados de los Junta Médica practicada a la paciente CARLA SEE AURICH con fecha diecinueve de Agosto de mil novecientos noventa y ocho que concluye "...Se trata de un caso de neuropatía por analgésicos (la paciente ingería combinaciones de Caféina, Aspirina, Paracetamol, etc) ... la paciente padece: 1. Insuficiencia Renal Leve Moderada; 2. Neuropatía por analgésicos; 3- Hipertensión Arterial Secundaria 1 y 2..."; a fojas 159/170 obran los Exámenes Clínicos de Bioquímica, Acido Úrico e Orina, Aldosterona, Renina, Hemograma Completo, Proteinograma Electroforetico, y otras practicados por la Clínica Angloamericana en la persona de Carla See Aurich; De la copia certificada del Informe Médico emitido con fecha **veintiocho de Diciembre de mil novecientos noventa y ocho**, por el Doctor Luis Solari de la Fuente (fojas 172) fluye "... Conoci a la paciente CARLA SEE AURICH (22 años) el 08 de Julio de 1998, quien me consulto por su episodio de Bronquitis Aguda. Incidentalmente en su examen clínico le detecte presión arterial de 148/96 mm Hg. ... siendo yo el primer médico que le detecto Hipertensión Arterial. procedí a solicitarle una investigación completa para tal diagnostico con particular énfasis en explorar sus riñones y vías urinarias, por ser estos órganos causa frecuente de HTA en personas jóvenes. En su urografía excretora minutada se constato que tiene riñones pequeños, siendo mas pequeño el del lado derecho, con retardo de la eliminación de la sustancia de contraste con éste riñón, presentando también alteración de la morfología calidad de ambos riñones. Además hay reducción de tamaño del polo superior del riñón izquierdo. En la urografía isotópica con radiorenograma se aprecio que el riñón derecho es de aspecto atrófico y solo con esbozo de actividad funcional. El riñón izquierdo tiene lenta fase excretora. ... Con la evidencia de estar ante un caso de Hipertensión Arterial Nefrogena e Insuficiencia Renal leve moderada, y debido a la juventud de la paciente, dispuse la realización de una junta médica ... para evaluar el caso, definir el origen de los destacado, su tratamiento y evolución ..."; **Noveno:** Que de las copias de la Historia Clínica del Proceso de Fecundación, embarazo y parto de la menor DANIELA MENDOZA AURICH emitida por la Clínica Miraflores de fojas 179/237 y 333/350 que contiene: Informe Médico sobre el Procedimiento realizado a la paciente Carla Monique See Aurich en dicha institución: La Historia Clínica de la Aspiración Folicular de la paciente Carla See Aurich; La Historia Clínica de la transferencia embrionaria a la señora Jenny Aurich De La Oliva; y la Historia Clínica de la cesárea de la señora Jenny Aurich De la Oliva; fluye, con relación a la demandante CARLA MONIQUE SEE AURICH, con fecha **veintinueve de Abril del dos mil cuatro**, se determina que tiene veintisiete años de edad, es casada con don Luis Eduardo Mendoza, tratamientos efectuados anteriormente "... tiene insuficiencia renal y el nefrólogo le ha dicho que

10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24
25
26
27
28
29
30
31
32
33
34
35
36
37
38
39
40
41
42
43
44
45
46
47
48
49
50
51
52
53
54
55
56
57
58
59
60
61
62
63
64
65
66
67
68
69
70
71
72
73
74
75
76
77
78
79
80
81
82
83
84
85
86
87
88
89
90
91
92
93
94
95
96
97
98
99
100
101
102
103
104
105
106
107
108
109
110
111
112
113
114
115
116
117
118
119
120
121
122
123
124
125
126
127
128
129
130
131
132
133
134
135
136
137
138
139
140
141
142
143
144
145
146
147
148
149
150
151
152
153
154
155
156
157
158
159
160
161
162
163
164
165
166
167
168
169
170
171
172
173
174
175
176
177
178
179
180
181
182
183
184
185
186
187
188
189
190
191
192
193
194
195
196
197
198
199
200
201
202
203
204
205
206
207
208
209
210
211
212
213
214
215
216
217
218
219
220
221
222
223
224
225
226
227
228
229
230
231
232
233
234
235
236
237
238
239
240
241
242
243
244
245
246
247
248
249
250
251
252
253
254
255
256
257
258
259
260
261
262
263
264
265
266
267
268
269
270
271
272
273
274
275
276
277
278
279
280
281
282
283
284
285
286
287
288
289
290
291
292
293
294
295
296
297
298
299
300
301
302
303
304
305
306
307
308
309
310
311
312
313
314
315
316
317
318
319
320
321
322
323
324
325
326
327
328
329
330
331
332
333
334
335
336
337
338
339
340
341
342
343
344
345
346
347
348
349
350
351
352
353
354
355
356
357
358
359
360
361
362
363
364
365
366
367
368
369
370
371
372
373
374
375
376
377
378
379
380
381
382
383
384
385
386
387
388
389
390
391
392
393
394
395
396
397
398
399
400
401
402
403
404
405
406
407
408
409
410
411
412
413
414
415
416
417
418
419
420
421
422
423
424
425
426
427
428
429
430
431
432
433
434
435
436
437
438
439
440
441
442
443
444
445
446
447
448
449
450
451
452
453
454
455
456
457
458
459
460
461
462
463
464
465
466
467
468
469
470
471
472
473
474
475
476
477
478
479
480
481
482
483
484
485
486
487
488
489
490
491
492
493
494
495
496
497
498
499
500

no puede tener hijos ...usaremos a su mamá para el vientre de alquiler por insuficiencia renal..."; Con fecha **veintidós de mayo del dos mil cuatro** (fojas 182) se le practica una Ecografía Ginecológica cuya IMPRESIÓN DIAGNOSTICA dice "...**UTERO:** Anteverso, ligeramente lateralizado hacia la derecha, bordes ligeramente irregulares. **OVARIO DERECHO:** Micropoliquístico. **OVARIO IZQUIERDO:** Micropoliquístico Leve. **LIQUIDO EN DOUGLAS:** Escaso. ..."; con fecha **diecinueve de setiembre del dos mil cuatro** "...se aspiran **09 ovocitos...**" (fojas 181, 189 y 346); Con fecha **treinta de Septiembre del dos mil cuatro**, el Jefe del Laboratorio del citado Instituto de Ginecología y Fertilidad emite el Informe de Reproducción Asistida "**NOMBRE DE LA PACIENTE:** Mendoza – **See;** **MÉDICO TRATANTE:** Augusto Ascenzo; **PROCEDIMIENTO:** ICSI; **FECHA:** 19 de Septiembre del 2004; **OVOCITOS OBTENIDOS:** 09 (08 MET-II, 1 ATRESICO); **OVOSITOS INSEMINADOS/INYECTADOS:** 08; **OVOCITOS FECUNDADOS:** 06; **EMBRIONES OBTENIDOS:** 06; **EMBRIONES TRANSFERIDOS:** 03 (6-II, 8-II, 8-II); **EMBRIONES CONGELADOS:** 03 ..." (Fojas 190); Que del Informe Médico – Nefronológico expedido con fecha **nueve de diciembre del dos mil cinco** (fojas 25) por el médico tratante, Doctor Cesar Liendo Liendo, relacionado a doña Carla See Aurich, precisa "... La señora Carla See ha sido controlada médicamente de manera ambulatoria y con algunas interurrencias de hospitalización por el suscrito, desde Abril del 2001. Refiriendo la Historia Clínica que desde Diciembre de 1998 se detecta hipertensión arterial asociada a insuficiencia renal crónica estadio leve a moderado... concluyéndose que la causa era dependiente de hipoplasia renal y neuropatía intersticial crónica por consumo de analgésicos. ... en mayo del 2003 el suscrito fue consultado sobre la posibilidad de gestación de la señora Carla See. Se revisó el caso clínico y la evolución laboratorial de la paciente y se opinó por la **NO OPINION FAVORABLE** en relación al embarazo, pues esta situación fisiológica (gestación) tendría la gran posibilidad de **ACELERAR** el deterioro de la función renal. Al momento actual la señora See es portadora de insuficiencia renal crónica estadio avanzado..."; **Décimo:** Con relación a doña JENNI LUCERO AURICH DE LA OLIVA, con fecha **veintiuno de Junio del dos mil cuatro**, se determina que tiene cincuenta y cuatro años de edad, a fojas 202 aparece "...será vientre de su hija..."; en aquella fecha se le practica la primera ECOGRAFIA OBSTETRICA I-4D, cuya IMPRESIÓN DIAGNOSTICA es "...**GESTACION UNICA:** de 06 semanas (Por Ecografía); **MARCADORES CROMOSOMICOS FETALES:** Normales; **CERVIX:** Longitud 33 mm; **ORIFICIO INTERNO Y EXTRENO:** Cerrados; **BOTON PLACENTARIO DE INSERCIÓN:** Baja. ..." (fojas 203); Con fecha **primero de Diciembre del dos mil cuatro**, se le practica la segunda ECOGRAFIA OBSTETRICA I 4D, cuya IMPRESIÓN DIAGNOSTICA es "... **GESTACION UNICA:** de 12 semanas, 02 días (Por Ecografía); **MARCADORES CROMOSOMICOS FETALES:** Normales; **CERVIX:** Longitud 33 mm; **ORIFICIO INTERNO Y EXTRENO:** Cerrados; **PLACENTA DE INSERCIÓN:** Baja (Previa Total). ..." (fojas 210); Con fecha **trece de Enero del dos mil cinco**, se le practica la tercera ECOGRAFIA OBSTETRICA II-III 4D, cuya IMPRESIÓN DIAGNOSTICA es "... **GESTACION UNICA:** de 18 semanas, 02 días (Por Ecografía); **PODALICO LONGITUDINAL:** Dorso Anterior; **PLACENTA POSTERIOR DE INSERCIÓN:** Baja (previa total); **MARCADORES CROMOSOMICOS FETALES:** Normales; **BIENESTAR FETAL:** Estudio Fluxométrico Doppler Color en Arteria Umbilical: Normal; y **ARTERIA CEREBRAL MEDIA:** Normal..." (fojas 214); Con fecha

diecisiete de Febrero del dos mil cinco, se le practica la cuarta ECOGRAFIA OBSTETRICA II-III 4D, cuya IMPRESIÓN DIAGNOSTICA es "... GESTACION UNICA: de 23 semanas, 03 días (Por Ecografía); SITUACIÓN TRANSVERSA DORSO POSTERIOR: : circulación del cordón tipo IV (circular simple de cordón); PLACENTA POSTERIOR DE INSERCIÓN BAJA: Previa Total; VENTRICULO LATERAL IZQUIERDO: 09 mm normal; MARCADORES CROMOSOMICOS FETALES: Normales; BIENESTAR FETAL: Estudio Fluxometrico Doppler color en arteria umbilical normal y arteria cerebral media normal. ..." (fojas 218); Con fecha veintiuno de Marzo del dos mil cinco, se le practica la quinta ECOGRAFIA OBSTETRICA II-III 4D, cuya IMPRESIÓN DIAGNOSTICA es "... GESTACION UNICA: de 28 semanas (Por Ecografía); PLACENTA POSTERIOR Y LATERAL IZQUIERDA (Prevía marginal); CIRCULAR DE CORODON TIPO II (50 % circular simple de comodón); MARCADORES CROMOSOMICOS FETALES: Normales; BIENESTAR FETAL: Estudio Fluxometrico Doppler color en arteria umbilical normal y arteria cerebral media normal. ..." (fojas 225 vta.); Con fecha diecinueve de Abril del dos mil cinco, se le practica la sexta ECOGRAFIA OBSTETRICA II-III 4D, cuya IMPRESIÓN DIAGNOSTICA es "... GESTACION UNICA: de 32 semanas, 01 día (Por Ecografía); CEFALO LONGITUDINAL DORSO POSTERIOR: circular del cordón tipo II (50% circular simple de cordón); BIENESTAR FETAL: Estudio Fluxometrico Doppler color en arteria umbilical normal y arteria cerebral media normal. ..." (fojas 227); que finalmente con fecha cinco de mayo del dos mil cinco, se de practica la última ECOGRAFIA OBSTETRICA II-III, cuya IMPRESIÓN DIAGNOSTICA es "... GESTACION UNICA: de 33 semanas, 05 días (Por Ecografía); CEFALO V LONGITUDINAL DORSO POSTERIOR: Oligodramnios Moderado - Severo. Se recomienda ecografia posterior; MARCADORES CROMOSOMICOS FETALES: Normales; BIENESTAR FETAL: Estudio Fluxometrico Doppler color en arteria umbilical normal y arteria cerebral media normal. ..." (fojas 237); y así mismo se le determina el examen de Riesgo Quirúrgico, con Diagnostico Preoperatorio: Cesárea (235 y 333), finalmente nace la niña el seis de mayo del mismo año; Que conforme las Anotaciones de la Sala de Operaciones "...Paciente ingresa a SOP para ser intervenida quirúrgicamente de Cesárea por el Dr. Augusto Ascenzo, ... Extraen feto vivo, sexo femenino en buenas condiciones, es atendido por el médico pedriata Dr. De La Piedra luego realizan extracción manual de placenta Completa, no remite a patología por indicación del Dr- Augusto Ascenzo ... Paciente es trasladada a Sala de Recuperación ..." (fojas 342 y 101); siendo dada de alta el nueve de mayo del dos mil cinco, entregándosele el certificado de nacimiento firmado por el médico Dr. Augusto Ascenzo A nombre de la señora Jenny Aurich De la Oliva (fojas 351); **Décimo Primero:** Que según la **Declaración Testimonial** prestada por don AUGUSTO FELIPE ASCENZO APARICIO medico tratante que conoció el proceso de fertilización, crecimiento pre natal y nacimiento de la niña DANIELA MENDOZA AURICH, de fojas 377/381, la demandante Karla See Aurich si podía concebir pero no podía llevar adelante el embarazo por que sufría de insuficiencia renal y podía llevarla a la muerte, que dicha enfermedad es incompatible con la gestación porque requiere de riñones sanos para poder llevar adelante una gestación de nueve meses; que al narrar el proceso de fertilización de la citada niña, dijo "...al acudir a mi consultorio vi que la única posibilidad de que la señora Carla See pudiera tener un bebe, era extrayéndola sus óvulos juntándole con el esperma del señor Mendoza 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, aclarando que la concepción se realiza en forma inmediata una vez juntados los espermatozoides con el óvulo, el mismo día que aspiramos los óvulos a la señora Carla (09 óvulos de los cuales 08 eran maduros y 01 inmaduro), eso fue el 19 de septiembre del 2004, ese mismo día se le inyectó un espermatozoide a cada óvulo (08 espermatozoides), de los cuales 06 óvulos fecundaron y **por lo tanto se obtuvieron 06 embriones, todo esto fue fuera de la incubadora y al día siguiente, y tres días después se transfirieron tres embriones al útero de la señora Jenny Aurich y los tres restantes se congelaron, los mismos que pueden seguir su proceso embrionario una vez descongelado en cualquier momento.** Ingresando los tres embriones en el útero de la señora Jenny Aurich quien a través de la Hormona Sub Unidad Beta HCG indico que estaba embarazada, desconociendo de cuantos embriones habrían sobrevivido, la misma que siguió su proceso de embarazo, dando a luz el seis de mayo del dos mil cinco por cesárea, teniendo la bebe 07 meses y 20 días, eso fue por que a la mamá le dio hipertensión arterial dada su edad cronológica de cincuenta y cuatro años de edad, naciendo la niña en la Clínica de Miraflores y expidiendo la Constancia de Certificado Vivo a quien le atendió el parto del concebido”; Que al preguntarle si la sangre con la que se alimenta el concebido contribuye con la formación y el desarrollo del embrión, dijo “... **si 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 inserta 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 ...**”; Que al preguntarle el Representante del Ministerio Público ¿Quién determina el tipo de sangre que tendrá el feto, el de la madre gestante o de los que han facilitado los cromosomas?, contesto “...**únicamente los que han facilitado los cromosomas, porque la sangre no se mezcla...**”; ¿Si el declarante extraje los espermatozoides del señor Luís Eduardo Mendoza Barber? Dijo “... **él los extrajo en mi presencia una hora antes de aspirar a la señora Carla los óvulos...**”; Agregando que considera como “**madre genética**” de la menor Daniela Mendoza Aurich a Carla See Aurich, “**padre genético**” a Luís Eduardo Mendoza Barber, y a doña Jenny Lucero Aurich De La Oliva “**incubadora de la niña**”; **Décimo Segundo:** Que para determinar “**con certeza**” cual de las dos presuntas madres es la “**madre biológica**” de la niña Daniela Mendoza Aurich, se dispuso de oficio la realización de la prueba genética de ADN, la de mayor validez científica (fojas 319), la que previo tramite de ley, el Laboratorio de Genética Biomolecular del Instituto de Medicina Legal del Ministerio Público en informe de fojas 405/407, presenta los siguientes resultados finales: “... **que el individuo registrado con el Código de Laboratorio ADN-2007-005-PMI SEE AURICH, Carla Monique, NO PUEDE SER EXCLUIDA de la presunta relación de parentesco en condición de MADRE BIOLÓGICA del individuo registrado con el código de Laboratorio ADN- 2007- 005-H MENDOZA AURICH, Daniela, con respecto al individuo registrado con el Código de Laboratorio ADN 2007-005-P MENDOZA BARBER, Luís Eduardo ...**” y “... **que el individuo registrado con el Código de Laboratorio ADN-2007-005-PM2 AURICH DE LA OLIVA, Jenny Lucero, QUEDA EXCLUIDA de la presunta relación de parentesco en condición de MADRE BIOLÓGICA del individuo registrado con el código de Laboratorio ADN-2007- 005-H MENDOZA AURICH, Daniela, con respecto al individuo registrado**

con el Código de Laboratorio ADN 2007-005-P MENDOZA BARBER. Luis Eduardo ..."; Informe Pericial que fue ratificado por los Representantes de dicho Laboratorio del Ministerio Público, en los términos que se contrae el acta de fojas 466/468 y corroborado por el Laboratorio Biolinks, quien practico la misma prueba con las contra-muestras custodiadas por la Corte Superior; cuyos informes, que corren a fojas 473/481 concluyeron "... 1.- No se ha encontrado exclusión de paternidad. El índice de paternidad acumulado asciende a 2.136, que corresponde a una Probabilidad de Paternidad de 99.953202328048%. 2.- Estas cifras corresponden a una certeza de paternidad para la prueba. 3.- Por lo tanto, la paternidad biológica del donante de la muestra codificada como ADN 2007-005-P LUIS EDUARDO MENDOZA BARBER (A) sobre el donante de la muestra codificada como ADN-2007- 005-H DANIELA MENDOZA AURICH (C), es demostrada por el análisis realizado. 4.- Según las normas internacionales sobre prueba de ADN para determinación de maternidad, dos o mas alelos que no coinciden entre el supuesto hijo y la supuesta madre son demostración de exclusión de maternidad, La donante de la muestra codificada ADN-2007-005-PM2 JENNI LUCERO AURICH DE LA OLIVA (B) NO ES MADRE BIOLOGICA de la donante de la muestra codificada ADN- 2007- 005-H DANIELA MENDOZA AURICH (C). 5.- No se ha encontrado exclusión de maternidad. El índice de maternidad acumulado asciende a 1,583'112.135, que corresponde a una Probabilidad de Maternidad de 99.9999996833%. 6.- Estas cifras corresponden a una certeza de maternidad para la prueba. 7.- Por lo tanto, la maternidad biológica de la donante de la muestra codificada como ADN-2007-005-PM1 CARLA MONIQUE SEE AURICH (D) sobre la donante de la muestra codificada como ADN- 2007- 005-H DANIELA MENDOZA AURICH (C), es demostrada por el análisis realizado.";

Décimo Tercero: Que habiéndose determinado objetiva y científicamente, que la demandante Carla Monique See Aurich tiene la calidad de "*madre biológica*" lo que la doctrina y la ciencia también la califica como "*madre genética*" de la citada niña, y doña Jenny Lucero Aurich De la Oliva como "*madre sustituta*", queda determinar jurídicamente a cual de las dos es considerada como "*madre de la menor*", aquella que aporó sus óvulos y por ende sus genes para la fecundación de la niña o aquella que albergo en su vientre durante todo la etapa de gestación y alimentó a la niña hasta su nacimiento; Que al respecto la "Ley General de Salud", Ley N° 26842 determina en su Artículo 7° "*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 de "madre gestante" recaiga sobre la misma persona. ...*"; A que sin embargo, ¿ como se determina la filiación si las condiciones de "*madre genética*" y "*madre gestante*" recaigan sobre diferentes personas?, situación factica que no esta prohibido legalmente, pero tampoco no esta expresamente permitido, y a tenor de lo dispuesto en el Artículo 2° inciso 24 letra a) de la Constitución Política del Estado, que regula el Principio de Reserva, en virtud del cual "*Nadie esta obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.*"; y por consiguiente considerándose lícita tal conducta, solo nos queda determinar si es amparable la pretensión demandada, considerando que la conducta doña Jenny Lucero Aurich De La Oliva se ha realizado sin fines de lucro, en forma altruista y por amor a su hija Carla Monique See Aurich, como lo afirma en su Declaración de Parte de fojas 414. Que regresando al concepto tradicional, salvo los casos de adopción, "*madre solo hay una*" la misma que se

determina por la "filiación biológica", por la identidad sanguínea, por la identidad biológica, que los genes transmiten de padres a hijos, la herencia de los caracteres anatómicos, citológicos y funcionales entre los padres y los hijos; y por lo tanto debe ampararse la pretensión demandada, pese a que en el acta de nacimiento de la niña se encuentra registrada y expresamente reconocida como madre a doña JENNI LUCERO AURICH DE LA OLIVA y lleva yuxtapuesto a su nombre y luego del primer apellido del padre, el primer apellido de ésta; dejándose de aplicar lo dispuesto en el Artículo 395° del Código Civil; **Décimo Cuarto: DE LOS EMBRIONES VIVOS CONGELADOS:** Que por otro lado, resulta insoslayable emitir pronunciamiento, respecto a lo descubierto durante el curso del proceso, referente a **los tres embriones sobrantes del proceso de fecundación In Vitro, los mismos que se encuentran vivos y congelados en los laboratorios de la Clínica Miraflores** a cargo del Doctor Augusto Felipe Ascenzo Aparicio; Que conforme lo dispone el Artículo I 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. ...*"; que en consecuencia reconociéndose "*al concebido*" calidad de niño y por ende "*sujeto de derechos*", "*libertades*" y "*protección específica*", conforme lo prescribe el Artículo II del Título Preliminar del citado Código, y estando a que conforme lo dispone el Artículo 1° del mismo Código "*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.*"; Que en consecuencia, estando a que el derecho a la vida, el derecho a crecer y desarrollarse en el seno de una familia, son considerados derechos indisponibles, se hace necesario emitir pronunciamiento de oficio pese a que no ha sido solicitado, ni por las partes, ni por la Señora Representante del Ministerio Público, ni menos aún por la Defensoría del Pueblo en su escrito de "*Amicus curiae*" (amigo de la Corte) de fojas 580/592, estando además que conforme el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, en su novena parte establece "*...Teniendo presente, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, "el niño por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento"*..."; norma jurídica supranacional que forma parte de nuestro derecho interno, en mérito a lo dispuesto en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Estado en concordancia con el Artículo 3° de la misma norma legal; **Décimo Quinto:** Que en consecuencia no preguntamos ¿Qué hacer con los embriones sobrantes?, ¿Qué medidas tomar respecto de los tres concebidos que se encuentran congelados vivos?, En nuestro país aún no se regula una ley de reproducción humana asistida, que contemple estas situaciones facticas y proteja el derechos de los niños: Analizando el derecho comparado, tomando como base, la legislación española, la Ley 14/2006 sobre "Técnicas de Reproducción Asistida", del veintiséis de mayo del dos mil seis, en su Artículo 11° establece los diferentes destinos posibles que podrán darse a los embriones crioconservados: 1) Su utilización por la propia mujer o su cónyuge; 2) La donación con fines reproductivos; 3) La donación con fines de investigación; y 4) El cese de su conservación sin otra utilización: De acuerdo a nuestro derecho nacional solo es válido y ética y moralmente aceptable la primera alternativa, dado que las dos siguientes, al considerar al embrión, no sujetos de derecho, sino objeto de derecho, afecta

Oficina de Asesoría Jurídica
 del Poder Judicial
 de la Nación
 Buenos Aires, Argentina

principios elementales 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, por esta sustantiva razón se le debe respeto desde el primer instante de su existencia, mas aún que conforme el Artículo 7° última parte de la Ley General de Salud, Ley Número 26842 “*Esta prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos.*”; La última alternativa, tampoco la consideramos adecuada, por cuanto implica la muerte de los embriones crioconservados lo que conlleva a la vulneración del derecho que tiene todo ser humano a la vida desde su concepción; que por lo tanto, deben dictarse las medidas adecuadas con la finalidad de hacer efectivo el derecho a la vida, que tiene todo concebido en su calidad de niño, de conformidad además con lo dispuesto en el Artículo 2° inciso 1° de la Constitución Política del Estado; Que por lo expuesto la señorita JUEZ del Décimo Quinto Juzgado de Familia de Lima, administrando Justicia nombre de la Nación; **FALLA: DECLARANDO: 1) FUNDADA** la demanda de **IMPUGNACIÓN DE MATERNIDAD** fojas 106/145, subsanado a fojas 238/241 interpuesta por doña CARLA MONIQUE SEE AURISH contra doña JENNI LUCERO AURISH DE LA OLIVA y don LUIS EDUARDO MENZO BARBER y en consecuencia **DECLARO:** Que la niña **DANIELA MENDOZA AURISH** es hija de la demandante **CARLA MONIQUE SEE AURISH** la misma que tiene la calidad de madre de la citada niña; **2) DISPONGO:** Dejar sin efecto la inscripción y reconocimiento efectuado por doña JENNI LUCERO AURISH DE LA OLIVA como madre de la niña CARLA MONIQUE SEE AURISH en el acta de nacimiento de la Municipalidad de Miraflores; **3) DISPONGO:** La inscripción y reconocimiento de la citada niña por su madre CARLA MONIQUE SEE AURISH en el acta de nacimiento de la Municipalidad de Miraflores; **4) DISPONGO:** La rectificación de los apellidos de la niña, cuyo nombre de hoy en adelante es como sigue “DANIELA MENDOZA SEE”, conforme lo dispone el Artículo 20° del Código Civil; **5) OTORGO:** El plazo de DOS AÑOS a efectos que los justiciables CARLA MONIQUE SEE AURISH y LUIS EDUARDO MENZO BARBER hagan efectivo el derecho a la vida que tienen los tres embriones concebidos producto de la fecundación In Vitro de sus ovocitos y espermatozoides, que se encuentran vivos y congelados en la Clínica de Miraflores, sea mediante implantación en el vientre materno de doña CARLA MONIQUE SEE AURISH o una subrogación de vientre de tercera sin fines de lucro, 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; **7) DISPONGO:** Que la Defensoría del Pueblo, en su calidad de “*Amicus curiae*” (amigo de la Corte) y encargado de la Defensa de los Derechos Fundamentales de la Persona Humana, de acuerdo al Artículo 162° de la Constitución Política del Estado y Artículo 1° de su Ley Orgánica, Ley Número 26520, **SUPERVISE** el cumplimiento y la ejecución de la presente sentencia; **8) DISPONGO:** De conformidad con lo dispuesto en el Artículo 14° de la Ley Orgánica del Poder Judicial **ELEVAR EN CONSULTA** a la

59
 159
 160
 161
 162
 163
 164
 165
 166
 167
 168
 169
 170
 171
 172
 173
 174
 175
 176
 177
 178
 179
 180
 181
 182
 183
 184
 185
 186
 187
 188
 189
 190
 191
 192
 193
 194
 195
 196
 197
 198
 199
 200
 201
 202
 203
 204
 205
 206
 207
 208
 209
 210
 211
 212
 213
 214
 215
 216
 217
 218
 219
 220
 221
 222
 223
 224
 225
 226
 227
 228
 229
 230
 231
 232
 233
 234
 235
 236
 237
 238
 239
 240
 241
 242
 243
 244
 245
 246
 247
 248
 249
 250
 251
 252
 253
 254
 255
 256
 257
 258
 259
 260
 261
 262
 263
 264
 265
 266
 267
 268
 269
 270
 271
 272
 273
 274
 275
 276
 277
 278
 279
 280
 281
 282
 283
 284
 285
 286
 287
 288
 289
 290
 291
 292
 293
 294
 295
 296
 297
 298
 299
 300
 301
 302
 303
 304
 305
 306
 307
 308
 309
 310
 311
 312
 313
 314
 315
 316
 317
 318
 319
 320
 321
 322
 323
 324
 325
 326
 327
 328
 329
 330
 331
 332
 333
 334
 335
 336
 337
 338
 339
 340
 341
 342
 343
 344
 345
 346
 347
 348
 349
 350
 351
 352
 353
 354
 355
 356
 357
 358
 359
 360
 361
 362
 363
 364
 365
 366
 367
 368
 369
 370
 371
 372
 373
 374
 375
 376
 377
 378
 379
 380
 381
 382
 383
 384
 385
 386
 387
 388
 389
 390
 391
 392
 393
 394
 395
 396
 397
 398
 399
 400
 401
 402
 403
 404
 405
 406
 407
 408
 409
 410
 411
 412
 413
 414
 415
 416
 417
 418
 419
 420
 421
 422
 423
 424
 425
 426
 427
 428
 429
 430
 431
 432
 433
 434
 435
 436
 437
 438
 439
 440
 441
 442
 443
 444
 445
 446
 447
 448
 449
 450
 451
 452
 453
 454
 455
 456
 457
 458
 459
 460
 461
 462
 463
 464
 465
 466
 467
 468
 469
 470
 471
 472
 473
 474
 475
 476
 477
 478
 479
 480
 481
 482
 483
 484
 485
 486
 487
 488
 489
 490
 491
 492
 493
 494
 495
 496
 497
 498
 499
 500
 501
 502
 503
 504
 505
 506
 507
 508
 509
 510
 511
 512
 513
 514
 515
 516
 517
 518
 519
 520
 521
 522
 523
 524
 525
 526
 527
 528
 529
 530
 531
 532
 533
 534
 535
 536
 537
 538
 539
 540
 541
 542
 543
 544
 545
 546
 547
 548
 549
 550
 551
 552
 553
 554
 555
 556
 557
 558
 559
 560
 561
 562
 563
 564
 565
 566
 567
 568
 569
 570
 571
 572
 573
 574
 575
 576
 577
 578
 579
 580
 581
 582
 583
 584
 585
 586
 587
 588
 589
 590
 591
 592
 593
 594
 595
 596
 597
 598
 599
 600
 601
 602
 603
 604
 605
 606
 607
 608
 609
 610
 611
 612
 613
 614
 615
 616
 617
 618
 619
 620
 621
 622
 623
 624
 625
 626
 627
 628
 629
 630
 631
 632
 633
 634
 635
 636
 637
 638
 639
 640
 641
 642
 643
 644
 645
 646
 647
 648
 649
 650
 651
 652
 653
 654
 655
 656
 657
 658
 659
 660
 661
 662
 663
 664
 665
 666
 667
 668
 669
 670
 671
 672
 673
 674
 675
 676
 677
 678
 679
 680
 681
 682
 683
 684
 685
 686
 687
 688
 689
 690
 691
 692
 693
 694
 695
 696
 697
 698
 699
 700
 701
 702
 703
 704
 705
 706
 707
 708
 709
 710
 711
 712
 713
 714
 715
 716
 717
 718
 719
 720
 721
 722
 723
 724
 725
 726
 727
 728
 729
 730
 731
 732
 733
 734
 735
 736
 737
 738
 739
 740
 741
 742
 743
 744
 745
 746
 747
 748
 749
 750
 751
 752
 753
 754
 755
 756
 757
 758
 759
 760
 761
 762
 763
 764
 765
 766
 767
 768
 769
 770
 771
 772
 773
 774
 775
 776
 777
 778
 779
 780
 781
 782
 783
 784
 785
 786
 787
 788
 789
 790
 791
 792
 793
 794
 795
 796
 797
 798
 799
 800
 801
 802
 803
 804
 805
 806
 807
 808
 809
 810
 811
 812
 813
 814
 815
 816
 817
 818
 819
 820
 821
 822
 823
 824
 825
 826
 827
 828
 829
 830
 831
 832
 833
 834
 835
 836
 837
 838
 839
 840
 841
 842
 843
 844
 845
 846
 847
 848
 849
 850
 851
 852
 853
 854
 855
 856
 857
 858
 859
 860
 861
 862
 863
 864
 865
 866
 867
 868
 869
 870
 871
 872
 873
 874
 875
 876
 877
 878
 879
 880
 881
 882
 883
 884
 885
 886
 887
 888
 889
 890
 891
 892
 893
 894
 895
 896
 897
 898
 899
 900
 901
 902
 903
 904
 905
 906
 907
 908
 909
 910
 911
 912
 913
 914
 915
 916
 917
 918
 919
 920
 921
 922
 923
 924
 925
 926
 927
 928
 929
 930
 931
 932
 933
 934
 935
 936
 937
 938
 939
 940
 941
 942
 943
 944
 945
 946
 947
 948
 949
 950
 951
 952
 953
 954
 955
 956
 957
 958
 959
 960
 961
 962
 963
 964
 965
 966
 967
 968
 969
 970
 971
 972
 973
 974
 975
 976
 977
 978
 979
 980
 981
 982
 983
 984
 985
 986
 987
 988
 989
 990
 991
 992
 993
 994
 995
 996
 997
 998
 999
 1000

Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de la Republica la presente, si no fuese impugnada, vía control difuso, estando a: **1)** La inaplicación del Artículo 395° del Código Civil por considerarlo que existe incompatibilidad en su interpretación con los Artículos 7° y 8° de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante resolución 44/25, con fecha 20 de noviembre de 1989, y ratificada por el Perú mediante Resolución Legislativa Número 25278 del 03 de agosto de 1990, la misma que forma parte del derecho nacional, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 3° de la Constitución Política del Estado, en concordancia con la Cuarta Disposición Final y Transitoria de dicha Carta Política; **2)** Haber aplicado el derecho que corresponde al proceso por vacío y deficiencia de la ley; y **3)** Haber dispuesto de oficio, pese ha no ser parte del petitorio, medidas tendientes a preservar y hacer efectivo el Derecho a la Vida de los tres embriones vivos que se encuentran congelados en la Clínica de Miraflores, por constituir derechos indisponibles, inaplicando las restricciones dispuestas en el Artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, respecto a la prohibición de fallo "*Ultra y Extra Pettita*", al prevalecer el Principio y Derecho de la función jurisdiccional de "*la observancia del debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva de tres concebidos, indefensos, sujetos de protección y cuidados especiales*" conforme lo prescribe el Artículo 138° inciso 3 de la Constitución Política del Estado, en concordancia con el Noveno Preámbulo de la citada Convención sobre los Derechos del Niño.- Notifíquese a las partes; con conocimiento de la Defensoría del Pueblo.-

PODER JUDICIAL
15° Juzgado Especializado de lo Penal de Lima
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

PODER JUDICIAL
Arzo Tupac Yupanqui Rosas
Especialista Legal
CORTE ESPECIALIZADA DE CASACION PENAL

“...Que, el artículo primero del Código Civil establece que la persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. A continuación, refiere que la vida humana comienza con la concepción, que el concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece, y que la atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo. Como puede advertirse, de primera intención, el legislador se acoge a la corriente clásica que estima que es sujeto de derecho el nacido vivo, pero a continuación señala que también lo es el concebido, a condición de que nazca vivo, ello porque a partir del nacimiento la persona puede ejercer a plenitud el pleno goce de sus derechos civiles, y mientras esto no ocurra sólo puede gozar de derechos limitados. Particularmente, nuestra doctrina entiende que el concebido es un sujeto derecho privilegiado, por cuanto la ley le atribuye sólo lo que le favorece, y tratándose de derechos pecuniarios (patrimoniales) su concreción sólo tendrá lugar a condición de que nazca con vida; ergo, tratándose de derechos extrapatrimoniales no existe condición alguna que impida el goce de los mismos...En otras palabras, para el artículo primero del Código Civil rige la condición suspensiva de la efectividad de derechos patrimoniales, lo que no significa que aquellos derechos no existan para el concebido, sino que antes de que se produzca el hecho del nacimiento con vida, aquel concebido no tiene capacidad para recibir, verbi gratia, donaciones, legados o indemnizaciones; pero una vez nacido tiene derecho a recibirlos.”

CAS. N° 1486-2007-CAJAMARCA

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

DEMANDANTE: Donatila Martínez Mendoza de Leyva y Otros

DEMANDADO: Minera Yanacocha Sociedad de Responsabilidad Limitada y Otros

MATERIA: Indemnización por daños y perjuicios

FECHA: 18/07/2008; publicada en “El Peruano” el 03/02/2009.

CAS. N° 1486-2007 CAJAMARCA. Indemnización por daños y perjuicios. Lima, dieciocho de julio del año dos mil ocho.- **LA SALA CIVIL. TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA;** vista la causa número mil cuatrocientos ochenta y seis - dos mil siete, en Audiencia Pública de la fecha, y producida la votación con arreglo a ley, de conformidad con lo opinado en el dictamen de la señora Fiscal Suprema en lo Civil, emite la siguiente sentencia; **MATERIA DEL RECURSO:** Se trata del recurso de casación interpuesto por Donatila Martínez de Leyva mediante escrito de fojas mil cuatrocientos cuarenta y tres, contra el auto de vista emitido por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, de fojas mil cuatrocientos veintitrés, su fecha veintisiete de diciembre del año dos mil seis, que confirmó en parte la resolución dictada en la Audiencia de Saneamiento Procesal llevada a cabo el dieciocho de mayo del año dos mil cuatro, en los extremos que declara fundada la excepción de conclusión del proceso por transacción respecto de los menores de edad Anner Ever Cabanillas Vásquez, William Jesús y Paola Janeth Mantilla Aquino, anulándose todo lo actuado en este extremo; infundada la excepción de falta de legitimidad para obrar pasiva deducida por Minera Yanacocha Sociedad de Responsabilidad Limitada y Ransa Comercial Sociedad Anónima; infundada la excepción de prescripción extintiva de la acción formulada por Ransa Comercial

Sociedad Anónima y Esteban Arturo Blanco Bar; fundada la excepción de falta de legitimidad para obrar de los demandantes respecto de la pretensión indemnizatoria por daño ambiental, deducida por Esteban Arturo Blanco Bar, así como el extremo que declara saneado el proceso; fundada la excepción de falta de legitimidad para obrar de la codemandante menor de edad Laura Jacquelin Cotrina Alvarado; infundada la excepción de representación defectuosa de la codemandante Diocelinda Alvarado Sáenz respecto de la codemandante menor de edad Laura Jacquelin Cotrina Alvarado; infundada la excepción de falta de legitimidad para obrar de los demandantes Diocelinda Alvarado Sáenz, Marcelino Cabanillas Saavedra, Edward Hernán, Jamer Lenis Cabanillas Vásquez y Luz Angélica Vásquez Torres; revocando la misma resolución en el extremo que declara Infundada la excepción de conclusión del proceso por transacción respecto de los demandantes mayores de edad Donatila Martínez de Leyva, Manuel Mantilla Aguilar y Natividad Aquino Chicote, y la menor en ese entonces Nancy Janeth Arteaga Martínez deducida por Minera Yanacocha Sociedad de Responsabilidad Limitada, Ransa Comercial Sociedad Anónima y Esteban Arturo Blanco Bar, y reformándola declara fundada dicha excepción, anulándose lo actuado; **FUNDAMENTOS DEL RECURSO:** Que, el recurso de casación fue declarado procedente por resolución del dos de agosto del año dos mil siete, por las causales previstas en los incisos primero, segundo y tercero del artículo trescientos ochenta y seis del Código Procesal Civil, en virtud a lo cual la recurrente denuncia: I.- Con respecto a la excepción de conclusión del proceso por transacción: a.- La inaplicación de los artículos cinco y mil trescientos cinco del Código Civil. Puesto que se ha transigido sobre daños a la salud de la recurrente a consecuencia del derrame de Mercurio, lo que afecta su integridad física e incluso su vida y que por tratarse de derechos personalísimos y extrapatrimoniales éstos son irrenunciables y no pueden ser objeto de cesión ni transacción alguna; sin embargo, la Sala Superior dio valor a las transacciones que han versado sobre tales derechos, pese a que vulneraban las normas denunciadas y el ordenamiento legal, siendo claro que las transacciones son nulas y no pueden servir de sustento a las excepciones planteadas; b.- La contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso: Toda vez que en atención al artículo cuatrocientos cuarenta y seis inciso décimo del Código Procesal Civil, sólo procede amparar la excepción de conclusión del proceso por transacción cuando las partes hubieran celebrado una transacción anterior para poner fin a un proceso judicial, tal es así que conforme a lo dispuesto en los artículos cuatrocientos cincuenta y dos y cuatrocientos cincuenta y tres inciso cuarto del precitado Código Procesal se requiere la existencia de dos procesos idénticos, siendo indispensable la existencia de un proceso en que se haya transigido respecto del conflicto de intereses de las partes, y en este caso no existe proceso previo ni idéntico que haya culminado con las transacciones presentadas; c.- La Infracción de las formas esenciales para la eficacia y validez de los actos procesales. Toda vez que el inciso décimo del artículo cuatrocientos cuarenta y seis del Código Procesal Civil establece una formalidad imperativa, según la cual sólo podrá utilizarse como fundamento de esta excepción una transacción con la que se haya concluido otro proceso; así también, existe otra formalidad que prescribe el inciso cuarto del artículo cuatrocientos cincuenta y tres del acotado Código Procesal, a cuya virtud la excepción de conclusión del proceso por transacción sólo será fundada cuando se inicie un proceso idéntico a otro en que las partes transigieron, teniendo que en el presente caso no existe ningún proceso previo que haya culminado con las transacciones presentadas por la demandada al formular su excepción. Además, la Sala Superior ha resuelto en contra del criterio jurisprudencial de obligatorio cumplimiento establecido por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, en la Casación número setecientos treinta dos mil cinco (Cajamarca), proceso seguido también contra la Minera Yanacocha, en el cual la Sala Suprema ha establecido que la excepción de conclusión del proceso por transacción sólo será amparable si se presenta una transacción mediante la cual se haya puesto fin a un proceso anterior idéntico; II.- Con respecto a la excepción de falta de legitimidad para obrar de la menor Laura Jacquelin Alvarado Cotrina; a.- La interpretación errónea del artículo primero del Código Civil. Por cuanto la Sala Superior sostiene que la citada

menor de edad no era sujeto de derecho, pues al producirse los hechos materia de la demanda tenía el carácter de no concebida; sin embargo, la norma material da la calidad de sujeto de derecho al concebido, pues la vida humana comienza desde la concepción, y el concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece a condición de que nazca vivo, supuesto que se ajusta perfectamente al presente caso, pues la menor ya había sido concebida al momento de producirse el daño, y como quiera que ha nacido viva, está facultada a reclamar los derechos que le corresponden, obviamente a través de sus representantes, más aún si aquélla ha sido afectada también por la contaminación; b.- La contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso. Pues no se ha motivado debidamente el amparo de la excepción de falta de legitimidad para obrar de la menor de edad; y, **CONSIDERANDO:** Con respecto a la excepción de conclusión del proceso por transacción: **Primero.-** Que, existiendo denuncias por vicios in iudicando e in procedendo, corresponde verificar primero si se ha configurado o no esta última causal, pues en caso de ser estimada, se dispondría el reenvío de la causa al estadio procesal correspondiente, impidiendo que sea factible el, análisis de las normas materiales en las que se sustenta o debió sustentarse la resolución recurrida; **Segundo.-** Que, conforme se desprende de la revisión de los actuados, en el proceso seguido por Marcelino Cabanillas Saavedra, Luz Angélica Vásquez Torres (por su propio derecho y en representación de sus menores hijos Anner Ever, Edward Hernán y Jamer Luís Cabanillas Vásquez), Manuel Mantilla Aguilar, Natividad Aquino Chiclote (por su propio derecho y en representación de sus menores hijos William Jesús y Paola Janeth Mantilla Aquino), Diocelinda Alvarado Sáenz (por su propio derecho y en representación de su menor hija Laura Jacquelin Alvarado Cotrina), Donatila Martínez Mendoza de Leyva y Nancy Janeth Arteaga Martínez, sobre indemnización por daños y perjuicios, ocurrido con ocasión del derrame de mercurio en el departamento de Cajamarca, la demandada Minera Yanacocha Sociedad de Responsabilidad Limitada formuló -entre otros- la excepción de conclusión- del proceso por transacción respecto de los demandantes menores de edad William Jesús y Paola Janeth Mantilla Aquino y Anner Ever Cabanillas Vásquez, así como también respecto de los demandantes mayores de edad Manuel Mantilla Aguilar, Natividad Aquino Chiclote, Donatila Martínez Mendoza de Leyva y Nancy Janeth Arteaga Martínez, señalando haber suscrito con todos ellos sendas transacciones extrajudiciales con el objeto de poner fin a cualquier conflicto que surja con respecto al derecho indemnizatorio que pudieran reclamar en el futuro, siendo éstas: I.- Transacción Extrajudicial Individual celebrada el siete de noviembre del año dos mil con Anner Ever Cabanillas Vásquez, representado por sus padres Marcelino Cabanillas Saavedra y Luz Angélica Vásquez Torres, a quienes se le hizo entrega de la suma de cinco mil doscientos cincuenta nuevos soles (fojas doscientos treinta y siete). Dicha transacción fue autorizada mediante resolución del nueve de agosto del año dos mil uno, expedida por el Segundo Juzgado Especializado de Familia de Cajamarca (fojas doscientos cuarenta y uno); II.- Transacción Extrajudicial individual celebrada el dos de setiembre del año dos mil con William Jesús y Paola Janeth Mantilla Aquino, representados por sus padres Manuel Mantilla Aguilar y Natividad Aquino Chiclote, a quienes se hizo entrega de la suma de nueve mil quinientos nuevos soles (fojas doscientos sesenta). Dicha transacción fue complementada con el Addendum del seis de noviembre del año dos mil, mediante el cual se elevó el monto de la indemnización a diecinueve mil nuevos soles (fojas doscientos sesenta y cuatro). Tanto la Transacción Extrajudicial como el respectivo Addendum fueron autorizados mediante resolución del veintitrés de noviembre del año dos mil expedida por el Tercer Juzgado Especializado de Familia de Cajamarca (fojas doscientos sesenta y seis); III.-Transacción Extrajudicial individual celebrada el dos de setiembre del año dos mil con los señores Manuel Mantilla Aguilar y Natividad Aquino Chiclote, a quienes se le hizo entrega de la suma de ocho mil doscientos cincuenta nuevos soles (fojas doscientos cincuenta y cinco). Dicha transacción fue complementada con el Addendum del seis de noviembre del año dos mil, mediante el cual se elevó el monto de la indemnización a dieciséis mil quinientos nuevos soles (fojas doscientos cincuenta y nueve); IV.- Transacción Extrajudicial individual celebrada el ocho de noviembre del año dos mil con Donatila Martínez

Mendoza de Leyva, a quien se le hizo entrega de la suma de seis mil nuevos soles (fojas doscientos cuarenta y cuatro); V.- Transacción Extrajudicial individual celebrada el diecisiete de enero del año dos mil uno con la entonces menor Nancy Janeth Arteaga Martínez (hoy mayor de edad) representada por su madre Donatila Martínez Mendoza de Leyva; a quien se le hizo entrega de la suma de seis mil doscientos cincuenta nuevos soles (fojas doscientos cuarenta y ocho). Dicha transacción fue complementada con el Addendum del diez de enero del año dos mil dos, mediante el cual se elevó el monto de la indemnización a doce mil quinientos nuevos soles (fojas doscientos cincuenta y dos). Tanto la denunciada civil Ransa Comercial Sociedad Anónima como el litisconsorte necesario pasivo Esteban Arturo Blanco Bar formularon también -entre otras- la citada excepción de conclusión del proceso por transacción sustentándose en la suscripción de los documentos antes descritos; **Tercero.-** Que, al resolver las excepciones, el juez de la causa ha declarado infundada la excepción de conclusión del proceso por transacción respecto de los demandantes mayores de edad Donatila Martínez Mendoza de Leyva, Nancy Janeth Arteaga Martínez, Manuel Mantilla Aguilar y Natividad Aquino Chiclote, y fundada la misma excepción respecto de los demandantes menores de edad Anner Ever Cabanillas Vásquez, William Jesús y Paola Janeth Mantilla Aquino, anulándose todo lo actuado en ese extremo, pues en relación a los cuatro primeros mayores nombrados debe estarse a lo establecido en los artículos cuatrocientos cuarenta y seis y cuatrocientos cincuenta y tres del Código Procesal Civil, según los cuales corresponde amparar esta excepción cuando se inicie un proceso idéntico a otro, esto es, debe existir una transacción homologada en un proceso anterior, vale decir, que se trate de una transacción extrajudicial que se convierta en judicial (sic), por lo que debe desestimarse la excepción en este extremo; sin embargo, en cuanto a las transacciones celebradas a favor de los menores de edad, al contar las mismas con autorización del Juez de Familia, se ha cumplido con lo establecido en el artículo cuatrocientos cuarenta y ocho inciso tercero del Código Civil, contando tales actos con pleno valor, por lo que debe ampararse la excepción en este extremo. Apelada que fuera esta decisión, la Sala Superior confirmó el extremo de la apelada que declaró fundada la excepción de conclusión del proceso por transacción respecto de los demandantes menores de edad, revocándola en la parte que declara infundada la misma excepción respecto de los demandantes mayores de edad, la que, reformándola declara fundada y, en consecuencia, anula el proceso también en este extremo, pues estima que el argumento del A quo en el sentido de que para amparar esta excepción se requiere que la transacción haya puesto fin a un proceso anterior es incorrecto, más aún si la ejecutoria suprema recaída en la Casación número dos mil trescientos ochenta y tres -dos mil cinco señala que deben aplicarse las disposiciones contenidas en el artículo mil trescientos dos del Código Civil, según el cual por la transacción se pone fin a algún asunto litigioso evitando el pleito que podría promoverse o finalizando el que está iniciado, y tiene el valor de cosa juzgada, por lo que debe procederse sin más trámite ni disquisición a amparar dichas excepciones, más aún si se ha cumplido con recabar las autorizaciones judiciales respecto de las transacciones celebradas con los demandantes menores de edad, conforme a lo establecido en el inciso tercero del artículo cuatrocientos cuarenta y ocho del Código Civil, concordante con el artículo mil trescientos siete del mismo Código; **Cuarto.-** Que, mediante sentencia en mayoría expedida con fecha veintidós de enero del año dos mil ocho en el Primer Pleno Casatorio Civil, recaída en la Casación número mil cuatrocientos sesenta y cinco - dos mil siete, en el proceso seguido por Giovanna Angélica Quiróz Villaty contra Minera Yanacocha Sociedad de Responsabilidad Limitada y Otros sobre indemnización por daños y perjuicios, también a consecuencia del derrame de mercurio ocurrido el dos de junio del año dos mil en el departamento de Cajamarca, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República ha establecido doctrina jurisprudencial en materia de excepción de conclusión del proceso por transacción, señalando como precedente vinculante el siguiente: "La Transacción extrajudicial no homologada judicialmente puede ser opuesta como excepción procesal conforme a lo regulado por el inciso décimo del artículo cuatrocientos cuarenta y seis e inciso cuarto del artículo cuatrocientos cincuenta y tres del Código Procesal Civil, por interpretación sistemática de dichas

normas con las que contiene el Código Civil sobre la Transacción.";

Quinto.- Que, en el punto sexto de la citada sentencia en mayoría expedida por el Primer Pleno Casatorio Civil, la Sala Plena de la Corte Suprema ha estimado que la misma no tiene efectos ex tunc, sino por el contrario tiene efectos ex nunc, razón por la cual los procesos resueltos con anterioridad a esta decisión bajo criterios diferentes mantienen plena vigencia al estar protegidos dentro del marco de la autoridad de la Cosa Juzgada, en tanto que el caso presente [aludiendo a la Casación número mil cuatrocientos sesenta y tres - dos mil siete materia del Pleno], así como los demás que están pendientes de resolverse por ambas Salas Supremas Civiles, donde se están discutiendo iguales hechos e iguales razones, deberán ajustarse al precedente vinculante trazado en la presente sentencia, en mérito a lo dispuesto por el artículo cuatrocientos del Código Procesal Civil;

Sexto.- Que, los precedentes vinculantes de los Tribunales de Justicia en un Estado Constitucional son aquellas decisiones que si bien resuelven un caso en concreto, a la vez contienen una regla jurídica que será de observancia obligatoria para el mismo tribunal (precedente vinculante horizontal), así como para todos los jueces y tribunales inferiores, en todos aquellos casos que sean sustancialmente iguales (precedente vinculante vertical): (Confrontar: Adrián Coripuna, Javier. La jurisprudencia vinculante de los altos tribunales como límite al principio de independencia judicial. En: Estudios al Precedente Constitucional. Lima, Palestra Editores, dos mil siete, páginas ciento diecinueve y ciento treinta y tres);

Sétimo.- Que, el uso de un precedente vinculante se sujeta a dos condiciones: la primera, referida a la relación que debe existir entre el proceso y el precedente que se emplea para la solución del caso planteado (deben ser sustancialmente iguales), y la segunda, que tal precedente sea una decisión que revista el carácter de cosa juzgada es decir, que haya puesto fin a un proceso. Además, la aplicación del precedente no deberá afectar situaciones jurídicas que ya gocen de sentencia firme y, por tanto, no podrá afectar lo decidido o resuelto con anterioridad a su expedición;

Octavo.- Que, en el actual caso, existe relación entre este proceso y el que motivó la convocatoria al Primer Pleno Casatorio, pues en ambos casos Minera Yanacocha Sociedad de Responsabilidad Limitada, Ransa Comercial Sociedad Anónima y Esteban Arturo Blanco Bar han formulado la excepción de conclusión del proceso por transacción sustentándose en similar relación jurídica material y relación jurídica procesal, presentando para ello las transacciones extrajudiciales que se celebraron con cada uno de los demandantes, no obstante que dichas transacciones no fueron presentadas ni homologadas en un proceso anterior. La sentencia expedida en mayoría por el Primer Pleno Casatorio constituye cosa juzgada, porque resolvió en forma definitiva la causa que la motivó, siendo sus efectos aplicables a este proceso que se encuentra pendiente de resolver; en ese sentido, aplicando la doctrina jurisprudencial vinculante a la presente causa seguida por Domiciano Chaguayo León y Otros, debe concluirse que la excepción de conclusión del proceso por transacción puede ser válidamente alegada ya sea sustentándose en la celebración anterior de una transacción extrajudicial no homologada como en una transacción judicial, ello en virtud -como lo ha establecido el referido Pleno Casatorio- a la interpretación sistemática de los artículos trescientos treinta y siete, trescientos treinta y ocho, cuatrocientos cuarenta y seis inciso décimo, cuatrocientos cincuenta y dos y cuatrocientos cincuenta y tres inciso cuarto del Código Procesal Civil con los artículos mil trescientos dos y mil trescientos tres del Código Civil; en consecuencia, no hay contravención a las normas que garantizan el debido proceso ni se infringen las formas esenciales para la eficacia y validez de los actos procesales, conforme viene alegando la recurrente en su recurso de casación (punto I, acápite b y c); por lo tanto, la resolución impugnada se ajusta a derecho, y particularmente a la jurisprudencia vinculante anotada que es de estricta y obligatoria observancia conforme a lo dispuesto en el artículo cuatrocientos del acotado Código Procesal;

Noveno.- Que, la causal de inaplicación de una norma de derecho material se configura cuando concurren los siguientes supuestos: I.- el Juez, por medio de una valoración conjunta y razonada de las pruebas, establece como probados ciertos hechos alegados por las partes y relevantes del litigio; II.- que estos hechos guardan relación de identidad con determinados supuestos fácticos de una norma jurídica material; III.- que no obstante esta

relación de identidad (pertinencia de la norma) el Juez no aplica esta norma (específicamente, la consecuencia jurídica) sino otra distinta, resolviendo el conflicto de intereses de manera contraria a los valores y fines del derecho y, particularmente, lesionando el valor de justicia; **Décimo.-** Que, al sustentar este extremo del recurso (punto I, acápite a) la demandante sostiene que no se ha tenido en cuenta lo normado en los artículos cinco y mil trescientos cinco del Código particularmente porque se ha transigido sobre daños a la salud, derecho personalísimo y extramatrimonial que es irrenunciable y no puede ser objeto de transacción alguna, siendo claro que las transacciones son nulas y no pueden servir a las excepciones planteadas. Sobre este punto, siguiendo la tónica ya establecida por la doctrina jurisprudencial vinculante recaída en la Casación número mil cuatrocientos sesenta y cinco - dos mil siete, se advierte que -sobre idéntica causal sustentada en los mismos hechos- la Sala Plena de la Corte Suprema ha establecido por mayoría que los aspectos transados por las partes no versaron sobre el derecho a la salud, sino sobre los daños que se ocasionaron a la salud como consecuencia de la exposición y manipulación del mercurio que sufrieron los accionantes y sus menores hijos. Cuando se menciona que se indemniza un daño, lo que se está haciendo es patrimonializar el mismo, sean de naturaleza personal, material o moral, por lo que el artículo mil trescientos cinco del Código Civil, al indicar que no se puede transar sobre derechos extrapatrimoniales, se refiere a todos aquellos derechos que no pueden ser apreciados o valorizados en dinero, pero no se ha transado sobre la salud en sí misma, porque las partes no han acordado que una de ellas tenga derecho de dañar a la otra, sino que se ha acordado en reparar ese daño causado a través de un monto dinerario. De lo expuesto, queda descartada toda vulneración a los artículos cinco y mil trescientos cinco del Código Civil, y por ende, las transacciones celebradas tienen plena validez, pues no se advierte que la parte accionante haya renunciado a alguno de sus derechos fundamentales referidos a la vida, a la integridad física, a la libertad, al honor y demás inherentes a la persona humana; **Décimo Primero.-** Que, en el caso concreto (al igual que en el precedente vinculante) en las transacciones y addendums obrantes de fojas doscientos treinta y siete a doscientos setenta, las partes acordaron cuantificar los daños a la salud producidos a consecuencia del derrame de mercurio ocurrido el dos de junio del año dos mil conforme a las sumas que ya fueron precisadas en el segundo considerando de la presente resolución, no conteniendo ninguna de tales transacciones acuerdos mediante los cuales se disponga del derecho a la salud en sí misma, por lo que resulta impertinente la aplicación de los artículos cinco y mil trescientos cinco del Código Civil para dilucidar la presente causa; razón por la cual la causal material alegada debe ser también desestimada, Con respecto a la excepción de falta de legitimidad para obrar de la menor Laura Jacquelin Alvarado Cotrina: **Décimo Segundo.-** Que, existiendo denuncias por vicios in iudicando e in procedendo, corresponde verificar primero si se ha configurado o no esta última causal, pues en caso de ser estimada, se dispondría el reenvío de la causa al estadio procesal correspondiente, impidiendo que sea factible el análisis de las normas materiales en las que se sustenta o debió sustentarse la resolución recurrida; **Décimo Tercero.-** Que, la demandada Minera Yanacocha Sociedad de Responsabilidad Limitada formuló -entre otros- la excepción de falta de legitimidad para obrar de la menor de edad Laura Jacquelin Cotrina Alvarado, toda vez que de la partida de nacimiento que obra en autos se advierte que ésta nació el nueve de julio del año dos mil, es decir, luego de haber transcurrido un mes del derrame de mercurio, que tuvo lugar el dos de junio del año dos mil. La denunciada civil Ransa Comercial Sociedad Anónima también formuló -entre otras- la citada excepción; **Décimo Cuarto.-** Que, al resolver esta excepción, el juez de la causa ha declarado fundada la excepción de falta de legitimidad para obrar de la codemandante menor de edad Laura Jacquelin Cotrina Alvarado, anulando lo actuado en ese extremo, pues estima que a tenor de lo normado en el artículo primero del Código Civil la persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento y no antes, siendo que la citada menor nació luego de más de un mes de producido el derrame de mercurio. Apelado que fuera este extremo de la resolución de excepciones, la Sala Superior la confirma, reiterando la conclusión del A quo en el sentido de que la menor Laura Jacquelin Cotrina Alvarado nació un mes después

de ocurrido el derrame, no siendo por ello sujeto de derecho a tenor de lo prescrito en el precitado artículo primero del Código Civil; **Décimo Quinto.-** Que, al sustentar la causal procesal (punto II acápite b) la recurrente alega que en el auto de vista se omitió motivar o argumentar el extremo que ampara la excepción de falta de legitimidad para obrar de la menor de edad Laura Jacquelin Cotrina Alvarado, afirmación que no resulta cierta, pues como se advierte en la parte final del considerando sétimo de la recurrida, el Colegiado Superior ha motivado fáctica y jurídicamente su decisión, interpretando la norma material y aplicándola a este caso, por lo que este extremo del recurso no resulta atendible; **Décimo Sexto.-** Que, de otro lado, la causal de Interpretación errónea de una norma de Derecho material se configura cuando concurren los siguientes supuestos: a.- el Juez, a través de una valoración conjunta y razonada de las pruebas aportadas al proceso, establece determinados hechos; b.- que éstos, así establecidos, guardan relación de identidad con los supuestos fácticos de una norma jurídica determinada; c.- que elegida esta norma como pertinente (sólo ella o en concurrencia con otras) para resolver el caso concreto, la interpreta (y aplica); d.- que en la actividad hermenéutica, el Juzgador, utilizando los métodos de interpretación, yerra al establecer el alcance y sentido de aquella norma, es decir, yerra al establecer la verdadera voluntad objetiva de la norma, con lo cual resuelve el conflicto de intereses de manera contraria a los valores y fines del derecho y, particularmente, vulnerando el valor superior del ordenamiento jurídico, como es la justicia; **Décimo Sétimo.-** Que, el artículo primero del Código Civil establece que la persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. A continuación, refiere que la vida humana comienza con la concepción, que el concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece, y que la atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo. Como puede advertirse, de primera intención, el legislador se acoge a la corriente clásica que estima que es sujeto de derecho el nacido vivo, pero a continuación señala que también lo es el concebido, a condición de que nazca vivo, ello porque a partir del nacimiento la persona puede ejercer a plenitud el pleno goce de sus derechos civiles, y mientras esto no ocurra sólo puede gozar de derechos limitados. Particularmente, nuestra doctrina entiende que el concebido es un sujeto derecho privilegiado, por cuanto la ley le atribuye sólo lo que le favorece, y tratándose de derechos pecuniarios (patrimoniales) su concreción sólo tendrá lugar a condición de que nazca con vida; ergo, tratándose de derechos extrapatrimoniales no existe condición alguna que impida el goce de los mismos. Así lo entiende Luz Monge Talavera cuando, al comentar los alcances del artículo comentado, señala "La expresión para todo cuanto le favorece es invocada tradicionalmente para reservar al concebido derechos patrimoniales, como por ejemplo derechos sucesorios, donaciones, legados o indemnizaciones. Sin embargo, los derechos patrimoniales no se concretizan antes del nacimiento. El artículo primero supedita la atribución de derechos patrimoniales a la condición del nacimiento con vida. (Código Civil comentado por los cien mejores especialistas; Torno I. Primera edición, Lima, Gaceta Jurídica, dos mil tres; página noventa y siete: El resaltado es nuestro). En otras palabras, para el artículo primero del Código Civil rige la condición suspensiva de la efectividad de derechos patrimoniales, lo que no significa que aquellos derechos no existan para el concebido, sino que antes de que se produzca el hecho del nacimiento con vida, aquel concebido no tiene capacidad para recibir, *verbi gratia*, donaciones, legados o indemnizaciones; pero una vez nacido tiene derecho a recibirlos. Ejemplo ilustrativo es el que resalta la autora citada respecto del derecho indemnizatorio que asiste al concebido: "... si durante la gestación el concebido sufre un traumatismo a causa de un tercero, tendrá derecho a una indemnización por el daño sufrido en útero si nace vivo." (Obra Citada, Página noventa y ocho); **Décimo Octavo.-** Que, entonces, 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. En tal sentido, existe interpretación errónea del artículo primero del Código Civil cuando las instancias de mérito estiman que la menor Laura Jacquelin Cotrina Alvarado no era sujeto de derecho indemnizatorio por haber nacido aproximadamente un mes después de haber ocurrido el derrame de mercurio en el departamento

de Cajamarca; cuando lo cierto es que bastaba el sólo hecho de su concepción para que sea catalogada como sujeto de derecho. Su posterior nacimiento únicamente significó que, a partir de dicho momento, podía hacer efectivo el derecho a recibir una indemnización, como en efecto lo viene demandando a través de su madre y representante legal Diocelinda Alvarado Sáenz, razón por la cual no se advierte que la citada demandante adolezca de legitimidad para obrar; **Décimo Noveno.**- Que, por lo demás, debe tenerse en consideración que la legitimidad para obrar es una de las condiciones del ejercicio válido de la acción y que en la doctrina ha sido conceptuada de distintos modos: I.- como la relación lógica de correspondencia que existe o debe existir entre el demandante concretamente considerado y la persona a quien en abstracto la norma jurídica confiere el derecho (legitimidad activa), o entre el demandado concretamente considerado y la persona que en abstracto debe cumplir una obligación (legitimidad pasiva); II.-también como la posición habilitante para formular una pretensión o para contradecirla, y que surge de la afirmación de ser titular de un derecho (legitimidad activa) o de la imputación de una obligación o deber jurídico (legitimidad pasiva). En consecuencia, cuando el juez examina si el demandante tiene o no legitimidad para obrar, debe verificar si existe esa relación formal de correspondencia; o, en la otra acepción, si es la persona habilitada para formular la pretensión. Por tanto, al resolver una excepción de falta de legitimidad para obrar no debe juzgar la justicia de la pretensión ni el fondo de la litis, ni mucho menos si el demandante es el titular en la relación sustantiva controvertida en el proceso, ya que estos aspectos de la pretensión, deben ser objeto de pronunciamiento en la sentencia, mediante el respectivo juicio de fundabilidad y luego de haberse desarrollado la actividad probatoria sobre los hechos controvertidos en el principal. Si esto es así, basta que en su calidad de concebida, la menor Laura Jacquelin Cotrina Alvarado alegue haber sufrido daños a consecuencia del derrame de mercurio ocurrido un mes antes de su nacimiento para que tenga legitimidad para demandar el pago de una indemnización. Será entonces al momento de expedir la sentencia respectiva pronunciándose sobre el fondo del asunto que el Juzgador establecerá si, en efecto, el evento dañoso afectó o no a la citada codemandante durante su concepción; **Vigésimo.**- Que, conforme lo establece el inciso primero del artículo trescientos noventa y seis del Código Procesal Civil, el amparo de una causal material trae como consecuencia no sólo la nulidad de la sentencia impugnada, sino el deber de la Sala de Casación de resolver lo que corresponda a la naturaleza del conflicto de intereses, sin devolver el proceso a la instancia inferior. En tal sentido, de conformidad con los fundamentos jurídicos y doctrinarios expuestos en los considerandos décimo séptimo a décimo noveno, la excepción de falta de legitimidad para obrar de la demandante menor de edad Laura Jacquelin Cotrina Alvarado, deducida por Minera Yanacocha Sociedad de Responsabilidad Limitada y Ransa Comercial Sociedad Anónima, debe ser desestimada; **RESOLUCIÓN:** declararon **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por Donatila Martínez Mendoza de Leyva mediante escrito de fojas mil cuatrocientos cuarenta y tres; **CASARON** el auto de vista de fojas mil cuatrocientos veintitrés, su fecha veintisiete de diciembre del dos mil seis; y actuando en sede de instancia, **REVOCARON** la resolución número tres dictada en la Audiencia de Saneamiento Procesal, cuya acta obra de fojas cuatrocientos diez a cuatrocientos veintiuno, repetida a fojas ochocientos setenta y seis a ochocientos ochenta y siete, y mil doscientos veintisiete a mil doscientos treinta y ocho, únicamente en el extremo recurrido que declara fundada la excepción de falta de legitimidad para obrar de la codemandante menor de edad Laura Jacquelin Cotrina Alvarado, deducida por Minera Yanacocha Sociedad de Responsabilidad Limitada y Ransa Comercial Sociedad Anónima, y anula todo lo actuado en ese extremo, y, **REFORMÁNDOLA**, declararon **INFUNDADA** la citada excepción, debiendo continuar el proceso con las partes legitimadas conforme a su estado; dándose expresamente establecido que el recurso de casación es **INFUNDADO** en el extremo del auto de vista que ampara la excepción de conclusión del proceso por transacción respecto de los demandantes menores de edad Anner Ever Cabanillas Vásquez, William Jesús y Paola Janeth Mantilla Aquino, y los demandantes mayores de edad Donatila Martínez de Leyva, Manuel Mantilla Aguilar, Natividad Aquino Chiclote y Nancy Janeth Arteaga Martínez, para quienes el

proceso ha concluido; **DISPUSIERON** se publique la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano; en los seguidos por Donatila Martínez Mendoza de Leyva y Otros contra Minera Yanacocha Sociedad de Responsabilidad Limitada y Otros; sobre indemnización por daños y perjuicios; y los devolvieron; interviniendo como Vocal Ponente el señor Ticona Postigo.- SS. TICONA POSTIGO, SOLIS ESPINOZA, PALOMINO GARCIA, CASTAÑEDA SERRANO, MIRANDA MOLINA.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS*

CASO ARTAVIA MURILLO Y OTROS ("FECUNDACIÓN *IN VITRO*") VS. COSTA RICA

RESUMEN OFICIAL EMITIDO POR LA CORTE INTERAMERICANA

**DE LA SENTENCIA DE 28 DE NOVIEMBRE DE 2012
(EXCEPCIONES PRELIMINARES, FONDO, REPARACIONES Y COSTAS)**

El presente caso se relaciona los efectos de la sentencia emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica de 15 de marzo de 2000, mediante la cual se declaró inconstitucional el Decreto Ejecutivo No. 24029-S, en el cual se regulaba la técnica de Fecundación In Vitro (FIV) en el país. Esta sentencia implicó que se prohibiera la FIV en Costa Rica, y en particular, generó que algunas de las víctimas del presente caso debieran interrumpir el tratamiento médico que habían iniciado, y que otras se vieron obligadas a viajar a otros países para poder acceder a la FIV.

El 28 de noviembre de 2012 la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "la Corte Interamericana", "la Corte" o "el Tribunal") emitió la Sentencia, en la cual desestimó las excepciones preliminares interpuesta por el Costa Rica (en adelante el "Estado"). Asimismo, la Corte declaró a Costa Rica responsable internacionalmente por haber vulnerado el derecho a la vida privada y familiar y el derecho a la integridad personal en relación con la autonomía personal, a la salud sexual, el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico y el principio de no discriminación, consagrados en los artículos 5.1, 7, 11.2 y 17.2 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana en perjuicio de Grettel Artavia Murillo, Miguel Mejías Carballo, Andrea Bianchi Bruna, German Alberto Moreno Valencia, Ana Cristina Castillo León, Enrique Acuña Cartín, Ileana Henchoz Bolaños, Miguel Antonio Yamuni Zeledón, Claudia María Carro Maklouf, Viktor Hugo Sanabria León, Karen Espinoza Vindas, Héctor Jiménez Acuña, María del Socorro Calderón P., Joaquineta Arroyo Fonseca, Geovanni Antonio Vega, Carlos E. Vargas Solórzano, Julieta González Ledezma y Oriester Rojas Carranza.

I. Excepciones preliminares

El Estado interpuso tres excepciones preliminares: i) la falta de agotamiento de recursos internos; ii) la extemporaneidad de la petición presentada por Karen Espinoza y Héctor

* Integrada por los siguientes jueces: Diego García-Sayán, Presidente; Leonardo A. Franco, Juez; Margarete May Macaulay, Jueza; Rhadys Abreu Blondet, Jueza; Eduardo Vio Grossi, Juez, y Alberto Pérez Pérez, Juez. El Juez, Manuel E. Ventura Robles, de nacionalidad costarricense, no participó en el presente caso de conformidad con el artículo 19.1 del Reglamento de la Corte. El Secretario del Tribunal es Pablo Saavedra Alessandri y la Secretaria Adjunta es Emilia Segares Rodríguez.

Jiménez, y iii) la incompetencia de la Corte Interamericana para conocer de hechos sobrevinientes a la presentación de la petición.

Al analizar su procedencia, la Corte desestimó las tres excepciones preliminares interpuestas por Costa Rica: i) respecto a la excepción preliminar de previo agotamiento de los recursos internos, el Tribunal manifestó que era irrazonable exigir a las víctimas que tuvieran que seguir agotando recursos de amparo si la más alta instancia judicial en materia constitucional se había pronunciado sobre los aspectos específicos que controvierten las presuntas víctimas, y que la función de dicho recurso en el ordenamiento jurídico interno no era idónea para proteger la situación jurídica infringida y, en consecuencia, no podía ser considerado como un recurso interno que debió ser agotado; ii) con relación a la excepción de extemporaneidad de la petición presentada por Karen Espinoza y Héctor Jiménez, el Tribunal destacó que el presente caso exigía una interpretación del requisito de los 6 meses establecido en el artículo 46.1.b, por cuanto una pareja podía tomar meses o años en decidir si acude a una determinada técnica de reproducción asistida o a otras alternativas, de manera que no era posible generar en las presuntas víctimas una carga de tomar una decisión de presentar una petición ante el Sistema Interamericano en un determinado periodo de tiempo, y iii) por último, sobre la excepción de la incompetencia de la Corte Interamericana para conocer de hechos sobrevinientes a la presentación de la petición, el Tribunal consideró que no correspondía pronunciarse de forma preliminar sobre el marco fáctico del caso, ya que dicho análisis correspondía al fondo del caso.

II. Fondo

a. Síntesis de los hechos principales

La infertilidad puede ser definida como la imposibilidad de alcanzar un embarazo clínico luego de haber mantenido relaciones sexuales sin protección durante doce meses o más. Las técnicas o procedimientos de reproducción asistida son un grupo de diferentes tratamientos médicos que se utilizan para ayudar a las personas y parejas infértiles a lograr un embarazo, las cuales incluyen "la manipulación, tanto de ovocitos como de espermatozoides, o embriones [...] para el establecimiento de un embarazo". Por su parte, la FIV es "un procedimiento en el cual los óvulos de una mujer son removidos de sus ovarios, ellos son entonces fertilizados con espermatozoides en un procedimiento de laboratorio, una vez concluido esto el óvulo fertilizado (embrión) es devuelto al útero de la mujer". Esta técnica se aplica cuando la infertilidad se debe a la ausencia o bloqueo de las trompas de Falopio de la mujer, es decir, cuando un óvulo no puede pasar hacia las trompas de Falopio para ser fertilizado y posteriormente implantado en el útero, o en casos donde la infertilidad recae en la pareja de sexo masculino, así como en los casos en que la causa de la infertilidad es desconocida. Las fases que se siguen durante el la FIV son las siguientes: i) inducción a la ovulación; ii) aspiración de los óvulos contenidos en los ovarios; iii) inseminación de óvulos con espermatozoides; iv) observación del proceso de fecundación e incubación de los embriones, y v) transferencia embrionaria al útero materno.

El primer nacimiento de un bebé producto de la FIV ocurrió en Inglaterra en 1978. En Latinoamérica, el nacimiento del primer bebé producto de la FIV y la transferencia embrionaria fue reportado en 1984 en Argentina. Desde que fuera reportado el nacimiento de la primera persona como resultado de Técnicas de Reproducción Asistida (en adelante "TRA"), "cinco millones de personas han nacido en el mundo gracias a los avances de esta [tecnología]". Asimismo, "[a]nualmente, se realizan millones de procedimientos de TRA. Las estimaciones para 2008, comprenden 1.600.000 tratamientos que dieron origen a 400.000 personas nacidas entre 2008 y septiembre de 2009" en el mundo. En Latinoamérica "se

estima que entre 1990 y 2010 150.000 personas han nacido” de acuerdo con el Registro Latinoamericano de Reproducción Asistida.

En Costa Rica, el Decreto Ejecutivo No. 24029-S de 3 de febrero de 1995, emitido por el Ministerio de Salud, autorizaba la práctica de la FIV para parejas conyugales y regulaba su ejecución. En su artículo 1º el Decreto Ejecutivo regulaba técnicas de reproducción asistida entre cónyuges, y establecía reglas para su realización. La FIV fue practicada en Costa Rica entre 1995 y 2000 y en ese lapso nacieron 15 costarricenses.

El 7 de abril de 1995 se presentó una acción de inconstitucionalidad contra dicho Decreto Ejecutivo, utilizando diversos alegatos sobre violación del derecho a la vida. El 15 de marzo de 2000, la Sala Constitucional de la Corte Suprema emitió sentencia, mediante la cual declaró “con lugar la acción [y] se anula por inconstitucional [...] el Decreto Ejecutivo No. 24029-S”. Las razones esgrimidas por la Sala Constitucional para motivar su decisión fueron, en primer lugar, la “infracción del principio de reserva legal”, debido a que concluyó que el Decreto Ejecutivo regulaba el “derecho a la vida y a la dignidad del ser humano”, razón por la cual “[l]a regulación de estos derechos por el Poder Ejecutivo resulta[ba] incompatible con el Derecho de la Constitución”, por cuanto “solamente mediante ley formal, emanada del Poder Legislativo por el procedimiento previsto en la Constitución para la emisión de las leyes, es posible regular y, en su caso, restringir los derechos y libertades fundamentales”. En segundo lugar, la Sala Constitucional determinó que las prácticas de FIV “atentan claramente contra la vida y la dignidad del ser humano”, por cuanto: i) “[e]l ser humano es titular de un derecho a no ser privado de su vida ni a sufrir ataques ilegítimos por parte del Estado o de particulares, pero no sólo eso: el poder público y la sociedad civil deben ayudarlo a defenderse de los peligros para su vida”; ii) “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”, y iii) “como el derecho [a la vida] se declara a favor de todos, sin excepción, debe protegerse tanto en el ser ya nacido como en el por nacer”.

Finalmente, la Sala Constitucional concluyó:

El embrión humano es persona desde el momento de la concepción, por lo 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. [...] La objeción principal de la sala es que la aplicación de la técnica importa una elevada pérdida de embriones, que no puede justificarse en el hecho de que el objetivo de ésta es lograr un ser humano, dotar de un hijo a una pareja que de otra forma no podría tenerlo. Lo esencial es que los embriones cuya vida se procura primero y luego se frustra son seres humanos y el ordenamiento constitucional no admite ninguna distinción entre ellos. [...] Según la Sala ha podido constatar, la aplicación de la Técnica de Fecundación in Vitro y Transferencia Embrionaria, en la forma en que se desarrolla en la actualidad, atenta contra la vida humana. Este Tribunal sabe que los avances de la ciencia y la biotecnología son tan vertiginosos que la técnica podría llegar a ser mejorada de tal manera, que los reparos señalados aquí desaparezcan. Sin embargo, las condiciones en las que se aplica actualmente, llevan a concluir que cualquier eliminación o destrucción de concebidos – voluntaria o derivada de la impericia de quien ejecuta la técnica o de la inexactitud de ésta – viola su derecho a la vida, por lo que la técnica no es acorde con el Derecho de la Constitución y por ello el reglamento cuestionado es inconstitucional por infracción al artículo 21 de la Constitución Política y 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por contravenir la técnica, considerada en sí misma, el derecho a la vida, debe dejarse expresa constancia de que, ni siquiera por norma de rango legal es posible autorizar legítimamente su aplicación, al menos, se insiste, mientras su desarrollo científico permanezca en el actual estado y signifique el daño consiente de vidas humanas. (Añadido fuera del texto original)

De la prueba que obra en el expediente, Costa Rica es el único Estado en el mundo que prohíbe de manera expresa la FIV.

Por otra parte, la Corte realizó un recuento de la situación particular de las nueve parejas que son víctimas en el presente caso, en el cual se evidenció: i) las causas de infertilidad de

cada pareja; ii) los tratamientos a los cuales recurrieron para combatir dicha condición; iii) las razones por las cuales acudieron a la FIV; iv) los casos en que se interrumpió el tratamiento para realizar la FIV debido a la sentencia de la Sala Cuarta, y v) los casos en que las parejas debieron viajar al exterior para realizarse dicho procedimiento.

b. Conclusiones y determinaciones de la Corte

1. Alcance de los derechos a la integridad personal, libertad personal y vida privada y familiar en el presente caso

El artículo 11 de la Convención Americana requiere la protección estatal de los individuos frente a las acciones arbitrarias de las instituciones estatales que afectan la vida privada y familiar. Prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, enunciando diversos ámbitos de la misma como la vida privada de sus familias. Además, esta Corte ha interpretado en forma amplia el artículo 7 de la Convención Americana al señalar que éste incluye un concepto de libertad en un sentido extenso como la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. Asimismo, la Corte ha resaltado el concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones. La vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás, y es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad. Además, la Corte ha señalado que la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres. Teniendo en cuenta todo lo anterior, la Corte considera que la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye, en el presente caso, la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico.

Además, la Corte señaló que el artículo 17 de la Convención Americana reconoce el papel central de la familia y la vida familiar en la existencia de una persona y en la sociedad en general. La Corte ya ha indicado que el derecho de protección a la familia conlleva, entre otras obligaciones, a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. Por su parte, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que la posibilidad de procrear es parte del derecho a fundar una familia.

Asimismo, el Tribunal indicó que el derecho a la vida privada se relaciona con: i) la autonomía reproductiva, y ii) el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. Por tanto, los derechos a la vida privada y a la integridad personal se hallan también directa e inmediatamente vinculados con la atención de la salud. La falta de salvaguardas legales para tomar en consideración la salud reproductiva puede resultar en un menoscabo grave del derecho a la autonomía y la libertad reproductiva. Respecto a los derechos reproductivos, se indicó que dichos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva.

Finalmente, el derecho a la vida privada y la libertad reproductiva guarda relación con el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. Del derecho de acceso al más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar una familia se deriva el derecho a acceder a los

mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva, y, en consecuencia, la prohibición de restricciones desproporcionadas e innecesarias *de iure* o *de facto* para ejercer las decisiones reproductivas.

La Corte consideró que el presente caso se trata de una combinación particular de diferentes aspectos de la vida privada, que se relacionan con el derecho a fundar una familia, el derecho a la integridad física y mental, y específicamente los derechos reproductivos de las personas.

2. Efectos de la prohibición absoluta de la FIV

El Tribunal constató que la Sala Constitucional consideró que si la técnica de la FIV podía realizarse respetando un concepto de protección absoluta de la vida del embrión, ésta podría ser practicada en el país. Sin embargo, la Corte consideró que si bien en la sentencia de la Sala Constitucional se utilizaron palabras condicionantes para admitir la práctica de la FIV en el país, lo cierto es que doce años después de emitida la sentencia, dicha técnica no se realiza en Costa Rica. Por ello, el Tribunal estimó que la "condición suspensiva" establecida en la sentencia, hasta el momento, no ha producido efectos prácticos reales. Por ello, sin entrar a catalogarla como prohibición "absoluta" o "relativa", fue posible concluir que la decisión de la Sala Constitucional ocasionó como hecho no controvertido que la FIV no se practique en el territorio costarricense y que, por tanto, las parejas que deseen acudir a dicha técnica, no pueden llevarla a cabo en su país. Además, debido a que la Sala Constitucional condicionó la posibilidad de realizar la técnica a que no hubiera pérdida embrionaria alguna en la aplicación de la misma, esto implica, en la práctica, una prohibición de la misma, toda vez que la prueba en el expediente indicó que, hasta el momento, no existe una opción para practicar la FIV sin que exista alguna posibilidad de pérdida embrionaria.

Asimismo, dicha sentencia generó la interrupción del tratamiento médico que habían iniciado algunas de las presuntas víctimas del presente caso, mientras que otras se vieron obligadas a viajar a otros países para poder acceder a la FIV. Estos hechos constituyeron una interferencia en la vida privada y familiar de las víctimas, quienes debieron modificar o variar las posibilidades de acceder a la FIV, lo cual constituía una decisión de las parejas respecto a los métodos o prácticas que deseaban intentar con el fin de procrear un hijo o hija biológicos. La Corte precisó que la injerencia en el presente caso no se encuentra relacionada con el hecho de que las familias hayan o no podido tener hijos, pues aún si hubieran podido acceder a la técnica de la FIV, no es posible determinar si dicho objetivo se hubiera podido alcanzar, por lo que la injerencia se circunscribe a la posibilidad de tomar una decisión autónoma sobre el tipo de tratamientos que querían intentar para ejercer sus derechos sexuales y reproductivos.

3. Interpretación del artículo 4.1 de la Convención Americana en lo relevante para el presente caso

La decisión de la Sala Constitucional consideró que la Convención Americana exigía prohibir la FIV tal como se encontraba regulada en el Decreto Ejecutivo, por lo que la Sala interpretó el artículo 4.1 de la Convención en el entendido de que dicho artículo exigía una protección absoluta del embrión. Sin embargo, esta Corte es la intérprete autorizada de la Convención, por lo cual estimó relevante analizar si la interpretación de la Convención que sustentó las injerencias ocurridas era admisible a la luz de dicho tratado y teniendo en cuenta las fuentes de derecho internacional pertinentes. En particular, la Corte examinó el alcance de los artículos 1.2 y 4.1 de la Convención Americana respecto a las palabras "persona", "ser humano", "concepción" y "en general". Para ello, se realizó una interpretación: i) conforme

al sentido corriente de los términos; ii) sistemática e histórica; iii) evolutiva, y iv) del objeto y fin del tratado.

3.1. Interpretación conforme al sentido corriente de los términos

En el presente caso, la Corte observó que el concepto de "persona" es un término jurídico que se analiza en muchos de los sistemas jurídicos internos de los Estados Parte. Sin embargo, para efectos de la interpretación del artículo 4.1, la definición de persona está anclada a las menciones que se hacen en el tratado respecto a la "concepción" y al "ser humano", términos cuyo alcance debe valorarse a partir de la literatura científica.

El Tribunal hizo notar que la prueba en el expediente evidenciaba como la FIV transformó la discusión sobre cómo se entendía el fenómeno de "la concepción". En efecto la FIV refleja que puede pasar un tiempo entre la unión del óvulo y el espermatozoide, y la implantación. Por tal razón, la definición de "concepción" que tenían los redactores de la Convención Americana ha cambiado.

La Corte observó que en el contexto científico actual se destacan dos lecturas diferentes del término "concepción". Una corriente entiende "concepción" como el momento de encuentro, o de fecundación, del óvulo por el espermatozoide. De la fecundación se genera la creación de una nueva célula: el cigoto. Cierta prueba científica considera al cigoto como un organismo humano que alberga las instrucciones necesarias para el desarrollo del embrión. Otra corriente entiende "concepción" como el momento de implantación del óvulo fecundado en el útero. Lo anterior, debido a que la implantación del óvulo fecundado en el útero materno faculta la conexión de la nueva célula, el cigoto, con el sistema circulatorio materno que le permite acceder a todas las hormonas y otros elementos necesarios para el desarrollo del embrión.

Por otra parte, respecto a la controversia de cuándo empieza la vida humana, la Corte considera que se trata de una cuestión valorada de diversas formas desde una perspectiva biológica, médica, ética, moral, filosófica y religiosa, y coincide con tribunales internacionales y nacionales, en el sentido que no existe una definición consensuada sobre el inicio de la vida. 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. Estas concepciones no pueden justificar que se otorgue prevalencia a cierto tipo de literatura científica al momento de interpretar el alcance del derecho a la vida consagrado en la Convención Americana, pues ello implicaría imponer un tipo de creencias específicas a otras personas que no las comparten.

No obstante lo anterior, la Corte consideró que es procedente definir, de acuerdo con la Convención Americana, cómo debe interpretarse el término "concepción". Al respecto, la Corte resaltó que la prueba científica concuerda en diferenciar dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación. El Tribunal observó que sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción. Teniendo en cuenta la prueba científica presentada por las partes en el presente caso, el Tribunal constató que, si bien al ser fecundado el óvulo se da paso a una célula diferente y con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un "ser humano", lo cierto es que si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas. Si un embrión nunca lograra implantarse en el útero, no podría desarrollarse pues no recibiría los nutrientes necesarios, ni estaría en un ambiente adecuado para su desarrollo.

En este sentido, la Corte entendió que el término "concepción" no puede ser comprendido como un momento o proceso excluyente del cuerpo de la mujer, dado que un embrión no tiene ninguna posibilidad de supervivencia si la implantación no sucede. Prueba de lo anterior, es que sólo es posible establecer si se ha producido o no un embarazo una vez se ha implantado el óvulo fecundado en el útero, al producirse la hormona denominada "Gonodotropina Coriónica", que sólo es detectable en la mujer que tiene un embrión unido a ella. Antes de esto es imposible determinar si en el interior del cuerpo ocurrió la unión entre el óvulo y un espermatozoide y si esta unión se perdió antes de la implantación.

Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal entendió que el término "concepción" desde el momento en que ocurre la implantación, razón por la cual consideró que antes de este evento no procede aplicar el artículo 4 de la Convención Americana. Asimismo, la expresión "en general" permite inferir excepciones a una regla, pero la interpretación según el sentido corriente no permite precisar el alcance de dichas excepciones.

3.2. Interpretación sistemática e histórica

La Sala Constitucional y el Estado sustentaron sus argumentos a partir de una interpretación de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Declaración de los Derechos del Niño de 1959. En particular, el Estado afirmó que otros tratados distintos a la Convención Americana exigen la protección absoluta de la vida prenatal. Por tanto, la Corte analizó alegato a partir de una valoración general de lo dispuesto por los sistemas de protección respecto a la protección del derecho a la vida, en particular: i) el Sistema Interamericano; ii) el Sistema Universal; iii) el Sistema Europeo, y iv) el Sistema Africano. Asimismo, la Corte estudió los trabajos preparatorios de dichos tratados.

3.2.1. Sistema Interamericano de Derechos Humanos

De los antecedentes de la Declaración Americana, la Corte consideró que los trabajos preparatorios no ofrecían una respuesta definitiva sobre el punto en controversia. Respecto a la Convención Americana, la Corte observó que durante los trabajos preparatorios se utilizaron los términos "persona" y "ser humano" sin la intención de hacer una diferencia entre estas dos expresiones. El artículo 1.2 de la Convención precisó que los dos términos deben entenderse como sinónimos. Por tanto, la Corte concluyó que los trabajos preparatorios de la Convención indican que no prosperaron las propuestas de eliminar la expresión "y, en general, desde el momento de la concepción", ni la de las delegaciones que pedían eliminar solo las palabras "en general".

Por otra parte, la Corte indicó que la expresión "toda persona" es utilizada en numerosos artículos de la Convención Americana y de la Declaración Americana. Al analizar todos estos artículos no es factible sostener que un embrión sea titular y ejerza los derechos consagrados en cada uno de dichos artículos. Asimismo, teniendo en cuenta lo ya señalado en el sentido que la concepción sólo ocurre dentro del cuerpo de la mujer, se puede concluir respecto al artículo 4.1 de la Convención que el objeto directo de protección es fundamentalmente la mujer embarazada, dado que la defensa del no nacido se realiza esencialmente a través de la protección de la mujer. Por todo lo anterior, la Corte concluyó que la interpretación histórica y sistemática de los antecedentes existentes en el Sistema Interamericano, confirma que no es procedente otorgar el estatus de persona al embrión.

3.2.2. Sistema Universal de Derechos Humanos

La Corte señaló que la expresión "ser humano", utilizada en la Declaración Universal de Derechos Humanos, de acuerdo con los trabajos preparatorios, no fue entendida en el sentido de incluir al no nacido. Asimismo, indicó que los trabajos preparatorios del artículo 6.1 del PIDCP indican que los Estados no pretendían tratar al no nacido como persona y otorgarle el mismo nivel de protección que a las personas nacidas. Igualmente, manifestó que las decisiones Comité de Derechos Humanos permiten afirmar que del PIDCP no se deriva una protección absoluta de la vida prenatal o del embrión.

Respecto a la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, la Corte señaló que los informes del Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (en adelante Comité de la "CEDAW" por sus siglas en inglés) dejan en claro que los principios fundamentales de igualdad y no discriminación exigen privilegiar los derechos de la mujer embarazada sobre el interés de proteger la vida en formación.

Por último, indicó que los artículos 1 y 6.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño no se refieren de manera explícita a una protección del no nacido. El Preámbulo hace referencia a la necesidad de brindar "protección y cuidado especiales [...] antes [...] del nacimiento". Sin embargo, los trabajos preparatorios indican que esta frase no tuvo la intención de hacer extensivo al no nacido lo dispuesto en la Convención, en especial el derecho a la vida.

3.2.3. Sistema Europeo de Derechos Humanos

La antigua Comisión Europea de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derecho Humanos (en adelante el "TEDH") se han pronunciado sobre el alcance no absoluto de la protección de la vida prenatal en el contexto de casos de aborto y de tratamientos médicos relacionados con la fecundación in vitro. Así, por ejemplo en el *Caso Paton vs. Reino Unido* la Comisión Europea de Derechos Humanos sostuvo que los términos en que está redactada el CEDH "tienden a corroborar la apreciación de que [el artículo 2] no incluye al que está por nacer". Agregó que reconocer un derecho absoluto a la vida prenatal sería "contrario al objeto y propósito de la Convención".

Por su parte, en el *Caso Vo. Vs. Francia*, el Tribunal Europeo señaló que "se puede considerar que los Estados están de acuerdo que el embrión/el feto es parte de la raza humana[, pero l]a potencialidad de este ser y su capacidad de convertirse en persona [...] requiere protección en el nombre de la dignidad humana, sin hacerlo una "persona" con el "derecho a la vida". Respecto a casos relacionados con la práctica de la FIV, el TEDH se pronunció en el caso *Evans Vs. Reino Unido*, en el cual confirmó que "los embriones creados por el peticionario [y su pareja] no tienen el derecho a la vida dentro del significado del artículo 2 de la Convención y que no ha, por lo tanto, habido una violación a tal provisión". Mientras que en los *Casos S.H. Vs. Austria*, y *Costa y Pavan Vs. Italia*, que trataron, respectivamente, de la regulación de la FIV respecto a la donación de óvulos y espermatozoides por terceros, y del diagnóstico genético preimplantacional, el TEDH ni siquiera se refirió a una presunta violación de un derecho propio de los embriones.

3.2.4. Sistema Africano de Derechos Humanos

La Corte indicó que el Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos Relativo a los Derechos de la Mujer (Protocolo de Maputo), no se pronuncia sobre el inicio de la vida, y además establece que los Estados deben tomar medidas adecuadas para "proteger los derechos reproductivos de la mujer, permitiendo el aborto con medicamentos

en casos de agresión sexual, violación e incesto y cuando la continuación del embarazo ponga en peligro la salud mental y física de la embarazada o la vida de la embarazada o del feto”.

3.2.5. Conclusión sobre la interpretación sistemática

La Corte concluyó que la Sala Constitucional se basó en el artículo 4 de la Convención Americana, el artículo 3 de la Declaración Universal, el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Declaración de los Derechos del Niño de 1959. No obstante, de ninguno de estos artículos o tratados era posible sustentar que el embrión pueda ser considerado persona en los términos del artículo 4 de la Convención. Tampoco era posible desprender dicha conclusión de los trabajos preparatorios o de una interpretación sistemática de los derechos consagrados en la Convención Americana o en la Declaración Americana.

3.3. Interpretación evolutiva

En el presente caso, la interpretación evolutiva era de especial relevancia, teniendo en cuenta que la FIV es un procedimiento que no existía al momento en el que los redactores de la Convención adoptaron el contenido del artículo 4.1 de la Convención. Por tanto, la Corte analizó dos temas: i) los desarrollos pertinentes en el derecho internacional y comparado respecto al status legal del embrión, y ii) las regulaciones y prácticas del derecho comparado en relación con la FIV.

3.3.1. El estatus legal del embrión

La Corte hizo referencia al Convenio de Oviedo, a varios casos del Tribunal Europeo y a una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para concluir que las tendencias de regulación en el derecho internacional no llevan a la conclusión que el embrión sea tratado de manera igual a una persona o que tenga un derecho a la vida. Así, por ejemplo, en el en el *Caso Costa y Pavan Vs. Italia*, el TEDH, en sus consideraciones previas sobre el derecho europeo relevante para el análisis del caso, resaltó que en “el caso Roche c. Roche y otros [...], la Corte Suprema de Irlanda ha establecido que el concepto del niño por nacer (“unborn child”) no se aplica a embriones obtenidos en el marco de una fecundación in vitro, y estos últimos no se benefician de la protección prevista por el artículo 40.3.3 de la Constitución de Irlanda que reconoce el derecho a la vida del niño por nacer”.

3.3.2. Regulaciones y prácticas sobre la FIV en el derecho comparado

La Corte consideró que, a pesar de que no existen muchas regulaciones normativas específicas sobre la FIV en la mayoría de los Estados de la región, éstos permiten que la FIV se practique dentro de sus territorios. Ello significa que, en el marco de la práctica de la mayoría de los Estados Parte en la Convención, se ha interpretado que la Convención permite la práctica de la FIV. El Tribunal consideró que estas prácticas de los Estados se relacionan con la manera en que interpretan los alcances del artículo 4 de la Convención, pues ninguno de dichos Estados ha considerado que la protección al embrión deba ser de tal magnitud que no se permitan las técnicas de reproducción asistida o, particularmente, la FIV. En ese sentido, dicha práctica generalizada está asociada al principio de protección gradual e incremental -y no absoluta- de la vida prenatal y a la conclusión de que el embrión no puede ser entendido como persona.

3.4. El principio de interpretación más favorable y el objeto y fin del tratado

Los antecedentes que se han analizado hasta el momento permiten inferir que la finalidad del artículo 4.1 de la Convención es la de salvaguardar el derecho a la vida sin que ello implique la negación de otros derechos que protege la Convención. En ese sentido, la cláusula "en general" tiene como objeto y fin el permitir que, ante un conflicto de derechos, sea posible invocar excepciones a la protección del derecho a la vida desde la concepción. En otras palabras, el objeto y fin del artículo 4.1 de la Convención es que no se entienda el derecho a la vida como un derecho absoluto, cuya alegada protección pueda justificar la negación total de otros derechos.

En consecuencia, no es admisible el argumento del Estado en el sentido de que sus normas constitucionales otorgan una mayor protección del derecho a la vida y, por consiguiente, procede hacer prevalecer este derecho en forma absoluta. Por el contrario, esta visión niega la existencia de derechos que pueden ser objeto de restricciones desproporcionadas bajo una defensa de la protección absoluta del derecho a la vida, lo cual sería contrario a la tutela de los derechos humanos, aspecto que constituye el objeto y fin del tratado.

Por tanto, la Corte concluyó que el objeto y fin de la cláusula "en general" del artículo 4.1 es la de permitir, según corresponda, un adecuado balance entre derechos e intereses en conflicto. En el caso que ocupa la atención de la Corte, basta señalar que dicho objeto y fin implica que no pueda alegarse la protección absoluta del embrión anulando otros derechos.

3.5. Conclusión de la interpretación del artículo 4.1

La Corte utilizó los diversos métodos de interpretación, los cuales llevaron a resultados coincidentes en el sentido de que el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana. Asimismo, luego de un análisis de las bases científicas disponibles, la Corte concluyó que la "concepción" en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4 de la Convención. Además, es posible concluir de las palabras "en general" que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general.

4. Proporcionalidad de la medida de prohibición

Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que un derecho puede ser restringido por los Estados siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias; por ello, deben estar previstas en ley en sentido formal y material, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. En el presente caso, la Corte resaltó 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, razón por la cual no fue necesario un análisis en detalle de cada uno de dichos requisitos, ni valorar las controversias respecto a la declaración de inconstitucionalidad en sentido formal por la presunta violación del principio de la reserva de ley.

Sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal estimó pertinente exponer la forma en que el sacrificio de los derechos involucrados en el presente caso fue desmedido en relación con las ventajas que se aludían con la protección del embrión. Para esto, la restricción tendría que lograr una importante satisfacción de la protección de la vida prenatal, sin hacer nugatorio los derechos a la vida privada y a fundar una familia. La Corte efectuará una

ponderación en la que analizará: i) la severidad de la interferencia ocurrida en los derechos a la vida privada y familiar. Asimismo, esta severidad es analizada desde el impacto desproporcionado relacionado con: ii) la discapacidad, iii) el género y iv) la situación socioeconómica. Finalmente se evaluarán v) los alegados logros alcanzados en la persecución de la finalidad buscada con la interferencia.

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

La Corte consideró que una de las injerencias directas en la vida privada se relaciona con el hecho de que la decisión de la Sala Constitucional impidió que fueran las parejas quienes decidieran sobre si deseaban o no someterse en Costa Rica a este tratamiento para tener hijos. La injerencia se hace más evidente si se tiene en cuenta que la FIV es, en la mayoría de los casos, la técnica a la que recurren las personas o parejas después de haber intentado otros tratamientos para enfrentar la infertilidad (por ejemplo, el señor Vega y la señora Arroyo se realizaron 21 inseminaciones artificiales) o, en otras circunstancias, es la única opción con la que cuenta la persona para poder tener hijos biológicos, como en el caso del señor Mejías Carballo y la señora Calderón Porras.

El Tribunal estableció que dicha injerencia implicaba una severidad en la limitación, por cuanto, en primer lugar, la prohibición de la FIV impactó en la intimidad de las personas, toda vez que, en algunos casos, uno de los efectos indirectos de la prohibición ha sido que, al no ser posible practicar esta técnica en Costa Rica, los procedimientos que se impulsaron para acudir a un tratamiento médico en el extranjero exigían exponer aspectos que hacían parte de la vida privada. En segundo lugar, respecto a la afectación de la autonomía personal y del proyecto de vida de las parejas, la Corte observó que la FIV suele practicarse como último recurso para superar graves dificultades reproductivas. Su prohibición afecta con mayor impacto los planes de vida de las parejas cuya única opción de procrear es la FIV. En tercer lugar, se vio afectada la integridad psicológica de las personas al negarles la posibilidad de acceder a un procedimiento que hace posible desplegar la libertad reproductiva deseada. De manera que, por las razones señaladas, las parejas sufrieron una interferencia severa en relación con la toma de decisiones respecto a los métodos o prácticas que deseaban intentar con el fin de procrear un hijo o hija biológicos.

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

La Corte ha señalado que el principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación determina que los Estados deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos. El concepto de la discriminación indirecta implica que una norma o práctica aparentemente neutra, tiene repercusiones particularmente negativas en una persona o grupo con unas características determinadas. Es posible que quien haya establecido esta norma o práctica no sea consciente de esas consecuencias prácticas y, en tal caso, la intención de discriminar no es lo esencial y procede una inversión de la carga de la prueba. La Corte consideró que el concepto de impacto desproporcionado está ligado al de discriminación indirecta, razón por la cual se analizó si en el presente caso existió un impacto desproporcionado respecto a discapacidad, género y situación económica.

4.2.1. Discriminación indirecta en relación con la condición de discapacidad

La Corte tomó nota que la Organización Mundial por la Salud (OMS) ha definido la infertilidad como "una enfermedad del sistema reproductivo definida como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegidas". Por su parte, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad establece que las personas con discapacidad "incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás". La discapacidad resulta de la interacción entre las limitaciones funcionales de una persona y las barreras existentes en el entorno que impiden el ejercicio pleno de sus derechos y libertades.

Con base en estas consideraciones y teniendo en cuenta la definición desarrollada por la OMS según la cual la infertilidad es una enfermedad del sistema reproductivo, la Corte consideró que la infertilidad es una limitación funcional reconocida como una enfermedad y que las personas con infertilidad en Costa Rica, al enfrentar las barreras generadas por la decisión de la Sala Constitucional, debían considerarse protegidas por los derechos de las personas con discapacidad, que incluyen el derecho de acceder a las técnicas necesarias para resolver problemas de salud reproductiva. Dicha condición demandaba una atención especial para que se desarrollara la autonomía reproductiva.

4.2.2. Discriminación indirecta en relación con el género

La Corte consideró que la prohibición de la FIV pudo afectar tanto a hombres como a mujeres y les pudo producir impactos desproporcionados diferenciados por la existencia de estereotipos y prejuicios en la sociedad. En este sentido, si bien la infertilidad puede afectar a hombres y mujeres, la utilización de las tecnologías de reproducción asistida se relaciona especialmente con el cuerpo de las mujeres. Aunque la prohibición de la FIV no está expresamente dirigida hacia las mujeres, y por lo tanto aparece neutral, tiene un impacto negativo desproporcional sobre ellas.

Al respecto, el Tribunal resaltó que se interrumpió el proceso inicial de la FIV (inducción a la ovulación) en varias de las parejas, tuvo un impacto diferenciado en las mujeres porque era en sus cuerpos donde se concretizaba esta intervención inicial destinada a realizar el proyecto familiar asociado a la FIV. Dado que en todo procedimiento de FIV las mujeres reciben una estimulación hormonal para la inducción ovárica, ello generaba un fuerte impacto en los casos donde se interrumpía el tratamiento como consecuencia de la prohibición y en aquellos casos donde los procedimientos realizados fuera del país exigieron cargas adicionales. Por otra parte, se hizo referencia a los estereotipos que tuvieron impacto en los casos de infertilidad masculina. La Corte resaltó que estos estereotipos de género son incompatibles con el derecho internacional de los derechos humanos y se deben tomar medidas para erradicarlos. El Tribunal no validó dichos estereotipos y tan solo los reconoció y visibilizó para precisar el impacto desproporcionado de la interferencia generada por la sentencia de la Sala Constitucional.

4.2.3. Discriminación indirecta en relación con la situación económica

Finalmente, el Tribunal destacó que la prohibición de la FIV tuvo un impacto desproporcionado en las parejas infértiles que no contaban con los recursos económicos para practicarse la FIV en el extranjero.

4.3. Controversia sobre la alegada pérdida embrionaria

La Corte observó que el Decreto declarado inconstitucional por la Sala Constitucional contaba con medidas de protección para el embrión, por cuanto establecía el número de óvulos que podían ser fecundados. Además, prohibía "desechar o eliminar embriones, o preservarlos para transferencia en ciclos subsecuentes de la misma paciente o de otras pacientes". En este sentido, existían medidas para que no se generara un "riesgo desproporcionado" en la expectativa de vida de los embriones. Por otra parte, de acuerdo a lo establecido en dicho Decreto, la única posibilidad de pérdida de embriones que era viable, era si estos no se implantaban en el útero de la mujer una vez se realizara la transferencia embrionaria.

La Corte consideró necesario profundizar en este último aspecto a partir de la prueba producida en el proceso ante el Tribunal en relación con las similitudes y diferencias respecto a la pérdida de embriones tanto en los embarazos naturales como en la FIV. Para el Tribunal fue suficiente constatar que la prueba obrante en el expediente era concordante en señalar que tanto en el embarazo natural como en el marco de la FIV existe pérdida de embriones. Asimismo, tanto el perito Zegers como el perito Caruso concordaron en señalar que las estadísticas sobre pérdida embrionaria en los embarazos naturales son poco medibles a comparación con la medición de las pérdidas en la FIV, lo cual limita el alcance que se procura dar a algunas de las estadísticas que se han presentado ante la Corte.

Teniendo en cuenta que la pérdida embrionaria ocurre tanto en embarazos naturales como cuando se aplica la FIV, el argumento de la existencia de manipulación consciente y voluntaria de células en el marco de la FIV sólo puede entenderse como ligado al argumento desarrollado por la Sala Constitucional en torno a la protección absoluta del derecho a la vida del embrión, el cual ha sido desvirtuado en secciones anteriores de la presente Sentencia. De manera que la Corte encontró desproporcionado pretender una protección absoluta del embrión respecto a un riesgo que resulta común e inherente incluso en procesos donde no interviene la técnica de la FIV.

El Tribunal reiteró que, precisamente, uno de los objetivos de la FIV es contribuir con la creación de vida, lo cual se evidencia con las miles de personas que han nacido gracias a este procedimiento. En suma, tanto en el embarazo natural como en técnicas como la de la inseminación artificial existe pérdida embrionaria. La Corte observó que existen debates científicos sobre las diferencias entre el tipo de pérdidas embrionarias que ocurren en estos procesos y las razones de las mismas. Pero lo analizado hasta el momento permite concluir que, teniendo en cuenta las pérdidas embrionarias que ocurren en el embarazo natural y en otras técnicas de reproducción que se permiten en Costa Rica, la protección del embrión que se buscaba a través de la prohibición de la FIV tenía un alcance muy limitado y moderado.

4.4. Conclusión sobre el balance entre la severidad de la interferencia y el impacto en la finalidad pretendida

Una ponderación entre la severidad de la limitación de los derechos involucrados en el presente caso y la importancia de la protección del embrión, permite afirmar 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. Asimismo, la interferencia tuvo un impacto diferenciado en las víctimas por su situación de discapacidad, los estereotipos de género y, frente a algunas de las presuntas víctimas, por su situación económica. 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 con análogo grado de posibilidad. La Corte resaltó que el embrión antes de la implantación no está comprendido en los términos del artículo 4 de la Convención y recuerda el principio de protección gradual e incremental de la vida prenatal.

Por tanto, la Corte concluyó que la Sala Constitucional partió de una protección absoluta del embrión que, al no ponderar ni tener en cuenta los otros derechos en conflicto, implicó una arbitraria y excesiva intervención en la vida privada y familiar que hizo desproporcionada la interferencia. Asimismo, la interferencia tuvo efectos discriminatorios.

III. Reparaciones

La Corte estableció que su Sentencia constituye per se una forma de reparación y, adicionalmente, ordenó al Estado: i) tomar las medidas apropiadas para que quede sin efecto con la mayor celeridad posible 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 impedimento al efecto; ii) el Estado deberá, a la brevedad, regular los aspectos que considere necesarios para su implementación y establecer sistemas de inspección y control de calidad de las instituciones o profesionales calificados que desarrollen este tipo de técnica de reproducción asistida, y iii) la Caja Costarricense de Seguro Social deberá incluir gradualmente la disponibilidad de la Fecundación in Vitro dentro de sus programas y tratamientos de infertilidad en su atención de salud, de conformidad con el deber de garantía respecto al principio de no discriminación.

Además, el Estado como reparación deberá: i) otorgar gratuitamente el tratamiento psicológico a las víctimas que así lo requieran; ii) publicar el resumen oficial elaborado por la Corte en el diario oficial, en un periódico de amplia circulación nacional y tenerlo disponible en un sitio web de la rama judicial; iii) implementar programas y cursos permanentes de educación y capacitación en derechos humanos, derechos reproductivos y no discriminación dirigidos a funcionarios judiciales, y iv) pagar indemnizaciones compensatorias por daño material e inmaterial a las víctimas.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos supervisará el cumplimiento íntegro de la Sentencia y dará por concluido el caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la Sentencia.