

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA**

**ESCUELA DE POSGRADO**



**UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y  
CIENCIAS POLÍTICAS**

**PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS**

**TESIS:**

**RECONOCIMIENTO DEL STATUS JURÍDICO DEL EMBRIÓN  
EXTRACORPORIS EN LA LEGISLACIÓN PERUANA**

Para optar el Grado Académico de

**MAESTRO EN CIENCIAS**

**MENCIÓN: DERECHO CIVIL Y COMERCIAL**

Presentada por:

**Bachiller: DELIA PATRICIA MERCADO AGUILAR**

Asesor:

**M. Cs. JOSÉ LUIS LÓPEZ NÚÑEZ**

**Cajamarca – Perú**

**2021**

COPYRIGHT © 2021 by  
**DELIA PATRICIA MERCADO AGUILAR**  
Todos los derechos reservados

# **UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA**

## **ESCUELA DE POSGRADO**



**UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y  
CIENCIAS POLÍTICAS**

**PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS**

**TESIS APROBADA:**

**RECONOCIMIENTO DEL STATUS JURÍDICO DEL EMBRIÓN  
EXTRACORPORIS EN LA LEGISLACIÓN PERUANA**

Para optar el Grado Académico de

**MAESTRO EN CIENCIAS**

**MENCIÓN: DERECHO CIVIL Y COMERCIAL**

Presentada por:

**Bachiller: DELIA PATRICIA MERCADO AGUILAR**

**JURADO EVALUADOR**

M.Cs. José Luis López Núñez  
Asesor

Dra. María Isabel Pimentel Tello  
Jurado Evaluador

Dra. Cinthya Cerna Pajares  
Jurado Evaluador

Dra. Sandra Verónica Manrique Urteaga  
Jurado Evaluador

**Cajamarca – Perú**

**2021**



**Universidad Nacional de Cajamarca**  
LICENCIADA CON RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 080-2018-SUNEDU/CD  
**Escuela de Posgrado**  
CAJAMARCA - PERU



**PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS**

**ACTA DE SUSTENTACIÓN VIRTUAL PÚBLICA DE TESIS**

Siendo las dieciocho horas con diez minutos del día 29 de octubre de dos mil veintiuno, reunidos a través de Gmeet [meet.google.com/nfr-vmpz-qko](https://meet.google.com/nfr-vmpz-qko), creado por la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, de la Universidad Nacional de Cajamarca, los integrantes del Jurado Evaluador presidido por la **Dra. MARÍA ISABEL PIMENTEL TELLO**, **Dra. CINTHYA CERNA PAJARES**, **Dra. SANDRA VERÓNICA MANRIQUE URTEAGA**, y en calidad de Asesor el **M. Cs. JOSÉ LUIS LÓPEZ NÚÑEZ**; Actuando de conformidad con el Reglamento Interno de la Escuela de Posgrado y la Directiva para la Sustentación de Proyectos de Tesis, Seminarios de Tesis, Sustentación de Tesis y Actualización de Marco Teórico de los Programas de Maestría y Doctorado, se dio inicio a la **SUSTENTACIÓN PÚBLICA** de la tesis titulada: **RECONOCIMIENTO DEL STATUS JURÍDICO DEL EMBRIÓN EXTRACORPORIS EN LA LEGISLACIÓN PERUANA**, presentada por la **Bach. en Derecho DELIA PATRICIA MERCADO AGUILAR**.

Realizada la exposición de la Tesis y absueltas las preguntas formuladas por el Jurado Evaluador, y luego de la deliberación, se acordó **APROBAR** la mencionada Tesis con la calificación de **DIECISÉIS (16)** en tal virtud la **Bach. en Derecho DELIA PATRICIA MERCADO AGUILAR**, está apta para recibir en ceremonia especial el Diploma que lo acredita como **MAESTRO EN CIENCIAS**, en la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, con Mención en **DERECHO CIVIL Y COMERCIAL**.

Siendo las diecinueve con treinta horas del mismo día, se dio por concluido el acto.

.....  
**M. Cs. José Luis López Núñez**  
Asesor

.....  
**Dra. María Isabel Pimentel Tello**  
Jurado Evaluador

.....  
**Dra. Cinthya Cerna Pajares**  
Jurado Evaluador

.....  
**Dra. Sandra Verónica Manrique Urteaga**  
Jurado Evaluador

A: Mis padres Delia Emperatriz y Jorge Alberto, por su inmenso amor, ejemplo de constancia, de bondad, y dedicación del día a día, pues a su lado, los peldaños profesionales han sido alcanzados.

**AGRADECIMIENTO:**

A Dios por cada día aprendido.

## TABLA DE CONTENIDO

DEDICATORIA .....	v
AGRADECIMIENTO .....	vi
TABLA DE CONTENIDO .....	vii
RESUMEN .....	xi
ABSTRACT .....	xii
CAPÍTULO I .....	1
ASPECTOS METODOLÓGICOS .....	1
1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA .....	1
1.1.1. Contextualización o problemática .....	1
1.1.2. Descripción del Problema.....	6
1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	7
1.3. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.....	7
1.4. OBJETIVOS.....	8
1.4.1. General.....	8
1.4.2. Específicos .....	9
1.5. DELIMITACIÓN.....	9
1.5.1. Espacial .....	9
1.5.2. Temporal.....	9
1.6. LIMITACIONES.....	9
1.7. TIPO Y NIVEL DE TESIS.....	10

1.7.1.	De acuerdo al fin que persigue.....	10
1.7.2.	De acuerdo al diseño de la investigación .....	10
1.7.3.	De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan .....	11
1.8.	HIPÓTESIS.....	11
1.9.	MÉTODOS.....	12
1.9.1.	Generales .....	12
1.9.2.	Específicos .....	14
1.10.	TÉCNICAS.....	15
1.10.1.	Observación Documental.....	15
1.10.2.	Argumentación.....	15
1.11.	INSTRUMENTOS .....	15
1.11.1.	Hoja guía de observación documental.....	15
1.12.	UNIDAD DE ANÁLISIS, UNIVERSO Y MUESTRA.....	16
1.13.	ESTADO DE LA CUESTIÓN.....	16
CAPÍTULO II .....		17
MARCO TEÓRICO.....		17
2.1.	ACERCA DE LA TEORÍA DEL DERECHO Y LOS FUNDAMENTOS QUE APORTAN A LA DISCUSIÓN.....	17
2.2.	ACERCA DE LA TEORÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN RELACIÓN AL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.....	21
2.3.	ACERCA DE LAS TEORÍAS RELATIVAS AL CONCEBIDO .....	26



2.3.1. Posiciones acerca del derecho a la vida del concebido.....	26
2.3.2. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional acerca del derecho a la vida del concebido .....	34
2.3.3. El concebido como sujeto de derechos luego de la determinación del origen de su vida .....	39
2.3.4. Principios relacionados con la protección del derecho a la vida del concebido y los derechos derivados de esta .....	45
2.4. ACERCA DE LAS PRÁCTICAS DERIVADAS DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA .....	52
2.4.1. Inseminación artificial.....	52
2.4.2. Fecundación in vitro.....	60
2.4.3. Reproducción a través de vientre de alquiler.....	71
2.4.4. Asistencia de la infertilidad estructural y social.....	76
2.5. CASUÍSTICA INTERNACIONAL Y NACIONAL AL RESPECTO.....	77
2.5.1. Casuística internacional.....	77
2.5.2. Casuística nacional .....	84
2.5.3. Anteproyecto de reforma del Código Civil .....	89
CAPÍTULO III .....	92
3.1. DISCUSIÓN.....	92
3.1.1. Fundamentos de la teoría del derecho y de la teoría de los derechos humanos optimizando aquellos que se vinculen con la regulación de una nueva figura jurídica.....	92

3.1.2. Posibles circunstancias y efectos de las actividades que se llevan a cabo con los embriones <i>extracorporis</i> .....	103
3.2. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS .....	109
3.2.1. El respaldo que otorga el positivismo incluyente para sustentar la regulación de una figura jurídica teniendo en cuenta la necesidad generada en la sociedad.....	109
3.2.2. La prevalencia del relativismo sobre el universalismo de los derechos humanos para justificar el contenido diferenciado del embrión <i>extracorporis</i> en relación a la sociedad peruana .....	114
3.2.3. El respeto de los derechos relacionados con la regulación del embrión <i>extracorporis</i> tal como el derecho a fundar una familia, a la libertad sexual y reproductiva, a la vida del concebido y la prohibición de restricciones irracionales a los derechos humanos.....	119
CONCLUSIONES.....	123
RECOMENDACIONES .....	125
PROPUESTA NORMATIVA.....	126
Proyecto de ley que modifica el artículo 7 de la Ley N.° 26842, Ley General de Salud.....	126

## RESUMEN

El Derecho, ya sea que se le considere un sistema normativo autónomo y distanciado de la moral social o, que se le considere interactuante con ésta, debe tomar a la realidad como base para su construcción; en el caso específico del denominado embrión *extracorporis*, es necesario determinar su contenido jurídico; para lo cual debe realizarse una dilucidación dogmática que servirá para determinar su regulación en la normatividad peruana. Para tal fin, se ha proyectado una investigación de tipo básico, con alcance correlacional y de análisis cualitativo; en ese sentido, la técnica de recolección de datos es la observación documental, el instrumento es la hoja guía de observación documental y, los métodos para la interpretación son el analítico, el sintético y el deductivo. Todo con lo que se ha obtenido como resultado la existencia de una necesidad de reconocimiento del embrión *extracorporis* en la legislación peruana, por tratarse de una obligación del legislador el recojo de las necesidades sociales para fundamentar su actividad legislativa, por otro lado, dicha nueva categoría normativa tiene calidad de sujeto de derecho y, toda disposición que ha de tomarse respecto del mismo, debe encontrarse acorde con el respeto de la dignidad y la finalidad tutelar de la familia.

**Palabras clave:** embrión *extracorporis*, regulación en la normatividad peruana, necesidades sociales, sujeto de derecho, dignidad y finalidad tutelar de la familia.

## ABSTRACT

*The Right, whether it is considered an autonomous normative system and distanced from social morality or, which is considered interacting with it, must take reality as the basis for its construction; in the specific case of the so-called extracorporis embryo, it is necessary to determine its legal content; for which a dogmatic elucidation must be carried out, which will be used to determine its regulation in Peruvian regulations. To this end, a basic type research, with correlational scope and qualitative analysis, has been projected; In that sense, the data collection technique is documentary observation, the instrument is the documentary observation guide sheet, and the methods for interpretation are analytical, synthetic and deductive. Everything that has resulted in the existence of a need for recognition of the extracorporis embryo in Peruvian legislation, since it is an obligation of the legislator to collect social needs to support its legislative activity, on the other hand, said new category The law has the quality of subject of law and, any provision that must be taken with respect to it, must be in accordance with the respect of the dignity and the family's guardian purpose.*

**Keywords:** *extracorporis embryo, regulation in Peruvian regulations, social needs, subject of law, dignity and family protection.*

# CAPÍTULO I

## ASPECTOS METODOLÓGICOS

### 1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

#### 1.1.1. Contextualización o problemática

La problemática de la presente investigación, tiene su origen en una creación científica que se ha presentado en la realidad como son las denominadas técnicas de reproducción asistida que, según la Organización Mundial de la Salud, se trata de:

Todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo. Esto incluye, pero no está limitado sólo a, la fecundación in vitro y la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos, la transferencia intratubárica de cigotos, la transferencia intratubárica de embriones, la criopreservación de ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y embriones, y el útero surrogado. TRA no incluye inseminación asistida (inseminación artificial) usando espermatozoides ni de la pareja ni de un donante. (Organización Mundial de la Salud, 2010, p. 10)

El primer extremo de esta definición, contiene elementos que resultan sumamente relevantes para el análisis jurídico, puesto que le sirven de base a la discusión, el primero, la utilización de la expresión manipulación que involucra “operar con las manos o con cualquier instrumento” (Real Academia española, 2020), lo que significa que, tanto los ovocitos, los espermatozoides como los embriones humanos, pueden ser manipulados con la finalidad de llevar a cabo las técnicas de reproducción asistida, según las definiciones otorgadas por la propia Organización Mundial de la Salud.

Respecto de ello, la investigación se centrará en los procedimientos o tratamientos en los que se manipula un embrión que es el “producto de la división del cigoto hasta el fin del estadio embrionario (8 semanas después de la fecundación)” (Organización Mundial de la Salud, 2010, p. 6); vale decir que, el hecho de que las manipulaciones científicas puedan realizarse con el óvulo, el espermatozoide y el embrión, involucra también la manipulación del producto de la fecundación, pues quien puede lo más puede lo menos.

Por lo tanto, internacionalmente se están construyendo definiciones relativas a la reproducción asistida que suponen la manipulación de entes que, anteriormente, no habían sido considerados sujetos de derecho y que, a la luz de los avances en la ciencia y la tecnología, requieren ser objeto de discusión también a nivel jurídico, a efectos de determinar si les corresponde o no la categoría de sujetos de derecho.

Habida cuenta que, el mismo glosario de términos de la Organización Mundial de la Salud (2010), contempla procedimientos tales como la micro manipulación, para “efectuar procedimientos microquirúrgicos en espermatozoides, ovocitos, cigotos o embriones” (p. 7), la reproducción médica asistida (p. 9), la crioconservación (p. 5), la fecundación in vitro (p. 6), la gestación subrogada (p. 7), entre otros que involucran no solamente la manipulación científica, sino la realización de transacciones o

acuerdos respecto de los ovocitos, los espermatozoides o los embriones.

Esta situación que se presenta a nivel fáctico, en el discurrir de la sociedad, tiene efectos sobre el ámbito jurídico que es integrante también de la propia sociedad; vale decir que, las actuaciones de las personas que hacen uso de los mecanismos que provee la ciencia para reproducirse, tienen efectos jurídicos sobre ellas mismas, sobre el embrión fecundado y, eventualmente, sobre terceras personas, independientemente de si existe o no regulación que ampare tales efectos.

Es en este sentido que, se presenta diversa regulación a nivel internacional y nacional que da cuenta de una diversidad de criterios acerca de los efectos o alcances que puede o no tener la reproducción asistida; así como los derechos que se encuentran involucrados con esta práctica, tales como el derecho a la salud en relación a la infertilidad, el derecho a la vida privada, el derecho a fundar una familia y la lectura conjunta (Brena, 2014, p. 30).

Así, internacionalmente, puede identificarse el artículo 11 de la Convención sobre los Derechos Humanos, en el que se recoge al derecho referente de todos los derechos humanos, es decir, a la dignidad, regulado junto con el derecho al honor, pero también en la prohibición de las injerencias en la vida privada personal o familiar.

Este primer artículo, abre la puerta para el análisis de los alcances de la dignidad respecto de la persona y de su familia, el halo de protección que les provee y las circunstancias en las que opera, dentro de las cuales, se encuentra también la decisión de procrear, es decir, la libertad sexual y reproductiva y, con ello, la protección de la familia, tal y como lo establece el artículo 17 de la misma Convención.

Derechos que son reconocidos con un contenido definido que, en relación con la procreación, puede trazarse una línea de relación con el derecho a fundar una familia, el mismo que no puede ser restringido, sino, por razones de interés general y, claro está, cuando afecta el derecho de otro individuo.

Esa es la problemática que parece presentarse en el caso de la reproducción asistida, en la que cabe la posibilidad de la existencia de un embrión extracorpóreo no implantado y criogenizado, cuyo tratamiento puede estar sujeto a críticas en los casos de transferencia de los mismos a padres socioafectivos de parte de los padres que los procrearon genéticamente, en los casos de crioconservación o en los casos en que son desechados.

Así, la normatividad peruana no es suficiente para tutelar al embrión extracorpóreo y definir su contenido, pues cuenta con regulación periférica y una permisón-prohibición que no es respetada en la práctica; veamos, en relación al contexto que debe rodear a



categoría jurídica de embrión extracorpóreo, se encuentra, como ya se dijo, el derecho a fundar una familia, que podría verse sustentado en el artículo 4 del texto constitucional, no obstante, este reconoce a la familia como cédula básica de la sociedad, pero no desarrolla otro contenido que no sea el que se encuentra referido al matrimonio, lo mismo ocurre con el Código Civil en el libro de familia, por tal motivo, este es el primer punto a abordar a fin de otorgarle contenido a la figura del embrión extracorpóreo.

Otro de los aspectos importantes es el derecho a la vida que, de manera general se encuentra reconocido en el artículo 2, numeral 1, del texto constitucional, pero que, en cuanto al concebido ha sido determinado por el Tribunal Constitucional en la sentencia emitida en el caso 02005-2009, denominado caso de la píldora del día siguiente y que, debe ser analizado a efectos de definir si el análisis es suficiente y alcanza a la figura del embrión extracorpóreo.

Finalmente, la prohibición que establece el artículo 7 de la ley 26842, Ley General de Salud, que reconoce el derecho de las personas de recurrir a las técnicas de reproducción asistida, pero impone la restricción de “que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona”, termina por enfrentar de una manera más compleja los derechos que se encuentran detrás de la utilización de la técnicas de reproducción asistida y, particularmente, de la figura del embrión *extracorporis*.

### 1.1.2. Descripción del Problema

A partir de lo dicho en el acápite anterior, resulta imperativo realizar un trabajo dogmático en el que se revisen las teorías del derecho que coadyuven con el reconocimiento y la construcción del contenido del embrión *extracorporis*, yendo de lo general a lo particular, la revisión de la finalidad del Derecho, como constructo autónomo o como uno que admite la influencia de la sociedad para su construcción, que cuenta con dogmas inmodificables y universales o que puede conformar sus contenidos de conformidad con el espacio y el tiempo en el que se conforma.

Así, revisaremos las teorías de la universalidad de los derechos humanos, las teorías relativas, las posturas a favor de la tutela del derecho a la vida del concebido y aquellas que prefieren fundar una familia instrumentalizando al embrión con tal finalidad, y el tratamiento que tiene sobre ello la legislación comparada; toda esta discusión tiene, indefectiblemente influencia sobre la interrelación del derecho a fundar una familia, el derecho a la vida del concebido y el derecho de acceder a una técnica de reproducción asistida con el contenido del embrión *extracorporis*. Tarea que se pretende abordar en la presente investigación.

## **1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA**

¿Cuáles son los fundamentos de la teoría del derecho y la teoría de los derechos humanos que resultan eficientes para la construcción del contenido de la categoría embrión *extracorporis* y su regulación en el ordenamiento Civil peruano?

## **1.3. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN**

Como se dejó sentado en la contextualización, el Derecho debe ser reconocido como un medio para otorgar seguridad y tranquilidad a la población en la que se desarrolla; no obstante, la consecución de tal finalidad requiere de una sistematización de actuaciones y construcciones en un nivel tridimensional, lo que se pretende realizar en la presente investigación.

En primer término, a nivel teórico, del que nos vamos a servir para identificar los elementos de la teoría del derecho y de los derechos humanos que resulten eficientes para construir la figura del embrión *extracorporis* para el derecho civil peruano; así, el análisis de las teorías y la síntesis que se haga de éstas, resultará en la actualización de las mismas, en la creación de nuevas teorías con composiciones suficientes para dotar de tutela a los derechos subjetivos de las personas, en este caso, de aquellas que quieren fundar una familia utilizando las técnicas de reproducción asistida.

Este estudio de teorías y su correlación con las necesidades sociales, servirá de base para identificar los componentes del dogma jurídico a

generar, las implicancias de su regulación, los alcances de la misma, su coherencia con los derechos fundamentales y el estado democrático de derecho, entre otras consideraciones previas a su regulación; con esto, se beneficiará a la normatividad civil y específica de salud, puesto que, será capaz de tutelar los derechos relacionados con la práctica que ya se encuentra ocurriendo respecto de las técnicas de reproducción asistida, ante las cuales, el legislador había cerrado los ojos y creído, ingenuamente, que su no regulación no se llevaría a cabo.

Finalmente, respecto de la sociedad misma, la investigación resulta sumamente relevante, puesto que, mientras el Derecho cuente con mayor capacidad de ser subsumido en una gran cantidad de hechos, se cumple con mayor eficacia su función tutelar, a la que, en la actualidad, se está faltando con la regulación restringida de la Ley General de Salud, que nada bueno logra con su tenor, es más, deja de regular situaciones que se presentan en la realidad como ocurre con la maternidad subrogada y, en ese sentido, el tratamiento de los embriones extracorpóreos.

#### **1.4. OBJETIVOS**

##### **1.4.1. General**

Identificar los fundamentos de la teoría del derecho y la teoría de los derechos humanos que resultan eficientes para la construcción del contenido de la categoría embrión *extracorporis* y su regulación en el ordenamiento Civil peruano.

#### **1.4.2. Específicos**

- a) Analizar los fundamentos de la teoría del derecho y de la teoría de los derechos humanos optimizando aquellos que se vinculen con la regulación de una nueva figura jurídica.
- b) Identificar las posibles circunstancias y efectos de las actividades que se llevan a cabo con los embriones *extracorporis*.
- c) Definir los elementos componentes de la figura del embrión *extracorporis* que pueda ser regulada en el ordenamiento civil peruano.

### **1.5. DELIMITACIÓN**

#### **1.5.1. Espacial**

La investigación es básica, con análisis dogmático, motivo por el cual no cuenta con delimitación espacial.

#### **1.5.2. Temporal**

La investigación es básica, con análisis dogmático, motivo por el cual no cuenta con delimitación temporal.

### **1.6. LIMITACIONES**

No existen limitaciones para el desarrollo de la presente tesis.

## **1.7. TIPO Y NIVEL DE TESIS**

### **1.7.1. De acuerdo al fin que persigue**

La investigación básica, se denomina así porque “se origina en un marco teórico y permanece en él. El objetivo es incrementar los conocimientos científicos, pero sin contrastarlos con ningún aspecto práctico” (Muntané Relat, 2010, p. 221); en la investigación planteada, el marco de referencia se ha encontrado referido tanto a los fundamentos *iusfilosóficos* que sustentan la regulación de una nueva figura teniendo en cuenta las necesidades sociales, en la teorías que le dan fundamento al derecho y en aquellas que sustentan la naturaleza de los derechos humanos.

Todo ello, para identificar los elementos que le son suficientes para la construcción de la figura del embrión *extracorporis* que admita ser regulada en el ordenamiento civil peruano; es por ello que, al no haber intervenido ninguna contrastación de aspectos prácticos en el desarrollo de la investigación que esta puede ser catalogada como básica.

### **1.7.2. De acuerdo al diseño de la investigación**

La investigación en platea, se ha configurado también como una de tipo correlacional, “una correlación, es una medida del grado en que dos variables se encuentran relacionadas (...) se realizan cuando no se pueden manipular las variables de tratamiento por varias razones” (Baena-Extremera, Ayala-Jiménez, & Baños, 2017, p. 7).

Así, no es posible llevar a cabo manipulaciones en este tipo de investigaciones, sino que, se trata de identificar la relación entre las categorías o componentes de la pregunta, así, para efectos de trazar una construcción acerca del embrión *extracorporis*, ha sido necesario correlacionar los elementos de las teorías y dogmas antes señalados.

### **1.7.3. De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan**

La investigación cualitativa, “se nutre epistemológicamente de la hermenéutica, la fenomenología y el interaccionismo simbólico” (Monje Álvarez, 2011, p. 12), actuación que se ha llevado a cabo en la presente investigación, en la que la interpretación de las teorías y las normas inmersas en el tema ha sido uno de los principales puntos para la discusión, además, del estudio de las circunstancias que se podrían generar con el tratamiento factual del embrión *extracorporis*.

## **1.8. HIPÓTESIS**

Los fundamentos de la teoría del derecho y la teoría de los derechos humanos que resultan eficientes para la construcción del contenido de la categoría embrión *extracorporis* y su regulación en el ordenamiento Civil peruano, son:

- a) El respaldo que otorga el positivismo incluyente para sustentar la regulación de una figura jurídica teniendo en cuenta la necesidad generada en la sociedad.

- b) La prevalencia del relativismo sobre el universalismo de los derechos humanos para justificar el contenido diferenciado del embrión *extracorporis* en relación a la sociedad peruana.
- c) El respeto de los derechos relacionados con la regulación del embrión *extracorporis* tal como el derecho a fundar una familia, a la libertad sexual y reproductiva, a la vida del concebido y la prohibición de restricciones irracionales a los derechos humanos.

## **1.9. MÉTODOS**

### **1.9.1. Generales**

#### **A. Deductivo**

La investigación ha hecho uso del método deductivo, este método ha sido ideado desde épocas griegas antiguas y se ha mantenido hasta la actualidad gracias a su estructura que resulta eficiente para la interpretación de los datos de la realidad a través de un procedimiento en el que “se organizan hechos conocidos y se extraen conclusiones mediante una serie de enunciados, conocidos como silogismos, que comprenden: la premisa mayor, la premisa menor y la conclusión” (Dávila, 2006), utilizado en la investigación, puesto que, los enunciados obtenidos en la teorías, *iusfilosofía*, normatividad y tratados identificados, servirán de guía para la



construcción de la nueva figura del embrión *extracorporis* adecuado a las necesidades de la sociedad peruana.

### **B. Analítico**

El método analítico, también ha sido utilizado en la presente investigación, debido a que se trata de un “método científico aplicado al análisis de los discursos que pueden tener diversas formas de expresión, tales como las costumbres, el arte, los juegos lingüísticos y, de manera fundamental, la palabra hablada o escrita” (Lopera y otros, 2010, p. 89), como ha ocurrido en el presente trabajo en el que se han analizado los términos, las formulaciones, las posturas, relacionadas con el derecho, los derechos humanos y las técnicas de reproducción asistida, para así, a partir de una correlación, poder construir la nueva figura antes dicha.

### **C. Sintético**

La síntesis es el complemento del análisis, es decir que “establece mentalmente la unión o combinación de las partes previamente analizadas y posibilita descubrir relaciones y características generales entre los elementos de la realidad” (Rodríguez y Pérez, 2017, p. 9); procedimiento que se ha realizado en la presente investigación a fin de construir el contenido del embrión *extracorporis* en base a los previamente analizado.

## 1.9.2. Específicos

### A. Dogmático

El método dogmático se ha utilizado en la totalidad del estudio, pues, el análisis se ha centrado en dogmas preexistentes, en sus elementos, tales como el *iuspositivismo*, el relativismo jurídico, el derecho a la familia, el derecho a la dignidad, entre otros varios que le dan sustento a la construcción de la figura del embrión *extracorporis*; estudio que se ha orientado al conocimiento de tales contenidos y a su interrelación con los contenidos generados por las técnicas de reproducción asistida; obteniendo como resultado una correlación que ha permitido sintetizar el contenido del nuevo dogma a proponer.

### B. Hermenéutico

Que ha sido utilizado para el estudio del marco normativo existente tanto a nivel internacional como a nivel nacional respecto de las técnicas de reproducción asistida y, con ello, del embrión *extracorporis*; todo esto, en relación con la normatividad ya existente acerca del derecho a la familia, derecho a la reproducción, entre otros.

## **1.10. TÉCNICAS**

### **1.10.1. Análisis Documental**

Pues, para el cumplimiento de los objetivos específicos se han identificado diversas fuentes teóricas y dogmáticas, mismas que han sido objeto de análisis con la utilización de un procedimiento ordenado de selección y sistematización, para hacer posible la posterior utilización de los métodos antes mencionados para el análisis.

### **1.10.2. Argumentación**

La argumentación es una técnica que corresponde al método dogmático significa “avaluar una conclusión con una serie de razones y de pruebas de apoyo” (Lasa-Aristu y Amor, 2016, p. 74), ha servido para la estructuración de los fundamentos que han servido de base para la construcción de la figura del embrión *extracorporis* y el respaldo de su regulación en el ordenamiento civil peruano.

## **1.11. INSTRUMENTOS**

### **1.11.1. Hoja guía de análisis documental**

La hoja guía se ha utilizado para la aplicación de la técnica de observación documental antes dicha.

### **1.12. UNIDAD DE ANÁLISIS, UNIVERSO Y MUESTRA**

Debido a que se trata de una investigación básica, teórico – dogmática, no cuenta con unidad de análisis, universo ni muestra.

### **1.13. ESTADO DE LA CUESTIÓN**

Esta investigación no encuentra antecedentes directos de estudios, tratados o investigaciones acerca del tema específico a desarrollar, afirmamos esto después de haber realizado la búsqueda en el Registro Nacional de Trabajos de Investigación de la Superintendencia Nacional de Educación Universitaria, en la que se han ingresado los componentes del problema a efectos de identificar si existen otras investigaciones que compartes dichos componentes, sin éxito.

## **CAPÍTULO II**

### **MARCO TEÓRICO**

#### **2.1. ACERCA DE LA TEORÍA DEL DERECHO Y LOS FUNDAMENTOS QUE APORTAN A LA DISCUSIÓN**

Cuando se analiza la teoría del Derecho, no puede evitarse notar el hecho de que ésta es bastante dispersa y que no siempre está referida a la misma discusión, es así que, puede distinguirse entre teorías puramente descriptivas de lo que constituye el fenómeno jurídico que abordan una verificación fáctica del comportamiento de las personas en determinada circunstancia de relevancia jurídica, mismas que no guardan la estructura de una teoría per se pero que pretenden explicar una descripción casuística de la situación actual de un extremo del Derecho y, en ese sentido, ofrecen soluciones o directrices de actuación frente a ésta.

Otro grupo de teorías son denominadas analíticas o conceptuales y tienen como propósito la realización de proposiciones acerca de la naturaleza necesaria o intrínseca de las prácticas con relevancia jurídica o concepciones susceptibles de ser tomadas por el Derecho y; finalmente, un tercer grupo de teorías, se refiere a las prescriptivas, normativas o críticas que argumentan acerca de cómo las prácticas u opiniones deben ser reformadas (Bix, 2006, p. 58).

Al respecto, es de interés en la presente investigación el grupo de teorías prescriptivas, normativas o críticas debido a que su utilización otorga un

parámetro de referencia para el cambio en una sociedad tomando en cuenta siempre la práctica social.

Es común la confusión entre prescripción y descripción, no en vano muchos teóricos han caído en ella como una suerte de espejismo, Dworkin (1986) citado en Bix (2006) la dejó ver como una teoría semántica que denotaba una definición del significado de la palabra “derecho”, cuya dación fue cuestionada duramente debido a que una teoría del derecho no se adscribe a una definición de la palabra derecho.

También es importante señalar que, incluso puede haber teorías descriptivas pero que en el camino se convierten en prescriptivas propiamente, la doctrina ha señalado que para la construcción de una teoría sobre una institución social o práctica se requiere alguna selección o simplificación:

a) para prevenir que la teoría devenga simplemente una reformulación caótica de una realidad compleja; b) para permitir a la teoría extraer alguna intuición básica sobre la institución o práctica; y/o c) para permitir a la teoría enfocarse en la “más acabada” o “mayor” instanciación de la institución o práctica, más que en lo que aparece como común a todas las instanciaciones. (Bix, 2006, p. 62).

Estas formas de selección, a los que se les puede dar, de entre muchos nombres, el nombre de “principios de la construcción de la teoría”, coadyuvan a su construcción porque enfatiza sus componentes más importantes, toman sus características más resaltantes, y la convierte en una construcción teórica.

Ahora, cuando un comentarista u operador jurídico hace comentarios sobre alguna decisión de los tribunales su razón de ser es para sentar posición y que ésta influya en las posteriores decisiones, e incluso en todo un campo normativo determinado de modo que el resultado sea más consistente, y con ello se reformule la justificación ofrecida para hacerla más persuasiva. También se encuentra el enfoque interpretativo de Dworkin (1986) citado en Bix (2006) mismo que se encuentra fundado en la interpretación constructiva utilizada en dos ámbitos, para resolver las disputas sobre la teoría del derecho, y también para la construcción de la naturaleza del derecho.

En ese sentido, acercándose a una reconstrucción racional, entendió por derecho:

El hecho de que los jueces decidiesen los casos a partir de una teoría de las decisiones anteriores de los funcionarios relacionadas con la disputa que se ajustase adecuadamente a aquellas decisiones del pasado y presentase a esa área del derecho lo mejor que sea posible. (Dworkin (1986) citado en Bix (2006), p. 63).

Todas estas variaciones que ponen de manifiesto la delgada línea entre la prescripción y la descripción tienen como base teórica la teoría del derecho, que obviamente está ligada de manera simétrica con la naturaleza del derecho, de forma que, se ven satisfechos muchos propósitos, bajo el conocimiento descriptivo, de la intuición y comprensión, que incluso después puede tornarse en prescriptivos.

Entonces, de esta teoría se desprende como paradigma fundamental la comprensión de un derecho y su naturaleza no como una descripción puramente teórica, aunque muchas veces suele desligarse de esa línea delgada, sino como una teoría que abre la puerta para una comprensión humanística de las necesidades de la sociedad.

Es decir, este grupo de teorías no se queda en la mera descripción del derecho, sino que toma en cuenta los nuevos fenómenos sociales que se convierten finalmente en fenómenos jurídicos porque buscan su tutela entendiéndola como una realidad latente necesitada de amparo.

Ahí yace la teoría crítica, prescriptiva o normativa, porque ésta no se limita a describir y sistematizar toda la teoría y naturaleza del derecho, sino que en base a la nueva realidad prescribe como debería ser el derecho, porque finalmente la realidad es cambiante, pero siempre en consonancia con criterios de universalidad y de consistencia.

Lo que se quiere decir, es que, si bien la realidad es cambiante, el derecho no puede suplir para cada caso específico una determinada norma, pues ésta siempre debe hacerse de manera universal, pero teniendo en cuenta su propia realidad, aunado a ello, tampoco se puede dejar de lado que esta tarea necesariamente implica un grado de abstracción elevado, y que ya en la práctica, los operadores jurídicos pueden optar por otro supuesto.

Empero, lo que finalmente se busca es establecer criterios para intentar mejorar la racionalidad del sistema jurídico – político en el que se



desenvuelven las funciones relativas al Derecho y que redundan en el bienestar de la sociedad; ello a partir del análisis y justificación de la adecuación de los sistemas normativos a las necesidades que presenta la propia sociedad.

## **2.2. ACERCA DE LA TEORÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN RELACIÓN AL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN**

Existe una amplia doctrina sobre la teoría de los derechos humanos, ciertamente no es muy difícil poder manifestar que cuando se está ante ello, la referencia estriba en mencionar que son derechos subjetivos, inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, tampoco de sexo, o algún otro motivo, se los concibe como interrelacionados, interdependientes e indivisibles.

Son derechos subjetivos, expectativas que se forman las personas en relación con la acción u omisión de los Estados, las empresas, los poderes fácticos y del resto de las personas respecto a ciertos bienes primarios constitutivos de lo que se considera la dignidad humana. (Dirección del Servicio Profesional en Derechos Humanos, 2011, p. 10)

De este concepto, se deriva que, si bien son atribuibles a los seres humanos por su calidad de tal, resultan atribuibles de manera directa por las normas jurídicas que los contienen en un determinado Estado.

Parece importante citar el concepto dado por el Instituto Interamericano de derechos humanos (2008):

Los derechos humanos son un conjunto de obligaciones legales o jurídicas de los Estados establecidas para crear condiciones para que toda la población goce de una vida digna, sin discriminación o sufriendo necesidades o limitaciones que les impidan desarrollarse en todo su potencial, con bienestar y felicidad. Son parte de un esfuerzo para construir sociedades democráticas donde se respeten nuestros derechos y libertades fundamentales, las que tienen que ver no solamente con el respeto a la vida, la participación política, la libertad de expresarnos y de pensar, de tener una religión, a no ser detenidos/as sin razón, a no ser torturados o maltratados por la autoridad, sino también con las condiciones en las que vivimos. Los seres humanos para vivir con dignidad necesitamos además un techo, alimentos, ropas, educación, salud y empleo, entre otras formas de satisfacción. (p. 26).

Amén de la discusión acerca de si éstos se originan en la propia naturaleza del ser humano y únicamente son reconocidos por los ordenamientos jurídicos o si son creados por el *ius imperium* de cada Estado, resulta relevante para efectos de esta investigación determinar si éstos ostentan carácter universal o relativo, para lo cual es necesario establecer su naturaleza jurídica.

Al respecto, la doctrina ha establecido cuatro posibilidades, la primera, que reconoce a los derechos humanos como sinónimos de los denominados derechos naturales, concepción que ha sido ligada a un concepto de histórico de los mismos, en donde, apoyada por el pensamiento liberal se los reconoció como “naturales inherentes a todas las personas y previos a la celebración de un contrato social” (Dirección del Servicio Profesional en Derechos Humanos, 2011, p. 10).

La otra arista, tiene a los derechos humanos como derechos morales, lo que implica ya un pequeño avance en cuanto a la comprensión de estos

derechos en relación con el concepto de persona en tanto ser humano, pues, “no sólo se piensa en el individuo aislado, sino en la construcción de principios y de valores compartidos” (Dirección del Servicio Profesional en Derechos Humanos, 2011, p. 10) que este guarda con su entorno y, en este contexto, con otros seres humanos.

La tercera concepción surge de la filosofía jurídica, puesto que ésta ha determinado la naturaleza de los derechos humanos a partir de las múltiples dimensiones que éstos presentan, valorativa, fáctica y, sobre todo, normativa, esta última acentuada con la emisión de la Declaración Universal de Derechos Humanos, como un sustento objetivo de su existencia, es decir, son o existen porque están acentuados en un dispositivo que es susceptible de ser percibido por los sentidos.

Finalmente, se han establecido como derechos históricos, cuya concepción puede hacer entender su nacimiento, sus objetivos, entre otros aspectos, lo que “enriquece los contextos de creación del derecho para una mayor interpretación política y jurídica. Más aún, mantiene abierta, y explícita, la posibilidad de reinterpretación del derecho a partir de cambios de contexto, así como la aparición de nuevos derechos” (Dirección del Servicio Profesional en Derechos Humanos, 2011, p. 10).

Ahora bien, de todas esas concepciones se puede dar cuenta que la naturaleza de estos derechos humanos ha pasado por un proceso histórico, nutriéndose de otras ciencias como la sociología, antropología, etc., para finalmente asentarse en la pretensión de establecerse como una categoría

“constitutiva de los bienes primarios socialmente reconocidos como elementos básicos de la dignidad humana. Es decir, al conjunto de derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales, incluyendo las características de indivisibilidad, integralidad e interdependencia” (Dirección del Servicio Profesional en Derechos Humanos, 2011, p. 11).

Por ello, se puede advertir algunas de las características de las que es acreedor, se tiene por ejemplo, que son: inherentes, porque son innatos a todos los seres humanos sin distinción alguna; universales, por cuanto se extienden a todo el género humano en todo tiempo y lugar; absolutos, porque su respeto se puede reclamar indistintamente a cualquier persona o autoridad; inalienables: no pueden ni deben separarse de la persona y, en tal virtud, no pueden transmitirse o renunciar a los mismos, bajo ningún título; inviolables, porque salvo las justas limitaciones de acuerdo con las exigencias del bien común de la sociedad, pueden ser restringidos; imprescriptibles, porque no se pierden por el transcurso del tiempo; indisolubles, porque forman un conjunto inseparable de derechos, etc. (Instituto Interamericano de derechos humanos, 2008, p. 35).

No obstante, debe precisarse que las características anteriormente señaladas, no deben generar confusión respecto de los alcances de su contenido, específicamente en cuanto los derechos humanos son considerados universales y absolutos, puesto que podría creerse que no existen supuestos en los estos derechos puedan ser restringidos

justificadamente, esta fue otra de las grandes discusiones acerca de estos derechos, aunque hoy ya ampliamente superada.

En ese sentido, si se asume la posición de universalidad o absolutismo, se está asumiendo que no existe ningún supuesto que pueda paliarlos, y que además frente a cualquier complicación para decidir entre uno y otro el Estado no debe decidir entre ninguno, o lo que es lo mismo, debe decidir por los dos, lo cual no sólo es físicamente imposible sino también jurídicamente, comprobación de ello es la amplia casuística que se presenta en la realidad, sin desmedro de aceptar que habrán casos en los que sí es factible.

Así, la teoría de los derechos humanos en su acepción relativa implica que, si bien se le reconoce a la persona el carácter inalienable, imprescriptible, etc., de sus derechos, pueden presentarse supuestos en los que se tenga que flexibilizar el contenido de estos derechos porque existen otros derechos también humanos que se sobreponen por ser de interés público por prevalecer en un determinado caso.

Visto de esta manera, puede señalarse que “hay derechos en los que se está y en los que no se está y a los que hay que acceder” (Bidart Campos, 1989, p. 33), lo cual trastoca fuertemente con el denominado Estado Constitucional de Derecho que, al menos teóricamente, otorga a todos los derechos fundamentales el mismo peso o valor y la misma posibilidad de tutela.

No obstante, no se está aquí frente a una imposibilidad gustativa, sino natural e incluso necesaria, porque siempre habrá casos que por razones de fuerza mayor se tenga que optar uno de entre otros, por eso, se afirma que los derechos humanos son necesariamente derechos relativos, porque al menos hasta hoy no se han ideado otros mecanismos de selección.

## **2.3. ACERCA DE LAS TEORÍAS RELATIVAS AL CONCEBIDO**

### **2.3.1. Posiciones acerca del derecho a la vida del concebido**

#### **A. Teoría de la concepción**

Según esta teoría, la vida comienza con la concepción, entendida como “la unión del espermatozoide masculino con el óvulo femenino, que se plasma a las pocas horas de la relación sexual” (Fernández Sessarego, 2009, p. 78).

La jurista argentina Stella Maris, teniendo como base, a los últimos avances tecnológicos y científicos sostiene que, cuando el óvulo es penetrado por el espermatozoide, desde ya surge una nueva vida, diferente a la de la madre, con un patrimonio genético único, irrepetible, autogobernado por el mismo embrión, sin que exista otro momento en su evolución, como para poder postergar la certeza de que tal formación es vida humana (Morales Godo, 2009, pp. 61-62).

Desde el punto de vista de la filosofía médica, Guyton y Hall, en su Tratado de Fisiología Médica, explican el proceso de fecundación del óvulo de la siguiente manera:

después de la eyaculación masculina dentro de la vagina durante el coito, algunos espermatozoides atraviesan el útero en 5 a 10 minutos y llegan a las ampollas, que se encuentran en el extremo ovárico de las trompas de Falopio. De casi los 500 millones de espermatozoides depositados en la vagina, sólo unos miles consiguen llegar a la ampolla. La fecundación del óvulo suele producirse en la ampolla de una trompa poco después de que el óvulo y el espermatozoide penetren en la misma. Antes de que un espermatozoide pueda llegar hasta el óvulo, deberá atravesar las numerosas capas de células de la granulosa adheridas a la superficie del óvulo (corona radiada) y además tendrá que adherirse y atravesar la zona pelúcida que rodea al óvulo propiamente dicho. Cuando el espermatozoide penetra en el óvulo (que está todavía en fase de ovocito secundario de su desarrollo), éste se divide para formar el óvulo maduro y expulsar al segundo corpúsculo polar. Este óvulo maduro todavía presenta 23 cromosomas en su núcleo (que ahora se conoce como pronúcleo femenino). Mientras tanto el espermatozoide que da lugar a la fecundación también experimenta modificaciones. Al introducirse en el óvulo, su cabeza aumenta de tamaño con rapidez hasta formar un pronúcleo masculino; después, los 23 cromosomas sin pareja del pronúcleo masculino y los 23 cromosomas sin pareja del pronúcleo femenino se alinean para volver a formar una dotación completa de 46 cromosomas (23 pares) en el óvulo fecundado. (Guyton & Hall, 2010, pp. 1027-1028)

Pues bien, para la teoría de la concepción, como se dijo, la vida comienza desde la unión del espermatozoide con el óvulo, poco después del acto sexual; durante ese poco tiempo que, según los Guyton y Hall, es de aproximadamente de entre 5 y 10 minutos, el espermatozoide realiza una “maratónica carrera” por llegar hasta su destino, el óvulo. Es en este momento en el que la vida

comienza, es más, desde ya, se comienza a ver transformaciones en el espermatozoide que forma parte de la fecundación.

En ese mismo sentido, el profesor Gary Cunningham (2011), desde el punto de vista obstetra, incluye a la concepción dentro del proceso biológico del desarrollo humano, ubicándola inmediatamente después de la fecundación; es así que señala: “la cronología de los sucesos en el desarrollo temprano humano se describe en días o semanas pos fecundación, esto es, posconcepcionales” (p. 47).

El autor citado, al indicar que el tiempo de transición en que se da de la fecundación hacia la concepción es corto, no diferencia a la fecundación de la concepción.

En oposición a lo dicho en el párrafo precedente, Varsi Rospigliosi (1995), dista del hecho de no separar a la fecundación de la concepción, indicando que “la fecundación no se limita a un solo acto, sino que es resultado de todo un proceso biológico” (p. 31).

Identificando así una diferencia entre la fecundación y la concepción, precisando que la fecundación es el primer instante con el que se inicia el ciclo vital, que ocurre cuando el espermatozoide penetra el óvulo, siendo la concepción, el



resultado de dicho primer momento, dentro del proceso del inicio de la vida. Sin embargo, este primer momento fecundación-concepción es tan rápido que la fecundación implica la concepción instantánea (Varsi Rospigliosi, 2001, p. 91).

En efecto, como menciona Gary Cunningham, que si bien es cierto no lo expresa de forma clara, la fecundación se da en un momento anterior e incide en el tiempo que transcurre, el cual es corto; sin embargo, en la descripción de este proceso que Guyton y Hall realizan, se puede apreciar que, desde el acto sexual, que sería el primer momento, hasta la fecundación en *strictu sensu*, se pasa por un proceso biológico, que, por su rapidez, se entiende que la concepción es inmediata a la fecundación.

Al respecto, Jerome Lejeune, desde el ámbito de la genética, enseña que “en la fecundación, los 23 cromosomas provenientes del padre se unirán los 23 de cromosomas de la madre. En ese momento, se constituye toda la información genética necesaria y suficiente para expresar todas las características futuras del individuo” (Díaz Muñoz, 2010, p. 149). Al embrión generado en la fecundación, el experto en genética lo denomina como un “jovencísimo ser humano” (Díaz Muñoz, 2010, p. 150).

Así pues, esta teoría, prima al nacimiento de la vida en un tiempo antes que las otras teorías que se desarrollan a continuación.

## B. Teoría de la anidación

A diferencia de la teoría anterior, esta enseña que la vida humana recién puede considerarse como tal, a partir del instante en que el embrión se fija en el útero de la mujer, en otras palabras, cuando comienza a habitar en él. Para que se logre esto, aproximadamente tiene que transcurrir un periodo de 14 días después de la fecundación.

Esta teoría, se fija en que, es recién en este momento que se puede hablar de embarazo, puesto que “a partir de la anidación y, de su producto, que vendría a ser el embrión es que se ha iniciado la gestación de la madre” (Santillán Santa Cruz, 2011, p. 12).

El principal fundamento de esta teoría, sostenida por juristas como Roberto de Ruggiero y Arturo Valencia, es que es en este momento en que la vida inicia, porque el concebido ya pasa a ser una porción u órgano de la madre, pero aún no individualizado, sino que depende de la madre. Esta dependencia se le llama embarazo (Varsi Rospigliosi E., 1995, p. 34).

Por su parte, desde el ámbito de la ginecología, el argentino, Roberto Nicholson, señala que:

Un embrión tiene la capacidad de dividirse en dos o de sumarse en uno. Las dos cosas pueden suceder hasta que el embrión tiene un cierto tamaño, ese tamaño

coincide con la primera semana de implantación en la pared uterina. El embrión nada en la trompa – donde se fecunda – tres días, se implanta en la cavidad del útero al séptimo día y es a partir de allí cuando se determina si va a ser un individuo o se va a dividir para conformar dos gemelos. Desde ese momento es persona y se da entre los siete y catorce días (...)" (Morales Godo, 2009. p.65).

Uno de los principales críticos de esta teoría, a nivel nacional, es el profesor Carlos Fernández Sessarego (2009), quien enseña que la "implantación del embrión en el útero o anidación no es el inicio de la vida sino una fase del proceso continuo de la vida" (p. 45).

Al parecer, en esta etapa de anidación, después de haber pasado ya por la fecundación y la implantación del embrión en la cavidad del útero es cuando se puede avizorar a una vida individual o en el caso de que se divida se conformará dos, es decir, gemelos.

### **C. Teoría de la formación del sistema nervioso central**

Por último, se tiene a la teoría de la formación del sistema nervioso central. Tiene su fundamento principal en el hecho de que, en el ordenamiento jurídico peruano se concibe al fin de la persona con "el estado irreversible de las funciones cerebrales (encefalograma chato, lineal o plano) entonces la vida humana se inicia con la actividad cerebral" (Varsi Rospigliosi, 1995, p. 34).

Como dice el autor, este es un fundamento deductivo y lógico, pues si se acepta que la vida se termina con el estado irreversible

de las funciones cerebrales, bien se podría Interpretar a *contrario sensu*, que la vida de la persona empieza con la formación del sistema nervioso central, esto es, la formación del cerebro. Así, este sería el momento de creación de vida, por tanto, se iniciará la traslación de la información genética al sistema nervioso central.

En ese sentido, Stella Maris Martínez, citado por Morales Godo (2009), sostiene que, es en ese momento en que aparecen los rudimentos de lo que será la corteza cerebral, “por lo que recién con la presentación de la llamada línea primitiva o surco neural estaríamos frente a un ser viviente que, más allá de su composición genética, tiene una pauta selectiva específicamente humana” (p. 66).

La actividad cerebral se produce entre los 43 y 15 días (Varsi Rospigliosi E., 1995, p. 34); por lo que, según esta teoría, recién puede estimarse que se ha iniciado la vida humana.

Al igual que la teoría de la anidación, esta tiene, en el Perú como su principal detractor al profesor Carlos Fernández Sessarego (2009), quien sostiene que afirmar que la vida humana posterga su inicio hasta la formación del sistema nervioso central carece de consistencia, debido que la vida humana es un proceso continuo desde la fecundación, en que se da toda la información genética necesaria que lleva indefectiblemente a la formación del

ser, hasta la muerte, salvo que se presenten alteraciones de cualquier índole que interfieran dicho proceso (p. 84).

Las tres teorías presentadas pretenden dilucidar el momento en que nace la vida humana, cada una de ellas presenta momentos diferentes, uno más distante que la otra, siguiendo un proceso genético que comienza con el acto sexual, pasando primero, por la fecundación, luego por la anidación hasta llegar al inicio de la actividad cerebral.

Cabe mencionar que, al ser un proceso, estos momentos se encuentran inmediatamente después uno del otro, según el orden que se ha mencionado. Sin embargo, es también menester, resaltar lo dicho por el profesor Carlos Fernández Sessarego, quien dice que este proceso comienza con la fecundación; por lo tanto, es en ese momento en el que se da inicio a la vida humana.

En el ordenamiento peruano, el artículo 1 del código civil, segundo párrafo, prescribe que “La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece” (Poder Ejecutivo, 1984). La norma, opta por la teoría de la concepción; así, el derecho de personas peruano se rige por la teoría de la concepción, es decir, la vida humana comienza con la concepción, tal y como se explicó en su momento.

Además de la norma civil, el Tribunal Constitucional se ha encargado de establecer a cuál de las teorías se acoge el derecho de personas peruano. De eso se desarrollará en el punto que sigue.

### **2.3.2. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional acerca del derecho a la vida del concebido**

En el Perú, el Tribunal Constitucional tiene como funciones principales hacer respetar la Constitución, para ello interpreta las normas constitucionales, normas que protegen derechos fundamentales de las personas que no pueden ser vulnerados por ninguna otra persona ni por las entidades del Estado.

Es así, que el artículo 2.1 de la Carta Magna, parte *in fine* prescribe que “El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece” (Congreso Constituyente Democrático, 1993). Esta norma constitucional, primero reconoce al concebido como sujeto de derecho y, segundo que debe ser protegido.

El 16 de octubre del año 2009, el Tribunal Constitucional se pronunció sobre un caso controvertido referido a la distribución del Ministerio de Salud que estaba distribuyendo un producto médico llamado “Píldora del día siguiente o Anticonceptivo Oral de Emergencia” (en adelante AOE).

Así pues, el Tribunal Constitucional emitió la sentencia STC N° 2005-2009-PA/TC, a través de la cual ordenó al Ministerio de Salud que no entregue el AOE, puesto que por su posible efecto abortivo atentaría contra el derecho a la vida del concebido, protegido por la Constitución.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional, para poder determinar si el medicamento atentaba o no con la vida del concebido, primero determinó desde cuando se genera vida, por lo que tuvo que analizar teorías sobre el inicio de la vida. Estas son las siguientes que se presenta de forma resumida.

i) La teoría de la Fecundación: se basa, en principio, en que la concepción y por ende el inicio del proceso vital se origina en la fecundación. Sin embargo, la fecundación es un proceso que dura algunas horas, y se inicia con la penetración del espermatozoide en el óvulo, y concluye luego con la interacción bioquímica con la formación del cigoto que es la célula que resulta de la fusión de los pronúcleos masculinos y femeninos. ii) La teoría de la anidación: considera en principio que el inicio del ser humano solo es posible afirmarlo con a partir de la anidación del óvulo fecundado (cigoto) en la parte interior del útero materno. La anidación no es un acto instantáneo, sino que también es un proceso que comienza aproximadamente al séptimo día de la fecundación. (STC N° 2005-2009-PA/TC, 2009, Fj. 14)

Estas dos teorías, que también han sido objeto de análisis por este trabajo, permitieron a los magistrados del Tribunal Constitucional optar por una de ellas, siendo que se decidieron por la primera, al Teoría de la Concepción. Lo ha manifestado de la siguiente manera:

Teniendo en cuenta todo lo expresado hasta aquí, y surgiendo la disyuntiva de tener que optar por uno de los principios de interpretación constitucional desarrollados *supra* respecto a la constitución del concebido; este Colegiado se decanta por considerar que la concepción de un nuevo ser humano se produce con la fusión de las células materna y paterna con lo cual se da origen a una nueva célula que, de acuerdo al estado actual de la ciencia, constituye el inicio de la vida de un nuevo ser. Un ser único e irrepetible, con su configuración e individualidad genética completa y que podrá, de no interrumpirse su proceso vital, seguir su curso hacia su vida independiente. La anidación o implantación, en consecuencia, forma parte del desarrollo del proceso vital, mas no constituye su inicio. Por lo demás, aun cuando hay un vínculo inescindible entre concebido-madre y concepción-embarazo, se trata de individuos y situaciones diferentes, respectivamente; pues es la concepción la que condiciona el embarazo y no el embarazo a la concepción, y es el concebido el que origina la condición de mujer embarazada, y no la mujer embarazada la que origina la condición de concebido. (STC N° 2005-2009-PA/TC, 2009, Fj. 38)

Además de las teorías sobre el concebido, el Tribunal llega a esa conclusión a través de la interpretación de principios como el principio *pro homine* y el principio *pro debilis*. En cuanto al primer principio, el Tribunal refiere que “ante una pluralidad de normas aplicables, siempre se opta por aquella *iusfundamental* que garantice de la manera más efectiva y extensa los derechos fundamentales reconocidos; es decir aquella que despliegue una mayor eficacia de la norma” (STC N° 2005-2009-PA/TC, 2009, Fj. 33).

El expediente presentado constituye otro de los emblemáticos casos en los que se ha discutido grandemente sobre los lineamientos a los que deben estar sujetas las políticas paternalistas de un Estado que



se dice estar acorde con los fundamentos de un Estado Constitucional de Derecho.

En primer lugar es necesario señalar que pese a existir una aparente contradicción entre los derechos invocados por las partes procesales, esta contradicción no es del todo auténtica, sino más bien constituye un problema que requiere de un análisis mucho más exhaustivo que cualquier otro caso particular, estudio evocado a determinar el contenido esencial de los derechos fundamentales aparentemente enfrentados, delimitándolos tomando en consideración no únicamente las instituciones generales propias de cada uno, sino un estudio específico acorde al caso concreto.

Se advierte que las pretensiones de ambas partes giran alrededor de la protección del derecho a la información, derecho a la vida del concebido, así como del derecho al libre desarrollo de la personalidad, en su dimensión de la autodeterminación reproductiva. En este tenor, es que debe aclararse que toda política adoptada por el Estado, especialmente las medidas paternalistas, deben ser limitadas, y dicho límite debe estar constituido por el respeto a los derechos fundamentales; es decir, un Estado, en pro de sacar adelante una política aparentemente beneficiosa para la población no puede restringir deliberadamente el contenido esencial de un derecho fundamental.

En el caso concreto, de todos los medios probatorios analizados por el Tribunal, deviene en acertada la conclusión a la que se arriba; puesto que en específico la denominada píldora del día siguiente, no constituye un método anticonceptivo, que evita los embarazos no deseados, sino más bien que ésta podría inhibir la implantación de óvulo ya fecundado.

Por tanto, se puede concluir que el contenido esencial del derecho a la autodeterminación reproductiva, no se ve afectado con la prohibición de la distribución de la ya nombrada píldora del día siguiente, entendida como la libertad para poder decidir racionalmente, con responsabilidad sobre el momento adecuado u oportuno de la reproducción, la persona con quién procrear y reproducirse y la forma o método para lograrlo o para impedirlo; entiendo a este derecho como en el caso concreto como que toda mujer tiene derecho a elegir libremente el método anticonceptivo de su preferencia; y al no constituir la píldora del día siguiente un método anticonceptivo más, no puede argumentarse la vulneración del contenido esencial del derecho ya invocado.

En este tenor, la política paternalista adoptada por el Ministerio de Salud, sí vulnera el contenido esencial del derecho a la vida, puesto que al ser abortivo el denominado método de la píldora del día siguiente se afecta gravemente el derecho a la vida del concebido, hecho que no puede ser amparado en un Estado Constitucional de Derecho.

Por lo tanto, es inconcebible toda política paternalista que afecte el contenido esencial de un derecho fundamental y más aún si se trata del derecho a la vida que constituye el soporte del propio derecho a la dignidad humana, en el que se inspira y fundamenta todo Estado que se proclame Constitucional de Derecho; y menos aún puede aceptarse que el Estado intervenga de manera inoficiosa en la vida particular de los particulares buscando proteger de sobremanera su derecho a la autodeterminación reproductiva, como si éstos no fuesen lo suficientemente capaces para decidir y adoptar las medidas idóneas.

Así pues, la resolución a la que llega el Tribunal parece ser la más acertada tanto para la protección del derecho a la vida del concebido, así como del derecho a la información; prohibiendo políticas paternalistas que afecten el contenido esencial de los derechos fundamentales, pese a que se invoque la protección de otros derechos fundamentales.

### **2.3.3. El concebido como sujeto de derechos luego de la determinación del origen de su vida**

Después de haber dejado claro, cuál de las teorías es la que se adopta para determinar desde cuándo se origina la vida del concebido, en este punto se tratará sobre el tratamiento jurídico y doctrinario que se le da al concebido.

En efecto, ya se precisó, tanto en la doctrina y en la jurisprudencia, que la vida humana comienza con la concepción; por lo tanto, es a partir de ese momento en que se origina el concebido; por ende, desde ese momento se le considera como sujeto de derecho.

#### **A. Qué implica ser sujeto de derecho**

El derecho tiene como objeto regular la conducta de la sociedad en conjunto, para que esta se desarrolle en armonía; para ello, no sólo regula las actuaciones que se deben realizar según el derecho, sino que también impone sanciones a las personas que infrinjan dichas normas. Así, el derecho civil, como una de las tantas de las ramas del derecho, al ser derecho privado, regula las actividades entre personas. Es por ello que se puede afirmar, como dice Puig Brutau “la persona es el eje central en torno al cual gira el derecho civil” (Aranau Moya, 2003).

Atendiendo a ello, el profesor Enrique Varsi, introduciéndose al concepto de sujeto de derecho, menciona que “Sujeto de derecho y ser humano son dos términos indisolubles, equivalentes. Uno es consecuencia del otro. Entre sí se complementan se integran para proteger la vida humana en su máxima dimensión. Por antonomasia, el sujeto de derecho es el ser humano” (Tratado de Derechos de las Personas, 2014, p. 86).

En la actualidad, contra esta afirmación del tratadista peruano, no cabría ninguna objeción, puesto que no pensar que todo ser humano es sujeto de derecho sería irrazonable. Sin embargo, esto no ha sido así desde el inicio de la humanidad; prueba de ello, es el derecho romano antiguo, en donde no todas personas eran consideradas sujeto, sino que a algunas se les consideraba como *res* (cosa).

Si bien es cierto, todas las personas son considerados sujetos de derechos, también es cierto que cuando se habla de persona no solo se hace referencia a la persona natural, como ser humano, sino que también cabe el término para las llamadas personas jurídicas.

Así pues, es sujeto de derecho “todo ente capaz de tener derechos o contraer obligaciones; todo centro de imputación de deberes y derechos” (Guevara Pezo, 2015, p. 77). Como se puede apreciar en la definición dada, no se habla de personas, ya sean naturales o jurídicas, sino que se hable de un ente, es por eso que en la normatividad del Código Civil, se puede encontrar a diversos entes a las que se les llama como sujeto de derecho, a saber: a) el concebido, regulado en el artículo 1, segundo párrafo; b) la persona natural o individual, reconocida en el artículo; c) la persona jurídica, prescrito en el artículo 77 y siguientes; d) las organizaciones no inscritas de personas, en el

artículo 124 a 133; e) la sociedad conyugal, regulada en los artículos 287 a 294; entre otras.

Pues bien, estos entes que son capaces obtener derechos y contraer obligaciones, si bien es cierto, no todos son personas propiamente dichas, estas nacen como consecuencia de la necesidad del hombre por actuar en distintos modos, toda vez que detrás de cada sujeto de derecho siempre se encuentra el ser humano. Se afirma esto a partir del siguiente enunciado “Solo el ser humano es capaz de actuar como centro de imputación de deberes y derechos” (Guevara Pezo, 2015, p. 77).

## **B. El concebido como sujeto de derecho**

Ahora bien, como se dijo en el punto anterior, el concebido, en el ordenamiento civil peruano se encuentra reconocido como sujeto de derecho, lo cual implica que este es un ente capaz de adquirir derechos y también obligaciones.

Para empezar, tal reconocimiento se encuentra en el Constitución Política, en el artículo 2, inciso 1 parte *in fine*, que prescribe “El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece” (Congreso Constituyente Democrático, 1993). El profesor Carlos Fernández Sessarego (2005), comentando esta norma recalca que la “Constitución peruana de 1993 es la primera en el mundo que, al reconocer su naturaleza de ser

humano, le otorga al concebido la categoría de ‘sujeto de derecho’” (p. 76).

Cabe mencionar que, por un tema de cronología, la Constitución recogió lo ya estipulado por el Código Civil de 1984, vigente hasta hoy, en donde ya se reconocía, primero que la vida humana comienza desde la concepción y, segundo que el “concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece.

La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo” (Poder Ejecutivo, art. 1). Este artículo del Código Civil prescribe el denominado principio de la persona.

Es así que, el concebido, es un ser humano en desarrollo que se encuentra en una situación biológica diferente a la de cualquier otro, es por ello que no se le considera como “un sujeto de derecho común sino, a contrario sensu, es un sujeto de derecho *sui géneris*, especial y único” (Varsi Rospigliosi E., 2014, p. 108). Su característica de ser sujeto de derecho *sui géneris*, además de su reconocimiento no sólo legal, sino que además constitucional, permite al concebido tener la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones. Cabe mencionar que, como enseña el maestro Carlos Fernández Sessarego (2005), “esta facultad de ser titular de derechos y obligaciones es actual y no futura” (p. 76).

Cabe mencionar que, tanto en la norma constitucional como en el artículo del Código Civil, se estipula que el concebido es sujeto de derecho para todo en cuanto le favorece.

Como ya se dijo, el concebido, al ser un sujeto de derecho único en su especie, necesita ser tratado de forma diferente que, a los otros sujetos de derecho, esto se puede apreciar con lo establecido en el artículo 1 comentado. La particularidad del concebido como sujeto de derecho se puede apreciar de la forma siguiente: “Es él, el único sujeto de derecho al cual la ley le atribuye solo lo que le favorece” (Monge Talavera, 2010, p. 89).

Cabe preguntarse qué significa la frase “para todo en cuanto le favorece”. Al parecer, para poder entender lo que quiere decir la frase, se tiene que abarcar lo contenido en el último párrafo de la norma del Código Civil, esta es “La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo” (Poder Ejecutivo, 1984, p. art.1).

Esta condición que impone la norma, es únicamente para los derechos patrimoniales, es decir, que para que el concebido adquiera derechos patrimoniales, se encuentra sujeto a la condición de que nazca vivo.

Caso contrario, lo expresa la norma, de forma tácita, los derechos no patrimoniales le son atribuibles desde que es



considerado como sujeto de derecho, o sea, desde la concepción.

Pues bien, cuando la norma menciona que el concebido es sujeto de derecho, para todo en cuanto le favorece, hace referencia a los derechos no patrimoniales, puesto que como se vio, esto fluye directamente de lo prescrito por la norma.

En ese sentido, “la doctrina reconoce derechos al concebido, esto son: a la vida, a la integridad física, a conocer su origen biológico, a su individualidad biológica, a su identidad sexual y a la salud.” (Guevara Pezo, 2015, p. 92).

#### **2.3.4. Principios relacionados con la protección del derecho a la vida del concebido y los derechos derivados de esta**

##### **A. De los principios que sustentan la protección del concebido**

Como es sabido, los principios forman parte de todo ordenamiento jurídico, estos, además, tienen el carácter de normas fundamentales, que como tales son directrices que direccionan el correcto actuar aplicación del derecho por parte de las personas encargadas de aplicar la normas y al propio órgano encargado de emitir las normas. Asimismo, los principios integran las normas y la suplen cuando existe algún vacío normativo.

En ese sentido, como no podría ser de otra manera, además de las teorías sobre el concebido, el Tribunal Constitucional, para arribar a la conclusión de que el concebido surge a partir de la concepción, según se explicó *supra*, utiliza e interpreta principios como el principio *pro homine* y el principio *pro debilis*.

En cuanto al primer principio, el Tribunal refiere que “ante una pluralidad de normas aplicables, siempre se opta por aquella *iusfundamental* que garantice de la manera más efectiva y extensa los derechos fundamentales reconocidos; es decir aquella que despliegue una mayor eficacia de la norma” (STC N° 2005-2009-PA/TC, 2009, Fj. 33).

Por su parte el principio *pro debilis* implica “protección a las víctimas, que junto con el principio *pro homine* configuran el *principio de centralidad del ser humano*”. Así mismo, indica que este principio, producto de los dos principios anteriores manda que “ante situaciones de derechos fundamentales en conflicto, debe tenerse especial consideración con aquella parte más débil, en una situación de inferioridad y no de igualdad con la otra.” (STC N° 2005-2009-PA/TC, 2009, Fj. 34).

De lo mencionado por el Tribunal Constitucional se desprenden dos puntos a explicar. Primero, que con el principio *pro homine* lo que se busca que se aplique la teoría que resulte más protectora al derecho constitucional, en este caso el derecho a

la vida del concebido; es así que, se opta por la teoría de la concepción, puesto que es el primer momento en el proceso genético de creación de vida, que sigue con la anidación y la formación del sistema nervioso cerebral; es decir, si se optara por alguna de las dos últimas teorías, bien se podría interrumpir el proceso de creación de vida del ser humano hasta antes de la teoría que se haya adoptado.

Entonces, si de acuerdo con este principio, lo que se busca es la interpretación que favorezca al derecho del concebido, se opta por la teoría de la concepción, puesto que es el primer momento de proceso genético, en donde, según esta teoría, se da inicio a la vida humana; *ergo*, se tienen que proteger la vida del concebido a partir de ese momento.

Segundo, en cuanto al principio *pro debilis*, lo que se busca es proteger a la parte más débil, que en el caso del concebido sería él. En este caso no hay nada más que explicar, debido que es lógico y acertado pensar que es el concebido la parte más débil que se debe proteger, por lo tanto, para poder proteger la vida del concebido de manera eficiente y completa, se opta por la teoría que le brinde protección de una forma más completa e íntegra.

## **B. Los derechos derivados del reconocimiento como sujeto de derecho al concebido**

El concebido, al adquirir el reconocimiento de sujeto de derecho, automáticamente el derecho le reconoce ciertos derechos que buscan protegerlo. Así, como se dijo líneas arriba, estos derechos que se le tribuyen son derechos no patrimoniales, son derechos inherentes al concebido que no se encuentran sujeto a la condición de que nazca vivo, puesto que estos derechos actúan de forma inmediata por el solo hecho del reconocimiento como sujeto de derecho que, a diferencia de los derechos patrimoniales, buscan que el concebido deje esta condición.

Entre los derechos más importantes que asisten al concebido se tiene:

### **a. Derecho a la vida**

Este derecho, se puede afirmar que es el principal, el que da origen al resto derecho, puesto que, si no se le reconoce la vida al concebido, el derecho no tendría necesidad de otorgar protección a través de otros derechos.

Así lo ha indicado el jurista peruano Enrique Vari (1997) en su obra derecho y genética, “es un derecho substancial, básico primario, que no solo se discute por ser un derecho la condición de posibilidad, única y esencial, de cualquier otro

derecho, sino porque es un derecho excelso y fundamental del ser humano” (p. 127).

El concebido es titular del derecho a la vida gracias a su reconocimiento como sujeto de derecho; en ese sentido casos en los que se atenta contra la vida del concebido, por ejemplo, el aborto e incluso el uso de la denominada pastilla del siguiente se encuentra restringida parcialmente.

**b. Derecho a la integridad**

Este derecho se encuentra directamente relacionado con el derecho a la vida. Así, atendiendo a que el concebido, desde la concepción es un ser vivo, se tiene que proteger su “integridad corporal (integridad física), psicológica (integridad psíquica), genómica (integridad genética) y social (integridad moral)” (Varsi Rospigliosi E., 1997, p. 132).

La integridad del concebido es inherente a él, puesto que es “una virtud natural que tiene todo ser humano, que le permite mantener su cuerpo sano” (Varsi Rospigliosi E., 1997, p. 132).

La integridad que se tiene que proteger, no solo se limita a la protección de la integridad corporal, sino que se tiene que resguardar a todo el cuerpo del ser humano en su conjunto.

**c. Derecho conocer su origen biológico**

El reconocimiento de este derecho tiene su origen por los años 40, cuando la doctrina alemana comenzó a defender la existencia de un derecho fundamental de la persona: “el derecho a conocer el propio origen o ascendencia biológica del que toda persona es titular” (Varsi Rospigliosi E., 1997, p. 128).

Este derecho promueve que toda persona tenga conocimiento de su propio origen biológico, puesto que desea conocer a sus padres, esto en razón de que es “una cuestión que atañe muy cerca a la persona, por ser la esencia y naturaleza del vínculo biofilial del ser humano” (Varsi Rospigliosi E., 1997, p. 129). Como ha de advertirse, la protección del derecho a conocer el origen biológico, no solo es la filiación, sino que se extiende a la protección de la llamada filiación biológica.

Enrique Varsi (1997), para ejemplificar una vulneración a este derecho, propone la siguiente situación:

En la autorreproducción la indagación del origen biológico es bastante compleja, pues la información genética proviene de un solo sujeto (sea hombre o mujer) que cedió el núcleo de una de sus células para que sea implantado en un óvulo fecundado desnucleado. En este caso, la paternidad o maternidad genética será únicamente de quien aporta el núcleo. Sin embargo, cabe la posibilidad de hablar de una doble maternidad: una, la que cede su óvulo (genética) y otra, la que se presta para realizar la gestación (biológica). (p. 129)

#### **d. Derecho a la identidad genética**

Cabe mencionar que la identidad genética no solo existe en la persona, sino que se extiende a todo ser vivo, por el solo hecho de ser un ente viviente.

Así, este tipo de identidad, como enseña Enrique Varsi (1997), “debe ser entendida en un doble sentido: identidad genotípica (herencia genética) e identidad ‘hábitat’ (paratipo-ambiente que permite desarrollar unos genes u otros)” (p. 136).

Lo que busca proteger es que el concebido, mantenga su identidad genética, ya sea, los que le han sido heredados o los genes que él mismo crea en el tiempo de su evolución biológica.

La ciencia y la tecnología, tras sus grandes descubrimientos y avances, permite al hombre crear, manipular y evolucionar su herencia genética con prácticas como las de reproducción asistida. Prácticas que atentan, no solo al derecho de la identidad genética, sino que, incluso atentan contra la dignidad del ser humano, entre ellos el concebido.

## **2.4. ACERCA DE LAS PRÁCTICAS DERIVADAS DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA**

La investigadora es consciente de que el tratamiento de las técnicas de reproducción asistida requiere de un estudio multidisciplinario del cual no es capaz de manera individual; por este motivo, este acápite únicamente se limitará a la descripción de los estudios anteriormente realizados sobre el particular por equipos multidisciplinarios, dentro de los cuales participan abogados, o estudios presentados por juristas que han obtenido mayor especialización en el tema; asimismo, se ha realizado un estudio evolutivo de las normas que han establecido asuntos relativos a las técnicas de reproducción asistida en el derecho comparado puesto que, como ya se mencionó en el planteamiento del problema, el derecho peruano aún se encuentra dando sus primeros pasos en cuanto al particular.

Con lo dicho, se tiene que la presentación de las diversas actividades que involucran las técnicas de reproducción humana asistida han sido sistematizadas de acuerdo a cómo han sido reconocidas normativamente en el mundo, pues este es el aspecto que le interesa al Derecho, es en torno a su contenido normativo, doctrinario y jurisprudencial que se desarrollarán sus elementos e implicancias, no así, desde su plano médico, puesto que no existe la posibilidad de ello.

### **2.4.1. Inseminación artificial**

La inseminación artificial es la primera técnica de reproducción humana asistida que se ha reconocido y regulado en el mundo,



aunque existen referencias acerca de su práctica no controlada ni formalizada desde épocas anteriores (Riesco Aguayo, 2013, p. 12), se sabe que Suecia ha sido el primer país que la ha incluido en su ordenamiento jurídico y, con esto, el primer país en legislar sobre técnicas de reproducción humana asistida (Herrera, 2017, p. 1).

Aunque su contenido parezca muy sencillo, pues se trata de propiciar la fecundación “dentro del seno materno mediante la unión de gametos” (López Peláez, 2017, p. 16), esta simple actuación genera múltiples actuaciones de interés para el derecho que, muchas de las veces pueden generar conflictos o incertidumbres de naturaleza jurídica.

#### **A. Contenido e implicancias de la técnica**

Como se dijo, fue la Ley sueca N° 1984:1140 (Poder Legislativo sueco, 1985) la que contuvo por primera vez en Europa una técnica de reproducción humana asistida, la inseminación artificial, que, según afirma la Dra. Marisa Herrera (2017) se trata de una técnica de baja complejidad (p. 2) puesto que requiere de un procedimiento sencillo por el que el profesional médico propicia la fecundación en el interior del aparato reproductivo de la madre; no obstante, esta técnica puede tomar diversos matices como los que se describen a continuación.

No obstante, la literatura que registra la historia de esta técnica, deja cuenta de que su complejidad es mínima y ha sido practicada profesionalmente desde mucho antes de su regulación normativa; tan es así que:

El primer reporte de inseminación artificial en un ser humano data de 1799, presentado ante la Royal Society of London por el médico inglés Hunter, quien obtuvo un embarazo utilizando esta técnica. En 1844, se produjo la primera inseminación artificial heteróloga, realizada en Estados Unidos por el profesor William Pancoast, en el Jefferson Medical Collage de Filadelfia. En 1932, los estudios efectuados por Ogino y Knauss permitieron describir el ciclo menstrual de la mujer señalando sus fases y detectando el período fértil de cada ciclo y, en 1945, el biólogo Jean Rostand dio a conocer la posibilidad de congelar semen, debido a que sus observaciones le permitieron evidenciar que los espermatozoides sometidos al frío en presencia de glicerol, podían conservarse por largo tiempo sin que se alterara su viabilidad. (Riesco Aguayo, 2013, pp. 29-30).

Es precisamente la menor complejidad que presenta la técnica la que ha llevado a sustentar a cierto sector de la comunidad científica que no se trata de una técnica de reproducción humana asistida, puesto que “lo característico de éstas sería la intervención médica en el proceso de la fecundación, y, en la inseminación artificial sólo se insemína a la mujer y todo el proceso ocurre luego naturalmente sin asistencia de ningún tipo” (Riesco Aguayo, 2013, p. 30); pero, cabe resaltar que sin esta mínima intervención del médico para realizar la inseminación, la fecundación sería imposible, motivo por el que no puede discutirse su carácter asistencial.

Esta fecundación asistida, según contempla la doctrina, puede ser homóloga o heteróloga, “Cuando se emplean células de la propia pareja se habla de técnica homóloga, mientras que cuando las células utilizadas no son las propias del marido o de la pareja nos encontramos ante la heteróloga” (Gete-Alonso y Calera, 2002, p. 60).

Evidentemente, la inseminación artificial homóloga no genera mayores conflictos más que los relativos al cuidado de la salud de la madre y del concebido, pues, la participación de los padres en el aporte de células coincide con la realidad de la fecundación, por lo que, a no ser por el mecanismo utilizado para su configuración, todos los demás efectos fácticos coinciden con los reconocimientos jurídicos que hace sobre la persona, la familia, la filiación, etc., que hace el ordenamiento civil y familiar.

El problema surge respecto de la inseminación artificial heteróloga que se realiza con la participación de un donante, el mismo que, al llevar a cabo la inseminación podría ser considerado un tercero ajeno a la relación paterno filial que se pretende establecer, pero que, mantiene un vínculo biológico innegable y, por consiguiente, podría ser pasible de derechos u obligaciones respecto del menor.

Como fue mencionado ya anteriormente, el artículo 7 de la Ley General de Salud, establece que:

Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos. (Congreso de la República, 1997).

Si bien es cierto, la redacción del mencionado artículo es general, pero es claro que únicamente propone dos límites para la práctica de las técnicas de reproducción humana asistida: la coincidencia entre madre genética y madre gestante y la autorización escrita de los padres biológicos; sin embargo, estas dos limitaciones tienen implicancias claras respecto de la inseminación artificial heteróloga, pues, el donante de esperma es el padre biológico del concebido que se generaría después de la ejecución de la técnica.

Más aun cuando requiere del consentimiento conjunto de ambos padres biológicos, lo que impide que en nuestro país se realicen, al menos formalmente hablando, aquellas prácticas en las que se guarda el secreto de la identidad del donante, lo que imposibilita también la creación de una familia monoparental absoluta, pues, tal y como se encuentra planteada la norma en el Perú, la identidad y autorización del padre biológico que aporta el

esperma deben ser conocidas, con lo que dicha persona se encuentra obligada a prestar la asistencia requerida al menos y cuenta con los derechos de padre.

Con lo dicho, queda sentado que la regulación peruana únicamente admite la inseminación homóloga, pues exige la participación del padre biológico, es decir, el marido o pareja de la madre, o en todo caso, de un tercero dispuesto a afrontar una relación paterno filial independientemente de la relación que guarde respecto de la madre.

Con tal redacción no existe la menor posibilidad de hablar de donantes de esperma anónimos, ni de la posibilidad de que sea la madre la única titular de una relación paterno filial o la única obligada a sustentar al menor; asimismo, se elimina la posibilidad de que las parejas homoafectivas puedan acceder, formalmente, a la técnica, puesto que el hombre que aporta el esperma va a guardar de todas formas una relación paterno filial con el menor.

La inseminación artificial consta de dos etapas, siendo la primera, la obtención del semen, utilizando diversos mecanismos tales como la masturbación, la estimulación de las vesículas seminales, la utilización del preservativo de Mails perforado, e incluso punciones en el epidídimo cuando existe la imposibilidad de eyacular.

Y, la segunda, la inseminación propiamente dicha, que debe hacerse durante el periodo fértil de la mujer, mediante la introducción de una cánula que deposita la vagina cuando no existen problemas de infertilidad en la mujer causada por los ácidos vaginales, por lo cual el procedimiento puede hacerse depositando los espermias en el cérvix o en el útero (Riesco Aguayo, 2013, p. 31).

Como se puede extraer de lo dicho en el anterior párrafo, el procedimiento para la inseminación artificial es básico, la extracción de los espermatozoides y su depósito en determinadas partes del aparato reproductor femenino; no obstante, las variaciones que demandan estos procedimientos básicos varían según las particularidades de cada caso y las necesidades de los padres o padre en específico; motivo por el cual, es posible que de este simple procedimiento se deriven múltiples circunstancias con implicancias jurídicas.

Por ejemplo, si se trata de un hombre que quiere tener prole, pero no necesariamente con su pareja, sino con una desconocida con que firma un contrato para participar en la procreación; o viceversa, una mujer que quiere ser madre sin necesidad de conformar un hogar o contar con una pareja, para lo cual adquiere el semen de un donante.

Podría ocurrir también que una pareja en la que el hombre es infértil decide realizar el procedimiento con el semen de un donante; una pareja homoafectiva femenina que decide adquirir el semen de un donante; entre otras múltiples posibilidades que tienen implicancias jurídicas tales como la determinación de la relación paterno filial, el derecho a la identidad de concebido, el derecho a la familia del concebido, el derecho de alimentos del concebido, entre muchos otros derechos involucrados.

#### **B. Proceder adecuado para la protección de derechos**

La literatura revisada coincide en que el camino para asegurar los derechos del concebido y de los intervinientes en la técnica de inseminación artificial no es la prohibición de conductas, puesto que las restricciones u omisiones legislativas no hacen más que ocultar formalmente lo que ocurre en la realidad (Lamm, 2012, p. 87).

En ese sentido, lo más adecuado para asegurar la protección de los derechos fundamentales del concebido y los intervinientes en la técnica de inseminación artificial es la regulación de todas las conductas pasibles de presentarse en la realidad, tanto homólogas como heterólogas, y que, de hecho, dado el tiempo que tiene de ser practicada, son ya conocidas (Roca Trías, 1999).

En este sentido, debe respetarse la libertad contractual de las personas tanto como la integridad del concebido y futura persona; esto depende de la discusión acerca de lo que debe ser concebido como familia, de los mecanismos para asegurar la integridad física, psicológica y moral del nuevo ser; así como, el derecho a la intimidad y tranquilidad de los padres o padre en favor de quien se lleva a cabo el procedimiento.

Ello involucra también la necesidad de crear figuras jurídicas que aseguren la existencia de una relación paterno filial que no necesariamente derive del vínculo biológico.

#### **2.4.2. Fecundación *in vitro***

La técnica de la fecundación *in vitro* es más compleja que la vista anteriormente, en referencia al procedimiento médico que se sigue, pues, en cuanto a circunstancias problemáticas que no se encuentran reguladas en el Perú, es también abundante, igual que la anterior técnica.

Históricamente, se tiene que ha sido Suecia, también, el primer país en regularla en la Ley N° 1987:711 del 06 de junio de 1988 (Poder Legislativo sueco); siendo que posteriormente la Ley española 35/1988, derogada por la ley 14/2006, también ha tratado el tema (Herrera, 2017, p. 1).



En la legislación sueca, desde la dación de la mencionada Ley, se permitió, “bajo ciertas circunstancias, tanto la donación de espermias como la de óvulos en la fecundación *in vitro*” (Stoll, 2008, pág. 15), lo que abre la posibilidad para que las parejas infértiles puedan tener prole que, aunque no necesariamente sea producto genético o biológico suyo, sí lo es de manera afectiva y legal.

Esta posibilidad no existe en el Perú, puesto que la Ley General de Salud, como ya se indicó anteriormente restringe tal posibilidad; en primer término, porque exige la identidad materna y, en segundo lugar, porque requiere autorización de los padres biológicos que, en el caso de Suecia, resulta imposible cuando se trata de donantes anónimos.

#### **A. Contenido e implicancias de la técnica**

Es conocido que el proceso natural de fecundación se produce por la unión entre el gameto masculino y el femenino al interior del aparato reproductor femenino, generalmente en el ovario, pues ocurre que, en el caso de la fecundación *in vitro*, el proceso ocurre de una manera totalmente distinta a la que la naturaleza ha dispuesto, pues “ésta se produce fuera del seno materno, aplicando técnicas micro químicas para lograr la unión de los gametos masculinos y femeninos e introduciendo los embriones obtenidos en el interior de su útero” (Instituto Bernabéu de medicina reproductiva, 2018).

En el caso de la fecundación *in vitro* también se presenta la particularidad de ser catalogada como homóloga y heteróloga, homóloga cuando existe coincidencia entre los padres biológicos y los padres asistidos por esta técnica y heteróloga cuando no existe coincidencia entre uno de los padres biológicos o ambos y los padres o padre asistido (Lamm, 2012, p. 88).

Con todo, la sencilla definición alcanzada en el primer párrafo de este acápite, está referido a una serie de múltiples y diversos procedimientos realizados, de conformidad con cada caso concreto, para lograr la fecundación del óvulo; es por ello que puede aseverarse que la expresión fecundación *in vitro*, es un:

Término genérico que comprende varios métodos médicos que se utilizan para superar algunos tipos de esterilidad. Es una técnica mediante la cual se consigue que un óvulo y un espermatozoide puedan encontrarse en una placa de cultivo de un laboratorio cuando esto no se ha logrado por el mecanismo natural. (Gómez de la Torre Vargas, 1993, p. 15)

Y, como ya se ha dicho, las causas por las que el óvulo y el espermatozoide se encuentran impedidos de unirse por medios naturales son múltiples: poca cantidad de espermatozoides en el semen, la poca cantidad de semen, la acidez en la vagina de la mujer, el síndrome del ovario poliquístico, entre muchos otros varios; que podrían causar fecundación *in vitro* homóloga.

Sin embargo, existen otras causas como la infertilidad de uno o lo dos integrantes de la pareja, que llevan a valerse de donantes para la realización de la fecundación *in vitro* y propiciar luego la anidación en el útero de la mujer infértil, o, casos en los que incluso el producto puede ser puesto en un vientre de alquiler.

El cuerpo humano es un pequeño universo en sí mismo y, como tal, cuenta con múltiples características propias y diversas respecto de otros cuerpos humanos; cada uno presente sus propios sistemas, sus propias reacciones y sus propias falencias, tanta como tantos pueden ser los procedimientos requeridos para subsanarlas; también en el campo de las técnicas de reproducción humana asistida ocurre ello y, en el caso de la fecundación *in vitro*, muchas pueden ser las causas diversas que lleven a las parejas a buscar este tipo de asistencia.

#### **B. Procedimientos adecuados para la protección de derechos**

Si bien en el Perú no existe regulación específica sobre los pormenores de esta técnica, ocurre que tampoco existe prohibición para su práctica, siempre y cuando se cumpla con los lineamientos generales dados por la Ley General de Salud.

No obstante, en la doctrina internacional sí se contemplan procedimientos que hacen posible una actuación responsable en torno a esta técnica; en ese sentido, se tiene lo siguiente:

Tras un tratamiento de FIV quedan embriones que no tienen ese fin reproductivo inmediato que deben ser criopreservados. No se consideran sobrantes hasta que se verifique la gestación. Los embriones solo pueden permanecer unos días *in vitro*, por lo que todos aquellos que no son transferidos son criopreservados. Con la criopreservación se logra que un ciclo de estimulación hormonal provea a la pareja de más de un ciclo de transferencia, aumentando así las posibilidades de embarazo extendidas en el tiempo con la ventaja de que la paciente no debe someterse nuevamente a los riesgos de la estimulación ovárica y a la captura folicular bajo anestesia. El destino de embriones criopreservados es la utilización de la propia pareja en otro ciclo, donación con fines reproductivos, donación con fines de investigación o cese de su conservación sin otra utilización. Las ventajas de un programa de congelación son, según la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida, que aumentan las tasas de gestación por ciclo de tratamiento y reduce el riesgo de multigestación extrema, con el consiguiente beneficio para la mujer, los fetos y los niños y, finalmente, no representa un riesgo para los cigotos con potencial vital. Los embriones supernumerarios son una consecuencia inevitable de FIV. (Bagnarello González, 2017, p. 225)

Como se observa de la cita esbozada, existen sectores de la doctrina que tratan los temas de fecundación *in vitro* con total naturalidad; incluso en los casos en los que se congelan los óvulos fecundados, es más, en los casos en los que se los dona con fines científicos; sin embargo, esta última práctica que no tiene fines reproductivos debe ser analizada de conformidad con las teorías que sustentan el inicio de la vida; pues, de considerarse que la vida comienza con la fecundación, no sería posible tratar como un objeto a dicho óvulo fecundado, sino que se trataría ya de un concebido no anidado, sujeto de derecho para todo cuanto le favorece.

Todas estas situaciones que se presentan en la realidad son pasibles de someterse a discusión, enfrentamiento de teorías, con la finalidad de obtener la fórmula que resulte más adecuada para complementar la regulación nacional.

La infertilidad, por ejemplo, es una de las razones por las que una pareja puede acudir a la técnica de la fecundación *in vitro* (Zegers-Hochschild, 2012), en este particular, es el derecho a tener una familia, sea biparental o monoparental, es el que prima para efectos de reclamar el derecho de acceder a esta técnica de reproducción humana asistida.

En ese sentido, la Sentencia del Caso Artavia Murillo y otros contra Costa Rica (2012), hace una disquisición entre lo que se considera concepción y la diferencia con la mera fecundación, pues lo que protege la Convención es en general la concepción, y señala que la concepción se origina en el interior de la madre a diferencia de la fecundación que puede generarse en el exterior y que, sin la protección de la madre; al respecto indica:

se puede concluir respecto al artículo 4.1 de la Convención que el objeto directo de protección es fundamentalmente la mujer embarazada, dado que la defensa del no nacido se realiza esencialmente a través de la protección de la mujer, como se desprende del artículo 15.3.a) del Protocolo de San Salvador, que obliga a los Estados Parte a “conceder atención y ayuda especiales a la madre antes y durante un lapso razonable después del parto”, y del artículo VII de la Declaración Americana, que consagra el derecho de una mujer en estado de gravidez a protección, cuidados y ayudas especiales. (p. 69).

Bajo este entendido, el óvulo fecundado sin la intervención de la madre no puede ser concebido como vida viable, por lo que no es objeto de protección tal cual fuera un concebido; no obstante, al respecto, cabe indicar que un recién nacido, que se encuentra fuera del cuerpo de la madre, por sí solo tampoco puede ser entendido como vida viable, por sí solo, sin la intervención de los padres, quienes son los obligados a protegerlo, pues, de lo contrario, sin la alimentación y cuidados de parte de sus padres o madre o padre, tampoco tiene posibilidad de vivir y, con la conclusión arriba esbozada, tampoco sería objeto de protección por su imposibilidad de sobrevivir por sí solo.

Al respecto, para tomar cualquier decisión basados en la viabilidad de la vida, hace falta reconocer la obligación que importa el llamado deber de cuidado, pues, los seres humanos son seres racionales, capaces de prestar cuidados a cualquier otro ser que lo necesite y, es la propia razonabilidad la que obliga no moralmente, sino jurídicamente, a actuar en este sentido.

### **C. Tráfico económico y conservación de los óvulos fecundados**

Lo anteriormente dicho se sustenta en lo siguiente, existe, en base a estos pronunciamientos de la corte internacional, argumentos que posibilitan someter a los embriones crioconservados en una red de tráfico económico, bastando solo la autorización de los aportantes de gametos para ello

(Rodríguez Varela, 2016, p. 931) y, otras veces, incluso sin su autorización (López Moratalla, 2012).

La crioconservación es una técnica que surgió con la finalidad de asegurar la existencia de una cantidad suficiente de óvulos fecundados para posibilitar la implantación en el útero de la madre, de esta manera, se conservaban aquellos óvulos hasta que la implantación esté dada (Lara Espinoza y Naranjo Hernández, 2007); no obstante, ocurrida esta implantación surge la incertidumbre del futuro o disposición de los óvulos fecundados que ya no necesitan ser implantados en el útero materno.

Existen parejas que deciden crioconservarlos para intentar un nuevo y futuro embarazo, parejas que deciden desecharlos y parejas que deciden transar con ellos; he ahí el primer inconveniente respecto de la crioconservación, pues, la posibilidad de transar con óvulos humanos fecundados genera una discusión de carácter ético y, por tanto, jurídico.

Por otro lado, se encuentra la posibilidad de donar dichos ovocitos para que sean utilizados por otras parejas (Santalla, y otros, 2018), e incluso, para que sean producto de experimentación científica, que “consiste en adquirir conocimientos biomédicos de orden científico o terapéutico para el desarrollo de estrategias experimentales” (Vidal Casero, 2017, p. 2).

Sobre el particular, debe tenerse en cuenta que:

La individualidad humana comienza con la fusión del óvulo y el espermatozoide de modo que el cigoto es único desde el punto de vista genético, contiene ya en sí mismo la potencialidad ontogenética completa del individuo desarrollado (salvo que muera prematuramente), por lo que no es posible a nivel científico, ninguna distinción motivada entre sus primeras fases de desarrollo. (Vidal, 1996)

Esta sustentación se dio en el contexto de la discusión europea de la aceptación o no de la crioconservación y sus finalidades; no obstante, es posible distinguir que, esta técnica por sí mismo no es perjudicial para la vida humana, ni tampoco para el proyecto de vida que constituye el óvulo fecundado *in vitro*, sino que, son los usos que posteriormente se den los que amenazan, tanto aquel proyecto de vida como la dignidad misma del ser humano al conducirse en uso de su libertad; pues, en estos casos, a diferencia de los sustentados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso hasta ahora estudiado, no se encuentra en juego el derecho a la vida tanto como el derecho a la libertad de comercio y, en su caso, el derecho al conocimiento científico.

Esto ha generado una discusión aún más encarnizada y que, cuenta con respaldo tanto científico como argumentativo que, en apariencia, le asegura su carácter de indefinible; al menos con los conocimientos con los que hasta la actualidad se cuentan. En general existen tres posturas:



a) para unos expertos la dignidad del ser humano se adquiere gradualmente durante el proceso que lleva al cigoto a convertirse en un individuo completamente formado para ellos. El respeto y la protección debida al embrión es mucho menor antes de la implantación que los atribuidos al ser humano completamente desarrollado; b) para otros expertos el embrión tiene la dignidad de cualquier ser humano completamente desarrollado; c) para algunos como el Comité Consultivo Nacional de Francia proponen una tercera vía que reconoce que el embrión o el feto humano es "persona humana potencial", la cual sería algo más que una simple potencialidad, sin llegar a ser todavía una persona en el sentido pleno de la palabra. (Durand, 1992, p. 78-79).

Con lo dicho, es innegable que existe una discusión con apariencia de inacabable respecto de si le asiste el derecho a la dignidad al embrión, por el solo hecho de ser un óvulo fecundado, o por ser una potencialidad de vida.

No obstante, lo que no se encuentra en discusión es que, la debilidad o imposibilidad de ser sujeto de reclamo del embrión, no le quita la posibilidad de ser sujeto de derecho y, ello, no se sustenta en su dignidad, sino en la dignidad de los sujetos encargados de otorgarle tal protección.

Con lo dicho, queda abierta la discusión acerca de si atenta contra la dignidad de los seres humanos a cargo de los óvulos fecundados, embriones fuera del cuerpo materno, el someterlos a tráfico económico o a experimentación científica.

#### **D. Implicancias de la anidación**

La anidación de un óvulo fecundado, sin lugar a dudas ni discusiones como la anteriormente planteada, da la cualidad de sujeto de derecho al embrión implantado; ello en virtud de la misma Convención Americana de Derechos Humanos que declara que “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida.

Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción” (Estados Americanos suscriptores, 1969, art. 4, num. 1); es decir que, a partir de la anidación ya se considera la configuración de la concepción, misma que asegura al concebido la calidad de sujeto de derecho.

Todos los ordenamientos jurídicos de los países suscriptores del Pacto de San José, incluida la peruana, establecen que el concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece (Congreso Democrático Constituyente, 1993, art. 2, num. 1), y es a partir de este reconocimiento jurídico que puede verificarse su protección como responsabilidad de Estado, así como obligación de cada ciudadano que lo integra.

Este reconocimiento es el que no se le ha reconocido formalmente al embrión que se encuentra fuera del cuerpo de la madre; es más, tal y como se explicó en el caso de la píldora del día siguiente, aún si el óvulo fecundado se encuentra al interior

de la madre, existe duda respecto de si la vida se genera en el momento de la fecundación o con la anidación.

Con ello, queda abierta a discusión si se prefiere decidir en contra o a favor de respetar la dignidad del proyecto de vida que existe en el óvulo fecundado o embrión que se encuentra afuera del cuerpo de la madre y que, podría ser implantado en su útero, así como, si la vida se genera a partir del momento de la fecundación o de la anidación, o si, finalmente, es importante para el derecho el momento en que se genera la vida.

#### **2.4.3. Reproducción a través de vientre de alquiler**

Cabe recordar que es una máxima en el derecho peruano como en el derecho internacional que, todo lo que no se encuentra prohibido por norma expresa se encuentra permitido (Congreso Democrático Constituyente, 1993, art. 2, num. 2, lit. a); es más, en el ámbito penal no hay crimen ni pena sin tipificación previa (art. 2, num. 2, lit. d).

En ese sentido, respecto de la procreación haciendo uso del vientre de alquiler no existe norma expresa que la prohíba y, por tanto, puede perfectamente ser practicada en el país; sin embargo, dicha práctica debe hacerse en estricto respeto de los derechos del concebido y de los padres (Caso Isabel Zenaida Castro Muñoz, 2011).

Ocurre que, esta es una técnica derivada de la fecundación *in vitro* y se presenta en aquellos casos en los que la madre biológica, aportadora del gameto femenino, no puede anidar en su útero al óvulo fecundado; es decir, los gametos son parte de la genética de los padres biológicos sometidos a dicho procedimiento, empero el proceso de anidación se puede realizar dentro de la madre genética o en caso de que ella no pueda llevar a cabo este procedimiento, en el útero de una tercera persona (Caso Carla Monic See Aurich, 2009), este proceso familiar, por impugnación de maternidad, da cuenta de que, en la realidad peruana también se viven las circunstancias relativas al denominado vientre de alquiler o maternidad subrogada.

Empero, ocurre que sobre el particular se presenta una discusión muy importante, de existir este tipo de prácticas, a quién corresponde la titularidad del derecho a la filiación, a quienes aportaron sus gametos o a quién llevó al concebido en su vientre.

#### **A. Contenido e implicancias**

El avance de la ciencia trae consigo la protección de muchos derechos fundamentales importantes para que el ser humano se desarrolle como tal, en uso de su libertad, pero también con la potestad para ejercer los derechos que de ella se desprenden cuando lo crean conveniente; es así que, la fecundación *in vitro* provee a las personas que se encuentran atravesando una

circunstancia de imposibilidad biológica para concebir, se les provee de una herramienta a través de la cual pueden alcanzar ese nivel de igualdad respecto de las personas que no atraviesan por problemas relativos a la concepción.

Así es como debe mirarse a esta técnica, por lo que cualquier otro uso debe ser restringido; en ese sentido, se presentan otras circunstancias en las que la mujer que desea ser madre se enfrenta a imposibilidades biológicas para anidar en su útero al producto de la fecundación.

Es en estos casos en los que interviene la llamada maternidad subrogada, llamada de varias formas, entre estas, “alquiler de vientre, alquiler de útero, arriendo de útero, gestación por cuenta ajena o por cuenta de otro, gestación por sustitución, gestación subrogada, maternidad suplente, maternidad de alquiler, entre otras” (Del Águila Tuesta, 2009, p. 31).

Todas estas expresiones que claramente hacen referencia a la calidad contractual del vientre o útero en el que anidará el óvulo fecundado y crecerá el feto hasta su alumbramiento.

En ese sentido, se puede señalar que la maternidad subrogada involucra aquel acto que “genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso, mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a

favor de una pareja que figurará como padres de este” (Fiestas Chunga y Chanduví Cornejo, 2017, p. 205).

En ese mismo sentido, en busca de una definición más específica, se tiene que se denomina gestación por sustitución o maternidad subrogada a aquella:

Práctica por la que una mujer acepta portar en su vientre un niño por encargo de otra persona o de una pareja, con el compromiso de, una vez llevado a término el embarazo, entregar al recién nacido al comitente o comitentes, renunciando aquélla a la filiación que pudiera corresponderle sobre el hijo gestado. Se trata de un procedimiento basado en técnicas de reproducción asistida tradicionales (inseminación artificial [IA] o fecundación *in vitro* [FIV]). (Sánchez, 2018)

Como se ha visto hasta este momento, la maternidad subrogada puede constituirse normativamente, puesto que en la realidad social ya se presenta, un medio muy adecuado para solucionar problemas relativos a la debilidad o patología en el endometrio, falta de útero, entre otros relativos que impiden una anidación y alojamiento del feto en el útero de la madre biológica, quien es la que aporta sus óvulos para practicar la fecundación *in vitro*.

Sin embargo, ocurren casos en los que las mujeres acceden a este tipo de prácticas con la única finalidad de evitarse los estragos que causaría en su cuerpo un embarazo, por motivos estéticos o de aparente “tranquilidad”.

Estas son las circunstancias que, precisamente, deben prohibirse en la norma pertinente, pues, esta intención de solucionar un inconveniente sin mayor importancia, se podrían generar otros escenarios que afectarían en menor grado al menor. Por ello, es importante la especificación de los intervinientes en esta práctica tan importante pero tan peligrosa de ser mal utilizada.

#### **B. Sujetos participantes y sujetos de derechos**

El concepto presentado en el acápite anterior no es suficiente, entonces, para abarcar todas las circunstancias que propician la práctica de la maternidad subrogada; en tanto que:

No se especifica qué tipo de mujer va a ser la subrogante, ni quién va a ser la subrogada. (...) Es decir, qué mujer es la que puede solicitar la maternidad subrogada y qué mujer puede fungir como madre subrogante (mujeres casadas, solteras, convivientes, heterosexuales, homosexuales), qué procedimientos son los que debe utilizar y a qué ambiente pertenecerá el niño al nacer. (Arámbula, 2008, p. 34)

Según lo dicho, puede concluirse que los intervinientes en la relación contractual deben ser la pareja o madre que, pretendan solucionar la patología que sufre la madre para anidar el embrión en su útero a través de un contrato con una mujer que, en calidad de tercero, presta su vientre para que dicho embrión sea viable. Pero, de ninguna manera puede entenderse que esta mujer interviniente como tercero sea la madre, pues, para todos los efectos la madre es la mujer que proporcionó su gameto para la fecundación.

En este supuesto, el uso del término madre subrogada a pesar de ser descriptivo de las circunstancias que le dan origen -la maternidad por cuenta de terceros- es equívoco, ya que en realidad esta mujer es la madre a todos los efectos, y no puede sustituir a quien en realidad no lo es. (Arámbula, 2008, p. 45)

En este caso sí, existe claramente un contrato para que la mujer que interviene en calidad de tercero, quien no guarda identidad genética con el embrión, preste su útero a manera de nido, en el que éste se desarrollará y posteriormente logre nacer para constituir una nueva persona; motivo por el cual, claramente se trata únicamente de un medio para que el anhelo de familia y de contar con una relación paterno filial de la pareja o madre con imposibilidad natural de hacer se vea cumplido.

#### **2.4.4. Asistencia de la infertilidad estructural y social**

Este es un tema polémico aún ahora en el Perú, pues esta práctica se invoca en países en los que se admite normativamente a las parejas del mismo sexo como titulares de todos los derechos que le asisten a las personas heterosexuales; nivel de desarrollo normativo que no ha sido alcanzado en este país y que, por el momento no puede ser invocado como parte del derecho a la igualdad y prohibición de la discriminación.

Ocurre que, “las parejas del mismo sexo no tienen problemas de infertilidad médica, sino que se lo conoce como infertilidad estructural o social” (Herrera, 2017, p. 2); y, al no contar con la



facilidad natural para tener una relación paterno filial, acuden a las técnicas de reproducción humana asistida para conseguir tal cometido.

Esta práctica taxativamente no se encuentra prohibida en el derecho peruano, pero podría imputarse impropia por contravenir al concepto que se tiene de familia a nivel de Código Civil; más específicamente de matrimonio por el cual un hombre y una mujer se unen con fines de procreación; no obstante, es de afirmar que el matrimonio no es lo mismo que la familia y que, la realidad, da cuenta de que incluso las familias son muy diversas.

## **2.5. CASUÍSTICA INTERNACIONAL Y NACIONAL AL RESPECTO**

### **2.5.1. Casuística internacional**

#### **A. Caso Artavia Murillo y Otros (“Fecundación In Vitro”) Vs. Costa Rica**

El 28 de noviembre de 2012, la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió la sentencia que resuelve la controversia dada en el caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”).

La controversia surge a raíz del, el Decreto Ejecutivo N° 24029-S de 3 de febrero de 1995, emitido por el Ministerio de Salud de Costa Rica, en el que se autoriza la práctica de la Fecundación in Vitro para parejas conyugales y a la vez regula su ejecución.

Así, en su artículo 1 el Decreto Ejecutivo regula la realización de técnicas de reproducción asistida entre cónyuges, y establecía reglas para su realización. En el artículo 2 brinda la definición de una reproducción asistida como “todas aquellas técnicas artificiales en las que la unión del óvulo y el espermatozoide se logra mediante una forma de manipulación directa de las células germinales a nivel de laboratorio” (Ministerio de Salud, 1995).

Como lo permitía la norma, esta práctica fue realizada en el período comprendido entre 1995 y 2000 por la entidad privada denominada “Instituto Costarricense de Infertilidad”. Producto de la cuales nacieron 15 costarricenses.

Con fecha 7 de abril de 1995 el ciudadano Costarricense Hermes Navarro del Valle presenta una acción de inconstitucionalidad contra el mencionado Decreto. El 15 de marzo de 2000, la Sala Constitucional de la Corte Suprema emitió sentencia, mediante la cual declaró “con lugar la acción y se anula por inconstitucional (...) el Decreto Ejecutivo N° 24029-S”. (2012, Fj. 73).

Las razones esgrimidas por la Sala Constitucional de Costa Rica que motivaron su decisión fueron, entre otras, la infracción del principio de reserva legal, según el cual “solamente mediante ley formal, emanada del Poder Legislativo por el procedimiento previsto en la Constitución para la emisión de las leyes, es

posible regular y, en su caso, restringir los derechos y libertades fundamentales”. (STC. N° 2000-022306, 2000).

Este argumento hizo concluir a la Sala que el Decreto Ejecutivo regulaba el “derecho a la vida y a la dignidad del ser humano”, razón por la cual “la regulación de estos derechos por el Poder Ejecutivo resultaba incompatible con el Derecho de la Constitución”. (STC. N° 2000-022306, 2000).

Por otro lado, la Sala Constitucional determinó que las prácticas de la Fecundación In Vitro

Atentan claramente contra la vida y la dignidad del ser humano. Para su fundamentación, la Sala Constitucional indicó que: i) el ser humano es titular de un derecho a no ser privado de su vida ni a sufrir ataques ilegítimos por parte del Estado o de particulares, pero no sólo eso: el poder público y la sociedad civil deben ayudarlo a defenderse de los peligros para su vida; ii) en cuanto ha sido concebida, una persona es una persona y estamos ante un ser vivo, con derecho a ser protegido por el ordenamiento jurídico”, y iii) como el derecho a la vida se declara a favor de todos, sin excepción, debe protegerse tanto en el ser ya nacido como en el por nacer. (STC. N° 2000-022306, 2000)

Una vez agotada la vía interna del Estado Costarricense, los afectados recurrieron a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El 29 de julio de 2011 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió a la jurisdicción de la Corte Interamericana, de conformidad con los artículos 51 y 61 de la Convención, el caso con número 12.361 en contra del Estado de Costa Rica.

La pretensión presentada por la Comisión hacia la Corte fue que declare la responsabilidad internacional del Estado Costarricense por la violación de los artículos 11.2, 17.2 y 24 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de dicho instrumento, en perjuicio de Grettel Artavia Murillo, Miguel Mejías Carballo, Andrea Bianchi Bruna, Germán Alberto Moreno Valencia, Ana Cristina Castillo León, Enrique Acuña Cartín, Ileana Henchoz Bolaños, Miguel Antonio Yamuni Zeledón, Claudia María Carro Maklouf, Víktor Hugo Sanabria León, Karen Espinoza Vindas, Héctor Jiménez Acuña, María del Socorro Calderón Porras, Joaquinita Arroyo Fonseca, Geovanni Antonio Vega, Carlos E. Vargas Solórzano, Julieta González Ledezma y Oriéster Rojas Carranza.

Dentro de los argumentos de la corte, en relación al tema materia de investigación, están los siguientes:

La Fecundación In Vitro transformó la discusión sobre cómo se entendía el fenómeno de “la concepción”. En efecto la Fecundación In Vitro refleja que puede pasar un tiempo entre la unión del óvulo y el espermatozoide, y la implantación. Por tal razón, la definición de “concepción” que tenían los redactores de la Convención Americana ha cambiado. Antes de la Fecundación In Vitro no se contemplaba científicamente la posibilidad de realizar fertilizaciones fuera del cuerpo de la mujer. (STC. N° 2000-022306, 2000, Fj. 179)

La Corte, en cuanto a la determinación de cuándo empieza la vida humana, consideró que se trata de una cuestión valorada

diversas perspectivas; “tanto biológica, médica, ética, moral, filosófica y religiosa, ya sean estos internacionales o nacionales, cuando afirman que no existe una definición consensuada sobre el inicio de la vida.” (STC. N° 2000-022306, 2000, Fj. 185). No obstante, para la Corte

Es claro que hay concepciones que ven en los óvulos fecundados una vida humana plena. Algunos de estos planteamientos pueden ser asociados a concepciones que le confieren ciertos atributos metafísicos a los embriones. Estas concepciones no pueden justificar que se otorgue prevalencia a cierto tipo de literatura científica al momento de interpretar el alcance del derecho a la vida consagrado en la Convención Americana, pues ello implicaría imponer un tipo de creencias específicas a otras personas que no las comparten. (STC. N° 2000-022306, 2000, Fj. 185)

Asimismo, la Corte considera que es procedente definir, de acuerdo con la Convención Americana, cómo debe interpretarse el término “concepción”.

Al respecto, la Corte resalta que la prueba científica concuerda en diferenciar dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación. El Tribunal observa que sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción. Teniendo en cuenta la prueba científica presentada por las partes en el presente caso, el Tribunal constata que, si bien al ser fecundado el óvulo se da paso a una célula diferente y con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un “ser humano”, lo cierto es que si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas. Si un embrión nunca lograra implantarse en el útero, no podría desarrollarse pues no recibiría los nutrientes necesarios, ni estaría en un ambiente adecuado para

su desarrollo. En este sentido, la Corte entiende que el término “concepción” no puede ser comprendido como un momento o proceso excluyente del cuerpo de la mujer, dado que un embrión no tiene ninguna posibilidad de supervivencia si la implantación no sucede. Prueba de lo anterior, es que sólo es posible establecer si se ha producido o no un embarazo una vez se ha implantado el óvulo fecundado en el útero, al producirse la hormona denominada “Gonodotropina Coriónica” (HGC), que sólo es detectable en la mujer que tiene un embrión unido a ella. Antes de esto es imposible determinar si en el interior del cuerpo ocurrió la unión entre el óvulo y un espermatozoide y si esta unión se perdió antes de la implantación. Asimismo, al momento de redactarse el artículo 4 de la Convención Americana, el diccionario de la Real Academia diferenciaba entre el momento de la fecundación y el momento de la concepción, entendiendo concepción como implantación. (STC. N° 2000-022306, 2000, Fj.186 y 187)

Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal entiende el término “concepción” desde el momento en que ocurre la implantación, razón por la cual considera que antes de este evento no procede aplicar el artículo 4 de la Convención Americana.

Por otra parte, y tomando bajo consideración que el artículo 4.1 es asunto materia de la discusión del presente caso y lo fue en el ámbito de lo debatido ante la Sala Constitucional, el Tribunal realiza una interpretación de dicho artículo utilizando los métodos de interpretación sistemática e histórica, evolutiva y teleológica.

Finalmente, la Corte, después de haber interpretado la norma contenida en el artículo 4.1 de la Convención Americana, concluye:

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. (STC. N° 2000-022306, 2000, Fj. 264)

Como se puede apreciar, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, después de haber interpretado el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, opta por entender al concebido a partir de que el embrión se implanta en el útero, esto es, como se explicó en las teorías sobre el inicio de la vida, la Teoría de la anidación, dejando de la lado la Teoría de la concepción, optada por la Sala Constitucional de Costa Rica, mismo criterio que tuvo el Tribunal Constitucional peruano en el año 2009, cuando resolvió el llamado caso de la Píldora del día Siguiente.

Bajo ese argumento, la corte declaró, por cinco votos a favor y uno en contra, que el Estado es responsable por la vulneración de los artículos 5.1, 7, 11.2 y 17.2, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio de Grettel Artavia Murillo, Miguel Mejías Carballo, Andrea Bianchi Bruna, Germán Alberto Moreno Valencia, Ana Cristina Castillo León, Enrique Acuña Cartín, Ileana Henchoz Bolaños, Miguel Antonio Yamuni Zeledón, Claudia María Carro Maklouf, Víktor Hugo Sanabria León, Karen Espinoza Vindas, Héctor Jiménez Acuña, María del Socorro Calderón Porras, Joaquinita Arroyo Fonseca, Geovanni Antonio Vega Cordero, Carlos Eduardo de Jesús Vargas Solórzano, Julieta González Ledezma y Oriéster Rojas Carranza, en los términos de los párrafos 136 a 317 de la Sentencia.

### **2.5.2. Casuística nacional**

Para efecto de desarrollar ordenadamente este punto, a continuación, se presenta la casuística nacional de forma cronológica, independientemente del órgano que lo haya emitido.

#### **A. Comisión de Protección al Consumidor. Resolución N° 1079-2003/CPC-Expediente N° 763-2003**

El 21 de julio de 2003, la señora Cahuaza denunció a La Positiva por presunta infracción a la Ley de Protección al Consumidor. En su denuncia, manifestó que el 23 de enero el vehículo con placa



de rodaje VG-5559 de propiedad de Transportes Paredes Estrella y asegurado en La Positiva, se despistó, por lo que tuvo que ser trasladada de emergencia al Hospital de Bagua Grande, y luego al Hospital de ESSALUD de Chiclayo.

Por la gravedad de las lesiones, tuvo que asistir a un médico particular, en donde se advirtió que se encontraba en gestación de cinco semanas. Al respecto, indicó que se le informó que presentaba peligro de aborto, lo cual se materializó poco tiempo después. En ese sentido, pese a haber solicitado a la denunciada la carta de garantía a fin de seguir con el tratamiento, ésta le fue negada, negligencia que trajo como consecuencia la pérdida de su embarazo.

Por dichas razones, solicitó a la Comisión que ordene a La Positiva el pago de la indemnización por incapacidad temporal y muerte que la Ley del SOAT contempla, así como los gastos médicos efectuados por un monto de S/. 247. Asimismo, demandó el pago de las costas y costas en que hubiese incurrido en el procedimiento.

El concepto jurídico de persona no es coincidente con el del concebido. Sin embargo, resulta inconsistente fundarse en una referencia técnico-lingüística para desproteger al concebido y olvidarse que tanto esta categoría, como la de persona, obedecen a una misma referencia ontológica: la vida humana. El concebido, en tanto sujeto de derecho, es titular del derecho a la vida, derecho natural y primario que todo ser humano goza, por el sólo hecho de su existencia. (Resolución N° 1079-2003/CPC, 2003)

Si bien se reconoce la protección que debe tener el concebido, en este caso se declaró infundada la denuncia, puesto que, la denunciante no probó que su pérdida como consecuencia del accidente, sino que pudo haberse producido por otras causas, tales como, “la inviabilidad propia del concebido o problemas del embarazo de la madre.” (Resolución N° 1079-2003/CPC, 2003).

**B. Fecundación in vitro y Maternidad Subrogada: Sentencia del décimo quinto Juzgado de Familia. Expediente N° 183515-2006- 00113**

En este caso se interpone demanda de impugnación de maternidad a efectos de que se declare que la menor concebida por la accionante y su cónyuge, pero gestada bajo el procedimiento de maternidad subrogada, es suya por ser la madre biológica.

Los puntos que se analizan son las características de la maternidad, técnicas de reproducción asistida, el desarrollo del procedimiento al que fue sometida la madre subrogada y el destino de los embriones fecundados sobrantes que se encuentran congelados en el laboratorio de la Clínica en la cual la recurrente fue sometida al tratamiento correspondiente.

Ante ello se declara fundada la demanda, en consecuencia “se declara que la menor es hija de la accionante, se ordena dejar sin efecto la inscripción de reconocimiento como madre de la

niña, la rectificación del apellido de la menor (Derechos Sexuales y Derechos Reproductivos, 2009). Asimismo, otorga un plazo de dos años a efectos de que tanto la “recurrente como su cónyuge hagan efectivo el derecho a la vida que tienen los tres embriones concebidos producto de la fecundación in vitro de sus ovocitos y espermatozoides que se encuentran congelados en la Clínica” (Derechos Sexuales y Derechos Reproductivos, 2009).

**C. El Tribunal Constitucional: A propósito de la sentencia de la píldora del de la siguiente. Expediente 2005 2009-PA/TC**

El 16 de octubre del año 2009, el Tribunal Constitucional se pronunció sobre un caso que en esos días traía mucha controversia. El caso es que el Ministerio de Salud estaba distribuyendo un producto médico llamado “Píldora del día siguiente o Anticonceptivo Oral de Emergencia” (en adelante AOE). Así pues, el Tribunal Constitucional emitió la sentencia STC N° 2005-2009-PA/TC, a través de la cual ordenó al Ministerio de Salud que dejara de entregar el AOE, puesto que por su posible efecto abortivo atentaría contra el derecho a la vida del concebido, protegido por la Constitución.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional, para poder determinar si el medicamento atentaba o no con la vida del concebido, primero determinó desde cuando se genera vida, por lo que tuvo que analizar teorías sobre el inicio de la vida. Estas son las siguientes que se presenta de forma resumida.

- (i) La teoría de la Fecundación: se basa, en principio, en que la concepción y por ende el inicio del proceso vital se origina en la fecundación. Sin embargo, la fecundación es un proceso que dura algunas horas, y se inicia con la penetración del espermatozoide en el óvulo, y concluye luego con la interacción bioquímica con la formación del cigoto que es la célula que resulta de la fusión de los pronúcleos masculinos y femeninos.
- (i) La teoría de la anidación: considera en principio que el inicio del ser humano solo es posible afirmarlo a partir de la anidación del óvulo fecundado (cigoto) en la parte interior del útero materno. La anidación no es un acto instantáneo, sino que también es un proceso que comienza aproximadamente al séptimo día de la fecundación. (STC N° 2005-2009-PA/TC, 2009, Fj. 14)

Estas dos teorías, que también han sido objeto de análisis por este trabajo, permitieron a los Magistrados del Tribunal Constitucional optar por una de ellas, siendo que se decidieron por la primera, al Teoría de la Concepción. Lo ha manifestado de la siguiente manera:

Teniendo en cuenta todo lo expresado hasta aquí, y surgiendo la disyuntiva de tener que optar por uno de los principios de interpretación constitucional desarrollados *supra* respecto a la constitución del concebido; este Colegiado se decanta por considerar que la concepción de un nuevo ser humano se produce con la fusión de las células materna y paterna con lo cual se da origen a una nueva célula que, de acuerdo al estado actual de la ciencia, constituye el inicio de la vida de un nuevo ser. Un ser único e irrepetible, con su configuración e individualidad genética completa y que podrá, de no interrumpirse su proceso vital, seguir su curso hacia su vida independiente. La anidación o implantación, en consecuencia, forma parte del desarrollo del proceso vital, mas no constituye su inicio. Por lo demás, aun cuando hay un vínculo inescindible entre concebido-madre y concepción-embarazo, se trata de individuos y situaciones diferentes, respectivamente; pues es la concepción la que condiciona el embarazo y no el embarazo a la concepción, y es el concebido el que origina la

condición de mujer embarazada, y no la mujer embarazada la que origina la condición de concebido. (STC N° 2005-2009-PA/TC, 2009, Fj. 38)

### **2.5.3. Anteproyecto de reforma del Código Civil**

El anteproyecto de reforma del Código Civil, recoge en su primer artículo, en el libro de personas, una regulación referida al embrión *extracorporis*, misma que se encuentra justificada, según su exposición de motivos, en la protección del ser humano respecto de prácticas eugenésicas, puesto que, según señala, pueden presentarse actuaciones que tiendan a “seleccionar genes o elegir premeditadamente el sexo, los caracteres físicos o raciales de los seres humanos, supuestos que representan un atentado contra la integridad de la especie humana”; afirmación que, realmente no goza de respaldo científico, al menos no en la propia exposición de motivos, pero que sí da cuenta de la concepción que se tiene en nuestra sociedad respecto de las prácticas que pueden o no llevarse a cabo en torno a embrión *extracorporis*, lo que puede tomarse en cuenta también en torno a la teoría social del positivismo incluyente, así como en referencia a la convención social como presupuesto material para la creación de reglas de reconocimiento.

Así, este anteproyecto de reforma del Código Civil, si bien, reconoce la posibilidad de manipulación genética del embrión, limita su disposición para trasplantes de órganos y de tejidos de embriones muertos; en este sentido, su fecundación únicamente se limitará

únicamente a la procreación, así como, la manipulación genética se permitirá únicamente con fines terapéuticos.

Vale decir, en tono con la cultura y concepciones desarrolladas en la sociedad peruana, este primer artículo del anteproyecto en comento, busca tutelar al embrión como sujeto de derecho, lo que busca ser sustentado también en esta investigación; omitiéndose así las prácticas que se realizan en otros países, cuyas finalidades se extienden a la sola estética e incluso, a la sola comercialización.

La regulación a la que hacemos referencia es la siguiente:

**Artículo 1-A.- Tutela del embrión. Manipulación genética**

1. Los embriones, sus células, tejidos u órganos no podrán ser cedidos, manipulados o destruidos. Está permitida la disposición para trasplantes de órganos y de tejidos de embriones muertos.
2. La fecundación de óvulos humanos puede efectuarse solo para la procreación.
3. Está permitida la manipulación genética exclusivamente para fines terapéuticos.

La primera expresión categórica, expresa la necesaria ética que debe existir detrás de las disposiciones normativas, dado que el Derecho en sí mismo, visto desde su dimensión axiológica, implica consideraciones éticas que constituyen su núcleo; un derecho sin ética, no puede ser entendido como tal.

En este sentido, la sociedad peruana cuenta con una moral positiva, que evalúa negativamente la posibilidad de transar con la vida, la

integridad, la salud, la dignidad misma de los seres humanos desde su más básica expresión y ello alcanza al embrión *extracorporis*.

Esto es lo que propicia las siguientes limitaciones que se contemplan en la norma, orientados únicamente hacia la procreación o la manipulación genética con fines terapéuticos.

## CAPÍTULO III

### DISCUSIÓN Y CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

#### 3.1. DISCUSIÓN

##### 3.1.1. Fundamentos de la teoría del derecho y de la teoría de los derechos humanos optimizando aquellos que se vinculen con la regulación de una nueva figura jurídica

En principio, en cuanto a los fundamentos de la teoría del derecho, de conformidad con lo establecido en el marco teórico, únicamente se utilizarán las teorías prescriptivas que buscan construir un esquema jurídico respecto de determinada realidad jurídica, pero sobrepasando la simple descripción de la misma, sino que, hará falta la construcción de todo un contexto de justificación que componga en contenido de la protección relacionada con los derechos que puedan asistir al embrión *extracorporis* y las adecuaciones normativas que ello exige.

Pues bien, en cuanto a ello, existe la verificación fáctica de que los adelantos científicos han generado muchas posibilidades para llevar a cabo la creación de una nueva vida de manera asistida, la fecundación in vitro, la maternidad subrogada, la inseminación artificial, la donación de ovocitos, el diagnóstico genético preimplantacional, entre otras que, a pesar de no encontrarse reguladas en nuestro sistema jurídico, son desarrolladas



fácticamente sin contar con habilitación ni prohibición legal (Equipo Ron, 2021).

Pues bien, las ocurrencias fácticas son las que determinan las necesidades que se presentan en la sociedad y que exigen del Derecho una actuación, generalmente regulatoria, que permita el recojo de nuevas figuras que hagan patente la protección de los derechos de las personas que la componen, en tanto derechos humanos.

Es en este punto que se debe tomar lo desarrollado por el positivismo incluyente que admite la interrelación del Derecho con la moral, dado que esta última puede determinar “en ciertas circunstancias, lo que es el derecho” (García Berger, 2015, p. 89); en este sentido, no se trata de que la moral pública o social se encuentre constantemente influyendo en el contenido del Derecho o de los derechos subjetivos; sino que, en determinadas circunstancias, el Derecho debe alimentarse de la moral positiva para generar su moral crítica.

El resultado de la moral crítica será, en buena cuenta, el fundamento dogmático para la creación de un nuevo valor o contenido jurídico; en este sentido, es exigible que el legislador o el órgano estatal encargado de determinar o reconocer las normas jurídicas dentro de la sociedad, tome nota de las necesidades y

concepciones sociales como presupuestos para la conformación o delimitación del contenido de un valor, figura o institución jurídica. Esta es la dinámica que se aplica en el caso concreto para el reconocimiento de la necesidad fáctica de contar con una regulación normativa que asegure la tutela efectiva de los derechos relativos al embrión *extracorporis*, como podría ser el derecho a la vida del concebido, el derecho al libre desarrollo de la personalidad de quienes pretenden ser padres e, inclusive, el derecho a formar una familia de estos últimos.

Vale decir, la constatación fáctica de que se presentan prácticas relativas a la paternidad asistida, da cuenta de una realidad que genera una necesidad de regulación y, por tanto, la práctica de una moral positiva o social respecto de este tema en específico; no obstante, no basta con esta constatación, sino que hace falta la contrastación de esta realidad con los desarrollos teóricos, normativos y dogmáticos previos a efectos de establecer tal posibilidad.

Es en ese sentido que el órgano encargado de la admisión de nuevos valores constitucionales dentro del país, ya sea el excepcional órgano constituyente, el propio Congreso de la República como parte de su función reformadora o el propio Tribunal Constitucional, deben tomar cuenta de las prácticas que se vienen desarrollando en torno a la reproducción asistida, las

discusiones relativas al derecho a la vida del concebido, el libre desarrollo de la personalidad o el derecho a contar con una familia y los reconocimientos normativos ya existentes para determinar la posibilidad o no de la creación de nuevos valores constitucionales relativos al tema tratado.

Para ello, además de tomarse la moral social y la moral crítica aportadas por el positivismo incluyente, deben tenerse en cuenta las teorías de los derechos humanos, a efectos de determinar si es que estos son realmente universales sin admitir flexibilización alguna o si, sus contenidos son relativos y dependen de la dinámica de la moral positiva y moral crítica antes señalada para trazar un contenido diferenciable en cada país, según su propia cultura.

En este sentido, la presente investigación toma esta segunda postura puesto que, si bien es cierto, el artículo 55 y la cuarta disposición complementaria y final de la Constitución Política del Perú, sientan las bases fundamentales para el respeto del convencionalismo, no puede dejarse de reconocer que los derechos humanos reconocidos internacionalmente, cuando pasan a convertirse en derechos fundamentales admitidos a nivel nacional, mutan su contenido teniendo en cuenta la cultura del país que los admite.

Esto se presenta por dos circunstancias, en primer término, debido a la generalidad con la que los derechos humanos son recogidos en los instrumentos internacionales tales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos o, en nuestro caso, la Convención Interamericana de los Derechos Humanos; en segundo lugar, puesto que la cultura se instaura como el elemento dinamizador de todo Estado e, indefectiblemente, influye en la construcción de los contenidos de derechos fundamentales a nivel externo, mismo que pueden ser sometidos a la moral social dentro de los límites generales fijados a nivel internacional.

Con lo dicho, habiéndose cumplido en el marco teórico con la revisión de las diversas posturas jurídicas y técnicas acerca de la generación de la vida humana, en este punto corresponde tomar postura cohesionando las diversas posiciones presentadas tanto a nivel axiológico como deontológico.

Para ello, se parte de la postura de que la vida humana se genera a partir de la concepción, si ha de sentarse una postura al respecto es preciso tener en cuenta, de manera resumida el problema que se genera de considerar a la concepción como el momento definitivo en el que se genera la vida, éste es, que no se tiene cuenta de que esta vida sea sustentable o tenga todas las probabilidades para mantenerse y concretarse.

En este entendido, la Constitución Política del Estado Peruano refiere que el concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece (art. 2, inc. 1 *in fine*) e indica que es deber del Estado mantener la plena vigencia de los derechos humanos (art. 44); no obstante, cabe preguntarse si es posible proteger un derecho que todavía no se ha generado, o en todo caso, que habiéndose generado muy probablemente, cuenta aún con pocas probabilidades de persistir y mantenerse.

El profesor Cunningham (2011) menciona el término concepción dentro del proceso biológico del desarrollo humano como la etapa inmediata posterior a la fecundación al señalar que “la cronología de los sucesos en el desarrollo temprano humano se describe en días o semanas *posfecundación*, esto es, *posconcepcionales*” (p.47).

Es decir que, si la concepción inicia inmediatamente después de la fecundación, a partir de ese momento tendríamos un concebido y la obligación del Estado de protegerlo; no obstante, existen ámbitos naturales en los que ni siquiera el Estado, a través de sus órganos de gobierno puede inmiscuirse; como ocurre en el presente caso. Como se ha verificado ya de la teoría, la fecundación se produce en el ovario, o en su caso, en las trompas de Falopio, dependiendo del ciclo en el que se encuentre el óvulo.

No obstante, una vez fecundado, éste debe atravesar un viaje a través de las trompas de Falopio en dirección al útero para por fin anidarse y permanecer ahí hasta el alumbramiento.

Empero, en este recorrido pueden suceder varios eventos sean naturales o artificiales susceptibles de impedir la anidación; esto es, la presencia del método anticonceptivo denominado T de cobre que impedirá que el óvulo fecundado llegue hasta el útero, o, la existencia de un endometrio demasiado débil que impida la anidación, entre muchos otros ya señalados.

Bajo este supuesto, el Estado tendría la obligación de intervenir para asegurar la vida, pero esa obligación es materialmente imposible de ejercer, motivo por el cual, mal haríamos al señalar que la vida está asegurada a partir de la fecundación; empero, esta imposibilidad material también ocurre a partir de que un óvulo fecundado se ha anidado, por lo que hará falta tener en cuenta mayores cuestiones técnicas a efectos de diferenciar entre los riesgos entre la fecundación y la anidación y los riesgos entre la anidación y el alumbramiento.

Por su parte, Varsi Rospigliosi (2001), en su libro de Derecho Genético, ha diferenciado la fecundación de la concepción, precisando que la fecundación es el primer instante con el que se inicia el ciclo vital, que ocurre cuando el espermatozoide penetra el óvulo, siendo la concepción, el resultado de dicho primer momento,

dentro del proceso del inicio de la vida. Sin embargo, este primer momento fecundación - concepción es tan rápido que la fecundación implica la concepción instantánea (p.91).

Así las cosas, se colige que las normas jurídicas peruanas protegen al concebido (cigoto u óvulo fecundado), atribuyéndole una serie de derechos (que le resulten favorables), entre ellos, el derecho a la vida y, teniendo en cuenta la resolución obtenida en el caso denominado de la píldora del día siguiente, se ha preferido pensar que la vida humana se origina desde la fecundación por un asunto de optimización de derechos e interpretación *pro homine*.

Sin embargo, si algo hay que reprocharle a la posición del Tribunal Constitucional es que, en lugar de resolver el problema generado respecto de la concepción, lo empeora, puesto que reconoce la existencia de vida humana a partir de la fecundación – concepción, pero permite que las píldoras del día siguiente, abortivas bajo esta óptica, sean distribuidas en farmacias, impidiendo únicamente que el Ministerio de salud las distribuya de manera gratuita y desinformada.

Bajo esta sustentación, el Tribunal Constitucional estaría dando el mensaje de que pese a existir vida desde la fecundación – concepción, las personas pueden deshacerse de esa vida, siempre y cuando, se encuentren informadas de su medida y lo hagan bajo su propio costo y riesgo; asunto que podría ser trasmutado no

solamente al asunto del espacio entre la concepción y la anidación, sino también para el tiempo entre la anidación y el alumbramiento. El asunto, entonces, no está en identificar que la vida surge desde la fecundación, sino el problema de que ni ecográficamente ni mediante examen de orina o de sangre se puede determinar el momento exacto en que se produce la fecundación o la concepción misma, pues, la hormona HCG (gonadotropina coriónica humana) comienza a segregarse cuando el óvulo fecundado se implanta en el útero, es decir, cuando se adhiere a la pared uterina, se estima que en la orina es posible detectar la aludida hormona alrededor del día 14 después de la ovulación o posible fecundación. Antes de ello es imposible conocer si hay o no concepción.

Es entonces esta incertidumbre de existencia o no de vida la que permite afirmar que la obligación de protección de la misma se genera recién desde el momento en que se tiene constancia de que existe, es decir, la anidación; es por ello que ante la afirmación de que el derecho es objetivo y se origina recién desde que se desecha las incertidumbres, se puede señalar sin temor a equivocaciones que el derecho a la vida del concebido se genera a partir de la anidación; motivo por el cual, incluso el término debe cambiar al de *nasciturus* o anidado.

Morales Godo menciona que de todos los cigotos que se generan, sólo el 50% se adhieren al útero materno, perdiéndose el resto;



ésta cifra varía según los estudios realizados pues hay estudios que han determinado que sólo el 42% de los cigotos se implanta y otros que concluyen que las dos terceras partes de los óvulos fecundados se pierden antes de la implantación (Morales Godo, 2009. p.64).

Por ello, mientras no se produzca el fenómeno de la anidación, la vida es sólo una posibilidad, es más, el ginecólogo argentino, Roberto Nicholson, señala lo siguiente:

Un embrión tiene la capacidad de dividirse en dos o de sumarse en uno. Las dos cosas pueden suceder hasta que el embrión tiene un cierto tamaño, ese tamaño coincide con la primera semana de implantación en la pared uterina. El embrión nada en la trompa – donde se fecunda – tres días, se implanta en la cavidad del útero al séptimo día y es a partir de allí cuando se determina si va a ser un individuo o se va a dividir para conformar dos gemelos. Desde ese momento es persona y se da entre los siete y catorce días. (Morales Godo, 2009. p.65)

Ante la imposibilidad de determinar el momento exacto en que se tiene certidumbre de la existencia de un nuevo ser o sujeto de derecho (antes de la anidación) al cual el ordenamiento jurídico peruano (empezando por la Constitución) deba atribuirle derechos, será el propio derecho quien establezca, con base científica, un punto inicial, que además sea verificable irrefutablemente, para la atribución de derechos al concebido.

Bajo este entendido, se tiene que existe una incertidumbre respecto del inicio del derecho a la vida del concebido, lo que no

implica una imposibilidad para la regulación de los procedimientos que tienen como sujeto al embrión *extracorporis*, sino que, antes bien, exige una urgente regulación a efectos de evitar que se sigan desarrollando tales procedimientos sin respaldo legal alguno.

Con lo dicho, si se reconoce que existe derecho a la vida de este embrión, la regulación se sujetaría en la necesidad de que este derecho a la vida sea tutelado efectivamente, en caso contrario, de determinarse que no existe seguridad de que antes de la anidación existe derecho a la vida, la regulación se sustenta en la necesidad de darle una categoría jurídica al embrión *extracorporis* que se base en la calidad de objeto de derecho que este ostentaría, pero que se oriente hacia el reconocimiento del derecho de acceder a una familia de quienes pretenden ser padres.

De manera tal que, tomando cualquiera de los dos caminos, la regulación se torna en necesaria y se inserta dentro de las ponencias que sustentan el positivismo incluyente en tanto la moral positiva de la sociedad peruana contiene una exigencia material de reconocimiento jurídico de determinadas prácticas de reproducción asistida de cara a la tutela efectiva que debe ser sometida a moral crítica teniendo en cuenta la cultura de nuestra propia sociedad para la formación del contenido de los derechos fundamentales involucrados.

### **3.1.2. Posibles circunstancias y efectos de las actividades que se llevan a cabo con los embriones *extracorporis***

Con lo dicho en el acápite anterior, por tanto, si es que el anidado es el que adquiere derechos y se convierte en sujeto de derechos; existen varias prácticas que pueden llevarse a cabo sin que se afecte su cualidad de sujeto de derecho.

Una de estas prácticas que no es permitida en el Perú es la donación o transacción con los óvulos fecundados artificialmente; en este entendido tenemos un escenario también de incertidumbre acerca de la generación de vida con la sola fecundación de los óvulos, pues, el embarazo depende no de dicha fecundación sino de que éstos efectivamente se implanten en el útero de la mujer que se somete al procedimiento.

Con ello se quiere decir que, aquellas prácticas que consisten en congelar óvulos fecundados para implantarlos en el útero de una mujer que desea concebir, no tienen posibilidad alguna de lesionar la vida, puesto que la incertidumbre de la implantación o no de éstos impide que se hable ya de vida.

En ese sentido, ya que la intención es generar vida, tampoco hace ninguna diferencia si la implantación de dicho óvulo fecundado se realiza en el útero de la mujer que ha proporcionado los óvulos o en cualquier otro útero.

En ambos casos, una vez implantado o anidado el óvulo, la vida se encuentra generada y el concebido es pasible de derechos; la discusión acerca de la relación biológica entre los padres e hijos es en realidad insustentable, pues, nuestro derecho permite que se forje la relación paterno filial independientemente de los lazos biológicos que existan detrás.

Así ocurre en los casos de adopción, en los que los niños tienen imposibilidad de estar con sus padres biológicos, pero necesitan del cuidado de los padres que formalmente los han adoptado; la situación de la fecundación en una mujer distinta a la que proporcionó el óvulo, aunque aparentemente inversa guarda la misma lógica, es establecimiento de la relación paterno filial ante la imposibilidad de los padres de contar con hijos biológicos. En ambos casos existiría una relación paterno filial formal, se privilegia a la familia y se tutela el interés superior del menor.

Una segunda situación en la que se implanta un óvulo fecundado en el útero de una persona distinta de quién lo proporcionó es en el caso de la maternidad subrogada, que tampoco se encuentra regulada en el Perú, pero que, como práctica no afecta en lo más mínimo al interés superior del niño y a la relación paterno filial, siempre y cuando se realice por cuestiones terapéuticas; es decir, que se lleve a cabo cuando la mujer interesada en tener un hijo, por cuestiones biológicas no pueda concebir, por debilidad en el

endometrio, por habersele practicado una histerectomía parcial, entre otras circunstancias similares.

En estos casos, se privilegia a la familia debido a que media el interés de las personas por tener hijos, lo que se configuraría con la suscripción de una cláusula contractual de asegura la maternidad y paternidad del menor anidado, quienes adquieren todos los derechos de la paternidad, pero también todas las obligaciones que ésta trae; asegurándose así el interés superior del niño y la promoción y protección de la familia.

Es decir que, los prejuicios con los que cuenta la sociedad peruana actual, pueden y deben superarse con la diferenciación entre la moral positiva y la moral crítica; el derecho no puede conformarse en base a prejuicios, sino teniendo en cuenta cuestiones objetivas, principios objetivos, tales como, la existencia de una relación paterno filial, el cumplimiento de la obligación de los padres, la tutela de interés superior del menor, entre otros relativos.

En ese sentido, el contrato que medie en cualquiera de los casos que involucren un procedimiento de fecundación con un embrión *extracorporis*, debería ser entendido como un medio para proporcionar seguridad jurídica en el procedimiento médico que tiene por propósito proporcionar el acceso a la procreación y, con ello, a la familia para las parejas que pretenden contar con prole; así como, para tutelar los derechos del *nasciturus*, cuya vida ha

sido reconocida por el Tribunal Constitucional a partir de la fecundación.

Al respecto, ocurre que las posturas opuestas a la posibilidad de contratar para efectos del acceso al derecho a la familia por parte de las parejas que no pueden hacerlo naturalmente, han satanizado al contrato, argumentado que propicia la mercantilización del óvulo fecundado y, con ello, de la vida humana en su forma más básica.

Postura que podría ser sustentada en virtud del derecho referente a la dignidad que sustenta la intangibilidad de los derechos humanos, que supone a su vez la inalienabilidad de los mismos, así como el hecho de que estos son intransferibles; es más, la posibilidad de transferir una vida humana involucra incluso la afectación del contenido mismo del constructo persona.

Empero, todos estos inconvenientes se solucionan con la sola prohibición de transar con la vida humana, vale decir, con la prohibición de ponerle un precio al embrión *extracorporis* y enajenarlo; lo que no impide que los servicios médicos prestados o cualquier otro servicio que involucre la anidación o la maternidad subrogada, sea cancelado debidamente.

Cabe resaltar que en este caso concreto no hablamos de ponderación entre derechos; vale decir, no se trata del

enfrentamiento entre el derecho de acceder a una familia contra el derecho a la vida del embrión *extracorporis*; así como tampoco nos estamos refiriendo al enfrentamiento de la libertad de contratar contra el derecho a la vida del referido embrión.

Sino, de imposibilidad de contratar en base al costo y transferencia de dicho embrión, por habersele reconocido como sujeto de derecho y de la posibilidad de contratar en torno a los servicios que rodean una circunstancia de fecundación artificial, maternidad subrogada, entre otros servicios afines que tengan como finalidad el derecho a acceder a una familia.

Ello nos lleva a otro extremo de la discusión, la posibilidad de criogenización de los embriones extracorpóreos, lo que se encuentra permitido en otros países, incluso con fines comerciales, situación que, dado el reconocimiento de vida a partir de la fecundación realizado por el Tribunal Constitucional, así como, la verificación de la moral positiva peruana por parte del constituyente crítico, no podrá ser admitido en el país.

Sin embargo, la utilización para fines de preservación, en el caso de las personas que planean concebir con el paso de los años o que no puedan hacerlo en el presente por asuntos estrictamente personales o médicos, no atenta contra la imposibilidad de comercializar con la vida humana y abre una posibilidad a las personas que planean contar con una familia.

Por otro lado, debe dejarse sentado que existen otras alternativas como la criogenización únicamente del óvulo o la conservación del espermatozoides a efectos de propiciar una fecundación posterior, entre varias otras alternativas que podrían propiciarse con el avance de la medicina y que están siendo irracionalmente prohibidas en el país, lo que no impide su práctica, sino que propicia la clandestinidad y, por tanto, la puesta en peligro de los derechos fundamentales antes referidos como es el caso del derecho a acceder a una familia, el derecho a la vida del concebido en tanto *nasciturus*, el derecho a la libertad contractual respecto de los servicios prestados para hacer posible la vida en donde naturalmente no es posible, así como para hacer posible el acceso al derecho a la familia.

Es cierto que la realidad trae consigo múltiples y diversas circunstancias que podrían atentar contra los derechos fundamentales antes señalados, contra el contenido mismo de la persona humana, así como de su dignidad; pero también es cierto que estas circunstancias no van a desaparecer por falta de regulación, creer ello sería como tapar el sol con un solo dedo, sino que, antes bien, exige la participación del legislativo para regularlas e impedir la lesión de derechos que se pueda presentar en el plano material.



### 3.2. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

Los elementos de la teoría del derecho y la teoría de los derechos humanos que resultan eficientes para la construcción del contenido de la categoría embrión *extracorporis* y su regulación en el ordenamiento Civil peruano; son:

#### 3.2.1. El respaldo que otorga el positivismo incluyente para sustentar la regulación de una figura jurídica teniendo en cuenta la necesidad generada en la sociedad

El positivismo incluyente, es una postura que admite la influencia de la moral en el Derecho, aquella que se plasma en una moral personal y social que influye en la moral política que es ostentada por los funcionarios del Gobierno, quienes actúan en protección de los derechos de los integrantes de la sociedad, bajo este tenor, es factible que sea utilizado como uno de los fundamentos que sustentan la regulación del embrión *extracorporis*, tras la constatación de su configuración en la realidad.

Específicamente, la teoría social sustentada por Hart, en el sentido de que existe una regla de reconocimiento que define criterios sociales de validez (Himma, 2014, p. 384) y, a partir de esta, es posible contar con un instrumento normativo que no deja de atender a las necesidades y admisiones o concepciones de la sociedad, pero que las traduce en una regla estable, capaz de dotar de seguridad jurídica al reconocimiento realizado por el Derecho.

No obstante, la finalidad de esta regla de reconocimiento que recoge las necesidades y criterios que se desarrollan dentro de una sociedad, no tiene la pretensión de constituirse en una prueba que elimine la incertidumbre sobre los principios y las normas jurídicamente válidas que integran el ordenamiento jurídico, sino que, recoge los principales elementos aportados por la sociedad para servir como parámetros de interpretación en los casos particulares.

De esta manera, la teoría social del positivismo incluyente, define tres de los momentos más importantes en la construcción del Derecho, en primer término, el momento de la revisión de los valores presentes en una sociedad determinada y, según ello, las necesidades que se generan en esta; en segundo término, el reconocimiento de los mismos para ser plasmados de manera general en una disposición normativa general que, reúna los elementos previamente reconocidos y que, en tercer término, permita la solución de casos concretos en conjugación con sus particularidades.

Estos tres extremos son completamente eficientes para el ejercicio dogmático que se realiza en la presente investigación, puesto que, la propuesta de regulación de los procedimientos que benefician al embrión *extracorporis*, como un sujeto de derecho, pero también como un sujeto que puede participar en la consolidación de otros

derechos como el derecho a la vida y el derecho a la familia, es menester realizar el reconocimiento de las necesidades que se tienen al respecto en la sociedad peruana, el contenido de la regla de reconocimiento de este extremo del derecho y, finalmente, el contenido adecuado que permita la interpretación en cada caso concreto.

Es por ello que se sustenta que el positivismo jurídico, en el extremo de la teoría social planteada por Hart, conforman el primer sustento fundamental para posibilitar una regulación a manera de regla de reconocimiento que permita regular aquellas conductas que involucran la protección de los derechos relativos al embrión *extracorporis*.

Tal y como ya hemos observado en el marco teórico del presente trabajo de investigación, las técnicas de reproducción asistida son muchas y muy diversas y, por tanto, requieren ser atendidas por la regulación con la finalidad de que todas las prácticas generen seguridad jurídica para todos sus participantes, no obstante, la regulación peruana se limita a establecer restricciones, bajo la creencia de que la ausencia de regulación impide la práctica social.

Ya se han adelantado apreciaciones sobre este punto en la discusión de resultados, ocurre que dejar de regular una práctica social no la desaparece del plano real; vale decir, el hecho de que el artículo 7 de la ley 26842, Ley General de Salud, prohíba las

prácticas que involucren comercialización relativa a las técnicas de reproducción asistida o que, implícitamente, impida la maternidad subrogada, no impide que tales prácticas se practiquen materialmente.

Las clínicas especializadas en la materia, podrían llevar a cabo tales prácticas si es que no cuentan con supervisión y fiscalización permanente, lo que resultaría sumamente costoso para el Estado peruano, así como, se podrían generar clínicas clandestinas o prácticas clandestinas que, dada esta característica podrían afectar de una manera mucho más significativa los derechos fundamentales relativos a las técnicas de reproducción asistida.

Es más, desde una perspectiva del análisis económico del derecho, estas prácticas clandestinas podrían incrementar innecesariamente los costos para las personas que quieran acceder a una familia o a la conservación de sus gametos a efectos de procrear con el transcurso del tiempo; no solo ello, sino que, se estaría obligando a los peruanos a realizar tales prácticas en los países en los que se encuentren permitidas, incrementando también innecesariamente los costos que involucran la atención del derecho de acceso a la familia.

Con lo dicho, debe dejarse sentado que la finalidad de la fórmula estatal nunca fue complicarle o impedirle el acceso a los derechos fundamentales a las personas, sino, la organización de la sociedad

basada en derechos; en el presente caso, la prohibición antes dicha impide el acceso que las personas podrían tener al derecho a la vida, en el caso de las fecundaciones asistidas destinadas a anidar en el útero de una persona distinta a los padres biológicos, o el acceso al derecho a la familia en los casos de las personas que no pueden concebir naturalmente o que no puedan hacerlo en el tiempo presente.

En ese sentido, debe tenerse en cuenta también que el derecho no está compuesto únicamente de normas, sino también de hechos y de valores, y que todas esas dimensiones se encuentran en constante interdependencia, que una influye en la otra o nutre la configuración de la otra.

Pues bien, respecto de las técnicas asistidas de reproducción y el derecho a la vida del embrión *extracorporis*, ocurre que la realidad determina la existencia de hechos que se encuentran ocurriendo sin que exista regulación que los respalde, lo que ha generado una disociación entre la dimensión fáctica del derecho y su dimensión normativa.

La norma ha dejado de proteger los hechos que se vienen presentado en la realidad en torno a los derechos del embrión *extracorporis*, lo que, lejos de impedir las prácticas que podrían afectarlo, genera impunidad respecto de las mismas, falta de tutela estatal, situación que no se puede presentar y que nos lleva al

campo del positivismo incluyente ya presentado en la denominación de este acápite.

Hace falta, entonces, que los asuntos de moral positiva que se encuentran ahora desarrollándose en la sociedad, sean tomados por la moral crítica del legislador y sean convertidos en derecho normado, de manera que, no se deje sin atender un aspecto de la sociedad que tanta incidencia fáctica se encuentra presentando en la realidad.

Con ello, no solamente se impedirían los abusos que las clínicas puedan presentar en torno a la vida del embrión *extracorporis*, sino también en torno a la necesidad que tienen algunas personas de acceder a la paternidad porque la consideran como una dimensión de su derecho de acceder a una familia, así como, la salud de los terceros intervinientes en estas prácticas, como ocurre con las mujeres que intervienen en los casos de maternidad subrogada.

### **3.2.2. La prevalencia del relativismo sobre el universalismo de los derechos humanos para justificar el contenido diferenciado del embrión *extracorporis* en relación a la sociedad peruana**

Es cierto que la pretensión de universalidad de los derechos humanos busca otorgar cada vez una tutela mayor a los mismos y, por tanto, redundar en el beneficio de las personas en tanto son el centro del ordenamiento jurídico, el fin último de las regulaciones jurídicas; lo que se viene logrando en la normatividad internacional

en la que se construyen contenidos de los derechos humanos que responden al consenso entre los organismos internacionales y los Estados mismos.

Sin embargo, dentro del ámbito nacional la dinámica es otra, la soberanía todavía le corresponde al pueblo y, la admisión del contenido de uno u otro derecho responde a la moral positiva y personal que se genera en la dinámica de la sociedad de cada Estado.

Este extremo es, precisamente, el que se relaciona con la teoría social del positivismo señalada en el acápite anterior, pues, aquellos escalones en la construcción del Derecho ya mencionados, el primero desde una perspectiva fáctica, desde la cual se toman las necesidades y concepciones de la sociedad, el segundo desde la perspectiva reguladora, por la que se obtiene una norma de reconocimiento y, el tercero, en cuanto a la aplicación de esa norma de reconocimiento en conjugación con las circunstancias del caso concreto; únicamente pueden ser aplicados teniendo en cuenta las particularidades de cada sociedad.

Vale decir que, no es posible aplicar la teoría social del positivismo incluyente, en el contexto de la pretensión de universalidad de los derechos humanos, puesto que, esta universalidad lleva a pensar en una sociedad única, extendida por todo el globo, situación que es imposible, dado que cada sociedad existente sobre la tierra

cuenta con sus propias tradiciones, sus propias costumbres y, por tanto, con su propia cultura.

En este sentido, la teoría que resulta funcional para el planteamiento de la presente investigación no es el universalismo de los derechos humanos, sino, el relativismo de los derechos fundamentales que reconoce la perspectiva material de la teoría social del positivismo incluyente en aquel primer momento de construcción del Derecho a partir de las convecciones sociales alcanzadas en cada sociedad.

En cuanto a los derechos que le atienden al embrión *extracorporis*, aquellos que se desprenden de su protección, así como la figura misma del *extracorporis*, son el resultado de la propia evolución cultural de cada sociedad, sin imposiciones externas, sin necesidad de apelar a la universalidad de ningún contenido; es en base a ello que, la regulación de la normatividad que pretende ser propuesta en la presente investigación ha tomado nota de las necesidades que presenta la sociedad peruana en cuanto a la paternidad asistida, el derecho a la vida del concebido, el derecho a construir una familia, entre otros relativos.

En el caso peruano, pueden presentarse todavía muchas objeciones de parte de grupos conservadores contra las prácticas que involucran la manipulación de un embrión *extracorporis*, así



como muchas exigencias de parte de los grupos que defienden la procreación a través de estas técnicas.

Al respecto, cabe recordar que en la conformación del contenido de los derechos humanos no es posible escuchar únicamente lo que disponen las mayorías frente a las minorías, ni tampoco que las individualidades afecten al grupo ni el grupo a las individualidades; es decir, es tarea del legislador encontrar un óptimo entre los derechos fundamentales de las mayorías y los de las minorías.

En el caso que se pone en el plato, es imperativo que el legislador intervenga, no para prohibir, sino para recoger las necesidades que se presentan en la realidad desprendiéndose de cualquier prejuicio y con mucha capacidad de percepción respecto de las circunstancias que se presentan en nuestra realidad peruana, para otorgar a nuestra población de una fórmula normativa que logre proteger de la manera más eficiente posible los derechos de las personas que intervienen en asuntos relativos a la paternidad asistida.

Es pertinente, en este punto, recordar que los derechos fundamentales cuentan con una función objetiva y una subjetiva, la objetiva, dado a que constituyen una regla fundamental de todo el ordenamiento jurídico y, por tanto, condicionan su desarrollo a nivel infra fundamental y, la subjetiva, dado que implican una potestad o

facultad que se les reconoce a las personas como fin en sí mismas (Peces-Barba Martínez, 1999).

Respecto del aspecto objetivo, se tiene que el derecho a la vida, el derecho de acceder a una familia, y el derecho a la libertad de contratar, conforman los tres derechos que han de ser optimizados y debe regir la regulación que corresponde a las técnicas de reproducción asistida, en una norma especializada para tal fin fuera ya de la generalidad que involucra la Ley General de Salud, en la que se logren tutelar los tres derechos sin que se presenten conflictos que exijan ponderación, como ha sido ya sustentado en la discusión de resultados.

Es decir que, en tanto se consiga evitar el lucro en base a la comercialización del embrión *extracorporis*, es posible regular prácticas que favorezcan la protección y promoción de la vida humana y del derecho de acceder a una familia, dos de las cuatro dimensiones de la función subjetiva de los derechos humanos (Peces-Barba Martínez, 1999, p. 58); sin afectar el derecho a la libertad de contratar y la libre iniciativa privada de parte de las clínicas que se dedican a estos asuntos.

En ello consiste la optimización, en lograr el justo medio en el que se respeten los tres derechos antes invocados sin contravenir las construcciones jurídicas ya logradas en el derecho peruano, no en la omisión de regulación, sino en la emisión de leyes que se

encuentren fundadas en los derechos fundamentales y que consigan su tutela en el plano real.

Según la Sentencia del Décimo Primer Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, que recae en el Expediente N.º 10776 -2017, de fecha 22 de marzo de 2019, caso Susel Ana María Paredes Pique y Gracia María Francisca Aljovín vs. RENIEC, entre otros aspectos, indica que es la función de nuestro derecho, evolucionar de manera que se recojan las necesidades de nuestra sociedad en sus normas para otorgar una tutela actual, efectiva a las personas, carácter evolutivo que ha sido reconocido por nuestro Tribunal Constitucional en el caso y que constituye el reconocimiento, no de que las normas puedan ser derogadas y reformuladas, sino de que la sociedad va evolucionando, dotando de nuevos contenidos a sus instituciones, lo que debe influir indefectiblemente en los dogmas jurídicos, puesto que el derecho es una ciencia social con obligación de evolucionar de la mano con la sociedad.

**3.2.3. El respeto de los derechos relacionados con la regulación del embrión *extracorporis* tal como el derecho a fundar una familia, a la libertad sexual y reproductiva, a la vida del concebido y la prohibición de restricciones irracionales a los derechos humanos**

La regulación del embrión *extracorporis*, entonces, responde a la necesidad de tutela del derecho a la vida del concebido, pero esto

también se relaciona con el derecho a fundar una familia de las personas que no pueden hacerlo por medios naturales, al ejercicio de la libertad sexual y reproductiva de las personas que quieren concebir en un futuro o de las mujeres que deciden participar en la técnica de maternidad subrogada, así como, el derecho a la libertad de contratación entre los actores de la reproducción asistida e, incluso, la libertad de iniciativa privada de las clínicas que se dedican a este rubro.

Queda claro, sobre lo primero, que nuestra sociedad no se encuentra preparada para discutir sobre las posibles transacciones que se puedan realizar en torno al embrión *extracorporis*, en principio debido a que el máximo intérprete de la constitución le ha reconocido a este el derecho a la vida y, por tanto, las características de una persona que, en tanto nazca, será tratado como un sujeto de derecho y, en segundo término, dado que este derecho a la vida ya reconocido genera la intervención de la dignidad e impide cualquier fin comercial respecto del mismo.

Lo que resulta plenamente sustentable en el contexto de nuestra sociedad y que, de ninguna manera, impide la práctica o ejercicio de las técnicas de reproducción asistida en torno al embrión *extracorporis*, porque estas no necesariamente involucran una transacción respecto del mismo, sino que, bien pueden sustentarse en la cancelación de los servicios técnicos y personales prestados

en torno a la maternidad o paternidad asistida en pro de la libertad de contratación y libre iniciativa privada, ejercidas sin afectación de la personalidad del nasciturus.

Así, nuestra postura, entonces, no busca fomentar la comercialización de los embriones *extracorporis*, sino que busca que el derecho a la vida sea favorecido a través de esta técnica y, con ello, también el derecho de acceder a una familia de personas que, por múltiples circunstancias no pueden hacerlo o, el derecho a la libertad sexual y reproductiva de las personas que, por otras varias razones, no puedan concebir en el tiempo actual, así como de las personas que tengan la voluntad de participar como colaborador en esta finalidad.

Esto no tiene por qué afectar el derecho a la libertad contractual que puede generarse entre los futuros padres o padre y la clínica que funge como tercero colaborador en el favorecimiento del derecho a la vida o el acceso a la familia; así como tampoco al contrato a que pueda arribarse entre los padres y la mujer que asista en los casos de maternidad subrogada.

En ninguno de estos casos se estaría atentando contra la vida o la dignidad del embrión *extracorporis* y, antes bien, se favorecen dos derechos fundamentales como son el acceso a la vida y la libertad sexual y reproductiva y; mismos que se optimizan respecto del derecho a la libertad contractual y el derecho a la libre iniciativa

privada en el caso de las clínicas privadas que rinden estos servicios, si es que las entidades públicas no pudieran brindarlo.

Todo ello dentro del marco de las funciones objetivas y subjetivas de los mencionados derechos, esto debido a que, desde la función objetiva, la optimización arriba explicada puede fomentar la dación de una ley especializada en maternidad y paternidad asistida y, a la vez, con dicha regulación se lograría la eficacia de tales derechos y la tutela personal de los mismos dentro del marco de la seguridad jurídica.

Asimismo, en cuanto a la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, no ha sido materia de la presente tesis y, si hay que sentar una posición, la vida humana no puede ser utilizada como medio para salvar otras vidas humanas o como instrumento para favorecer los derechos de otras personas a través de su lesión o afectación; motivo por el que, este tipo de regulación no puede ser sustentada ni defendida.

En dicho caso, lejos de verificar la optimización sistematizada de los derechos fundamentales, la solución se buscaría a través de la aplicación de la ponderación propuesta por Alexy, procedimiento con el que la tesista no se encuentra de acuerdo debido a que favorece a la subjetividad y no asegura necesariamente la tutela de los derechos involucrados.

## CONCLUSIONES

1. Los fundamentos aportados por la teoría social del positivismo incluyente, así como la comprensión de que los derechos fundamentales son relativos y responden a la convención social de cada país; constituyen dos de los fundamentos centrales para obtener la regulación de una nueva figura jurídica que tutele a los derechos del embrión *extracorporis*.
2. El positivismo incluyente, entonces, constituye el principal respaldo para determinar la regla de reconocimiento de la necesidad generada en la sociedad peruana para la regulación de la figura jurídica del embrión *extracorporis*.
3. La prevalencia del relativismo sobre el universalismo de los derechos humanos en relación a la necesidad generada en la sociedad peruana de regular las prácticas que materialmente se vienen desarrollando en torno al embrión *extracorporis*, lo que requiere otorgarle un contenido diferenciado.
4. La falta de regulación de las posibles circunstancias y efectos de las actividades que se llevan a cabo con los embriones *extracorporis* en la práctica médica, tales como su utilización para la fecundación *in vitro*, para la maternidad subrogada, o cualquier otra relativa a la paternidad asistida; pueden generar vacíos que afecten no solamente los derechos de los contratantes en estas prácticas, sino del embrión mismo como sujeto de derecho, tales como, el derecho a la integridad o el propio derecho a la vida.

5. El respeto de los derechos relacionados con la regulación del embrión extracorporis tal como el derecho a fundar una familia, a la libertad sexual y reproductiva, a la vida del concebido y la prohibición de restricciones irracionales a los derechos humanos, son fundamentos que suman la necesidad de regulación antes señalada.
  
6. La fecundación asistida del óvulo no tiene propósitos mercantiles, sino familiares, puesto que, independientemente del pago que reciban los profesionales por sus prácticas, la finalidad última es posibilitar a las personas que no cuenta con medios naturales para concebir que cumplan con dicha necesidad humana.
  
7. Toda práctica de reproducción asistida que lesione el contenido del derecho a la familia o el interés superior del niño o del concebido, en este caso, debe ser proscrita por el Gobierno.



## RECOMENDACIONES

1. Al Poder legislativo, la regulación de normatividad que haga posible la configuración del derecho a la familia a través de la regulación de las técnicas asistidas de reproducción, asegurando el respeto del interés superior del concebido.
2. Al Poder Judicial, resolver las controversias que se generan por las prácticas de reproducción asistida ejercidas de facto ante el vacío regulatorio, teniendo en cuenta el principio de protección de la familia y promoción del matrimonio y el interés superior del menor.

## **PROPUESTA NORMATIVA**

### **Proyecto de ley que modifica el artículo 7 de la Ley N.º 26842, Ley General de Salud**

#### **APRECIACIONES SOBRE EL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO**

Para la elaboración de la presente proposición legislativa se ha tenido en cuenta lo establecido por el artículo 75 del Reglamento del Congreso de la República, referente a los requisitos de las proposiciones legislativas.

El referido artículo establece que las proposiciones de ley deben contener una exposición de motivos donde se expresen sus fundamentos, el efecto de la vigencia de la norma que se propone sobre la legislación nacional, el análisis costo-beneficio de la futura norma legal incluido, cuando corresponda, un comentario sobre su incidencia ambiental. De ser el caso, la fórmula legal respectiva que estará dividida en títulos, capítulos, secciones y artículos. Estos requisitos sólo pueden ser dispensados por motivos excepcionales.

Para efectos que pueda ser presentada la iniciativa legislativa, el artículo 76 del Reglamento del Congreso de la República establece requisitos especiales que resulta importante tenerlos presente.

En efecto, si fuera de interés que sea presentado por el Presidente de la República, deben estar refrendadas por el Presidente del Consejo de Ministros

y, en forma opcional, por el Ministro o Ministros cuyas carteras se relacionan en forma directa con la materia cuya regulación se propone.

Si fuera presentada por los Congresistas, se le incorpora el desarrollo de la “Vinculación con el Acuerdo Nacional”, en atención a que es una de las exigencias prevista en el inciso e) del segundo numeral del artículo 76 del Reglamento del Congreso de la República, referente a los requisitos especiales para presentar proposiciones legislativas que deben de cumplir los Congresistas.

En caso que fuera presentado por los ciudadanos, la iniciativa legislativa debe ir acompañada por las firmas de por lo menos 0.3% de la población electoral y una resolución expedida por la Oficina Nacional de Procesos Electorales que declare expedito el procedimiento al haberse realizado la comprobación de firmas, de acuerdo con la ley, que regula la materia. El oficio de remisión al Congreso debe estar firmado por uno o por los diez primeros ciudadanos que suscriben la iniciativa, indicando, además del número de libreta electoral, la dirección donde deba notificársele en caso necesario.

Si el Proyecto de Ley fuera presentado por el Poder Judicial o el Ministerio Público, o los Colegios Profesionales sólo podrán versar sobre asuntos de su exclusiva competencia debiendo precisarse la concordancia de competencia en el documento de remisión.

A continuación, el desarrollo de la proposición legislativa:

## **EXPOSICIÓN DE MOTIVOS**

Los Derechos Fundamentales, constituyen tanto los fundamentos del ordenamiento constitucional establecido dentro de un Estado como las facultades que le asisten a los integrantes de la población que se instauran como constituyente de esta macro organización.

En ese sentido, su eficacia es el fin fundamental del Estado y, el respeto de la persona y su dignidad, la guía que propicia tal eficacia; bajo este contexto, todas las regulaciones infra constitucionales tienen la obligación de seguir tales parámetros; vale decir, tener a los derechos fundamentales como luminarias para su desarrollo y, no dejar de reconocerlos como derechos subjetivos dentro de cada supuesto normativo.

Con lo dicho, si bien el artículo 7 de la Ley General de Salud, busca una tutela del derecho a la vida del concebido y evitar los fines comerciales respecto de este; el resultado es la limitación y afectación de otros derechos tales como el derecho de acceder a una familia y el derecho a la libertad reproductiva; asimismo, no se logra optimizar los tres derechos antes mencionados con el derecho a la libertad contractual y a la libre iniciativa privada; tal y como ha sido desarrollado en la investigación antes planteada.

En ese sentido, es menester realizar una modificación de dicho artículo y propiciar una regulación especial y especializada que logra tal optimización de derechos y, de esta manera, favorezca a las obligaciones de protección y promoción de los derechos humanos con las que cuenta el Estado, además de

los propios particulares, dentro de los cuales se integran a las clínicas especializadas en reproducción asistida y a las mujeres que voluntariamente participen de la técnica de maternidad subrogada.

## **ANÁLISIS COSTO BENEFICIO**

La presente propuesta legislativa no irroga gasto al erario nacional financiándose con cargo al presupuesto del Poder Legislativo en lo que respecta a la modificación de medida legislativa.

Se tienen como beneficiarios a la ciudadanía, toda vez que la posibilidad de que las personas puedan acceder a las técnicas de reproducción asistida sin más limitaciones que el respeto al contenido de los derechos fundamentales inmersos, facilita un mecanismo que tutela el derecho a la dignidad y la integridad personal redundando en la protección de sus derechos subjetivos.

## **EFFECTOS DE LA VIGENCIA DE LA NORMA EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL**

La propuesta no colisiona ni afecta el orden constitucional o legal vigente, por el contrario, permite otorgar el procedimiento adecuado para que la actuación contraria a derecho sea efectivamente sancionada en cumplimiento con parámetros legal y doctrinariamente establecidos, en cumplimiento de los derechos fundamentales descritos en nuestra Carta Magna.

## **VINCULACIÓN CON EL ACUERDO NACIONAL**

La iniciativa legislativa guarda relación con la séptima, décimo sexta y vigésima octava, políticas de Estado referentes a la erradicación de la violencia y fortalecimiento del civismo y de la seguridad ciudadana; fortalecimiento de la familia, promoción y protección de la niñez, la adolescencia y la juventud y la plena vigencia de la Constitución y de los derechos humanos y acceso a la justicia e independencia judicial.

## **FÓRMULA LEGAL**

**El Congreso de la República**

**Ha dado la Ley siguiente:**

## **LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 7 DE LA LEY N.º 26842, LEY GENERAL DE SALUD**

### **Artículo 1. Objeto de la Ley**

La presente ley tiene por objeto modificar el artículo 7 de la Ley N.º 26842, Ley General de Salud; de manera que permita la realización de las técnicas de reproducción asistida optimizando el derecho a la vida del concebido, el derecho de acceso a la familia, el derecho a la libertad reproductiva y los derechos de libertad de empresa y libre iniciativa privada.

**Artículo 2. Modifíquese el artículo 7 de la Ley N.º 26842, Ley General de Salud**

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. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los intervinientes en el procedimiento de contratación de servicios técnicos y personales que esta involucre. Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos. Imperativos que deben ser regulados en una ley especial.

**Artículo 3. Vigencia de la Ley**

La presente Ley entra en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano.

**Lima, noviembre de 2020.**

**Congresista de la República**

## LISTA DE REFERENCIAS

- Alessandri Rodríguez, A. (1971). *Sujeto de Derecho*. Santiago: Editorial Nascimento.
- Aranau Moya, F. (2003). *Derecho Civil I. El Derecho Privado Derecho de la Persona*. Valencia: Copisteria Format S.L.
- Austin, J. (2009). *The province of jurisprudence determinad*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Baena-Extremera, A., Ayala-Jiménez, J. D., & Baños, R. (2017). Investigación descriptiva, correlacional o cualitativa. *Revista de Ciencias del Ejercicio y la Salud*, 1-17.
- Brena, I. (2014). La fecundación asistida ¿historia de un debate interminable? El Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*. Vol XII, 25-45.
- Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica, S/N (Corte Interamericana de Derechos Humanos 28 de noviembre de 2012).
- Caso Carla Monic See Aurich, 183515 - 2006 - 00113 (Decimo Quinto Juzgado Especializado de Familia de Lima 06 de enero de 2009).
- Caso Isabel Zenaida Castro Muñoz, CAS. N° 563-2011-LIMA (Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de Lima 06 de diciembre de 2011).
- Caso Susel Ana María Paredes Pique y Gracia María Francisca Aljovín vs. RENIEC, Exp. N.° 10776 -2017 (Décimo Primer Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima 22 de marzo de 2019).



- Clifford, J. (1986). Introduction: Partial Truths. En G. Marcus, M. Fortun, & K. Fortun, *Writing Culture. The Poetics and Politics of Ethnography*. University of California Press: Berkeley.
- Coleman, J. (1998). Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis. *Legal Theory*, vol. 4, 381-426.
- Congreso Constituyente Democrático. (30 de diciembre de 1993). Constitución Política del Perú. *Constitución Política del Perú*. Lima, Lima, Perú: Diario Oficial "El Peruano".
- Dávila, A. (2013). *La universalidad de los Derechos Humanos y su fundamentación absoluta. Una versión crítica*. Medellín: Analecta.
- Dávila, G. (2006). El razonamiento inductivo y deductivo dentro del proceso investigativo en ciencias experimentales y sociales. *Laurus*, 180-205.
- Derechos Sexuales y Derechos Reproductivos, Exp. N 183515-2006-00113 (Décimo Quinto Juzgado Especializado de Familia 06 de 01 de 2009).
- Espinoza Espinoza, J. (2001). *Derecho de las Personas*. Lima: Huallaga Editorial.
- Guevara Pezo, V. (2004). Persona Natural. *Gaceta Jurídica*, 73-88.
- Hart, H. L. (1980). El nuevo desafío al positivismo jurídico. *Sistema*, núm. 36, 3-18.
- Himma, K. E. (2014). Positivismo jurídico incluyente. *Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, 353-430.
- Kelsen, H. (1966). ¿Qué es el positivismo jurídico? *Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM*, núm 61, 131-143.
- Lara Espinoza, S., & Naranjo Hernández, K. (2007). *Disponibilidad de los embriones crioconservados*. Santiago: Universidad de Chile.

- Lopera, J., Ramírez, C., Zuluaga, M., & Ortiz, J. (2010). *El método analítico*. Antioquía: Universidad de Antioquía.
- López Moratalla, N. (2012). El precio del «milagro» de los nacimientos por las técnicas de fecundación asistida. *Cuad. Bioét.* XXIII, 421-466.
- Martin, V. (1946). *Sociología del Renacimiento*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Ministerio de Salud. (03 de 02 de 1995). Fecundación In Vitro. *Decreto Ejecutivo N° 24029-S*. San José, San José, Costa Rica: Diario Oficial.
- Monje Álvarez, C. A. (2011). *Metodología de la Investigación Cuantitativa y Cualitativa. Guía didáctica*. Neiva: Universidad Surcolombiana.
- Moreso, J. J., & Vilajosana, J. M. (2004). *Introducción a la teoría del Derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- Muntané Relat, J. (2010). Introducción a la investigación básica. *Revisiones temáticas*, 221-227.
- Organización Mundial de la Salud. (2010). *Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA)*. California: Red Latinoamericana de Reproducción Asistida.
- Peces-Barba Martínez, G. (1999). La Declaración Universal y las funciones de los derechos. *Dossier*, 55-59.
- Pérez Luño, A. (1983). La fundamentación de los derechos humanos. *Revista de Estudios Políticos*, 7-71.
- Poder Legislativo sueco. (22 de diciembre de 1985). Ley N° 1984:1140. *Ley N° 1984:1140*. Estocolmo, Estocolmo, Suecia: Diario Oficial.

- Real Academia española. (27 de enero de 2020). *Diccionario de la Lengua Española*. Obtenido de Diccionario de la Lengua Española: <https://dle.rae.es/manipular>
- Rodríguez Varela, A. (2016). *En la Fecundación Artificial en el Congreso*. Buenos Aires: Ed. T°.
- Rodríguez, A., & Pérez, A. (2017). Métodos científicos de indagación y de construcción del conocimiento. *Revista Escuela de Administración de Negocios*, 1-26.
- Sánchez Durá, N. (2013). Actualidad del relativismo cultural. *Desacatos, núm. 41*, 29-48.
- Sánchez, R. (08 de abril de 2018). *Revista virtual Humanitas*. Obtenido de Revista virtual Humanitas: [http://www.fundacionmhm.org/www\\_humanitas\\_es\\_numero49/revista.html](http://www.fundacionmhm.org/www_humanitas_es_numero49/revista.html)
- Santalla, A., Calderón, M. A., López-Criado, M. S., Fontes, J., López-Jurado, R., & Martínez-Navarro, L. (2018). *Donación de Ovocitos*. Granada: Unidad de Reproducción. Servicio de Obstetricia y Ginecología. Hospital Universitario Virgen de las Nieves.
- STC. N° 2000-022306, EXP. N° 95-001734-007-CO (Sala Constitucional 15 de 03 de 2000).
- Stoll, J. (2008). *Swedish donor offspring and their legal right to information*. ISBN: 978-91-506-2017-7. Uppsala: Universitetstryckeriet.
- Vidal. (1996). La UE estudia el "no" a la congelación de embriones. *Cuadernos de Bioética*, 381-382.

Waluchow, W. (2007). *Positivismo jurídico incluyente*. Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.

Zegers-Hochschild, F. (2012). *Resumen escrito del peritaje rendido en la audiencia pública ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos - Caso Artavia Murillo y Otros vs. Costa Rica*. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos.