

**UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTO TORIBIO DE
MOGROVEJO
ESCUELA DE POSTGRADO**



**INCORPORACIÓN DE CRITERIOS BIOÉTICOS Y
BIOJURÍDICOS, ANTE LA PROBABLE MODIFICACIÓN
DE LA NORMA SOBRE TÉCNICAS DE
REPRODUCCIÓN ARTIFICIAL**

Autores:

Olga Mercedes Helfer Llerena de Tapia
Sergio Carlos Baltazar Tapia Tapia

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE
MAGÍSTER EN PERSONA, MATRIMONIO Y FAMILIA**

Chiclayo, Perú

2016

**INCORPORACIÓN DE CRITERIOS BIOÉTICOS Y
BIOJURÍDICOS, ANTE LA PROBABLE MODIFICACIÓN
DE LA NORMA SOBRE TÉCNICAS DE
REPRODUCCIÓN ARTIFICIAL**

POR:

**TAPIA TAPIA, SERGIO CARLOS BALTAZAR
HELPER LLERENA DE TAPIA, OLGA MERCEDES**

Tesis presentada a la Escuela de Postgrado de la Universidad Católica
Santo Toribio de Mogrovejo, para optar el Grado Académico de
MAGÍSTER EN PERSONA, MATRIMONIO Y FAMILIA

APROBADO POR:

Dra. Patricia Campos Olazabal
Presidenta de Jurado

Mgtr. Enrique Tumialán Hinoztroza
Secretario de Jurado

Mgtr. Rosa Sánchez Barragán
Vocal/Asesor de Jurado

CHICLAYO, 2016

DEDICATORIA

A nuestros hijos y nuestros nietos, por el significado que para nosotros tienen como signos de la riqueza del don de la vida.

AGRADECIMIENTOS

A la Dra. Rosa Sánchez Barragán, y en su persona a los profesores de la Maestría de la USAT.

INDICE

	Pág.
Dedicatoria	iii
Agradecimientos	iv
Tabla de Abreviaturas	ix
Resumen	x
Abstract	xii
Introducción	xiv
CAPÍTULO I: MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL	21
1.1. Antecedentes	21
1.2. Bases teóricas conceptuales	33
1.2.1 Bases teóricas	33
A) Teorías sobre el inicio de la vida humana	34
a.1 Desde lo biológico	35
a.2 Desde la antropología	42
a.3 Desde las ciencias jurídicas	46
B) Enfoques de la bioética	49

b.1 Enfoque de bioética principalista	50
b.2 Enfoque de bioética personalista	51
1.2.2 Bases conceptuales	52
A) Persona humana	52
B) El embrión humano	53
C) Dignidad humana	55
D) Técnicas de Reproducción Artificial	56
d.1 Origen y aplicación de las técnicas de reproducción artificial	57
d.2 Teleología de las técnicas de reproducción artificial	59
d.3 Difusión de las técnicas de reproducción artificial	60
CAPÍTULO II: MARCO METODOLÓGICO	63
2.1 Tipo de investigación	63
2.2 Abordaje metodológico	64
2.2.1 Técnicas	64
2.2.2. Desarrollo de la investigación	65
2.3 Instrumentos de recolección de datos	66
2.4 Procedimiento	67
2.5 Repertorio bibliográfico	68
2.6 Análisis de datos	68
2.7 Criterios éticos	68
2.8 Criterios de rigor científico	70
CAPÍTULO III: ANÁLISIS Y DISCUSIÓN	71
3.1 Las Técnicas de reproducción artificial: contenido y consecuencias	73
3.1.2 Contenido de las técnicas de reproducción artificial	74
A) Tecnologías reproductivas con fecundación	
Intracorpórea	75
a.1 Inseminación artificial	75
a.2 Transferencia intratubárica de gametos (GIFT)	75

B) Tecnologías reproductivas con fecundación	
Extracorpórea	76
b.1 Fecundación in vitro (FIVET)	76
b.2 Fecundación Intracitoplásmica (ICSI)	77
3.1.3 Consecuencias de las técnicas de reproducción artificial	83
A) Para el embrión	83
B) Para la institución familiar	86
3.2 Análisis de la normatividad relacionada a las técnicas de reproducción artificial en el Perú	89
3.2.1 El artículo 7° de la Ley General de Salud	89
3.2.2 Los proyectos de ley sobre técnicas de reproducción artificial	91
3.3 Los criterios bioéticos y biojurídicos para una posible regulación de técnicas de reproducción artificial	96
3.3.1 Criterios bioéticos para otorgar base científica al ordenamiento jurídico	97
A) El valor absoluto de la vida humana y su inviolabilidad	97
B) La existencia de certeza entre vida, verdad y libertad	100
C) El embrión humano es un individuo de la especie Humana	101
D) El estatuto ontológico del embrión	102
E) La dignidad del embrión humano	104
F) Las TRA no solucionan la infertilidad	107
G) Inexistencia del pre-embrión	108
3.3.2 Criterios biojurídicos para sustentar el fundamento normativo	111
A) El derecho a la vida es el primer derecho	112
B) Inexistencia del derecho al hijo	115
C) La dignidad humana como fundamento de todos	

los derechos	117
D) Derecho a conocer nuestra identidad	120
E) El derecho del embrión de nacer en una familia	121
3.3.3 Propuesta para una regulación de las técnicas de reproducción artificial en el Perú	122
CONSIDERACIONES FINALES	136
RECOMENDACIONES	140
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	141
ANEXO N° 1-A Ficha Bibliográfica	151
ANEXO N° 1-B Ficha Textual	152
ANEXO N° 1-C Ficha de Resumen	153
ANEXO N° 1-D Ficha de Análisis y comentarios	154
ANEXO N° 2 Anteproyecto de Ley Comisión del Ministro de Justicia	155

TABLA DE ABREVIATURAS

CC	: Código Civil.
CADH	: Convención Americana sobre Derechos Humanos.
CNA	: Código de Niños y Adolescentes.
Corte IDH	: Corte Interamericana de Derechos Humanos.
CP	: Código Penal.
CPP	: Constitución Política del Perú.
FIVET	: Fecundación in vitro con transferencia de embriones.
FIV	: Fecundación in vitro.
GIFT	: Transferencia intratubárica de gametos.
ICSI	: Inyección intracitoplásmica de espermatozoides.
LGS	: Ley General de salud.
TC	: Tribunal Constitucional.
TRA	: Técnicas de reproducción artificial.

Resumen

Las técnicas de producción artificial (TRA) generan vida humana desprovista de familia. Nuestro Objetivo General fue establecer los criterios bioéticos y biojurídicos para modificar la norma sobre las TRA en el Perú. Nos propusimos tres objetivos específicos: 1) Analizar el contenido y consecuencias de las TRA; 2) Analizar el vigente artículo 7° de la Ley N° 26842 – Ley General de Salud (LGS) y una de sus propuestas modificatorias de la Comisión del Ministro de Justicia y Derechos Humanos, y 3) Establecer los criterios bioéticos y biojurídicos para regular las TRA, derogando el artículo 7 de la LGS. Y, proponiendo un Proyecto de Ley. La investigación de tipo cualitativa mediante el método bibliográfico, para establecer relaciones teórico-doctrinarias, nos permitió conocer en profundidad el artículo 7 de la LGS, e identificar la naturaleza profunda del problema de las TRA. Para el abordaje descriptivo, explicativo e interpretativo, recurrimos a las fichas bibliográficas, textuales y de resumen; para recoger, almacenar, organizar y presentar la información extraída de fuentes provenientes de 51 autores desde: 26 libros, 2 artículos de revistas, 5 tesis, 12 normas legales, 28 linkografías. El procedimiento se destinó a elegir el tema de la investigación. La primera recopilación de datos bibliográficos nos permitió conocer en profundidad las TRA y el contenido del Artículo 7° de la LGS. La bibliografía adicional nos otorgó una sólida base de conocimiento sobre las TRA. El análisis cualitativo y de documentos nos permitió conocer la situación legal y de hecho de las TRA en el Perú. Mediante el abordaje metodológico antropológico y jurídico, analizamos los documentos mediante un enfoque científico-humanista. Los criterios éticos para el tema de fondo se enmarcaron en la interdisciplinariedad de la bioética y la búsqueda de un estatuto jurídico del concebido y los límites éticos que deben regir la ciencia y la tecnología. Los criterios éticos para la investigación formal fueron la verdad del registro y análisis de documentos de la referencia bibliográfica, y el uso de la información con respeto a la propiedad intelectual. Los criterios de rigor científico fueron la claridad para el desarrollo de los objetivos, y la credibilidad y profundidad de las fuentes de información. Los principales resultados apuntan a comprender que el ordenamiento jurídico del

Perú es proteccionista del concebido, pero no el artículo 7 de la LGS que autorizó las TRA, las que han escapado del control normativo, por lo que implican riesgos para la vida y la salud de los embriones humanos producidos. Nuestra investigación se centra en determinar los criterios bioéticos y biojurídicos, para que una norma regule las biotecnologías del inicio de la vida prohibiendo las TRA, por respeto al derecho de los embriones humanos, acorde a su estatuto biológico, ontológico y jurídico.

Palabras clave: Bioética, biojurídica, técnicas de reproducción artificial (TRA), biotecnologías, concepción, anidación, embrión humano, pre-embrión, maternidad subrogada, crioconservación, selección embrionaria, reducción embrionaria.

Abstract

The Artificial Production Techniques (APT) generate human life not including family. Our General objective was to establish the bioethics and bio-legal criteria to modify the norm about APT in Peru. We proposed three specific objectives: 1) Analyze the content and consequences of the APT. 2) Analyze the current 7th. article of the (GHL) and one of the proposed modifications in the Commission of the Ministry of Justice and Human Rights, and 3) Establish the bioethic and bio-legal criteria to regulate the APT abolishing the 7th article of the GHL and proposing a Law Project. The qualitative type of investigation, through the bibliographic method, to establish the theoretic-doctrinary relations allow us the deepness of the 7th. article of the GHL and identify the real nature of the problem of the APT. For the descriptive approach explanatory and interpretation. We search for the bibliographic, texts and summary, to collect, guard, organize and present the information extracted from the sources proceeding from 51 authors from 26 books, 2 articles from magazines, 5 thesis, 12 legal norms, 28 linkgraphics. The procedure was destined to choose the subject of investigation . The first collection of bibliographic data allows us to recognize the deepness of the APT and the clarity of the 7th. article of the GHL. The additional bibliography gave us a solid basis of knowledge about the APT. The qualitative analisis and the documents through a scientific-humanistic view. The ethic criteria for the basic subject were framed in the interdisciplinary of bioethic and search for the judicial statute of the conceived and the ethic limits that should rule the science and technology. The ethic criteria for the formal investigation were the truth of the registry and analisis of the documents of bibliographic reference, and the usage of the information with respect to the intellectual property. The criteria of scientific origin were clear for the development of the objectives, and credibility and deepness of the sources of the information. The principal results aim to understand that the legal order in Peru is protectionist of the conceived, but not the 7th. article of the GHL authorized by the APT. that escaped the norm control, because of the risks for life and health of the produced human embrions. Our investigation is focused in determining the bioethic and bio-legal criteria so as to regulate a norm the biotechnological initiation of life prohibiting the APT, with

reference to the right of human embryos, in accordance with the biological, ontologic and legal statutes.

Key Words: Bioethics, bio-legal artificial reproduction techniques (ART), biotechnologies, conception shelter, human embryo, pre-embryo, subrogated maternity, child-conservation, embryo selection, embryo reduction.

INTRODUCCIÓN

Con el presente informe de tesis, denominado “Incorporación de criterios bioéticos y biojurídicos en la legislación peruana, ante la probable modificación de la norma sobre técnicas de reproducción artificial (TRA)”, se demostró que a través de las TRA se desfigura el inicio de la vida humana, y se genera que seres humanos nazcan artificialmente desprovistos de la familia a la que por naturaleza tienen derecho, además de otras consecuencias individuales y sociales que les sobrevendrán. Nos propusimos discernir los criterios que deben inspirar al sistema jurídico, con relación a la modificación legal de las TRA, los que principalmente son: El valor absoluto de la vida humana y su inviolabilidad, así como el nexo inseparable entre vida, verdad y libertad. La finalidad de la ciencia y la biotecnología se encuentran al servicio de la defensa y protección de la vida, por lo que resulta oportuno tener presente que “no todo lo técnicamente posible es moralmente admisible”¹.

En el Perú, desde el año 1997, está en vigencia una regla incorporada en el artículo 7° de la LGS², que legaliza para toda persona poder recurrir al tratamiento

¹ ZURRIARÁIN, Roberto Germán. *Los embriones humanos congelados. Un desafío para la bioética*, 1° ed, Madrid, Ediciones Internacionales Universitarias, 2007.p.282

² LEY N° 26842, LEY GENERAL DE SALUD, publicada en el Diario Oficial El Peruano el domingo 20 de julio de 1997, Normas Legales pp. 151245-151252 [ubicado el 15.II 2015]. Obtenido en <http://www4.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Leyes/26842.pdf>

de su infertilidad y legitima como “derecho” la procreación mediante el uso de TRA.

Aparentemente, podría considerarse que es una norma restrictiva porque exige la coincidencia en la misma persona de las condiciones de madre genética y madre gestante. Y, porque requiere el consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos. Además, porque prohíbe la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como también porque prohíbe la clonación de seres humanos. Sin embargo, se trata de una normatividad tan genérica y abierta, que la hace permisiva, porque deja muchas puertas de entrada para las aplicaciones de las TRA, sin cuestionar los aspectos bioéticos y biojurídicos que quedan gravemente comprometidos, debido a que basta el deseo de cualquier persona para superar su infertilidad, sea varón o mujer, y sin exigir considerar el rol de la institución de la familia, e ignorando todo lo concerniente al concebido, y sin mencionar su condición de sujeto de derecho ni de persona. Así como sin prestar importancia, cuidadosa, al número de embriones que puedan producirse artificialmente, ni tomar en cuenta cuántos embriones pueden implantarse, ni cuál será el destino de los embriones sobrantes. Porque, si bien se prohíbe legalmente la experimentación, no hay ninguna regulación sobre la crioconservación, ni sobre la selección o el desecho de embriones. Lo que en la práctica ha generado servicios de TRA sin “algún tipo de control de parte del Estado, (...) y las clínicas e institutos de fertilidad siguen funcionando en la más absoluta tranquilidad o, quien sabe, impunidad”³.

La escueta regulación contenida en el ya referido artículo 7° de la Ley General de Salud, está próxima a cumplir veinte años de vigencia, y se observa que el panorama legislativo del Perú en lo que a procreación humana artificial se refiere, está siendo objeto de múltiples intentos con intenciones de modificarlo

³ CÁRDENAS KRENZ, Arturo Ronald. *El derecho de las personas concebidas mediante técnicas de reproducción asistida a conocer su identidad biológica desde una perspectiva biojurídica*, Tesis para optar el grado de Magister, USAT, 2014 p. XIII

para favorecer más la difusión y aplicación de las TRA⁴. Así tenemos las iniciativas de regulación de las TRA, a petición de algunos órganos estatales y de sectores ideologizados institucionalizados como lo son los autodenominados organismos no gubernamentales (ONGs).

Hasta el momento los proyectos que han circulado, provenientes del Estado, admiten la existencia de clínicas privadas y servicios de medicina del sector público destinados a la administración y práctica de las TRA, y la práctica de la investigación biomédica sobre seres humanos en etapa embrionaria, así como la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida en su más amplio espectro. Constatándose una actitud tolerante hacia las prácticas legalmente no admitidas por la vigente Ley General de Salud, por parte de la autoridad del Estado, no sólo las administrativas del sector Salud, sino lamentablemente también por parte de las autoridades del Poder Judicial.

Estas propuestas legislativas ponen en riesgo inmediato la protección jurídica del inicio de la vida humana, la preservación de la verdadera identidad de los embriones fecundados y el destino que finalmente deparará a los embriones fecundados calificados de “sobrantes”⁵ para los fines de las TRA, y responden a la atmósfera relativista que ha distorsionado las bases y fundamentos de la ética sobre la persona, sobre su vida y su salud; relativismo que también ha generado un desborde de posibilidades y potencialidades de la intervención médica sobre la vida humana del concebido. Es innegable que, en paralelo al progreso de la ciencia y la técnica, se han generado nuevas posibilidades de dominio y de poder

⁴ Cfr.: PROYECTO DE LEY 1722/2012-CR, Ley que regula la reproducción humana asistida [Ubicado el 10.VII.2015]. Obtenido en: <http://www.congreso.gob.pe/proyectosdeley/>; PROYECTO DE LEY 02003/2012-CR, Modifica el artículo 7° de la Ley General de Salud [Ubicado el 10.VII.2015]. Obtenido en: <http://www.congreso.gob.pe/proyectosdeley/>; PROYECTO DE LEY 03034/2013-CR, Ley General de Técnicas de Reproducción Humana Asistida [Ubicado el 10.VII.2015]. Obtenido en: <http://www.congreso.gob.pe/proyectosdeley/>; PROYECTO DE LEY 03744/2014-CR, Crea la Comisión Especial encargada de elaborar anteproyecto de ley de reproducción humana asistida [Ubicado el 10.VII.2015]. Obtenido en: <http://www.congreso.gob.pe/proyectosdeley/>; PROYECTO DE LEY 03839/2014-CR, Ley que despenaliza el aborto en los casos de embarazos por violación sexual, inseminación artificial o transferencia de óvulos no consentidas [Ubicado el 2.V.2015]. Obtenido en: <http://www.congreso.gob.pe/proyectosdeley/>

⁵ “El término sobrantes se tomó de la Sentencia del Tribunal Constitucional acerca de la constitucionalidad de la ley 35/88.” Cfr.: ZURRIARÁIN, Op. Cit., p.33.

que han hecho que las rectas posibilidades de innovaciones en la salud, contengan posibles daños para el cuidado y protección de la vida humana, lo cual se han tornado en un contrasentido para la esencia y misión de la medicina.

Habíamos considerado importante resaltar en esta investigación que las TRA, llevan en sí mismas un contenido ideológico que ha desfigurado los fundamentos esenciales de lo que es el inicio de la vida humana y el concepto del embrión, que recurren a la manipulación del lenguaje ya sea creando nuevos términos y conceptos como el de pre-embrión, maternidad subrogada, o dándole contenidos diferentes a los términos ya existentes como familia, filiación, paternidad. La difusión de la aplicación de las TRA tiende a inducir que existe una “necesidad a satisfacer”, tratando de transformar el deseo de tener un hijo, en un derecho, lo que significa convertir al embrión-sujeto en embrión-objeto.

A fin de contrastar esta postura y con miras al objeto de nuestra investigación, hemos presentado y discutido: el inicio de la vida humana y el ser personal, desde una visión interdisciplinaria con los conocimientos de la biogenética, de la antropología y el derecho, para establecer de manera clara y bien fundamentada el estatuto, biológico, antropológico y jurídico del embrión humano, y la dignidad inherente que posee, siendo siempre sujeto de derecho y no objeto. También hemos analizado el contenido y métodos de aplicación de las TRA, así como las consecuencias para el concebido y la familia. Análisis que nos llevó a establecer que existe la innegable necesidad de determinar un estatuto ético-jurídico de la persona humana del concebido, mediante una norma que establezca los límites éticos fundamentales que deben primar para protegerlo. Dejando sin embargo asentado que, personalmente los autores no nos inclinamos a favor de las TRA, por los atentados que con su uso y su aplicación se cometen contra el concebido y la familia.

La base teórica fundamental de la que hemos extraído los criterios bioéticos y biojurídicos que regulen la reproducción médicamente asistida en el

Perú, es desde el enfoque de la bioética personalista, porque plantea la visión de la persona humana más objetiva y ajustada a su propia realidad y naturaleza.

Luego de haber analizado y discutido el marco teórico y conceptual, hemos examinado el vigente Artículo 7° de la LGS y los proyectos modificatorios, para formular una propuesta de regulación de las TRA en el Perú, contenida en un ante-proyecto de Ley que proponemos para derogar el referido Artículo 7° de la LGS.

La presente investigación aspiró a resolver la siguiente problemática: ¿Qué criterios bioéticos y biojurídicos serán necesarios incorporar en la legislación peruana, ante la probable modificación de la norma sobre TRA?

A fin de responder a esa pregunta, nos propusimos el Objetivo General para establecer los criterios bioéticos y biojurídicos a tener en cuenta ante la probable modificación de la norma sobre las TRA en el Perú. Y, con el fin de lograr el objetivo general, nos propusimos los siguientes objetivos específicos: 1) Analizar el contenido y consecuencias de las TRA; 2) Analizar el vigente artículo 7° de la LGS y la propuesta de sustituirlo mediante el Anteproyecto de Ley que Regula los Aspectos Generales y las Condiciones de la Reproducción Humana Médicamente Asistida que fue elaborado por una Comisión creada por el Ministro de Justicia y Derechos Humanos, y 3) Establecer los criterios bioéticos y biojurídicos para una propuesta de regulación de TRA derogando el artículo 7 de la LGS, y proponiendo un proyecto de ley.

Para lograr los objetivos propuestos dividimos la investigación de la siguiente forma, en el primer capítulo nos ocupamos del marco teórico conceptual que recogió los antecedentes de estudio y los conceptos básicos que sirvieron para plantear el problema y esbozar su desarrollo. En el segundo capítulo presentamos ordenadamente la metodología que hemos utilizado para realizar la investigación. El tercer, y último capítulo, contiene el desarrollo, análisis y discusión de la cuestión planteada: El uso de las TRA y sus consecuencias para la persona

humana del embrión; contrastándolo con el estatuto biológico, ontológico y jurídico del mismo; demostrando la ideologización de los conceptos y teorías en las que se apoyan las TRA. Abordamos también las diferentes técnicas difusivas que las TRA emplean para conquistar el ambiente cultural y social, presionar un cambio de mentalidad y luego generar un cambio jurídico. Hemos realizado un análisis de la legislación vigente y los proyectos sobre TRA, quedando demostrado, que no cuentan con sustento científico y se apoyan tácitamente en la teoría de que la vida empieza en la anidación, que carecen de una visión antropológica humanista y que ignoran el estatuto biológico y ontológico de la persona humana. Además hemos analizado y desarrollado los criterios bioéticos y biojurídicos que deben tenerse en cuenta para toda legislación que pretenda regular sobre la vida humana, como es el casos de las TRA, y finalmente proponemos un Proyecto de Ley que respetando lo máximo posible la vida y derechos del embrión, regule que en nuestro país no se autoriza legalmente la aplicación de las TRA, planteando la derogatoria del artículo 7 de la LGS.

Esta investigación resultó conveniente para establecer los criterios bioéticos y biojurídicos que toda legislación sobre TRA debe considerar, para brindar el marco fundamental para que se respeten los derechos del embrión, para que las leyes se ordenen al bien fundamental de las personas que es la vida, para que se respeten los derechos de la familia como institución básica de la sociedad, para que se respete el marco jurídico vigente en nuestro país. La investigación tuvo también relevancia social, porque al proteger al ser más indefenso de la sociedad, la sociedad se humaniza, y su alcance se extiende no solo para el caso de regular las TRA, sino para toda ley que se relacione con la vida del concebido. En cuanto a implicancias prácticas, se resolvió la insuficiencia de la norma existente como es el artículo 7 de la LGS, y se pondrá fin a una praxis ilimitada de las TRA en nuestro país estableciendo los límites éticos de la misma.

El valor teórico de nuestra investigación fue evidenciar la relación que existe entre la ciencia, la técnica, la antropología y el derecho, especialmente

cuando se trata de la vida de los seres humanos y sus derechos. Que servirá de marco doctrinal para elaborar normas y enriquecer la jurisprudencia.

La investigación fue un aporte para enriquecer el complejo debate sobre la normatividad aplicable a las TRA; cuya incorporación en la legislación antes que legitimarlas con liberalidad de uso de tecnologías, debe hacer primar el respeto a la dignidad de la persona humana desde su estado embrionario.

Los autores.

CAPÍTULO I

MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL

El Marco Teórico y Conceptual contenido en el presente capítulo, tiene por finalidad presentar las diferentes investigaciones relacionadas con el tema en estudio, así como los conceptos y las teorías.

1.1. ANTECEDENTES

Presentamos las investigaciones relacionadas con el tema estudiado. La primera parte comprende las tesis de postgrado y de pregrado, en ese orden. La segunda parte corresponde a los libros que hemos seleccionado de la bibliografía revisada.

PÉREZ PITA, Diana Carolina (2014), tesis para optar el grado académico de Magister en Derecho de Familia y de la Persona titulada “Presupuestos éticos y jurídicos mínimos que se deben tener en cuenta ante una inminente regulación de TRA en el Perú”.

La investigación constata que no sólo parejas casadas o no, sino personas solteras y sin guardar convivencia alguna, son las que demandan los servicios de reproducción humana artificial. Las TRA ponen en riesgo la integridad, la salud y hasta la vida de las personas; además, de la manipulación que se encubre bajo el

pretexto de la selección de embriones. La autora se declara contraria a la aplicación de las TRA, y se manifiesta inclinada a que sean prohibidas, por ser prácticas atentatorias contra los derechos humanos del niño y de la madre. Pero, es consciente del avance de la publicidad y aplicación de tales procedimientos. Concluyendo que es necesario que el sistema jurídico nacional cuente con unos mínimos legales, para aminorar el impacto de la puesta en práctica de las TRA.

La autora definió que los lineamientos ético-jurídicos básicos para la defensa de la vida prenatal, son el respeto a la dignidad de la persona de la madre y de la persona del concebido. Sostuvo que la persona no puede ser reducida a medio, porque la persona es un fin, y rechazó el argumento de las TRA como el medio para obtener el derecho a tener un hijo. Además, exigió el respeto al cuerpo de la mujer, que no debe ser utilizado instrumentalmente por la medicina.

La autora dio cuenta de los proyectos de ley que no respetan esos lineamiento ético-jurídicos, los que si bien no han sido acogidos para ser incluidos en el sistema jurídico nacional, es prudente tener el ánimo de prever y precaver si alguno de estos proyectos de ley sean objeto de insistencia y obtenga eficaces auspicios para su aprobación. La tesis de la autora es el precedente académico, en la USAT, y ha sido de mucha utilidad para nuestra investigación en la que proponemos los contenidos indispensables de un proyecto de ley que regule el arduo tema de la bioética sobre el inicio de la vida humana, y como bien dice la autora se establezcan límites a la aplicación de las TRA en aras de respetar la dignidad de la persona.

CÁRDENAS KRENZ, Arturo Ronald (2014), tesis para optar el grado académico de Magister en Bioética y Biojurídica titulada “*El derecho de las personas concebidas mediante técnicas de reproducción asistida a conocer su identidad biológica desde una perspectiva biojurídica*”.

El autor subrayó la importancia que tiene la perspectiva biojurídica, para las personas nacidas mediante las TRA, a fin de conocer su identidad biológica.

Ordinariamente la legislación que introduce las TRA consagra el anonimato del donante de los gametos, o de quien dispuso su vientre para el desarrollo genético. El dilema jurídico que la investigación pone en consideración es si existe derecho para mantener la reserva de identidad de los padres biológicos, y si hay derecho a ocultar el origen procreacional. Contrariamente, si asiste el derecho de conocer quiénes son los padres biológicos. El derecho a conocer el origen biológico de la persona humana, es hacer eficaz el derecho a la identidad y el derecho a lo no discriminación; en tanto que se pone en duda si asiste el pretendido derecho a la intimidad, a quienes son padres biológicos por haber sido donantes de sus gametos para un proceso de fecundación artificial. Por lo que el autor recomienda la incorporación, en el Código Civil, de una norma que consagre el derecho de toda persona a conocer su origen biológico.

Es fácilmente constatable en el Perú la inexistencia del control del Estado en la práctica de TRA, y la impunidad con la que los institutos y clínicas de fertilización artificial realizan sus actividades, además le llama la atención la manipulación del lenguaje y los cambios profundos en la comprensión de las realidades y en la ética de las conductas. Otro tema central es la dilucidación del “derecho a tener un hijo”, afirmando que no existe tal derecho y la presunta licitud de administrar TRA a personas solteras que recurren al tratamiento para “tener” un hijo, y constituir con él una forma de familia a la que se denomina monoparental.

Esta investigación nos es útil para caracterizar la ética, la bioética y la reproducción artificial. Y, para atender como a través del lenguaje se operan cambios profundos en la comprensión de las realidades y en la ética de las conductas. Es constatable una influencia ideológico-cultural por debilidad y mudanza de los principios éticos. Un tema central que conecta con la materia de nuestra investigación, es dilucidar la cuestión del “derecho a tener un hijo”. A ello se suman los problemas jurídicos que surgen del anonimato de los diversos sujetos que pueden participar en las TRA, que generarán un conflicto de derechos por ocultamiento de la identidad biológica al que es procreado mediante las TRA.

Este antecedente académico contribuye con nuestra investigación para establecer las consecuencias de las TRA para el embrión humano y la familia.

GONZÁLES Fernández, Rocío del Pilar (2013), tesis para optar el título de abogada titulada “Límites biojurídicos de la libertad de investigación respecto a la manipulación genética en la vida prenatal”.

Se atenta contra la protección jurídica de la vida prenatal, por la pérdida del valor de la vida humana, debido a los reduccionismos antropológicos y las terminologías reductivistas, que expresan conceptos irreales como el de “pre-embrión” para justificar la manipulación genética del ser humano reduciéndole a material biológico. La dignidad de todo ser humano es el fundamento para prohibir jurídicamente la investigación con fines de selección genética embrionaria y de manipulación genética eugenésica. La autora concluye que hay libertad para la investigación científica, pero con los límites que la racionalidad bioética y biojurídica imponen, porque frente al derecho de la libertad de investigación, hay otros derechos que gozan de mayor jerarquía. Por lo que deben quedar proscritos legalmente los tres ámbitos de la manipulación genética: la terapia génica, la intervención génica en la línea somática y la intervención genética en la línea germinal. Es necesario re-introducir criterios prudenciales en el acto médico y en la investigación científica con seres humanos, porque no es igual curar una enfermedad que modificar lo que no está enfermo.

La tesis es un precedente académico útil para nuestra investigación sobre TRA, por ocuparse sobre los límites y extensiones del Derecho a la Libertad de Investigar, y ha contribuido especialmente al establecer los límites éticos de la ciencia y la técnica en función del estatuto ontológico del embrión humano. La autora ahonda su estudio sobre la distorsión que genera la manipulación genética, defecto que lo contrasta con los cinco principios bioéticos personalistas que deben presidir los actos médicos y de investigación. El trabajo se cierra con una revisión de la legislación comparada y el análisis de nuestro sistema jurídico.

IBAÑEZ MURGUÍA, Nora Elizabeth (2014), tesis para optar el título de abogada titulada “Reflexiones en torno a la jurisprudencia peruana respecto a las técnicas de reproducción asistida”.

Las TRA se han introducido en la cultura actual encubriendo sus verdaderas consecuencias, con el uso de un lenguaje ambiguo que oculta el verdadero sentido y el efecto real de las consecuencias que las TRA producen en el ser humano. La imprecisión terminológica ha favorecido para generar un clientelismo complaciente y receptivo a la difusión publicitaria de las TRA. Así, en lugar de embrión se emplean palabras como “material biológico”. Lo importante es salvaguardar la jerarquía del derecho a la vida.

La investigación se relaciona con la nuestra en dos niveles. Primero, con respecto a la difusión y concientización proselitista de la que son fácil objetivo algunos sectores de nuestra sociedad, que han sido convencidos sobre la conveniencia de aplicar –ampliamente y sin restricción alguna–, la más diversa gama de las TRA.

El segundo nivel de relación de esta investigación con la nuestra, es el que atañe a la eficacia de la normatividad jurídica que adolece nuestro país, por la deficiencia de educación cívica de la población y de los sectores profesionales, así como las elites dirigentes de la cultura y la política. Todo confabula a lo que la autora denomina “la desprotección jurídica en las Técnicas de Reproducción Asistida”.

POLITI BARRETO, Melina Brunella (2010), tesis para optar el título de abogada titulada “Protección jurídica del concebido en el derecho peruano ante la regulación de las técnicas de reproducción asistida”.

La investigación contiene una prolija revisión del derecho comparado sobre la protección jurídica del concebido frente a las técnicas de reproducción asistida. La autora sostiene que el principal promotor para difundir las TRA, es el discurso

médico que las presenta como técnicas para la solución de un mal. Sin embargo, las TRA no pueden clasificarse como acto médico terapéutico, porque no tienen por finalidad reparar el funcionamiento de un órgano. Las TRA no remedian la infertilidad y luego de ser aplicadas persistirá la mala formación de las trompas, del útero o del conducto cervical, así como la capacidad motil del esperma. Es decir, con las TRA una pareja infértil tendrá un hijo, pero seguirá siendo infértil. La autora interpreta los efectos del artículo 124-A del Código Penal, sobre Lesiones al Concebido, que tendría efectos derogatorios indirectos sobre el artículo 7° de la Ley General de Salud.

La tesis se relaciona con la nuestra en el discernimiento filosófico y metafísico de lo que es la persona humana y la noción del concebido como persona humana en la etapa del inicio de la vida. Así como por la descripción y valoración de las TRA que se califican como ceguera antropológica e irresponsabilidad en la sobreproducción de embriones. La autora evaluó la legislación comparada desde el criterio de protección jurídica al concebido, datos que han sido muy relevantes para nuestra investigación.

MATERIAL BIBLIOGRÁFICO

A continuación damos cuenta de una selección bibliográfica como antecedente a nuestro trabajo de investigación, siguiendo el orden del año de edición, del más próximo al más remoto:

HERRANZ, Gonzalo (2013), *El embrión ficticio. Historia de un mito biológico.*

Es un análisis crítico de la argumentación que, en los últimos cincuenta años, se ha proferido contra la moral protectora del embrión humano. Mediante las TRA, la experimentación con embriones y los métodos contraceptivos producen pérdida y destrucción de seres humanos. La aceptación de estas prácticas se manipuló mediante una campaña para negar la vida humana del

embrión, falseando su realidad al afirmar que son sólo células o “complejos biológicos”. El montaje de un vocabulario biológico tendiente a la confusión, permitió la aceptación por el gran público y la permisividad legislativa por los desavisados parlamentos.

El autor propone reabrir el debate en torno al embrión humano, sobre nuevas bases. Considera necesario reexaminar los argumentos filosóficos y biológicos que son deficientes, porque aún los prestigiosos hombres de ciencia intervinientes no tuvieron cautela con la objetividad científica, cayeron en la trama del pragmatismo e intereses personales, y de la ideología científicista imperante, la que pretende por sí misma y por sí sola salvar los problemas de la humanidad. Con esa deficiente base científica en embriología, el resultado fue la desprotección jurídica de la vida humana en la etapa embrionaria.

La obra revaloriza el papel de la bioética por su función de refutación, como ejercicio para impugnar con razones y datos, las distorsiones a las que la realidad del embrión humano ha sido sometida en los últimos decenios.

LAFFERRIERE, Jorge Nicolás (2011), *Las implicaciones jurídicas del diagnóstico prenatal: El concebido como hijo y paciente.*

Las biotecnologías abren nuevas posibilidades para acceder a realidades desconocidas y a conocimientos no previstos, han dado posibilidad al diagnóstico prenatal, y conllevan nuevas posibilidades de intervención sobre la vida humana.

El diagnóstico prenatal es un acto médico, que puede estar al servicio de la salud de la persona concebida, para el asesoramiento, el diagnóstico y el consejo del cuidado de su vida. Y, también sirve para el cuidado de la salud de la madre gestante. Desde esta perspectiva, la relación materno-filial está asegurada cuando la ciencia y las tecnologías están destinadas a servir al ser humano sin distinción, a la madre como al hijo concebido. Tienen utilidad para la detección temprana de enfermedades y patologías.

Pero, el conocimiento científico y las habilidades técnicas son instrumentos en manos de hombres, quienes por su libre albedrío pueden distorsionar el sentido y finalidad del avance científico y del desarrollo de las biotecnologías, menoscabando la dignidad inviolable e inalienable de la vida humana. Así sucede cuando el diagnóstico prenatal se pone al servicio de las TRA, o cuando el diagnóstico prenatal es justificativo para legitimar el aborto. Desde una perspectiva jurídica, el autor sabe armonizar con destreza y conocimientos médicos las realidades de las que trata.

Este libro ha sido de mucha utilidad para nuestra investigación, por la profundidad que demuestra en el conocimiento del embrión humano y su condición de sujeto individual de la especie humana, hijo y paciente.

PARDO SAENZ, José María (2011), *El no nacido como paciente*.

La mentalidad moderna con relación a la estética de la apariencia, el influjo de los prejuicios sociales desde una mentalidad que soslaya lo esencial y subraya lo accidental, el conocimiento científico avanzado en lo que a las biotecnologías se refiere pero atrasado en lo que a lo sustancial y lo ético se requiere. Hoy, en un mismo ámbito hospitalario, se puede estar sometiendo al aborto a un feto de 24 semanas, y paralelamente en la unidad de cuidados intensivos se trata de salvar la vida a un bebé nacido prematuramente a las 24 semanas de edad.

Frente a esta dualidad ética del mundo actual, es necesario estudiar al embrión humano como paciente, con el objeto de subrayar su humanidad y comprender su dignidad. Increíblemente, uno de los retos del Siglo XXI es tener que demostrar evidencias para que al embrión se considere uno de los nuestros.

El autor dilucida la gravedad del problema respecto de si la ciencia ayuda y está al servicio de la vida, o de lo contrario, si el avance científico y biotecnológico se legitima aunque sirva para violar la vida humana.

CICCONE, Lino. Bioética (2006), *Historia. Principios. Cuestiones.*

El autor ubica su obra como complemento de una anterior sobre Moral de la Vida Física, es un acercamiento a la bioética, destinado a ser una primera orientación en bioética, para profundizar y desarrollar cuestiones que han surgido en esta materia.

Luego de revisar los orígenes históricos de la bioética, el autor se plantea el problema de discernir los fundamentos y métodos, la epistemología de la bioética, describe la pluralidad de modelos, Señala que existe una diferente fundamentación antropológica en la bioética y discierne tres etapas en su evolución: la búsqueda de institucionalidad, el asentamiento de la concepción bioética y la relación con la teología moral.

Los principios generales de la bioética o cuatro principios “clásicos” provenientes de la bioética principalista, son: El respeto a la autonomía del paciente, la ausencia de daño, la beneficencia y la justicia. Luego de formular sus apreciaciones críticas respecto a esos principios, relanza la cuestión si la bioética debe regirse mediante principios o mediante virtudes. Desarrolla los principios de la bioética “de tendencia” personalista: el valor fundamental de la vida física, la dignidad de la persona, la libertad con responsabilidad y la totalidad.

El autor aborda nociones de carácter científico y de carácter jurídico y su relación a los organismos internacionales. Para efectos de nuestra investigación ha sido muy importante consultar esta obra dado que desarrolla cuál es el problema central del embrión humano, el estatuto ontológico del embrión humano, así como el estatuto ético, el estatuto jurídico y los elementos a considerar desde la teología. Y en cuanto a la inseminación artificial, encara los problemas relativos a las tecnologías reproductivas, y los analiza desde la ética y el derecho, así también sobre la clonación de humanos, la naturaleza y problemas sobre el diagnóstico prenatal, la experimentación sobre embriones humanos y la

ingeniería genética, la investigación bioética, y las experimentaciones clínicas con seres humanos.

La obra aporta muy interesantes argumentos y datos de utilidad para determinar el análisis de las cuestiones bioéticas, desde la tridimensionalidad: desde la embriología y la biología, desde la ética y el derecho; en concordancia con el magisterio de la Iglesia, y así poder establecer los criterios bioéticos y biojurídicos materia de nuestra investigación.

LÓPEZ MORATALLA, Natalia; IRABURU ELIZALDE, María J.
(2006), *Los quince primeros días de una vida humana*.

Las autoras describen al detalle lo que ocurre durante los primeros pasos de la vida humana por nacer, y aclaran desde la ciencia, que el embrión no es una mezcla de células, sino un conjunto perfectamente ordenado de diferentes células con distintas características y funciones, que crecen, se reproducen, transmiten informaciones, etc. El embrión, una realidad llena de vida que es observable científicamente.

El libro relata el origen de la vida humana, explica como es la construcción de un organismo vivo, que es una labor diferenciadora, que tiene sus leyes y su lógica; que es un proceso irreversible que va de lo simple a lo complejo. Explica como el organismo humano tiene un alto grado de complejidad biológica, como los gametos se preparan con antelación al encuentro que causará la fecundación, explica detalladamente la singamia que es la constitución del cigoto, y como la observación científica del desarrollo natural del embrión permite tener criterios de evaluación de la calidad biológica de los cigotos producidos por las TRA, y las deficiencias que hay por aplicación de las TRA; la alteridad de los frutos de la clonación y sus deficiencias.

Para fines de nuestra investigación la explicación y descripción científica detallada de los 15 primeros días del concebido y su recorrido hasta la

implantación, y la simbiosis de la madre con el embrión, aportan datos más que suficientes para establecer el estatuto biológico del embrión y que es fundamento para luego establecer el estatuto ontológico y jurídico que le corresponde.

La biología es la que aporta los datos para bioética, el libro aporta los conocimientos de la biología que sustentan las apreciaciones bioéticas, de las que deducimos los criterios que inspirarán el bioderecho.

BASSO, Domingo M. (2005), *Nacer y morir con dignidad. Estudios de bioética contemporánea.*

El primer fundamento de la bioética, para edificar una defensa del ser humano, es la consideración de la dignidad humana, que exige respetar la vida humana. Por lo que se precisa, desde la ciencia y la filosofía, qué es la vida y cuál es su inicio. Se desarrollan cuatro ejes temáticos: Contra-concepción o vida humana artificialmente impedida; Procreación artificial o vida humana artificialmente producida; Aborto inducido o vida humana artificialmente interrumpida, y Suicidio y Eutanasia o vida humana artificialmente abreviada.

La vida humana artificialmente producida, o procreación artificial, es el tema que se relaciona con nuestra investigación.

La procreación artificial es una situación nueva. Debe formularse un juicio crítico sobre la novedad de los conocimientos científicos y técnicos adquiridos, como sobre la licitud e ilicitud de los medios a emplearse. Esto requiere analizar los valores humanos puestos en juego. Algunos sectores comprometidos en auspiciar y promocionar la investigación científica sobre seres humanos, han debido de sortear el principio elemental que consagra los derechos inviolables de la persona humana; por lo que se ha recurrido a reformular la definición de persona humana a nivel filosófico y a nivel científico, sin límites éticos y con eliminación de fundamentos antropológicos, para restar a la etapa embrionaria del ser humano la consideración de ser persona humana. Con “sospechosas

intenciones” se ha permitido la experimentación científica sobre quienes ya no les llega la protección de sus derechos, debido al intencionado recorte de la noción de persona.

SAMBRIZZI, Eduardo A. (2001), *La procreación asistida y la manipulación del embrión humano*.

La importancia que va adquiriendo la preocupación desinformada sobre las TRA, resulta necesaria la dación de una ley que regule la procreación asistida. Hay problemas derivados por la fecundación heteróloga, las soluciones propuestas para determinar la paternidad del nacido, la cuestión del anonimato del donante de gametos, la maternidad subrogada o maternidad de sustitución, y de manera particular la persona a la que debe atribuirse ser madre de quien nace por encargo. La manipulación del embrión humano y los límites que deben imponerse al respecto. El comienzo de la vida humana, la congelación de gametos y embriones, y la inconveniencia de ese procedimiento para los embriones. Los problemas derivados de los embriones crioconservados y la fecundación post-mortem. Los problemas que provienen de la clonación humana. Los cambios legislativos operados en Argentina y la legislación comparada, el desarrollo vertiginoso de las ciencias que producen una postergación del Derecho ubicándolo a un paso atrás de los hechos que debiera regular previsoramente. El estudio de las responsabilidades generadas por la creación asistida y la manipulación genética, los daños derivados de la clonación y de la fecundación post-mortem o la discriminación genética, y la legitimación activa y pasiva en relación con los daños producidos por aplicación de las TRA.

En el Prólogo escrito por uno de los maestros del autor, se subraya que no todo avance es progreso, porque se puede caminar hacia un objetivo propio de ser alcanzado o hacia el despeñadero. Y, distingue con propiedad que no todo lo que viene de fuentes doctrinales religiosas, proviene de la fe –como es el caso de la producción que la Iglesia Católica hace en esta materia de bioética–, sino más

bien tiene su origen en una autorizada interpretación del orden natural, que goza de una dimensión universal para todo hombre.

La obra se destina a consideraciones jurídicas sobre las TRA, por lo que es directamente enriquecedora para nuestra investigación en los problemas objeto de su estudio.

1.2. BASES TEÓRICAS CONCEPTUALES

1.2.1 Bases teóricas

En este apartado se analizan las teorías sobre el inicio de la vida humana desde los enfoques biológico, antropológico y jurídico, y desde las dos corrientes bioéticas más importantes. El conocimiento de estas bases teóricas permitirá determinar quién es persona humana, desde cuándo y establecer cuál es el estatuto del embrión humano.

Mediante el estatuto del embrión humano se comprende cuál es la situación que el concebido ocupa en la sociedad, de qué realidad se trata el embrión humano. Con la ayuda de la ciencia podemos conocer su estatuto biológico, y mediante la filosofía y la antropología podemos conocer su estatuto ontológico. Ambos saberes, integrados, hacen posible determinar su estatuto jurídico.

Son tres las posturas que se adoptan desde los aportes de las ciencias biomédicas, según Zurriarán, para determinar el estatuto del embrión:

- “1. El embrión desde su concepción es vida humana pero no vida individual.
2. El embrión es vida humana individual pero no tiene un carácter personal; éste se adquiere posteriormente con la aparición de propiedades esenciales que definen a la persona, tales como la autoconciencia o la capacidad de sentir dolor.
3. El embrión es un viviente humano individual y personal desde su concepción.”⁶

⁶ ZURRIARÁIN, Op. Cit., p. 21

Hay tres dimensiones del embrión humano: vida, individualidad y carácter personal. Pero, cuando se produce una ruptura de la triple implicación de estas dimensiones, se produce la indeterminación del embrión humano en las distintas ciencias que participan de la discusión bioética.

Y, en ese trance de exigir claridad frente a la imprecisión, la concepción del estatuto del embrión humano va desde reconocer su carácter personal desde la concepción, hasta considerar al embrión humano como una cosa sin identidad humana, reduciéndosele a una entidad intermedia entre persona y cosa no del todo definida.⁷

La postura que finalmente se adopte sobre el embrión humano trasciende a éste, pues, tendrá indudable influencia y consecuencias en la concepción del hombre que se adopte como paso siguiente, así como en el modo de entender la sociabilidad entre los hombres, y en el estatus jurídico que se le reconozca.

A) Teorías sobre el inicio de la vida humana

Afirma Serra que “El primer dato esencial para una reflexión ética y jurídica sobre el embrión humano es el de definir cuándo comienza a existir un “ser humano.”⁸ Y refiriéndose a este inicio de la existencia del ser humano, agrega:

“Una aportación fundamental para un conocimiento objetivo de este dato viene de la *ciencia*. Ella puede establecer, como para todos los otros seres vivientes, la situación concreta en la que un determinado “ser humano” comienza *su propio ciclo vital* o, traducido en términos metabiológicos, su real *existencia individual*.”⁹

⁷ Cfr. ZURRIARÁIN, Ibid, p. 21

⁸ SERRA, Ángelo. “La ley del desarrollo del embrión humano revela cuándo “yo” soy “yo” en *El Inicio de la vida. Identidad y estatuto del embrión humano*, dirigida por Mónica LÓPEZ BARAHONA y Ramón LUCAS LUCAS, 2º ed., Madrid, BAC, 1999, p. 17.

⁹ Ibid, p. 17.

Sin embargo, el tema resulta no ser tan simple y es así que a lo largo de nuestra investigación hemos encontrado diferentes teorías sobre el inicio de la vida. Así tenemos:

a.1 Desde lo biológico

Si bien, gracias al desarrollo de la ciencia se tienen datos ciertos sobre el inicio del proceso vital de un ser vivo, como señala Basso “en la actualidad poseemos datos muy precisos y ciertos sobre el funcionamiento de las gónadas, proveedoras de los elementos primarios con los cuales se conforma la vida.”¹⁰ O como señala Sambrizzi, afirmando que acerca de la discusión sobre del inicio de la vida humana desde la biología, no existen dudas¹¹. Sin embargo, algunos científicos han establecido otros indicadores acerca del inicio de la vida humana, generando teorías diferentes. Lo cierto es que, como afirma Bozzato: “En el actual debate bioético sobre *la identidad y el estatuto del embrión humano* se confrontan principalmente dos tesis opuestas”.¹² Una de las tesis sostiene que el inicio de la vida humana se produce por la unión del óvulo con el espermatozoide, es la teoría de la fecundación, la otra tesis afirma que la vida empieza con la anidación.

¹⁰ BASSO, Domingo M., O.P. Nacer y morir con dignidad. Estudios de bioética contemporánea, 4ª. Ed., Buenos Aires, Lexis Nexis Argentina, 2005, pp. 41-42.

¹¹ “... con el avance de la ciencia se ha ido confirmando con total certeza que ello ocurre mediante un proceso que se inicia a partir de la fecundación del óvulo femenino por el espermatozoide, creándose a partir de allí –al conjugarse los 23 cromosomas paternos con los 23 cromosomas maternos y quedar de esa forma impreso un nuevo código genético– un nuevo ser, irrepetible, con una autonomía e identidad genética propia, distinta por cierto a la de sus padres, el cual, desde el principio de su existencia y con independencia de las diferencias biológicas que el nuevo ser tiene durante su desarrollo, posee potencialidad suficiente como para, mediante un proceso irreversible y continuo, desarrollarse y llegar al nacimiento. Carlos Abel Ray señala en ese sentido que así como el recién nacido no puede hablar ni caminar, pero tiene las potencialidades para llegar a hacerlo, el nuevo ser que se acaba de crear desde la fecundación tiene todas las potencialidades del ser humano, aunque no tenga mente, corazón o miembros”. SAMBRIZZI, Eduardo A. La procreación asistida y la manipulación del embrión humano, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001, pp. 129-131.

¹² BOZZATO, Gianni. “El Embrión no es nunca nadie, es siempre alguien” en *Revista Internacional Berit*, N° 1, Instituto de la Familia Universidad Santo Tomás, Diciembre 2003, p. 69.

No obstante no son las únicas teorías como lo resume Sánchez Barragán¹³ quien menciona hasta seis teorías que pretenden responder sobre el comienzo de la vida humana. Presentamos a continuación las distintas teorías que predominan en los estudios biológicos, sobre cuándo empieza la vida humana.

➤ Teoría de la fecundación

Esta teoría, sustentada en la biología y, específicamente, en el gran desarrollo de la embriología¹⁴, sostiene que la vida humana se inicia con la fecundación. La que, según Sánchez Barragán, consiste en un proceso ininterrumpido cuyo punto de partida instantáneo se verifica del modo siguiente “La fecundación más que un momento es un proceso continuo, coordinado y gradual, que se inicia con la inserción de la cabeza del espermatozoide en la zona pelúcida del ovocito hasta la fusión de los dos pronúcleos, dicho proceso se produce de forma instantánea”.¹⁵ A este respecto, complementa Valenzuela “La Vida Humana comienza en el instante mismo de la **fecundación** es decir, en el momento preciso de la unión de los gametos sexuales: femenino (ovocito) y masculino (espermatozoide)”¹⁶ Y, como sustentan López Moratalla e Iraburu “Actualmente la Biología ha alcanzado una comprensión aún más clara de los procesos vitales”¹⁷ y es capaz de determinar que “el inicio de la vida de un individuo se puede definir como un *proceso constitutivo*, con un comienzo neto”¹⁸, y precisa sobre la génesis del cigoto “La fecundación, iniciada con el mutuo reconocimiento y activación de los gametos paterno y materno, maduros y

¹³ Cfr. SÁNCHEZ BARRAGÁN, Rosa De Jesús. “El Tratamiento Jurídico del Derecho a la Vida en Relación al Concebido desde el pensamiento de Carlos Fernández Sessarego” en *La persona en el Derecho Peruano: Un análisis jurídico contemporáneo. Libro Homenaje a Carlos Fernández Sessarego*, 1º ed., Chiclayo, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, 2010, pp. 49.

¹⁴ “En el pasado la reflexión filosófica y teológica, por carecer de conocimientos empíricos debía detenerse prudentemente, o aventurar hipótesis. Hoy el avance de la medicina en general y de la embriología y la genética en particular, ha venido en su ayuda”. CATURELLI, Alberto. *Dos, una sola carne. Metafísica, Teología y Mística del Matrimonio y la Familia*. 1º ed., Buenos Aires, Gladius, 2015, p. 135. “La embriología confirma la metafísica: nos muestra el punto exacto desde el cual debe partir (o recomenzar) la reflexión”. *Ibid*, p. 137.

¹⁵ SÁNCHEZ BARRAGÁN, Op. Cit., p. 49.

¹⁶ VALENZUELA de SERRANO, Fernanda. “El Comienzo de la vida” en *Bioética*, Colección AquinasNET, Universidad FASTA, 2ª.ed, Mar del Plata, Editorial Martín, 2007, p. 75.

¹⁷ LOPEZ MORATALLA, Natalia; IRABURU ELIZALDE, María J. *Los quince primeros días de una vida humana*, 2ª ed, Pamplona, EUNSA, 2006, p. 17.

¹⁸ *Ibid*, p. 17.

en el medio adecuado, llega realmente a término con la constitución del cigoto”.¹⁹ Agregando, al respecto, la significancia del cigoto.²⁰ Por lo que es importante recalcar que el desarrollo científico ha podido precisar con mayor exactitud este inicio, denominándolo “singamia”, que es parte del proceso de constitución del cigoto, e identifica el momento de la unión de los pronúcleos del óvulo y el espermatozoide.²¹

La teoría de la fecundación sirve de soporte para una legislación que defienda el estatuto del embrión o concebido. Porque como afirma Pastor, citado por Vila-Coro:

“Para la Biología actual, la aceptación de que después de la fecundación tenemos un individuo nuevo de la especie humana no es una cuestión de gusto o de opinión, ni una hipótesis metafísica, sino una evidencia experimental apoyada en primer lugar en las características del cigoto. Y entendemos como miembro de la especie humana el ser vivo en cualquier fase de su evolución procedente de la unión de dos gametos de esa especie”.²²

En base a esta evidencia científica el embrión humano goza de dignidad humana plena y por tanto es sujeto de la plenitud de los derechos de todo ser humano, en especial del derecho fundamental a la vida.

¹⁹ Ibid, p. 76

²⁰ “El cigoto es una célula peculiar: está dotado de una nueva estructura de información genética, procedente pero distinta de la de sus progenitores, y que con el inicio de la emisión del mensaje genético le comunica una identidad individual. Una vez constituido el cigoto y sin solución de continuidad, ese genoma completo que contienen un nuevo mensaje genético y está “situado” en el interior de una célula que le aporta lo que necesita para empezar a emitirse, dirigirá la construcción y el desarrollo de un nuevo individuo de la especie (...): la célula con fenotipo cigoto es un viviente y no simplemente una célula viva. Esto hace que el cigoto sea la única realidad unicelular intrínsecamente *totipotente*, capaz de desarrollarse a organismo completo”. Ibid, p. 76.

²¹ “los dos pronúcleos son ya el núcleo que porta el patrimonio genético del hijo. La mezcla de los cromosomas y su preparación para dar lugar a la primera división celular puede ser considerada como el final de la fecundación y el comienzo del desarrollo embrionario.” Ibid, p. 48.

²² PASTOR cit. por Juncosa, A. “El diagnóstico prenatal: problemática ética” en *Anuario Filosófico* 27 (1994). VILA-CORO, María Dolores. “Estatuto jurídico del embrión humano” en *El Inicio de la vida. Identidad y estatuto del embrión humano*, dirigida por MÓNICA LÓPEZ BARAHONA y RAMÓN LUCAS LUCAS, 2º ed., Madrid, BAC, 1999, p.151.

A esta teoría se adscribe el sistema jurídico peruano, mediante el inciso 1° del artículo 4° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)²³, el inciso 1 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú (CPP)²⁴ y el artículo 1° del Código Civil (CC)²⁵.

➤ Teoría de la Anidación.

La anidación es parte del proceso del desarrollo del nuevo ser gestado en la concepción, es una etapa entre muchas más por las que tendrá que pasar el embrión, al respecto dice Herranz:

“valiéndose del genoma heredado y de los estímulos epigenéticos internos y ambientales, el organismo embrionario se va construyendo según una trayectoria propia, continua, en la que podemos distinguir artificialmente etapas que se van sucediendo de modo ordenado y que se continúan en la vida postnatal. El ser humano, como todo animal, es inseparable de su desarrollo: a lo largo del *continuum* de su vida, se va actualizando plenamente en el modo que corresponde a cada etapa concreta; y lo hace, además, en interacción con el medio, pues, en todo momento, necesita del medio para vivir. Al principio, necesita habitar dentro del organismo vivo de su madre. Ese es su nicho natural como euterio: la dependencia de la madre no anula, sin embargo, su autonomía biológica como individuo.”²⁶

Es tal la autonomía afirma Basso, que la anidación “es obra del mismo cigoto, el cual produce diversas enzimas o diastasas para hacerlo posible (...) Este fenómeno verdaderamente extraordinario e insospechado aún para el más avanzado investigador, llenó de asombro a los científicos cuando fue detectado, por su ingeniosidad.”²⁷

²³ “**Artículo 4. 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.” CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS.

²⁴ “Artículo 2°: Toda persona tiene derecho: 1. 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 en cuanto le favorece.” CONSTITUCION POLITICA DEL PERU.

²⁵ “Artículo 1°: La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo.” CODIGO CIVIL.

²⁶ HERRANZ, Gonzalo. *El Embrión ficticio. Historia de un mito biológico*, Madrid, Ediciones Palabra, 2013, p.71.

²⁷ BASSO, Op. Cit., p. 44

No obstante algunos autores han trazado la línea de inicio de la vida humana recién, en esta etapa de la anidación o implantación, y consideran que desde el momento de la concepción hasta la anidación solo existe un cúmulo de células, y con toda razón Bozzato afirma que esta teoría:

“considera al embrión, hasta el decimocuarto día, un simple cúmulo de células autónomas e igualmente totipotentes, que por ello, pueden desarrollar tanto uno como más individuos gemelos idénticos. A causa de tal incertidumbre, es un pre-embrión. Por tanto es un pre-individuo, un sub-individuo; es decir nadie. En consecuencia, no puede ser ciertamente todavía persona (animación retardada).”²⁸

Queda claro que esta teoría niega un estatus biológico al embrión gestado hasta el día 14, al que considera un simple cúmulo de células y le asigna el nombre de pre-embrión. Negación, que como veremos más adelante tiene consecuencia ontológicas y jurídicas que servirán de soporte para las TRA.

El término “pre-embrión” es eufemístico, es un concepto inexistente en la realidad²⁹. Fue introducido por la embrióloga McLaren, miembro del Comité Warnock, que el gobierno inglés nombró con el propósito de estudiar aspectos relativos a la fecundación y la embriología humana con la intención de elaborar un proyecto de Ley. Ella misma escribió que lo hizo por “cierta *presión ajena a la comunidad científica*”³⁰ introduciendo el término pre-embrión para referirse al embrión en la etapa de desarrollo que comprende desde el cigoto hasta el 15º día. Según Davies, también miembro del Comité Warnock, Mc Laren sabía que estaba “*manipulando las palabras para polarizar una discusión ética*”³¹ Lo que en realidad quedaba claro es que el término pre-embrión significaba un conjunto de células que aún no es un “*individuo humano*”³²

²⁸ BOZZATO, Op. Cit. pp. 69-70.

²⁹ “a raíz de esta postura se desarrolla el mal concepto de “pre-embrión”. Conviene precisar que es la corriente más extendida”. SANCHEZ BARRAGÁN, Op. Cit., p. 50.

³⁰ SERRA, Op. Cit., p.19.

³¹ Ibid, p.20

³² Cfr. Ibid, pp. 19-20.

La regulación de las TRA en los sistemas jurídicos que la admiten, se apoya en la postura de la anidación y en el concepto de pre-embrión. Razón por la que, sin ningún escrúpulo, permiten la manipulación, selección, eliminación y experimentación con embriones.

La actual regulación de las TRA en el sistema jurídico peruano mediante el artículo 7° de la LGS³³, su práctica legal e incluso la ilegal, así como los proyectos modificatorios, toman por fuente y fundamento esta postura de la anidación, así como también el eufemístico término de pre-embrión.

➤ **Teoría de la aparición de las funciones cerebrales**

Esta teoría hace referencia a la aparición del tejido cerebral como causa para determinar la calificación de ser humano. Se le conoce como la teoría de la aparición de la línea primitiva o surco neural. Soto precisa lo que esta teoría sostiene:

“recién al decimoquinto día de la evolución embrionaria aparecen los rudimentos de lo que será la corteza cerebral, por lo que recién comienza la vida con la presentación de la llamada línea primitiva o surco neural; recién entonces – según lo que establece esta teoría – estaríamos frente a un ser viviente, que tiene una pauta selectiva específicamente humana”.³⁴

Y, como apunta Pérez, para esta postura “el inicio de la vida está dada por la actividad eléctrica del cerebro que tiene lugar a las 8 semanas de la

³³ “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. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere el 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.” LEY N° 26842, LGS.

³⁴ SOTO LAMADRID, Miguel Ángel. “Biogenética, Filiación y Delito. La Fecundación Artificial y la Experimentación Genética ante el Derecho” en Blasi, Gastón Federico Sobre el inicio de la existencia del ser humano. Un análisis jurídico (Ubicado el 16.VI 2015) en http://www.revistapersona.com.ar/Persona45/45Blasi.htm#_ftn39.

fecundación”.³⁵ El fundamento de esta teoría es un argumento analógico: afirma que así como la vida humana cesa con las funciones cerebrales, entonces la vida humana también comienza con el inicio de la función encefálica o cerebral. Un representante de esta teoría es Singer.³⁶

El error de esta visión es que no distingue la pérdida de la función cerebral como causa de muerte en el ser humano, con la inexistencia de las funciones cerebrales en la etapa del inicio de la vida, que no es sinónimo de muerte, sino tan sólo una de las etapas del desarrollo de la misma vida. Cabe referir que esta postura es un justificante del aborto hasta el segundo y tercer mes del embarazo, como lo indica acertadamente Sánchez Barragán³⁷.

➤ Teoría de las cualidades

Bajo la denominación teoría de las cualidades, se encuentran diversas posturas. Una, sostiene, que la vida del no nacido se subordina a la intención de la madre de procrear o no procrear, o también a la decisión de ambos progenitores. Con esta visión se justifica el aborto por el deseo o no de engendrar, por razones de planificación de la concepción o por violación sexual³⁸. Otra de las posturas niega o retarda reconocer el derecho a la vida hasta que acaezca el acto del nacimiento. Incluso, en este extremo hay quienes sólo reconocen el derecho a la vida al sujeto que tenga “la capacidad de construir deseos referidos a su futuro y, de ese modo, tener *intereses*; lo que tiene lugar mucho después del nacimiento.”³⁹ Además, otros, insólitamente sostienen que el inicio de la vida humana coincide

³⁵ PEREZ PITA, Diana Carolina. Presupuestos éticos y jurídicos mínimos que se deben tener en cuenta ante una inminente regulación de TRA, Tesis para optar el grado académico de Magister en Derecho de Familia y de la Persona, Chiclayo, USAT, 2014, p 19.

³⁶ “De la misma manera que consideramos la muerte cerebral como el fin de la vida humana, deberíamos también considerar el nacimiento del cerebro como el principio de la vida humana”: SINGER, Peter, “Ponencia en el Seminario Internacional La Bioética del Año 2000”, en BASSO, Op. Cit. p. 70.

³⁷ “la crítica más fuerte (...) a esta teoría es la relacionada con el “quantum”, (...) ¿cuánta actividad cerebral es necesaria poseer para dar inicio a la vida humana? (...) Esta teoría es asumida por los países que permiten el aborto hasta el segundo o tercer mes de gestación”: SANCHEZ BARRAGÁN, Op. Cit., p. 51.

³⁸ Cfr. Ibid, p. 52.

³⁹ Ibid, p. 52.

con el momento en que “el sujeto puede reconocerse como tal”⁴⁰, es decir a los dieciséis años de edad.

Para Sánchez Barragán, excepto la primera postura reseñada que es la teoría de la fecundación, las otras cinco teorías son injustas e inhumanamente desacertadas, porque alejan “el inicio de la vida humana desde la fecundidad, haciendo viable el aborto, la manipulación genética o la clonación hasta el último instante anterior al nacimiento.”⁴¹

a.2 Desde la antropología

El proceso de la aparición del ser humano, es explicado por la filosofía a partir de los aportes enriquecedores de las ciencias experimentales, las que por su gran desarrollo alcanzado últimamente como lo es la medicina, la genética y la embriología, permiten que el quehacer de la reflexión filosófica incursiones más que en el pasado. Como se ha visto en las explicaciones biológicas acerca del inicio de la vida humana, es por la unión de los gametos masculino y femenino que se da inicio al proceso de vida humana, cuyo inicio está significado con la aparición del cigoto, la primera célula resultante de la unión de los gametos, como refiere Caturelli⁴².

Sin embargo, desde la filosofía, hay un reconocimiento cierto a los aportes de las ciencias naturales, que ayudan a la profundización de la reflexión metafísica. Pero, sin callar lo evidente de las limitaciones, parcialidades y concretos objetos de las ciencias, se ha de tener en cuenta que la visión abarcadora del universo de las realidades concretas pertenece a otro dominio, al respecto Caturelli afirma:

⁴⁰ Ibid, p. 49.

⁴¹ Ibid, p. 52.

⁴² “La fecundación no es una secuencia progresiva, ni menos una mera adición de elementos extrínsecos entre sí, ni tampoco el resultado de una suerte de “casualidad”. Es el instante único e irreplicable como tal instante, en el que 23 cromosomas se integran constituyendo un todo: este embrión humano, éste y no otro. El embrión único y uno, desde el instante cuenta con su “programa genético” para todo el tiempo de su vida” CATURELLI, Op. Cit., p. 136.

“Cuando los científicos quieren captar el instante de la concepción (lo mismo acontece con el instante de la muerte real) se condenan al fracaso porque ese instante es cualitativo incaptable para los más finos aparatos de la tecnología. Trátase de un instante metafísico “inverificable” para la ciencia empírica.”⁴³

Baste esta aproximación al tema de los límites de las ciencias según su objeto, para dedicarnos en esta parte a expresar las consideraciones que sobre la persona humana surgen desde otras ciencias en general, y desde la antropología filosófica en particular, para ir completando la explicación sobre lo que es la persona humana, no solo reducida a la visión embriológica, sino comprensiva de su extensa y compleja realidad psico-somática, de un ser conformado con alma espiritual y cuerpo material.

➤ **Todos los seres humanos son personas**

Para esta visión antropológica la persona humana es una unidad psico-somática, posee un alma espiritual y un organismo biológico material. La persona humana se caracteriza y distingue del resto de los seres vivos, por tener razón, libertad, voluntad y dominio sobre la naturaleza, es responsable de lo que hace por lo que se le puede pedir cuentas, y tiene dignidad, es decir, vale por sí mismo⁴⁴.

Se es persona humana desde la fecundación, pues, se inicia desde allí la identificación biológica como ser humano.⁴⁵ Aunque el recién concebido o embrión humano, no exprese aún todas esas capacidades que le corresponden a su naturaleza, como lo explica claramente Valenzuela, como toda persona posee un código genético. Un individuo humano es persona no por expresión de sus

⁴³ Ibid., p. 140.

⁴⁴ “**La dignidad personal.** Podemos comprender ahora en qué consiste la dignidad de la persona. Digno es **lo que tiene valor en sí mismo y por sí mismo** (...). Esta concepción de la dignidad personal que hace del hombre algo “sagrado” tiene tres consecuencias fundamentales respecto del orden social. La primera es que **la sociedad política se ordena a la perfección de las personas** (...). La segunda consiste en que la condición de **persona**, hace al hombre **sujeto de derechos** (...). Por último, toda recta concepción del bien común político requiere concebir al hombre como **agente** activo de la vida social (...): SACHERI, Carlos A. *El Orden Natural*, Lima, 2º edición, 1981, pp. 31-34.

⁴⁵ Cfr. VALENZUELA de SERRANO, Fernanda. “Estatuto biológico y antropológico del ser humano” en *Bioética*, Colección AquinasNET, Universidad FASTA, 2ª.ed, Mar del Plata, Editorial Martín, 2007, p. 79.

características genéticas, ni por sus aptitudes, tampoco por sus capacidades o roles en la sociedad, ni en los cargos que desempeña. Su dignidad se fundamenta “en lo más sencillo que tiene esa persona (o lo más complejo) en el “**ser**”. La existencia misma de la persona es el hecho irrefutable que nos deja, al resto de las personas, la única posibilidad frente a la vida humana: el respeto siempre y la defensa siempre”⁴⁶. Lo que significa que cada individuo humano es persona por su esencia, y no por sus cualidades. Ni deja de serlo por carencia de cualidades, pues sigue poseyendo la esencia de ser humano.

Los términos “*persona*” y “*hombre*”, se implican mutuamente y en el lenguaje común se usan como equivalentes, así también, el término “persona” que sirve para explicar la realidad divina y que se extiende por analogía al ser humano, nos remite a un ser con dignidad, denota nobleza, preeminencia, grandeza esto lo explican con mucha claridad tanto Lafferriere como Sánchez Barragán⁴⁷.

Dignidad es el valor que algo o alguien tiene de por sí. La dignidad humana es el valor que el ser humano posee, por el solo y mero hecho de ser un ser humano. No requiere ninguna otra adición, para que valga, que su sola existencia dotada de su ser.

Para esta visión antropológica, ser humano, persona y dignidad son tres conceptos íntimamente ligados, en consecuencia reconoce al embrión humano como ser humano y persona, por lo tanto también un ser con dignidad.

⁴⁶ Ibid, p. 80.

⁴⁷ “En realidad, así como en el lenguaje corriente el término “persona” se utiliza como equivalente al de hombre, también debemos concluir que todo hombre es persona. A su vez, persona es un término que equivale a hombre, pero denota más que el término “hombre”. Cuando hablamos de persona nos referimos a un ser con dignidad, valor, nobleza, preeminencia, grandeza. De esta manera dignidad y persona se implican mutuamente.”: LAFFERRIERE, Jorge Nicolás. Las implicaciones jurídicas del diagnóstico prenatal: El concebido como hijo y paciente, 1º ed., Buenos Aires, EDUCA, 2011, p. 160. “Otra duda que surge cuando estudiados el tema de persona es si existe alguna diferencia entre hombre, ser humano, persona e individuo a continuación FERNÁNDEZ SESSAREGO nos refiere: “Tales conceptos se utilizan indistintamente, como sinónimos, el hombre es un ser humano, el hombre es una persona- Bajo la expresión “ser humano” se comprende tanto al hombre como a la mujer, e “individuo” se designa, comúnmente, a un determinado “ser humano”, a una sola “persona”. SÁNCHEZ BARRAGAN, Op., Cit., p. 59.

➤ **Sólo algunos seres humanos son personas (pre-embrión)**

Aunque esta visión que considera que no todos los seres humanos son personas, parezca extraña, sin embargo no lo es tanto, dentro de ella se implican todos aquellos que niegan la existencia de la persona humana desde la fecundación y se resisten a reconocer el desarrollo de la biología genética que demuestra que el genoma humano tiene lo necesario para producir un ser humano completo⁴⁸. A esta visión antropológica adscriben todas las demás teorías acerca del inicio de la vida humana, salvo la concepcionista.

Curiosamente, los que son renuentes a reconocer la vida humana desde la concepción, a la vez gustan permanecer en la ambigüedad evadiéndose adoptar una posición que finalmente determine cuando es que se verifica el inicio de la vida humana. Esa renuencia a definirse en algo tan crucial y de consecuencias sumamente trascendentales⁴⁹, es porque hay intereses y no es por cuestiones principistas.

Las posturas que cercenan el tiempo de la vida y la existencia del ser humano, tienen efectos en las legislaciones permisivas para las TRA, debido a que permiten la investigación con embriones humanos y causan las demás consecuencias atentatorias a la dignidad humana. Este es el caso del término pre-embrión, al que Sambrizzi hace referencia comentando sobre la inexactitud del mismo:

“... la vida humana comienza mediante un proceso que se inicia a partir de la fecundación del óvulo por el espermatozoide, debiendo esa vida ser respetada desde ese primer momento, en que el ser humano ya posee todos los elementos para desarrollarse hasta que se produce el nacimiento. Durante todo ese proceso no cambia la sustancia ni la esencia de ese ser, que desde un comienzo de su existencia posee su propio y exclusivo código genético, por lo que ninguna relevancia tiene que el huevo así formado se anide en el útero de la madre, o que todavía no lo haya hecho, lo que nos lleva a rechazar absolutamente el

⁴⁸ Cfr. VALENZUELA, Op. Cit., p. 79.

⁴⁹ Cfr. LAFFERRIERE, Op. Cit., p. 175.

concepto de preembrión, como algo ontológicamente distinto al embrión”⁵⁰.

El concepto de pre-embrión, como ya lo hemos mencionado, aunque no precisamente la palabra, fue introducido por el Informe Warnock del Comité de Investigación sobre Fertilización y Embriología Humanas, establecido por el gobierno británico, que fue emitido el 25 de junio de 1984. Ha de reconocerse que el Informe internacionalmente ha tenido influencia determinante en los últimos 26 años, sobre fecundación y estatuto del embrión. El límite de 14 días fijado para la investigación sobre embriones humanos, fue un plazo totalmente arbitrario, así lo han reconocido los miembros del Comité, quienes han explicado su decisión “aceptando que fue fijado “con objeto de mitigar la ansiedad pública” y conceder a los científicos todo el plazo posible para la investigación embrionaria.”⁵¹ Lo que implícitamente afirman es que no todos los seres humanos son personas.

a.3 Desde las ciencias jurídicas

Que la persona es el hombre, y que todo hombre es persona, es una verdad que ha perdido consistencia en algunos sistemas jurídicos y ciertas doctrinas jurídicas.

Si bien es común dar por sobreentendido que persona es el hombre, y todo hombre es persona. Esta verdad no aparece tan diáfana en las doctrinas jurídicas, como ha sucedido en España, cuando el Tribunal Constitucional, en 1985, admitió que existen seres humanos que no son personas y dejó con dificultades interpretativas a futuro la prescripción constitucional española sobre el concepto jurídico civil de personalidad⁵². Y, luego, mediante otra sentencia de 1999, afirmó

⁵⁰ SAMBRIZZI, Op. Cit., p. 139.

⁵¹ PERAZZO, Gerardo; GARGIULO, Lilian. Informe Warnock: revisión y reflexión bioética a los 25 años de su publicación, Vida y Ética. Año 10, Nº 1, Junio 2009, Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina [Ubicado el 03.VII 2015] en <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/informe-warnock-revision.pdf>.

⁵² Cfr. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. Pleno. Sentencia 53/1985, de 11 de abril de 1985 (BOE núm. 119, de 18 de mayo de 1985) Recurso previo de inconstitucionalidad contra el texto de reforma del artículo 417 bis del Código Penal [Ubicado el

que serán considerados humanos quienes se encuentren en la condición de ser personas, y así el embrión aún no implantado deja de ser visto como persona⁵³.

A partir de aquí se discierne la vida prenatal que, como expresa Sánchez Barragán: “tropieza con dos posturas que nos permiten conocer y establecer desde cuando la vida debe ser protegida y por qué debe ser protegida”⁵⁴.

En España, a través de las referidas sentencias del Tribunal Constitucional, la 53/1985 del 11 de abril de 1985 y la 116/1999 del 17 de junio de 1999, se admitió la existencia de seres humanos que no son personas, y que el embrión aún no implantado deje de ser visto como persona.

➤ Teoría de la continuidad de la vida

La vida del ser humano tiene continuidad biológica: Su inicio es con la fecundación y su conclusión es con la muerte. Desde que se une el óvulo con el espermatozoide, hay vida humana, hay un ser constituido, que es capaz por sí de desarrollar todas sus potencialidades a partir del genoma que lo constituye⁵⁵. Desarrollará sus fases prenatales, seguirá desarrollando en su niñez, en su adolescencia y en su juventud. En la madurez operarán diversos cambios en su individualidad durante la tercera y cuarta edad, hasta su muerte. Ciertamente, muchos cambios, pero el mismo ser. Es esta la realidad que debe ser asumida y captada por el Derecho. De este modo se expresa el Derecho Civil y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, en contraste a lo que hemos visto en el Derecho Penal.

VII.VII. 6].

Obtenido

en

<http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Sentencia.aspx?cod=17059>

⁵³ Cfr. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. Pleno. Sentencia 116/1999, de 17 de junio de 1999. Recurso de inconstitucionalidad 376/1989. Promovido contra la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, de Técnicas de Reproducción Asistida. [Ubicado el 22.VII.2016] Obtenido en <https://www.boe.es/boe/dias/1999/07/08/pdfs/T00067-00080.pdf>

⁵⁴ SANCHEZ BARRAGÁN, Op. Cit., p. 55.

⁵⁵ Cfr. Ibid, p. 56.

La tradición jurídica que hemos heredado del Derecho Romano y de las Partidas de Alfonso El Sabio, fue la doctrina que ha influido en nuestros Códigos Civiles republicanos, los que han sostenido la protección jurídica del concebido. Sin embargo existen algunos textos contradictorios, como apunta Lafferriere:

“... con Savigny y a partir de una alteración en la identidad entre persona y hombre que quiere explicar diferencias en la capacidad de Derecho, se abrió una brecha jurídica con hondas repercusiones (...), especialmente en lo tocante a la protección jurídica del concebido”.⁵⁶

Por influencia de las doctrinas jurídicas modernistas, inspiradas en el espiral de novedosas corrientes filosóficas, se produjo la ruptura de la tradición romanista del Derecho y se dio origen a una protección jurídica del concebido, pero diferente, ya no como un ser personal, sino como una “ficción legal”. Porque el Derecho positivo puede alterar la identidad entre persona y hombre, según Savigny, al utilizar el concepto de persona para determinar capacidades y para establecer relaciones jurídicas, según como lo prescriba el derecho positivo. Así se causa la desprotección del concebido y se suscita que la protección jurídica del concebido, en las normas legales, obedezca a ficciones jurídicas.⁵⁷

➤ **Teoría de la gradualidad de la vida**

Es una postura propia del Derecho Penal, cuya concepción es generar la protección jurídica de la vida humana en forma “gradual”, en la medida que progresa la vida y especialmente a partir del nacimiento⁵⁸.

Por esta concepción, en Derecho Penal se concibe que las penas varíen según el período de vida en que se halle el sujeto. Antes del nacimiento, todo atentado contra la vida será regulado con penas ínfimas y con diversos atenuantes y consideraciones justificativas, como sucede con el aborto. Una vez nacido, a mayor desarrollo del niño, puede decirse lo mismo con respecto al Infanticidio

⁵⁶ LAFFERRIERE, Op. Cit., p. 199.

⁵⁷ Cfr. Ibid, pp. 219 y 236.

⁵⁸ Cfr. SANCHEZ BARRAGÁN, Op. Cit., pp. 55-56.

comparado con las elevadas penas con las que se reprime el Homicidio en sus diversos agravantes, el Femicidio, el Asesinato, y la persecución bajo el “derecho penal del enemigo”.

A modo de conclusión y parafraseando a Serra, estamos ante una confusión que oscurece el significado del ser humano por lo que es indispensable establecer un diálogo cuyo fruto solo se alcanzará “bajo dos condiciones: 1) que quienes cultivan las ciencias humanas posean una clara comprensión de los datos científicos y su correcta interpretación, con el fin de fundamentar sólidamente las propias afirmaciones; y 2) que quienes cultivan las ciencias experimentales, ante todo, se mantengan fieles a una rigurosa lógica científica en la interpretación de los propios datos, y luego (...) sepan captar y añadir a las conclusiones de aquellas un *significado de valor*, y por lo tanto, un significado de *guía de los comportamientos*.”⁵⁹

B) Enfoques de la Bioética

La bioética tuvo como principal inspirador al oncólogo norteamericano Van Rensselaer Potter, quien en 1970 acuñó el término en un artículo de revista científica, y en 1971 lo difundió con mayor amplitud mediante un libro bajo el título de bioética.⁶⁰, aspirando hacer de la bioética “una *nueva disciplina* que combinara el conocimiento biológico con el conocimiento de valores humanos”⁶¹.

Sin embargo, para Sgreccia aún no está resuelto el problema de la definición de la bioética. De un extremo hay algunos que reducen la bioética a la histórica confrontación entre las ciencias médicas y las ciencias humanas; y en la otra orilla hay de los que creen que la bioética incluye la ética médica con la especial preocupación sobre la intervención médica en la vida humana.⁶²

⁵⁹ SERRA, Op. Cit., p. 22.

⁶⁰ Cfr. SGRECCIA, Elio. Manual de Bioética, Tomo I, traducido por equipo de traductores coordinado por Pablo Cervera Barranco, Madrid, B.A.C., 2009, p. 5.

⁶¹ Ibid., p. 5.

⁶² Cfr. Ibid, p. 5.

Para Cárdenas, la bioética es “uno de los temas fundamentales de nuestro tiempo. En sus predios convergen tanto la inquietud científica como la preocupación social; la reflexión intelectual como la innovación tecnológica; lo ético como lo jurídico, lo individual como lo colectivo, lo reflexivo como lo práctico.”⁶³

Esta amplitud del campo de los estudios de la bioética, explica la existencia de diversas corrientes, de las que seleccionamos las dos principales posturas: el enfoque del principalismo y el enfoque bioético del personalismo, que nos ha servido para establecer algunos de los criterios bioéticos y biojurídicos de la presente investigación.

b.1 Enfoque de bioética principalista

El principalismo es una corriente bioética que tiene su origen en el Informe Belmont⁶⁴, los principios que allí se proponen fueron sistematizados por Beauchamp y Childress en el libro “Principios de ética médica”. Postula como de capital importancia el Principio de Autonomía, sosteniendo que el respeto a la persona humana debe ser a su autonomía, porque los individuos son sujetos autónomos y por lo tanto debe protegerse a las personas con autonomía disminuida. Además promueve el Principio de Beneficencia, para que todo tratamiento ofrezca y brinde bienestar, y no daño, es decir, maximizar beneficios y minimizar posibles daños. Y, también, el Principio de Justicia, para dar respuesta a quién debe recibir los beneficios de la investigación y establecer quién debe soportar las cargas, con un sentido de equidad y respeto a la igualdad. La

⁶³ CÁRDENAS KRENZ, Op. Cit., p. 31.

⁶⁴ El Informe Belmont sobre "Principios éticos y pautas para la protección de los seres humanos en la investigación", fechado el 18 de abril de 1979. Toma su nombre por el lugar donde fue adoptado, el Centro de Conferencias Belmont. Fue promovido por el Departamento de Salud, Educación y Bienestar de los EEUU, con la finalidad de regular la protección de las personas frente a los experimentos. Cfr.: EL INFORME BELMONT PRINCIPIOS Y GUÍAS ÉTICOS PARA LA PROTECCIÓN DE LOS SUJETOS HUMANOS DE INVESTIGACIÓN. Comisión Nacional para la protección de los sujetos humanos de investigación biomédica y del comportamiento. U.S.A. Abril 18 de 1979. Principios éticos y orientaciones para la protección de sujetos humanos en la experimentación. [Ubicado el 22.VII.2016]. Obtenido en <http://www.bioeticayderecho.ub.edu/archivos/norm/InformeBelmont.pdf>.

conurrencia de estos tres principios ha generado la exigencia del consentimiento informado, el asesoramiento sobre los riesgos y beneficios, y los criterios para seleccionar los sujetos que serán sometidos a la investigación médica⁶⁵.

Este enfoque es uno de los más utilizados hoy en día, tanto en la investigación médica como en el ejercicio de la medicina.

b.2 Enfoque de bioética personalista

La bioética personalista, cuyo representante es Sgreccia y para quien existen cuatro principios bioéticos básicos: principio de defensa de la vida física, principios de libertad y responsabilidad, principio de totalidad o terapéutico y principios de sociabilidad y subsidiariedad. Es propio destacar que el enfoque personalista en bioética, para poder resolver el nudo de problemas que concurren en la práctica, cuenta con los requerimientos necesarios porque se apoya en el conocimiento científico, procura hacer un discernimiento ético cabal y acertado, posee los fundamentos ontológicos y antropológicos necesarios.

Como lo expresa Elbaba, para el enfoque de la bioética personalista la visión de persona humana es fundamental, por ello “utiliza como parámetro para definir si un acto es lícito o ilícito (...), el bien integral de la persona”⁶⁶. Y, dada la profundidad y racionalidad de la fundamentación ontológica que acredita agrega Elbaba que “Esta **superioridad de la persona** es lo que en Bioética sustenta la defensa de la vida humana desde el instante de la concepción”⁶⁷, porque la bioética personalista respeta, defiende y promueve a la persona humana, debido a que respeta su dignidad⁶⁸. Además, por la conjugación de sus cuatro principios, la bioética personalista siempre defiende la vida humana,

⁶⁵ Cfr. LAFFERRIERE, Op. Cit., pp. 259-260.

⁶⁶ ELBABA, Julia. “Modelo Personalista”, en *Bioética*, Colección AquinasNET, Universidad FASTA, 2004, p. 29.

⁶⁷ Ibid, p. 30.

⁶⁸ “La bioética Personalista se funda en el respeto, la defensa y la promoción de la persona humana, en su derecho primario y fundamental a la vida y al respeto de su dignidad como persona, dotada de alma espiritual, de responsabilidad moral y llamada a la comunión beatífica con Dios.” Ibid, p. 31.

siempre ilumina y promociona el bien del paciente, subordina la libertad al valor de la vida, y responsabiliza sobre la propia salud, así como presta la debida colaboración para que otros tengan también acceso a la salud.⁶⁹

1.2.2 Bases conceptuales.

A continuación hemos establecido conceptos que son fundamentales para nuestra investigación: La noción de persona humana, el embrión humano, la dignidad humana, las TRA.

A) Persona Humana

Hoy en día, debido a la influencia del relativismo en nuestro sistema cultural, es un objetivo difícil de consensuar lo que es la persona humana⁷⁰, porque con prontitud se inventan ingeniosos argumentos para justificar todo tipo de atropellos contra la dignidad humana ejerciendo “discriminación contra los embriones, los fetos, los niños, los discapacitados, los ancianos, los enfermos incurables.”⁷¹ Sgreccia citando a Pessina, considera de mayor contundencia revalorar los argumentos de poca notoriedad, pero de los que resultan consecuencias importantes⁷².

El argumento apela al sentido común, como cuando se inquiere por la diferencia sustantiva entre un bebé recién nacido del que no puede negarse su naturaleza de ser humano, y la condición sustantivamente humana que también tenía éste mismo ser, horas antes de su alumbramiento, y si lo tenía también días

⁶⁹ Cfr. ELBABA, Julia. “Principios de la Bioética Personalista”, en *Bioética*, Colección AquinasNET, Universidad FASTA, 2004, pp. 32-34.

⁷⁰ Cfr.: APARICIO ALDANA, Rebeca Karina (Coordinadora). “Derecho a la vida desde una perspectiva filosófica jurídica”, en *La persona en el Derecho Peruano; Un análisis jurídico contemporáneo. Libro Homenaje a Carlos Fernández Sessarego*, editado por Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, 1º ed., Chiclayo, 2010, p. 12.

⁷¹ *Ibid*, p. 12.

⁷² Cfr. PESSINA, A. “Bioetica. L'uomo sperimentale”, en SGRECCIA, Elio. *Manual de Bioética*, Tomo I, traducido por equipo de traductores coordinado por Pablo Cervera Barranco, Madrid, B.A.C., 2009, p.146.

antes o semanas antes mientras se desarrollaban sus configuraciones orgánicas a partir del estado embrionario dentro del seno materno.

Un punto de partida es la perspectiva de origen biológico, cada especie engendra seres de su misma especie, y con el ser humano sucede lo mismo, como señala Spaemann,

"Puede y debe tenerse un único criterio para la categoría de persona: la pertenencia biológica al género humano. Por eso también el inicio y el fin de la existencia de la persona no pueden separarse del principio y del final de la vida humana. Si "alguien" existe, ha existido desde que existe este organismo humano individual, y existirá hasta que este organismo viva. El ser de la persona es la vida de un hombre."⁷³

Y, tampoco, debe perderse en la argumentación "la necesidad de encontrar un fundamento ontológico, una noción que sirva dar un concepto de persona, a partir de la cual se pueda defender a todos los seres humanos."⁷⁴

En consecuencia, los embriones, ya sean concebidos mediante el acto natural de la fecundación o mediante las TRA, pertenecen a la categoría de seres de la especie humana, por demostración biológica y en razón ontológica. Y, por lo tanto, a los embriones les corresponde el derecho de ser tratados, como personas humanas, por las ciencias de la salud, por la biotecnología y por el derecho.

B) El Embrión humano

En el debate actual sobre el inicio de la vida y las TRA surge la pregunta acerca de ¿qué son los embriones humanos? Sobre el embrión humano, Lucas sostuvo que es un "nuevo individuo que se forma a causa de la concepción"⁷⁵, quiere decir que el inicio vital en la especie humana es a partir de la existencia del

⁷³ SPAEMANN, R. "Personas. Acerca de la distinción entre "algo" y "alguien", en SGRECCIA, Elio. Manual de Bioética, Tomo I, traducido por equipo de traductores coordinado por Pablo Cervera Barranco, Madrid, B.A.C., 2009, p.132.

⁷⁴ APARICIO, Op. Cit., p. 12.

⁷⁵ LUCAS LUCAS, Ramón. Explícame la bioética. Guía explicativa de los temas más controvertidos sobre la vida humana, 4ª ed. Madrid, 2013, p. 124

embrión. Y, cuando Jouve afirmó que “Por definición, el embrión constituye la etapa inicial de la vida”⁷⁶, estuvo remarcando que la vida humana empieza desde la formación del embrión, y que por tanto el embrión es un ser vivo e individuo de la especie humana.

Felizmente gracias a los progresos de las tecnologías médicas y los nuevos avances se ha hecho posible hacer visible al embrión⁷⁷, y como dice Pardo “el desarrollo de las técnicas ultrasonográficas, el conocimiento de la fisiología embrio-fetal, de la interacción materno-fetal y del brazo del diagnóstico terapéutico, confirman la evidencia que el embrión-feto es un verdadero y propio sujeto, es decir un individuo humano no anónimo desde la fecundación”.⁷⁸ Como apreciamos, Pardo prefiere hacer una combinación del término embrión-feto, y de este modo abarca en sentido amplio todas las etapas del desarrollo del concebido, desde el inicio del cigoto hasta el alumbramiento.

Pardo también plantea que frente a estas evidencias de la tecnología médica que revelan “la presencia de vida humana (...) se crean nuevas relaciones profesionales y responsabilidades éticas en el médico”⁷⁹, y del mismo modo lo interpelan, pues ven al embrión como un “sujeto que, naturalmente, debe ser considerado desde el punto de vista médico como un paciente”⁸⁰, porque es un ser humano, porque es un ser que pertenece a la especie homo sapiens.

Es necesario recuperar esta concepción del embrión humano como individuo de la especie humana, para centrar el debate sobre las TRA.

⁷⁶ JOUVE DE LA BARREDA, Nicolás. “Embrión humano. Vida humana” en La desprotección del no nacido en el siglo XXI, editado por Roberto Germán Zurriarán, Madrid, Ediciones Internacionales Universitarias, 2012, p.36

⁷⁷ Cfr. PARDO SAENZ, José María. El no nacido como paciente. 1º ed., Pamplona, EUNSA, 2011, p.66

⁷⁸ Ibid, pp. 64-65

⁷⁹ Ibid, p.66

⁸⁰ Ibid, p.64

C) Dignidad humana

Respecto de la dignidad humana se verifica que no es un atributo mediante el que se honra debidamente a la persona humana. Tampoco es un término unívoco por las paradojas de nuestro tiempo, caracterizado por un gran despliegue político-cultural sobre los derechos humanos, destinado a remarcar la igualdad de todos los hombres y la no discriminación, pero que sostiene también teorías justificativas de prácticas que privilegian a unos seres humanos frente a otros, a quienes no se les considera dignos de continuar viviendo.

Con toda razón Aparisi afirma que dignidad humana es un término que “posee muchos significados”⁸¹ en la medida que se refiere a una realidad muy rica pero que al mismo tiempo es vista desde distintas perspectivas. Por su parte Laferrier y Andorno al hacer referencia a la dignidad humana refieren que:

“existe una conciencia general de que el “modo de ser” del ser humano no es igual que “el modo de ser” de otros seres animados o que las cosas. El hombre no es una forma de vida más, sino que posee una diferencia que se desprende de esa cualidad que denominamos “dignidad” (...) Roberto Andorno señala que la palabra “dignidad” refiere a la grandeza de la persona humana, a su nobleza, a una preeminencia por la cual se diferencia del resto debido a su propio valor”⁸².

La nota distintiva de la cualidad o valor de la persona humana es su dignidad, que hace de la persona humana alguien de quien no será admisible que pueda ser objeto de otro, porque “la dignidad del hombre (...) significa que el hombre es un valor en sí, que no tiene precio”⁸³.

Hemos adoptado para nuestra investigación el concepto de dignidad humana desde la perspectiva ontológica, porque centra su concepción desde el ser y su

⁸¹ APARISI MIRALLES, Ángela. “El principio de la dignidad humana como fundamento de un bioderecho global” en *Cuadernos de Bioética XXIV 2013/2*, p. 201 [ubicado el 06.VII 2015] Obtenido en <http://www.aebioetica.org/revistas/2013/24/81/201.pdf>.

⁸² LAFFERRIERE, Op. Cit., p. 147.

⁸³ Ibid, p. 147.

naturaleza, considera que todo ser humano es digno por el solo hecho de ser miembro de la especie humana, y porque de esta manera afirmamos la igualdad de todos sin distinción, sin discriminación, sin excepciones. Porque como lo expresa Aparisi: “Para el reconocimiento de la dignidad humana sería título suficiente (...) la pertenencia a la *familia humana*. En consecuencia no sería necesario ningún requisito adicional -como, por ejemplo, la independencia del seno materno, la racionalidad, la autonomía moral o la calidad de vida-.”⁸⁴.

La concepción ontológica, afirma Aparisi, “intenta garantizar el respeto incondicionado, sin discriminación alguna, de todo ser humano”⁸⁵ por lo que “parte de dos presupuestos: a) una visión unitaria del ser humano; b) (...), el carácter inherente, a cualquier ser perteneciente a la especie *homo sapiens*, de la dignidad”⁸⁶. Por lo tanto no es que la dignidad sea un derecho fundamental, sino que la dignidad es base y fundamento de los derechos humanos⁸⁷.

El reconocimiento del concebido como sujeto de derecho implica el reconocimiento de su dignidad, y así lo establece el Inciso 1 del Art.2 de la CPP “El concebido es sujeto de derecho”. Lamentablemente, mediante las TRA se pretende ignorar o negar esta dignidad a los embriones, naturales y producidos o crios conservados, así como a los que son desechados en los laboratorios.

D) Técnicas de Reproducción Artificial

Con el desarrollo de la ciencia y la tecnología específicamente en el campo de las biotecnologías, se viene aplicando en humanos unas técnicas de inseminación artificial, que hoy se conocen como técnicas de reproducción artificial (TRA) “Se entiende por fecundación artificial el conjunto de técnicas dirigidas a conseguir una concepción humana fuera de su proceso natural en la

⁸⁴ APARISI, Op. Cit., p. 215.

⁸⁵ Ibid, p. 215.

⁸⁶ Ibid, p. 215.

⁸⁷ Cfr. Ibid, p.216.

unión sexual del hombre y la mujer”⁸⁸. Hoy en día la sigla TRA tiene dos interpretaciones, por un lado como técnicas de reproducción artificial y, por otro, como técnicas de reproducción asistida. Ilustrados por la explicación de Basso⁸⁹, optamos por el término artificial para efectos de la presente investigación.

d.1 Origen y aplicación de las técnicas de reproducción artificial

El origen remoto de las TRA, conducen a la experimentación en plantas y animales, “desde fines del siglo XVIII”⁹⁰. Los investigadores en este campo de la reproducción, buscaban mejorar las especies vegetales y animales de forma cuantitativa o cualitativa. La aplicación de estas técnicas en seres humanos, las detalla Sambrizzi, refiriendo el caso Hunter, realizado en el año 1864 y el caso Thouret, quien en 1785 habría fecundado mediante inyección aplicando su propio semen.⁹¹ En el siglo pasado se produjo vida humana en laboratorio, siendo Louise Brownde sexo femenino, el primer ser humano nacido mediante estos procedimientos. Como precisa Aparisi “en 1978 los científicos británicos Steptoe y Edwards lograron el nacimiento del primer niño producido en una probeta”⁹².

En un principio como nos refiere Tomás y Garrido, la aplicación de estas técnicas “a las personas, se planteó, (...) como un medio de asistir a la reproducción en aquellos casos en que la esterilidad -por obstrucción de la

⁸⁸ LUCAS, Op. Cit., p.56.

⁸⁹ “La procreación artificial es un procedimiento de manipulación mediante el cual, prescindiendo en todo o en parte de la cópula de los animales (de allí la denominación artificial), se obtiene el mismo resultado, o sea, la generación de un nuevo ser viviente dentro de determinada especie. Lo propiamente artificial no es la procreación en sí, sino el modo de lograrla. Existen diversas variantes del procedimiento, razón de ser de las distintas denominaciones actualmente utilizadas, sintetizadas en siglas de aceptación internacional: *fecundación artificial*, *inseminación artificial*, *fertilización artificial*, *reproducción alternativa*, *reproducción no natural o anormal*, *fecundación in vitro* (cuando es extracorpórea) etc. Más recientemente ha aparecido una nueva fórmula: *procreación asistida*; se trata de un eufemismo destinado a ocultar el término artificial, dando a entender hábilmente que tal modo de procreación es también natural, aun cuando logrado con la asistencia de los facultativos. El procedimiento, sin embargo, no es el previsto por la naturaleza y constituye un *artificio* técnico ideado por los hombres de ciencia.” BASSO, Op. Cit., pp. 189-190.

⁹⁰ SAMBRIZZI, Op. Cit. p.13.

⁹¹ Cfr. Ibid, p. 14.

⁹² APARISI MIRALLES, Ángela, “Implicaciones para el derecho a la vida y a la salud de las nuevas tecnologías reproductivas” en *La desprotección del no nacido en el siglo XXI*, editado por Roberto Germán ZURRIARÁIN, 1ra. Ed., Madrid, Ediciones Internacionales Universitarias, S.A., 2012, p.267.

trompas de Falopio- no podía ser curada y se hacía imposible el encuentro y la fusión de las células germinales."⁹³ Hoy en día su aplicación se ha extendido a la satisfacción del deseo de paternidad o maternidad.

En el transcurso de su aplicación, se han desarrollado diferentes técnicas, como bien explica Lucas⁹⁴, si los gametos son del marido y la mujer se denomina *homóloga*, y si al menos uno de los gametos proviene de un donante externo a los esposos se denomina *heteróloga*. Si la fecundación se realiza dentro del cuerpo femenino, será *intracorpórea* y si se realiza en una probeta será *extracorpórea*. La donación puede ser de espermatozoides o de óvulos o de ambas células germinales.⁹⁵

Son diversas las técnicas de reproducción, Ciccone menciona hasta veintidos⁹⁶. Se clasifican en dos grupos, aquellas que son intracorpóreas, es decir cuando la fecundación se realiza dentro de la cavidad uterina, y las que son extracorpóreas, cuando la fecundación del óvulo por el espermatozoide se hace en laboratorio.

Entre las técnicas más usadas está la fecundación artificial intracorpórea o transferencia intratubárica de gametos, conocida como GIFT, que consiste en transferir dentro de la cavidad femenina, el espermatozoide y el óvulo, recogidos anteriormente. Otra técnica, la FIVET, es la fertilización in vitro o fecundación in vitro con transferencia de embriones, en ésta el encuentro de los gametos se realiza en una probeta y luego se hace la transferencia de embriones. El éxito de esta técnica requiere fecundar varios óvulos, de los cuales unos serán transferidos y otros serán congelados. Si se comprobara un embarazo múltiple, muchas veces se procede a la reducción de embriones. Además, está la técnica de inyección intracitoplásmica de espermatozoides o ICSI, que consiste en micro inyectar un espermatozoide directamente en el citoplasma del óvulo. Los espermatozoides

⁹³ TOMÁS Y GARRIDO, Gloria Ma. *Cuestiones actuales de bioética*, 2º ed., Pamplona, EUNSA, 2011, p. 75.

⁹⁴ Cfr. LUCAS, Op. Cit., pp.56-58.

⁹⁵ Cfr. CICCONE, Lino. *Bioética. Historia. Principios. Cuestiones*, 2º ed., Madrid, Colección Pelicano, Ediciones Palabra, 2006.p.99

⁹⁶ Cfr. *Ibid*, p.102

pueden extraerse directamente del testículo o del semen eyaculado. Puede ser homóloga o heteróloga, y es extracorpórea⁹⁷.

En el empleo de estas técnicas se dan distintas situaciones como el de embrión transferido a una madre de alquiler (esta es la técnica a la que recurren las parejas homosexuales). Puede darse el caso que el semen provenga de un banco de semen, o que se congelen los embriones antes de ser transferidos.

d.2 Teleología de las técnicas de reproducción artificial

Dentro del contexto de la medicina de la fecundidad, la finalidad de las TRA fue crear vida humana fuera de las condiciones que la naturaleza ha impuesto. Inicialmente las TRA se destinaron a ayudar a las parejas matrimoniales estériles, para que obtuviesen una nueva vida humana dentro del contexto familiar constituido por su relación conyugal. Sin embargo, rápidamente, la vía instrumental de las TRA empezó a sustantivarse, a autonomizarse de su inicial finalidad, y en búsqueda de otras finalidades devino en aplicarse a la investigación científica en embriones humanos (la transmutación del hombre-fin en hombre-medio), y a satisfacer el deseo de paternidad o maternidad mediante la fecundación heteróloga, con el concurso de un tercero como donante anónimo de gametos. A juicio de Sánchez Abad, las TRA están destinadas a dar “respuesta técnica al deseo de un hijo mediante la producción de embriones.”⁹⁸

En este nuevo quehacer de las TRA, se advierte un cambio de finalidad, la infertilidad pasa a un segundo plano, tomando relevancia la calidad del embrión producido, para lo cual al diagnóstico genético pre-implantatorio, se convierte en una técnica imprescindible, que al decir de López Guzmán es un “proceso destinado a analizar los embriones humanos, creados, (...) con el objeto de evitar

⁹⁷ Cfr. LUCAS, Op. Cit., pp.56-59.

⁹⁸ SÁNCHEZ ABAD, Pedro José “Carencias de la Comunicación biológica en las técnicas de reproducción asistida (TRA)” en *La desprotección del no nacido en el siglo XXI*, editado por Roberto Germán ZURRIARÁIN, Madrid, Ediciones Internacionales Universitarias, 2012, p. 64.

la implantación de aquellos embriones que estén afectados por alguna mutación o tengan una anomalía cromosómica que pueda desarrollar una enfermedad”⁹⁹.

Consecuentemente, la aplicación de las TRA facilita el riesgo a practicar la eugenesia, la selección discriminatoria, cuyo rostro inhumano es la arbitrariedad para cesar la vida originada artificialmente, pero vida humana al fin.

d.3 Difusión de las técnicas de reproducción artificial

Un clima cultural favorable ha contribuido para que las TRA hayan logrado rápida aceptación en la sociedad, habiéndose desarrollado con constancia el trabajo de los ideólogos para operar modificaciones en las actitudes individuales y colectivas. Las tres fuentes ideológicas que con mayor insistencia conspiran en influenciar la cultura, son el liberalismo, el relativismo y el positivismo jurídico.

Hay factores que ya estaban culturalmente difundidos y promocionados, de los que las TRA se han beneficiado, como la inclinación favorable y sin conciencia crítica para aceptar lo que se dice que proviene de las ciencias, cuyas propuestas son consideradas éticamente neutrales¹⁰⁰. La explicación del rápido posicionamiento de las TRA se debe, como lo señala López Trujillo, a los medios de comunicación que hoy descuellan en el rol de captar mentes y voluntades, fácilmente convencidas por la carencia de cultura general apropiada y sólida formación en principios y valores¹⁰¹.

Tenemos que reconocer que éste trabajo ideológico, publicitario y proselitista en favor de las TRA ha sido intencional y mediante un esfuerzo de

⁹⁹ LÓPEZ GUZMÁN, José “Diagnóstico genético preimplantatorio” en *La desprotección del no nacido en el siglo XXI*, editado por Roberto Germán ZURRIARÁIN, Madrid, Ediciones Internacionales Universitarias, 2012, p. 89.

¹⁰⁰ Los “valores pertenecen al mundo subjetivo y privado de las personas. La ciencia es vista como zona franca, carente de valores.”: CICCONE, Op. Cit., pp. 130-131.

¹⁰¹ “... la conspiración de ciertos medios de comunicación, que se parecen bastante a una dictadura o adolecen de tendencias totalitarias. Suelen ponerlo todo en duda, menos sus frágiles y oportunistas hipótesis, y pugnan por saturar de ambigüedades a la opinión pública, la cual, muchas veces cuando le faltan guías, actúa superficial y cándidamente.”: LÓPEZ TRUJILLO, Alfonso. *Temas candentes de bioética y familia. En la brecha*, Madrid, Ediciones Palabra, 2006, pp. 16-17

muchos años. Jouve se refiere ampliamente a este trasfondo¹⁰². Y, sobre el mismo problema ético-social se pronuncia Herranz¹⁰³. Los aspectos fundamentales que las ideologías han trabajado en favor de la aceptabilidad de las TRA los señala Aparisi: “un cambio radical en el modo de entender al ser humano”¹⁰⁴ y una disociación entre reproducción humana y sexualidad, el ser humano pasó de ser concebido a ser producido como un objeto¹⁰⁵. Esto explica la eficaz difusión que las TRA han obtenido, como también nos da respuesta al por qué de la extensa aceptación de nuevos conceptos y terminologías que han operado todo un cambio del lenguaje. El surgimiento de tan diversas posturas sobre el inicio de la vida humana, la aparición y pronta aceptación de nuevos términos, como el de pre-embrión que resulta de una manipulación del lenguaje para justificar la cosificación de embriones, negándoles que sean seres humanos y personas¹⁰⁶. Y, también, con la intención de “provocar un cambio profundo en el modo de entender la realidad.”¹⁰⁷

Un colosal esfuerzo de ideologización, de concientización, de difusión, de movilización de ingentes recursos financieros y de eficaz compromiso de recursos humanos. Con el propósito de negar la condición humana al embrión, para

¹⁰² “En determinados foros, más ideológicos y políticos que científicos, se han planteado dudas sobre la vida humana, especialmente en lo que concierne a su inicio el significado de la etapa embrionaria, cuya existencia se reconoce pero cuyo valor se niega. En el fondo, esta postura obedece a razones interesadas, ya que si la vida no importase o no tuviese valor hasta una determinada etapa, se podría justificar la utilización de embriones para fines ajenos a la reproducción, su congelación, su llamada reducción embrionaria, la selección de embriones mediante el llamado diagnóstico genético preimplantatorio, o incluso la interrupción voluntaria del embarazo.”: JOUVE, Op. Cit., p.21.

¹⁰³ “... a lo largo de los últimos cincuenta años, se ha pretendido debilitar el estatus ético del embrión humano (...). Esos argumentos consiguieron crear, e implantar en la sociedad, una imagen inauténtica del embrión humano”. HERRANZ, Op. Cit., p. 5.

¹⁰⁴ APARISI, “Implicaciones para el derecho a la vida...”, p.268.

¹⁰⁵ Cfr. Ibid, p.268

¹⁰⁶ “Para que esas acciones pudieran ser aceptadas en una sociedad en la que, al menos en teoría, se respeta la vida humana, quienes las practicaban vieron que era necesario cambiar el modo de pensar de la gente acerca de lo que es el embrión humano; (...) habían de convencer al público de que los embriones que se perdían o destruían en la contracepción y en la reproducción asistida no eran propiamente seres humanos.”: HERRANZ, Op. Cit., p. 5.

¹⁰⁷ LOPEZ GUZMÁN, José y APARISI Ángela, “Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada en <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87524464001> Cuadernos de Bioética Vol XXIII(2). 2012 - Redalyc, p. 255.

disponer de él como un objeto, del que se espera calidad¹⁰⁸, y que satisfaga deseos de paternidad o maternidad, hasta de individuos y de parejas del mismo sexo. Reducido como cualquier producto, se ofrecen los medios que proporcionan las TRA para obtener embriones al gusto y preferencia del sexo o del color de los ojos. Reduce al ser humano como un producto que habrá de reunir ciertos estándares físicos, psicológicos y quizá intelectuales; es el embrión humano reducido a un producto que se congela, en espera de encontrarle alguna utilidad a futuro. Lo que viene favorecido la difusión de las TRA es el clima permisivo¹⁰⁹, que se esfuerza en perennizarse a través de la dimensión jurídica¹¹⁰.

108 “en cada diagnóstico se van a eliminar aquellos embriones que no se consideran aptos y que, en muchas ocasiones, el proceso terminará sin ningún nacimiento. Tras la molestia física de la madre, psicológica de los progenitores, económica de padres y sociedad (si es con fondos públicos), muerte de embriones etc. Quedará el desconsuelo de no contar con un hijo ya que ninguno superaba el control de calidad requerido.”: LÓPEZ GUZMÁN, Op. Cit., p. 100.

109 “Vivimos un mundo que oscila temerariamente entre el relativismo y el absolutismo moral, pasando por el subjetivismo moral; a la hora de tener que distinguir entre lo correcto y lo incorrecto, parece que todo vale, lo que uno piensa debe valer para todos, que vale igual lo que diga cualquiera; con una idea distorsionada de la autonomía y una desvinculación entre el deber moral y el actuar.”: CÁRDENAS, Op. Cit., p. 1.

¹¹⁰ La dignidad de la persona es uno de los cuatro conceptos fundamentales en la base conceptual de esta investigación. Reconocer que la persona tiene dignidad produce reflejos en el campo del derecho. Se traduce, concretamente, en lo que en justicia se le debe al embrión, por parte de sus padres y del profesional médico que asume un tratamiento al paciente fetal. Cfr. LAFFERRIERE, Op. Cit., p. 176.

CAPÍTULO II MARCO METODOLÓGICO

2.1. Tipo de investigación

La investigación es de tipo cualitativa, usado principalmente en las humanidades, con la que se buscó identificar la naturaleza profunda de la realidad de la vida humana y del problema de las TRA.

Se aspiró explicar cada punto controvertido, realizando una búsqueda bibliográfica relativa a las características esenciales de cada uno, con la finalidad de establecer relaciones teórico-doctrinarias para explorar conceptos y describir la realidad de las TRA y el inicio de la vida humana.

Como investigación cualitativa exigió un profundo análisis y entendimiento del comportamiento humano en un tema innovador en el campo del derecho, como lo son las TRA y su legitimidad legal, donde es necesario conocer las razones que influyen, para dilucidar la pregunta planteada como principio de la investigación, y así integrar los recursos necesarios.

Hemos efectuado un análisis detallado de cada una de las teorías que sustentan nuestras variables. Y, utilizado el análisis y la síntesis como procedimientos. Como técnicas a la observación indirecta, el fichaje con fichas

bibliográficas, textuales y de resumen, así como el análisis del proyecto de ley del Ministerio de Justicia, que permitirá recoger, organizar y presentar la información extraída de las fuentes primarias.

Durante la investigación se estableció una relación metodológica bibliográfica, en el campo de las humanidades a través de las ciencias jurídicas y sociales, para establecer relaciones teórico-doctrinarias del objeto de investigación basado en la realidad, lo cual permitió desarrollar un conocimiento a profundidad de las TRA, modalidad de trabajo de investigación del cual se depende del acierto de la bibliografía consultada, que es nuestro caso fue satisfactorio para resolver los problemas que se iban presentando.

2.2 ABORDAJE METODOLÓGICO

2.2.1. Técnicas

Para poder reunir los datos necesarios para nuestra investigación, luego de la lectura del material encontrado, hemos recurrido al método de fichaje. Las fichas fueron un medio para realizar nuestro trabajo de investigación las que contienen datos de identificación de las obras, conceptos, resúmenes y síntesis. Las fuimos almacenando en archivos virtuales, y así organizamos la información que habíamos recolectado, clasificándola a la conveniencia de nuestra investigación cualitativa, mediante:

- Fichas bibliográficas, para registrar y resumir los datos extraídos de las fuentes bibliográficas de 51 autores provenientes de 26 libros, 2 artículos de revistas, 5 tesis, 12 normas legales, 28 linkografías. Adoptando el modelo de fichas de base de datos o de soporte electrónico para almacenar la información que hemos requerido.
- Fichas textuales, con la transcripción del texto consultado o parte de él, esta información seleccionada se señala entre comillas, con los siguientes datos: La referencia de donde fue obtenida la información, con el nombre y apellido del autor, así como el título de la obra y el número de la página.

- Fichas de resumen, con una síntesis de las ideas o conceptos del autor leído o consultado.
- Fichas de análisis y comentarios de documentos, con la información surgida de nuestra comprensión e interpretación que adoptamos sobre la fuente que hemos leído, es una referencia de lo que hemos conseguido en esta fuente.

2.2.2. Desarrollo de la investigación

Para la ejecución de esta investigación se estableció un orden específico a fin de lograr los fines planteados desde un inicio, para lo que fijamos un objetivo general, y tres objetivos específicos que se desarrollaron de la siguiente manera.

El primer objetivo específico fue analizar el contenido y las consecuencias de las TRA, para el embrión y su entorno, con el fin de establecer un juicio de valor sobre estos procedimientos de fecundación artificial, dejando en claro el estatuto biológico, ontológico y jurídico del embrión.

Mediante el segundo objetivo específico, nos propusimos analizar la normatividad peruana sobre las TRA: el vigente artículo 7° de la LGS y el anteproyecto del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos denominado, “Ley que regula los aspectos generales y las condiciones de la reproducción humana médicamente asistida”, con la finalidad de establecer la manifestación de intenciones que se tienen para ampliar la regulación de las TRA en el Perú, develando sus intenciones ideológicas y las motivaciones que influyen en las posturas y enfoques sobre la naturaleza del ser humano y el valor que se le asigna a la vida humana.

En el tercer objetivo específico hemos establecido los criterios bioéticos y biojurídicos fundamentales que han servido de base para elaborar el proyecto de ley que estamos proponiendo como aporte práctico, de este trabajo de investigación.

Así obtenidos los objetivos específicos, estuvimos en condiciones de lograr nuestro objetivo general, que fue establecer los criterios bioéticos y biojurídicos para regular las TRA en el Perú.

2.3. Instrumentos de recolección de datos

Fueron las fichas bibliográficas (Anexos 1-A, 1-B, 1-C y 1-D) almacenadas en una carpeta de computadora con el nombre de “Fichas” donde registramos y almacenamos desde, el año 2014 hasta el año 2016, información sobre las TRA, para permitirnos su análisis y plasmarlo en la redacción del Informe.

La recopilación de documentos relacionados con las TRA a través de las fuentes bibliográficas y recursos electrónicos consultados, que se señalan pormenorizadamente en las referencias bibliográficas, en tanto que han sido citados a pie de página del Informe de Tesis, además de otros recursos e instrumentos bibliográficos más, que leímos para conocer otros aspectos de la doctrina y estudios sobre las TRA pero que no se mencionan en las referencias bibliográficas por no haber sido citados a pie de página en el Informe.

Las fichas bibliográficas, nos han permitido identificar y seleccionar a los diferentes autores de libros, tesis y artículos que han desarrollado temas relacionados con nuestro trabajo de investigación. Las fichas textuales, las hemos empleado para citar directamente a los autores que describen y definen con precisión los temas planteados en la investigación. Las fichas de resumen, las hemos empleado para recolectar las ideas principales de los textos leídos y que aportaban enfoques sustantivos para nuestra investigación. Y, las fichas de análisis y comentarios de documentos y proyecto de ley, han sido muy útiles para el desarrollo del análisis y discusión de los temas planteados, así como para el proyecto de ley que estamos proponiendo.

2.4. Procedimiento

En el procedimiento para la recolección de datos hubo una interacción con los instrumentos, mediante un plan de búsqueda que consistió en:

- a) La elección del tema de investigación. En esta primera etapa, la información recogida procedió de fuentes de información general, conocimientos previamente poseídos, consultas personales, conocimientos prácticos y acceso a la bibliografía. Todo esto permitió que se obtuvieron los primeros conocimientos y aproximaciones al objeto de estudio y permitió el inicio de la investigación.
- b) La primera recopilación de datos procedentes de bibliografía básica. En esta etapa se conoció en profundidad el objeto de estudio, se leyó y analizó con detenimiento y esmero el problema de las TRA y del artículo 7 de la LGS. Tomamos mayor interés en su tratamiento en los campos bioético y biojurídico, formulamos los objetivos y las respectivas propuestas. Con los libros, revistas y artículos científicos hallados procuramos profundizar en el conocimiento de la naturaleza de las TRA y sus problemas. La documentación con la que contábamos aportó abundantes conocimientos, y sugirieron otros temas relacionados para profundizar y nuevas rutas teóricas para investigar.
- c) Revisión de otra literatura. Mucho de lo publicado sobre TRA que pudimos conocer nos consolidó una base de conocimientos sobre el objeto de la investigación, siendo los principales libros que nos dieron un conocimiento certero del tema bajo investigación y su problemática, los que hemos referido en el rubro Material Bibliográfico del Capítulo I del presente Informe de Tesis.

A través de las fichas bibliográficas realizamos una selección rigurosa de las fuentes bibliográficas. Y, con las fichas resumen seleccionamos las ideas principales y relevantes de las fuentes. Las fichas de análisis nos permitieron

esclarecer los puntos de vista, así como registrar la interpretación, las inferencias y la crítica a la información.

2.5. Repertorio bibliográfico

El trabajo de investigación bibliográfico al que nos avocamos comprendió la elaboración de repertorios, con una lista de documentos consultados, lo que conforma las fuentes de información de la investigación. La elaboración de las referencias bibliográficas, garantiza la seriedad y originalidad del presente trabajo de investigación que hemos llevado a cabo.

2.6. Análisis de datos

Hemos analizado los argumentos de diferentes autores acerca de las TRA y su incidencia en la bioética y la biojurídica, procedimos a separar las ideas principales de los autores para analizarlas, describirlas, explicarlas e interpretarlas, y obtener conclusiones, las cuales, que nos ha permitido elaborar este informe de investigación.

El uso del análisis cualitativo y de documentos nos permitió conocer la situación legal de las TRA en el Perú y los atentados a la vida de la persona y la familia. Así como ver alternativas lo menos lesiva al concebido y a la mujer con las TRA, por lo que a partir de dicho análisis, se formuló nuestro problema de investigación.

Utilizando un abordaje metodológico de índole antropológico y jurídico, realizamos el análisis de los documentos obtenidos luego de seleccionar la bibliografía pertinente al presente estudio. Así, el enfoque del análisis es científico-humanista.

2.7. Criterios éticos

En cuanto a los criterios éticos distinguimos los de fondo y los de forma.

En cuanto al fondo de nuestra investigación, los criterios éticos se enmarcan dentro de la interdisciplinariedad de la bioética y la búsqueda de un estatuto jurídico del concebido, que nuestra investigación clarifica y determina:

- El respeto de la persona. La dignidad y valoración de la persona humana radica en su ser y su naturaleza y no en sus cualidades, por lo tanto, el concebido está en la primera etapa de desarrollo de su ser personal y debe ser respetado como tal, prima este derecho frente a la ciencia, la técnica o el deseo de maternidad.
- El respeto a la familia como base fundamental de la sociedad, la desnaturalización de la familia equivale a su destrucción. Las TRA introducen la ficción de parentescos ficticios y rompen los vínculos biológicos entre padres e hijos.
- Los límites éticos que deben regir la ciencia y la tecnología, no todo lo técnicamente posible es éticamente aceptable.
- La finalidad del derecho es la protección de la persona humana, en todo lo que le favorece.

En cuanto a los criterios éticos de forma, relativos a la investigación, tenemos:

- La verdad de la registración. El Informe de tesis ha sido redactado en base al registro y análisis de los documentos que aparecen en las referencias bibliográficas. No se ha incurrido en falsificar datos o resultados, lo que es evidente de la propia literatura encontrada. La información que aporta ordenadamente nuestro Informe de Tesis puede ser utilizada por otros autores con plena seguridad de la indicación de las fuentes de donde se deduce y se afirma o niega la problemática de las TRA en el Perú.
- Valoración de la dimensión ético –legal del uso de la información. Para ello se han registrado, explicado e interpretado los contenidos encontrados, aplicando los principios de propiedad intelectual, citando las ideas y contenido con base a los autores, sin alteración ni omisión.

2.8. Criterios de rigor científico

Tuvimos especial cuidado en ser observantes de los siguientes criterios de rigor científico:

- Claridad; porque buscamos en los textos información, descripción, análisis y comprensión, para adquirir solvencia para desarrollar intelectualmente los objetivos planteados.
- Credibilidad; las fuentes de información las hemos utilizado en la medida de su respectivo grado de fiabilidad. Optando por autores caracterizados por un largo recorrido intelectual y portadores de la objetividad.
- Profundidad; la investigación exigió análisis y reflexión, por lo que optamos por las fuentes de información provistas de profundidad en los contenidos.

Además, otros criterios de rigor científico que hemos cuidado en practicar, han sido:

- La sustentación antropológica y legislativa en la solución al problema.
- La investigación cuenta con un objeto de estudio reconocible. Hemos estudiado las TRA, sus contenidos y consecuencias para el concebido, la legislación que en nuestro país las ampara, la voluntad de ampliar su difusión y praxis, y la necesidad de plantear una legislación que las regule, y establezca los límites éticos, para impedir la violación de los derechos del concebido y su entorno.
- La investigación tiene un enfoque científico-humanista de manera implícita, al haber sustentado la defensa del embrión como persona humana desde el enfoque de la bioética personalista.

CAPÍTULO III ANÁLISIS Y DISCUSIÓN

El sistema legal peruano es protector de la vida humana desde la concepción, en este sentido se expresa el Numeral 1 del artículo 2 de la CPP, el artículo 1 del CC y los principales instrumentos internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú que forman parte del derecho peruano¹¹¹. Sin embargo, tal como hemos anotado respecto de las causas y la eficacia de

¹¹¹ “Artículo 2º.- Toda persona tiene derecho: 1. A la vida, (...). El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.” *CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ*. “Artículo 1.- **Principio de la Persona y de la Vida Humana.**- (...) La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo lo que le favorece (...).” *CÓDIGO CIVIL*. “Artículo 55º.- Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.” *CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ*.

divulgación de las TRA en el literal “d.3 Difusión de las técnicas de reproducción artificial” del Capítulo I de este Informe de investigación; se verifica una constante que erosiona el sistema jurídico protector de la vida humana. Hay una persistente labor de desgaste de la normativa defensora de la vida humana, que se viene produciendo mediante normas de menor jerarquía¹¹², así como por sentencias de tribunales nacionales¹¹³ y, también, mediante sentencias internacionales como la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Corte IDH¹¹⁴. Lo que conspira en debilitar la consistencia y eficacia jurídica para la protección de la vida humana en su etapa inicial. Sumándose a ello, está una norma legal que ha debilitado esa protección a la vida de quien está por nacer, caracterizada en el derecho peruano, causada por la LGS¹¹⁵, que autoriza mediante el artículo 7° el uso de las TRA en el Perú.

¹¹² RESOLUCIÓN MINISTERIAL N° 486-2014/MINSA Aprueban la Guía Técnica Nacional para la estandarización del procedimiento de Atención Integral de la gestante en la Interrupción Voluntaria por Indicación Terapéutica del Embarazo menor de 22 semanas con consentimiento informado en el marco de lo dispuesto en el artículo 119 del Código Penal. [Ubicado el 22.VII.2016]. Obtenido en <file:///C:/Users/Sergio/Downloads/NL20140628.pdf>

¹¹³ La Casación 5003-2007 versa sobre las TRA aplicadas sin cumplir los requisitos establecidos por el art. 7 de la Ley General de Salud, y constituyó el primer caso de TRA conocido por la Corte Suprema, que resolvió en abierto incumplimiento de esa norma. En la sentencia recaída en el Expediente N° 183515-2006-00113, se consideró no ilegal la maternidad subrogada, en franca contradicción con el referido art. 7 de la Ley General de Salud. Y, en la Casación 563-2011-Lima que resuelve diferencias patrimoniales entre personas que participaron como madre genética y madre gestante, que no está admitida por la referida norma de Salud. Cfr. IBÁÑEZ MURGUÍA, Nora Elizabeth. *Reflexiones en torno a la jurisprudencia peruana respecto a las técnicas de reproducción asistida*, Tesis para optar el título de abogada, Chiclayo, USAT, 2014, pp. 127-140.

¹¹⁴ “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 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. (...) 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 (supra párr. 264).”: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica*. [Ubicado el 04.II 2016]. Obtenido en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf

¹¹⁵ LEY N° 26842, LGS.

Frente a este debilitamiento de la eficacia jurídica del sistema legal nacional, y con miras al objeto y fin de nuestra investigación, que es establecer los criterios bioéticos y biojurídicos necesarios para incorporarlos en la legislación peruana que regule las TRA, es que abordamos en este capítulo el contenido de las TRA y las consecuencias que acarrearán, y en la medida que nuestra discusión se centra en la normatividad relacionada a las TRA en el Perú, hemos realizado un análisis de ésta, para luego establecer los criterios bioéticos y biojurídicos con los que debe elaborarse una regulación, y aportamos un proyecto de ley en calidad de propuesta coherente con los criterios bioéticos y biojurídicos que hemos deducido.

3.1 Las técnicas de reproducción artificial: contenido y consecuencias

Una de las primeras cuestiones surgidas en nuestra investigación es en cuanto a la denominación de las técnicas de reproducción, si corresponde completar su denominación con la palabra *artificiales* o con el término *asistidas*. Para nosotros queda claro que las TRA son procedimientos *artificiales*, y es un eufemismo agregarle la palabra *asistidas*. Porque ya sea como técnicas de reproducción o como acto propio de procreación, usar el término *asistidas* oculta la naturaleza y modo de operar de tales técnicas de reproducción, las que tienen por objeto sustituir el acto humano procreador, mediante recursos tecnológicos reproductores. Al respecto, explica Ciccone:

“Por todas partes se ha impuesto la denominación: *Procreación médicamente asistida* (...). Pero si se miran despacio las cosas, (...) salvo en el caso de la *Inseminación artificial homóloga impropriamente dicha*. (...) la intervención es solo una ayuda, o asistencia médica al acto procreativo humano. Todas las demás intervenciones, sin embargo, no ayudan, sino que sustituyen el acto procreativo humano con procedimientos típicos de un laboratorio de biología, similares en su sustancia a los que se utilizan para la reproducción artificial de los animales. Por esto resulta mucho más apropiado hablar de *Técnicas de reproducción artificial* o *Técnicas reproductivas*.¹¹⁶

¹¹⁶ CICCONE, Op. Cit., p.100.

Por lo que, con la concurrencia de la opinión coincidente de Basso, al que ya hemos hecho referencia en el apartado D) del Capítulo I, nosotros adoptamos el término *artificiales* para agregarlo a la denominación *técnicas de reproducción*, a las que también identificamos mediante la abreviatura *TRA*.

Otro aspecto considerado en el presente capítulo ha sido clarificar desde la perspectiva de las ciencias, la probada continuidad de la vida individual del ser humano en sus diferentes etapas prenatales, de la misma manera como tampoco existe duda alguna con respecto a la unidad de la vida individual en las diversas etapas de su vida post natal.

3.1.1 Contenido de las técnicas de reproducción artificial

Las TRA están destinadas a producir la fecundación artificial, es decir a procrear vida humana artificialmente, sin proseguir el proceso natural que consiste en la unión sexual de un hombre con una mujer¹¹⁷, las TRA no consisten en un acto médico curativo de la infertilidad o complementario a la procreación, pues ni tiene propiedades curativas para la infertilidad, ni es coadyuvante de la procreación natural, sino un sustituto artificial. Elbaba nos aproxima al concepto sobre las TRA cuando sostiene que: “Llamamos reproducción artificial a los diversos procedimientos técnicos encaminados a lograr la concepción de un ser humano por una vía diversa de la unión sexual del varón con la mujer.”¹¹⁸ Es por ello que a continuación desarrollaremos la explicación de las TRA en sus dos grandes modos de procurar la fecundación de manera artificial, dentro del cuerpo o fuera del cuerpo materno. En el primer caso, la fecundación intracorpórea se trabaja artificialmente con los gametos masculino y femenino, obtenidos por vías distintas al acto sexual, para luego colocarlos en el aparato reproductor femenino y esperar la fertilización. En la fecundación extracorpórea, son los embriones los

¹¹⁷ Cfr. LUCAS, Op. Cit., p. 56.

¹¹⁸ ELBABA, Julia. “Reproducción Artificial”, en Bioética, Colección AquinasNET, Universidad FASTA, 2ª.ed, Mar del Plata, Editorial Martín, 2007, p.147.

que se producen en el laboratorio, para su posterior transferencia al cuerpo materno.

A) Tecnologías reproductivas con fecundación intracorpórea

La característica primordial de las técnicas intracorpóreas, radica en que no se producen embriones en un laboratorio, se trata más bien de la recolección de los gametos, por una vía diferente del acto sexual, luego se colocan en algún tracto del aparato reproductor femenino y se espera que la fertilización se realice. En expresión de Lucas, la fecundación es “intracorpórea, si la fecundación se da dentro de las vías genitales femeninas.”¹¹⁹

a.1 Inseminación artificial

La técnica requiere en primer lugar recoger el líquido seminal, puede ser de modo independiente al acto conyugal o en conexión con él, la modalidad más utilizada es la masturbación, luego se examinan los espermatozoides para comprobar si reúnen todos los requisitos que los hacen capaces de fecundar, y comprobar que no hay agentes patógenos, y luego se deposita en los diferentes tramos genitales femeninos, según sea el obstáculo que se debe superar.¹²⁰ Será homóloga si los espermatozoides pertenecen al marido, y será heteróloga si provienen de un tercero.

a.2 Transferencia intratubárica de gametos (GIFT)

Se estimula la producción de óvulos y se recuperan, se obtiene la muestra de semen, se les examina y se tratan los espermatozoides más aptos, se eligen tres ovocitos y los espermatozoides, se colocan con una cánula en las trompas y se espera que la fertilización ocurra, una vez fertilizado el ovocito, el embrión sigue

¹¹⁹ LUCAS, Op. Cit., p. 57.

¹²⁰ Cfr. CICCONE, Op. Cit., pp. 103-105.

su proceso normal hasta llegar al útero. Esta técnica se utiliza en mujeres con endometriosis.¹²¹

B) Tecnologías reproductivas con fecundación extracorpórea

Según López Moratalla e Iraburu hoy en día las técnicas más usadas son “la fecundación invitro con transferencia de embriones (FIVET o FIV) y la inyección intracitoplásmica de espermatozoides (ICSI)”¹²², ambas son extracorpóreas es decir se producen embriones en el laboratorio que luego serán transferidos a la mujer, en palabras de Lucas “si la fecundación ocurre fuera del cuerpo femenino, es decir, en una probeta.”¹²³

b.1 Fecundación in vitro (FIVET)

Una de las técnicas más utilizadas es la fecundación in vitro con transferencia de embriones conocida como FIVET. “al hablar de FIVET pretendemos referirnos no solo a la que puede llamarse su forma clásica, sino a todas aquellas variantes que, aunque (...) con siglas diferentes, comportan fecundación in vitro y la transferencia del embrión a uno u otro tracto del aparato femenino.”¹²⁴

Para que la fecundación sea eficaz, se requieren condiciones muy precisas, tanto los gametos femeninos como masculino deben activarse mutuamente y deben estar en condiciones adecuadas de maduración. Para poder realizar la FIV es necesario realizar una estimulación hormonal de la mujer y así obtener los óvulos necesarios para la fertilización, logrando de esta manera obtener varios embriones. Una vez obtenidos y previa selección se hace la transferencia al útero de varios de ellos. Sin embargo, la maduración de los óvulos obtenidos mediante este procedimiento es deficiente, lo que trae como consecuencia, la pérdida de

¹²¹ Cfr. ELBABA, Julia. “Reproducción...”, p.153.

¹²² LÓPEZ MORATALLA e IRABURU, Op. Cit., p.81.

¹²³ LUCAS, Op. Cit., p. 57.

¹²⁴ CICCONE, Op. Cit., p.119.

embriones debido a dificultades en la anidación, y una tasa más alta de malformaciones en los embriones, que aquella que se presenta en un óvulo madurado naturalmente.¹²⁵

La pérdida de embriones no solo resulta como consecuencia de la técnica en sí, sino que los embriones cultivados en el laboratorio son sometidos a exámenes de diagnóstico previo a la implantación seleccionando los sanos y eliminando los otros. Luego entre los seleccionados se eligen tres o cuatro, que son transferidos al útero de la mujer, quedando embriones sobrantes, llamados supernumerarios, los que pasan a ser congelados a menos de 196 grados Celcius (-196° C), y que luego serán utilizados para la misma mujer si el primer intento fallase, o si ésta quisiera otro hijo, y en otros casos para cederlos a otra mujer o para la investigación.¹²⁶

b.2 Fecundación Intracitoplásmica (ICSI)

Esta técnica consiste en inyectar con una micro-jeringa un solo espermatozoide directamente en el citoplasma del oocito, por lo general se producen varios embriones con esta técnica y luego de 48 a 72 horas los embriones se transfieren a la cavidad uterina. Está indicada en casos de esterilidad masculina.¹²⁷

El estudio de estas Técnicas, nos ha permitido comprobar que muchas de ellas acarrear consigo la pérdida de vida de varios embriones además de otros riesgos como los señala la Sociedad Europea de Reproducción Humana y Embriología: “La FIV puede dar lugar a un creciente riesgo de embarazos múltiples, complicaciones durante el embarazo, bajo peso al nacer, taras importantes en el nacido y a largo plazo, discapacidades en los niños que sobrevivan.”¹²⁸

¹²⁵ Cfr. LÓPEZ MORATALLA e IRABURU, Op. Cit., p.84.

¹²⁶ Cfr. CICCONE, Op. Cit., p.120.

¹²⁷ ELBABA, “Reproducción...”, p.152.

¹²⁸ Ibid, p. 154.

Frente al anhelo de maternidad o paternidad de unos, satisfecho mediante las TRA, es pertinente ponderar si producir vida humana de manera artificial, con las consecuencias del alto costo en riesgo y pérdida de vidas humanas en estado embrionario, sea ético y justo. Al respecto, Sánchez Abad nos dice, en primer lugar, que no estamos ante un problema de salud, pues la esterilidad aunque con frecuencia implique un gran sufrimiento no es un problema físico o fisiológico vital, por lo tanto hay que sopesar si es proporcional correr todos los riesgos que implican para la salud del hijo, frente al deseo de maternidad o paternidad¹²⁹.

Está demostrado que las tasas de éxito de estas técnicas, todavía son bajas, al punto que si éstas se dieran en otros tratamientos médicos su eficacia sería considerada como muy pobre, generando además una gran desilusión en muchas parejas al no lograr ser padres, y lo que es más grave aún ocasionando la pérdida de muchas vidas humanas.¹³⁰

Con datos actualizados al 2014, la Enciclopedia Médica editada bajo los auspicios de MedlinePlus y la certificación de A.D.A.M., señaló que: “Según la Sociedad de Tecnologías Reproductivas Asistidas (Society of Assisted Reproductive Technologies, SART), la probabilidad aproximada de dar a luz a un bebé vivo después de someterse a FIV es como sigue:

- 41 - 43% para mujeres menores de 35 años
- 33 - 36% para mujeres de 35-37 años
- 23 - 27% para mujeres de 38-40 años
- 13 - 18% para mujeres de 41 años en adelante.”¹³¹

Es por ello que Pardo señala como “exiguo” el rendimiento de la técnica, pues para lograr un niño se han empleado un promedio de 24 embriones, en los casos que no hay éxito se emplean tres embriones por cada ciclo, lo que hace que

¹²⁹ Cfr. SÁNCHEZ ABAD, Op. Cit., p. 64.

¹³⁰ Cfr. ELBABA, “Reproducción...”, p. 147.

¹³¹ MEDLINE PLUS. “Fecundación in vitro (FIV)”, en Enciclopedia Médica. [Ubicado el 26.VI.2016]. Obtenido en: <https://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/007279.htm>.

se empleen 15 embriones. En los casos que el matrimonio termine con un hijo y que esto se logre en el tercer ciclo, son 9 los embriones empleados. Comparando con las tasas naturales de éxito sería 4% de efectividad mediante la técnica, frente a un 25% a 60% de éxito en los embarazos naturales. “En los casos menos favorables de FIV, el número de embriones perdidos se multiplica, y la efectividad es de sólo el 1%.”¹³²

En atención a las consideraciones precedentes surge, la siguiente cuestión: ¿Cómo una técnica que en realidad no es médica ni terapéutica, pues no cura la infertilidad de la pareja, que es costosa e implica riesgos para la salud de la mujer y del niño a ser producido, y que implica la pérdida de vidas humanas; haya alcanzado masivos niveles de difusión nacional e internacional, y goce de un marco legal como en el Perú, mediante el art. 7° de la LGS, que la ampara sin mayor especificidad de todas las consecuencias que implica?

La respuesta a esta cuestión está resuelta en el marco teórico al tratar sobre la difusión de las TRA, en el numeral d.3. Anotábamos que la rápida difusión de las TRA se debía en principio a un clima culturalmente favorable, que había sido trabajado por más de cincuenta años, y que había contado con la complicidad de los medios de comunicación masiva. Por los hechos, consideramos al igual que Ciccone que “es útil conocer ese contexto para comprender mejor los significados más profundos de la aparición y difusión de la TR” (SIC).¹³³

En ese contexto hay dos presupuestos culturales, muy interiorizados en la mente de las personas, por un lado creer que los valores pertenecen al mundo subjetivo y privado de las personas y por otro que la ciencia es zona franca carente de valores.¹³⁴ La consecuencia práctica ha llevado al hombre moderno a hacer una dicotomía en su vida, entre su vida privada y su vida pública, profesional, social, o política. En esta postura se advierte el relativismo, pues se pretende omitir la

¹³² PARDO, Antonio. “La fecundación in vitro”. [Ubicado el 26.VI.2016]. Obtenido en: <http://www.unav.es/cdb/dhbapfivet.html>.

¹³³ CICCONE, Op. Cit., p.129.

¹³⁴ Cfr. Ibid, p.130.

existencia de valores objetivos, y además la vivencia de los valores se reduce al ámbito privado. Si analizamos esta postura relacionada a las TRA, descubrimos el valor relativo frente a la vida. La vida de algunos seres humanos vale más que la de otros, la vida de algunos embriones, los sanos, los aptos, vale más que la de los deficientes; la vida de los embriones implantados vale más que la de los embriones que serán crioconservados; se cuida la vida de algunos embriones, aquellos que ya están en proceso de gestación, se desprecia la vida y se desecha o experimenta con los otros. También está la relativización del embrión, en algunos casos será el sujeto, o el hijo que se pretende dar a los padres, y a costa de ese sujeto estarán los otros embriones considerados objetos, para el descarte, para la crioconservación, para la experimentación.

El desarrollo tecnológico y científico ha progresado de manera vertiginosa y sorprendente y no cabe la menor duda que el hombre moderno se ha visto entusiasmado por ello y le ha asignado a ésta un valor supremo, casi absoluto, donde todo lo que es técnicamente posible sería éticamente lícito. Además la Biología o ciencia de la vida ha desplazado a la Física y se ha convertido en la ciencia líder. Los hallazgos en este campo le han dado al hombre la sensación de un poder sobre la vida, y claro los embriones humanos sobre quienes hemos demostrado su cualidad de persona son considerados como cualquier objeto de investigación científica,¹³⁵ no cabe duda que aquí vemos reflejado ese presupuesto cultural que flota en el ambiente respecto de la ciencia como zona franca de valores. Tal es el caso por ejemplo de la “utilización de embriones humanos, ya sea sobrantes de las prácticas FIV o producidos directamente con el propósito de extraerles las células madre de su masa interna.”¹³⁶ Es verdaderamente preocupante que no se le ponga límites éticos a la biotecnología o se crea que está libre de ellos.

Tal vez muchos no vislumbren el futuro que como país nos espera si no se establece de una vez los límites bioéticos y biojurídicos a las TRA. A pesar que la

¹³⁵ Cfr. Ibid, p. 130.

¹³⁶ ZURRIARÁIN, Op. Cit., p.226.

norma que hoy regula las TRA es en cierta forma restrictiva para la maternidad subrogada, no se pronuncia por ejemplo sobre la crioconservación, no tenemos datos estadísticos que nos digan hasta el momento cuántos embriones humanos de nacionalidad peruana tenemos, y la pregunta que nos hacemos con Zurriarán: ¿Qué solución le daremos “a un problema que nunca debería haber existido? (...) la solución definitiva pasa por no producir nunca más embriones humanos sobrantes”¹³⁷

Las TRA se han valido de ese ambiente cultural relativista, liberal, para crecer y desarrollarse, y ser considerado como la panacea para ese anhelo de maternidad o paternidad que hoy muchos pretenden convertir en un derecho, pero al mismo tiempo las TRA en sí mismas se han convertido en una ideología con sus propios postulados, vocabulario y comprensión de la realidad.

Respecto al vocabulario por ejemplo hablan de pre-embrión, maternidad subrogada, técnicas de fertilización asistida, reducción embrionaria, embrión preimplantatorio, terminología eufemística que pretende encubrir una realidad chocante.

En cuanto a sus postulados, sabemos que defienden sin razón ni lógica que los ampare, que la vida empieza con la anidación, así tienen 14 días libres para manipular los embriones que producen en el laboratorio, parten de una concepción reduccionista de la persona, reconociendo que existe vida humana pero negándole un estatuto ontológico hasta determinado evento de la aparición de funciones. O hablando “del embrión humano como persona en potencia”¹³⁸.

Las TRA como toda ideología ha establecido primero sus postulados y luego ha tratado de acomodar la realidad a su pensamiento. Es así como ha surgido el concepto de que la vida no empieza donde siempre se dijo que empezaba que es en la unión de los gametos femenino y masculino, sino que

¹³⁷ Ibid, pp. 207-208.

¹³⁸ Ibid, p. 181.

empieza 14 días después, en el momento de la anidación. ¿Qué percibimos en esta argumentación? Una justificación pseudo-científica para poder manipular los embriones durante 14 días.

Esto en cierta forma explica por qué nuestra sociedad, impregnada del respeto a la persona humana, cultivado desde los diferentes ámbitos culturales y expresado durante siglos mediante el sistema jurídico que nos rige, renovado por el novedoso esfuerzo desplegado en los últimos 50 años para la observancia de los derechos humanos, ha admitido con convencimiento que los embriones no son seres humanos y que “la vida del embrión no equivale a nuestra vida.”¹³⁹

Se cambió la manera de pensar del gran público y se aseguró la aceptación social para que los servicios de salud y sus usuarios desechen embriones sin considerarlo ni delito ni reprobable éticamente, y para que los gobiernos promocionen tales prácticas legislando tolerantemente para coadyuvar a su mayor difusión. Y es que como afirma Pardo “estamos inmersos en una cultura donde el hombre es capaz de hacer violencia a la realidad y decir que las cosas no son lo que son.”¹⁴⁰ Actitudes contrarias a la dignidad de la persona pues “todo hijo tiene igual dignidad que sus padres y nunca puede ser objeto de dominio, ni reducido a objeto, o a mero producto”¹⁴¹.

También la maternidad ha sufrido un gran cambio conceptual y hoy en día nuestra sociedad refleja una gran contradicción, por un lado el anhelo de muchas mujeres por ser madre y por otro el conflicto de muchas mujeres frente a un embarazo.¹⁴² Y a partir de los deseos hoy se pretende la exigencia de derechos.

¹³⁹ HERRANZ, Op. Cit., p. 6.

¹⁴⁰ PARDO, Op. Cit., p. 12

¹⁴¹ ELIZARI BASTERRA, Francisco Javier. *Bioética*, Madrid, Ediciones Paulinas, 1991, p.64

¹⁴² “algunas mujeres infértiles se someten, con un alto coste emocional, físico y económico a la fecundación in vitro, sin que nadie les asegure el éxito. Otras mujeres fértiles abortan por pura conveniencia (...) Parece que en ambos casos encontramos la pretensión de transformar deseos o preferencias personales y, por ello demandas de carácter subjetivo, en verdaderas y legítimas exigencias jurídicas”: APARISI, “Implicaciones...”, pp. 270-271:

Si bien “la esterilidad es una situación que desde siempre ha sido vivida con un sufrimiento agudo dentro de la pareja”¹⁴³, sin embargo hoy como afirma Ciccone “Las TR han encontrado un rápido y vasto consenso social, al menos en relación con su intento esencial que mira a proporcionar un hijo a muchas parejas estériles.”¹⁴⁴ El siguiente análisis puede servir para comprender esta rápida aceptación. Hoy en día fruto de la influencia ideológica en la cultura se difunden algunos presupuestos por ejemplo: que la infecundidad es motivo para que la mujer se sienta incapaz de alcanzar su realización personal, que sólo es madre la que concibe, y que las TRA son la solución para el sufrimiento que genera la infecundidad, este trasfondo cultural e ideológico de las TRA tiene una principal destinataria, la mujer¹⁴⁵.

Respecto de los hijos se ha desarrollado toda una teoría sobre el derecho a la maternidad o paternidad, se habla del derecho al hijo, sin reparar que esta maternidad a toda costa implica la pérdida de vidas humanas, es decir por un lado apelar a un derecho y por otro despreciar los derechos de los embriones que quedan reducidos a objetos.¹⁴⁶

3.1.2 Consecuencias de las técnicas de reproducción artificial

En el punto anterior hemos remarcado el trasfondo de intereses ideológicos que han facilitado la difusión de las TRA, en este analizaremos las consecuencias de las TRA para el embrión humano y para la institución familiar.

A) Para el embrión

En primer lugar el embrión o embriones producidos están expuestos a riesgos contra su vida y su dignidad, en la descripción que hemos hecho de estas técnicas en el apartado D) del Capítulo I, hemos señalado que el éxito de las

¹⁴³ CICCONE, Op. Cit., p.98.

¹⁴⁴ Ibid, p. 129.

¹⁴⁵ Cfr. APARISI “Implicaciones...”, pp.269-289.

¹⁴⁶ Cfr. Ibid, p. 273.

mismas depende de la producción de más embriones de los que se van a implantar en el útero materno, congelando el resto. Lo que revela la creación de vida humana en embriones condenados a morir, o a vivir en una congeladora por tiempo indefinido para luego ser desechados o entregados para la investigación. No existe mayor atentado contra la persona que éste. Los embriones humanos, conforme a la letra de los tratados internacionales y legislación nacional, gozan del derecho a la vida y de todo cuanto les favorece, desde la concepción, y sin embargo mediante estas técnicas sus vidas corren peligro de ser eliminadas o detenidas en una congeladora.

Como lo manifiesta Zurriarán, en todas las técnicas se generan más óvulos fecundados con la finalidad de optimizar el procedimiento, por lo general se producen unos seis embriones por pareja, aunque en algunos casos, hasta veinte. A la hora de transferir se eligen tres o cuatro, no más, para evitar un embarazo múltiple y al resto de embriones se les califica de sobrantes o supernumerarios, los que al no ser implantados deberán ser congelados antes del quinto día en que fueron concebidos. Si la técnica resulta y la pareja logra uno o dos hijos y no desea más, o si la técnica falla y no se logra el embarazo, entonces a los embriones supernumerarios que fueron congelados, se les declara en abandono y pasan a ser material sobrante.¹⁴⁷

Otra consecuencia es la consideración del embrión concebido como objeto, un producto por el que se paga para satisfacer el deseo de una pareja que anhela la descendencia mediante la filiación. El hijo deja de ser visto como un don que se recibe sin ningún condicionamiento y, más bien es visto como un producto que se encarga para satisfacer una necesidad, como si fuera un objeto de consumo que se puede elegir, seleccionar o rechazar¹⁴⁸, y en ese sentido Zurriarán dice:

“Se abre así camino a una lógica mercantil de demanda y oferta, sostenida por un mercado de la reproducción humana, en la que los embriones se convierten en “mercancía (...)”¹⁴⁹

¹⁴⁷ Cfr. ZURRIARÁIN, Op. Cit., pp. 32-34.

¹⁴⁸ Cfr. Ibid, p.29.

¹⁴⁹ Ibid. p.29.

La persona es sujeto de derechos y es así como los padres que traen a la vida a sus hijos mediante la procreación natural, los reciben y les brindan todas las atenciones y cuidados que requieren, y con mucha mayor razón cuando el hijo sufre una discapacidad severa e irreversible. En el caso de las TRA, al hacer la selección de calidad de los embriones y pruebas para elección del sexo, el hijo se convierte en un objeto a satisfacción de deseos y requerimientos de quienes serían sus padres, del mismo modo opina Lucas: “En la fecundación artificial, el hijo es *encargado, fabricado, como producto*, tiene que satisfacer las exigencias de quien lo ha *encargado*”¹⁵⁰. Igualmente Herranz refiere:

“En la práctica de la fecundación in vitro, se ha hecho habitual aplicar lo que se ha dado en llamarse selección de los embriones con vista a mejorar los resultados, cualitativos y cuantitativos, de la reproducción de laboratorio.”¹⁵¹

Estamos por consiguiente frente a una práctica de desprecio por la vida, frente a la deshumanización de la persona del embrión para convertirla en objeto.

Habíamos señalado que no todo lo técnica o científicamente posible, es éticamente conveniente o realizable, por las consecuencias que para el hombre y la sociedad traen consigo las experimentaciones. Y, este es el caso de la deshumanización que las TRA implican para el proceso procreativo de las personas, quienes gozan de un estatuto ontológico y dignidad sui géneris que no puede reducirse a un mero proceso reproductivo, como sí podría considerarse para animales y plantas. Porque, como Lucas sostiene “el origen de una persona humana, en virtud de la dignidad que le es propia, tiene que ser el fruto de la donación de amor entre los padres en el acto conyugal, y no un producto técnico.”¹⁵²

En opinión de Zurriarain, las TRA son técnicas que en lugar de “ayudar a que la unión de la pareja sea fecunda la sustituye.”¹⁵³ Para obtener un hijo se usan

¹⁵⁰ LUCAS, Op. Cit., p.61.

¹⁵¹ HERRANZ, Op. Cit., pp.89-90.

¹⁵² LUCAS, Op. Cit., p.62.

¹⁵³ ZURRIARAIN, Op. Cit., p.26.

medios técnicos, se deja de lado la relación interpersonal de los cónyuges, otorgándole a la técnica un papel que no le corresponde. Según el mismo Zurriarán:

“La procreación es una dimensión humana que con el uso abusivo de la técnicas de reproducción asistida, ha quedado reducida a un mero proceso fisiológico sin otro sentido que aquel que el hombre quiera darle en cada momento.”¹⁵⁴

De acuerdo al planteamiento que sobre la persona humana y su dignidad, hemos hecho en otro acápite de esta investigación, coincidimos plenamente con D’Agostino, citado por Zurriarán, quien manifiesta que:

“La procreación humana es mucho más que una mera reproducción biológica: es el origen de los vínculos de parentesco, que presuponen un reconocimiento y no engloban en sí mismos meros significados biológicos, sino que adquieren significados y valores estrictamente antropológicos que constituyen el eje de sustentación de la hominización”¹⁵⁵

Por lo que no puede haber una producción para la generación de seres humanos, pues, su fruto será una injusticia, al reducirse su “estatuto al de cosa u objeto”¹⁵⁶

B) Para la institución familiar

Tal vez para muchos las consecuencias que las TRA acarrearán para la institución familiar no sean tan evidentes ni palpables, como las que hemos señalado para el embrión, sin embargo desde diversas instancias se ha denunciado que desnaturalizar la familia equivale a destruirla¹⁵⁷.

La familia es bien común de la humanidad, es una institución natural y universal que responde a la necesidad del varón y de la mujer de establecer un

¹⁵⁴ Ibid, p. 50.

¹⁵⁵ Ibid, p. 27.

¹⁵⁶ Cf. SERRANO, J.M. “Nuevas cuestiones de bioética” en *La desprotección del no nacido en el siglo XXI*, editado por Roberto Germán Zurriarán, Madrid, Ediciones Internacionales Universitarias, 2012., p. 27.

¹⁵⁷ Cfr. CICCONE, Op. Cit., p.144.

vínculo o unidad en base a la relación afectiva, voluntaria y estable entre ambos, orientada a la procreación, “un *institutum*, con unos elementos perennes no sometidos al vaivén de los cambios culturales, sociales y económicos”¹⁵⁸. Debilitar a la familia como sociedad natural es algo que desfavorece a la sociedad.

Estos elementos perennes, a través de las TRA, son trastocados según Lucas, en primer lugar “En la fecundación artificial el hijo es agregado o introducido en la familia desde el exterior y en el caso de la fecundación heteróloga, (...)” introduce “a una tercera o cuarta persona”.¹⁵⁹ Esta fertilización artificial heteróloga, conocida en la práctica como vientre de alquiler o útero de alquiler, trastorna las reglas de la filiación, con toda razón Lucas nos dice “un niño-probeta puede (...) tener a tres madres (biológica, portadora y legal) y dos padres (biológico y legal).”¹⁶⁰ Por lo expuesto y en bien de la sociedad, una nueva legislación reguladora de las TRA debe continuar prohibiendo la maternidad subrogada, como ya lo hace el artículo 7 de la LGS.

En la práctica de las TRA con vientre de alquiler, la realidad ha superado la ficción, cada vez con más frecuencia se dan los casos de mujeres extrañas y desconocidas que reciben un pago por ser las gestantes durante nueve meses, por otro lado se da el caso de parientes cercanos que llegan a ser al mismo tiempo, madre gestante y abuela o tía del niño concebido. Se dan también combinaciones de padre biológico y tío del bebé. Situaciones cuyas implicancias físicas, psicológicas y jurídicas son impredecibles.

Lamentablemente es una tendencia la de extender los servicios de TRA, más allá del ámbito de las parejas estériles, Edwards nos pone en alerta sobre las consecuencias que las TRA pueden significar para la familia: “producirá una revolución en la familia y en el hecho de ser padres, ya que (...) se mina sus raíces, el significado y el modo de vivirlo, (...) el sentido tradicional del ser

¹⁵⁸ MIRALLES, ANTONIO. “Naturaleza y Sacramento en la doctrina del Concilio Vaticano II sobre el matrimonio” [ubicado el 07.XII 2015] Obtenido en file:///C:/Users/Sergio/Downloads/simposioteologia2miralles_2.pdf., pp.152-153.

¹⁵⁹ LUCAS, Op. Cit., p.63.

¹⁶⁰ Ibid, p. 63.

familia.”¹⁶¹ Parfraseando a Edwards, citado por Ciccone, los parientes serán ficticios, ya no existirá vínculo biológico entre los padres y los hijos, se hablará de padres sociales, otros serán los criadores y otros los biológicos, el concepto de familia se convertirá en un concepto folclórico, las relaciones en la familia ya no serán por parentesco, a lo máximo esas relaciones se podrán llamar de intimidad, el concepto de familia terminará por convertirse en una mera etiqueta de catalogación, que servirá para definir unas relaciones sin que cuenten los vínculos jurídicos y sin que exista ninguna conexión de consanguinidad.¹⁶² Es evidente que estas consecuencias que felizmente no son aún una realidad extendida, podrían llegar a serlo si no se le pone un freno a la práctica indiscriminada de las TRA.

Del mismo modo la donación de gametos, la compra de los mismos en bancos especializados ya sea de esperma u óvulos, el anonimato de los donantes, altera sin lugar a duda las relaciones paterno y materno filiales, consecuencias que son de suma importancia considerar para efectos de una probable regulación de las TRA. La investigación realizada por Cárdenas, trata sobre “El derecho de las personas concebidas mediante técnicas de reproducción asistida a conocer su identidad biológica desde una perspectiva biojurídica”¹⁶³, ha desarrollado un excelente aporte sobre los problemas jurídicos surgido del anonimato de los donantes de gametos y los conflictos de derechos que esto acarrea.

El sistema jurídico peruano inspirado en la tradición romanista adopta, para la sociedad paterno filial constituida matrimonialmente, la presunción “pater is quem nuptiae demostrant” (padre es quien las nupcias demuestran), es por ello que dentro del matrimonio y 300 días después del fallecimiento del marido, se reputa hijo de éste a quien la cónyuge dé a luz. Este principio, queda de lado cuando se produce una implantación libérrima de las TRA en los sistemas jurídicos. Está contenido en el Ante-proyecto de Ley que viene desarrollando el

¹⁶¹ EDWARDS, J. N., “New Conceptions: Biosocial Innovations and the Family”, en “Journal of Marriage and the Family”, 1991, mayo, 53, 2, pp.349-360, en CICCONE, Lino. *Bioética. Historia. Principios. Cuestiones*, 2º ed., Colección Pelicano, Ediciones Palabra, Madrid, 2006, p.144.

¹⁶² Cfr. Ibid, p. 144-145.

¹⁶³ CARDENAS, Op. Cit., pp. III y XI-XV.

Grupo de Trabajo constituido por el Ministro de Justicia, con miras a proponer modificaciones al Código Civil, como resultado de un proyecto de nueva legislación sobre las TRA. Y, en la sociedad paterno-materno filial extramatrimonial, la relación es sin presunciones, por mediar el reconocimiento voluntario o por declaración judicial que establezca la filiación. Estas modalidades, también estarían proscritas en nuestro sistema jurídico, debido a las novedades normativas de aquel proyecto de ley que intenta regular las TRA en el Perú. Porque intenta legislar una ficción: que el padre y/o la madre, donantes de las células masculina y femenina, respectivamente, se les negará la filiación y el parentesco con el ser procreado con sus células y portador de un ADN que objetivamente los relaciona. Hasta la fecha, el Tribunal Constitucional ha desarrollado una jurisprudencia, en sentido pacífico, orientada a consagrar el derecho a la identidad como el derecho de conocer a sus padres, de llevar sus apellidos y de gozar de los derechos de un hijo respecto a sus padres. Como intérprete de la Constitución, el Tribunal Constitucional relaciona la filiación como parte del derecho a la identidad. Lo que será radicalmente afectado de imponerse las nuevas regulaciones de TRA. Pero, en contraste la jurisprudencia casatoria de la Corte Suprema va en tendencia contraria.

32 Análisis de la normatividad relacionada a las técnicas de reproducción artificial en el Perú

La cultura jurídica peruana está fuertemente influenciada por el positivismo jurídico, la ley dada por la autoridad se concibe como si fuese el mismo Derecho. En tanto que, la decisión de los magistrados no forman precedentes de carácter obligatorio, lo que contribuye a sostener la fuerza y vitalidad de la ley como fuente de todo derecho, con excepción de los cambios ideológicos que a veces causa el TC.

3.2.1 El artículo 7° de la Ley General de Salud

En el Perú, con la aprobación del artículo 7 de la LGS, se legalizó la posibilidad de que toda persona pueda recurrir al tratamiento de su infertilidad, mediante las TRA. El texto legal es el siguiente:

“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. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere el 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.”¹⁶⁴

Aunque aparentemente se trataría de una norma restrictiva por: (i) Exigir la coincidencia en la misma persona de las condiciones de madre genética y madre gestante; (ii) Requerir el consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos; (iii) Prohibir la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, y (iv) Prohibir la clonación de seres humanos. Sin embargo es una norma que no precisa muchos otros aspectos que las TRA implican, tales como ignorar el estatuto ontológico del concebido, y soslayar el estatuto jurídico que corresponde reconocérsele.¹⁶⁵ Además no establece límites para determinar si las personas infértiles que recurran a las TRA, sean casados y conformen una familia estable para recibir al concebido de acuerdo a lo que exige su dignidad.¹⁶⁶ Asimismo no impone límites al número de embriones producidos e implantados, no prevé el destino de los embriones no implantados.¹⁶⁷ Elude regular la donación de espermatozoides y los bancos de espermatozoides, haciendo referencia solo a los padres biológicos.¹⁶⁸

¹⁶⁴ LEY N° 26842, LGS.

¹⁶⁵ Cfr. LACADENA CALERO, Juan-Ramón. *Genética y Bioética*, 2 ed., Madrid, Universidad Pontificia de Comillas, Editorial Desclée De Brouwer S.A., 2003, pp. 51-64.

¹⁶⁶ Cfr. ELBABA, “Reproducción...”, pp. 155-156.

¹⁶⁷ El problema del importante número de embriones sobrantes, como el de los embriones inviábiles y los embriones cadáver tal como lo distingue la críoconservación, los problemas éticos relativos a ésta, las cifras muy elevadas de embriones congelados, la paradoja de usar o destruir embriones: Cfr. AGULLES SIMÓ, Pau; GUILLÉN PASCUAL, Manuel. *Ética de la investigación biomédica. Trasplantes, vacunas y embriones*, Valencia, Edicep, 2011, pp. 109-119.

¹⁶⁸ Cfr. SAMBRIZZI, Op. Cit., pp. 233-235.

La extensa vigencia de esta norma y su imprecisión, ha generado que se brinden servicios de TRA, por distintas instituciones privadas y públicas, sin restricción ni límites de ninguna índole, bajo la falsa proposición que asegura que es lícito hacer todo aquello que la norma legal no prohíbe expresamente. Actitud que produce atentados contra la vida y la salud de los concebidos, que contraviene el sistema jurídico imperante.

En los hechos, las pocas restricciones reguladores de esta norma han sido incumplidas por los magistrados del Poder Judicial al resolver los conflictos de intereses patrimoniales que en torno a las TRA se han resuelto mediante sentencias, son incumplidas las normas por las clínicas y centros de fertilización en los servicios que publicitan y ofrecen, y prácticamente ya se ha constituido todo un mercado de consumidores que libérrimamente demandan servicios de TRA con absoluta impunidad por la inobservancia legal en la que incurren. Por lo que urge la derogación de este artículo 7 de la Ley General de Salud, y su pronta sustitución normativa mediante una ley específica en materia de TRA, que derogue esa norma inserta en la Ley General de Salud.

3.2.2 Los proyectos de ley sobre técnicas de reproducción artificial

Cumplidos ya algo más de tres lustros de vigencia de la norma sobre las TRA, contenida en el del artículo 7° de la LGS, hay diversas iniciativas legislativas para sustituirla con propuestas de mayor permisividad a favor de las TRA. Pérez da cuenta en su tesis de tres Proyectos de Ley propuestos en el Congreso de la República durante los años 2012 y 2013: el N° 1722, el N° 2003 y el N° 2013.¹⁶⁹ De otro lado, desde el Poder Ejecutivo han surgido otras iniciativas, de las que damos cuenta de algunas a continuación.

¹⁶⁹ Cfr. PÉREZ, Op. Cit., pp. 56-60.

El Proyecto de Ley N° 3839/2014-IC¹⁷⁰, si bien responde a una iniciativa ciudadana para despenalizar el aborto, lo relacionamos con esta investigación por cuanto los supuestos de aborto que incluye no sólo es el del ya manido tema de la violación sexual, sino que además incluye los casos de embarazo por inseminación artificial y por transferencia de óvulos no consentida. Este proyecto fue impulsado desde el año 2012 por la “Articulación Feminista”, una concertación de cinco ONGs feministas comprometidas radicalmente con la ideología de género.¹⁷¹ El contenido del proyecto es fraudulento, porque aparentemente destinado a modificar el tipo penal del aborto por violación sexual previsto en el artículo 120 del Código Penal, lo que hace es modificar también el artículo 119 de ese código que regula el aborto terapéutico, para sustituirlo por un tipo penal abierto que permita la impunidad generalizada del aborto.

Estas y otras iniciativas legales, ponen en riesgo la debida protección jurídica del concebido, la preservación de la legítima identidad de los embriones fecundados, y su destino final al ser despectivamente calificados como “embriones sobrantes”.¹⁷²

¹⁷⁰ En el Poder Legislativo un proyecto de ley debe ser dictaminado, al menos por una Comisión, y máximo por dos. Este proyecto de ley fue para dictamen a la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, y también a la Comisión de Constitución y Reglamento. Ambas Comisiones desaprobaron el proyecto de ley y dictaminaron su archivamiento, que es definitivo sólo para el Congreso del 2011-2016; por lo que puede volver a ser presentado en el actual Congreso o en el futuro. *PROYECTO DE LEY N° 3839/2014-IC* [Ubicado el 2.V.2015]. Obtenido en: <http://www.congreso.gob.pe/proyectosdeley>.

¹⁷¹ Esas ONGs son: Movimiento Manuela Ramos, DEMUS-Estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer, PROMSEX, Centro de la Mujer Peruana Flora Tristán, Católicas por el Derecho a Decidir y CLADEM Perú. Recolectaron 64,261 firmas para ser admitido a trámite en el Congreso de la República el 26 de setiembre de 2014. Ha sido archivado por la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, pasó para la siguiente Legislatura 2015-2016 con un proyecto de Dictamen favorable, fue promovido públicamente por la Primera Dama de la Nación y se archivó nuevamente.

¹⁷² Estas intenciones se observan al examinar la Resolución Ministerial de Salud que dispone la pre-publicación de un proyecto de reglamento de la Ley N° 29414 que Establece los Derechos de las Personas Usuarias de los Servicios de Salud. La intención es aprobar por la vía del reglamento de una Ley, un derecho del usuario de los servicios de salud para “elegir libremente el método anticonceptivo de su preferencia, y a recibir, previo a su prescripción o aplicación, información adecuada sobre los métodos disponibles, sus riesgos, contraindicaciones, precauciones, advertencias y efectos físicos, fisiológicos o psicológicos que su uso o aplicación puede ocasionar.” Y “recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como al uso de técnicas de reproducción asistida, cuando la condición de madre genética y gestante recaiga sobre la misma persona.” *Resolución Ministerial N° 005-2015/MINSA*, del 5 de enero de 2015, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 7 de enero de 2015, dispone la pre-publicación de un proyectado reglamento de la Ley N° 29414, que Establece los Derechos de las Personas Usuarias de los

Ante la voluntad de parte de algunos miembros del Poder Legislativo y del poder Ejecutivo de modificar y ampliar las norma vigentes sobre las TRA, es conveniente establecer los criterios bioéticos y biojurídicos que las regulen, dejando en claro que personalmente no nos inclinamos a favor de que su legalización continúen en la sociedad peruana, aunque sí creemos que debe emitirse una norma que –además de no seguir tolerando la legalidad de las TRA– resuelva el embalse problemático de vida humana crioconservada, cuyas dimensiones son desconocidas tras casi 20 años de vigencia de la permisiva norma contenida en la LGS. Además, las TRA no sólo producen un atentado contra la realidad de vidas humanas en estado embrionario, así como contra la naturaleza de la sexualidad humana y contra la familia, están produciendo en el Perú la abierta violación jurídica a la protección del embrión considerado como persona humana en etapa de la niñez como lo caracteriza el CNA.¹⁷³ Por lo que nuestro propósito es proponer una regulación inspirada en la ética que respete lo más ampliamente posible los valores y principios que las TRA afectan. Al respecto Lafferriere pone en evidencia cómo la expansión de estas tecnologías sobre la vida de las personas está relativizando el valor de la persona, de la vida y la salud:

“Las biotecnologías han expandido las capacidades de actuación médica sobre la vida de la persona desde su concepción hasta su muerte y, al mismo tiempo, un contexto cultural relativista ha puesto en duda las raíces mismas de la reflexión ética y jurídica sobre los bienes humanos de la persona, la vida y la salud”¹⁷⁴.

No todo lo que es técnico o científicamente posible, es conveniente o es éticamente realizable. Juzgar el desarrollo científico implica analizar las consecuencias, para el hombre y la sociedad, que las experimentaciones acarrear:

Servicios de Salud, [Ubicado el 02.V 2015]. Obtenida la R. M. publicada en El Peruano en ftp://ftp2.minsa.gob.pe/normaslegales/2015/RM005-2015-MINSA_EP.pdf y la autógrafa de la misma R. M. y el proyecto de Decreto Supremo pre-publicado en ftp://ftp2.minsa.gob.pe/normaslegales/2015/RM005-2015-MINSA_b.pdf.

173 Artículo I del Título Preliminar: “... 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 (...).” CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES.

¹⁷⁴ LAFERRIERE, Op. Cit, p. 17.

“El desarrollo de la ciencia y de la técnica contemporáneas ofrece posibilidades inéditas de intervención sobre la vida que nos plantean interrogantes éticos sin precedentes.”(...) Por eso, se hace necesario la investigación y reflexión filosóficas en bioética, para que los descubrimientos y avances de la técnica en el campo de la vida ayuden a la mejora del hombre y de la humanidad”¹⁷⁵

No es equilibrado ni justo que bajo la premisa de progreso y ciencia, se genere un problema mayor, que repercuta en la sociedad en su conjunto. La ciencia y la tecnología deben estar al servicio del hombre y de la sociedad, para colaborar con él y solucionar problemas, no para generarlos.

El Poder Ejecutivo, a través del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, en el año 2013 constituyó un Grupo de Trabajo integrado por funcionarios del Estado, y por abogados y médicos particulares vinculados a clínicas privadas de fecundación artificial, con el propósito de elaborar proyectos de ley para regular la investigación biomédica y las técnicas de reproducción humana asistida, crear un Consejo Nacional de Bioética y regular la investigación biomédica en seres humanos.¹⁷⁶ La autoridad del estado, según los fundamentos de la resolución que crea al referido Grupo de Trabajo admite públicamente que hay permisividad y tolerancia frente al incumplimiento de las prohibiciones y prácticas no autorizadas por el artículo 7° de la LGS, como son la investigación biomédica y la aplicación de TRA. Lo que, al decir de Cárdenas, “(...) *si hubiera algún tipo de control por parte del Estado, más este no existe y las clínicas e institutos de fertilidad siguen funcionando en la más absoluta tranquilidad o, quien sabe, impunidad.*”¹⁷⁷ Este

¹⁷⁵ ZURRIARÁIN, Op. Cit., p.17.

¹⁷⁶ Se constituyó el Grupo de Trabajo mediante la *RESOLUCIÓN MINISTERIAL N° 0271-2013-JUS* [Ubicada el 03.V.2015]. Obtenida en <http://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2013/12/RM-271-2013-JUS.pdf>.- Y, mediante otra resolución posterior se ampliaron sus funciones para elaborar hasta tres proyectos de ley sobre materias bioéticas. *RESOLUCIÓN MINISTERIAL N° 0195-2014-JUS* amplió el objeto de estudio del Grupo de Trabajo para que elabore tres proyectos normativos que regulen: (1) Las técnicas de reproducción humana asistida; (2) La constitución de la Comisión Nacional de Bioética, y (3) La investigación biomédica en seres humanos [Ubicada el 03.V.2015]. Obtenida en <http://pisaq.minjus.gob.pe:8080/Normatividad/>. Posteriormente, precisó el objeto de la labor del Grupo mediante la *RESOLUCIÓN MINISTERIAL N° 0255-2014-JUS*, del 28 de noviembre de 2014, para que se dedique a elaborar un proyecto de ley que regule las técnicas de reproducción humana asistida, y además elabore esquemas preliminares sobre otros dos proyectos de ley, la constitución de la Comisión Nacional de Bioética, y la investigación biomédica en seres humanos. [Ubicada el 31.V.2015] Obtenida en <http://pisaq.minjus.gob.pe:8080/Normatividad/buscarNorma>,

¹⁷⁷ CARDENAS, Op. Cit., p. XIII.

Grupo de Trabajo ya concluyó sus funciones en el segundo trimestre del 2015, su proyecto de ley no ha sido publicado, por lo su texto lo insertamos como Anexo 2.¹⁷⁸

Cabe destacar algunos de los conceptos contenidos en este proyecto porque fue preparado por el Poder Ejecutivo, recabando el interesado aporte de médicos y biólogos, abogados y representantes de las clínicas que ya se dedican en el Perú a la aplicación de los procedimientos de las TRA, bajo el vigente artículo 7° de la LGS.

En primer lugar, el proyecto del Ejecutivo deroga el referido artículo 7° de la LGS, y en su sustitución pretende imponer una novedosa regulación sobre la fecundación asistida. Introduce la gestación subrogada, la donación de gametos y embriones por terceros, y niega el vínculo filial de los donantes con el concebido. Admite la legalidad de la crio-conservación, y regula arbitrariamente la filiación. Modifica el CC para transformar el parentesco, derogar la presunción de hijo del marido al nacido de mujer casada, así como la impugnación de la maternidad. En el CP incorpora nuevos tipos penales en torno a la aplicación no consentida de las TRA y sobre el tráfico de embriones. Crea un Registro Nacional de Donantes de Gametos y Embriones y Gestantes Subrogadas a cargo del actual Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC), y en el Ministerio de Salud crea una Comisión Nacional de Reproducción Humana Medicamente Asistida con amplios poderes de asesoría al máximo nivel del Estado y con capacidad decisión respecto a los casos de fecundación artificial.

Nuestra apreciación sobre esta iniciativa, en preparación por el Poder Ejecutivo, es la incongruencia entre los principios que consigna su Artículo III del Título Preliminar, con el contenido de los que desarrollan la reproducción artificial de la vida humana. La finalidad del proyecto de ley (contenida en el Numeral 1 del Artículo II del Título Preliminar) es imposible porque las técnicas

¹⁷⁸ El proyecto de ley evacuado se denomina “LEY QUE REGULA LOS ASPECTOS GENERALES Y LAS CONDICIONES DE LA REPRODUCCIÓN HUMANA MÉDICAMENTE ASISTIDA”.

de “reproducción humana médicamente asistida” (procedimientos, los denomina el proyecto), no son acto médicos para curar la infertilidad. Prioriza (en el mismo numeral del referido artículo) la salvaguarda de los derechos sexuales y reproductivos (de adultos) y no menciona el derecho a la vida que le asiste al concebido, que para el sistema jurídico peruano es persona, y cuyos derechos se deben preservar en calidad de tutela. Aunque, en el Numeral 3 del mismo Artículo II se consigna que se garantiza el respeto a la vida y la dignidad humana de los no nacidos, pero incongruente y contradictoriamente se admiten graves distorsiones que dejan sin vigor tal enunciado, como cuando se autoriza la multiplicidad de embriones (Num. 5 del Artículo IV), la selección de embriones (la eugenesia, en el Num. 15 del mismo artículo), la cosificación de los embriones porque admite que se decida sobre su “destino” (Num. 3 del Artículo 2) y que son objeto de donación (Artículo 14) con intermediación de los establecimientos de salud (Artículo 16) lo que es grave, pues, se presta a la comercialización y el tráfico; se permite la crioconservación de embriones (en los artículos contenidos en el Capítulo IV del Título I), en el cual se regula la titularidad de los embriones silenciándose la naturaleza de tal título jurídico, pero, en concordancia con los demás artículos del proyecto, puede deducirse que el título es de posesión y de propiedad sobre los embriones, es decir, la cosificación. El proyecto implica una revolución en el ordenamiento jurídico nacional, pues, además trastoca los fundamentos de la filiación y el parentesco.

33 Los criterios bioéticos y biojurídicos para una posible regulación de técnicas de reproducción artificial

En este apartado nos abocaremos a la tarea de corresponder los principios y discernimientos de la bioética y la biojurídica, para hacer una concordancia que nos permita formular un proyecto de ley para incorporarlos al sistema jurídico peruano, con unidad doctrinal, de fundamentación y de aplicación concreta.

3.3.1 Criterios bioéticos para otorgar base científica al ordenamiento jurídico

A continuación, nos proponemos establecer los criterios bioéticos respecto de la vida del embrión humano y de su dignidad, a fin de protegerlo y velar por su respeto. Los criterios bioéticos que hemos identificado, son:

A) El valor absoluto de la vida humana y su inviolabilidad

Para Ciccone tener valor absoluto significa poseer una cualidad inherente que no admite excepción alguna para dejar de respetarla, “El carácter absoluto significa que no está ligado a ninguna condición de edad, grado o desarrollo y a ninguna cualidad de eficiencia, integridad, vigor”.¹⁷⁹ Para comprender este criterio es fundamental primero establecer quién es el hombre, cuándo empieza la vida humana, y porqué su vida es inviolable.

Ser hombre y ser persona son conceptos que se implican “El hombre es más que el propio cuerpo, es más que la vida biológica de un organismo. El hombre es persona, dotada de un alma espiritual”.¹⁸⁰ Y es que para discernir sobre el estatuto de la persona hay que recurrir a la filosofía, este estatus no es constatable mediante el método de las ciencias empíricas.¹⁸¹

Según Santo Tomás el concepto de persona expresa, “lo que hay de más perfecto en el mundo, esto es un ser subsistente en la naturaleza racional”.¹⁸² Lucas explica con claridad la naturaleza racional del hombre.¹⁸³ El concepto de

¹⁷⁹ CICCONE, Op. Cit., p.53.

¹⁸⁰ MELINA, Livio. “Estatuto ético del Embrión humano”, en *El Inicio de la vida. Identidad y estatuto del embrión humano*, dirigida por MÓNICA LÓPEZ BARAHONA y RAMÓN LUCAS LUCAS, 2º ed., Madrid, BAC, 1999, p.101.

¹⁸¹ Cfr. Ibid, pp. 101-102.

¹⁸² Summ. Theol. I, q.29, a.3. en LUCAS LUCAS, Ramón. “¿Cuándo se inicia la persona humana? Individualidad biológica y existencia personal, en *El Inicio de la vida. Identidad y estatuto del embrión humano*, dirigida por MÓNICA LÓPEZ BARAHONA y RAMÓN LUCAS LUCAS, 2º ed., Madrid, BAC, 1999, p. 84.

¹⁸³ "La naturaleza racional hay que entenderla como ratio, no indica solo la inteligencia y la capacidad de hacer razonamientos, sino todas las capacidades superiores del hombre (inteligencia, amor, sentimientos, moralidad, religiosidad.) Además, no indica el ejercicio efectivo de éstas sino la actitud, la capacidad constitutiva de abrirse a la totalidad del ser. No se requiere, por tanto, que

persona está profundamente ligado al de dignidad y valor, por lo tanto la persona merece respeto: “La razón fundadora *del valor y de la dignidad* está en el hecho de que la persona humana goza de una *interioridad* que la constituye como sujeto¹⁸⁴ y la abre a lo Absoluto, y, por tanto, es *fin en sí misma*; esto hace que ella posea una *inviolabilidad* y unos *derechos-deberes fundamentales*”¹⁸⁵, coincidiendo Lucas con Guardini a quien cita: “La vida del hombre permanece inviolable porque él es una persona”.¹⁸⁶

Respecto del inicio de la vida humana de acuerdo a los estudios en biología se ha establecido que luego de la fusión del óvulo con el espermatozoide “se da origen a una nueva estructura celular el huevo o cigoto, célula única capaz de contener toda la información proveniente del pro-núcleo femenino y el pro-núcleo masculino, es decir, la estructura del núcleo celular de los gametos que contiene la herencia genética que aportan los padres.”¹⁸⁷ Es importante destacar la especificidad, “no es posible fecundar un óvulo de la mujer por el espermatozoide de ninguna otra especie”.¹⁸⁸ Una vez conformado el huevo o cigoto se constituye un nuevo código genético contenido en los cromosomas, es decir un nuevo genoma humano, que reúne toda la información genética, todas las características innatas de la nueva persona, sexo, características físicas, aptitudes intelectuales, deportivas y otras.¹⁸⁹ Serra afirma que el genoma “confiere al cigoto una identidad específicamente humana y una identidad individual que lo distingue de todos los demás cigotos humanos”¹⁹⁰, es la persona una e irreplicable, configurada desde sus inicios cuando aún no ha adquirido las expresiones en acto de sus formas constitutivas como ser humano que es. Para Tomás y Garrido “La continuidad corporal -identidad biológica- es signo de la continuidad de la persona -identidad

la racionalidad esté presente como operación en acto, sino que es suficiente que esté presente como capacidad esencial.”: LUCAS, “¿Cuándo se inicia...”, p. 91.

184 “La persona es un sujeto, alguien que pertenece a sí mismo, que existe en sí y por sí y no en relación o con dependencia de otro. Ser sujeto personal quiere decir tener valor propio”: LUCAS, “*Explicame...*”, p. 23

185 LUCAS, “¿Cuándo se inicia...”, pp. 84-85.

186 GUARDINI, R, I diritti del nascituro en LUCAS, *Ibid.*, p. 84.

187 VALENZUELA, “El comienzo...”, p. 76

188 *Ibid.*, p.76

189 *Cfr. Ibid.*, P.76

190 SERRA, *Op. Cit.*, pp. 25-26

personal-”.¹⁹¹ Este dato aportado por la ciencia, pone en evidencia que el cigoto y la persona que meses después serán alumbrados, es el mismo ser. El embrión es el “nuevo individuo que se forma a causa de la concepción”¹⁹² y su vida comienza con la fecundación.

Por lo que, gracias a los aportes de la biología, la embriología y la genética, se examinan los supuestos embriológicos y se determina, multidisciplinariamente, que el instante de la fecundación es el inicio de la vida humana¹⁹³. La evidencia de esta verdad y su aceptación, conlleva sin lugar a dudas, a una actitud ética, que ha de ser de respeto y valoración, pues estamos ante la vida de un ser humano. Este es el argumento sólido sobre el por qué la vida es un bien absoluto e inviolable: “El valor intrínseco de la vida humana desde su inicio implica su propia inviolabilidad. El respeto debido a la persona exige la prohibición de toda intervención que suprima la vida o hiera su integridad física o psíquica”.¹⁹⁴

Sin embargo no dejan de haber otras razones, Sánchez Barragán al hablar sobre el valor de la vida afirma que: “El derecho fundamental de la persona humana, es la vida, la necesidad de protegerla surge de la inclinación natural humana de conservar el ser y evitar todo aquello que la obstaculice.”¹⁹⁵ La vida es el bien máximo del hombre “es decir, que es éticamente inadmisibles cualquier acto que disponga directamente de una vida humana, tanto propia como de los demás.”¹⁹⁶ No se pueden declamar los derechos de la persona humana si primero no se respeta la vida, con coherencia y debidamente. El respeto de la vida desde la concepción es el fundamento del respeto de los demás derechos humanos. Esta verdad tan obvia, sin embargo, queda oscurecida por las diferentes teorías que pretenden afirmar que la vida no empieza con la concepción sino en algún otro momento, teorías que hemos explicado claramente en el marco teórico y

¹⁹¹ TOMÁS Y GARRIDO, Op. Cit., p.37

¹⁹² LUCAS, “Explícame ...”, p. 124

¹⁹³ Cfr. CATURELLI, Op. Cit., pp. 41-49.

¹⁹⁴ MELINA, Op. Cit., p. 109.

¹⁹⁵ Cfr. SÁNCHEZ BARRAGÁN, Op. Cit. p.48.

¹⁹⁶ CICCONE, Op. Cit., p.51.

conceptual, y que justifican la manipulación o la eliminación de vidas humanas, violando este principio.

B) La existencia de certeza entre vida, verdad y libertad

Un segundo criterio bioético a tener en cuenta, ante una posible dación de ley de TRA es la existencia de certeza entre vida, verdad y libertad. Así tenemos que toda elección para que sea libre implica el conocimiento verdadero de lo que se elige, por eso en el tema de la vida de la persona humana es imprescindible conocer la verdad sobre la vida, qué es, cuándo empieza la vida de la persona humana, quién es la persona, quién es el embrión, para que un acto, que tiene que ver con la vida o la salud de la persona humana en cualquier estadio de su desarrollo, sea un acto libre. Sin verdad no hay libertad y la libertad implica responsabilidad, al respecto Ciccone sostiene que “Este binomio hay que defenderlo de cualquier escisión, so pena de una corrupción de la libertad en arbitrio y libertinaje”.¹⁹⁷

En el mismo sentido, Lucas, refiere que:

“la vida, la verdad y la libertad son bienes inseparables, eslabones de una misma cadena: cuando se rompe uno, también se acaba violando el otro. (...) Separar la libertad de la verdad objetiva hace imposible la fundamentación de los derechos de la persona sobre una sólida base racional y establece las premisas de comportamientos arbitrarios y totalitarios, tanto de los individuos como de las instituciones.”¹⁹⁸

Así pues, podemos comprobar esta arbitrariedad cuando se afirma que la vida no empieza en la concepción sino en la anidación, y se permite mediante las TRA, la manipulación de los embriones de menos de 14 días de concebido, o cuando se les dice a las gestantes que ese embrión de menos de 14 días, es un cúmulo de células y que eliminarlo no es un aborto, se comprueba que no hubo verdad en la información, y consentimiento no hubo en la elección que se adoptó. En este mismo razonamiento, se encontrarían, las campañas públicas a favor del aborto, que apelan al “derecho a decidir”, como si el hijo fuera parte del cuerpo de

¹⁹⁷ Ibid, p.51.

¹⁹⁸ LUCAS, “Explícame...”, pp. 31-32.

la mujer, tampoco sería una elección libre porque carece de verdad, dado que el concebido es un ser individual diferente de la madre, sujeto de derechos propios. Toda política pública que atente contra la vida del concebido, negando su condición de ser humano o persona, se convierte en totalitaria, pues se basa en la negación de una verdad.

C) El embrión humano es un individuo de la especie humana

El embrión es un ser humano personal real, no es un ser humano en potencia¹⁹⁹, al respecto Sgreccia resume de manera clara dos de las características que definen al embrión, la especie a la que pertenece y su carácter individual

“Desde un punto de vista científico, el embrión es hombre, porque el óvulo fertilizado contiene un nuevo programa de vida, trazado e inscrito de manera estable en el cigoto. (...) El estudio biológico nos demuestra que el embrión no es un mero racimo de células, sino un individuo de la especie humana, identificado por su patrimonio genético, que contiene un proyecto de vida único e irrepetible”.²⁰⁰

El momento inicial de la vida se verifica con la formación del cigoto, que posee dos características: la unicidad y la unidad. Por ser único e irrepetible y un solo ser. Porque posee identidad genética, y porque el cigoto distingue lo propio de lo que le es extraño, lo que indica individualización genética y ética. Para la perspectiva embriológica, nacerá cuando se finalice el desarrollo embrionario. Desde la consideración ontológica, el cigoto tiene suficiencia constitucional, es un ser.²⁰¹

La identidad y unidad en el ser no cambian con las etapas del desarrollo humano, el ser humano es un *continuum*. El cigoto, el embrión, el recién nacido y el adulto son el mismo individuo humano, el mismo hombre, la misma persona,

199 Cfr. LUCAS, “¿Cuándo se inicia...?”, p.90.

200 SGRECCIA, Op. Cit., p.600

201 “Con la fecundación se concibe un individuo, un cuerpo humano en su estado inicial. El cigoto es el individuo humano en estado inicial: un verdadero cuerpo humano de un célula que tiene establecidos los ejes corporales”: ZURRIARÁIN, Op. Cit., p.69.

pues el embrión humano pasa por un proceso de desarrollo que como todo proceso biológico tienen una continuidad, que hace difícil determinar categóricamente cuál es el antes y cuál el después. Es un conjunto de fases en el que hay continuidad, y a la vez van surgiendo propiedades cualitativas que permiten distinguir un momento anterior de otro posterior. Pero los cambios en el proceso biológico no añaden nada a la sustancia del ser, no deben confundirse los accidentes con la sustancia. “El desarrollo de este organismo individual remite a la cuestión filosófica del cambio en los seres corpóreos, esto es, la permanencia de la identidad y unidad de un ser individual organizado a través de los continuos cambios que se dan en él.”²⁰² El embrión es consecuentemente un ser individual, perteneciente a la especie humana, que se inició con la concepción (unión del óvulo y espermatozoide) y culmina con la muerte.

D) El estatuto ontológico del embrión

Como hemos demostrado la biología pone en evidencia que el embrión es un individuo de la especie humana, a la Antropología y la Metafísica les corresponden definir si el embrión es persona humana, es decir, mostrar su estatuto ontológico, campo donde también surge una gran confrontación de ideas. Por un lado, quienes postulan que todo individuo de la especie humana es persona y que éste individuo se origina desde la concepción y, por otro lado, los que afirman que se empieza a ser persona en otro momento del desarrollo embrionario o a partir de la aparición de ciertas funciones que humanizan.

En base a estas dos corrientes de pensamiento, podemos afirmar, que todo individuo de la especie humana es persona, porque surge de la naturaleza y origen del ser humano, como lo afirma Pessina, citado por Sgreccia, “ser humano es aquel que nace de otros seres humanos [...] hombre es, de cualquier forma y siempre, aquel que nace de otros hombres”.²⁰³ En el mismo sentido Sgreccia complementa este pensamiento sobre quien es persona humana, haciendo alusión

²⁰² Ibid, p.77.

²⁰³ PESSINA, Op. Cit., p. 146.

a la procreación humana directa y a las TRA, a las que se refiere indirectamente al hablar de patrimonio genético, para que no quepa duda que los embriones producidos a través del laboratorio también son personas “Hay que considerar persona humana al ser engendrado por otras personas humanas, directamente o gracias a su patrimonio genético.”²⁰⁴ Por lo que siguiendo a Spaemann podemos afirmar que “Si "alguien" existe, ha existido desde que existe este organismo humano individual, y existirá hasta que este organismo viva. El ser de la persona es la vida de un hombre”.²⁰⁵

En base a lo manifestado, consideramos que es importante dejar claro el tema ontológico sobre el embrión, razón por la que recurrimos a la opinión y argumentación de otros autores como Palazzani extensamente citada por Ciccone:

“Palazzani escribe: El ser humano “es” persona en virtud de su naturaleza racional, no se convierte en persona debido al efectivo ejercicio de determinadas funciones (...) ser persona pertenece al orden ontológico: la posesión de un estatuto sustancial personal no se puede adquirir ni disminuir gradualmente, sino que es una condición radical. (...) La consecuencia es que el cigoto, el embrión, el feto (lo mismo que el recién nacido o el menor) son “ya” personas. (...). Es evidente que existe un desfase entre ontología y fenomenología (...): el embrión o el moribundo no se manifiestan en su dimensión, en su forma, en su conciencia, igual al hombre adulto: pero la manifestación incompleta no modifica su estatuto ontológico”.²⁰⁶

El reconocimiento del embrión humano como persona “es afirmar una verdad cargada de exigencias (...) es fuente de eticidad y por ello, de obligatoriedad y de responsabilidad para la libertad”²⁰⁷. Este criterio es fundamental defenderlo en la medida que con la teoría del pre-embrión se

204 SGRECCIA, Op. Cit., p. 146.

205 SPAEMANN, Op. Cit., p. 132.

206 PALAZZANI, Laura. “I significati del concetto filosofico di persona e implicazioni nel dibattito bioetico e biogiuridico attuale sullo statuto dell’embrione umano” in Pontificia Academia pro Vita (o.c.), p.73 ss. en CICCONE, Op. Cit., p. 84.

207 COZZOLI, M. “L’embrione umano: aspetti etico-normativi”, en Pontificia Academia pro Vita, Identità e statuto dell’embrione umano, Librería Editrice Vaticana, Città del Vaticano 1998, pp. 237-273, en CICCONE, Op.Cit., p.85.

pretende negar al embrión de menos de 14 días su calidad de persona, permitiéndose su manipulación o destrucción.

Estamos como dice Tomás y Garrido ante alguien²⁰⁸ y dado que se trata como afirma Ciccone “de una persona que está todavía privada de la capacidad de ejercitar la inteligencia y la voluntad, de realizar elecciones conscientes y libres, el embrión no puede tener ninguna obligación como sujeto. (...) el embrión solo tiene derechos, no deberes. Son los demás los que tienen deberes hacia el embrión, empezando por el respeto de sus derechos. (...) El primero de esos derechos es, como para todo ser humano, el derecho a la vida (...)”²⁰⁹ Y a partir de este derecho fundamental, surgen muchas consideraciones sobre los derechos del embrión, como por ejemplo el embrión como paciente.

Por lo que, apoyados en Sgreccia afirmamos que: “Desde el punto de vista filosófico, el embrión es persona porque su principio vital es el mismo que el del hombre adulto. Este principio vital no es de naturaleza biológica, sino espiritual. Es un principio inmaterial, que en la tradición de occidente se ha llamado alma”²¹⁰

E) La dignidad del embrión humano

Siguiendo el desarrollo lógico de nuestra argumentación, quedan dos evidencias fundamentales sobre el embrión, por un lado su carácter de individuo de la especie humana, por lo tanto un ser humano, y por otro la naturaleza de su ser, su condición de persona. En virtud de ello el embrión humano tiene dignidad. Su dignidad es inherente y como afirmábamos en las bases conceptuales citando a Aparisi, la dignidad es base y fundamento de los derechos humanos.²¹¹ En este sentido, Lafferriere al hablar sobre la dignidad humana señala que esta “se funda

208 Cfr. TOMÁS Y GARRIDO, Op. Cit., p.45.

209 CICCONE, Op. Cit., p.85.

210 SGRECCIA, Op. Cit., p. 600.

211 Cfr. APARISI “El principio...” p.216

en que la persona vale en sí misma y no en tanto porque posee ciertas cualidades o sirve para ciertos fines”.²¹²

Lamentablemente esta verdad no es aceptada actualmente, surgiendo, otras perspectivas y definiciones equívocas sobre la dignidad de la persona humana, de las que resultan grandes distorsiones en torno a esta. Así ocurre en la perspectiva personista o dualista, que centra su visión separando los conceptos, ser humano y ser persona. El primer concepto reduce a simple individuo de la especie. El segundo concepto considera que la persona tiene vida autoconsciente, es libre, es autónoma y es racional. Por lo tanto, merece dignidad.²¹³ Desde esta errónea perspectiva, la dignidad queda reducida y distorsionada a ser un atributo. Así pues, Aparisi constata que la negación de la dignidad humana, se traduce inmediatamente en la sustracción de todo derecho que ampare o favorezca al ser humano, este es el caso de algunos representantes del enfoque personista o dualista como Parfit, Singer o Enherhardt, quienes niegan “derechos a los seres no racionales, o no autónomos, de la especie homo sapiens, como los embriones, fetos, niños pequeños, deficientes, personas en coma o descerebrados.”²¹⁴ Otra perspectiva es la utilitarista que centra su concepción de ‘dignidad humana’ en el principio de ‘calidad de vida’,²¹⁵ por lo que los seres humanos que sufren impedimentos físicos o mentales, que aún no tienen o han perdido facultades cerebrales, ya no son dignos y ya no merecen vivir, porque no son útiles, y procederá aplicarles el aborto eugenésico o la eutanasia. Sumado a estas perceptivas, existen otras posturas que reconocen en el embrión la existencia de un ser humano pero le niegan el carácter personal, posponiéndolo a fases posteriores de la fecundación.²¹⁶

212 LAFERRIERE, Op. Cit., p. 147.

213 Cfr. APARISI “El principio...”, p. 210.

214 Ibid, p. 210.

215 Ibid, p. 212.

216 Para ello distinguen tres momentos de ese desarrollo biológico del embrión, el primero sería desde la fecundación hasta la implantación, lo que abarca las dos primeras semanas, el segundo período sería hacia el día 18 en que se da la formación de la estructura inicial del sistema nervioso, y el tercero cuando se terminan de formar los órganos entre la 8ª a 10ª semanas. Estos consideran que cada estadio le da al embrión una cualificación moral diferente, por lo tanto de acuerdo a su grado de desarrollo surgirán las obligaciones morales y, por ende, también las jurídicas, considerando también la dignidad como un atributo gradual, según el grado de desarrollo.

En general estas teorías reconocen que es vida humana, pero no consideran razonable atribuirle carácter personal al embrión, ya que esto implicaría recubrirlo con derechos.

Hay una tendencia a negar con objetividad la existencia del embrión como persona y por tanto a negar su dignidad. Pareciera que “Para unos, el valor del embrión humano no está en el hecho de su hipotética dignidad intrínseca u ontológica”²¹⁷, sino en el deseo de los padres de tener un hijo que es lo que le da valor al hijo; para otros el valor sobrevendrá cuando ese hijo tenga autoconciencia, racionalidad o sentido moral. Otros, añaden a estas condiciones que tenga sentido del pasado y del futuro, o capacidad de relacionarse y respetar a los otros, tal como sostiene la teoría de las cualidades, referida al inicio de la vida humana en el Capítulo I.

A modo de conclusión afirmamos que la dignidad del ser humano es intrínseca por su naturaleza personal, no depende ni de las leyes sometidas a la aprobación de autoridad humana, ni del reconocimiento o valoración que otros le puedan conferir. El ser humano vale por sí mismo. El tema de la dignidad del ser humano no es un tema menor “Si se puede demostrar que la vida humana tiene un valor y una dignidad superior y exclusivos habremos encontrado el fundamento para exigir éticamente se tenga hacia ella un sumo respeto.”²¹⁸ Al respecto Hervada afirma: “la dignidad implica, o significa, una excelencia o eminencia en el ser humano, que no sólo lo hace superior a los otros seres, sino que lo sitúa en otro orden del ser, el hombre no es solo un animal de una especie superior, sino que pertenece a otro orden de ser, distinto y más alto por más eminente o excelente, en cuya virtud el hombre es persona”.²¹⁹

217 Ibid, p. 5.

218 BASSO, Op. Cit., p. 1.

219 HERVADA, J., “Los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana”, en *Humana Iura*, 1, 1991, págs. 361-362, en APARISI, “*El Principio...*”, p. 207.

F) Las TRA no solucionan la infertilidad

Otro de los criterios bioéticos a tener en cuenta es que las TRA no son actos médicos terapéuticos, no reparan el funcionamiento de los órganos de la reproducción humana. El infértil seguirá siéndolo, después de habersele aplicado las TRA, y las TRA se aplican indiferentemente a los fértiles también²²⁰. Tomás y Garrido nos dice al respecto: “Tampoco se pueden considerar métodos terapéuticos, puesto que lo que se pretende (...) no es curar, sino sustituir o asistir a un proceso generativo”.²²¹ Por otro lado Aparisi sostiene que la infecundidad se presenta siempre como una enfermedad, cuando la realidad no es esa,²²² existen muchas causas de la infertilidad tanto en mujeres como en varones, algunas conocidas y otras desconocidas.

Resulta necesario precisar que en los casos en que la infecundidad tenga un origen patológico conocido, “las técnicas de fecundación in vitro, nunca son un terapia. La técnica no pretende, en ningún caso, curar. (...) La mujer sometida a los procesos de fecundación in vitro que tenga una patología previa quedará, de ese modo tan enferma como estaba”.²²³ Según el criterio de Sánchez Abad, hay que considerar dos aspectos, primero que al utilizar las TRA “el problema que ocasiona la imposibilidad de la fecundación no se soluciona, sino que se evita; (...) y lo que sería la curación, implica la generación de un hijo, la puesta en escena de otra persona que hay, (...) que tener en consideración en todo el proceso”.²²⁴

En este mismo sentido Aparisi opina, y nos dice que puede darse una falta de interés de parte de los médicos, en dirigir los estudios para descubrir las causas

220 Cfr. POLITI BARRETO, Melina Brunella. Protección jurídica del concebido en el derecho peruano ante la regulación de las técnicas de reproducción asistida, Tesis para optar el título de abogada, Chiclayo, USAT, 2010, pp. 84-88.

221 TOMAS Y GARRIDO, Op. Cit., p.76.

222 Cfr. APARISI, “Implicaciones...”, p. 279.

223 APARISI, Op. Cit., p. 281

224 SÁNCHEZ ABAD, Op. Cit., p. 64.

reales del problema de infertilidad o ignorar las causas iatrogénicas o despreciar el factor preventivo.²²⁵

Cuando la medicina está al servicio de la persona y pone a su alcance los medios necesarios para ayudarle a resolver los problemas de vida y salud que le aquejan, como dice Elbaba “Ante una pareja estéril, el diagnóstico debe ser encarado desde una perspectiva interdisciplinaria: ginecólogos, andrólogos, endocrinólogos, psicólogos y bioeticistas, que le propongan a la pareja un iter diagnóstico y terapéutico”.²²⁶ Que la pareja reciba un información precisa y cierta y buscando siempre una solución ética.²²⁷ Los riesgos que implican las TRA para la vida y la salud de la mujer, a raíz de los procedimientos de alta complejidad que emplean,²²⁸ tampoco abonan en su favor, para considerarlas como tratamiento médico terapéutico, o como solución ética.

G) Inexistencia del pre-embrión

Es evidente y ha quedado demostrado a lo largo de este trabajo de investigación que en “los últimos cincuenta años, se ha pretendido debilitar el estatus ético del embrión humano de pocos días”²²⁹ y se ha conseguido introducir en la sociedad una imagen inauténtica sobre él, con fines utilitarios, y así

225 Cfr. APARISI, “Implicaciones...”, p. 281.

226 ELBABA, “Reproducción...”, p. 150.

227 Cfr. Ibid. 150.

228 En cuanto a la técnica en sí, llama la atención que ante esta supuesta enfermedad, se responda con la administración intensa de medicación, como es el caso de la estimulación hormonal, para inducir la ovulación aun en mujeres que no lo necesitan, solo con el fin de asegurar el rendimiento, procedimiento que se sabe expone a algunos riesgos a la mujer. En cuanto a los procedimientos empleados para la extracción de los óvulos tampoco son ajenos a riesgos, tal es el caso señalado por Klein que reporta dieciocho muertes de mujeres sometidas a TRA, cuyas muertes “parecen estar relacionadas a la punción del folículo, introduciendo la aguja a través de la pared abdominal.”, técnica empleada para extraer los óvulos. Las dos siguientes fases de las TRA, son la producción de los embriones en el laboratorio y una vez obtenidos se transfieren al útero a través de la vagina mediante un catéter, los riesgos en esta fase también existen, tal es el caso de una mayor incidencia de abortos espontáneos, mayor probabilidad de embarazos extrauterinos, de embarazos múltiples, de abortos provocados como es la mal llamada “reducción embrionaria”. En resumen una técnica que somete al cuerpo de la mujer a un grado muy alto de manipulación, que pone en riesgo la vida del concebido, que también expone a las mujeres a traumas psicológicos por dos razones, por un lado, cuando no logran tener un niño en brazos, y por otro afectando su dimensión psíquica pues escinde su dimensión biológica y psíquica, que en la reproducción natural están integradas armónicamente. Cfr. APARISI, “Implicaciones...”, pp. 282-285.

²²⁹ HERRANZ, Op. Cit., p. 5.

promover el uso general de los métodos anticonceptivos o la difusión masiva de las TRA. En el marco teórico de nuestra investigación hemos dado cuenta de las diversas teorías que se han desarrollado en torno al inicio de la vida, con la intención de establecer que hay seres humanos que carecen del estatuto ontológico de persona, o que este estatus lo adquieren en algún momento de su desarrollo evolutivo. Del mismo modo como se han difundido estas teorías, se ha pretendido también a través de ellas introducir cambios en el lenguaje como es el caso del término pre-embrión.

La embriología ha probado, sin dejar duda alguna, que el proceso de la vida humana tiene su instante inicial con el embrión, y que no es fiable la versión de la existencia del pre-embrión²³⁰. Aun así contando con esta evidencia científica sobre la concepción (unión de los gametos femenino y masculino) como el inicio de la vida humana, sin embargo ha surgido en los últimos tiempos el término pre-embrión, para referirse al embrión en sus primeros 14 días, como simple cúmulo de células, con la intención de negar al embrión humano el estatus biológico de individuo de la especie humana, el estatus ontológico de persona y consecuentemente el estatus jurídico.

El término pre-embrión fue introducido por intereses no científicos y es empleado por los operadores de las TRA como lo demuestra la información brindada por sus propias fuentes.²³¹ Este término fue introducido por la bióloga McLaren, miembro del Comité Warnock, para referirse al período de desarrollo que va desde el cigoto hasta el día 14, se fijó ese día de manera arbitraria, por querer significar que en el momento de la anidación, cuando el ser engendrado es viable, recién allí podría hablarse del inicio de la vida humana. Ella misma luego reconoció que lo hizo por presión ajena a la comunidad científica, a pesar de

230 Cfr. GONZÁLES Fernández, Rocío del Pilar. *Límites biojurídicos de la libertad de investigación respecto a la manipulación genética en la vida prenatal*, Tesis para optar el título de abogada, Chiclayo, USAT, 2013, p. 54-58.

231 “La transferencia de pre-embiones es un procedimiento ambulatorio que se realiza en la sala de transferencia embrionaria, sin necesidad de anestesia. Consiste en depositar los pre-embiones en el interior de la cavidad uterina” NASCENTIS ESPECIALISTAS EN FERTILIDAD, “La Fertilización In Vitro” [ubicado el 25.VII.2016]. Obtenido en http://www.nascentis.com/uploads/File/Fertilization_In_Vitro.pdf.

conocer que el desarrollo del embrión humano es continuo.²³² La finalidad por la que se ha inventado el término y sigue vigente, es negarle el “carácter individual y personal del embrión humano con el fin utilitarista de justificar su uso como material genético”.²³³

La inexistencia de un ente al que pueda denominarse pre-embrión está fehacientemente probada por la ciencia. Desde la conformación del cigoto estamos ante la presencia de un cuerpo humano en su estado inicial.²³⁴ El cigoto es un individuo humano cuyas características están ya definidas y según el estado de desarrollo en que se encuentre éstas serán percibidas, pero para efectos de su identidad, sea que esté en el día uno, dos o catorce de su desarrollo embrionario, nos encontramos ante el mismo individuo, el mismo sujeto. Si en el día 15 es reconocido como embrión humano, resulta ilógico afirmar que hasta el día 14 sea un pre-embrión. Tampoco hay evidencia científica que pueda probar que la anidación del embrión humano, le añade algo diferente a su naturaleza, al respecto Zurriarán nos dice: “no hay dato científico alguno que permita suponer el comienzo de la vida en la implantación, pues esta no añade nada a la programación del nuevo individuo, (...) Con todo, el error de fondo es de índole filosófica”.²³⁵

El ser personal del embrión no se debe a su menor o mayor desarrollo, sino a su estructura intrínseca, su ser personal no depende de sus cualidades accidentales, “proviene de su pertenencia biológica a la especie humana”,²³⁶ por ello podemos concluir que el término pre-embrión es una creación eufemística, pero que en la realidad así como no existen pre-humanos, ni pre-personas, tampoco existe el pre-embrión.

²³² Cfr., ZURRIARÁIN, Op.Cit., p. 176

²³³ Ibid, pp.176-177

²³⁴ Cfr., ZURRIARÁIN, Op. Cit., p. 69

²³⁵ Ibid, p.89

²³⁶ Ibid, p. 178

3.3.2 Criterios biojurídicos para sustentar el fundamento normativo

La bioética no sólo forma parte del lenguaje jurídico, sino que ya es reconocida y promovida internacionalmente por el derecho internacional público, como se constata del Preámbulo de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos aprobada por la UNESCO en el año 2005²³⁷. Para González Morán hay cuestiones bioéticas que en razón de su “eficacia y exigibilidad” deben constituirse en fórmulas jurídicas,²³⁸ porque el desarrollo científico y técnico aplicado a la vida humana genera indudable impacto ético y jurídico, como bien lo reconoce la referida Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos.²³⁹ Sin embargo, siendo distantes del positivismo jurídico, nos adherimos a la explicación de Lafferriere,²⁴⁰ quien agrega que es en la necesidad de la regulación jurídica en lo que “confluyen el Derecho y la Bioética”.²⁴¹ Precizando el autor que el bioderecho señala que “lo propio de la tarea jurídica será establecer qué es lo justo, lo debido al otro”.²⁴²

En este sentido, los criterios biojurídicos que debe contener o sustentar una norma que regule las cuestiones relativas al inicio de la vida humana, con relación

²³⁷ “Considerando que la UNESCO ha de desempeñar un papel en la definición de principios universales basados en valores éticos comunes que orienten los adelantos científicos y el desarrollo tecnológico (...), y que las cuestiones de bioética, que forzosamente tienen una dimensión internacional, se deben tratar como un todo, basándose en los principios ya establecidos en la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos y la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos, y teniendo en cuenta no sólo el contexto científico actual, sino también su evolución futura”: DECLARACIÓN UNIVERSAL SOBRE BIOÉTICA Y DERECHOS HUMANOS de la UNESCO.

²³⁸ Cfr. GONZÁLEZ MORÁN, Luis. *De la Bioética ... al Bioderecho. Libertad, Vida y Muerte*, Madrid, Universidad Pontificia de Comillas, 2006, p. 104.

²³⁹ “Teniendo en cuenta los rápidos adelantos de la ciencia y la tecnología, que afectan cada vez más a nuestra concepción de la vida y a la vida propiamente dicha, y que han traído consigo una fuerte demanda para que se dé una respuesta universal a los problemas éticos que plantean esos adelantos,” DECLARACIÓN UNIVERSAL SOBRE BIOÉTICA Y DERECHOS HUMANOS de la UNESCO.

²⁴⁰ “... no debemos reducir Derecho a legislación, pues, en su sentido primario, Derecho es la misma cosa justa, lo debido a otro según cierta regla o título. Son también jurídicas, por tanto, las cuestiones de la Biomedicina, y aun las de la Biotecnociencia, en tanto se verifican relaciones de alteridad en que es necesario determinar “lo justo”. Es aproximación a la noción de Derecho nos aparta de una visión positivista y nos coloca en un horizonte mucho más amplio que, fundado en la existencia de un núcleo de indisponibilidad al que denominamos ley natural, brinda un fundamento “fuerte” al razonamiento práctico que apunta orientar las conductas humanas”. Ibid, pp. 244-245.

²⁴¹ LAFFERRIERE, Op. Cit., p. 240.

²⁴² Ibid, p. 242.

a los actos médicos y a la aplicación de las biotecnologías, están en íntima relación a la ley, la que deberá ser justa, en tanto y en cuanto sirva al bien de la persona humana.

En este sentido nuestra investigación busca establecer los criterios que deben inspirar esta legislación. El progreso de las ciencias y la renovación de los conocimientos acerca de la naturaleza del hombre en biología y antropología, no pueden producir la indiferencia de las ciencias jurídicas, específicamente en la dedicación que deben de poner en la regulación de los derechos del ser humano en las etapas iniciales de su existencia.²⁴³ En razón de lo manifestado a continuación se procederá a explicar los criterios biojurídicos a tener en cuenta.

A) El derecho a la vida es el primer derecho

El primer criterio biojurídico es el respeto a la vida del ser humano, en cualquiera de las fases de su desarrollo biológico, y a partir del instante mismo de la concepción. La vida es el primer derecho, porque de él fluyen y tienen sostén los demás derechos de la persona humana. El derecho a la vida es de reconocimiento internacional.²⁴⁴ Este criterio biojurídico tiene el respaldo de las leyes de mayor jerarquía del sistema legislativo peruano: la CPP, el CC, el CNA y el Código Penal (CP).²⁴⁵ En el estatuto del embrión humano sostenido en esta

²⁴³ Cfr. SAMBRIZZI, Op. Cit., p. 44-45.

²⁴⁴ “Artículo 2° Objetivos.- Los objetivos de la presente Declaración son: (...) c) Promover el respeto de la dignidad humana y proteger los derechos humanos, velando por el respeto de la vida de los seres humanos y las libertades fundamentales, de conformidad con el derecho internacional relativo a los derechos humanos. DECLARACIÓN UNIVERSAL SOBRE BIOÉTICA Y DERECHOS HUMANOS.

²⁴⁵ La CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ en el numeral 1° del artículo 1° prescribe entre los derechos fundamentales de la persona, que “el concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece”. El CÓDIGO CIVIL en el segundo párrafo de su artículo 1° dispone “La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece...”. El CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES es reiterativo sobre los derechos del ser humano desde la concepción, así en el Título Preliminar se prescribe en el “Artículo I.- Definición.- Se considera niño a todo ser humano desde su concepción (...). El Estado protege al concebido para todo lo que le favorece...”, el artículo II.- establece que el niño es sujeto “de derechos, libertades y de protección específica”, en el artículo IV establece que el niño goza “además de los derechos inherentes a la persona humana (...) los derechos específicos relacionados con su proceso de desarrollo”, en el artículo IX dispone que “toda medida concerniente al niño (...) que adopte el Estado (...), así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño (...) y el respeto a sus derechos”; en el

investigación, al embrión le corresponden los mismos derechos de su especie humana.

Que, la vida humana se inicia desde la concepción, está probado científicamente. Lo testimonian dos renombrados científicos como Colombo y Léjeune entre otros.²⁴⁶ Por lo que el aporte de la ciencia respectiva debe ser asimilado para la formulación del derecho.

Sin embargo, muchas veces ese diálogo entre las ciencias biológicas y la ciencia jurídica, está cargado de cuestiones y replanteamientos, como los señalados por Zurriarán: “¿qué o quién es el embrión humano?, ¿cuál es su estatuto filosófico del embrión humano?, ¿es un sujeto, una “cosa”, un simple amasijo de células?, ¿es lícita moralmente la congelación de un embrión humano?, ¿qué valor tiene la vida humana prenatal?, ¿es lícito manipularla al menos en los primeros estadios de su desarrollo?, ¿qué grado de tutela otorgarle?, ¿cómo se contempla esta tutela en la legislación (...)?, ¿se le debe reconocer dignidad humana?, ¿qué otros intereses, aparte de los estrictamente científicos, hay detrás de la investigación con embriones humanos?”.²⁴⁷ Cuestiones que contienen trascendentales significaciones para el hombre y la sociedad.²⁴⁸

Capítulo Primero Derechos Civiles mediante el artículo 1 dispone que el niño 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 su desarrollo físico o mental.”, el artículo 2 establece la obligación del Estado de asumir la atención del niño desde su concepción. Por su parte el CÓDIGO PENAL desarrolla el Delito de Aborto en siete artículos (artículos 114 a 120) y adiciona un artículo que penaliza las lesiones o el daño en el cuerpo o la salud del concebido (artículo 124-A).

²⁴⁶ “el mismo Colombo (...), haciendo referencia a las “más prestigiosas revistas internacionales” de carácter científico, advierte que: “en ningún artículo he encontrado un solo dato en condiciones de falsificar la tesis de la fertilización como inicio del desarrollo”. Esta conclusión puede ir acompañada por la de otro, mucho más conocido, científico, el genetista Jérôme Léjeune, tal y como la formuló al final de su intervención, realizada el 23 de abril de 1981, ante una Comisión especial del Senado de los Estados Unidos, que debía pronunciarse sobre un proyecto de ley en el que se contenía la afirmación de que la existencia del ser humano comienza en la concepción: “Aceptar el hecho de que, después de la fecundación, un nuevo ser humano ha llegado a la existencia ya no es una cuestión de gusto o de opinión. [...] No es una hipótesis metafísica, sino una evidencia experimental”: CICCONE, Op. Cit., p.83:

²⁴⁷ ZURRIARÁN, Op. Cit., p. 19.

²⁴⁸ “Éstos son los interrogantes que van al centro del debate contemporáneo sobre el inicio de la vida humana. Por eso, proporcionar la respuesta más acorde a la realidad del embrión humano, es fundamental, por las importantes implicaciones no sólo en el terreno sanitario, sino para toda la sociedad y para el futuro mismo del ser humano”: Ibid, pág. 19.

En nuestra investigación, con la ayuda de la ciencia y los conocimientos aportados por los especialistas en biología, embriología, bioética, medicina, filosofía y derecho, hemos ido resolviendo el estatuto biológico y ontológico del embrión humano, para establecer criterios esenciales para la formulación del bioderecho. Al respecto, Zurriarain afirma que de “la respuesta que demos a la pregunta, sobre qué clase de “realidad” o “entidad” es el embrión humano (...) dependerá en principio, (...) la posterior consideración del estatuto jurídico de los embriones humanos”.²⁴⁹

Hasta hace un tiempo, dijo Ciccone, la mayor y casi única amenaza era el aborto, pero “el momento crucial y factor determinante para reclamar mucha mayor atención al derecho de la vida prenatal ha sido la aparición de *las técnicas de fecundación in vitro*. Debido a ello se ha obtenido un número ilimitado de embriones precoces, sobre los que es posible cualquier intervención: su transferencia al útero con limitadas esperanzas de desarrollo, su conservación a temperaturas bajísimas, su cesión a centros de investigación y experimentación, su destrucción.”²⁵⁰

Herranz haciendo un análisis de la situación en la que se encuentra el embrión humano de cara al derecho, afirma que “a lo largo de los últimos cincuenta años se ha pretendido debilitar el estatus ético del embrión humano de pocos días.”²⁵¹ Para hacerle frente a esta amenaza surge el bioderecho o los principios biojurídicos cuyo objetivo es ejercer “la tutela de la vida humana en su fase prenatal”²⁵²

Es fundamental que los legisladores ilustrados por la ciencia, la metafísica, la antropología, y cuanto conocimiento cierto haya sobre la persona humana, puedan plasmar en las normas el bioderecho, para proteger en primer lugar la vida desde la concepción, que es la base de todos los demás derechos humanos. Y para

²⁴⁹ Ibid, p. 20.

²⁵⁰ CICCONE, Op. Cit., p.86.

²⁵¹ HERRANZ, Op. Cit., p. 5.

²⁵² CICCONE, Op. Cit., p. 86.

que se establezca el estatuto jurídico del embrión humano y sea tratado en su fase vital más temprana como titular de la dignidad humana y del derecho a la vida.²⁵³

Consideramos que, los alcances del estatuto jurídico del embrión humano deben aspirar a ser eficazmente protectores de la persona humana desde su concepción. No sólo solo en razón de una concordancia con el universo de las normas de nuestro actual sistema jurídico, que por la CPP, el CC y el Código de Niños y Adolescentes (CNA), así como por los tratados internacionales.²⁵⁴ Sino porque el objeto del derecho positivo es la captación de la realidad para regular la protección de la dignidad y los derechos de la persona. Por tan poderosa razón, la regulación jurídica que se establezca sobre el embrión humano, debe comprender y respetar la realidad genética de su sustancialidad humana y del inicio de su existencia desde la concepción. De lo contrario no habrá nada peor como bien lo describe Jouve.²⁵⁵

B) Inexistencia del derecho al hijo

Un criterio biojurídico a tener en cuenta es la inexistencia del derecho al hijo.²⁵⁶ El derecho no puede reducir al ser humano a ser un mero objeto de derecho cuando en realidad es un sujeto de derecho. Es la cosificación de la persona del hijo, por quien con vehemencia desea poseerlo como algo.²⁵⁷ Porque, el deseo en cuanto tal, consiste en una necesidad a ser satisfecha, un anhelo por

²⁵³ Cfr.: PEÑARANDA, Enrique, Los Nuevos desafíos de Reproducción asistida, Reflexiones Éticas y jurídicas desde la perspectiva del Derecho Penal, ed. Fundación Medicina y Humanidades médicas, Madrid, 2006, p.15 en SÁNCHEZ BARRAGÁN, Op.cit.p.57

²⁵⁴ La CPP establece en sus artículos 55 y 56, de manera genérica para todos los tratados internacionales, la jerarquía normativa de una ley, pues, deben ser aprobados por el Congreso de la República mediante una Resolución Legislativa, que posee todas las características de una ley ordinaria, aunque tenga una denominación propia y específica como se advierte del Numeral 1 del Artículo 102 de la Carta Constitucional.

²⁵⁵ "... negar la pertenencia a una especie a un ente del que se afirma que tiene vida. No es sólo ignorancia sino falta de sentido común. Si un embrión humano de menos de 13 semanas no pertenece a la especie humana ¿cuál sería su realidad biológica? ¿Se trataría tan solo de una idea, un ente desclasificado, algo inexistente a pesar de que existe?". JOUVE, Op. Cit., p. 31.

²⁵⁶ Error suscitado por las propias técnicas de reproducción artificial, que se presentan como una potencia mediadora para tal fin. Ningún instrumento jurídico internacional reconoce tal derecho. Más bien, desde la perspectiva del interés superior del niño, lo que está prescrito son sus derechos para tener padres con obligaciones hacia él. Cfr. SAMBRIZZI, Op. Cit., pp. 14-18.

²⁵⁷ Cfr. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. "Deseo" en *Diccionario de la Lengua Española*. [Ubicado el 01.VII.2016]. Obtenido en <http://dle.rae.es/?id=CwuZEEf>

saciar un gusto.²⁵⁸ El deseo es sinónimo de apetito, capricho, antojo, ambición e interés; es decir, un conjunto de emociones subjetivas que no alcanzan la dimensión y categoría para constituirse en un derecho, porque no se asienta en título alguno de naturaleza jurídica,²⁵⁹ para ser reivindicado. Los deseos no son susceptibles de transmitir derechos y porque en las relaciones entre personas no pueden unas ser reducidas a ser objeto de posesión por otras. Es ilustrativo que Suecia ha regulado la fecundación artificial restringiéndola a casos de infertilidad masculina y que sólo se practique en matrimonios estables, no admite su aplicación a mujeres solas ni a parejas homosexuales para evitar la inclinación distorsionada del deseo del hijo obteniéndolo mediante TRA.²⁶⁰

También es importante referir que sobre la corriente de pensamiento surgida para presentar como un derecho la capacidad reproductora del ser humano, anota Sambrizzi que es "... como si (...) tuvieran un derecho subjetivo a tener un hijo –olvidando que la persona no puede ser *objeto* de un derecho– que deben satisfacer no importando a costa de qué o de quién".²⁶¹ Se constata que esta corriente de pensamiento es cada vez más difundida, pretendiendo convertir el deseo en un derecho. Zurriarán refiere que Johannes Rau, quien fue presidente de la República Federal Alemana entre 1999 y 2004, afirmó en su discurso del 18 de mayo de 2001:

"No podemos confundir los deseos y anhelos por comprensibles que estos sean, con derechos. No existe un derecho a tener hijos. Lo que sí existe es el derecho de los hijos al amparo y amor de sus padres, y sobre todo el derecho de venir al mundo y de ser amados por su propia razón de ser, por sí mismos".²⁶²

Cárdenas, quien nos antecedió en la investigación sobre TRA, establece en las conclusiones de su trabajo que "No puede hablarse de la existencia de un

²⁵⁸ Cfr. CÁRDENAS, Op. Cit., pp. 10-12, y p. 100 Conclusión 10.

²⁵⁹ Cfr. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. "Título" en *Diccionario de la Lengua Española*. [Ubicado el 01.VII.2016]. Obtenido en <http://dle.rae.es/?id=Zu7EOGZ>.

²⁶⁰ Cfr. IBAÑEZ, Op. Cit., p. 105.

²⁶¹ SAMBRIZZI, Op. Cit., p. 15

²⁶² RAU, J., "¿Irá todo bien? Por un progreso a medida humana" en ZURRIARÁN, Op. Cit., p. 30, Nota 10.

“derecho al hijo”, pues éste no es un objeto apropiable, ningún ser humano puede ser cosificado. (...). No se puede confundir un deseo con un derecho”.²⁶³

C) La dignidad humana como fundamento de todos los derechos

Hemos adoptado el concepto de dignidad humana desde la perspectiva ontológica que centra su concepción desde el ser y su naturaleza, y porque considera que todo ser humano es digno por el solo hecho de ser miembro de la especie humana. De esta manera afirmamos la igualdad de todos los seres humanos sin distinción alguna, sin discriminación y sin excepciones. Porque como lo expresa Aparisi: “Para el reconocimiento de la dignidad humana sería título suficiente (...) la pertenencia a la *familia humana*. En consecuencia no sería necesario ningún requisito adicional -como, por ejemplo, la independencia del seno materno, la racionalidad, la autonomía moral o la calidad de vida-”²⁶⁴.

La concepción ontológica, afirma Aparisi, “intenta garantizar el respeto incondicionado, sin discriminación alguna, de todo ser humano”²⁶⁵ por lo que “parte de dos presupuestos: a) una visión unitaria del ser humano; b) (...), el carácter inherente, a cualquier ser perteneciente a la especie *homo sapiens*, de la dignidad”.²⁶⁶ Por lo tanto no es que la dignidad sea un derecho fundamental, sino que la dignidad es base y fundamento de los derechos humanos.²⁶⁷

El reconocimiento del concebido como sujeto de derecho implica el reconocimiento de su dignidad, y así lo establece el Inciso 1 del Art.2 de la CPP “El concebido es sujeto de derecho”. Lamentablemente, mediante las TRA se pretende ignorar o negar esta dignidad a los embriones, naturales y producidos o crio conservados, así como a los que son desechados en los laboratorios.

²⁶³ CÁRDENAS, Op. Cit., p.100

²⁶⁴ APARISI, “*El principio...*”, Op. Cit., p. 215.

²⁶⁵ Ibid, p. 215.

²⁶⁶ Ibid, p. 215.

²⁶⁷ Cfr. Ibid, p.216.

La ciencia y la investigación deben respetar la persona humana.²⁶⁸ El desarrollo de las ciencias y el adelanto de sus aplicaciones tienen como límite la dignidad de la persona humana, dignidad de la que también participa el embrión humano por derecho propio, porque es sustancia humana,²⁶⁹ es ser humano en estado embrionario al que el Derecho tutela.

Es necesaria la prohibición legal de las TRA,²⁷⁰ porque atentan contra el estatuto ontológico del embrión humano, y hieren profundamente la dignidad humana. Las TRA generan deficiencias y debilitaciones moleculares e intercelulares, que constituirán a su vez causa de alteraciones y de consecuencias imprevisibles para la conservación de la salud y el desarrollo de los seres humanos así concebidos.²⁷¹ Además, las TRA causan un número significativo de embriones, a los que sus promotores denominan “supernumerarios”, que se

²⁶⁸ “Artículo 2.- (...) d. (...) reconocer la importancia de la libertad de investigación científica y las repercusiones beneficiosas del desarrollo científico y tecnológico, destacando al mismo tiempo la necesidad de que esa investigación y los consiguientes adelantos se realicen en el marco de los principios éticos enunciados en esta Declaración y respeten la dignidad humana, los derechos humanos y las libertades fundamentales;” DECLARACIÓN UNIVERSAL SOBRE BIOÉTICA Y DERECHOS HUMANOS.

²⁶⁹ “... el ser humano es reconocido como “persona” en razón de su alta dignidad desde el momento mismo de la concepción. Como dice Roberto Spaemann, persona es “nomen dignitatis”. Pues bien, tal reconocimiento proyecta sus efectos sobre el campo jurídico, es decir, sobre el ámbito de la Justicia y del Derecho como lo justo objetivamente debido a otro.”: LAFFERRIERE, Op. Cit., pp. 176-177.

²⁷⁰ Para Lafferriere debe de haber “una firma prohibición de las técnicas de fecundación humana artificial”. LAFFERRIERE, Op. Cit., p. 548. Sambrizzi se muestra favorable a legislar con ciertas licencias de las que discrepamos aunque precisa “Nosotros creemos, efectivamente, en la conveniencia de que se sancione una ley que, dentro de las limitaciones del caso, contemple dentro de lo posible y de manera general las distintas situaciones que puedan presentarse por la aplicación de las diversas técnicas de procreación médicamente asistida, así como también que se ocupe de cuestiones anexas o relacionadas con ellas, de manera de establecer límites ciertos al libre accionar de los interesados –fundamentalmente, con base en el respeto a la dignidad de la persona humana desde la concepción–...”. SAMBRIZZI, Op. Cit., p. 42. Para Ciccone “el Estado tiene la precisa obligación de intervenir con leyes apropiadas para reglamentar en sus diversos aspectos lo que se refiere a las biotecnologías de la reproducción. (...) se trata, en primer lugar de una exigencia que se deriva de la fuerte relevancia social que el fenómeno presenta en sí mismo, también independientemente de abusos y aberraciones.” Más adelante agrega “En realidad, no se puede ir más allá de recordar algunos principios generales de referencia y de individualizar algunas “balizas”, es decir, límites, que hay que respetar. Absolutamente insalvables, porque por medio se encuentran valores decididamente irrenunciables.”. CICCONE, Op. Cit., pp. 154-155.

²⁷¹ Cfr. LÓPEZ MORATALLA e IRABURU ELIZALDE, Op. Cit., pp. 81-86, 165-171.

destinan como material de desecho,²⁷² es inadmisibles que por aplicación de las TRA la persona sea reducida a medio, cuando constituye un fin.²⁷³

Además, se debe proscribir legalmente la autorización de las TRA, por las consecuencias que produce contra la dignidad de la persona humana del embrión, como son: la superproducción de embriones, la maternidad subrogada, la selección embrionaria, la reducción embrionaria, el diagnóstico pre-implantatorio en sí mismo y, también, por su utilización eugenésica, la crioconservación, la clonación de seres humanos, la utilización de los embriones con fines experimentales, la donación de embriones, el desecho de embriones, la fecundación heteróloga, el anonimato de la paternidad biológica y el abandono de embriones.²⁷⁴

No legitimar al pre-embrión y fortalecer la dignidad humana que corresponde al ser humano desde su concepción. El rechazo jurídico del *pre-embrión* se sustenta en doble motivo: Por ser inexistente y por ser una falacia.²⁷⁵ Para justificar la manipulación embrionaria como si tan sólo fuese un material biológico disponible, y no un ser humano con derechos como concebido. Se debe sostener la prohibición a la investigación científica y a la intervención médica, en la selección genética embrionaria y en la manipulación genética eugenésica.²⁷⁶

²⁷² Cfr. CICCONE, Op. Cit., pp. 157-158.

²⁷³ “Artículo 1. La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado. Artículo 2. Toda persona tiene derecho: 1. 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 lo que le favorece.” CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ.

²⁷⁴ Una de las causas determinantes las consecuencias reseñadas es la aplicación del reduccionismo en la embriología, que conduce a negar la personalidad jurídica al embrión humano. Con lo que se facilita la licencia legal para el aborto, la experimentación, la crioconservación y todas las demás consecuencias que traen consigo las TRA contra la dignidad de como ser humano corresponde reconocérsele al embrión. Una de las graves consecuencias de la crioconservación de embriones fecundados, es el número excesivo existente, y que ha sido materia de diversas soluciones legales: en Portugal deben ser usados por la misma pareja dentro del plazo de 3 años pero pasado ese plazo, pueden ser donados para otra pareja; en Noruega se fija también el plazo de 3 años; Suecia y Alemania han determinado el plazo de un año. Además, en Alemania, Suiza e Italia no cabe la constitución de bancos de gametos. Cfr. POLITI, Op. Cit., pp. 169-171.

²⁷⁵ Cfr. GONZÁLES FERNÁNDEZ, Op. Cit., pp. 54-58. Cfr. SAMBRIZZI, Op. Cit., pp. 139-144.

²⁷⁶ Cfr. CICCONE, Op. Cit., pp. 144-164.

D) Derecho a conocer nuestra identidad

La CPP luego de señalar la vida como el primero de los derechos fundamentales, prescribe, como el segundo de estos derechos, el derecho a la identidad.²⁷⁷ Cárdenas²⁷⁸ desarrolla la noción de identidad recurriendo a las precisiones de algunos autores como Fernández Sessarego para quien identidad es tener derecho a ser como es uno mismo y no otro; cita a Vila-Coro quien precisa la identidad como la unidad del ser en medio de sus cambios y decisiones para establecerse como quien es uno; menciona a la autora Siverino para quien el derecho a la identidad no sólo es afirmarse como uno es, sino ser reconocido por los otros como tal, y confluye con Mizrahi para quien la identidad personal es el derecho de constituirse en uno y así singularizarse de los demás. Cárdenas centra su investigación en el aspecto biológico de la identidad, aplicable al caso de las personas nacidas por inseminación artificial mediante donación de gametos, que es diferente al tema de la filiación en el derecho civil clásico.

La regulación jurídica de la aplicación de los adelantos científicos en medicina de la fertilidad, debe resolver el problema generado por haberse obstruido el conocimiento del origen biológico de quienes han sido procreados mediante las TRA. Es necesario asegurar la eficacia de obtener y ejercer el derecho a conocer la propia identidad, y abrogar toda norma que discrimine para ese ejercicio del derecho. El derecho a la identidad es superior al alegado derecho a la intimidad de los padres biológicos constituidos como donantes de los gametos.²⁷⁹ En Suecia se otorga, al concebido por inseminación artificial, el derecho de acceso a la información sobre la identidad de su padre biológico.²⁸⁰

²⁷⁷ “Artículo 2º.- Toda persona tiene derecho: 1. A vida, a su identidad (...).” *CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ*.

²⁷⁸ Cárdenas, Op. Cit., pp. 26-27.

²⁷⁹ Cfr. SAMBRIZZI, Op. Cit., pp. 675-686.

²⁸⁰ Cfr. IBAÑEZ, Op. Cit., p. 105.

E) El derecho del embrión de nacer en una familia

La consecuencia del mandato constitucional, para la sociedad y el Estado, de proteger a la familia,²⁸¹ exige declarar la ilegalidad de las TRA porque alteran las relaciones de parentesco. La legalización de las TRA, sea en su actual norma contenida en la LGS o en los diversos proyectos de ley que hemos dado cuenta en la presente investigación, conducen a negar y contradecir el principio de presunción de la paternidad dentro del matrimonio, contenido en el CC,²⁸² que recoge un principio del Derecho Romano,²⁸³ quebrantando la estructura de la identidad y relación familiar basada en la biología. De otro lado, la fecundación heteróloga abre la posibilidad de que la vida humana, producida artificialmente, venga acompañada de la aberrante confusión de constituir simultáneamente como padre a tres sujetos y como madre a dos personas.²⁸⁴ La continuidad de la legalización de las TRA, cuando es el caso de la fecundación heteróloga, exige de suyo la permisividad al anonimato²⁸⁵ de los donantes de los gametos, y de quien consienta destinar su vientre para procurar el desarrollo genético de un nuevo ser por interés y encargo de terceros.²⁸⁶ Cárdenas argumenta en su tesis, que no debe legislarse a favor del anonimato de los donantes de gametos, por la jerarquía que tiene el derecho a conocer la identidad biológica por parte de quien haya sido producido mediante las TRA, porque este derecho de identidad prima sobre el derecho de intimidad de los padres.²⁸⁷ La legislación en Suecia, regulando la inseminación con espermia proveniente de donante, única posibilidad de aceptación jurídica de fecundación heteróloga, admite la analogía con las normas sobre adopción de las que deduce dos consecuencias jurídicas: De un lado, el cónyuge que acepta la donación de espermia de un tercero, para su aplicación a la cónyuge, no puede declinar su responsabilidad paterna, y, de otro lado, esta

²⁸¹ “Artículo 4º.- La comunidad y el Estado (...) protegen a la familia (...)”. *CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ*.

²⁸² “Artículo 361.- Presunción de paternidad.- El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido.” *CÓDIGO CIVIL*.

²⁸³ “Pater is est quem nuptiae demonstrant”: Es padre aquel que indican las nupcias. Porque el esposo de la madre se presume que es el padre del hijo.

²⁸⁴ Cfr. POLITI, Op. Cit., p. 163.

²⁸⁵ Cfr. SAMBRIZZI, Op. Cit., pp. 101-102.

²⁸⁶ Cfr.: Ibid, pp. 109-122.

²⁸⁷ Cfr. CÁRDENAS, Op. Cit., p. 99, Conclusiones 4 y 5.

consecuencia jurídica genera para el donante del esperma que no le surjan consecuencias vinculantes con el engendrado, aunque exista vínculo genético.²⁸⁸

Todos los criterios bioético y biojurídicos expuestos nos llevan a presentar una propuesta legislativa que centrada en la persona humana, nos ayuden en la protección y defensa de la persona y la familia.

3.3.3 Propuesta para una regulación de las técnicas de reproducción artificial en el Perú

Ante los reiterados intentos de modificar la actual regulación de las TRA en nuestro país, nuestra investigación estimó conveniente plantear las consideraciones y principios bioéticos y biojurídicos fundamentales que una regulación sobre este tema debe incluir, para promover una Ley sobre las TRA que sea lo menos lesiva para el concebido, el matrimonio y la familia.

En razón de ello podemos decir que desde el 16 de enero de 1998,²⁸⁹ rige en el Perú una breve e incompleta regulación sobre las técnicas de reproducción asistida, que está contenida en el Artículo 7° de la LGS, cuyo texto es el siguiente:

“Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de las 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.”

Con esta norma se concede el derecho a toda persona, a procrear, mediante las TRA. Por lo tanto, desde la vigencia de esta norma, es legal en el Perú procrear hijos como decisión individual, porque no se exige la previa constitución de una familia mediante el matrimonio, como así lo prescribe el artículo 4 de la CPP que más adelante se transcribe, en la que el hijo que se busca procrear sea

²⁸⁸ Cfr. IBAÑEZ, Op. Cit., p. 105.

²⁸⁹ A partir de este párrafo, el texto sirve para una de las partes del proyecto de ley que se denomina “Exposición de Motivos”.

recibido en ámbito familiar sólido para efectos de que pueda desenvolverse armónicamente como niño y como adolescente. Esa norma que regula las TRA en la LGS, no es observante del artículo 4° de la Constitución Política que a la letra dice:

“Artículo 4: La comunidad y el Estado (...) protegen a la familia y promueven el matrimonio”.

Para el ejercicio de ese derecho, a procrear mediante TRA, la norma de la LGS exige: “que la condición de madre genética y madre gestante recaiga sobre la misma persona, y (...) el consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos.”

En consecuencia, también, se concluye que en el Perú no hay legalidad para la procreación mediante “vientres de alquiler”, ni tampoco la transferencia de óvulos a título oneroso o por donación. Pero, sí se ha legalizado el uso y aplicación de las TRA, lo que abre paso a la fecundación heteróloga, y consecuentemente al uso de espermias a obtener por donación o por venta. Y, de otro lado, al establecerse el requisito del consentimiento de los padres biológicos, se admite una categoría en la que deberán estar involucrados la mujer en cuanto que es madre gestante y a la vez, madre biológica, y el varón ya sea como donante de espermia, aunque no necesariamente el marido o conviviente o conocido de la madre a la que se aplica la TRA. En consecuencia, el sistema legal, en el Perú, mediante este breve artículo de la LGS, admite que pueda producirse un concebido que podría tener hasta dos padres (el biológico y el social) y a una madre (la genética y a la vez gestante).

La regulación introducida por la LGS, no modificó el CC ni el CP, a pesar de ello y próximos a cumplir veinte años de la promulgación de esa norma, se observa el desarrollo y consolidación de todo un “mercado” de servicios de técnicas de reproducción artificial, a través de una diversidad de centros de

fertilización,²⁹⁰ los que en la oferta de sus servicios han sobrepasado las limitaciones impuestas por el artículo 7 de la LGS. De hecho se ha desarrollado, contra las limitaciones previstas en la ley, la transferencia de óvulos onerosa y gratuita, la diferenciación de los roles de madre genética y madre gestante de tal manera que ya hay en el Perú seres humanos engendrados mediante las TRA que pueden tener hasta tres madres y hasta dos padres: madre social, madre genética o biológica, madre gestante, padre social y padre biológico, situación de hecho que se produce en la informalidad jurídica más extrema, por los servicios médicos dispensados por clínicas reconocidamente en la formalidad, destinadas a un público consumidor de sus servicios de TRA proveniente de sectores socio-económicos pudientes.

Más grave, aún, es que el propio Estado, a través del Poder Judicial, con ocasión de pronunciarse sobre los conflictos generados por la declaración de maternidad entre la madre genética y la madre gestante, incumpliendo la norma que sobre TRA contiene la LGS y a pesar del carácter de norma de orden público contra la que no se puede pactar, sin embargo las decisiones jurisdiccionales han sido contrarias a la LGS, como se puede constatar de la Sentencia N° 183515-2006-00113 del 15° Juzgado de Familia de Lima, la Casación N° 5003-2007-Lima de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema, la Casación N° 4323-2010-Lima de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema y la Casación N° 563-2011-Lima de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema.²⁹¹

El ordenamiento jurídico peruano preserva la vida y demás derechos fundamentales de la persona humana, desde la concepción. Así lo establece la

²⁹⁰ Cfr. CLINICAS DE FERTILIDAD EN LIMA. [Ubicado el 28.I 2015]. Obtenido en <http://www.clinicasdefertilidadenlima.pe/q/fertilizacion-in-vitro/>. CLINICAS DE FERTILIDAD EN LIMA. [Ubicado el 06.V 2015]. Obtenido en <http://www.clinicasdefertilidadenlima.pe/q/fertilizacion-in-vitro/>. CLINICA MIRAFLORES INSTITUTO DE GINECOLOGÍA Y FERTILIDAD. [Ubicado el 28.I 2015]. Obtenido en <http://www.igf.com.pe/es/fertilidad.php>. CONCEBIR CLINICA DE FERTILIDAD ASISTIDA [Ubicado el 28.I 2015]. Obtenido en <http://www.concebir.com/>. NACER –CENTRO DE REPRODUCCIÓN HUMANA. [Ubicado 11.V 2015]. Obtenido en http://www.nacer-perufiv.com/nuestros_servicios.htm.

²⁹¹ IBAÑEZ, Op. Cit., pp. 127-140.

CPP en el numeral 1 del artículo 2,²⁹² el CC en el artículo 1,²⁹³ el CNA en el artículo I del Título Preliminar,²⁹⁴ la LGS en el artículo III del Título Preliminar.²⁹⁵

Sin embargo, en los hechos, la aplicación de las técnicas de reproducción asistida pone en riesgo los derechos fundamentales del concebido, e incluso de la madre gestante. Y, en el ejercicio del derecho individual de acceso a la reproducción asistida, se viola el fin supremo del Estado y la más elemental norma de la convivencia social, como lo establece la CPP.²⁹⁶

Cabe referir que la norma prohíbe la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación y, también, prohíbe la clonación de seres humanos. Sin embargo, debido a la desidia de las autoridades de salud, es muy probable que estas prohibiciones también sean incumplidas, dada la vorágine que conlleva la actual aplicación de las TRA en el Perú.

Por lo que resulta necesario armonizar la regulación sobre el tratamiento de la infertilidad mediante las biotecnologías, con las normas constitucionales y las leyes de mayor jerarquía; puesto que, en el campo de la denominadas técnicas de reproducción artificial hay vacíos o lagunas normativas, con afectación de los derechos fundamentales de la persona del concebido a través de esas técnicas de reproducción artificiales.

²⁹² “Artículo 2º.- Toda persona tiene derecho: 1. 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 en cuanto le favorece.” CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ.

²⁹³ “Artículo 1.- 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 (...).” CÓDIGO CIVIL.

²⁹⁴ Título Preliminar “Artículo I.- Definición.- Se considera niño a todo ser humano desde la concepción hasta cumplir los doce años de edad y adolescente desde los doce hasta cumplir 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 considera niño o adolescente hasta que no se pruebe lo contrario.” CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES.

²⁹⁵ Título Preliminar: “Artículo III. Toda persona tiene derecho a la protección de su salud en los términos y condiciones que establece la ley. El derecho a la protección de la salud es irrenunciable. El concebido es sujeto de derecho en el campo de la salud.” LEY N° 26842 - LEY GENERAL DE SALUD.

²⁹⁶ “Artículo 1º.- La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.”: CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ.

En este contexto,²⁹⁷ el presente proyecto de ley tiene el objetivo de contribuir a defender la persona humana del concebido, así como sostener el más pleno respeto a la dignidad del concebido, en estricto cumplimiento al mandato constitucional que asigna ambas obligaciones como fines supremos del Estado, con la corresponsabilidad de la sociedad.

Con tal propósito, el proyecto de ley establece con coherencia a las normativas sobre el ejercicio de las profesiones médicas y afines en el campo de la salud, que la procreación asistida es un acto médico, en el cual el concebido es sujeto de derecho en todo lo que le favorece en el campo de la salud. Es decir, que en el campo de la llamada salud reproductiva debe imperar con plena vigencia la dignidad del ser humano y el derecho a la vida, que la CPP reconoce a la persona del concebido.²⁹⁸

El proyecto incluye adiciones al CP para sancionar las conductas ilícitas cuando el agraviado es la persona del concebido, lo que significa un avance en la protección de los derechos fundamentales inalienables de la persona del concebido, que es vida humana que merece ser protegida frente a las nuevas realidades que han surgido a partir del desarrollo del conocimiento científico y de la creación de biotecnologías innovadoras.

La vigencia de la ley que se propone,²⁹⁹ pretende contribuir con un marco jurídico adecuado y eficaz al servicio y la protección de la persona humana, en su transitoria etapa existencial de concebido, para que sin discriminación sea considerado el concebido también como el fin supremo de la sociedad y del Estado. Es inconcebible que la reducida regulación normativa sobre la procreación asistida, haya sido una circunstancia para que en los hechos se haya devenido en

²⁹⁷ A partir de este párrafo el texto puede servir para formar parte del proyecto de ley bajo la denominación “Contenido de la propuesta”.

²⁹⁸ “Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho: 1. 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 en cuanto le favorece.”: CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ.

²⁹⁹ Los proyectos de ley tienen una parte denominada “Análisis de costo-beneficio” que el texto que sigue puede servir para su formación.

una situación antijurídica de desprotección del concebido, cuando los principales instrumentos del ordenamiento jurídico peruano, ofrecen a la persona del concebido la obligación del Estado de brindarle protección y defensa de sus derechos fundamentales, siendo los de capital importancia el derecho a la vida del concebido, así como el derecho a la salud del concebido como sujeto en el ámbito de la salud.³⁰⁰

Esta norma que se propone contribuirá a obtener impactos benéficos en la sociedad y en el cumplimiento del fin supremo del Estado, restaurando el respeto a la dignidad del ser humano, sin discriminación por su edad o vulnerabilidad, así como fortalecerá la familia a la que la comunidad y el Estado le deben protección.³⁰¹

La ley que se propone³⁰² perfecciona el ordenamiento jurídico, desarrollando la protección de los derechos fundamentales del concebido ya previstos en la norma constitucional y perfeccionando lo que ya estaba establecido legalmente pero que requería ser actualizado. La CPP insistentemente señala la obligación de la sociedad o comunidad y del Estado en la protección y defensa de los derechos de la persona del concebido, con este proyecto de ley se recupera el espacio normativo indispensable para regular las técnicas de reproducción artificial a fin de que sean utilizadas con plena observancia de la CPP.

Expuestos los argumentos anteriores, a continuación procederemos a presentar el Proyecto de ley que expresa lo sostenido en el desarrollo de la presente investigación. Resulta importante precisar, que el mismo se encuentra, redactado según las fórmulas recomendadas para presentar proyectos de ley por lo congresistas de la República. Así:

³⁰⁰ Título Preliminar: “Artículo III. Toda persona tiene derecho a la protección de su salud en los términos y condiciones que establece la ley. El derecho a la protección de la salud es irrenunciable. El concebido es sujeto de derecho en el campo de la salud.”: LEY N° 26842 - LGS.

³⁰¹ Artículo 4°.- 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. (...): CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ.

³⁰² Este párrafo puede servir para integrar la parte del proyecto de ley que se denomina “Efectos de la futura ley en el ordenamiento jurídico nacional”.

“Ley que preserva la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad regulando el uso de la biomedicina para la procreación humana”.

El congresista³⁰³ que suscribe, **XXXXXX YYYYYYY ZZZZZZZ**, miembro del Grupo Parlamentario de NNNNN NNNNN, en ejercicio del derecho de iniciativa legislativa previsto por el artículo 107° de la Constitución Política del Perú y según lo regulado por los artículos 75° y 76° del Reglamento del Congreso de la República, presenta a consideración del Congreso de la República el siguiente proyecto de ley:

CONSIDERANDO:

Que, por mandato contenido en el Artículo 1° de la Constitución Política del Perú, el fin supremo del Estado es defender la persona humana y respetar su dignidad.

Que, en el Artículo 2° de la referida Carta Fundamental reconoce los derechos fundamentales a toda persona, y en el Numeral 1 consigna que el concebido es sujeto de derecho “en todo cuanto le favorece”; destacándose que en el mismo Numeral están prescritos el derecho a la vida y a la identidad, así como los derechos a la integridad moral, psíquica y física, como también el derecho al libre desarrollo y al bienestar.

Que, la Constitución Política en el Artículo 4° regula la especial protección que el Estado debe otorgar al niño, y en concordancia con el Artículo I del Título Preliminar del Código de Niños y Adolescentes – Ley N° 27337, considera niño a

³⁰³ El artículo 107 de la CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ otorga el derecho a iniciativa irrestricto para presentar proyectos de leyes, al Presidente de la República, a los Congresistas de la República y a los ciudadanos en el número que la ley lo establece. Asimismo, sólo en materias que le son propias, pueden ejercer el derecho a iniciativa en la formación de las leyes el Poder Judicial, las instituciones públicas autónomas, los gobiernos regionales y locales, así como los colegios profesionales. El proyecto que proponemos sigue el modelo introductorio de de un proyecto de ley presentado por un Congresista de la República.

todo ser humano desde la concepción. Asimismo, en el referido artículo constitucional se señala que la comunidad y el Estado protegen la familia y promueven el matrimonio, por lo que tales deberes requieren ser expresados en una regulación de la procreación humana, que es una materia directamente relacionada con las instituciones sociales fundamentales, como son el matrimonio y la familia.

Que, la Constitución en el Artículo 6° dispone que el Estado asegure en su política nacional de población, el acceso a los medios que no afecten la vida o la salud. Estableciendo en el Artículo 7° que la protección de la salud es un derecho de todos.

Que, el Artículo III del Título Preliminar de la Ley General de Salud – Ley N° 26842 explicita que, en el campo de la salud, el concebido es sujeto de derecho, y se responsabiliza al Estado en materia de salud en los artículos II, IV, V y VI.

Que, en el Artículo 7° de la Ley General de Salud, se regulan los derechos de la persona a procrear mediante el uso de las “técnicas de reproducción asistida”. Estableciéndose, para ejercer ese derecho, cuatro condiciones: Que la madre genética y la madre gestante sean la misma persona; que se requiera el consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos; que se prohíba la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, y que se prohíba la clonación de seres humanos.

Que, a tenor de las disposiciones constitucionales antes referidas, es necesario precisar el marco legal para la aplicación de la biomedicina en la procreación humana, y también se regule el acto médico mediante el que será aplicada, con el fin de asegurar y preservar los derechos fundamentales del concebido.

Que, este proyecto de ley es propuesto en aplicación del principio contenido en el Artículo IX del Título Preliminar de la Ley General de Salud, que establece para las regulaciones sobre salud, la calidad de normas de orden público, con expresa prohibición de pactar contra ellas.

Que, por las razones expuestas se pone a consideración del Congreso de la República el siguiente proyecto de Ley:

El Congreso de la República;
Ha dado la siguiente Ley:

“Ley que regula la aplicación de la biomedicina en la procreación humana”.

Artículo 1°.- Objeto de la Ley.

La presente ley tiene por objeto proteger al concebido como persona humana y, preservar los derechos que corresponden al embrión-feto como paciente en los actos médicos que aplique la biomedicina para la procreación entre cónyuges que padezcan infertilidad.

Artículo 2°.- Finalidad de la ley.

Regular la aplicación de la biomedicina mediante actos médicos destinados a remediar la infertilidad de los cónyuges.

Esos actos médicos serán administrados respetando el interés superior del concebido como sujeto de los derechos fundamentales a la vida, a la dignidad personal y a la protección de su integridad física y su salud.

Artículo 3°.- Condiciones para la aplicación de la biomedicina mediante actos médicos.

Los cónyuges que califiquen por tener aptitud tanto en lo personal como en sociedad conyugal, que están consolidando las bases para la estabilidad de su familia, podrán acceder al acto médico de aplicación de la biomedicina procreativa, cumpliendo los siguientes requisitos:

1. Solicitud por escrito, de ambos cónyuges, dirigida al director del establecimiento de salud, que hayan elegido para que les sea practicado el acto médico de aplicación de biomedicina que remedie su infertilidad.
2. La solicitud será atendida, aceptándose o desestimándola. La aceptación será mediante un informe de diagnóstico por escrito emitido por la Junta Médica del establecimiento de salud, en el que conste la evaluación de la salud física y psíquica de los cónyuges, su aptitud personal y como sociedad conyugal para la procreación de vida humana dependiente por filiación; el protocolo que se adoptará para determinar la biomedicina procreativa a aplicarse, con expresa responsabilidad de preservar y proteger la vida, dignidad y derechos fundamentales de quien será procreado, a partir de su concepción, la que se produce desde la unión de los gametos. Si la solicitud es desestimada, se dará a conocer los fundamentos y razones de la decisión de la Junta Médica. El informe de diagnóstico se conservará en las historias clínicas respectivas de ambos cónyuges.
3. El informe de diagnóstico emitido por la Junta Médica deberá ser debidamente conocido por los cónyuges, quienes gozan del derecho de ser plenamente informados y con las debidas explicaciones al alcance de su comprensión, sobre lo que les significará personal y conyugalmente el acto médico que solicitan su aplicación. Así como los riesgos y consecuencias que podrían causar en la salud e integridad del concebido.
4. La cónyuge tiene el derecho de pedir unilateralmente la inmediata suspensión del acto médico que solicitó con su cónyuge, hasta antes que se haya iniciado el procedimiento de procreación y con la certeza médica de no haberse aún producido la concepción o unión de los gametos. Para el ejercicio de este derecho de la cónyuge, no se requiere la previa conformidad ni opinión del cónyuge.
5. Se prohíbe la fecundación de ovocitos con fines de reproducción humana artificial o asistida, o para investigación, comercio o transferencia mediante donación.

6. Se prohíbe la transferencia onerosa o gratuita de embriones humanos. Su sola tenencia configura un hecho antijurídico sancionable. La persona o entidad que posea o sea depositaria de embriones humanos deberá de inmediato cumplir con lo regulado en las Disposiciones Complementarias.
7. Se prohíbe la reducción de embriones en embarazos múltiples.
8. Se prohíbe toda práctica de selección genética mediante biotecnologías.
9. La procreación humana siempre será conyugal, esto es homóloga, los gametos deberán provenir de los cónyuges.
10. Se prohíbe la gestación subrogada, y la distinción de los roles de madre genética y de madre gestante.
11. Se prohíbe la clonación de seres humanos.
12. Se prohíbe la experimentación médica o de otras biociencias en óvulos fecundados y en embriones humanos.
13. La filiación del concebido mediante acto médico que aplique biomedicina procreativa, se rige por las normas del Código Civil.
14. Se prohíbe la libre adopción de óvulos fecundados.

Artículo 4°.- Normas de orden público.

Las disposiciones contenidas en la presente ley son de orden público, y no puede pactarse contra ellas, bajo responsabilidad civil, penal y administrativa de todos los intervinientes en su celebración, así como la participación de los médicos, obstetras, biólogos y demás profesionales, técnicos y auxiliares de ciencias de la salud que asuman la ejecución de actos coadyuvantes a tales propósitos.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS TRANSITORIAS

Sobre los embriones crioconservados antes de la vigencia de la presente ley

Primera.- Del Registro de Embriones Crioconservados.- Créase en el Ministerio de Salud el Registro de Embriones Crioconservados, en el que se consignará la información que los establecimientos de salud y centros de reproducción artificial estarán obligados a remitir dentro del plazo de quince días

útiles contados a partir de la publicación en el Diario Oficial El Peruano de la Resolución Ministerial del sector salud que abra dicho Registro.

La información que deberá ser remitida por los establecimiento de salud y los centros de reproducción artificial, que será registrada por la autoridad de salud, deberá comprender: Fecha de inicio de la crioconservación del óvulo fecundado, identificación de los donantes de los gametos, identificación de los titulares del óvulo fecundado o declaración del establecimiento de salud o del centro de reproducción artificial si la titularidad sobre el óvulo fecundado a ellos les corresponde, por donación de los procreadores o abandono; los demás datos que en la Resolución del Sector Salud se consideren pertinentes requerir.

Segunda.- Crease la Comisión de Alto Nivel para la Preservación de los Derechos Fundamentales de los Óvulos Fecundados.- Créase en el ámbito de la Presidencia del Consejo de Ministros la Comisión de Alto Nivel para la Preservación de los Derechos Fundamentales de los Óvulos Fecundados Crioconservados antes de la vigencia de la presente ley, con facultades para emitir informes y proponer la regulación jurídica pertinente, a fin de reconocer los derechos fundamentales a que son acreedores las personas concebidas que permanecen en estado de crioconservación. La Comisión de Alto Nivel que se crea será presidida por un representante del Presidente del Consejo de Ministros y será integrada por un representante personal de cada uno de los siguientes Ministros: de Salud, de Justicia y Derechos Humanos, de la Mujer y Poblaciones Vulnerables y de Desarrollo e Inclusión Social. También serán integrantes de la Comisión de Alto Nivel los profesionales con competencia en biomedicina, bioética y bioderecho en el número que se estime conveniente. La Comisión de Alto Nivel podrá convenir los servicios de asesoramiento de personas idóneas y de instituciones privadas así como de universidades que sean consideradas convenientes para el cumplimiento de su finalidad y su labor. La Comisión de Alto Nivel ejercerá sus funciones en el término de 12 meses contados desde su instalación, corresponde a sus integrantes aprobar su propio Reglamento Interno de Sesiones, y al Presidente del Consejo de Ministros la facultad para normar y regular su funcionamiento dentro de la estructura del Estado, y asegurar los

recursos de personal, bienes y servicios, así como presupuestarios, para el mejor cumplimiento de sus fines.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS MODIFICATORIAS

Primera.- Incorporación de los Artículos 120-A, 120-B, 120-C y 120-D en el Código Penal.

Incorporase los siguientes Artículos en el Código Penal:

Artículo 120-A.- Manipulación genética y fecundación artificial

El médico, obstetra, farmacéutico, biólogo o cualquier profesional sanitario que practica técnicas de reproducción asistida o hace uso de biotecnologías con la finalidad de transferir óvulos humanos fecundados, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de 1 ni mayor de 4 años e inhabilitación conforme al Artículo 36°, incisos 4 y 8. La misma pena privativa de libertad se aplicará a la mujer que consienta la transferencia a su cuerpo y quienes aportaron su gametos con dicho propósito.

Artículo 120-B.- Homicidio del concebido

Si se produce la muerte del concebido en la ejecución de procedimientos de fecundación artificial, de técnicas de reproducción asistida o de biotecnologías, la pena privativa de libertad será no menor de 6 ni mayor de 20 años e inhabilitación conforme al Artículo 36°, incisos 4 y 8. La misma pena será de aplicación a quienes consintieron en donar o dar en uso sus gametos, y a la mujer que aceptó la aplicación en su cuerpo.

Artículo 120-C.- Generación de vida humana con fines distintos a la procreación artificial.

Toda persona que haga uso de cualquier técnica destinada a fecundar gametos humanos, para destinarlos a la reproducción artificial o asistida, a la investigación, al comercio o cualquier otro fin, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de 6 años e inhabilitación conforme al Artículo 36°, incisos 4 y 8. La misma pena se impondrá a quienes donen o entreguen en uso sus gametos para tales fines y propósitos.

Artículo 120-D.- Experimentación de gametos humanos con gametos animales.

Toda persona que someta a experimentación gametos humanos con gametos animales, será reprimida con pena privativa de libertad no menor de 6 ni mayor de 8 años e inhabilitación conforme al Artículo 36°, incisos 4 y 8. La misma pena se impondrá a quienes donen o entreguen en uso sus gametos con dicho fin.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS VIGENCIA Y DEROGATORIAS

Primera.- Vigencia

La presente ley entra en vigencia al día siguiente de su publicación en el diario oficial.

Segunda.- Derogatorias

Derogase el Artículo 7° de la Ley N° 26842 - Ley General de Salud, y déjese sin efecto las disposiciones contrarias a la presente ley.

Lima, --- de ----- de 2016

XXXXX YYYYYYYY XXXXXX

Congresista de la República

CONSIDERACIONES FINALES

1. Es fundamental el conocimiento del embrión humano desde la biología, la filosofía y el derecho, para comprender las TRA y sus consecuencias, por cuanto éstas no se reducen a técnicas surgidas del desarrollo científico. Requieren ser comprendidas desde la interdisciplinariedad de la bioética, para juzgar su moralidad, porque sus acciones tienen que ver con la persona humana, la vida humana, la familia y su entorno.

2. Las TRA no constituyen en sí mismas un acto médico terapéutico; pues, no curan la dolencia de la pareja infértil, no tienen propiedades terapéuticas, no remedian la infertilidad por medios quirúrgicos ni mediante fármacos. Antes bien involucran a un tercero (el hijo en estado embrionario), para quien se ignora el principio de beneficencia (tampoco es terapéutico para el embrión), pues mediante las TRA, su vida y salud están en riesgo, y es tratado como producto de laboratorio, vulnerando su dignidad de persona. Pero además, las TRA aseguran su eficacia mediante la producción de embriones humanos, supernumerarios, sin destino cierto, a quienes someten a la crioconservación por tiempo indefinido. En consecuencia, consideramos necesario establecer límites a las TRA, mediante una norma legal, en virtud del mandato constitucional que defiende a la persona

humana y el respeto de su dignidad por ser fin supremo de la sociedad y del estado.

3. Las TRA no pueden servir de instrumento para obtener el goce del inexistente derecho al deseo de tener un hijo, no es razón suficiente para legislar su uso y aplicación. La rápida difusión de las TRA, puede tener explicación aunque no justificación, en la inclinación y anhelo de paternidad y maternidad, pero hay también un trasfondo cultural e ideológico innegable, trabajado por diferentes agentes, entre los que no puede descartarse aquellos que buscan el beneficio de ganancias económicas significativas mediante las aplicaciones de TRA.

4. Las TRA, originan una visión egocéntrica e irresponsable sobre la nueva vida humana lograda artificialmente. El hijo es considerado como producto a la carta, objeto de propiedad, sin destino cierto. Las TRA generan una comprensión relativista de la realidad, en la medida que la vida de unos (la de los embriones implantados) vale más que la de otros (la de los embriones crioconservados). Las TRA también tergiversan la comprensión de la realidad, mediante la creación de términos como pre-embrión, maternidad subrogada, reducción embrionaria, selección embrionaria, que constituyen eufemismos para ocultar las verdaderas implicancias y significados de estas técnicas.

5. El primer criterio biojurídico es el respeto a la vida del ser humano, en cualquiera de las fases de su desarrollo biológico, y a partir del instante mismo de la concepción. La vida es el primer derecho, porque de él fluyen y tienen sostén los demás derechos de la persona humana. El derecho a la vida es de reconocimiento internacional. Este criterio biojurídico tiene el respaldo de las leyes de mayor jerarquía del sistema legislativo peruano: la CPP mediante el numeral 1 del artículo 2, el CC por el artículo 1, el CP en los artículos 114 a 120 sobre aborto y en el artículo 124-A sobre lesiones al concebido, y en el CNA en el artículo 1. En el estatuto del embrión humano sostenido en esta investigación, al embrión le corresponden los mismos derechos de su especie humana. Sin

embargo, es necesario superar el conflicto de normas que se suscita por la vigencia del artículo 7 de la LGS que autorizó las TRA desde hace 19 años. Habiéndose agregado otras incoherencias y contradicciones en nuestro sistema jurídico, que atentan y debilitan la defensa de la vida humana del no nacido y el respeto a su dignidad, como el Protocolo para el aborto terapéutico aprobado mediante una norma de inferior jerarquía como es la Resolución Ministerial N° 486-2014/MINSA, y las decisiones jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Artavia Murillo vs. Costa Rica, y de los órganos del Poder Judicial peruano como la Sentencia N° 183515-2006-00113 del 15° Juzgado de Familia de Lima, la Casación N° 5003-2007-Lima de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema, la Casación N° 4323-2010-Lima de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema y la Casación N° 563-2011-Lima de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema.

6. Es necesario derogar el artículo 7 de la LGS, mediante la dación de una norma sustitutoria, con la finalidad de regular las TRA en coherencia con la realidad de la vida humana presente en la fecundación artificial y en compatibilidad con el ordenamiento jurídico peruano constitucional y legal. En los hechos, el marco legal contenido en el artículo 7° de la LGS, ha sido rebasado, tanto que el Poder Judicial ha emitido fallos desconociendo el mandato legal contenido en el referido artículo 7° de la LGS.

7. Como consecuencia de la difusión de las TRA en el Perú, se requiere una regulación mediante una ley específica que las ilegalice, incorporando sanciones penales para las conductas antijurídicas. Por cuanto se requiere reformular la protección jurídica de la vida y la dignidad de la persona humana en estado de embrión, para que no sea vana la proclamación de la persona como fin supremo de la sociedad y del Estado, contenida en el artículo 1 de la CPP.

8. La crioconservación es un problema de hecho no autorizado por el art. 7 de la LGS, por lo que no debería existir, su solución requiere con urgencia una ley que contenga una regulación que, además de disponer el cese de la producción de

embriones para crioconservarlos, resuelva otra grave consecuencia como es la existencia de embriones en crioconservación en clínicas que prestan servicios de TRA.

RECOMENDACIONES

Como estudios complementarios sobre las TRA, es recomendable promover investigación sobre sus consecuencias en la sexualidad matrimonial y en la conformación institucional de la familia, con el objeto de explorar y proponer soluciones de orden bioético, psicológico, educacionales y jurídicas. En ese sentido, el especial énfasis debería recaer en la relación paterno-materno-filial en los ámbitos ético, psicológico y jurídico, con vistas a proponer modificaciones en el Código Civil para regular las relaciones jurídicas de parentesco surgidas por aplicación de la fecundación artificial carente de regulación desde 1997. Con tal fin, será útil convenir con el Poder Judicial, un estudio sobre las sentencias y resoluciones dictadas a nivel nacional, en procesos judiciales que hayan conocido y resuelto casos de filiación en materia de fecundación artificial. Asimismo, en las actuales condiciones culturales para la adopción de toma decisiones, resulta conveniente promover investigaciones en materia de biopolítica.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Libros y artículos de revistas:

- AGULLES SIMÓ, Pau; GUILLÉN PASCUAL, Manuel. *Ética de la investigación biomédica. Trasplantes, vacunas y embriones*, Valencia, Edicep, 2011.
- APARICIO ALDANA, Rebeca Karina (Coordinadora). “Derecho a la vida desde una perspectiva filosófica jurídica”, en *La persona en el Derecho Peruano; Un análisis jurídico contemporáneo. Libro Homenaje a Carlos Fernández Sessarego*, editado por Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, 1º ed., Chiclayo, 2010, pp. 11-44.
- APARISI MIRALLES, Ángela “Implicaciones para el derecho a la vida y a la salud de las nuevas tecnologías reproductivas” en *La desprotección del no nacido en el siglo XXI*, editado por Roberto Germán Zurriarán, Madrid, Ediciones Internacionales Universitarias, 2012, 267-291.
- BASSO, Domingo M., O.P. *Nacer y morir con dignidad. Estudios de bioética contemporánea*, 4ª. Ed., Buenos Aires, Lexis Nexis Argentina, 2005.
- BOZZATO, Gianni. “El Embrión no es nunca nadie, es siempre alguien”, en *Revista Internacional Berit, N° 1, Instituto de la familia Universidad Santo Tomás*, Diciembre 2003, 69-88.
- CATURELLI, Alberto. *Dos, una sola carne. Metafísica, Teología y Mística del Matrimonio y la Familia*. 1º ed., Buenos Aires, Gladius, 2015.

- CICCONE, Lino. *Bioética. Historia. Principios. Cuestiones*, 2º ed., Madrid, Colección Pelicano, Ediciones Palabra, 2006.
- COZZOLI, M. “Lémbrión humano: aspetti etico-normativi”, en Pontificia Academia pro Vita, Identità e statuto dell’embrione humano, Librería Editrice Vaticana, Città del Vaticano 1998, pp. 237-273, en CICCONE, Lino. *Bioética. Historia. Principios .Cuestiones*, 2º ed., Colección Pelicano, Ediciones Palabra, Madrid, 2006, p.85.
- EDWARDS, J. N., “New Conceptions: Biosocial Innovations and the Family”, en “Journal of Marriage and the Family”, 1991, mayo, 53, 2, pp. 349-360, en CICCONE, Lino. *Bioética. Historia. Principios .Cuestiones*, 2º ed., Colección Pelicano, Ediciones Palabra, Madrid, 2006, p.144
- ELBABA, Julia. “Modelo personalista”, en *Bioética*, Colección AquinasNET, Universidad FASTA, 2ª.ed, Mar del Plata, Editorial Martín, 2007, 29-31.
- ELBABA, Julia. “Principios de la Bioética Personalista”, en *Bioética*, Colección AquinasNET, Universidad FASTA, 2ª.ed, Mar del Plata, Editorial Martín, 2007, 32-35.
- ELBABA, Julia. “Reproducción Artificial”, en *Bioética*, Colección AquinasNET, Universidad FASTA, 2ª.ed, Mar del Plata, Editorial Martín, 2007, 147-163.
- ELIZARI BASTERRA, Francisco Javier. *Bioética*, Madrid, Ediciones Paulinas, 1991.
- GUARDINI, R, I diritti del nascituro en LUCAS LUCAS, ¿Cuándo se inicia la persona humana? Individualidad biológica y existencia personal, en *El Inicio de la vida. Identidad y estatuto del embrión humano*, dirigida por MÓNICA LÓPEZ BARAHONA y RAMÓN LUCAS LUCAS, 2º ed., p. 84.
- GONZÁLEZ MORÁN, Luis. *De la Bioética ... al Bioderecho. Libertad, Vida y Muerte*, Madrid, Universidad Pontificia de Comillas, 2006.
- HERRANZ, Gonzalo. *El embrión ficticio. Historia de un mito biológico*, Madrid, Ediciones Palabra, 2013.
- HERVADA, J., “Los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana”, en *Humana Iura*, 1, 1991, págs. 361-362, en APARISI MIRALLES, Ángela. “El principio de la dignidad humana como fundamento de un bioderecho global” en Cuadernos de Bioética XXIV 2013/2, pp. 201-221 [ubicado el 06.VII 2015]. Obtenido en <http://www.aebioetica.org/revistas/2013/24/81/201.pdf>, p. 207.
- JOUVE DE LA BARRERA, Nicolás, “Embrión humano. Vida humana” en *La desprotección del no nacido en el Siglo XXI*, editado por Roberto Germán Zurriarán, Madrid, 2012, 21-47.
- LACADENA CALERO, Juan – Ramón. *Genética y bioética*, 2º ed.,

Madrid, Universidad Pontificia Comillas, Editorial Desclée De Brouwer S.A., 2003.

- LAFFERRIERE, Jorge Nicolás. *Las implicaciones jurídicas del diagnóstico prenatal: El concebido como hijo y paciente*, 1º ed., Buenos Aires, EDUCA, 2011.
- LÓPEZ GUZMÁN, José “Diagnóstico genético preimplantatorio” en *La desprotección del no nacido en el siglo XXI*, Madrid, Ediciones Internacionales Universitarias, 2012.
- LÓPEZ MORATALLA, Natalia; IRABURU ELIZALDE, María J. *Los quince primeros días de una ida humana*, 2º ed, Pamplona, EUNSA, 2006.
- LÓPEZ TRUJILLO, Alfonso. *Temas candentes de bioética y familia. En la brecha*, Madrid, Ediciones Palabra, 2006.
- LUCAS LUCAS, Ramón “¿Cuándo se inicia la persona humana? Individualidad biológica y existencia personal, en *El Inicio de la vida. Identidad y estatuto del embrión humano*, dirigida por MÓNICA LÓPEZ BARAHONA y RAMÓN LUCAS LUCAS, 2º ed., Madrid, BAC, 1999, p. 59-92.
- LUCAS LUCAS, Ramón. *Explícame la bioética. Guía explicativa de los temas más controvertidos sobre la vida humana*, 4º ed, Madrid, Ediciones Palabra, 2013.
- MELINA, Livio. “Estatuto ético del Embrión humano”, en *El Inicio de la vida. Identidad y estatuto del embrión humano*, dirigida por MÓNICA LÓPEZ BARAHONA y RAMÓN LUCAS LUCAS, 2º ed., Madrid, BAC, 1999, p. 93-135.
- PALAZZANI, Laura. “I significati del concetto filosofico di persona e implicazioni nel dibattito bioético e biogiuridico attuale sullo statuto dell’embrione umano” in Pontificia Academia pro Vita (o. c.), p. 73 ss. en CICCONE, Lino. *Bioética. Historia. Principios. Cuestiones*, 2º ed., Madrid, Colección Pelicano, Ediciones Palabra, 2006, p. 84.
- PARDO SAENZ, José María. *El no nacido como paciente*. 1º ed, Pamplona, EUNSA, 2011.
- PASTOR cit. por Juncosa, A. “El diagnóstico prenatal: problemática ética” en *Anuario Filosófico* 27 (1994). VILA-CORO, María Dolores. “Estatuto jurídico del embrión humano” en *El Inicio de la vida. Identidad y estatuto del embrión humano*, dirigida por MÓNICA LÓPEZ BARAHONA y RAMÓN LUCAS LUCAS, 2º ed., Madrid, BAC, 1999, p.151.
- PEÑARANDA, Enrique, *Los Nuevos desafíos de Reproducción asistida, Reflexiones Éticas y jurídicas desde la perspectiva del Derecho Penal*, ed. Fundación Medicina y Humanidades médicas, Madrid, 2006, p.15 en SÁNCHEZ BARRAGÁN, Rosa De Jesús. “El Tratamiento Jurídico del Derecho a la Vida en Relación al

Concebido desde el pensamiento de Carlos Fernández Sessarego” en *La persona en el Derecho Peruano; Un análisis jurídico contemporáneo. Libro Homenaje a Carlos Fernández Sessarego*, editado por Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, 1° ed., Chiclayo, 2010, p. 57

- PESSINA, A. “Bioética. L'uomo sperimentale”, en SGRECCIA, Elio. *Manual de Bioética*, Tomo I, traducido por equipo de traductores coordinado por Pablo Cervera Barranco, Madrid, B.A.C., 2009, p.146.
- RAU, J. “¿Irá todo bien? Por un progreso a medida humana”, *Revista de Derecho y Género Humano*, 2001, 14, p. 29 en ZURRIARÁIN, Roberto Germán. *Los embriones humanos congelados. Un desafío para la bioética*, 1° ed, Madrid, Ediciones Internacionales Universitarias S.A., 2007, Nota 10, p. 30
- SACHERI, Carlos A. *El Orden Natural*, 2° ed, Lima, IDEPS, 1981.
- SAMBRIZZI, Eduardo A. *La procreación asistida y la manipulación del embrión humano*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001.
- SÁNCHEZ ABAD, Pedro José “Carencias de la Comunicación biológica en las técnicas de reproducción asistida (TRA)” en *La desprotección del no nacido en el siglo XXI*, editado por Roberto Germán Zurriarain, Madrid, Ediciones Internacionales Universitarias, 2012, pp. 83-88.
- SÁNCHEZ BARRAGÁN, Rosa De Jesús. “El Tratamiento Jurídico del Derecho a la Vida en Relación al Concebido desde el pensamiento de Carlos Fernández Sessarego” en *La persona en el Derecho Peruano; Un análisis jurídico contemporáneo. Libro Homenaje a Carlos Fernández Sessarego*, editado por Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, 1° ed., Chiclayo, 2010, pp. 47-78.
- SERRA, Ángel. “La ley del desarrollo del embrión humano revela cuándo “yo” soy “yo” en *El Inicio de la vida. Identidad y estatuto del embrión humano*, dirigida por MÓNICA LÓPEZ BARAHONA y RAMÓN LUCAS LUCAS, 2° ed., Madrid, BAC, 1999, pp. 17-47.
- SERRANO, J.M. “Nuevas cuestiones de bioética” en *La desprotección del no nacido en el siglo XXI*, editado por ROBERTO GERMÁN ZURRIARÁIN, Madrid, Ediciones Internacionales Universitarias, 2012.
- SGRECCIA, Elio. *Manual de Bioética*, Tomo I, traducido por un equipo de traductores coordinado por Pablo Cervera Barranco, Madrid, B.A.C., 2009.
- SINGER, Peter, “Ponencia en el Seminario Internacional La Bioética del Año 2000”, en BASSO, Domingo M., O.P. *Nacer y morir con dignidad. Estudios de bioética contemporánea*, 4ª. Ed., Buenos Aires, Lexis Nexis Argentina, 2005, p. 70.

- SPAEMANN, R. “Personas. Acerca de la distinción entre “algo” y “alguien”, en SGRECCIA, Elio. *Manual de Bioética*, Tomo I, traducido por un equipo de traductores coordinado por Pablo Cervera Barranco, Madrid, B.A.C., 2009, p.132.
- TOMÁS Y GARRIDO, Gloria Ma. *Cuestiones actuales de bioética*, 2º ed., Pamplona, EUNSA, 2011.
- VALENZUELA de SERRANO, Fernanda. “El Comienzo de la vida” en *Bioética*, Colección AquinasNET, Universidad FASTA, 2ª.ed, Mar del Plata, Editorial Martín, 2007, 75-78.
- VALENZUELA de SERRANO, Fernanda. “Estatuto biológico y antropológico del ser humano” en *Bioética*, Colección AquinasNET, Universidad FASTA, 2ª.ed, Mar del Plata, Editorial Martín, 2007, 79-81.
- VILA-CORO, María Dolores. “Estatuto jurídico del embrión humano” en *El Inicio de la vida. Identidad y estatuto del embrión humano*, dirigida por MÓNICA LÓPEZ BARAHONA Y RAMÓN LUCAS LUCAS, 2º ed., Madrid, BAC, 1999, pp.149-162.
- ZURRIARÁIN, Roberto Germán. *Los embriones humanos congelados. Un desafío para la bioética*, 1º ed, Madrid, Ediciones Internacionales Universitarias, 2007.

Tesis:

- CÁRDENAS KRENZ, Arturo Ronald. *El derecho de las personas concebidas mediante técnicas de reproducción asistida a conocer su identidad biológica desde una perspectiva biojurídica*, Tesis para optar el grado de Magister, Lima, USAT, 2014
- GONZÁLES Fernández, Rocío del Pilar. *Límites biojurídicos de la libertad de investigación respecto a la manipulación genética en la vida prenatal*, Tesis para optar el título de abogada, Chiclayo, USAT, 2013
- IBAÑEZ MURGUÍA, Nora Elizabeth. *Reflexiones en torno a la jurisprudencia peruana respecto a las técnicas de reproducción asistida*, Tesis para optar el título de abogada, Chiclayo, USAT, 2014
- PÉREZ PITA, Diana Carolina. *Presupuestos éticos y jurídicos mínimos que se deben tener en cuenta ante una inminente regulación de TRA en el Perú*, Tesis para optar el grado de Magister, Chiclayo, USAT, 2014
- POLITI BARRETO, Melina Brunella. *Protección jurídica del concebido en el derecho peruano ante la regulación de las técnicas de*

reproducción asistida, Tesis para optar el título de abogada,
Chiclayo, USAT, 2010

Legislación:

- *CÓDIGO CIVIL.*
- *CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES.*
- *CÓDIGO PENAL.*
- *CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ.*
- *CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS.*
- *DECLARACIÓN UNIVERSAL SOBRE BIOÉTICA Y DERECHOS HUMANOS*, UNESCO, 2005.
- *LEY N° 26842, LEY GENERAL DE SALUD*, publicada en el Diario Oficial El Peruano el domingo 20 de julio de 1997, Normas Legales pp. 151245-151252 [ubicado el 15.II 2015]. Obtenido en <http://www4.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Leyes/26842.pdf>.
- *RESOLUCIÓN MINISTERIAL N° 0271-2013-JUS*, del 4 de diciembre de 2013, que constituyó el Grupo de Trabajo encargado de elaborar un proyecto de ley que regule los diversos aspectos relacionados con la investigación biomédica y las técnicas de reproducción humana asistida, toda vez que en la actualidad existen instituciones privadas y públicas dedicadas a dichas temáticas. [Ubicada el 2.V 2015]. Obtenida en <http://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2013/12/RM-273-2013-JUS.pdf>
- *RESOLUCIÓN MINISTERIAL N° 0195-2014-JUS*, del 3 de setiembre de 2014, que amplió el objeto de estudio del Grupo de Trabajo creado por la R. M. N° 0271-2013-JUS, para que elabore tres proyectos normativos que regulen: (1) Las técnicas de reproducción humana asistida; (2) La constitución de la Comisión Nacional de Bioética, y (3) La investigación biomédica en seres humanos. [Ubicada el 31.V 2015] Obtenida en <http://pisaq.minjus.gob.pe:8080/Normatividad/>
- *RESOLUCIÓN MINISTERIAL N° 0255-2014-JUS*, del 28 de noviembre de 2014, precisando que el Grupo de Trabajo elaborará un proyecto de ley que regule las técnicas de reproducción humana asistida, y elabore esquemas preliminares sobre dos proyectos de ley: (1) La constitución de la Comisión Nacional de Bioética, y (2) La investigación biomédica en seres humanos. [Ubicada el 31.V 2015] Obtenida en [http://pisaq.minjus.gob.pe:8080/Normatividad/buscarNorma, file:///C:/Users/Sergio/Downloads/RM-255-2014-JUS.pdf](http://pisaq.minjus.gob.pe:8080/Normatividad/buscarNorma,file:///C:/Users/Sergio/Downloads/RM-255-2014-JUS.pdf).
- *RESOLUCIÓN MINISTERIAL N° 486-2014/MINSA*, del Aprueban la Guía Técnica Nacional para la estandarización del procedimiento de Atención Integral de la gestante en la Interrupción Voluntaria por

Indicación Terapéutica del Embarazo menor de 22 semanas con consentimiento informado en el marco de lo dispuesto en el artículo 119 del Código Penal. [Ubicado el 22.VII.2016]. Obtenido en <file:///C:/Users/Sergio/Downloads/NL20140628.pdf>

- *RESOLUCIÓN MINISTERIAL N° 005-2015/MINSA*, del 5 de enero de 2015, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 7 de enero de 2015, dispone la pre-publicación de un proyectado reglamento de la Ley N° 29414, que Establece los Derechos de las Personas Usuarias de los Servicios de Salud, [Ubicado el 02.V.2015]. Obtenido la R. M. publicada en El Peruano en ftp://ftp2.minsa.gob.pe/normaslegales/2015/RM005-2015-MINSA_EP.pdf y la autógrafa de la misma R. M. y el proyecto de Decreto Supremo pre-publicado en ftp://ftp2.minsa.gob.pe/normaslegales/2015/RM005-2015-MINSA_b.pdf.

Linkografía:

- APARISI MIRALLES, Ángela. “El principio de la dignidad humana como fundamento de un bioderecho global” en *Cuadernos de Bioética XXIV 2013/2*, pp. 201-221 [ubicado el 06.VII.2015]. Obtenido en <http://www.aebioetica.org/revistas/2013/24/81/201.pdf>.
- CLINICAS DE FERTILIDAD EN LIMA. [Ubicado el 28.I.2015]. Obtenido en <http://www.clinicasdefertilidadenlima.pe/q/fertilizacion-in-vitro/>
- CLINICAS DE FERTILIDAD EN LIMA. [Ubicado el 06.V.2015]. Obtenido en <http://www.clinicasdefertilidadenlima.pe/q/fertilizacion-in-vitro/>.
- CLINICA MIRAFLORES INSTITUTO DE GINECOLOGÍA Y FERTILIDAD. [Ubicado el 28.I.2015]. Obtenido en <http://www.igf.com.pe/es/fertilidad.php>.
- CONCEBIR CLINICA DE FERTILIDAD ASISTIDA [Ubicado el 28.I.2015]. Obtenido en <http://www.concebir.com/>.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica*. [Ubicado el 04.II.2016]. Obtenido en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf
- EL INFORME BELMONT PRINCIPIOS Y GUÍAS ÉTICOS PARA LA PROTECCIÓN DE LOS SUJETOS HUMANOS DE INVESTIGACIÓN. Comisión Nacional para la protección de los sujetos humanos de investigación biomédica y del comportamiento. U.S.A. Abril 18 de 1979. Principios éticos y orientaciones para la protección de sujetos humanos en la experimentación. [Ubicado el 22.VII.2016]. Obtenido en

<http://www.bioeticayderecho.ub.edu/archivos/norm/InformeBelmont.pdf>

- GRUPO INTERDISCIPLINARIO EN BIOÉTICA. “Consideraciones sobre el embrión humano” en bioética & debat, Vol 15, No.57, monográfico 2009, 2-12 GRUPO INTERDISCIPLINARIO EN BIOÉTICA. “Consideraciones sobre el embrión humano” en bioética & debat, Vol 15, No.57, monográfico 2009, p.5. [Ubicado el 23.VII.2016]. Obtenido en http://www.ibbioetica.org/es/img/home/BD_57_esp_F
- LOPEZ GUZMÁN, José y APARISI Ángela ,“Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada”, en Cuadernos de Bioética Vol XXIII(2), 2012 - Redalyc, pp. 255 [Ubicado el 23.VII.2016]. Obtenido en <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87524464001>
- MEDLINE PLUS. “Fecundación in vitro”, en Enciclopedia Médica. [Ubicado el 26.VI.2016]. Obtenido en: <https://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/007279.htm>
- MEDLINE PLUS. “Fecundación in vitro (FIV)”, en Enciclopedia Médica. [Ubicado el 26.VI.2016]. Obtenido en: <https://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/007279.htm>
- MIRALLES, ANTONIO. “Naturaleza y Sacramento en la doctrina del Concilio Vaticano II sobre el matrimonio” pp. 149-168 [Ubicado el 07.XII 2015]. Obtenido en file:///C:/Users/Sergio/Downloads/simposioteologia2miralles_2.pdf.
- NACER –CENTRO DE REPRODUCCIÓN HUMANA. [Ubicado 11.V 2015]. Obtenido en http://www.nacer-perufiv.com/nuestros_servicios.htm.
- NASCENTIS ESPECIALISTAS EN FERTILIDAD, “La Fertilización In Vitro” [Ubicado el 25.VII.2016]. Obtenido en http://www.nascentis.com/uploads/File/Fertilizacion_In_Vitro.pdf
- PARDO, Antonio. “La fecundación in vitro”. [Ubicado el 26.VI.2016]. Obtenido en <http://www.unav.es/cdb/dhbapfivet.html>
- PARDO, Antonio. “Embrión y “pre-embrión”, en Cuadernos de Bioética, 1997; 8 (4):1416-31 [Ubicado el 13.VII.2016]. Obtenido en: www.unav.es/humbiomedicas/apardo/preembrion.pdf.
- PERAZZO, Gerardo; GARGIULO, Lilian. Informe Warnock: revisión y reflexión bioética a los 25 años de su publicación, Vida y Ética. Año10, Nº 1, Junio 2009, Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina. [Ubicado el 03.VII 2015]. Obtenido en <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/informe-warnock-revision.pdf>.

- PROYECTO DE LEY 1722/2012-CR, Ley que regula la reproducción humana asistida [Ubicado el 10.VII.2015]. Obtenido en: <http://www.congreso.gob.pe/proyectosdeley/>
- PROYECTO DE LEY 02003/2012-CR, Modifica el artículo 7° de la Ley General de Salud [Ubicado el 10.VII.2015]. Obtenido en: <http://www.congreso.gob.pe/proyectosdeley/>
- PROYECTO DE LEY 03034/2013-CR, Ley General de Técnicas de Reproducción Humana Asistida [Ubicado el 10.VII.2015]. Obtenido en: <http://www.congreso.gob.pe/proyectosdeley/>
- PROYECTO DE LEY 03744/2014-CR, Crea la Comisión Especial encargada de elaborar anteproyecto de ley de reproducción humana asistida [Ubicado el 10.VII.2015]. Obtenido en: <http://www.congreso.gob.pe/proyectosdeley/>
- PROYECTO DE LEY 03839/2014-CR, Ley que despenaliza el aborto en los casos de embarazos por violación sexual, inseminación artificial o transferencia de óvulos no consentidas [Ubicado el 2.V.2015]. Obtenido en: <http://www.congreso.gob.pe/proyectosdeley/>
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. “Deseo” en *Diccionario de la Lengua Española*, [Ubicado el 01.VII.2016]. Obtenido en <http://dle.rae.es/?id=CwuZEEf>
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. “Título” en *Diccionario de la Lengua Española*, [Ubicado el 01.VII.2016]. Obtenido en <http://dle.rae.es/?id=Zu7EOGZ>
- SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. Pleno. Sentencia 53/1985, de 11 de abril de 1985 (BOE núm. 119, de 18 de mayo de 1985) Recurso previo de inconstitucionalidad contra el texto de reforma del artículo 417 bis del Código Penal [Ubicado el 22.VII.2016]. Obtenido en <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Sentencia.aspx?cod=17059>
- SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. Pleno. Sentencia 116/1999, de 17 de junio de 1999. Recurso de inconstitucionalidad 376/1989. Promovido contra la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, de Técnicas de Reproducción Asistida. [Ubicado el 22.VII.2016] Obtenido en <https://www.boe.es/boe/dias/1999/07/08/pdfs/T00067-00080.pdf>
- SOTO LAMADRID, Miguel Ángel. “Biogenética, Filiación y Delito. La Fecundación Artificial y la Experimentación Genética ante el Derecho” en Blasi, Gastón Federico *Sobre el inicio de la existencia del ser humano. Un análisis jurídico* [Ubicado el 16.VI 2015]. Obtenido en http://www.revistapersona.com.ar/Persona45/45Blasi.htm#_ftn39.

- VILA-CORO, María Dolores. “El estudio de la “bioética” y la “Biojurídica”, una necesidad (II)”. Entrevista en *Zenit.org Madrid 7 de noviembre de 2004*. [Ubicado el 29.06.2016]. Obtenido en <https://es.zenit.org/articles/el-estudio-de-la-bioetica-y-la-biojuridica-una-necesidad-ii/>.

ANEXO 1-A

FICHA BIBLIOGRÁFICA

SPAEMANN, Robert. *Ética: Cuestiones fundamentales*, 9º ed., Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 2010.

ANEXO 1-B

FICHA TEXTUAL

Derecho al hijo

“En esto se suele mirar más hacia la satisfacción de los deseos e intereses de los adultos –llámense padres, donantes, científicos– que hacia el desprotegido ser que nada puede hacer para defender su vida”

SAMBRIZZI, Eduardo. *La procreación asistida y la manipulación humana del embrión humano*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, p. 14-15

ANEXO 1-C

FICHA DE RESUMEN

CICCONE, Lino. Bioética (2006). Historia. Principios. Cuestiones.

El autor ubica su obra como complemento de una anterior sobre Moral de la Vida Física, es un acercamiento a la bioética, para profundizar y desarrollar cuestiones que han surgido en esta materia. Revisar los orígenes históricos de la bioética, y se plantea el problema de la epistemología de la bioética. Señala que hay una diferente fundamentación antropológica en la bioética y discierne tres etapas en su evolución: la búsqueda de institucionalidad, el asentamiento de la concepción bioética y la relación con la teología moral. El autor aborda nociones de carácter científico y de carácter jurídico y su relación a los organismos internacionales. Desarrolla el problema central del embrión humano, el estatuto ontológico del embrión humano, el estatuto ético, el estatuto jurídico y los elementos a considerar desde la teología.

CICCONE, Lino. *Bioética. Historia. Principios. Cuestiones*, 2º ed., Madrid, Colección Pelicano, Ediciones Palabra, 2006.

ANEXO 1-D

FICHA DE ANÁLISIS Y COMENTARIOS

El derecho a conocer a los padres biológicos

Subraya la importancia de la biojurídica, para las personas nacidas mediante las TRA, a fin de conocer su identidad biológica. De ordinario la legalización de las TRA protege el anonimato del donante de los gametos, o de quien dispuso su vientre para el desarrollo genético. El dilema jurídico es si existe derecho para mantener la reserva de identidad de los padres biológicos, si hay derecho a ocultar el origen procreacional. Porque, contrariamente, hay el derecho a conocer quiénes son los padres biológicos, porque hace eficaz el derecho a la identidad y el derecho a la no discriminación. Lo que pone en duda si asiste el derecho a la intimidad de los padres biológicos donantes de sus gametos para un proceso de fecundación artificial. El autor recomienda incorporar en el Código Civil de una norma que consagre el derecho de toda persona a conocer su origen biológico.

CÁRDENAS KRENZ, Arturo Ronald. *El derecho de las personas concebidas mediante técnicas de reproducción asistida a conocer su identidad biológica desde una perspectiva biojurídica*, Tesis para optar el grado de Magister, USAT, 2014

ANEXO 2

ANTEPROYECTO DE LEY ELEVADO AL DESPACHO MINISTERIAL DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS POR LA COMISIÓN DESIGNADA MEDIANTE LA RESOLUCIÓN MINISTERIAL N° 0271-2013-JUS DEL 4 DE DICIEMBRE DE 2013, QUE CONSTITUYÓ EL GRUPO DE TRABAJO ENCARGADO DE ELABORAR UN PROYECTO DE LEY QUE REGULE LOS DIVERSOS ASPECTOS RELACIONADOS CON LA INVESTIGACIÓN BIOMÉDICA Y LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA, Y LA RESOLUCIÓN MINISTERIAL N° 0195-2014-JUS DEL 3 DE SETIEMBRE DE 2014, QUE AMPLIÓ EL OBJETO DE ESTUDIO DEL GRUPO DE TRABAJO PARA QUE ELABORE TRES PROYECTOS NORMATIVOS QUE REGULEN: LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA; LA CONSTITUCIÓN DE LA COMISIÓN NACIONAL DE BIOÉTICA, Y LA INVESTIGACIÓN BIOMÉDICA EN SERES HUMANOS

LEY QUE REGULA LOS ASPECTOS GENERALES Y LAS CONDICIONES DE LA REPRODUCCIÓN HUMANA MÉDICAMENTE ASISTIDA

TÍTULO PRELIMINAR

Artículo I.- Objeto de la ley

La presente ley tiene por objeto regular los procedimientos relacionados con la reproducción humana médicamente asistida y las obligaciones de los establecimientos de salud involucrados.

Artículo II.- Finalidad de la ley

1. Los procedimientos de reproducción humana médicamente asistida serán realizados con la finalidad de atender los problemas de infertilidad, así como salvaguardar los derechos sexuales y reproductivos.
2. Los procedimientos de reproducción humana médicamente asistida serán realizados con la finalidad de contribuir con la procreación.
3. En la aplicación de los procedimientos que coadyuven con la procreación, se deberá garantizar el respeto a la vida y la dignidad humana, incluidos los no nacidos.

Artículo III.- Principios rectores

Los principios rectores para la aplicación de los procedimientos de reproducción humana médicamente asistida son los que se indican a continuación, de conformidad con la Constitución Política del Perú, las leyes y el ordenamiento jurídico.

1. Principio de dignidad humana:

La aplicación de los procedimientos de reproducción humana médicamente asistida debe estar en armonía con el pleno respeto a la dignidad humana, los derechos y las libertades fundamentales derivados de ella. En caso de duda, este principio debe tomarse como última guía interpretativa.

2. Principio de autonomía:

Toda persona tiene derecho a decidir sobre aquello que puede afectar su estado de salud, asumiendo las consecuencias que puedan acarrear sus determinaciones.

3. Principio de igualdad:

La atención médica debe ser brindada conforme a las necesidades de salud, sin distinciones, privilegios, ni preferencias.

Dicho principio se vulnera cuando la atención médica brindada en un establecimiento de salud resulta ser de manera desigual, sin que exista una justificación objetiva y razonable.

El Estado realizará acciones de prevención de los factores que causen la infertilidad. Asimismo, adoptará medidas a favor de las personas infértiles, a fin de salvaguardar su derecho a la salud reproductiva, de acuerdo a la disponibilidad presupuestal de los pliegos institucionales involucrados.

4. Principio de beneficencia:

El profesional de la salud debe buscar el bienestar de los/las usuarios/usuarias involucrados/involucradas conforme a los alcances de la presente ley.

5. Principio de no maleficencia

El profesional de la salud no debe realizar acciones que causen daño a los/las usuarios/usuarioas involucrados/involucradas conforme a los alcances de la presente ley.

6. Principio de información:

En los procedimientos relacionados con la reproducción humana médicamente asistida se deberá ofrecer toda la información relevante sobre sus beneficios, riesgos, posibilidades de éxito y consecuencias que deriven de estos.

La información brindada debe ser veraz, suficiente, de fácil comprensión, apropiada, oportuna y, de ser necesario, en la lengua originaria o el lenguaje utilizado por los/las usuarios/usuarioas.

7. Principio de confidencialidad

La información relativa a los procedimientos involucrados con la reproducción humana médicamente asistida debe ser reservada. Esta no debe ser utilizada o revelada para fines distintos de los que determinaron su acopio, salvo las excepciones previstas en la ley.

8. Principio de solidaridad

Los/las donantes de gametos y embriones, las gestantes subrogadas y los bancos de gametos y embriones se rigen por el altruismo a favor de aquellos/aquellas que, de preferencia, padecen de infertilidad.

Artículo IV.- Definiciones

Las definiciones que se detallan a continuación son de aplicación en la presente ley, en sus normas reglamentarias, complementarias normativas en el que se regulen materias afines a la reproducción humana médicamente asistida:

1. **Beneficiarios/Beneficiarias:** Solicitantes que reciben gametos o embriones donados por parte de los establecimientos de salud, en el marco de los procedimientos de reproducción humana médicamente asistida.

2. **Criopreservación:** Procedimiento que consiste en la congelación de gametos o embriones, recuperados u obtenidos, para preservar la fertilidad o para realizar algún procedimiento de reproducción humana médicamente asistida.

3. **Donación:** Acto voluntario y altruista, de forma incondicional, por medio del cual una persona autoriza a un establecimiento de salud a que realice procedimientos a fin de que recabe sus gametos o embriones que serán entregados a favor de terceros beneficiarios, conforme a la presente ley.

Para efectos de la presente ley, toda referencia a donación se deberá entender como acto de disposición, de conformidad con lo previsto en el artículo 7° del Código Civil.

4. **Estimulación ovárica:** Procedimiento médico controlado que consiste en inducir una ovulación múltiple.

5. **Fecundación *in vitro*:** Procedimiento que consiste en la unión de óvulos y espermatozoides en el laboratorio, con la finalidad de obtener un número apto de embriones disponibles para ser transferidos a la cavidad uterina.

Es considerada una técnica de reproducción humana médicamente asistida de alta complejidad.

6. **Gestación subrogada:** Procedimiento médico autorizado por la Comisión Nacional de Reproducción Humana Médicamente Asistida, a fin de que en una IPRESS efectúe la transferencia embrionaria en una mujer distinta a una usuaria.

Para tal efecto, será necesaria la aplicación de técnicas de reproducción humana médicamente asistida de alta complejidad.

7. **Implantación embrionaria:** Proceso biológico que consiste en la adhesión del embrión al endometrio a fin de continuar su evolución.

8. **Inseminación intrauterina:** Procedimiento médico que consiste en introducir espermatozoides seleccionados al interior de la cavidad uterina, a fin de que se consiga la fecundación natural.

Es considerada una técnica de reproducción humana médicamente asistida de baja complejidad.

9. **Infertilidad:** enfermedad del sistema reproductivo definida como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegidas y sin uso de métodos anticonceptivos.

10. **IPRESS:** Establecimientos de salud y servicios médicos de apoyo, públicos, privados o mixtos, conforme a lo establecido en el Decreto Legislativo N° 1158.

11. **Usuario:** Para efectos de la presente ley, también se entiende por usuaria a la gestante subrogada.

12. **Progenitores subrogantes:** Se entiende por progenitores subrogantes a los/las usuarios/usuarias de los procedimientos de reproducción humana médicamente asistida en el marco de una gestación subrogada, siempre que cumplan con los requisitos estipulados en la presente ley

13. **Procedimiento de reproducción humana médicamente asistida:** El procedimiento se iniciará una vez que se realice alguna de las técnicas de reproducción humana asistida.

14. **Recuperación de gametos:** Procedimiento médico que consiste en la obtención de gametos femeninos y masculinos.
15. **Técnicas de reproducción humana asistida:** Procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para la obtención de un embarazo, los cuales pueden ser de baja o alta complejidad.

Las técnicas de baja complejidad implican procedimientos en función de los cuales la unión de óvulo y espermatozoide se realiza en la cavidad uterina.

Por otro lado, los de alta complejidad consisten en la recuperación y selección de óvulos y espermatozoides de buena calidad, por medio de la cual se lleva a cabo la fecundación, el cultivo y la selección de embriones. Estos procedimientos son efectuados en un laboratorio de alta tecnología para su oportuna transferencia en la cavidad uterina.
16. **Transferencia embrionaria:** Es el punto culminante de las diversas técnicas de reproducción humana médicamente asistida de alta complejidad, que consiste en el traslado de los embriones al interior de la cavidad uterina.
17. **Síndrome de hiperestimulación ovárica:** Situación patológica que se da en aquellas usuarias que responden de forma exagerada al procedimiento de estimulación ovárica.

TÍTULO I REPRODUCCIÓN HUMANA MÉDICAMENTE ASISTIDA

CAPÍTULO I PERSONAS USUARIAS DE LOS PROCEDIMIENTOS DE REPRODUCCIÓN HUMANA MÉDICAMENTE ASISTIDA

Artículo 1°.- Condiciones de los/las usuarios/usuarias

Las condiciones de los/las **usuarios/usuarias** para acceder a los procedimientos de reproducción humana médicamente asistida son las siguientes:

1. Tener mayoría de edad. La edad máxima de la mujer usuaria será de 50 años de edad. Sin embargo, quien supere dicho límite, podrá requerir a la Junta Médica del establecimiento de salud, en donde es atendida, que se evalúe su situación y autorice los procedimientos que le resulten aplicables.
2. Gozar de un buen estado de salud físico y síquico, de conformidad con las exigencias de un protocolo obligatorio que lo acredite.

3. Brindar consentimiento previo e informado.
4. En el caso de la gestación subrogada, los/las usuarios deberán tener nacionalidad peruana o tener la calidad de residente peruano/peruana.
5. Debe asumir el costo de la criopreservación de los embriones que sean transferidos para sí.
6. No cabe solicitar los procedimientos de reproducción humana médicamente asistida por razón de género.

Artículo 2°.- Derechos de los/las usuarios/usuarias

Los/las usuarios/usuarias tienen los siguientes derechos:

1. Las parejas infértiles tienen derecho a acceder a los procedimientos de reproducción humana médicamente asistida en las IPRESS públicas, de acuerdo a la disponibilidad presupuestal de los pliegos institucionales involucrados.
2. A brindar su consentimiento previo e informado de manera oportuna, suficiente, veraz y fácilmente accesible que permita tomar una decisión para acceder al servicio de reproducción humana médicamente asistida, así como para recibir un servicio idóneo.
3. A ser consultado y a ser respetado en la decisión que se adopte sobre el destino de sus gametos y embriones, dentro de los límites previstos en la presente ley.
4. A no ser discriminado en la prestación del servicio de reproducción humana médicamente asistida sin distinciones, privilegios ni preferencias.
5. A la protección de sus datos personales que deriven del procedimiento de técnicas de reproducción humana médicamente asistida.
6. A recibir una atención psicológica y jurídica durante la prestación del servicio.

Artículo 3°.- Consentimiento previo e informado

1. El consentimiento previo e informado sobre la aplicación de cualquier procedimiento de reproducción humana médicamente asistida debe ser libre, consciente, voluntario y expreso por parte de los/las usuarios/usuarias. Este quedará plasmado en el documento que formará parte de la historia clínica de las/los solicitantes.
2. Si los/las usuarios/usuarias tienen cónyuge o conviviente, será necesario, además, el consentimiento previo e informado de este o esta. En caso los cónyuges estuvieran separados de hecho, bastará presentar una declaración jurada.

3. El reglamento establece los requisitos de formalidad que deben observarse en cualquier supuesto para que el consentimiento previo e informado se considere válidamente emitido.

Artículo 4°.- Revocación del consentimiento previo e informado

La revocación podrá efectuarse hasta antes del inicio del procedimiento de reproducción humana médicamente asistida, que será formalizada inmediatamente después de producida la misma. Esta procede hasta antes de la inseminación intrauterina o transferencia embrionaria u otro procedimiento análogo aplicable en la usuaria, conforme a lo establecido en la presente ley y su reglamento.

Artículo 5°.- Efectos de la revocación

Sin perjuicio de la revocación efectuada por los/las usuarios/usuarias, la IPRESS, de ser el caso, podrá exigir el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los servicios efectuados.

CAPÍTULO II DISPOSICIÓN DE GAMETOS

Artículo 6°.- Recuperación de gametos

La recuperación de gametos tiene como finalidad que estos sean utilizados con fines de procreación y/o preservación de la fertilidad.

Artículo 7°.- Criopreservación de gametos

Los gametos recuperados no utilizados en los procedimientos de la reproducción humana médicamente asistida deberán criopreservarse.

El/la titular manifestará su voluntad de utilizarlos para sí mismo o para donarlos a terceros, con fines reproductivos o de investigación.

Artículo 8°.- Pérdida de titularidad de gametos

Se perderá la titularidad de gametos según los siguientes supuestos:

1. Cuando se hayan donado con fines reproductivos o de investigación.
2. Cuando no se solvente el mantenimiento de su criopreservación, en cuyo caso serán desechados de acuerdo al plazo previsto en el reglamento.

Artículo 9°.- Gametos *post mortem*

Fallecido uno de los miembros de la pareja, sus gametos serán desechados automáticamente, salvo que haya prestado su consentimiento libre, consciente, voluntario y expreso a través del formulario del consentimiento informado para que su material reproductor pueda ser utilizado en cualquiera de los siguientes supuestos:

1. A favor de la pareja supérstite.
2. Donación a favor de tercero.
3. Para fines de investigación.

CAPÍTULO III DONACIÓN DE GAMETOS Y EMBRIONES

Artículo 10°.- Donación de gametos

La donación de gametos contiene los siguientes presupuestos:

1. Es altruista.
2. Es expresa y se formalizará por escrito entre las partes involucradas.
3. Es voluntaria.
4. Es anónima.
5. Los datos de identidad de los donantes constituyen información confidencial, en el marco de lo señalado en el Título II de la presente ley y, asimismo, de conformidad con el Numeral 5 del Artículo 15°-B de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública o la que hubiere lugar.
6. No genera vínculo filial.
7. Es realizada a través de los establecimientos de salud, conforme lo previsto en la presente ley.
8. Procede una compensación económica relativa a las molestias físicas, gastos de desplazamiento y laborales que puedan haberse derivado de esta, según corresponda. En ningún caso, podrá suponer incentivo económico.
9. El número máximo de donaciones de gametos será previsto en el reglamento de la presente ley.
10. Queda prohibida la comercialización de gametos.

Artículo 11°.- Condiciones personales de los/las donantes de gametos

Las condiciones personales de los/las donantes de gametos deben ser las siguientes:

1. Contar con mayoría de edad.
2. Gozar de buen estado de salud físico y síquico, que será determinado por el médico especialista, de conformidad con las exigencias de un protocolo obligatorio que lo acredite.
3. Antes de formalizar la donación de gametos, es necesario el consentimiento previo e informado por parte de los/las donantes.
4. Serán excluidos como donantes de gametos aquellas personas que hubieran generado seis descendientes o más.

5. A efectos de supervisar el límite previsto en el numeral 3, los donantes deberán declarar en los establecimientos de salud si realizaron donaciones previas, de ser el caso, el número de donaciones, las condiciones de estas e indicar el lugar en el que se hubieran realizado dichas donaciones, a fin de que esta información pueda ser remitida al Registro Nacional de Donantes de Gametos y Embriones y Gestantes Subrogadas.

Artículo 12°.- Derechos de los/las donantes de gametos

Los/las donantes de gametos tienen los siguientes derechos:

1. A recibir información sobre el acto de donar y las consecuencias previsibles de su decisión.
2. A ser informado sobre los resultados de las pruebas que se le realicen durante el proceso de donación, así como a la reserva de los resultados con relación a terceros.
3. Si es un/una trabajador/trabajadora tiene derecho a que su centro laboral le otorgue permiso por el tiempo que demande el proceso de donación, previa evaluación y diagnóstico que determine el médico especialista. Los requisitos serán determinados en el reglamento de la presente ley.

Artículo 13°.- Revocación de la donación de gametos

Los/las donantes de gametos pueden revocar su consentimiento solo si estos no han sido utilizados en un procedimiento de inseminación intrauterina o fecundación *in vitro* u otro procedimiento análogo. Si bien esta decisión no dará lugar a ningún tipo de indemnización, el/la revocante asumirá todos los gastos en los que haya incurrido el establecimiento de salud.

Artículo 14°.- Donación de embriones

Los embriones resultantes de los procedimientos de reproducción humana médicamente asistida pueden ser donados. Para tal efecto, se debe tener en consideración lo siguiente:

1. La donación de embriones se realizará con fines reproductivos.
2. Queda prohibida la comercialización de embriones.
3. Asimismo, se cumplen los mismos presupuestos y condiciones personales previstos para la donación de gametos, en lo que resulte aplicable.

Artículo 15°.- Revocación de la donación de embriones

La revocación de la donación de embriones procede antes de su utilización por parte de terceros. Si bien esta decisión no dará lugar a ningún tipo de indemnización, el/la revocante asumirá todos los gastos en los que haya incurrido el establecimiento de salud.

Artículo 16°.- Ente responsable de la donación de gametos y embriones

Los establecimientos de salud donan los gametos y embriones a favor de los/las solicitantes de los procedimientos de reproducción humana médicamente asistida, conforme al principio de solidaridad.

CAPÍTULO IV CRIOPRESERVACIÓN, TITULARIDAD Y TRANSFERENCIA DE EMBRIONES

Artículo 17°.- Criopreservación de embriones

Los embriones resultantes de los procedimientos de reproducción humana médicamente asistida que no hayan sido transferidos en una mujer serán cuidados por los establecimientos de salud a través de la criopreservación.

Artículo 18°.- Titularidad de los embriones

La titularidad de los embriones que se encuentran criopreservados en los establecimientos de salud se determinará de acuerdo a la voluntad procreacional.

Los/las solicitantes consignarán en el formulario del consentimiento previo e informado relativo a la aplicación de los procedimientos de reproducción humana médicamente asistida, cuál será el destino de sus embriones en caso exista alguna contingencia.

Artículo 19°.- Pérdida de titularidad de los embriones

Se perderá la titularidad de los embriones criopreservados en los establecimientos de salud, siempre que se cumpla cualquiera de los siguientes supuestos:

1. No se manifieste voluntad para su criopreservación, en un plazo que será establecido en el reglamento, contabilizado desde la fecha en que fueron fecundados.
2. No se efectúe la transferencia embrionaria en la solicitante o en la gestante subrogada en un plazo que será establecido en el reglamento contabilizado desde la fecha en que fueron fecundados. Cabe señalar que el plazo será mayor al contemplado en el numeral precedente.
3. En caso se cumpla lo previsto en los numerales 1 y 2, los establecimientos de salud asumirán la titularidad de los embriones de acuerdo a los fines previstos en el artículo 14° de la presente ley.

Artículo 20°.- Transferencia embrionaria

Se podrán transferir en la solicitante o en la gestante subrogada máximo dos embriones. Para tal efecto, el reglamento establecerá las particularidades que se deberán tener en cuenta.

CAPÍTULO V GESTACIÓN SUBROGADA

Artículo 21°.- Finalidad de la gestación subrogada

La gestación subrogada tiene por finalidad coadyuvar de manera altruista a aquellas personas que pretenden tener descendencia, siempre que su condición médica impida llevar la gestación por cuenta propia.

Artículo 22°.- Partes involucradas en la gestación subrogada

La gestación subrogada podrá ser acordada entre una mujer y aquellas personas que expresen su voluntad para tener descendencia, siempre y cuando se cumplan los presupuestos y condiciones personales contempladas en la presente ley.

Artículo 23°.- Presupuestos de la gestación subrogada

La gestación subrogada tiene los siguientes presupuestos:

1. Es altruista.
2. Es libre y voluntaria.
3. Es expresa y se formalizará por escrito entre las partes involucradas.
4. Debe existir correspondencia genética entre el embrión y al menos uno de los solicitantes. De ninguna manera, la gestante subrogada podrá ser la donante de los óvulos.
5. Es un procedimiento excepcional y solo deberá llevarse a cabo bajo indicación médica expresa, siempre que no exista otro procedimiento médico para tener descendencia. Para tal efecto, la Comisión Nacional de Reproducción Humana Médicamente Asistida evaluará los casos en que procede, según corresponda.
6. Es realizada a través de los establecimientos de salud conforme lo previsto en la presente ley.
7. Los datos de identidad de la gestante subrogada son confidenciales, salvo las excepciones previstas en la ley.
8. No genera vínculo filial.

Artículo 24°.- Condiciones personales de la gestante subrogada

Las condiciones personales de la gestante subrogada deben ser las siguientes:

1. Mujer mayor de edad. La edad máxima será de 40 años de edad; sin embargo, en caso se supere dicho límite, la solicitante podrá requerir a la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, según corresponda, que evalúe la situación de la gestante subrogada y autorice los procedimientos que le resulten aplicables.

2. Gozar de buen estado de salud físico y síquico.
3. Tener por lo menos un hijo biológico/hija biológica.
4. Debe haber llevado a término el embarazo por una sola vez.
5. En caso tenga cónyuge o conviviente será necesario, además, el consentimiento previo e informado de este. En caso los cónyuges estuvieran separados de hecho, bastará presentar una declaración jurada.

Artículo 25°.- Derechos de la gestante subrogada

Se reconoce que la gestante subrogada tiene los siguientes derechos:

1. A recibir información sobre los riesgos y consecuencias derivadas de la gestación subrogada, antes de formalizarla y brindar su consentimiento previo y por escrito.
2. A ser beneficiada de un seguro, a fin de prever alguna contingencia que pueda derivarse como consecuencia de la aplicación de los procedimientos de la reproducción humana médicamente asistida.
3. A recibir atención médica y psicológica antes, durante y después del embarazo siempre que lo determine un médico especialista.
4. A recibir una alimentación adecuada, antes, durante y después del embarazo. Esto último, bajo indicación médica expresa.
5. A que su estado de salud sea óptimo después del embarazo.
6. A recibir una compensación económica relativa a las molestias físicas, gastos de desplazamiento y laborales que puedan haberse derivado de esta. En ningún caso podrá suponer incentivo económico que desnaturalice la finalidad prevista en el presente capítulo.
7. A revocar su decisión inicialmente adoptada hasta antes de la transferencia embrionaria.
8. En caso el embarazo se frustrara por situaciones de orden natural o médico, ello no acarreará indemnización para ninguna de las partes.
9. A gozar del descanso prenatal, conforme lo establecido en la ley de la materia. El referido descanso no podrá ser utilizado con posterioridad al parto.
10. A gozar de una licencia justificada con posterioridad al parto, en caso lo determine el médico especialista. Esta licencia será con goce de haberes.

11. A reincorporarse a su centro de labores, bajo las mismas condiciones en las que se encontraba al momento de la suspensión de sus labores.

Artículo 26°.- Obligaciones de la gestante subrogada

La gestante subrogada tiene las siguientes obligaciones:

1. Acudir a los controles médicos.
2. Tener una vida saludable.
3. Seguir todas las recomendaciones prescritas por el médico especialista antes y durante el embarazo.
4. Entregar a quienes sean progenitores subrogantes el/la recién nacido/nacida, conforme el acuerdo suscrito.

Artículo 27°.- Derechos de los progenitores subrogantes

Los progenitores subrogantes tienen los siguientes derechos:

1. A gozar del derecho de un descanso post-natal, conforme a la ley de la materia.
2. Al periodo de lactancia, conforme a la ley de la materia.

Artículo 28°.- Obligaciones de los progenitores subrogantes

Los progenitores subrogantes que suscriban un acuerdo de gestación subrogada asumen las siguientes obligaciones:

1. Asegurar, en cuanto les sea aplicable, la satisfacción de los derechos reconocidos a la gestante subrogada.
2. Asumir la paternidad o maternidad del niño/niña recién nacido/nacida inmediatamente después del parto.

**CAPÍTULO VI
INSTITUCIONES PRESTADORAS DE SERVICIOS DE SALUD Y
PROFESIONALES DE LA SALUD**

Artículo 29°.- Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPRESS)

Para efectos de esta ley, son consideradas instituciones prestadoras de servicio de salud:

1. Los establecimientos de salud, conforme lo establecido en el Decreto Legislativo N° 1158.
2. Los bancos de gametos y embriones.

Artículo 30°.- Requisitos y condiciones de funcionamiento de una IPRESS

Para el funcionamiento de los establecimientos de salud se deberá contar con la autorización y acreditación. Para ello, SUSALUD evaluará de forma previa que se cumplan con los siguientes requisitos:

1. Contar con el equipamiento, los medios necesarios y los sistemas de saneamiento y control de riesgos para garantizar el cumplimiento de los principios y derechos reconocidos en la presente ley.
2. Contar con profesionales especializados, debidamente acreditados en temas de reproducción humana médicamente asistida, y estarán liderados por un especialista en la materia, de acuerdo a las funciones que cumplan.
3. Cumplir con los requisitos previstos en el Decreto Legislativo N° 1158 y su respectivo reglamento, así como los dispositivos pertinentes de carácter reglamentario que emita SUSALUD,

Las condiciones señaladas anteriormente servirán también para su renovación, suspensión o revocación.

Artículo 31°.- Obligaciones de las IPRESS frente a SUSALUD

Las IPRESS frente a SUSALUD tienen las siguientes obligaciones:

1. Proporcionar toda información relacionada con la actividad para la que hayan sido autorizados.
2. Permitir la inspección y supervisión con la periodicidad que se establezca en el reglamento.
3. Cumplir con las condiciones, requisitos y garantías de los procedimientos previstos en el Decreto Legislativo N° 1158 y su respectivo reglamento
4. Brindar información sobre el número de donaciones de gametos y embriones remitidos al Registro Nacional de Donantes de Gametos y Embriones y Gestantes Subrogadas, y otras que sean contempladas en el reglamento de la presente ley, siempre que se garantice el principio de confidencialidad.
5. Y demás funciones que le sean asignadas por ley y por su reglamento.

En los supuestos señalados se deberá salvaguardar el secreto profesional y el derecho a la intimidad, de conformidad con la Constitución Política del Perú y la ley.

Artículo 32°.- Obligaciones de las IPRESS y los profesionales de la salud frente a los/las usuarios/usuarias y gestantes subrogadas

Las obligaciones de las IPRESS y los profesionales de la salud frente a los/las usuarios/ usuarias y gestantes subrogadas son las siguientes:

1. Certificar el estado de salud físico y síquico.
2. Informar previamente por escrito sobre los beneficios, riesgos, posibilidades y consecuencias que deriven de su decisión.
3. Absolver las consultas referentes a la reproducción humana médicamente asistida.
4. Los procedimientos de reproducción humana médicamente asistida solo podrán realizarse cuando no supongan riesgo grave para la salud de la mujer solicitante, la gestante subrogada y la posible descendencia de ambas.
5. El profesional médico responsable deberá dejar constancia escrita en la historia clínica correspondiente de los estudios, tratamientos y resultados

derivados de la reproducción humana médicamente asistida, justificando debidamente su realización.

6. Informar a los/las usuarios/usuarias el número de gametos y/o la concentración de la muestra seminal, y/o embriones obtenidos a través de las técnicas de reproducción humana médicamente asistida.
7. Los profesionales de la salud conservarán, con debida protección y confidencialidad, toda información vinculada con los procedimientos de reproducción humana médicamente asistida.
8. Para la aplicación de cualquier otro procedimiento no previsto legalmente, se requerirá la autorización de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Médicamente Asistida, según corresponda.
9. Garantizar la idoneidad del servicio de reproducción humana médicamente asistida.
10. Tomar las previsiones correspondientes a fin de garantizar la no suspensión del servicio de reproducción humana médicamente asistida, en caso se formule una petición de objeción de conciencia.
11. Efectuar una técnica autorizada por la Comisión Nacional de Reproducción Humana Médicamente Asistida o aquella que cumpla dicha función.

Artículo 33°.- Obligaciones de las IPRESS y los profesionales de la salud frente a los/las donantes de gametos y embriones

Las obligaciones de las IPRESS y los profesionales de la salud frente a los/las donantes de gametos y embriones son las siguientes:

1. Brindar asistencia médica a la donante de ovocitos durante el tiempo que sea necesario para su restablecimiento.
2. Mantener el anonimato de los/las donantes de gametos y embriones, salvo las excepciones previstas en la ley.
3. Los gametos donados solo podrán ser fecundados siempre que exista un requerimiento previo por parte de un/una usuaria de algún procedimiento de reproducción humana médicamente asistida para sí.
4. Asimismo, en lo que resulte aplicable, se cumplen las mismas obligaciones contempladas en el artículo precedente.

TÍTULO II

**REGISTRO NACIONAL DE DONANTES DE GAMETOS Y EMBRIONES
Y GESTANTES SUBROGADAS**

Artículo 34°.- Objeto del registro

El Registro Nacional de Donantes de Gametos y Embriones y Gestantes Subrogadas tiene por objeto administrar, custodiar y actualizarla confidencialidad de la información remitida por los establecimientos de salud relativa al origen y al destino de los gametos y embriones donados, así como la identidad de las mujeres que voluntariamente deciden ser gestantes subrogadas.

Artículo 35°.- Finalidad del registro

El Registro Nacional de Donantes de Gametos y Embriones y Gestantes Subrogadas tiene por finalidad:

1. Garantizar el acceso a la información en los supuestos previstos en el artículo 38° de la presente ley.
2. Garantizar el cumplimiento de lo previsto en el numeral 4 del artículo 10° de la presente ley.
3. Evitar que una mujer sea gestante subrogada más de una vez.

Artículo 36°.- Ente encargado del registro

El Registro Nacional de Identificación y Estado Civiles es responsable de administrar, custodiar y actualizar la confidencialidad de la información contenida en el Registro Nacional de Donantes de Gametos y Embriones y Gestantes Subrogadas.

Artículo 37°.- Contenido del registro

Las IPRESS deben remitir al Registro Nacional de Donantes de Gametos y Embriones y Gestantes Subrogadas la siguiente información:

1. Con relación a los/las donantes de gametos y embriones:
 - a) Nombres, apellidos, lugar, fecha de nacimiento, estado civil y número de documento de identidad.
 - b) Descripciones fenotípicas, grupo sanguíneo, antecedentes médicos, ocupación u otra información de especial relevancia, a fin de garantizar el derecho a la salud y a la identidad de las personas cuyo origen se debe a una donación de gametos y embriones.
 - c) Información relevante de los ascendientes hasta el primer y segundo grado de consanguinidad y, de ser el caso, de los descendientes.
 - d) Indicar el número de donaciones efectuadas.
 - e) Indicar el número de embriones obtenidos con sus gametos.
 - f) Indicar el número de personas concebidas con sus gametos y los procedimientos de reproducción humana médicamente asistida realizados para estas.
 - g) Indicar el lugar en que residen los/las donantes, el cual deberá corresponder con su domicilio real, así como otra forma de ser ubicados.
 - h) Consentimiento expreso si desean ser ubicados.
2. Con relación a los/las usuarios/usuarias vinculados a donaciones de gametos y embriones:
 - a) Nombres y apellidos.
 - b) Indicar el lugar de residencia, así como otra forma de ser ubicados.
 - c) Estado civil y número de documento de identidad.
3. Con relación a las personas cuyo origen se debe a una donación de gametos o de embriones:
 - a) Nombres y apellidos.

- b) Fecha y lugar de nacimiento.
 - c) Indicar el lugar de residencia, así como otra forma de ser ubicados.
4. Con relación a las gestantes subrogadas:
- a) Nombres y apellidos.
 - b) Fecha y lugar de nacimiento.
 - c) Indicar el lugar de residencia, así como otra forma de ser ubicadas.
 - d) Estado civil y número de documento de identidad.
5. Con relación a los/las usuarios/usuarias que tienen descendencia debido a la gestación subrogada:
- a) Nombres y apellidos.
 - b) Fecha y lugar de nacimiento.
 - c) Indicar el lugar de residencia, así como otra forma de ser ubicados.
 - d) Estado civil y número de documento de identidad.
6. Asimismo, las IPRESS deben consignar lo siguiente:
- a) Razón social.
 - b) Los nombres de los médicos involucrados en la fecundación de gametos donados.
 - c) Los nombres de los médicos involucrados en la transferencia de embriones o de gametos, según corresponda.
 - d) Los nombres de los médicos involucrados en la gestación subrogada.
7. Las IPRESS están obligadas a informar al Registro Nacional de Donantes de Gametos y Embriones y Gestantes Subrogadas, en caso el embarazo se frustrara por situaciones de orden natural o médico.

Artículo 38°.- Supuestos para acceder al registro

Para acceder al Registro Nacional de Donantes de Gametos y Embriones y Gestantes Subrogadas se cumplirán los siguientes supuestos:

1. Los/las donantes podrán acceder al registro en cualquier momento a efectos de conocer el número de descendientes que tienen.
2. Los/las donantes de gametos y embriones, podrán acceder a la información relativa a su descendencia, a excepción de los nombres, apellidos y domicilio u otra forma de ubicación.
3. Las personas cuyo origen se debe a una donación de gametos o de embriones, una vez cumplida la mayoría de edad, podrán acceder a la información de su progenitor o progenitora biológico/biológica, a excepción de los nombres, apellidos y domicilio u otra forma de ubicación.

En caso peligre la vida o la salud de las personas cuyo origen se debe a una donación de gametos o de embriones y tengan la voluntad de ubicar a los/las donantes de gametos y embriones, estos podrán ser notificados.

Sin perjuicio de lo señalado, cualquier supuesto no previsto en la presente ley o el reglamento, el juez, en ejercicio de sus funciones, lo decidirá.

Artículo 39°.- Funciones del Registro Nacional de Donantes de Gametos y Embriones y Gestantes Subrogadas

Las funciones del Registro Nacional de Donantes de Gametos y Embriones y Gestantes Subrogadas son las siguientes:

1. Registrar y actualizar la información remitida por los establecimientos de salud relativa al origen y al destino de los gametos y embriones cedidos.
2. Notificar la información prevista en la presente ley.
3. Remitir información requerida por orden judicial.
4. Cruzar la información brindada por los establecimientos de salud.
5. Otras que determine el reglamento.

Artículo 40°.- Responsabilidades en la administración del Registro

El personal que tenga acceso al Registro Nacional de Donantes de Gametos y Embriones y Gestantes Subrogadas conservará, con debida protección y confidencialidad, todas las referencias sobre la información relacionada con las personas involucradas en los procedimientos previstos en la presente ley, bajo responsabilidad administrativa y/o penal a que hubiere lugar.

Asimismo, los terceros que deliberada e ilegítimamente accedan al registro, incurrirán en responsabilidad penal en cualquiera de los tipos penales previstos en la Ley N° 30096— Ley de Delitos Informáticos, según corresponda, y sin perjuicio de otros tipos penales a que hubiere lugar.

TÍTULO III

FILIACIÓN DERIVADA DE LA REPRODUCCIÓN HUMANA MÉDICAMENTE ASISTIDA

Artículo 41°.- Principio para determinar la filiación

El principio fundamental para determinar la filiación derivada de la reproducción humana médicamente asistida es la voluntad procreacional.

La voluntad procreacional está contenida en el formulario de consentimiento informado, y ello constituye un medio probatorio.

Los/las usuarios/usuarias que autorizaron la aplicación de un procedimiento de reproducción humana médicamente asistida, no podrán negar la relación filial con el concebido.

Artículo 42°.- Inimpugnabilidad de paternidad y maternidad

En los procedimientos de reproducción humana médicamente asistida no podrá invocarse alguna de las reglas contempladas en los Artículos 363°, 366° y 371° del Código Civil, para impugnarla paternidad y maternidad.

Artículo 43°.- Supuestos de inexistencia de vínculos filiatorios

En el marco de la reproducción humana médicamente asistida, no existen vínculos filiatorios en los siguientes supuestos:

1. Entre los/las nacidos/nacidas por la aplicación de los procedimientos de reproducción humana médicamente asistida y los donantes de gametos y embriones.
2. Entre los/las nacidos/nacidas por la aplicación de los procedimientos de reproducción humana médicamente asistida y la gestante subrogada.
3. Entre los/las nacidos/nacidas por la aplicación de los procedimientos de reproducción humana médicamente asistida y la pareja fallecida, cuando haya vencido el plazo establecido en el formulario del consentimiento informado, el cual no podrá exceder al previsto en el reglamento.

Artículo 44°.- Filiación *post mortem*

La filiación *post mortem* solo procederá cuando entre los/las nacidos/nacidas por la aplicación de los procedimientos de reproducción humana médicamente asistida y la pareja fallecida se cumplan cualquiera de los siguientes supuestos:

1. Cuando el material reproductor de la pareja fallecida o de un donante, se encuentre en el útero de la pareja supérstite o de la gestante subrogada en la fecha de la muerte de aquel o aquella, según sea el caso.
2. Cuando la pareja fallecida haya prestado su consentimiento libre, consciente, voluntario y expreso para que su material reproductor pueda ser utilizado por la pareja supérstite para sí.
3. Cuando la pareja fallecida haya prestado su consentimiento libre, consciente, voluntario y expreso para que el embrión criopreservado con el que existe correspondencia genética o para el cual se haya autorizado una donación de gametos, según corresponda, pueda ser utilizado por la pareja supérstite para sí.

Para efectos de la interpretación y aplicación de los numerales 2 y 3, el consentimiento solo será válido a través del formulario del consentimiento informado, por medio del cual se podrá consignar un plazo que no será mayor al establecido en el reglamento.

TÍTULO IV

COMISIÓN NACIONAL DE REPRODUCCIÓN HUMANA MÉDICAMENTE ASISTIDA

Artículo 45°.- Creación y naturaleza

Créase la Comisión Nacional de Reproducción Humana Médicamente Asistida (CNRHMA) como órgano colegiado con autonomía técnica y funcional, de carácter permanente, adscrito al Ministerio de Salud.

Artículo 46°.- Finalidad

La Comisión Nacional de Reproducción Humana Médicamente Asistida (CNRHMA) tiene por finalidad emitir opiniones y orientar al Poder Ejecutivo en el desarrollo de políticas públicas, programas, proyectos, planes de acción y estrategias en aspectos relacionados con la reproducción humana médicamente asistida.

Artículo 47°.- Conformación

La Comisión Nacional de Reproducción Humana Médicamente Asistida (CNRHMA) está integrada por los siguientes miembros plenos:

- a) Un representante del Ministerio de Salud, quien ejerce la presidencia,
- b) Un representante del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, quien ejerce la vicepresidencia;
- c) Un representante del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables;
- d) Un representante del Colegio de Médicos del Perú;
- e) Un representante del Colegio de Biólogos del Perú;

Artículo 48°.- Funciones

La Comisión Nacional de Reproducción Humana Médicamente Asistida tiene las siguientes funciones:

1. Asesorar al Ministerio de Salud sobre el desarrollo de los procedimientos de reproducción humana médicamente asistida.
2. Contribuir con la actualización y difusión de los conocimientos científicos y técnicos sobre los procedimientos de reproducción humana médicamente asistida.
3. Proponer criterios y normas para la mejor orientación en la utilización de los procedimientos de reproducción humana médicamente asistida.
4. Resolver sobre la procedencia o no de la gestación subrogada.
5. Asesorar al Ministerio de Salud sobre las políticas públicas que sirvan para atender los problemas de infertilidad humana.
6. Autorizar la aplicación de una nueva técnica de reproducción humana médicamente asistida.
7. Supervisar el contenido de los protocolos, las historias clínicas y los formularios de consentimiento informado de los solicitantes, donantes de gametos y embriones y gestantes subrogadas de los procedimientos de reproducción humana médicamente asistida.
8. Crear el registro nacional de los establecimientos de salud que realizan los procedimientos de reproducción humana médicamente asistida, a fin de que los usuarios tomen conocimiento de los servicios que aquellos brindan.
9. Supervisar el número de embriones criopreservados en cada establecimiento de salud.
10. Evaluar las solicitudes vinculadas al ejercicio del derecho a la objeción de conciencia formuladas por los/las profesionales de la salud directamente implicados/implicadas en los procedimientos de reproducción humana médicamente asistida.

11. Emitir opinión en los procedimientos administrativos sancionadores relacionados con la reproducción humana médicamente asistida iniciados ante la primera instancia de SUSALUD.

TÍTULO V

INFRACCIONES Y SANCIONES

Artículo 49°.- Infracciones y sanciones

Las infracciones se clasifican en leves, graves y muy graves, las cuales serán tipificadas en vía reglamentaria conforme a lo establecido en la presente ley y en el Numeral 4 del Artículo 230° de la Ley N° 27444—Ley de Procedimiento Administrativo General.

SUSALUD sancionará a los profesionales de la salud y a las IPRESS públicas, privadas y mixtas a nivel nacional por las acciones u omisiones contrarias a la presente ley, su reglamento y demás dispositivos complementarios y conexos, conforme a su potestad sancionadora, establecida mediante el Decreto Legislativo N° 1158.

SUSALUD podrá ordenar la implementación de una o más medidas correctivas y/o restitutivas con el objeto de corregir o revertir los efectos que la conducta infractora hubiera ocasionado o evitar que esta se produzca nuevamente.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

PRIMERA.- Reglamentación

El Poder Ejecutivo reglamentará la presente ley, en un plazo no menor de doscientos cuarenta (240) días hábiles, contados desde el día siguiente de su publicación.

Asimismo, se modificará, en un plazo no menor de doscientos cuarenta (240) días hábiles, el Reglamento de Infracciones y Sanciones de la Superintendencia Nacional de Salud, aprobado mediante Decreto Supremo N° 031-2014-SA., de acuerdo a lo contemplado en la presente ley.

SEGUNDA.- Implementación del Registro Nacional de Donantes de Gametos y Embriones y Gestantes Subrogadas

El Registro Nacional de Identificación y Estado Civil—RENIEC, en el plazo de noventa (90) días hábiles, computados a partir de la vigencia del reglamento de la presente ley, implementará el Registro Nacional de Donantes de Gametos y Embriones y Gestantes Subrogadas.

TERCERA.- Implementación de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Médicamente Asistida

El Ministerio de Salud modificará su Reglamento de Organización y Funciones, a fin de determinar la ubicación de la Comisión Nacional de Reproducción Humana

Medicamento Asistida en un plazo no mayor de noventa (90) días hábiles, computados a partir de la vigencia del reglamento de la presente ley.

CUARTA.- Registro de infracciones y sanciones

SUSALUD lleva un registro de las infracciones y las sanciones a las disposiciones señaladas en el reglamento de la presente ley con la finalidad de contribuir a la transparencia entre las IPRESS y los/las profesionales de la salud y los/las usuarios/usuarias y donantes y gestantes subrogadas, así como orientar a estos en la toma de sus decisiones para recibir un servicio médico o autorizar a que se recabe sus gametos. Las IPRESS y los/las profesionales de la salud que sean sancionados mediante resolución firme en sede administrativa quedan automáticamente registrados por el lapso de cinco (5) años contados a partir de la fecha de dicha resolución.

La información del registro es de acceso público y gratuito.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS TRANSITORIAS

PRIMERA.- Sobre los embriones criopreservados

La presente ley se aplica a los embriones actualmente criopreservados.

SEGUNDA.- Excepción de la obligación de Registro

Quedan exceptuadas de la inscripción en el Registro Nacional de Donantes de Gametos y Embriones y Gestantes Subrogadas, las personas que donaron sus gametos y embriones o fueron gestantes subrogadas antes de la vigencia de la presente ley, salvo que voluntariamente decidan incorporarse en dicho Registro, conforme lo estipulado en el Título II de la presente ley.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS MODIFICATORIAS

PRIMERA.- Incorporación del literal p) al Artículo 7° de la Ley N° 26497— Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil
Incorpórese el literal p) al Artículo 7° de la Ley N° 26497, Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, con el texto siguiente:

“Artículo 7.- Son funciones del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil:

(...)

p) Organizar y mantener actualizado el Registro Nacional de Donantes de Gametos y Embriones y de Gestantes Subrogadas”.

Ley N° 26497—Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil

"Artículo 7.- Son funciones del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil:

(...)

n) **Cumplir las demás funciones que se le encomiende por ley.**

(...)"

SEGUNDA.-Modificación del Decreto Legislativo N° 1158—Decreto Legislativo que dispone medidas destinadas al fortalecimiento y cambio de denominación de la Superintendencia Nacional de Aseguramiento en Salud.

TERCERA.- Incorporación del artículo 238°-A del Código Civil

Incorpórese el artículo 238°-A del Código Civil, en los siguientes términos:

"Artículo 238-A.- Filiación civil

El uso de los procedimientos de reproducción humana médicamente asistida es fuente de parentesco que vincula al concebido con aquellos que manifiesten su voluntad procreacional".

CUARTA.- Modificación de los Artículos 361°, 363° y 371° del Código Civil

Modifíquense los Artículos 361°, 363° y 371° del Código Civil, en los siguientes términos:

"Artículo 361°.-El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido, **salvo prueba en contrario.**"

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

(...)

4. Cuando adolezca de infertilidad absoluta.

(...)"

QUINTA.- Incorporación de los artículos (...) del Código Penal.

"Artículo xxx.- Procedimientos de reproducción humana médicamente asistida no consentidos

El que realiza un procedimiento de reproducción humana médicamente asistida o de gestación subrogada en una mujer, sin su consentimiento, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de ocho años.

Artículo xxx.- Procedimientos de reproducción humana médicamente asistida en persona en estado de inconsciencia o en la imposibilidad de resistir

El que realiza un procedimiento de reproducción humana médicamente asistida o de gestación subrogada en una mujer valiéndose de su estado de inconsciencia o de su imposibilidad de resistirse, la pena privativa de libertad será no menor de doce ni mayor de dieciocho años.

Artículo xxx.- Procedimientos de reproducción humana médicamente asistida en persona con incapacidad de resistencia

El que realiza un procedimiento de reproducción humana médicamente asistida o de gestación subrogada en una mujer que sufre anomalía psíquica, grave

alteración de la conciencia, retardo mental o que se encuentra en incapacidad de resistir, la pena privativa de libertad será no menor de veinte ni mayor de veinticinco años.

Artículo xxx.- Procedimientos de reproducción humana médicamente asistida en menores de edad

El que realiza un procedimiento de reproducción humana médicamente asistida o de gestación subrogada en una menor de edad, será reprimido con las siguientes penas:

1. Si la víctima es mayor de catorce y menor de dieciocho, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinticinco ni mayor de treinta.
2. Si la víctima es menor de catorce años, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de treinta ni mayor de treinta y cinco años.

Artículo xxx.- Tráfico de gametos y embriones

1. El que utiliza los medios de prensa escritos o audiovisuales o base de datos o sistema o red de computadoras para comprar o vender en el territorio de la República o en el exterior del país gametos humanos es reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

2. En los casos en que el agente realice la conducta prevista en el numeral 1 con embriones humanos, la pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años. Es sancionado con la misma pena privativa de libertad el agente que paga para su obtención.

3. Si el agente es profesional médico u otro profesional de las ciencias médicas, es reprimido con pena privativa de la libertad no menor de seis ni mayor de diez años e inhabilitación conforme a los numerales 1,2,4 del artículo xxx.

4. Si el agente constituye *o integra una organización criminal para alcanzar dichos fines* reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de doce años.

SEXTA.- Modificación del Artículo 153° del Código Penal.

Modifíquese el Artículo 153° del Código Penal, en los siguientes términos:

"Artículo 153.- Trata de personas

1. El que mediante violencia, amenaza u otras formas de coacción, privación de la libertad, fraude, engaño, abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, concesión o recepción de pagos o de cualquier beneficio, capta, transporta, traslada, acoge, recibe o retiene a otro, en el territorio de la República o para su salida o entrada del país con fines de explotación, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años.

2. Para efectos del inciso 1, los fines de explotación de la trata de personas comprende, entre otros, la venta de niños, niñas o adolescentes, la prostitución y cualquier forma de explotación sexual, la esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud, cualquier forma de explotación laboral, la mendicidad, los trabajos o servicios forzados, la servidumbre, la extracción o tráfico de órganos o tejidos somáticos o gametos o sus componentes humanos, así como cualquier otra forma análoga de explotación.

3. La captación, transporte, traslado, acogida, recepción o retención de niño, niña o adolescente con fines de explotación se considera trata de personas incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios previstos en el inciso 1.

4. El consentimiento dado por la víctima mayor de edad a cualquier forma de explotación carece de efectos jurídicos cuando el agente haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en el inciso 1.

5. El agente que promueve, favorece, financia o facilita la comisión del delito de trata de personas, es reprimido con la misma pena prevista para el autor”.

Artículo xxx. Inhabilitación

El agente de los delitos previstos en este Capítulo es reprimido, además, con inhabilitación conforme al numeral 4 del artículo xxx.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS DEROGATORIAS

PRIMERA.- Deróguese el artículo 362° del Código Civil.

SEGUNDA.- Deróguese el artículo 7° de la Ley General de Salud, Ley N° 26842.

Comuníquese al señor Presidente Constitucional de la República para su promulgación.

En Lima, a los