

**UNIVERSIDAD NACIONAL DEL SANTA**  
**FACULTAD DE EDUCACIÓN Y HUMANIDADES**  
**ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS**  
**POLÍTICAS**



**“NECESIDAD DE REGULAR SOBRE EL DESTINO DE LOS  
PREEMBRIONES SUPERNUMERARIOS EN LAS TÉCNICAS DE  
FECUNDACIÓN IN VITRO, PERMITE LA TUTELA JURÍDICA A  
LAS PAREJAS ESTÉRILES”**

**TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL DE  
ABOGADA**

**PRESENTADO POR:**

- Bach. JOSSELINE GEANIL MAZA VALVERDE
- Bach. MISHHELL MELINA FAJARDO VERAU

**ASESOR:**

- Dr. NOEL OBDULIO VILLANUEVA CONTRERAS  
NUEVO CHIMBOTE – PERÚ

## **HOJA DE AVAL DEL PROFESOR ASESOR**

La presente tesis titulada: «Necesidad de regular sobre el destino de los preembriones supernumerarios en las técnicas de fecundación in vitro, permite la tutela jurídica a las parejas estériles», ha sido elaborada según el reglamento para obtener el título profesional de Abogado, mediante la modalidad de tesis, por tal motivo firmo el presente trabajo en calidad de asesor, designado mediante Resolución Decanatural N° 121-17-UNS-DEFH de fecha 10 de julio de 2018.

---

Dr. NOEL OBDULIO VILLANUEVA CONTRERAS

Asesor



## HOJA DE AVAL DEL JURADO EVALUADOR

Terminada la sustentación de la tesis titulada «Necesidad de regular sobre el destino de los preembriones supernumerarios en las técnicas de fecundación in vitro, permite la tutela jurídica a las parejas estériles». Se consideran aprobadas a las Bachilleres: Josseline Geanil Maza Valverde, con código 0201135032 y Mishell Melina Fajardo Vereau, con código 0201135001.

Revisado y aprobado, por el jurado evaluador designado mediante Resolución N° 502-2018-UNS-CFEH del 14 de diciembre de 2018.

---

Dr. Noel Obdulio Villanueva Contreras  
PRESIDENTE

---

Mg. Erick Velásquez Jorges  
INTEGRANTE

---

Mg. Lissette Guevara Guzmán  
INTEGRANTE

## DEDICATORIA

*A Dios, por bendecirme con una hermosa familia y permitirme disfrutar de mis abuelos: Esther, Hilda, Alfredo y Daniel.*

*A mis padres Haydeé y Rogger, porque desde pequeña me enseñaron que con amor y convicción puedo lograr mis objetivos.*

*A mis hermanos Xiomi y Fabricio, porque me inspiran a dar lo mejor de mí en cada meta trazada.*

**Josseline.**



## DEDICATORIA

*A DIOS, que me brinda fuerza  
y sabiduría para recorrer el  
sendero de la vida.*

*A mis padres Rocío y Marco porque  
siempre me brindan su apoyo  
incondicional ante cualquier  
adversidad.*

*A mi hermano Camilo, a quien  
quiero mucho y con quien  
tengo la responsabilidad de  
ser su guía y buen ejemplo  
para su desarrollo como futuro  
profesional.*



## AGRADECIMIENTO

*A nuestro asesor de tesis Dr. Noel Villanueva Contreras, por su incesante labor como investigador y catedrático. Por su colaboración en la elaboración de la presente tesis y por incentivar en sus estudiantes a la investigación jurídica.*

*A nuestra alma mater Universidad Nacional del Santa, en especial a la Escuela Académica de Derecho y Ciencias Políticas, por acogernos en sus aulas y contribuir con nuestra formación profesional.*

**Las autoras.**

## PRESENTACION

Señores miembros del jurado:

En cumplimiento de las disposiciones legales vigentes en el Reglamento General de Grados y Títulos aprobado por Resolución N° 492-2017-CU-R-UNS del 03 de julio del 2017 de la Universidad Nacional del Santa y las disposiciones normativas contenidas en el Currículo de la Escuela Profesional de Derecho y Ciencias Políticas adscrita a la Facultad de Educación y Humanidades, presentamos a vuestra disposición la tesis titulada: «Necesidad de regular sobre el destino de los preembriones supernumerarios en las técnicas de fecundación *in vitro*, permite la tutela jurídica a las parejas estériles» , con el fin de optar el título profesional de Abogado.

La presente investigación versa sobre un problema jurídico-social, en nuestro país: la escasa regulación sobre el destino de los preembriones supernumerarios en las técnicas de fecundación *in vitro* y la necesidad de regularlas para otorgar tutela jurídica a las parejas estériles. Asimismo, esta investigación es fruto del análisis del ordenamiento jurídico nacional, casuísticas judiciales, derecho comparado y doctrina especializada que enriquecieron nuestro marco teórico, e inspiraron el diseño de la propuesta legislativa para contribuir con la resolución del problema jurídico-social existente.

## ÍNDICE GENERAL

HOJA DE AVAL DEL ASESOR -----	ii
HOJA DE AVAL DEL JURADO -----	iii
DEDICATORIA -----	iv
AGRADECIMIENTO -----	vi
PRESENTACIÓN -----	vii
INDICE GENERAL -----	viii
RESUMEN -----	xiv
ABSTRACT -----	xv
<b>I. INTRODUCCIÓN -----</b>	<b>16</b>
1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA -----	16
1.1.1. DESCRIPCIÓN DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA -----	16
1.1.2. OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN -----	18
1.1.3. ANTECEDENTES DEL PROBLEMA -----	19
1.2. ENUNCIADO DEL PROBLEMA -----	26
1.3. LOS OBJETIVOS -----	26
1.3.1. OBJETIVO GENERAL -----	26
1.3.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS -----	26
1.4. FORMULACIÓN DE LA HIPÓTESIS -----	27
1.5. VARIABLES -----	27
1.6. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN -----	27
1.7. ESTRUCTURA DEL TRABAJO -----	31
1.8. BREVE REFERENCIA DE LOS MÉTODOS EMPLEADOS, DEL TIPO DE INVESTIGACIÓN Y DEL DISEÑO DE INVESTIGACIÓN -----	33

1.9.	BREVE REFERENCIA DE LA BIBLIOGRAFÍA EMPLEADA -----	33
<b>II.</b>	<b>MARCO TEÓRICO -----</b>	<b>35</b>
	CAPITULO I: LA FECUNDACIÓN <i>IN VITRO</i> COMO TÉCNICA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA. -----	36
1.1.	EL PROBLEMA DE LA INFERTILIDAD Y LA ESTERILIDAD EN LAS PAREJAS -----	36
1.1.1.	GENERALIDADES -----	36
1.1.2.	CAUSAS QUE PROVOCAN LA INFERTILIDAD -----	38
1.2.	LA FECUNDACIÓN <i>IN VITRO</i> COMO TRATAMIENTO DE LA INFERTILIDAD -----	51
1.2.1.	ANTECEDENTES -----	51
1.2.2.	DEFINICIÓN DE LA FECUNDACIÓN <i>IN VITRO</i> -----	53
1.2.3.	PROCEDIMIENTO -----	54
1.2.4.	TÉCNICAS -----	56
1.3.	DERIVACIONES JURÍDICAS DE LA FECUNDACIÓN <i>IN VITRO</i> -	57
1.3.1	EUGENESIA PREEMBRIÓNARIA -----	57
a.	Antecedentes -----	57
b.	Definición -----	58
c.	Tipos de eugenesia -----	59
d.	Diagnóstico genético preimplantacional (DGP) -----	60
1.3.2	DESTINO DE LOS PREEMBRIOS SUPERNUMERARIOS -----	62
a.	Crioconservación -----	63
b.	Embriodonación -----	65
c.	Desecho o eliminación -----	67

d.	Objeto de investigación científica -----	69
1.3.3	CLONACIÓN Y OTROS TIPOS -----	70
1.3.4	FECUNDACIÓN <i>POST MORTEM</i> -----	71
CAPITULO II: EL <i>STATUS JURÍDICO</i> DEL PREEMBRIÓN Y LAS TEORÍAS DEL INICIO DE LA VIDA -----		73
2.1.	TEORÍAS DEL INICIO DE LA VIDA HUMANA-----	74
2.1.1.	TEORÍA DE LA FECUNDACIÓN -----	74
2.1.2.	TEORÍA DE LA ANIDACIÓN -----	77
2.1.3.	TEORÍA DE LA ACTIVIDAD CEREBRAL O DE LA FORMACIÓN DE LOS RUDIMENTOS DEL SISTEMA NERVIOSO CENTRAL -----	80
2.1.4.	POSICIÓN DE LA IGLESIA CATÓLICA -----	81
2.2.	EL <i>STATUS BIOLÓGICO</i> DEL PREEMBRIÓN -----	82
2.3.	EL <i>STATUS JURÍDICO</i> DEL PREEMBRIÓN -----	83
2.4.	EL PREEMBRIÓN Y SU REGULACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO PERUANO -----	86
2.4.1.	CONSTITUCIÓN -----	86
2.4.2.	CÓDIGO CIVIL -----	91
2.4.3.	CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES -----	95
2.4.4.	LEY GENERAL DE SALUD – LEY NRO. 26842 -----	99
2.4.5.	LEY DE PREVENCIÓN DE RIESGOS DERIVADOS DEL USO DE LA BIOTECNOLOGÍA – LEY NRO. 27104 -----	101
2.4.6.	EL CONSENSO LATINOAMERICANO EN ASPECTOS ÉTICO – LEGALES -----	101

2.5.	SITUACION ACTUAL DE LAS CLINICAS DE FERTILIZACION IN VITRO EN EL PERU -----	105	
CAPITULO III: LA NECESIDAD DE REGULAR SOBRE EL DESTINO DE LOS PREEMBRIONES SUPERNUMERARIOS EN LAS TÉCNICAS DE FECUNDACIÓN <i>IN VITRO</i> , PERMITE LA TUTELA JURÍDICA -----			110
3.1.	TRATAMIENTO DE LA FECUNDACIÓN <i>IN VITRO</i> Y LOS PREEMBRIONES SOBRANTES EN EL DERECHO COMPARADO -----	111	
3.1.1.	EN EL DERECHO ESPAÑOL -----	111	
3.1.2.	EN EL DERECHO ITALIANO -----	118	
3.1.3.	EN EL DERECHO ARGENTINO -----	123	
3.1.4.	EN EL DERECHO COSTARRICENSE -----	128	
3.2.	EL DERECHO A LA VIDA -----	133	
3.2.1.	LA VIDA COMO DERECHO FUNDAMENTAL -----	139	
3.2.2.	EL DERECHO A LA VIDA EN LOS TRATADOS Y OTROS DOCUMENTOS DE LOS QUE EL PERÚ EN PARTE -----	139	
3.3.	EL DESTINO DE LOS PREEMBRIONES SUPERNUMERARIOS Y LA POSIBLE VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA VIDA Y A LA DIGNIDAD HUMANA -----	144	
3.3.1.	EN LA CRIOCONSERVACIÓN -----	147	
3.3.2.	EN LA EMBRIODONACIÓN -----	149	
3.3.3.	EN EL DESECHO O ELIMINACIÓN -----	150	
3.3.4.	COMO OBJETO DE INVESTIGACIONES CIENTÍFICAS -----	153	

3.4.	LA TUTELA JURÍDICA DE LAS PAREJAS SOMETIDAS A LAS PRÁCTICAS DE LA FECUNDACIÓN <i>IN VITRO</i> COMO TÉCNICA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA -----	154
3.5.	CASUÍSTICA -----	160
3.5.1	CASO PÍLDORA DEL DÍA SIGUIENTE: CESE DE LA DISTRIBUCIÓN GRATUITA A NIVEL NACIONAL -----	160
3.5.2	CASO PÍLDORA DEL DÍA SIGUIENTE: ORDENA AL MINISTERIO DE SALUD SU DISTRIBUCIÓN GRATUITA -----	164
3.5.3	CASO ARTAVIA MURILLO VS COSTA RICA -----	167
3.5.4	CASO MATERNIDAD SUBROGADA CON PRONUNCIAMIENTO PREEMBRIOS SUPERNUMERARIOS -----	177
3.5.5	CASO NIEVES REYES Y OTROS. VS. RENIEC -----	183
<b>III.</b>	<b>MATERIALES Y MÉTODOS -----</b>	<b>188</b>
3.1.	TIPO DE INVESTIGACIÓN -----	188
3.2.	METODO DE INVESTIGACIÓN -----	188
3.3.	DISEÑO DE CONTRASTACIÓN -----	193
3.4.	POBLACIÓN MUESTRAL -----	194
3.5.	TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS -----	195
3.6.	TÉCNICAS DE PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE DATOS-----	200
3.7.	PROCEDIMIENTOS PARA LA RECOLECCIÓN DE DATOS-----	201
<b>IV.</b>	<b>RESULTADOS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS -----</b>	<b>202</b>
<b>V.</b>	<b>CONCLUSIONES -----</b>	<b>224</b>
<b>VI.</b>	<b>RECOMENDACIONES -----</b>	<b>228</b>

<b>VII.</b>	<b>REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS Y VIRTUALES</b>	<b>237</b>
<b>VIII.</b>	<b>ANEXOS</b>	<b>243</b>
8.1	MODELO DE ENCUESTA	243
8.2	TABULACIÓN DE DATOS DE LA ENCUESTA	244
8.3	MODELO DE GUÍA DE ENTREVISTA	247
8.4	DESARROLLO DE LAS GUÍAS DE ENTREVISTA	250

## RESUMEN

El presente proyecto de investigación tiene como objeto la interpretación y análisis respecto al destino de los preembriones supernumerarios en las técnicas de fecundación *in vitro* y la posible vulneración del derecho a la vida y a la dignidad humana, así como su regulación jurídica para otorgar tutela jurídica a las parejas estériles.

Se trata de una investigación científica, que por su naturaleza es descriptiva (cualitativa) y específicamente como investigación jurídica es de tipo dogmática; debido al uso de los métodos: descriptivo, dogmático, hermenéutico y sistemático; y, del diseño: dado que se trata de una Investigación Científica – Cualitativa, el diseño es de Investigación-Acción y, el diseño específico de Investigación Jurídica es el descriptivo – propositivo.

Se ha obtenido como resultado que la regulación sobre el destino de los preembriones supernumerarios en las técnicas de fecundación *in vitro* permite otorgar tutela jurídica a las parejas estériles que se someten a dicha práctica, sin vulnerar los derechos fundamentales a la vida y a la dignidad humana.

**Palabras clave:** fecundación *in vitro*, preembrión, tutela jurídica, esterilidad.

**Las autoras**

## ABSTRACT

The present investigation aims the interpretation and analysis about the utilization of supernumerary pre-embryos in the techniques of *in vitro fertilization* and the possible violation of the right to life and human dignity, as well as their legal regulation to give legal protection to sterile couples.

It is a scientific investigation, which by its nature is descriptive (qualitative) and specifically as legal investigation is dogmatic type, by the use of methods: descriptive, dogmatic, hermeneutic and systematic; by the design: as Scientific - Qualitative Investigation, the design is of Investigation – Action; and the specific design of Legal Investigation is the descriptive - proactive.

It has been obtained as result that the regulation about the utilization of the supernumerary pre-embryos in the techniques of *in vitro fertilization*, will give legal protection to sterile couples without violate the fundamental rights to life and human dignity.

**Keywords:** In vitro fertilization, pre-embryo, legal protection, sterility.

**The authors**

## I. INTRODUCCIÓN

### 1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

#### 1.1.1. DESCRIPCIÓN DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA

El Derecho genético sigue siendo un terreno árido para nuestros legisladores. Actualmente, nuestro ordenamiento jurídico no desarrolla una regulación específica sobre Técnicas de Reproducción Asistida (TERAS) que brinde parámetros a los centros de fertilización que las practican; ello ha generado falta de tutela jurídica a las parejas estériles que se someten a dichas técnicas en nuestro país. Sin embargo, ante la falta de un marco legal, muchos centros de salud se desenvuelven bajo lo pactado en el *Consenso Latinoamericano en Aspectos Éticos–Legales relativo a las Técnicas de Reproducción Asistida*, documento elaborado por médicos y biólogos que participan en la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida. Ésta es una institución científica y educativa que reúne más del 90% de los centros que realizan las TERAS en América Latina; además, posee un registro que anualmente recopila, analiza y publica los resultados de los procedimientos de reproducción asistida reportados por las clínicas adscritas.

En atención a ello, recurrimos al último informe emitido en el año 2014 por la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida (publicado en su página web [www.redlara.com](http://www.redlara.com)) sobre la práctica de las TERAS en los países latinoamericanos como son Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela, conforme se puede observar en el cuadro siguiente:

PROCEDIMIENTOS NOTIFICADOS A LA RLA Y ACCESO EN EL 2014			
PAIS	NÚMERO DE CLINICAS	TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA	
		FIV/ICSI a	TRANSFERENCIA DE EMBRIONES CONGELADOS
Argentina	24	9,083	2,903
Bolivia	3	430	41
Brasil	54	16,474	6,877
Chile	9	2,111	881
Colombia	11	1,196	289
Ecuador	6	663	200
Guatemala	1	103	33
Mexico	31	4,862	1,499
Nicaragua	1	98	0
Panamá	1	239	65
Paraguay	1	75	18
<b>Perú</b>	<b>7</b>	<b>1,286</b>	<b>445</b>
Rep. Dominicana	1	30	5
Uruguay	2	317	78
Venezuela	7	1,119	221
<b>TOTAL</b>	<b>159</b>	<b>38,086</b>	<b>13,545</b>
a. Ciclos iniciados			

Del presente cuadro estadístico podemos advertir que en el Perú hay siete centros de fertilización adscritos a la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida, las cuales han reportado la cantidad de 1, 286 casos de ciclos iniciados en el periodo del 01 de enero hasta el 31 de diciembre del 2014 (último registro que a la fecha no ha sido modificado, dato oficial obtenido en la página web [http://www.redlara.com/PDF\\_RED/RLA\\_2014\\_JBRA\\_registro.pdf](http://www.redlara.com/PDF_RED/RLA_2014_JBRA_registro.pdf)). Es decir, anualmente, se reporta un número considerable de parejas que se someten a la fecundación *in vitro* para poder convertirse en padres.

La técnica de reproducción asistida más común a utilizarse es la Fecundación *in vitro*, mediante ésta se llegan a formar entre 3 a 6 preembriones con la finalidad de ser implantados en el útero de la mujer para dar inicio al embarazo; sin embargo, en la mayoría de los casos no todos los preembriones formados en la probeta llegan a ser implantados. Esto obedece a distintos motivos, entre ellos

que: a) los preembriones no hayan logrado desarrollarse con éxito o no reúnan las condiciones óptimas para ser implantados, b) no sea recomendable implantar más de tres preembriones con el fin de salvaguardar la vida de la madre gestante o de los futuros embriones, c) se pretendan crioconservar los preembriones a fin de ser implantados con posterioridad, d) entre otros.

Estos preembriones no implantados, se denominan preembriones supernumerarios o sobrantes. Por ello, ante la inminente realidad de la existencia de preembriones supernumerarios en las técnicas de fecundación *in vitro* y ante la escasa regulación sobre esta materia, nos preguntamos si es posible proponer la regulación sobre el destino de estos preembriones supernumerarios. Con respecto a ello, es conveniente preguntarnos si esta regulación es jurídicamente posible sobre el destino de los preembriones supernumerarios sin vulnerar los derechos fundamentales a la vida y a la dignidad humana con el fin de otorgar tutela jurídica a las parejas estériles, realidad problemática que discutiremos en la presente tesis.

#### 1.1.2. OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN.

El objeto de la investigación está constituido por la interpretación y análisis de los derechos fundamentales a la vida y a la dignidad humana para conocer si es posible la regulación del destino de los preembriones supernumerarios en las técnicas de fecundación *in vitro* para otorgar tutela jurídica a las parejas estériles.

### 1.1.3. ANTECEDENTES

El desarrollo del Derecho debe ir a la par con la realidad social; es decir, se debe regular cada avance en la sociedad para evitar problemas futuros, lamentablemente el desarrollo de las técnicas de fecundación *in vitro* en el Perú se ha realizado sin ninguna base legal específica, dando pie al surgimiento de controversias y vacíos del derecho.

Dentro del gran abanico de cuestiones éticas y legales fue de relevancia para nosotras, el problema concerniente al destino de los preembriones supernumerarios en las técnicas de fecundación *in vitro*, lo cual nos condujo a preguntarnos si se vulneraba o no el derecho a la vida y a la dignidad cuando se crioconserva, desecha, dona o se destina para estudios científicos a los preembriones supernumerarios; cuestiones que serán desarrolladas a lo largo de esta tesis.

Se ha procedido a revisar diversas tesis desarrolladas en las universidades chimbotanas como la Universidad Nacional del Santa, Universidad Privada San Pedro, Universidad Católica los Ángeles de Chimbote (ULADECH) y la Universidad Privada Cesar Vallejo; así mismo, se ha recurrido al repositorio nacional de investigación académica, pudiendo acceder a investigaciones realizadas para obtener el título de abogado y el grado de Magíster en Derecho de distintas universidades de nuestro país. A continuación, haremos mención de las tesis de investigación con mayor aporte en el presente estudio.

a. Tesis desarrolladas en el ámbito local Chimbote – Nuevo Chimbote.

a.1 *“Regulación jurídica de la maternidad subrogada en los casos de procreación asistida”*

Arroyo (2009) desarrolla la presente investigación en la Universidad Privada César Vallejo filial Chimbote, para obtener el título de abogado.

La tesis en mención analiza el tema de la maternidad subrogada, partiendo desde la posibilidad de reconocer el derecho a procrear de las parejas, ya sean cónyuges o convivientes, donde las mujeres presentan anomalías o deficiencias de útero; así mismo detecta el problema de la filiación en los casos de los niños nacidos en un vientre en alquiler y/o por ovodonación, sustentando que existe un vacío legal en cuanto a la regulación de las técnicas de reproducción asistida.

Si bien, la tesis antes citada concluye que existen vacíos legales en cuanto a la regulación de las TERAS, principalmente con respecto a la filiación en la maternidad subrogada, es menester mencionar que desarrolla el tema de la Fecundación *in vitro* y cita reconocidos autores como Enrique Varsi Rospigliosi, quien analiza el derecho genético y sus implicancias en la legislación peruana.

b. Tesis desarrolladas en el ámbito nacional.

b.1. *“La fertilización in vitro y el debate sobre el estatuto del no nacido”*

Carracedo (2015) desarrolla la presente investigación en la Pontificia Universidad Católica del Perú, para optar el título de abogado. La tesista realiza el análisis del inicio de la vida desde la perspectiva de la bioética,

tomando a esta como una disciplina que ayudará a establecer pautas para el tratamiento legal de las técnicas de reproducción asistida.

Busca un principio y noción de la bioética que más se aproxime al estado constitucional, señalando que la protección del no nacido dependerá del estadio prenatal en que se encuentre.

Sostiene que el concebido no es una persona, por ello no es titular del derecho a la vida; sin embargo, aclara que la protección jurídica de la vida responde al desarrollo biológico, esto es desde la implantación. Así mismo, manifiesta que la interpretación del estatuto del no nacido debe realizarse de acuerdo a lo analizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Artavia Murillo vs Costa Rica*.

Carracedo, analiza el tema de los preembriones supernumerarios en el capítulo cuatro del desarrollo de su tesis, denominándolos embriones sobrantes; sostiene que es casi imposible no tener embriones viables que sobran cuando se practica la técnica de fecundación *in vitro*, presentando dos posiciones con respecto a lo señalado, las cuales son i) Se prohíbe la fecundación *in vitro*, o ii) se establecen destinos para estos embriones sobrantes, opinando que la segunda opción sería la más adecuada.

Describe y analiza la crioconservación, la utilización de los embriones congelados por la propia mujer o su cónyuge, la donación de los embriones conservados con fines reproductivos y fines científicos; como destino de los embriones sobrantes.

*b.2. “La fecundación in vitro y el estatuto del embrión humano en el sistema jurídico peruano”*

Por otro lado, encontramos una posición contraria a la que expone Carrecedo, con respecto al estatuto de los embriones en la fecundación *in vitro*.

Llauce (2013), tesis que expone para obtener el título de abogada en la Universidad de Piura; desarrolla las cuatro teorías más conocidas sobre el inicio de la vida las cuales son la fecundación, concepción, anidación y nacimiento; adhiriéndose a la teoría de la fecundación como inicio de la vida y por ende manifiesta que mediante las prácticas de las técnicas de reproducción asistida se vulnera el derecho a la vida de los embriones creados en un laboratorio.

Así mismo, realiza un estudio del código civil y la constitución con respecto a la defensa del concebido y su derecho a la vida, llegando a la conclusión que se debe prohibir las prácticas de la fecundación *in vitro*, puesto que se vulnera la dignidad humana.

Con respecto a los destinos de los embriones sobrantes esto es la eliminación, congelamiento, experimentación, donación y/o comercio, refiere que le da una categoría de cosa, vulnerando su derecho a la vida.

En el capítulo cuarto nos muestra alternativas frente a la fecundación *in vitro*, como i) interponer una acción de inconstitucionalidad contra el Art. 7 de la Ley General de Salud, sosteniendo que es insuficiente frente a la realidad, pero sería el primer paso para erradicar estas prácticas; ii) Ley

específica que regule las técnicas de reproducción asistida, las cuales deben tener bases éticas de lo contrario los problemas aumentarán.

Llauce (2013) pretende que nuestro país sea ajeno a los avances científicos pues sostiene que “(...) después de previas actividades que preparen intelectualmente a las personas se irá disminuyendo poco a poco estas prácticas” (p. 2013).

*b.3. “Los derechos del embrión in vitro frente a la paternidad. Ilegitimidad de las técnicas de reproducción asistida extrauterinas”*

En la Pontificia Universidad Católica del Perú, Burstein (2013), desarrolla la presente tesis para obtener el grado de magister. El presente autor sostiene que las técnicas de reproducción asistida extrauterina vulneran los derechos extrapatrimoniales del embrión *in vitro*, por lo que propone que se deberían regular en forma restrictiva para poder otorgar protección al concebido extrauterinamente. Para ello, el autor se fundamentó en que el embrión concebido *in vitro* es un ser humano, y que por tanto se le deben proteger los derechos que le correspondieran como tal.

Teniendo en cuenta que en la ejecución de las técnicas de reproducción asistida extra uterinas se realizan actos de manipulación sobre los embriones y considerando que estos tendrían la naturaleza jurídica de seres humanos, surge la pregunta si ¿Es el derecho a la paternidad fundamento suficiente para permitir la ejecución de técnicas de reproducción humana asistidas extrauterinas? Burstein sostiene que el embrión extrauterino deberá ser considerado un ser humano y en consecuencia se le debe reconocer ciertos derechos, los cuales deberán ser sopesados con el derecho a la paternidad de

las parejas estériles que desean tener hijos y formar una familia. Finalmente concluye que los derechos de un embrión son superiores.

*b.4 “Presupuestos éticos y jurídicos mínimos que se deben tener en cuenta ante una inminente regulación de técnicas de reproducción asistida en el Perú”*

Pérez (2014) desarrolla la presente tesis para optar el grado de magister en la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo.

La investigadora considera que las prácticas de las Técnicas de Reproducción Asistida son contrarias al ordenamiento jurídico peruano, entiéndase lo que establece la Constitución, el Código Civil, el Código del Niño y del Adolescente. Por lo que considera necesario establecer lineamientos que proteja al concebido *in vitro* frente a una futura legislación de las TERAS que deben tener en cuenta los legisladores.

Sin embargo, elabora criterios que deben tenerse en cuenta frente a una futura legislación, como a) Respecto de la dignidad de la persona (tanto del concebido como de la madre); b) Ninguna persona puede ser un medio sino siempre un fin, el hijo como derecho; c) El cuerpo de la mujer debe ser respetado y no ser utilizado como instrumento para la medicina.

*b.5. “La ovodonación y la necesidad de regulación en la legislación peruana”*

Castro (2016) desarrolla el presente tema para obtener el título de abogado en la Universidad Privada Antenor Orrego.

El tesista en mención, establece que el derecho es dinámico y por ende debe regular situaciones que surgen de los avances científicos tomando como

centro de su investigación la ovodonación; la cual se entiende como la donación de gametos de terceras personas, surgiendo la interrogante ¿Quiénes son los verdaderos padres del neonato? a lo que responde:

Deberá regularse el consentimiento informado en este tipo de técnicas de reproducción asistida ya sea tratado en un matrimonio o pareja cuya mujer se somete a una inseminación artificial con semen de donante o una fecundación *in vitro* con transferencia de embriones y/o donación de óvulos, ya que cualquiera de este tipo de técnicas previas y fehacientemente deberán ser consentidas por ambos sujetos de aquel vínculo, de tal forma que estos sean los padres legales de los hijos que nazcan (p. 166).

c. Tesis desarrolladas en el ámbito internacional.

*c.1 “El panorama jurídico de la fecundación in vitro en Colombia”*

Salazar (2015) aborda el presente tema para obtener el título de abogado en la Universidad de Manizales - Colombia. En la presente tesis se desarrolla la situación actual del tratamiento jurídico y social de la Fecundación *in vitro* en Colombia. La presente investigación analiza los lineamientos establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia “Artavia Murillo vs Costa Rica”, relacionados con la Fecundación *in vitro*, mediante lo cual se logró determinar que dichas disposiciones son de obligatorio cumplimiento para Colombia por ser este un Estado miembro de la Convención y en consecuencia haberle ratificado competencia a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Concluye que es necesario tener en cuenta los lineamientos establecidos en la sentencia caso “Artavia Murillo vs Costa Rica” a la hora de resolver las

controversias que suscitan con relación a las técnicas de reproducción humana asistida, especialmente la “Fecundación *in vitro*”. Aunque el compendio de normas colombianas refleja un vacío jurídico respecto de la regulación de estos procedimientos, la Corte Constitucional a través de jurisprudencia ha intentado remediar dichas controversias a partir de los criterios utilizados por organismos internacionales, como lo es la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

## **1.2. ENUNCIADO DEL PROBLEMA.**

¿La regulación del destino de los preembriones supernumerarios en las técnicas de fecundación *in vitro* vulnera los derechos fundamentales a la vida y a la dignidad humana?

## **1.3. LOS OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN**

### **1.3.1 OBJETIVO GENERAL**

- a. Diseñar una propuesta legislativa sobre el destino de los preembriones supernumerarios en las técnicas de fecundación *in vitro* que permita la tutela jurídica a las parejas estériles.

### **1.3.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS**

- a. Evaluar la teoría del inicio de la vida compatible con nuestro ordenamiento jurídico y su desarrollo en la jurisprudencia nacional e internacional.
- b. Analizar la situación jurídica de los preembriones supernumerarios en las técnicas de fecundación *in vitro* que se practica en nuestra realidad social.
- c. Interpretar y analizar el Derecho comparado sobre el destino de los preembriones supernumerarios en las técnicas de fecundación *in vitro* y la tutela jurídica que se otorga a las parejas estériles.

- d. Fundamentar si es posible o no la regulación sobre el destino de los preembriones supernumerarios en las técnicas de fecundación *in vitro* que permita otorgar tutela jurídica a las parejas estériles.

#### **1.4. FORMULACIÓN DE HIPÓTESIS**

La regulación del destino de los preembriones supernumerarios en las técnicas de fecundación *in vitro* no vulnera los derechos fundamentales a la vida y a la dignidad humana; porque el preembrión no tiene el *status* jurídico de persona, por el contrario, permite otorgar tutela jurídica a las parejas estériles que se someten a dicha práctica.

#### **1.5. VARIABLES**

##### **1.5.1. VARIABLE INDEPENDIENTE**

La regulación del destino de los preembriones supernumerarios en las técnicas de fecundación *in vitro* no vulnera los derechos fundamentales a la vida y a la dignidad humana; porque el preembrión no tiene el *status* jurídico de persona.

##### **1.5.2. VARIABLE DEPENDIENTE**

Permite otorgar tutela jurídica a las parejas estériles que se someten a dicha práctica

#### **1.6. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN**

En el ámbito legal es menester enfatizar que el único dispositivo legal que regula sobre las técnicas de reproducción asistida es la Ley Nro. 26842 “Ley General de Salud”, que en su Art. 7 señala que toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida.

Como se puede advertir, la ley en mención es muy genérica con respecto al tema de las TRAS, pues deja muchos temas de relevancia sin regular, como: ¿Cuántas y cuáles son las clases de técnicas de reproducción asistida que pueden practicarse en el Perú? ¿Quiénes son los beneficiarios? ¿Cuántos preembriones deben ser implantados? ¿Cuál es el destino de los preembriones supernumerarios? ¿Es posible la ovodonación y/o embriodonación?, interrogantes que tienen respuestas en la práctica, pero sin un sustento legal dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

La escasa regulación legal en nuestro país, ha generado que algunos centros de salud donde se llevan a cabo las técnicas de reproducción asistida, se encuentren adscritos al *Consenso Latinoamericano en Aspectos Ético – Legales relativos a las Técnicas de Reproducción Asistida*, de la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida, con la finalidad de poder ofrecer alguna acreditación internacional con respecto a dichas prácticas. Cabe mencionar que según los registros de la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida hasta el año 2014, solo siete centros de fertilización eran miembros de esta red, existiendo en la realidad muchos que no se encontraban adheridos, las cuales solo se fundamentarían en su ética profesional para poder realizar estas prácticas.

Con respecto a los problemas éticos, uno de los más importantes es el debate sobre la vulneración de la vida y de la dignidad de los preembriones creados en un laboratorio mediante la técnica de fecundación *in vitro*. Una de las ideologías encargadas de sostener que se vulnera el derecho a la vida en estas prácticas es la que sustenta la iglesia Católica, la cual considera que el preembrión creado en un laboratorio y aun no implantado, es ya un ser humano (Teoría de la Fecundación).

Por tanto, no sólo nos encontramos ante un problema ético, sino también legal, debido a que nuestra pretensión de regular el destino de estos preembriones supernumerarios se relaciona claramente con el derecho a la vida y a la dignidad humana y su protección en el ordenamiento legal, surgiendo la interrogante: ¿La regulación del destino de los preembriones supernumerarios en las técnicas de fecundación *in vitro* vulnera los derechos fundamentales a la vida y a la dignidad humana?

En atención a lo descrito en las líneas precedentes, las tesis consideramos que la presente investigación es de **relevancia** jurídica y ética para la sociedad peruana, puesto que las prácticas de la fecundación *in vitro* son muy recurridas en nuestro país, sin embargo, lamentablemente carecen de regulación legislativa frente a los problemas que puedan suscitarse, impidiendo brindar tutela jurídica a las personas que se someten a dicha técnica. Así mismo nos encontramos en desventaja jurídica frente a países extranjeros como España que a través de la Ley N° 14/2006 pretende llenar los vacíos legales que puedan generarse de estas prácticas.

La propuesta de las investigadoras es **conveniente**; debido a que mediante la presente investigación se analizará si se vulnera o no el derecho a la vida y la dignidad humana cuando se pretende regular el destino de los preembriones supernumerarios en las prácticas de fecundación *in vitro* como técnica de reproducción asistida, brindando soluciones a futuros problemas que surjan de la aplicación de las TRAS, mediante el adecuado análisis y reflexión de nuestra legislación vigente y la debida interpretación sistemática de la jurisprudencia nacional e internacional.

Esto será posible a través del análisis de distinta jurisprudencia en el ámbito nacional como en el sistema convencional con respecto al tratamiento que se le da a la Fecundación *in vitro* y a los problemas suscitados a raíz de su ejecución.

Finalmente pretendemos proponer la regulación específica sobre el destino de los preembriones supernumerarios en las técnicas de Fecundación *in vitro* sin vulnerar los derechos fundamentales a la vida y a la dignidad humana, a fin de otorgar mayor tutela jurídica a sus beneficiarios. Esta legislación deberá contemplar aspectos mínimos como: establecer quiénes serían los sujetos beneficiarios de las técnicas de fecundación *in vitro*, valorar la necesidad de consentimiento de la pareja, precisar el número máximo de óvulos fecundados e implantados, definir el destino de los preembriones supernumerarios, entre otros.

Consideramos que **los beneficiarios** de nuestra investigación serían: a) las parejas estériles, debido a que mediante nuestra propuesta se les otorgará tutela jurídica y, ante una determinada situación generada al haberse sometido a una de las técnicas de fecundación *in vitro*. b) los centros de salud donde se practiquen las técnicas de fecundación *in vitro*, debido a que podrán ejecutar sus actividades en amparo de un marco legal, pudiendo evitar posibles demandas o denuncias ante eventualidades. c) los jueces, mediante nuestra propuesta de regulación sobre el destino de los preembriones supernumerarios, contribuiremos con generar un criterio unificado al momento de resolver. Teniendo en cuenta que el juzgador no puede dejar de administrar justicia por vacío, defecto o deficiencia de la ley, los magistrados vienen resolviendo acorde a su propio criterio. Ello ha generado que distintos juzgados frente a mismos hechos, puedan resolver en distinto sentido. d) Abogados litigantes, debido a que les permitiría dar a

conocer a sus patrocinados, probabilidades más sólidas con respecto a la resolución de una controversia.

Por tanto, conforme a lo sustentado en líneas anteriores consideramos que entre los **efectos** de la presente investigación se encuentra otorgar tutela jurídica dentro los distintos niveles de nuestra sociedad, es decir brindar la certidumbre de que su situación jurídica no será modificada sin previamente haber seguido un debido proceso llevado a cabo conforme a lo normado sustantiva y adjetivamente.

A través de nuestra propuesta pretendemos contribuir con el ordenamiento jurídico subsanando vacíos del derecho generados por la escasa regulación con respecto al destino de los preembriones supernumerarios creados mediante las técnicas de fecundación *in vitro*. Además, mediante el análisis de la doctrina contemporánea, la jurisprudencia nacional e internacional y la legislación nacional y extranjera, pretendemos establecer criterios unificados sobre el *status* jurídico de los preembriones supernumerarios y su adecuado tratamiento en nuestro ordenamiento jurídico

## **1.7. ESTRUCTURA DEL TRABAJO**

La presente investigación en el primer capítulo trata sobre la fecundación *in vitro* como técnica de reproducción asistida; partiremos definiendo la infertilidad y la esterilidad, señalando las causas que las generan. Seguidamente tocaremos el tema de la fecundación *in vitro* como tratamiento de la infertilidad y la esterilidad, conociendo su desarrollo en el tiempo, el procedimiento que sigue para llevar a cabo una fecundación extracorpórea y las técnicas que utiliza para ser más efectiva.

También estudiaremos el tema de la selección de preembriones viables, lo que se conoce como eugenesia, que se relaciona con el Diagnóstico Genético

Preimplantacional. Se mostrará los posibles destinos que tienen los preembriones supernumerarios; así mismo, se explicará en qué consisten. Por último, tocaremos el tema de las manipulaciones genéticas.

Seguidamente en el segundo capítulo se desarrollará el tema del status jurídico del preembrión y las teorías del inicio de la vida; partiremos por exponer las teorías más relevantes sobre el inicio de la vida humana como la teoría de la fecundación, de la anidación y de la actividad cerebral. Posteriormente desarrollaremos el estatus biológico y jurídico del preembrión. Otro tema de gran relevancia es la situación del preembrión en el ordenamiento jurídico peruano, para ello analizaremos la Constitución, el Código Civil, el Código de los niños y adolescentes, la Ley General de Salud N° 26842, la Ley de Prevención de riesgos derivados del uso de la biotecnología N°27104 y el Consenso Latinoamericano en aspectos éticos - legales.

Finalmente, el tercer capítulo trata sobre la necesidad de regular el destino de los preembriones supernumerarios en las técnicas de fecundación *in vitro* que permite la tutela jurídica; desarrollaremos temas como el preembrión supernumerario en el derecho comparado, analizando su tratamiento en los países más resaltantes en cuanto al tema estudiado. Posteriormente analizaremos el derecho a la vida y a la dignidad para ser interpretado con la posible vulneración de estos derechos en mención en la crioconservación, embriodonación, desecho o como objeto de investigación científica. Por último, desarrollaremos el tema de la tutela jurídica para las parejas estériles. Es menester mencionar que se analizará la casuística con relación a las teorías del inicio de la vida y los preembriones supernumerarios en la fecundación *in vitro*.

## **1.8. BREVE REFERENCIA DE LOS MÉTODOS EMPLEADOS.**

Se trata de una investigación científica, que por su naturaleza es descriptiva; aplicando el diseño de investigación – acción; puesto que mediante nuestra investigación pretendemos analizar la problemática actual sobre el destino de los preembriones supernumerarios y proponer una regulación específica sin vulnerar los derechos fundamentales a la vida y a la dignidad humana, buscando otorgar tutela jurídica a las parejas estériles que se sometan a las técnicas de fecundación *in vitro*. Específicamente, dentro de la investigación jurídica, el diseño de investigación al cual nos subsumiremos es el DESCRIPTIVO-PROPOSITIVO debido a que: Descriptiva. - “Tiende a describir las partes y rasgos esenciales de fenómenos fácticos o formales del Derecho” (Aranzamendi, 2013, p. 79).

Con respecto a los métodos generales, se han empleado el método deductivo y el analítico; y, específicos del derecho utilizamos el método comparativo, hermenéutico, argumentación, sistemático, jurisprudencia de interés, sociológico, realista y jurisprudencia sociológica.

Para el desarrollo de la presente investigación se ha revisado jurisprudencia a fines con el tema de los preembriones supernumerarios e inicio de la vida humana; así como legislaciones internacionales, trabajos de investigación a fines con el tema que se desarrolla, tanto a nivel nacional como internacional.

## **1.9. BREVE REFERENCIA A LA BIBLIOGRAFÍA.**

Es importante mencionar que fue necesario emplear libros físicos obtenidos en las bibliotecas de las siguientes universidades: Universidad Nacional del Santa, Universidad Privada San Pedro, Universidad Privada César Vallejo; en instituciones

como: la Academia de la Magistratura y, libros y artículos virtuales disponibles en la web gracias a la tecnología, en beneficio económico del estudiante y del conocimiento jurídico. La información virtual fue obtenida en repositorio de universidades y portales confiables.

## II. MARCO TEÓRICO

# CAPITULO I: LA FECUNDACIÓN IN VITRO COMO TÉCNICA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.

## **1.1 EL PROBLEMA DE LA INFERTILIDAD Y LA ESTERILIDAD EN LAS PAREJAS.**

### **1.1.1 GENERALIDADES.**

Decir que una persona goza de buena salud no sólo debe limitarse a entender que el individuo no presenta problemas físicos, es decir no padece enfermedades que afecten a los órganos de su cuerpo; sino también, un óptimo estado psíquico y social.

La salud entendida desde esta perspectiva es desarrollada por La Organización Mundial de la Salud (en adelante OMS) que define a la salud como un estado de completo bienestar físico, mental y social de la persona, y no solamente a la ausencia de afecciones o enfermedades. Siendo un derecho fundamental el gozar de buena salud; nuestra constitución reconoce en su artículo 7° que todos tenemos el derecho a la protección de nuestra salud.

En suma, la OMS nos habla de una salud global; es decir, en distintos aspectos de nuestra vida, el cual no necesariamente implica no padecer enfermedades que conlleve a la muerte del ser humano, sino el poseer estabilidad psicológica, desarrollar la planificación familiar, vivir en un medio ambiente sano, entre otros aspectos.

El ser humano a lo largo de su existencia busca desarrollarse a plenitud en los distintos ámbitos de su vida, como crecer profesionalmente para obtener solvencia económica, así también, en su vida privada muchos anhelan formar una familia, como parte de concretar un proyecto personal.

La gran mayoría de las parejas consideran como proyecto vital a la paternidad; sin embargo, el contexto social nos ha demostrado que muchos de ellos presentan

problemas para procrear, nos referimos a la esterilidad y la infertilidad, problemática que la OMS estudia, llegando a desarrollar políticas enfocadas en la salud reproductiva que abarcan la planificación familiar como medio de procurar la salud de las personas, como ya se ha mencionado en líneas precedentes.

La planificación familiar permite al varón y la mujer como pareja elegir el momento en que desean tener hijos y cuántos descendientes anhelan tener de acuerdo a sus posibilidades, lo cual implica la adecuada utilización de métodos anticonceptivos y el tratamiento de la esterilidad.

Cuando nos referimos a la esterilidad y/o la infertilidad en el argot popular suelen confundirse estos términos, siendo utilizados ambos como sinónimos, por lo que es importante tener en claro a que nos referimos cuando citamos esterilidad o infertilidad.

Gamboa (2016) sostiene que tanto la infertilidad como la esterilidad son enfermedades propias de la reproducción humanas, que no sólo se manifiesta en la limitación de los órganos reproductivos, sino que también provocan secuelas psíquicas en las personas que lo padecen.

La infertilidad y la esterilidad considerado como un trastorno de la fertilidad es una deficiencia que no solo va a comprometer a la integridad física de las personas, en muchos casos no atentan contra la vida; sin embargo, si tiene un fuerte impacto negativo en el desarrollo del proyecto de vida del ser humano, causando que este se sienta frustrado al no poder tener hijos (Barrios y Méndez, 2014).

De lo señalado se tiene que afirmar que tanto la esterilidad como la infertilidad en las personas contravienen la salud de estas; por lo cual los estados deben trabajar

políticas y leyes que permitan a las personas que padecen de estos trastornos de la fertilidad puedan ser tratadas utilizando medios alternativos para paliar la imposibilidad de formar una familia.

### 1.1.2 CAUSAS QUE PROVOCAN LA INFERTILIDAD EN EL VARÓN

Partiremos por definir que la fertilidad es la capacidad de reproducirse que posee todo ser con vida, lo cual se ve afectado por los trastornos reproductivos tales como problemas en la concepción, pérdida repetida de fetos y nacimientos de niños con malformaciones, estos trastornos son causados por factores ginecobstetricias, endocrinológicas e inmunológicas (Barrios y Méndez, 2014).

Un espermatozoide y un óvulo en buen estado son esenciales para obtener un embarazo; así también, se requiere de las trompas de Falopio que es el lugar dónde se lleva a cabo la fertilización y del útero para que el embrión pueda desarrollarse. Si uno de estos componentes no se encuentra en buen estado será complicado la concepción, es decir hablamos de infertilidad en las parejas (Yashon y Cummings, 2010).

Para mencionar las causas que provocan la infertilidad, es necesario que conozcamos el funcionamiento del sistema reproductor femenino y masculino

#### a. Definición de esterilidad

Desde la óptica psicosocial Videla, Savransky y Sas, citados por Soto (1990) consideran que la esterilidad es un impedimento para concretar el anhelo de dos seres humanos de ser padres, en casos extremos se suele considerar como un castigo divino que afecta tanto a mujeres como a los varones, provocando traumas y estrés en las personas.

Enguer y Ramón (2018) agregan que la esterilidad es la incapacidad para conseguir gestación tras un año de relaciones sexuales con normal frecuencia y sin utilizar métodos anticonceptivos. El diagnóstico de la esterilidad se inicia con la detección de la causa que la provoca, luego y siempre que sea posible se corrige el trastorno a través de la elección del tratamiento más oportuno.

La esterilidad también se define como la “imposibilidad absoluta e irreversible de concebir. La categoría comprende tanto a los individuos que han sufrido intervenciones dirigidas a la esterilización, como a los que han quedado estériles tras someterse a intervenciones quirúrgicas realizados con otros fines” (Farnós, 2011, p.29).

Un claro ejemplo de mujeres estériles como resultado de intervenciones quirúrgicas con ese fin, es el lamentable suceso que data entre los años 1995 y 2000 en nuestro país, en el gobierno de Fujimori, cuando mujeres de la sierra peruana fueron sometidas sin su consentimiento a intervenciones quirúrgicas para que no puedan tener hijos.

b. Definición de infertilidad

Por otro lado, la infertilidad es la dificultad para concebir y concretar un embarazo, pese a mantener relaciones sexuales sin utilizar métodos anticonceptivos de forma regular durante un periodo determinado” (Farnós, 2011, p. 28).

Enguer y Ramón (2018) sostiene que la infertilidad es la incapacidad para desarrollar gestaciones que evolucionen hasta que el feto sea viable.

El Dr. Carlos Duarte, director y embriólogo de la Clínica NuiVida, en la entrevista realizada por la revista Caretas, menciona que el 20% de parejas peruanas que oscilan entre los 25 y 35 años de edad sufren de infertilidad combinada, entendiéndose a esta última como una situación en donde tanto el varón como la mujer presentan dificultad para concebir.

En suma, entendemos que cuando nos referimos a mujer o varón estéril, estamos señalando la imposibilidad de concebir; mientras que si nos referimos a ambos sujetos como infértiles citamos que tienen dificultad para concebir o llevar a término un embarazo.

### 1.1.3 CAUSAS QUE PROVOCAN LA INFERTILIDAD.

Partiremos por definir que la fertilidad es la capacidad de reproducirse que posee todo ser con vida, lo cual se ve afectado por los trastornos reproductivos tales como problemas en la concepción, pérdida repetida de fetos y nacimientos de niños con malformaciones, estos trastornos son causados por factores ginecobstetricias, endocrinológicas e inmunológicas (Barrios y Méndez, 2014).

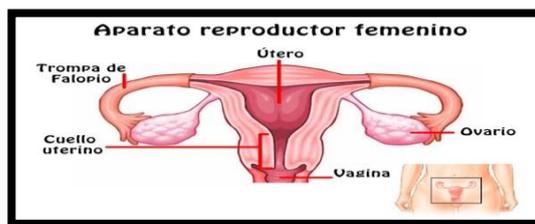
Un espermatozoide y un óvulo en buen estado son esenciales para obtener un embarazo; así también, se requiere de las trompas de Falopio que es el lugar dónde se lleva a cabo la fertilización y del útero para que el embrión pueda desarrollarse. Si uno de estos componentes no se encuentra en buen estado será complicado la concepción, es decir hablamos de infertilidad en las parejas (Yashon y Cummings, 2010).

Para mencionar las causas que provocan la infertilidad, es necesario que conozcamos el funcionamiento del sistema reproductor femenino y masculino

para comprender las anomalías que los afectan y provocan esterilidad e infertilidad.

a. Sistemas Reproductores

a.1. Sistema Reproductor femenino



El sistema reproductor femenino está compuesto por los ovarios, las trompas de Falopio, el útero, la vagina y la vulva. En el sistema reproductor femenino se crean los óvulos, uno de los componentes que contribuye al material genético del nuevo ser, así mismo se acondiciona para que se desarrolle el embarazo.

Veremos brevemente las características y funciones de los órganos que componen el sistema reproductor femenino. Es importante resaltar que la mayoría de autores consideran a las glándulas mamarias como parte de este sistema, pero no será estudiado en el presente trabajo; puesto que, nos enfocaremos en explicar las causas de la infertilidad que están más ligadas a los órganos ya mencionados.

✓ Ovarios:

Los ovarios se encuentran a cada lado del útero, conectados con las trompas de Falopio, tiene el tamaño de un albaricoque seco; estos órganos se encargan de producir a los ovocitos que maduros llevan el nombre de óvulos y de las hormonas como la progesterona y el estrógeno.

Contienen pequeñas bolsitas llamadas folículos ováricos en las cuales se encuentran los ovocitos, cada mes estos folículos son estimulados por la hormona Foliculoestimulante (FSH) y la hormona Luteinizante (LH), secretadas por la hipófisis, las cuales ayudan a la maduración convirtiéndolos en folículos maduros, también conocidos como folículos de Graaf, llegando a liberar un óvulo; una vez liberado el óvulo, el folículo de Graaf se convierte en cuerpo lúteo, secretando la hormona progesterona y estrógeno que ayudan a mantener al endometrio. (Peate y Neir, 2012).

Unas de las funciones del estrógeno es el crecimiento folicular y la producción de esteroides, el crecimiento y la motilidad del útero, de las trompas de Falopio y de la vagina. Por su parte la progesterona interviene en la preparación del endometrio para la implantación de un óvulo fecundado. (McConnell y Hull, 2012).

✓ Trompas de Falopio:

Son dos las Trompas de Falopio, se sitúan al lado izquierdo y derecho del útero, se divide en tres partes el istmo, la ampolla y el infundíbulo.

El infundíbulo es el más próximo al ovario y capta al óvulo tan pronto este sea liberado por el folículo de Graaf; en la ampolla es en dónde se produce la fecundación, para que el embrión sea trasladado hasta la cavidad uterina. (McConnell y Hull, 2012).

✓ Útero:

El útero es una cavidad en forma de pera invertida, es el lugar en donde se implanta el óvulo fecundado para su posterior desarrollo del embrión, es también el lugar en donde se da la menstruación.

La pared uterina está compuesta por tres capas el endometrio, en ella se implanta el óvulo fecundado, de no darse la implantación este se desprende cada 28 días produciendo la menstruación; el miometrio, es un musculo liso que ayuda a expulsar al bebé durante el parto; el perimetrio, es la capa más externa, compuesto por una membrana serosa (Rizzo, 2011).

✓ Vagina:

Tortora y Derrickon (2012) describe la estructura de la vagina como “un conducto fibromuscular de 10 cm de largo recubierto por una membrana mucosa, que se extiende desde el exterior del cuerpo hasta el cuello uterino” (p. 1154).

✓ Vulva:

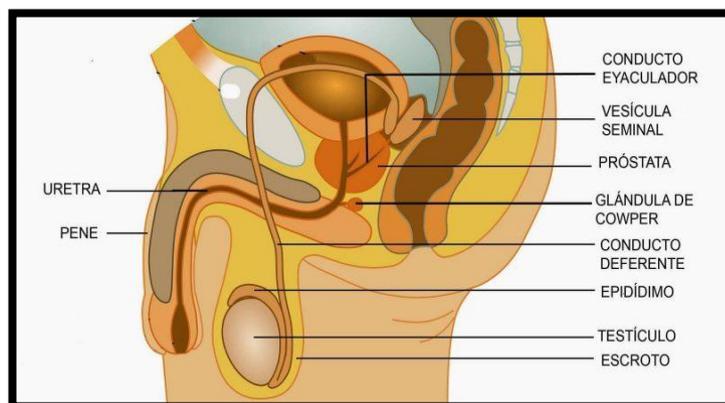
La vulva es el conjunto de genitales externos y están compuestos por el monte púbico, labios, orificios vaginales, uretra y glande (Peate y Neir, 2012).

Tenemos que, en los ovarios, cumple su ciclo el folículo de Graaf que libera un óvulo, que posteriormente será absorbido por las trompas de Falopio, órgano que se acondiciona para que se realice con éxito la fecundación del óvulo por un espermatozoide; una vez fecundado el óvulo este viaja por las

trompas uterinas llegando al útero lugar en dónde se realiza la implantación para el futuro desarrollo del embrión en feto, albergándolo hasta el día del nacimiento. En todo este proceso intervienen las hormonas como Folículo estimulante, luteinizante, progesterona y estrógeno; las cuales ayudan en el proceso de la concepción.

Si los órganos en mención son saludables, es decir, cumplen la función correctamente, la mujer no tendrá problemas para concebir.

#### *a.2. Sistema Reproductor masculino*



En el sistema reproductor masculino se producen los espermatozoides, que contienen la mitad del material genético del embrión; los órganos que lo componen son los testículos, escroto, pene, epidídimo, los conductos (deferente, eyaculador y espermático) y la próstata.

Veremos que función cumplen estos órganos en la reproducción.

✓ Escroto:

Tortora y Derrickson (2013), sostienen que el escroto es la bolsa de piel que sirve de sostén para los testículos, esta bolsa se encuentra dividida por el tabique escrotal. Otra función que cumple el escroto es el de mantener a los

testículos a una temperatura adecuada para que se pueda producir los espermatozoides.

✓ Testículos:

Las dos funciones importantes de estos órganos son la de producir espermatozoides y las hormonas masculinas. Peate y Nair (2012) sostienen que los testículos “tienen forma ovoide, miden 5 cm de longitud y 2.5 cm de ancho” (p. 479), están compuestos por tres capas la túnica serosa, albugínea y vascular.

La túnica albugínea es la que divide a los testículos en pequeños compartimientos llamados lóbulos, estos a su vez contienen túbulos enrollados que llevan por nombre túbulos seminíferos, lugar dónde se producen los espermatozoides y se encuentran las células de *Storli*, que se encargan de producir las secreciones que aportan nutrientes a los espermatozoides; así mismo, se encuentran las células de Leydig, que produce la testosterona (Rizzo, 2011).

✓ Pene:

Es el órgano copulador masculino, está estructurado por tres partes la raíz, el cuerpo y el glande.

La raíz está unida a la parte inferior de la pelvis. El cuerpo se divide en cuerpo cavernoso, formado por masa esponjosa que se llena de sangre para alargar y endurecer, y esponjoso, este cuerpo contiene a la uretra. En el glande o también llamado cabeza del pene, se encuentra el orificio externo de la uretra (McConnell y Hull, 2012).

✓ Epidídimo:

Peate y Nair (2012) destaca la función importante del epidídimo, que consiste en almacenar los espermatozoides durante su maduración; los espermatozoides se desplazan por el epidídimo hasta llegar al conducto deferente, esto se produce cuando el músculo liso se contrae durante la excitación sexual.

✓ Conducto deferente, espermático y eyaculador:

El conducto deferente tiene como función “transportar los espermatozoides durante la excitación sexual, desde el epidídimo hacia la uretra, por medio de contracciones peristálticas de su cubierta muscular” (Tortora y Derrickson, 2013, p. 1138).

El conducto espermático recibe al espermatozoide del conducto deferente; posteriormente pasan al conducto eyaculador que expulsan a los espermatozoides en la uretra, terminando su recorrido (Rizzo, 2011).

✓ Próstata:

La próstata es considerada una glándula accesoria que “segrega líquido alcalino que constituye alrededor del 13% al 33% del semen. Su fluido incita a los espermatozoides a nadar” (Rizzo, 2011, p. 456).

El sistema reproductor masculino, en cuanto a su intervención en la reproducción, sólo aporta al espermatozoide, mediante el líquido seminal, el cual debe estar en buen estado para lograr la concepción. El líquido seminal está compuesto por los espermatozoides, que como ya sabemos se forman en los testículos, y las secreciones de las vesículas seminales como la próstata que segrega el líquido alcalino que neutraliza la acidez de la vagina;

es considerado también el medio de transporte de los espermatozoides para llegar a fecundar al óvulo en las trompas de Falopio.

b. Factores que producen esterilidad e infertilidad

Habiendo conocido las principales funciones tanto del sistema reproductor femenino como del masculino, veamos las causas que provocan la infertilidad en las parejas, las cuales están ligadas con las fallas de los órganos mencionados.

*b.1. Factor Edad*

Empecemos por el factor edad, que más influye en las mujeres. Las mujeres pueden concebir desde que se produce la menarquia (primera menstruación) en su mayoría oscila entre la edad de 13 o 14 años; sin embargo, no quiere decir que se encuentren aptas físicamente para concebir. Conforme se va cumpliendo años la posibilidad de sufrir infertilidad aumenta, el porcentaje aumenta a los 40 años, que representa el 32% de posibilidad de afrontar infertilidad.

*b.2. Factor Psicológico*

Otro factor que provoca la infertilidad en las personas es el estrés, enfermedad psicológica muy común en la actualidad, causadas por problemas laborales o familiares que afectan la salud de la persona. Gonzales (1991) sostiene que cuando se sufre de estrés severo se reduce la motilidad de los espermatozoides.

### *b.3. Factores Ginecobstétricos*

Presentamos el siguiente cuadro que ha sido elaborado en base a la información expuesta por Barrios y Méndez (2014, p. 248) con respecto a los factores ginecobstétricos.

FACTORES	PORCENTAJE EN PAREJAS
Ovulatorio	20% de las parejas
Útero- tubárico- peritoneal	30% de las parejas
Migración del semen	10% de los casos
Otros factores masculinos	30% de las parejas

*Tabla 1. Porcentaje de los factores que producen infertilidad y esterilidad.*

Los niveles hormonales, son importantes para la ovulación en especial los niveles del estrógeno y la hormona luteinizante; como ya habíamos mencionado en líneas anteriores estas dos hormonas contribuyen con la maduración del folículo de Graaf, por ende, con la expulsión del óvulo maduro. Yashon y Cummings (2010) sostienen que “si los niveles de estrógeno son muy bajos o irregulares, pueden afectar la ovulación” (p. 30).

Yashon y Cummings (2010) también nos muestra una causa de esterilidad, que es la extirpación quirúrgica de los ovarios o el daño que estos puedan sufrir a causa de una intervención quirúrgica que tenía otro fin; otra causa de infertilidad relacionada con el órgano encargado de producir los óvulos son

los quistes ováricos, los cuales impiden la maduración de los óvulos y por ende la expulsión de estos.

Las enfermedades de transmisión sexual que afectan a las trompas de Falopio, tienen como consecuencia la infertilidad en la mujer, puesto que, producen cicatrices, pliegues o bloqueos que impiden el recorrido de los espermatozoides hacia el ovulo, así como el movimiento del ovulo fertilizado hacia el útero, dando lugar a las dificultades la concepción e implantación (McConnell y Hull, 2012, p. 679).

La amenorrea o falta de menstruación, es la carencia de maduración de los folículos, impide que la mujer pueda concebir, esto puede darse a causa del estrés, bajo peso corporal, mala nutrición y exceso de ejercicio físico (Gonzales, 1991).

Como ya se ha mencionado el útero está compuesto por capas, una de ellas es el endometrio que permite la implantación del óvulo fecundado; esto es imposible cuando se presenta la endometriosis, que es el problema del endometrio para formarse cada ciclo menstrual, ocasionando que el embrión no pueda implantarse o que se produzcan abortos espontáneos. Farnós (2011) señala que la endometriosis es la “causa de la infertilidad en un 5% de los casos” (p. 32).

Otra causa que provoca la infertilidad es la presencia de pocos espermatozoides, lo cual hace difícil que el número necesario de ellos nadan hacia las trompas de Falopio para encontrarse con el óvulo. Esto puede ser causado por el consumo constante de drogas, utilizar ropa interior apretada,

consumo de alcohol, la obesidad, entre otros factores que provocan la azoospermia (Mosquera, 1997). Cuando el espermatozoide presenta baja motilidad, este no puede llegar a tiempo para fecundar a un óvulo maduro (Gonzales, 1991).

#### *b.4. Factores inmunológicos y endocrinos*

Barrios y Méndez (2014) nos explican que los factores inmunológicos son los anticuerpos que se desarrollan la persona que reaccionan contra los espermatozoides y el tejido ovárico, se les denomina cuerpos anti espermáticos e inmunidad femenina respectivamente; los cuales producen la infertilidad haciendo imposible que la mujer pueda quedar embarazada. Estos cuerpos espermáticos se pueden encontrar adheridos a los espermatozoides en el plasma seminal, en el moco cervical, fluidos genitales y la sangre. La hiperprolactinemia. – Gaviria, López, Henao y Piedrahita (2016) nos explican que la hiperprolactemia es un problema en el sistema endocrino de la mujer, desarrollado en el eje hipotálamo hipofisiario, el cual se caracteriza por la presencia de altos niveles de prolactina en la sangre que genera desordenes en el ciclo menstrual e infertilidad. El elevado nivel de prolactina es por lo general debido a la presencia de adenomas en la hipófisis que pueden ser microprolactinomas (menos de 10 mm) y macroprolactinomas (de 10 mm o más).

Ovarios poliquísticos. - Afecta del 5% al 10% de mujeres que se encuentran en la edad para procrear, se asocia con la disovulación. Se contrarresta con tratamiento metabólico cuando la mujer presenta sobrepeso.

## **1.2 LA FECUNDACIÓN *IN VITRO* COMO TRATAMIENTO DE LA INFERTILIDAD.**

Al detectarse la infertilidad en el varón o en la mujer, en casos extremos infertilidad combinada, la ciencia brinda una opción a las parejas de poder formar una familia, nos referimos a las Técnicas de Reproducción Asistida.

Si bien las Técnicas de Reproducción Asistida ayudan a las personas que padecen de esterilidad e infertilidad a ejercer su derecho a la reproducción, a formar una familia y a desarrollar su proyecto de vida, también, su falta de regulación en muchos países ha generado problemas con respecto a la filiación, la autonomía de la voluntad, entre otros. Gamboa (2016) explica que uno de sus principales adversarios es la Iglesia católica, aduciendo que estas prácticas manipulan la vida del ser humano, por ello lo rechazan. En nuestro país ha sido causa de muchos cuestionamientos éticos y jurídicos, puesto que no existe normativa que regule las distintas situaciones que emergen de las prácticas de las TERAS.

Las TERAS abarcan dos métodos la Inseminación Artificial y la Fecundación *in vitro*, también llamada fecundación extracorpórea.

### **1.2.1 ANTECEDENTES DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.**

El suceso más antiguo de las prácticas de las Técnicas de Reproducción Asistida se produjo en el contexto de la Segunda Guerra Mundial, es decir entre los años 1939 y 1945, donde soldados norteamericanos enviaron líquido seminal para ser inseminado a sus mujeres que se encontraban en los Estados Unidos, producto de ello nacieron cerca de 20,000 niños (Espinoza, 2012).

A mediados del siglo XIX, Heape comenzó a transferir embriones de conejos, los cuales nacían sanos; este suceso es el que marca el inicio del interés por fecundar óvulos en el laboratorio y descubrir más avances de la embriología (Gamboa, 2016).

Patrick Steptoe, ginecólogo especializado en laparoscopia, juntamente con Robert Edwards, fisiólogo investigador de la medicina reproductiva, realizaron diversos estudios en Inglaterra para poder realizar la fecundación *in vitro*. A consulta con los médicos en mención llega la pareja conformada por Leslye y John Brown, quienes no podían tener hijos debido al problema de obstrucción de las trompas de Falopio que presentaba Leslye; Steptoe y Edwards deciden realizar la fecundación *in vitro* teniendo mucho éxito y logrando que un 25 de julio de 1978 naciera Louise Brown, la primera bebé probeta, ahora una mujer sana de 40 años.

Desde aquel importante suceso científico mundial, los estudios de perfeccionamiento de las TERAS han sido considerables; después de 6 años, el 12 de julio de 1984, nace en España Victoria Anna Perea Sánchez, esta esperanza de vida realizada a través de la *fecundación in vitro* estuvo a cargo del Instituto Dexeus de Barcelona.

En el Perú los estudios sobre la técnica de fecundación *in vitro* se iniciaron en 1985, el 2 de octubre el diario El Comercio de Lima informó que se venía ensayando la técnica de fecundación *in vitro* en el hospital Edgardo Rebagliati bajo la dirección de la obstetra Francisca Diaz Boza; sin embargo, aún no se lograba llevar a cabo con éxito la fecundación *in vitro*. En 1989 se registra el nacimiento de la primera bebé concebida mediante la aplicación de la fecundación *in vitro*, desde ese momento comenzó el desarrollo de estas técnicas en la

sociedad peruana, haciendo su aparición varias clínicas que ofrecen estos servicios a las parejas con dificultad de procrear.

### 1.2.2 DEFINICIÓN DE FECUNDACIÓN *IN VITRO*.

Para definir a la fecundación *in vitro*, en menester diferenciar a la Inseminación Artificial de la Fecundación extracorpórea, ambas Técnicas de Reproducción Asistida.

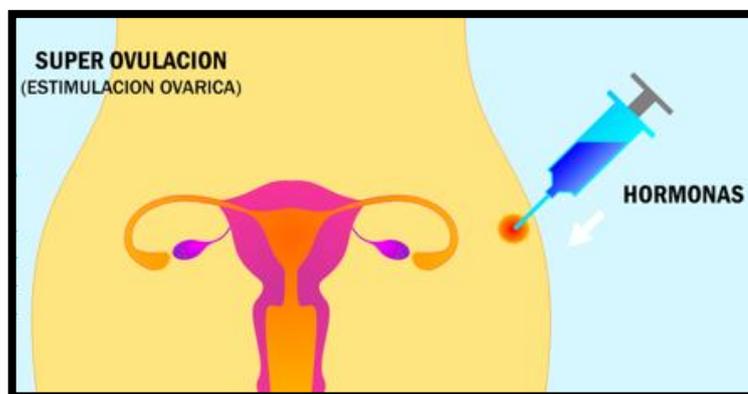
La diferencia entre la Inseminación Artificial y la Fecundación *in vitro*, radica en que en el primer método la formación del embrión se realiza dentro del claustro materno, mientras que la segunda se realiza fuera del útero en un laboratorio; así tenemos que la Inseminación Artificial “es el método por el cual una mujer puede ser fecundada sin mediar acto sexual. Previa extracción del semen, éste es introducido a la vagina, en el cuello del útero o directamente en el interior del útero” (Bossert y Zannoni, 2004, p.469).

Valverde (2001) nos dice que la fecundación *in vitro* “es una técnica de reproducción humana asistida que busca la fecundación del ovulo por el espermatozoide fuera del aparato reproductor femenino, recurriendo para ello a procedimientos no naturales” (p. 50). Esta técnica es una de las más usada por los centros de fertilización que ofrecen los servicios de reproducción asistida. Se distinguen dos tipos de fecundación *in vitro* la homologa y la heteróloga.

La fecundación extracorpórea homologa, se da cuando la fecundación se realiza con el semen y óvulo de la pareja; la fecundación extracorpórea heteróloga, se da cuando la fecundación se lleva a cabo con el óvulo o semen de un tercero anónimo (Mosquera, 1997).

### 1.2.3 PROCEDIMIENTO

El procedimiento o también denominado ciclo se inicia con la estimulación ovárica en la mujer, pues se requiere de óvulos maduros para que puedan ser fecundados. Se administra medicamentos que contienen hormonas inductoras de la ovulación por 14 días, Gonzales (1991) señala que se utiliza “el citrato de clomífero, gonadotrofina menopáusica humana y gonadotropina coránica” (p. 180).



Para obtener el óvulo se puede realizar a través de la laparotomía, laparoscopia o ecografía transvaginal. El Dr. Velit, M (Productor) (2018) a través de su transmisión llevada a cabo en la red social Facebook, utiliza el ecógrafo, contándonos de la siguiente manera cómo es que extrae el óvulo:

Se inicia con la aspiración transvaginal a través del ecógrafo, este instrumento posee una aguja que atraviesa la vagina, llegando a los ovarios (previamente estimulados) para que se realice la aspiración de cada folículo, para un mejor entendimiento el Dr. Velit señala que es como si nos lleváramos la pepita de la uva. Sale un líquido folicular que es recibida por un biólogo, quien comunica que efectivamente se ha recolectado el óvulo, para proseguir con el siguiente folículo,

recolectando ovulo por ovulo. El líquido folicular puede ser de color rojo o totalmente claro, acota que la paciente se encuentra bajo una pequeña sedación.



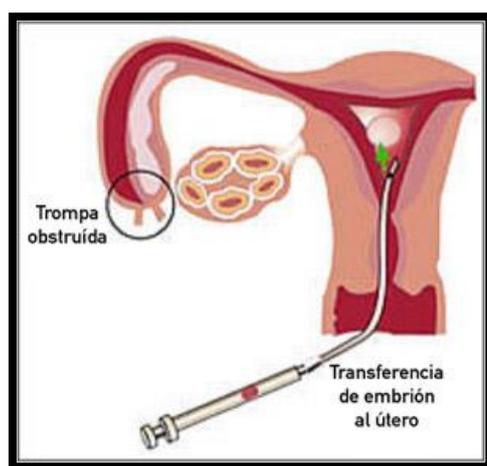
Una vez obtenido el óvulo mediante la punción folicular, en la fecundación *in vitro* se ponen aproximadamente 180 000 espermatozoides que rodean al ovulo y se espera que sea el mejor que logre entrar o escogemos el mejor (si se presenta el caso en que el varón sea quien tenga problemas de infertilidad).



Logramos introducir el espermatozoide dentro del ovulo, inmediatamente se coloca en una incubadora llamada “embryoscope”, el cual tiene la particularidad de ver el desarrollo del embrión durante 5 días, así mismo, permite observar el desarrollo del embrión sin sacarlo de la incubadora, no exponerlo a agentes externos, disminuir el potencial de estrés y elaborar un score que nos permite ver

la calidad del embrión; en resumen, nos muestra al mejor embrión a transferir al útero.

Realizada la fertilización en el laboratorio, se comienza el transporte del embrión por el oviducto en dirección al útero, es necesario que la mujer se encuentre en total relajación, para permitir la implantación del embrión; posteriormente descansa en la clínica para vigilar el inicio del embarazo (Soto, 1990).



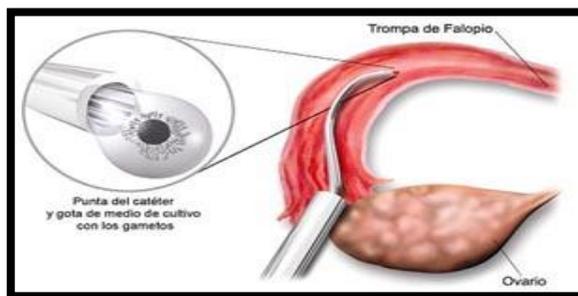
#### 1.2.4 TÉCNICAS

Las técnicas que a continuación se explicarán trabajan conjuntamente con la fecundación *in vitro*.

##### a. Transferencia intratubárica de gametos

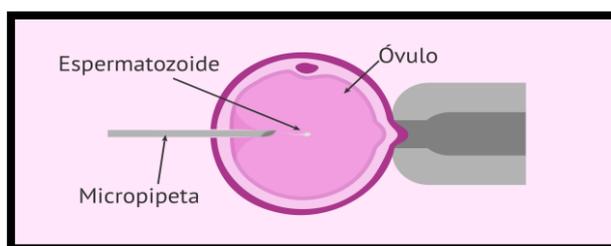
Esta técnica consiste en extraer el óvulo, mediante laparoscopia y el espermatozoide mediante la masturbación; una vez que el médico tiene ambos gametos los introduce y coloca en las trompas de Falopio para que pueda darse la fecundación (Bossert y Zannoni, 2004).

Esta técnica se diferencia de la inseminación artificial; puesto que, en esta última sólo se introduce el espermatozoide para que este siga su recorrido y fecunde, sin ayuda, al óvulo.



b. Inyección intercitoplasmática de espermatozoide

Esta técnica consiste en inyectar directamente al óvulo el mejor espermatozoide, esto se pone en práctica cuando hay problemas de movilidad de los gametos masculinos o cuando no hay muchos (azoospermia).



### 1.3 DERIVACIONES JURÍDICAS DE LA FECUNDACIÓN *IN VITRO*

#### 1.3.1 EUGENESIA PREEMBRIONARIA

a. Antecedentes

Postigo y Diaz (2016) nos narran los antecedentes de lo que actualmente conocemos como “eugenesia preembrionaria o embrionaria”. Luego de acontecida la Segunda Guerra Mundial, se realizaban las prácticas eugenésicas en dos sentidos: uno era mediante el control de la capacidad de engendrar, limitando la reproducción de las personas portadoras de enfermedades genéticas a través de prohibiciones o esterilizaciones preventivas. Otro era, el control de natalidad mediante medidas eugenésicas clásicas como abortos e infanticidios.

En ese sentido, actualmente hablamos de una “nueva eugenesia”, en la cual ya no se seleccionan las personas capaces de procrear, sino los embriones antes de su implantación en el útero de la madre.

#### b. Definición

En la actualidad, aunque muchos de nosotros no hemos tenido acceso a la información sobre los grandes avances referente a la eugenesia embrionaria, este ha sido una evolución sigilosa y, por ende, poco regulada legislativamente. En ese sentido, Savulescu (2012) nos explica que: Actualmente es posible seleccionar dentro de una variedad de niños que podemos tener. Lo más frecuente era la selección fetal, mediante las pruebas prenatales y la interrupción del embarazo. Ahora es viable la selección de embriones utilizando la fecundación *in vitro* y el diagnóstico genético preimplantatorio (DGP). Germán (2012) refiere que éste funciona como un “control de calidad” genético por el cual pasa el preembrión para determinar si es considerado como “sano” y consecuentemente determinar su implantación en el útero materno. En la actualidad, no existen pruebas para genes no patológicos, con excepción del sexo. Sin embargo, si se dispusiera de tales pruebas en el futuro, tanto el DGP como las pruebas prenatales podrían utilizarse para seleccionar la descendencia según genes no patológicos. En nuestros tiempos, se realiza selección de sexo en Sidney, Australia. El DGP también facilitará que las parejas realicen la selección, pues tiene menos secuelas psicológicas que las pruebas prenatales y el aborto. Por su parte, Romero (2003) afirma que ciertos procedimientos considerados eugenésicos como “la selección de gametos o embriones”, “la donación de

gametos o embriones” y la investigación genética, generarán la eliminación o reducción de transmisión de enfermedades genéticas o hereditarias.

c. Tipos de eugenesia

Existen dos tipos de Eugenesia, la positiva y la negativa. En este sentido Villarán (2003) considera que la Eugenesia Positiva, es aquella que busca fomentar la procreación de los llamados mejores y Eugenesia Negativa, es la que busca eliminar a los seres calificados como los peores.

*c.1 Eugenesia Positiva:*

Al respecto, Lisker, Zentella y Grether (2013) nos explican que mediante ésta se pretende mejorar la especie humana al impulsar la reproducción de los individuos “mejor dotados desde el punto de vista genético”, esto quiere decir con características que se consideren óptimas y, por ende, dignas de ser perduradas.

*c.2 Eugenesia Negativa:*

Al contrario, de la eugenesia positiva, Lisker, Zentella y Grether (2013) sostienen que mediante esta técnica se pretende disminuir la frecuencia de genes indeseables en una determinada población, evitando la reproducción de individuos que puedan transmitir dichos genes.

Consideramos que la “eugenesia preembrionaria” ha adquirido mayor relevancia en los últimos tiempos debido a la controversia generada sobre la facultad de poder seleccionar los mejores preembriones para ser implantados. Sin embargo, somos de opinión que la eugenesia preembrionaria debe utilizarse prudentemente con la finalidad de descartar enfermedades en futuros embriones, o evitar que ciertas enfermedades

genéticas se sigan propalando. Descartamos la selección preembrionaria por razones de sexo o raza, por razones de estética, moda o discriminación. Cabe advertir, que se suscita una situación distinta cuando se busca la selección del sexo por motivo de evitar enfermedades hereditarias presentadas en un determinado género.

d. Diagnóstico Genético Preimplantacional (DGP)

Es una herramienta novedosa que, siendo usada dentro de los límites éticos, generará beneficios para la humanidad, siempre y cuando no se llegue al extremo de la eugenesia preembrionaria por razones cosméticas. Germán (2012) denomina así al proceso de análisis de los embriones humanos (preembriones) generados por la aplicación de las técnicas de fecundación *in vitro*, el cual tiene como finalidad seleccionar los preembriones “sanos” para su posterior implantación, descartando aquellos que presenten mutaciones o anomalías cromosómicas que puedan conllevar al desarrollo de una enfermedad. En el Derecho Comparado tenemos distintas posiciones. Por ejemplo, en la legislación española se encuentra regulado mediante el artículo 12 de la Ley N° 14/2006; Romeo (2003) nos explica que esta herramienta se encuentra autorizada con la finalidad de descartar enfermedades hereditarias graves, de aparición precoz y de difícil tratamiento curativo; y para detectar otras alteraciones que puedan comprometer su viabilidad. Por otro lado, tenemos la legislación italiana que permitía el uso de esta herramienta solo en casos específicos, dejando en desprotección a ciertas parejas como se detallará más adelante en el caso: Costa y Pavan vs. Italia.

*d.1 Casuística: Costa y Pavan vs. Italia: acceso a Diagnóstico Genético Preimplantacional*

El presente caso es analizado por Farnós (2016) sobre el Asunto 54270/10, Sec. 2a del 28 de agosto de 2012 resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Este caso versa sobre los esposos Costa y Pavan, una pareja heterosexual italiana quienes eran “portadores sanos” de fibrosis quística, lo cual advirtieron luego del nacimiento de su primogénito, quien había nacido portando esta enfermedad genética. En este sentido, con la finalidad de que sus demás descendientes no adquirieran la mencionada enfermedad, esta pareja buscaba acceder a la fecundación *in vitro*, previa realización del Diagnóstico Genético Preimplantacional, lo cual les permitiría seleccionar un preembrión “sano” para posteriormente ser implantado en la mujer. Sin embargo, en Italia, el acceso a esta técnica instrumental se encontraba permitido exclusivamente a parejas que cumplieran con los criterios objetivos de acceso a las Técnicas de Reproducción Asistida, esto era, solo para parejas estériles o infértiles, tal y como se encuentra tipificado en el art. 1 y 4.1 Legge 19 febbraio 2004, n. 40.

Frente a tal prohibición, se genera la situación de que al no poder realizarse la fecundación *in vitro* ni el Diagnóstico Genético Preimplantacional, se tendrá que proceder a realizar un embarazo de forma natural y esperar para practicarse un diagnóstico prenatal, y al determinarse que el embrión es portador de una enfermedad genética, poder proceder a un aborto para evitar concebir un niño con una dolorosa enfermedad.

En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) se sustenta en un *juicio de coherencia externa* de la prohibición del DGP en la ley italiana, debido a que esta misma permite la interrupción voluntaria del embarazo en condiciones similares. Por tanto, el Tribunal considera que el Estado Italiano no debe excederse en su intervención en la vida privada y familiar de las parejas y ordena a Italia a pagar a los recurrentes, la suma de € 17.500 por daños y perjuicios y costas judiciales, por la prohibición que existe en su legislación al acceso a las Técnicas de Reproducción Asistida y al Diagnóstico Genético Preimplantacional "para concebir un hijo que no se encuentre afectado por una enfermedad genética en particular".

### 1.3.2 DESTINO DE LOS PREEMBRIONES SUPERNUMERARIOS

En el proceso de fecundación *in vitro*, ineludiblemente se generan preembriones supernumerarios, es decir, preembriones también denominados “sobrantes” o “residuales”; sin embargo, es de aclarar que esta situación más que un error científico es generado debido a que no es posible la implantación de todos los preembriones “exitosos” en útero de la madre, por más que cuenten con las características necesarias para augurar un embarazo. Esto se debe a que: a) los preembriones no hayan logrado desarrollarse con éxito o no reúnan las condiciones óptimas para ser implantados, b) no sea recomendable implantar más de tres preembriones con el fin de salvaguardar la vida de la madre gestante o de los futuros embriones, c) se pretendan crioconservar los preembriones a fin de ser implantados con posterioridad, d) entre otros.

A criterio de Gonzales (1996) la fecundación *in vitro* produce inevitablemente la creación de preembriones supernumerarios. Por tanto, la pregunta que surge es

cuál sería el destino de estos preembriones. Para el presente autor, los destinos más comunes y que han sido adoptados jurídicamente en distintas legislaciones son: la donación, crioconservación, la donación con fines de investigación y la eliminación. En este sentido, Miranda (1998) considera que la solución que genera menos problemas es la donación del preembrión a otra pareja que lo necesite, sin embargo, reflexiona que esto no garantiza que todos los preembriones supernumerarios encuentren una pareja destinataria. Además, existe la posibilidad que los progenitores de dichos preembriones no consientan tal destino. Asimismo, Espinoza (2012) es de la opinión que los preembriones supernumerarios son sujetos de derecho y por tanto es deber del Estado realizar los esfuerzos necesarios para concretar su donación a parejas o mujeres solteras estériles que requieran de ellos para lograr un embarazo. Además, considera que destinarlo a la investigación científica, desnaturaliza y contraviene la finalidad por la cual fueron concebidos.

#### a. Crioconservación

La crioconservación o congelamiento de preembriones es el destino que ofrecen actualmente los centros de fertilización en nuestro país. Mediante este método, se congelan algunos preembriones a efectos de ser utilizados en el futuro; ya sea que, en el primer intento de fecundar a la madre no se ocasionara un embarazo exitoso, o en el caso de que se quisiera prevenir algún futuro riesgo de esterilidad por parte de la mujer o el varón (Fernández, 1995). A manera de antecedentes, Miranda (1998) indica que en Australia en 1984 se logró el congelamiento de preembriones y que, a finales de 1985, se logró el congelamiento de óvulos, lo que permitía no

solo establecer un banco de gametos masculinos sino también de los femeninos. En palabras de Gonzales (1996) debido a la necesaria superovulación dentro de la aplicación de las técnicas de fecundación *in vitro*, se tuvo que desarrollar una forma de crioconservación de preembriones excedentes o supernumerarios. Por su parte, Fernández (1995) agrega que es necesario aclarar que el “descongelamiento” de preembriones no produce malformaciones ni perjudica en el desarrollo del futuro ser humano. Así mismo, señala que aproximadamente el 70% de preembriones sobrevive al descongelamiento.

Con respecto a este primer destino, consideramos que la crioconservación es la opción más utilizada por los centros de fertilización alrededor del mundo, por considerarse menos nociva para el preembrión y la que conlleva menos consecuencias jurídicas. Sin embargo, parte de la doctrina tiene como crítica que, el también llamado congelamiento de preembriones, vulnera el derecho a la dignidad humana de los embriones por considerar que suspende el desarrollo de su vida y lo somete a la incertidumbre de ser implantado o desechado. En este sentido, cabría preguntarse si los preembriones son titulares del derecho a la dignidad humana, cuya abstracción es propia de los seres humanos. En nuestra opinión, consideramos que no existe vulneración del derecho a la dignidad humana de los preembriones que son sometidos a las técnicas de congelamiento o crioconservación. Por nuestra parte, somos de posición que este destino debería ser regulado por nuestro ordenamiento jurídico, estableciendo un consentimiento previo debidamente informado por parte de la pareja beneficiaria, así mismo, debería establecerse un plazo

máximo de congelamiento, y fijarse un destino alternativo en caso de consecuente muerte o separación de los progenitores de dichos preembriones crioconservados.

b. Embriodonación

Se suscita cuando una pareja destina su preembrión supernumerario (sobrante) a otra, donde el problema de infertilidad es padecido por ambas personas. Con respecto a ello, Varsi (2013) nos explica que en esta situación “la mujer ni genera óvulos ni puede gestar (...) y el hombre es infértil por lo que deben buscar un cedente de esperma y una mujer que permita ser fecundada y termine el proceso de gestación” (p.265). Por otro lado, existe parte de la doctrina, que no respalda este tipo de prácticas por considerarlas inhumanas. En ese sentido, Valverde (2001) opina que decidir sobre la implantación o no de los preembriones es una muestra de deshumanización, pues estos utilizan al ser humano como un medio, y no como un fin en sí mismo, tomando decisiones sobre la dación de vida de un ser humano y sometiéndolo a un congelamiento que podría generarle daños.

Con respecto a este destino que se les otorga a los preembriones supernumerarios, podríamos decir que es el destino más viable debido a que no vulneraría el supuesto “derecho a la vida” como se alega en el desecho de preembriones, ni se vulneraría el supuesto “derecho a la dignidad humana” que se alega en la crioconservación o experimentación. Sin embargo, parte de la doctrina también lo cuestiona por la renuncia a la paternidad que realizan los padres biológicos al momento de donar sus preembriones. Asimismo, el denominado “anonimato de donantes”, también

es cuestionado considerando que este destino vulnera el supuesto derecho a la identidad biológica que tienen los futuros hijos.

Sobre el derecho a la identidad biológica, Espinoza (2002) nos sustenta que esta peculiaridad tendrá sus limitaciones con respecto a personas ajenas a la relación padre/madre e hijo. Esto quiere decir que, si bien es posible establecer el anonimato de los donantes de preembriones, también se ha creído conveniente en que es necesario proteger el derecho a la identidad biológica de los seres concebidos por medio de esta técnica y por tanto el ser concebido debe tener derecho a acceder a dicha información. Alguna parte de la doctrina incluso ha considerado que solo deberían darse a conocer los datos con respecto al historial clínico de los cedentes, -sin proporcionarse la identidad personal. Si bien el anonimato de los cedentes de preembriones, constituye una garantía para los donantes y para los padres, esto no podría sobreponerse al deseo de conocer la identidad biológica; por tanto, se deberá ver reforzado por el **principio de no vinculación jurídica** entre los donantes (aunque se conozca su identidad) y los nacidos bajo las técnicas de reproducción asistida heteróloga. Es decir que, no se adquiere ninguna relación jurídico – parental con el nacido y se renuncian a los derechos paternales de los padres biológicos, los cuales no podrán ser reclamados posteriormente aun conociéndose la identidad del donante. Espinoza (2012) también nos menciona que, entre los lineamientos a tenerse en cuenta para un proyecto de ley, se debe considerar que los donantes deben conocer el destino de los mismos, estableciéndose consecuencias jurídicas (civiles y penales) en caso de incumplimiento.

e. Desecho o eliminación

Este destino es uno de los más controvertidos en la doctrina, por considerarse incluso que atenta contra el “derecho a la vida de los preembriones”. Algunos han utilizado el término “*embrionicidio*” y otros, lo han equiparado al delito de aborto. En este sentido, Gonzales (1996) se pregunta si los preembriones supernumerarios (es decir los que no fueron implantados porque no resistieron a la manipulación previa o porque ya se realizó la implantación exitosamente y se quieren evitar embarazos múltiples) pueden ser desechados. ¿Existe algún tipo penal que proteja algún bien jurídico en específico? Por otro lado, Fernández (1995) se cuestiona sobre el destino de los preembriones: ¿Deben ser congelados, desechados o implantados en otras mujeres por medio de la embriodonación?

*c.1 Delito de aborto*

En opinión a este punto, Gonzales (1996) citando a Zannoni señala que se ha generado una nueva forma de aborto que consiste en el desecho de preembriones supernumerarios (viables a la implantación) cuando aún se encuentran fuera del seno materno. En atención a ello, es necesario aclarar que parte de la doctrina ha llegado a considerar que el desecho de preembriones podría tipificarse como delito de aborto, por considerar que se estaría interrumpiendo el proceso normal de embarazo al evitarse su implantación en el claustro materno. A opinión de Soto (1990) se puede entender que la vida intrauterina se encuentra protegida a partir del momento de la anidación (etapa embrionaria). Menciona como ejemplo que

algunos anticonceptivos, como los dispositivos intrauterinos, impiden la implantación del óvulo fecundado en la matriz y otros, inhiben la ovulación o evitan que el semen penetre la cavidad uterina. Por tanto, si consideramos que el desecho o eliminación del óvulo fecundado *intra corpore* se constituye típicamente como aborto, se debería decir que ciertos métodos anticonceptivos, en realidad son técnicas abortivas. Con respecto a ello, Gonzales (1996) citando a Muñoz considera que la concepción no está referida a la fecundación del óvulo sino a la implantación de este producto en la pared uterina. Por tanto, en referencia al aborto, considera que la destrucción de embriones en el seno materno requiere una acción positiva y un dolo específico; y el desecho de preembriones supernumerarios conlleva que la vida producida en un laboratorio se extinga por abandono o por omisión al auxilio. Siguiendo esta línea de ideas, Soto (1990) citando a Hurtado precisa que no son punibles los procedimientos que inhiban la fecundación ni las que lo realicen mediante medicamentos, inyección de hormonas u otros. Por tanto, este autor concluye que lo anteriormente mencionado no quiere decir que en la etapa preimplantatoria no exista vida, sino que resulta necesaria una regulación con respecto al *status jurídico* de los preembriones, ya sea denominado cigoto, embrión de laboratorio o preembrión.

En este sentido, somos de opinión que mediante el desecho de preembriones no se estaría realizando un aborto ni vulnerando el derecho a la vida de los preembriones, debido a que consideramos que estos adquieren su *status jurídico* de persona a partir de la anidación en el útero materno y que antes

de este momento, requerirá de una protección jurídica especial, sin perjuicio de poder disponer su desecho o eliminación.

d. Objeto de investigación científica

Otro de los posibles destinos que podrían tener los preembriones supernumerarios es el de ser objeto de investigación científica. La crítica con respecto a este punto, está referido a los límites éticos que debe tener la ciencia con respecto a la investigación en preembriones. Nuevamente la pregunta sería si los preembriones pueden ser objeto de investigación científica sin que se vulnerase su derecho a la dignidad humana (de ser considerado persona). A opinión de Romeo (2003) considera que, si bien la investigación científica genera beneficios comprobados, es evidente también que requerirá de una cierta vigilancia y regulación para evitar que esto conlleve manipulaciones que desencadenen posteriores malformaciones, y evitar la provocación de embarazos y abortos con el fin de investigar al preembrión o la utilización de sus tejidos. Considera también que, en algunos casos, los progenitores pueden brindar el consentimiento de que sus preembriones supernumerarios sean objeto de investigación científica, a cambio de una contraprestación económica. A opinión de Espinoza (2012) señala que el 22 de enero del 2001 la Cámara de los Lores del Reino Unido aprobó la clonación de preembriones (con menos de 14 días) para la investigación con fines terapéuticos. Sin embargo, es de aclarar que “La clonación con fines terapéuticos no difiere de la clonación *tout court*, por cuanto en ambas se está manipulando y funcionalizando la vida humana en beneficio de otras personas” (p.103). En este sentido el autor considera que

se buscar la creación de “materia prima” de tejidos en beneficio de otros. De esta forma se estarían contraponiendo “el deber social de respetar y proteger la vida humana naciente” y “el interés de la sociedad y de las futuras generaciones, de beneficiarse de avances científicos que podrían evitar la muerte de muchas personas”.

Por su parte, Gafo (1993) concluye que si bien existen ventajas comprobadas con respecto a la investigación genética en preembriones se requieren el debido control y regulación sobre estas prácticas con la finalidad de evitar riesgos y manipulaciones en el “feto vivo” durante la etapa de gestación, evitando que se puedan generar malformaciones o abortos. También debe ejercerse un control a fin de evitar que se utilice el preembrión o sus tejidos para fines de investigación pudiendo incluso establecer acuerdos contractuales con los padres genéticos a cambio de una contraprestación.

### 1.3.3 CLONACIÓN Y OTROS TIPOS DE MANIPULACIÓN GENÉTICA

Con respecto al presente punto, Villarán (2003) define a la manipulación genética como el proceso “en virtud del cual un vector o molécula con información genética puede ser transmitida de una célula o un organismo a otra y mediante ello modificar características del sistema receptor (...)” (p. 47). Es decir, pretende modificar una característica en otro organismo.

Entre otros tipos de manipulación genética, tenemos a la “clonación terapéutica”. Savulescu (2012) nos explica que existen posiciones controvertidas con respecto a este tipo de clonación, en el sentido de que algunos la consideran permisible, a diferencia de la “clonación reproductiva”. En palabras del autor “si se permite la

clonación terapéutica, se puede tomar una célula de la piel y clonarla para producir un embrión que sería sacrificado para tratar la enfermedad del donante” (p. 95).

En palabras de Espinoza (2012), realiza una importante acotación con respecto a las técnicas de reproducción asistida pues expresa que el fin de una inseminación o una fecundación artificial es concretar el anhelo de toda persona a realizarse como padre o madre negando que el fin pueda ser investigar o experimentar con una “vida humana” aun cuando se haya realizado extrauterinamente. Así también Bossert y Zannoni (2004) opinan que si bien la fecundación *in vitro* ofrece resolver problemas de infertilidad debe tenerse en cuenta los límites establecidos por la ética como son la manipulación de preembriones para modificar características genéticas señalando que estas manipulaciones podrían proceder siempre que tenga como finalidad eliminar enfermedades congénitas. En este sentido, coincidimos con lo manifestado con los autores precitados, pues consideramos que es un derecho de cualquier persona acceder a las técnicas de reproducción asistida como tratamiento de su infertilidad, lo cual no debe conllevar a un abuso del derecho que permita a cierta parte de la comunidad científica realizar procedimientos de clonación u otros tipos de manipulación genética. Por ello, mediante la elaboración de esta tesis buscamos diseñar una propuesta legislativa a fin de regular este tipo de prácticas.

#### 1.3.4 FECUNDACIÓN *POST MORTEM*

Es aquella realizada cuando los portadores de la carga genética de un preembrión ya hubieren fallecido y se dispone la implantación en un tercero. Puede darse el caso, en que uno de los cónyuges murió y el cónyuge supérstite con la finalidad de

cumplir lo dispuesto en vida por su pareja, dispone la continuación del proceso de implantación del preembrión. Corral (2005) advierte que debe tenerse en cuenta que la aplicación de esta técnica podría conllevar resultados alarmantes como el llamado “salto generacional” que significaría la gestación de un niño cuyos gametos originales provienen de una persona fallecida varias generaciones antes. Además, precisa que, en este caso no se busca subsanar ni remediar ninguna esterilidad. Asimismo, Espinoza (2012) es de opinión que sería conveniente discutir sobre la necesidad de regular las técnicas de reproducción asistida *post mortem*, considerando que en salvaguarda del mejor interés del niño se le debería asegurar (en la medida de lo posible) un padre y una madre. Además, menciona que cierta parte de la doctrina rechaza este tipo de técnicas porque considera que los deseos de las personas no deben ser fuente de derechos y el niño no debe ser objeto de ello.

En este sentido, consideramos que la fecundación *post mortem* también requiere de una adecuada regulación en nuestro ordenamiento jurídico, debido a que se han generado muchos vacíos legales en torno al destino que tendrán los preembriones supernumerarios en caso deviniera la muerte de uno o ambos padres beneficiarios. Somos de opinión que esta deberá estar regulada en sentido de que la pareja deberá prestar su consentimiento expreso de implantar sus preembriones supernumerarios en caso de suscitarse la muerte de alguno de ellos, además se deberá establecer un plazo máximo de implantación luego de suscitarse la muerte de uno de los cónyuges a fin de evitar el salto generacional.

## **CAPITULO II: EL *STATUS JURÍDICO* DEL PREEMBRIÓN Y LAS TEORÍAS DEL INICIO DE LA VIDA**

## 2.1. TEORÍAS DEL INICIO DE LA VIDA HUMANA

Conocer desde qué etapa embrionaria comienza la vida es de suma importancia, puesto que, es uno de los fundamentos para determinar la procedencia y licitud de las prácticas de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida y con ello la justificación el destino de los preembriones sobrantes en la aplicación de la fecundación *in vitro* como la embriodonación, crioconservación, desecho embrionario y la utilización del preembrión para estudios científicos. Anexado a ello; también, porque el inicio de la vida implica desde que momento considera como concebido el ordenamiento jurídico peruano, otorgándole derechos para todo cuanto le favorece, como se verá más adelante del presente trabajo.

Definir el inicio de la vida es sumamente complejo e impreciso, puesto que no hay unicidad en criterios para determinar desde que estadio se considera un ser viviente; por ello, nos basaremos desde el punto de vista de la biología, como ciencia que estudia a los seres vivos, así mismo recogeremos algunos aportes de la bioética, por ser una rama de la ética que regula la conducta del hombre con respecto a la vida.

Presentamos tres teorías que tratan de explicar el inicio de la vida basándose en las etapas de desarrollo biológico del embrión.

### 2.1.1. TEORÍA DE LA FECUNDACIÓN

Para comprender con mayor claridad la teoría en mención, es necesario conocer a qué nos referimos con fecundación y las fases que comprenden.

Se denomina fecundación al proceso en el que se unen el gameto masculino con el gameto femenino, llegándose a formar el cigoto, comprende los cinco primeros días.

Este proceso se inicia con la penetración del espermatozoide en la corona radiante del óvulo, posteriormente la introducción en la zona pelúcida, la cual reacciona impidiendo el paso de otros espermatozoides, inmediatamente hace contacto con la membrana vitelina fusionándose ambas membranas celulares; acto seguido el espermatozoide hace contacto con el citoplasma del óvulo, suceso en el que se desprende de su cola, es en este momento en el que los cromosomas se unen formando el nuevo material genético, para dar paso a las consecuentes divisiones celulares.

A la teoría de la fecundación también se le conoce como teoría del genotipo; esta posición sustenta que la vida humana se inicia con la fecundación del óvulo por el espermatozoide, en la cual surge un individuo genéticamente distinto a sus padres que se irá desarrollando al paso del tiempo (Martínez, 1994).

De la definición citada por Martínez entendemos que se considera al cigoto como un ser dotado de vida, puesto que es un individuo genéticamente distinto a sus padres, lo cual entendemos a razón de Javier (2011) que en la genética del cigoto se encuentra presente sus características biológicas como el color de su piel, el color y tipo de cabello que tendrá, entre otros rasgos de su fenotipo; es decir, nos explica que el cigoto ha recogido información genética de sus progenitores pero que lo ha convertido en una nueva, lo que denomina como un ser biológicamente único e irrepetible.

Uno de los juristas peruanos que ha estudiado la teoría en mención es Varsi, quién cita a Jerome Lejeune para explicar el inicio de vida de una persona.

Si quisiera poner un límite al momento en que empieza el ser humano, no veo más que uno solo, dado por la ciencia actual y es el siguiente: Si se admite la

definición genética del ser humano, decimos que un ser humano empieza cuando está reunida toda la información necesaria y suficiente para definir este ser humano, y sabemos que esta información está reunida en el momento de la penetración de la cabeza del espermatozoide, que cierra la zona pelúcida volviéndose hermenéutica a toda penetración de una formación genética ulterior (Varsi, 2013, p. 540).

Velayos y Santamaría (1996), también son partidarios de la teoría de la fecundación como inicio de la vida humana, sostienen que “la vida es el dinamismo biológico que posee todo ser vivo, el cual empieza con la unión del gameto masculino (espermatozoide) y el gameto femenino (ovulo).

Como se puede notar esta teoría resalta la individualidad genética como inicio de la vida, sosteniendo que se considera ser viviente cuando posee su propio código genético. Ugarte (2004) resalta que el código genético vendría a ser una especie de plano para el desarrollo del ser en potencia: “Se ha demostrado que en el código genético se encuentra programado totalmente el nuevo ser. El genoma es responsable de todo su desarrollo cualitativo, llamado morfogénesis, y de todo su desarrollo cuantitativo” (p.3).

Agrega Guzmán (2012) que el cigoto es la primera realidad biológica de la vida de una especie determinada y las fases de su desarrollo son sucesivas sin solución de continuidad; es decir, el cigoto mantiene en su carga genética la potencia para desarrollarse en el útero materno.

Espinoza (2012) también sigue esta teoría, pues considera que el embrión tiene vida desde el momento de la unión de los gametos femenino y masculino, y por ello, merece protección y respeto.

Si bien esta teoría se ampara en señalar que hay vida desde la fusión de los gametos femeninos y masculinos, pues adquieren individualidad genética; es cierto también que la fusión o fisión celular continua hasta antes que se implante el cigoto en el útero materno, por tanto, no podemos hablar de individualidad en el preembrión. Así mismo, si bien se sustenta que el blastocisto es ya un ser en potencia, es menester tener en cuenta que un blastocisto sino llega a implantarse en el útero materno su desarrollo sería imposible; por lo que no estamos hablando de vida humana.

### 2.1.2. TEORÍA DE LA ANIDACIÓN

Esta teoría sostiene que la vida inicia a partir de la implantación del blastocisto en el útero materno.

Después que el óvulo fecundado ha recorrido la trompa de Falopio y en simultáneo haber realizado mitosis llegándose a convertir en blastocisto se produce la anidación. La anidación también es un proceso, inicia a partir del séptimo día de ser fecundado el óvulo, el blastocisto empieza a adherirse al endometrio por medio de la *villi* secretando la hormona denominada gonadotrofina coriónica humana, mediante la presencia de esta hormona el cuerpo de la mujer detecta el embarazo preparándose inmediatamente para albergar dar vida al nuevo ser.

En esta segunda Teoría, Cubillos (2013) citando a Coccus nos refiere que el inicio de la concepción surge en el instante en que el embrión humano se implanta en la pared interna del útero, fenómeno que culmina alrededor de los catorce días posteriores a la fusión de los núcleos de los gametos, se produce un hito

embriológico importante: la diferenciación de sus células y tejidos, por lo que recién, en ese momento, puede considerarse que se da inicio a la existencia individualizada del ser humano. Esta teoría coincide con la diferenciación de conceptos de embrión y preembrión que realiza Espinoza. Es importante señalar que la OMS, se fundamenta en esta teoría para conceptualizar el inicio de la vida.

Varsi (2013) sostiene que el cigoto antes de la implantación puede fisionarse, fusionarse o ser expulsado, estos fenómenos afectan la individualización del ser humano entendido como ser único y ser sólo uno.

Como quiera que hasta el décimo cuarto día se pueden formar gemelos monocigóticos (genéticamente idénticos, producto de la fisión de un cigoto) o de quimeras (individuos precedentes de dos fecundaciones distintas, por fusión de los cigotos), que contradicen los principios de unicidad y unidad (teoría de la individuación), respectivamente, es entonces con la anidación cuando está definitivamente individualizado el ser humano (p. 542).

Martínez (1994) sostiene que, con la posibilidad de generarse gemelos monocigóticos, que son aquellos que presentan un mismo genotipo y su separación ocurre al momento de la implantación, le da más validez a la teoría de la anidación puesto que “recién podemos hablar de un ser humano cuando nos encontramos frente a una realidad que revista simultáneamente las características de unicidad (calidad de ser único) y de unidad (ser uno solo)” (p. 80).

Esta postura hace alusión a la existencia de una suerte de selección natural en el periodo comprendido entre la fecundación y la anidación, de la que resulta que solo el 50% de los cigotos se adhieren al útero materno, perdiéndose los restantes.

Crisanto, sostiene que el blastocisto antes de implantarse en el útero materno es un conjunto de células que por ningún motivo debe ser considerado como vida humana, puesto que aún no ha concluido con su desarrollo.

Barretto & Uhry (2017) nos explica que el determinar el inicio de la vida humana es complicado ya que existen diversas perspectivas como religiosas, filosóficas, biológicas, sociales que argumentan a su favor el inicio de la vida humana; por ello nos muestra como el luteranismo y comunidades indígenas y los gitanos consideraban que la vida inicia con la anidación del blastocisto en el útero materno:

El luteranismo acepta el criterio de la concepción, pero considera fundamental la nidación del embrión en el útero para caracterizar plenamente el inicio de la vida. Los gitanos y los indígenas kaigang y guaraní entienden que el marco inicial ocurre cuando la gestación es percibida.

A la teoría desarrollada nos acogemos; puesto que a partir de la anidación estamos frente a un ser humano que ya ha desarrollado las características de unicidad y único, que a través de su implantación en la cavidad uterina se encuentra listo para seguir su desarrollo, obteniendo nutrientes de la madre; de lo contrario al no ser implantado o haberse implantado en las trompas de Falopio, el preembrión nunca llegará a ser un futuro bebé. Así mismo, es en esta etapa en que se puede detectar el embarazo, dándose paso a su protección y tratamiento espacial, en salvaguarda de su vida y la del embrión; hay que tener en cuenta que a partir de la anidación el preembrión pasa a ser un embrión.

### 2.1.3. TEORÍA DE LA ACTIVIDAD CEREBRAL O DE LA FORMACIÓN DE LOS RUDIMENTOS DEL SISTEMA NERVIOSO CENTRAL.

Esta teoría se centra en la deducción que el deceso de un individuo se da cuando el cerebro deja de funcionar; por ello el inicio de la vida surge cuando hay señales de actividad cerebral. “Solo se afirma la existencia de la persona cuando existen evidencias suficientes de que el individuo humano está en capacidad próxima de sentir, sufrir o pensar” (Serani, 1997, p.1068). Por ello se dice que se habla de persona cuando el embrión ha desarrollado el sistema nervioso; es decir, hay la presencia del encéfalo.

Martínez (1994), explica esta teoría sosteniendo que la vida humana comienza con la aparición de los impulsos cerebrales:

La actividad eléctrica del cerebro comienza a ser registrable a las 8 semanas, lo que ha llevado a algunos adherentes a la teoría de la formación del sistema nervioso central a sostener que recién con la emisión de impulsos eléctricos cerebrales verificables puede estimarse que se ha iniciado la vida específicamente humana (p. 85).

Varsi (2013) agrega sosteniendo que los partidarios de esta corriente sustentan que el hecho de que el feto cuenta ya con una individualidad mental y una inteligencia potencial que lo hace acreedor de considerársele un ser humano en formación. Bernard, citado por Barretto & Uhry (2017) alega que “el embrión es lo que se podría llamar una persona potencial, al menos a partir del momento en que se convirtió en un individuo verdadero, es decir, a partir de la aparición de la línea primitivo” (p.201).

#### 2.1.4. POSICIÓN DE LA IGLESIA CATÓLICA.

La iglesia católica se adhiere a la teoría de la fecundación como momento en que inicia la vida humana; pues sostiene que desde el instante que se unen los gametos femeninos y masculinos, en el acto sexual, se ha formado un nuevo ser dotado de patrimonio genético, por ello repudia cualquier práctica en la que se manipulen los embriones humanos. Considera que el embrión merece total defensa, tan igual como lo merece un niño nacido o una persona adulta.

Martínez (1994) nos explica la teoría de la animación retardada, que marca el inicio del ser humano como persona; esta teoría señala que hay dos instantes en el ser humano, primero la concepción del nuevo ser humano ligado a la actividad sexual de los progenitores, y segundo el de la animación, esto es, la dación del alma por el creador que se daba después de iniciada la gestación. Cita el fundamento extraídos de la biblia, del libro de Génesis, del antiguo testamento, relata la creación del hombre como dos momentos diferentes; el primero se forma con barro el cuerpo y luego Dios le da el aliento de vida.

Es decir, primero se crea el cuerpo y posteriormente se dota del espíritu, lo que se conoció como alma, para que sea considerado persona. Santo Tomás de Aquino consideraba que la animación se daba a los 40 días en el caso de fetos masculinos y 80 días en el caso de fetos femeninos.

Esto nos conlleva a la deducción que, si bien la iglesia protege en su totalidad a la persona desde su concepción, en la época medieval, quizá de manera inconsciente, y a la misma vez se negaba la teoría de la fecundación, ya que sostenías que aún no era persona hasta que se les dote de alma.

## 2.2. EL STATUS BIOLÓGICO DEL PREEMBRIÓN

En este punto, abarcaremos el proceso de desarrollo del preembrión, desde sus primeras horas a partir de la fecundación, hasta la aparición de la línea primitiva. Gonzales (1996) distingue tres fases del desarrollo embrionario, entre la fecundación y el nacimiento: preembrión, embrión y feto. La primera fase (preembrión) es producida por la fusión entre los gametos y tiene una duración aproximada de 14 días, hasta su implantación en el útero. La segunda fase (embrión) comprende desde el momento posterior a la implantación hasta dos meses y medio después. La tercera fase (feto) presenta a un embrión con apariencia humana, preparándose para su viabilidad y autonomía después del nacimiento.

En primer lugar, explicaremos lo referido al **período preembrionario**. En este sentido, podemos decir que abarca desde el momento de la fusión de los gametos hasta el día 14. Asimismo, Smith, William y Treagold (1985) señalan que esta fase “incluye segmentación, formación del blastocisto, formación de las membranas extraembrionarias y del embrión anterior a la etapa de *somites*” (p.65).

### 2.2.1 DESARROLLO

En este orden de ideas, Fernández (1995) desarrolla un esquema de formación del ser humano:

- 1) Se fusiona el ovocito y el espermio, generándose una **célula diploide**, la cual tiene la capacidad de subdividirse.

Curtis y Bernis (1993) nos explican que esta fusión trae consigo los siguientes resultados: a) Cambios en la capa externa del ovocito que impide la entrada de más espermatozoides. b) Activación metabólica del óvulo. c) Adhesión de la carga genética del padre. d) Ocurren las primeras divisiones

2) Comienza la división celular en 2, 4, 8 y 16.

Curtis y Bernis (1993) señalan que en las primeras 36 horas, el huevo se divide en dos células; a las 60 horas, se divide en cuatro células y a los tres días, se divide en ocho células.

3) Aparece la **mórula** y después la **blástula**.

4) Cuando se encuentra en estado de **blastocisto**, adquiere la capacidad de poder anidarse, lo cual solo puede llevarse a cabo en el útero.

Curtis y Bernis (1993) señalan cuando el preembrión empieza a implantarse o penetrar el endometrio, es rodeado por vasos sanguíneos rotos y por la sangre se llena de nutrientes.

5) A los 15 y 25 días comienza la actividad cerebral.

6) A los 30 días comienza el sistema nervioso y el inicio cerebral.

7) A los tres meses se genera la corteza cerebral.

A opinión de Gonzales (1996) considera que biológicamente, el preembrión es más que un conglomerado celular, debido a que cuenta con características únicas e irrepetibles; sin embargo, concluye que biológicamente no es un feto ni un niño recién nacido. Además, señala que el problema radica en pretender comparar el término preembrión como persona.

### **2.3. EL STATUS JURÍDICO DEL PREEMBRIÓN**

En primer lugar, es necesario debatir sobre si resulta válido utilizar la palabra “preembrión”. Espinoza (2004) nos explica que dicho término fue utilizado por primera vez en la exposición de motivos de la Ley N° 35/1998 del 22.11.88, sobre técnicas de reproducción asistida en España, donde se señalaba que el “preembrión” es utilizado para denominar al grupo de células generado de la división del óvulo desde el momento

de la fecundación hasta aproximadamente catorce días después, con el momento de la anidación y la aparición de la línea primitiva. Además, refiere que el “embrión” está referido a la etapa en la que se forman los órganos humanos y tiene una duración de dos meses y medio.

Por su parte, Farnós (2011) lo define como aquel óvulo fecundado que aún no ha sido anidado en el seno materno. Aún no ha adquirido la individualidad biológica debido a que aún no ha aparecido la línea primitiva o sistema nervioso central, la cual aparece a partir del día 14° después de la fecundación. El término preembrión obedece a una finalidad lingüística, ya que resulta más práctico que decir “embrión preimplantatorio” o “embrión *in vitro*”.

Asimismo, Fernández (1995) define al preembrión como una “masa de células sin forma humana reconocible; tiene incipientes posibilidades de implantarse y llegar a término, aunque sea transferido al útero. (...) es imposible considerar que tiene el desarrollo de un individuo único, indiferenciado, con vida propia, autónoma y cierta” (p.59). Asimismo, Gonzales (1996) considera que el preembrión es el cigoto en proceso de división. Sin embargo, Espinoza (2012) considera que resulta innecesario utilizar el término preembrión, lo importante es otorgarle tutela jurídica desde su inicio.

En este sentido, si bien el preembrión no es considerado persona y tampoco puede ser equiparado a un objeto, surge la pregunta sobre qué es. En esto coincide Gonzales (1996) al establecer que, frente a la dificultad para definir el *status* jurídico del preembrión, se sostiene que, si bien no podemos afirmar que hablamos de una persona, tampoco podemos referir que estamos frente a una cosa. Farnós (2011) concluye que el preembrión es humano desde el punto de vista biológico, sin embargo, no resulta lógico atribuirle los mismos derechos que una persona por considerarse que aún no ha

alcanzado la individualidad. De ello se entiende que su protección jurídica deberá estar sujeta a límites. Agrega que, desde el punto de vista científico la definición puede cambiar dependiendo del criterio que se tenga en cuenta, pudiendo ser: la fecundación, la anidación, la aparición de la actividad cerebral, identificación sexual o la viabilidad. Sin embargo, debido a la falta de unificación de criterios a nivel científico, la discusión sale de la biología para introducirse en la filosofía.

Desde el punto de vista del profesor Espinoza (2012), uno de los principales problemas radica en conocer cuál será la categoría atribuible y la protección otorgada por nuestro ordenamiento jurídico al “embrión extrauterino”.

En este sentido, debemos mencionar que, a pesar de no existir un acuerdo con respecto a la definición del *status jurídico* del preembrión, existe un consenso referido a la necesidad de su protección. Para poder conocer cuál es el *status jurídico del preembrión*, creemos conveniente primero establecer el inicio de la vida del ser humano, a fin de que a partir de su condición de “concebido” poder considerarlo sujeto de derecho. Bajo esta línea de ideas y analizando las distintas teorías del inicio de la vida humana, somos de opinión que ésta se inicia a raíz de la implantación del cigoto en el útero de la madre (Teoría de la anidación), lo cual sucede a partir del décimo cuarto día desde la fecundación. Por su parte, Gonzales (1996) considera que antes de ese momento no existía individualidad debido a que el cigoto se encontraba en constante división. A este cigoto no implantado, lo denominaremos “preembrión”; en este sentido, tomando como fundamento que la vida humana se inicia con la implantación del cigoto en el claustro materno, podríamos advertir que, a partir de este suceso, se le considerará como embrión y que por tanto como concebido o sujeto de derechos. Es necesario aclarar que esta posición también es adquirida por la Corte Interamericana de Derechos

Humanos a través de la sentencia *Artavia Murillo vs. Costa Rica*, la cual comentaremos a amplitud posteriormente.

Sobre el destino de los preembriones supernumerarios y la posible vulneración del derecho a la vida y a la dignidad humana, somos de opinión que al establecer que un preembrión aún no ha adquirido el *status jurídico* de concebido o de persona, este no puede ser susceptible de derechos o deberes; por tanto, no podríamos hablar de una vulneración al derecho a la vida o a la dignidad humana por no ser titulares de ellos. Sin embargo, como anteriormente hemos mencionado, esto no quiere decir que el preembrión sea equiparado a una cosa o a simple material genético sin protección alguna; por el contrario, somos de opinión que el preembrión requiere de una regulación jurídica especial, la cual establezca límites sobre su tratamiento no permitiendo manipulaciones como la clonación o creación de híbridos. Al respecto, diseñaremos un proyecto de ley que regule sobre los alcances y las limitaciones del destino de los preembriones supernumerarios en las técnicas de fecundación *in vitro*.

## **2.4. EL PREEMBRIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO PERUANO**

### **2.4.1. LA CONSTITUCIÓN**

La Constitución como base del ordenamiento jurídico peruano regula en su primer artículo que el Estado tiene como fin supremo la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad; es decir, que todas las normas que componen el ordenamiento jurídico como las leyes, los decretos, entre otros; también los órganos y miembros del Estado deben basarse en la protección y respeto de la persona humana.

Fernández (2009) sustenta que “El Derecho pretende, a través de su dimensión normativa eliminar, hasta donde ello sea posible, los obstáculos que pudieran

impedir el libre desarrollo del personal “proyecto de vida”, es decir, de lo que la persona desea ser y hacer en su vida” (p. 42).

La vida humana es una serie de hechos que están en constante dinamismo, basado en la libertad de la persona, ser libre es lo que conlleva a siempre proyectarse con respecto a lo que desea ser o alcanzar en los distintos aspectos de su libertad. La realización del proyecto está condicionada por la gama de oportunidades y posibilidades que la persona encuentra en su mundo interior, como unidad psicosomática y en lo que el mundo exterior le puede ofrecer; cuando existe una traba que impide realizar el proyecto de vida, se produce un daño, el cual ataca el núcleo existencial del sujeto, generando que ya nada tenga sentido en su vida, el desconsuelo lo invade generando daños psicológicos, por lo general (Fernández, 1996).

Cabe resaltar que la anterior Constitución de 1979 también consideraba como fin supremo la protección de la persona humana y literalmente lo mencionaba, pues versa de la siguiente manera: La persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado. Todos tienen la obligación de respetarla y protegerla.

Teniendo claro que el fin supremo del Estado es proteger a la persona humana; es decir, protegerla de toda clase de abusos y arbitrariedades que se puedan presentar; nos remitimos al segundo artículo de la Constitución.

La Carta Magna en su segundo artículo nos muestra una gama de derechos fundamentales de los que es titular la persona, los cuales posee por el simple hecho de ser humano; como por ejemplo derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física, a la igualdad ante la ley, a la libertad de conciencia y de religión, al honor y a la buena reputación, entre otros derechos

que se hacen mención. Si bien todos ellos son importantes para el desarrollo de la persona en la sociedad, el derecho a la vida es la base de todo derecho.

Es por ello que en este ítem se analizará el inciso 1) pues regula el derecho a la vida, importante para determinar qué alcances nos da la Constitución con respecto al destino de los preembriones sobrantes de las prácticas de la técnica de fecundación *in vitro* como técnica de Reproducción Asistida.

Toda persona tiene derecho:

A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.

a. Con respecto a la vida.

Sáenz (2010) nos dice que la vida está sumamente ligada con la presencia del ser humano como persona, pues sin la vida no se puede garantizar los demás derechos; el autor en mención nos explica que la vida puede entenderse como un principio y como un derecho.

Como principio, tenemos que la vida es uno de los fundamentos sobre el cuál debe girar el ordenamiento jurídico, esto se entiende que las normas no deben atentar contra la vida de la persona.

Como derecho es un atributo esencial, porque de su reconocimiento depende la realización de otros derechos y libertades.

En conclusión, tenemos que la vida es un atributo inherente al ser humano, que es la base de todo el ordenamiento jurídico peruano, a su vez, del reconocimiento de la vida como derecho parten los demás derechos y

deberes de la persona; de lo afirmado no hay duda alguna ni contradicciones con respecto al tema discutido en el presente trabajo de investigación.

La vida como derecho será analizado más a fondo en el capítulo III de la presente tesis, pero si es sumamente importante estudiar que nos regula la Constitución con respecto a la relación de la figura jurídica del concebido con la protección jurídica que le brinda el ordenamiento peruano.

ii) Con respecto a “El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece”.

Veamos el tratamiento que se daba en el Derecho Romano al Concebido.

Espinoza (2012) sustenta que para el Derecho Romano el concebido no se le podía considerar sujeto de derecho; puesto que no cumplía con los tres requisitos esenciales para ser considerado como persona, los cuales eran el *Status Libertae*, *Status Civitatis* y el *Statu Familiae*. Por aplicación de la teoría del *Portio Mulieris* al concebido se le consideraba como un órgano parte de la madre.

Sin embargo, el derecho Romano le brindó cierta protección al concebido, dentro de lo que se podía en aquella época.

La protección citada se encuentra relacionada con el *Statuts liberte* de los hombres, pues protegía de manera indirecta los derechos personales del concebido. Fonseca (2011) nos explica que “de una mujer esclava, que concebía siendo libre. Es más, basta que la mujer hubiera estado en libertad en cualquier momento de su gestación, para que el concebido tuviera derecho a nacer libre” (p. 166).

En suma, en el Derecho Romano no se atribuía los mismos derechos tanto a la persona como al concebido, pues para los romanos sólo la persona humana cumplía con los tres requisitos mencionados para ser sujeto de derechos; sin embargo, fue un gran avance reconocer la libertad de un hijo nacido de madre esclava sólo si la madre esclava en algún momento de su gestación fue libre, claro aún no se le consideraba persona pues no cumplía con los demás requisitos.

Podemos decir que la misma corriente de pensamiento sigue nuestro ordenamiento jurídico, pues no es lo mismo hablar de concebido que de persona.

Vemos que en nuestra constitución se señala de manera general que el concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.

Espinoza (2012) sostiene que “el concebido es un sujeto de derecho privilegiado, que se inicia desde la concepción y culmina antes del nacimiento” (p. 19). Otra culminación de ser concebido es la muerte de este ser en desarrollo antes del nacimiento o al momento de ello.

Teniendo en cuenta el pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con respecto a que se entiende por concepción, tenemos que es el momento en que la madre recibe al embrión en su útero materno, momento en que el preembrión se implanta en el útero; por lo tanto cuando nos referimos al Concebido debemos de tener en cuenta que va desde el momento de la implantación hasta antes que nazca, considerando que desde ese instante posee vida debe ser protegido por el ordenamiento jurídico peruano.

Para mejor interpretación nos remitiremos al Código Civil.

Como se ha expuesto, la Constitución por ser la Carta Magna regula de manera general el Derecho a la vida y su relación con el concebido, para ello nos remitiremos a los cuerpos legales que regulan más específicamente.

#### 2.4.2. EL CÓDIGO CIVIL

El inicio de la vida humana es tratado en el Artículo 1°.

Art. 1°. - La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento.

La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo.

##### a. Sujeto de Derecho.

Arguello (2007) parte de la siguiente idea:

El derecho objetivo no flota como una nube sobre la realidad social, sino que se concreta en forma de deberes y derechos subjetivos, los cuales, para existir necesitan titulares o sujetos que constituyan los centros de imputación de esos derechos o deberes (p. 139).

Es decir, el ordenamiento jurídico busca en quién recaer, busca titulares de imputación para los deberes y derechos que lo componen, a ellos se les denomina sujetos de derechos, lo cual está ligado con la figura jurídica de persona.

Cuando nos referimos a sujeto de derecho, agrega Fernández (2009) “es el ente al cual el ordenamiento jurídico imputa derechos y deberes” (p. 3).

Explica que el ente es el ser humano individualmente o como una organización; en el primer supuesto nos habla de la persona natural y en el segundo de la persona jurídica como por ejemplo una empresa debidamente constituida.

En suma, el ordenamiento jurídico reconoce deberes y derechos tanto para la persona natural como para las empresas constituidas según su modalidad.

Teniendo en cuenta lo señalado en líneas precedentes y el artículo en mención, tenemos a dos sujetos de derecho la “Persona humana” y el “concebido”, a los cuales no se les atribuye los mismos derechos y deberes, por ser dos figuras jurídicas distintas.

Es menester mencionar que el código civil reconoce a un sujeto de derecho más distinto a los ya mencionados, estos son las personas jurídicas, cuyo estudio no es de suma relevancia en la presente tesis.

b. ¿Qué entendemos por persona humana?

Nos remontaremos al Derecho Romano, para entender mejor a que se considera persona humana.

Cieza y Ramírez (2005) sostiene que al hablar de persona humana abarca desde el nacimiento hasta la muerte; nos explica tres requisitos que los romanos tenían en cuenta para determinar que un ser humano ha nacido, son las siguientes:

- ✓ Se haya desprendido totalmente del claustro materno.
- ✓ Presente señales de vida como llorar, respirar, entro otros signos vitales.
- ✓ Que presente forma humana.

Se llama persona a quién posee capacidad jurídica, entendiéndose por tal aptitud para ser titular de derechos y obligaciones (...) pero no todos los hombres eran sujetos de derecho en la sociedad romana. Persona o sujeto de derecho, era el hombre que a esa calidad agregaba otras condiciones esenciales exigidas por la Ley, a saber: ser libre, ser ciudadano romano, y jefe de familia. La posesión de esos tres *status* daba al ser humano calidad de persona. (Arguello, 2007, p. 140).

Para Fernández (2009) hablar de persona es referirnos al hombre una vez que ha nacido, agrega que la persona humana es una unidad psicósomática constituida y sustentada en su libertad, compuesto por el cuerpo y la psique. La vida de la persona humana es independiente, puede desarrollarse por sus propios medios, no depende de otra persona para su subsistencia.

A la persona el ordenamiento jurídico le imputa derechos y deberes, por ello, se dice que las personas son sujetos de derecho.

La persona tanto varón como mujer tienen igual capacidad de goce y ejercicio de sus derechos

Castro (2010) cita a Carrejo para definir a la capacidad de goce, también llamada capacidad adquisitiva “es la consecuencia concreta de la personalidad (...), para que se les asignen derechos o les sea exigido el cumplimiento de obligaciones contraídas” (p. 53).

En cuanto a la capacidad de ejercicio, también conocida como capacidad para obrar, cita a Ducci, quien sostiene que “es la aptitud legal de una persona para ejercer derechos y contraer obligaciones” (p. 53).

En suma, se considera persona al ente desde su nacimiento, el cual posee capacidad de goce y ejercicio de sus derechos, es decir, es un sujeto de derecho. Una vez entendido a que nos referimos con persona, pasemos a analizar al concebido, pues es lo que más nos atañe con respecto a los preembriones.

c. El concebido

El concebido es la persona en formación, su vida depende de la persona que lo alberga en el útero materno al menos hasta que el feto presente viabilidad. De la lectura del artículo en mención, entendemos que, si bien el concebido no es considerado persona por el Código Civil, esto no quiere decir que no tenga una especial protección; puesto que, con la expresión “el concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece” tenemos que el cuerpo legal en mención le reconoce derechos extra patrimoniales como el derecho a la vida.

Sáenz (2013) nos menciona que el concebido debe tener las variables de rasgos humanos, como la animación, socialización y la individualización.

✓ Animación: Es ser vivo todo aquel que posee alma, es una posición netamente religiosa.

✓ Viabilidad: Este es un criterio científico, que determina desde que momento el feto puede subsistir fuera del claustro materno, Sáenz nos dice que esto es posible desde los 6 meses cuando el feto pesa aproximadamente 1200 gr.

✓ Socialización: Esta condición hace referencia a los rasgos de conductas humanas que va adquiriendo el concebido.

- ✓ Individualización: Eso hace referencia a la condición única e irrepetible de cada ser humano para ello es necesario que tenga su propio código genético, que pueda sentir, que pueda razonar.

Para el código civil el concebido es el ente desde la concepción, pero no señala que se entiende por concepción o desde que momento se inicia la concepción para considerar vida; si seguimos las definiciones tradicionales dadas como entender a la concepción como la unión del gameto femenino y masculino estaríamos arribando a la conclusión que el preembrión es ya un ser con vida, entonces si hablamos de la fecundación *in vitro* como una técnica de reproducción asistida donde inevitablemente tenemos preembriones que no serán utilizados, diríamos que estos preembriones no pueden tener otro fin más que el ser implantado sin tener en cuenta la manifestación de voluntad de las parejas que se someten a estas técnicas. Sin dudar al no tener una aclaración en punto de partida de la vida humana en el artículo materia de análisis, por lo cual debe interpretarse teniendo en cuenta la posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al considerar que la concepción es la implantación del cigoto en el útero materno, de esa manera podemos determinar el destino de los preembriones supernumerarios, ya que no se estaría vulnerando el derecho a la vida, puesto que no es un concebido ni mucho menos una persona sujeto de derechos.

#### 2.4.3. EL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES

##### a. Consideraciones generales

El código de los niños y adolescentes busca otorgarles protección a los niños peruanos, a través de considerarles sujetos de derechos, se ha

desarrollado en base al interés superior del niño y las disposiciones dadas por la Convención Sobre los Derechos del Niño. La Convención fue aprobada como un tratado internacional de derechos humanos el 20 de noviembre de 1989, ratificada por el Perú el 04 de setiembre de 1990; la Convención reconoce a los niños como individuos que tienen derecho a desarrollarse física, mental y social, a manifestar libremente sus opiniones; ordena de carácter obligatorio a los estados firmantes se respete el interés superior de los menores a través de la protección legal.

Se entiende por principio del interés superior de los niños, a razón de López (2015) quién nos dice que consiste en proteger la integridad física y psíquica de los menores, brindándoles bienestar, a través de una buena calidad de vida esto implica alimentación, educación, recreación y salud; así también, el cuidado de los niños debe prevalecer frente a cualquier otra decisión que pueda tomar el estado, fomentando la protección de niños y adolescentes por su condición de indefensión.

López (2015) menciona tres contenidos esenciales que fundamentan el interés superior del niño, son los siguientes:

✓ Expresión y deseos de los niños, niñas y adolescentes. - Los niños y adolescentes muestran su capacidad natural a través del grado de desarrollo intelectual y emocional que poseen, el cual les permite expresar lo que desean hacer y decir. Cuando hay problemas para exteriorizar lo que quieren y mostrar su desarrollo intelectual se requiere de profesionales de apoyo como los Psicólogos, quienes refuerzan la seguridad del menor.

✓ Entorno familiar y social de los niños y niñas. - El estado y sus órganos correspondientes para tomar una decisión ya sea para implementar políticas de desarrollo o a través de sus órganos jurisdiccionales debe analizar detenidamente el entorno en que se desenvuelve el niño y el adolescente; en pro del desarrollo social de los niños y adolescentes.

✓ Predictibilidad. - En toda decisión administrativa o judicial se debe avizorar la situación o condición de los niños, niñas y adolescentes, ello para alcanzar un mejor desarrollo integral, así también, establecer lo que más le convenga para el desarrollo de su personalidad.

En suma, las políticas públicas, las normas promulgadas, las sanciones impuestas por el poder judicial y toda función que cumple el estado a través de sus órganos autónomos, deben tener en cuenta el interés superior del niño, que se entiende por velar el desarrollo psíquico, social y físico de los niños, niñas y adolescentes, avizorando su futuro para que sean ciudadanos íntegros y responsables.

- b. Artículos del Código del niño y el adolescente concernientes al inicio de la vida y el concebido.

El Código de los niños y adolescentes teniendo como base el interés superior del niño y la Convención Internacional sobre los derechos del niño y de la niña desarrolla los derechos civiles, derechos económicos, sociales y culturales, los derechos de los niños y adolescentes discapacitados, deberes, garantías; así también sobre el Sistema Nacional y ente rector, las políticas y programas de atención integral, la defensoría del niño y del adolescente, entre otros temas de gran relevancia. En el presente trabajo nos centraremos

en los artículos concernientes al inicio de la vida y el concebido, para extraer alcances con respecto al tema de los preembriones supernumerarios.

En el Artículo I del Título Preliminar se establece que se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad y adolescente desde los doce hasta cumplir los dieciocho años de edad, agregando que el Estado protege al concebido para todo lo que le favorece.

Tenemos que al igual que el código civil menciona que se considera ser humano desde la concepción; por lo que debemos interpretar que la vida inicia desde la implantación del cigoto en el útero materno, tal y como se ha señalado cuando se analizó el artículo 1° del Código Civil.

Se sostiene que el niño y el adolescente tienen derecho a la vida desde el momento de la concepción; por ello garantizan la vida del concebido, protegiéndolo de experimentos o manipulaciones genéticas contrarias a su integridad y a su desarrollo físico o mental.

Lo más resaltante en el presente Código es que textualmente sostiene que protege al concebido de experimentos o manipulaciones genéticas contrarias a su integridad; lo cual se entendería que esta protección alcanza a los embriones una vez implantados en el útero, puesto que a partir de ese momento se le considera concebido. Fundamento que no refutamos, pues a partir de la anidación se debe proteger al concebido y a partir de su nacimiento brindarle todas las posibilidades para que su desarrollo integral como persona saludable física y psíquica.

#### 2.4.4. LA LEY GENERAL DE SALUD – LEY NRO. 26842

Actualmente, nuestro ordenamiento jurídico no desarrolla una regulación específica sobre Técnicas de Reproducción Asistida (TERAS), menos sobre el *status jurídico* de los preembriones supernumerarios. Ello ha generado falta de tutela jurídica a las parejas estériles que se someten a dichas técnicas dentro del Perú. En opinión de Mosquera (1997) en nuestro país no se encuentran contempladas bajo ninguna ley, las nuevas situaciones generadas a partir de los avances de la genética, incluyendo los realizados sobre el desciframiento del mapa genético humano. Sin embargo, resalta el autor que, aunque no existe legislación específica sobre estos temas, existe abundante doctrina que viene contribuyendo con bases para una futura legislación.

Con respecto a técnicas de fecundación *in vitro* y demás técnicas de reproducción asistida, el Artículo 7 de la LGS – N° 26842, someramente prescribe lo siguiente:

*“Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos. Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos”.*

A pesar de ser el único artículo que prescribe específicamente sobre técnicas de reproducción asistida, podemos advertir varios aspectos que se mencionan dentro de este párrafo. En primer lugar, nos menciona el derecho que tiene toda persona a recurrir al tratamiento de su infertilidad. Asimismo, se reconoce el derecho que se tiene de acceder a las técnicas de reproducción asistida. Si bien, no refiere

explícitamente cuáles son las técnicas de reproducción asistidas permitidas, por doctrina tenemos que son dos: la inseminación artificial y la fecundación *in vitro*. Seguidamente, este mismo artículo establece que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Esto quiere decir que se encuentran permitidas las técnicas de reproducción asistida homólogas, no pronunciándose por aquellas en las que existe la intervención de un tercero (heterólogas). En este sentido, Varsi (2013) es de opinión que la prohibición es implícita debido a que el art. 7 de la Ley General de Salud prescribe que “la condición de madre genética debe coincidir con la de madre gestante”

Sin embargo, a criterio de Espinoza (2012) no existiría dicha prohibición, debido a que el Décimo Quinto Juzgado Especializado en Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante Resolución N° 31 con fecha 06 de enero del 2009: habría concluido que la situación fáctica en la cual, la madre genética y gestante son distintas personas, no está prohibida legalmente pero tampoco está expresamente permitida. Por tanto, siguiendo este criterio, podemos concluir que lo prescrito en el artículo 7° de la Ley General de Salud no es una norma imperativa, debido a que no establece expresamente una sanción en caso de incumplimiento. Además, que el parto no siempre va a determinar la maternidad, pues, por ejemplo, en los casos de maternidad subrogada heteróloga, la madre gestante no será la misma que la madre biológica, lo que generaría que se tengan “legalmente” dos madres: por un lado, la madre que dio a luz (tal y como lo prescribe el art. 7 de la LGS) y la madre biológica, quien si se sometiera a una prueba de ADN podría acreditar su condición como tal. Por ello, Espinoza (2012) agrega que los conceptos de maternidad y paternidad deben ser construidos teniendo en cuenta los avances tecnológicos de una sociedad moderna. Es por ello, que

resalta la presencia de la **voluntad procreacional y social**, es decir preguntarse quién decide buscar y asumir la maternidad.

Finalmente, este artículo proscribire la fecundación de óvulos con fines distintos a la procreación (clonación). Consideramos que este extremo está referido a la manipulación científica sobre preembriones, situación que merece una regulación más amplia y específica, pero, sobre todo, con limitaciones.

#### 2.4.5. LEY DE PREVENCIÓN DE RIESGOS DERIVADOS DEL USO DE LA BIOTECNOLOGÍA – LEY NRO. 27104.

Con respecto a la presente ley, Varsi (2013) nos explica que ésta tiene entre sus fines: proteger la salud humana, el ambiente y la diversidad biológica; y, proteger la seguridad en la investigación y desarrollo de la biotecnología en sus aplicaciones para la producción y prestación de servicios. Amparados en el principio precautorio, el Estado evalúa los posibles impactos negativos en la salud humana, al ambiente y a la diversidad biológica que ocasione la liberación intencionada de un Organismo Voluntariamente Modificado, y de encontrar alguna amenaza dispondrá la desautorización de su liberación y uso. Entre otras cosas, excluye investigaciones -en genoma humano, a todo tipo de vacunas aplicadas a seres humanos u otros organismos.

#### 2.4.6. EL CONSENSO LATINOAMERICANO EN ASPECTOS ÉTICO – LEGALES

Ante la falta de un marco regulatorio, algunos centros de fertilización (clínicas y hospitales) de nuestro país se desenvuelven bajo lo pactado por la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida. Esta es una institución científica y educacional que reúne más del 90% de los centros que realizan las TERAS en

América Latina; además, posee un registro que anualmente recopila, analiza y publica los resultados de los procedimientos de reproducción asistida reportados por los centros de salud adscritos. Este registro publica anualmente las tasas de embarazo, el devenir de los mismos y los resultados perinatales, incluyendo un registro de malformaciones. En 1995, médicos y biólogos representantes de cuarenta y dos centros miembros de la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida se reunieron en Reñaca, Chile para elaborar un documento de consenso respecto de temas éticos que aparecen como más conflictivos en las discusiones legales relacionados con técnicas de reproducción asistida, este fue denominado “Consenso Latinoamericano en Aspectos Éticos–Legales relativo a las Técnicas de Reproducción Asistida”. Este es producto de la reflexión grupal tiene como finalidad servir como referencia para que los legisladores, usuarios y público en general sean informados desde una perspectiva médica. En ese sentido, se analizaron cinco puntos que reflejaban los problemas a los que se enfrentan los legisladores de Latinoamérica y que son objeto de constante debate. A continuación, desarrollaremos someramente sobre ellos:

- a. Requerimiento del vínculo matrimonial para acceder a técnicas de reproducción asistida:

Exigir el vínculo matrimonial a parejas que requieren de técnicas de reproducción asistida, constituye una inaceptable discriminación en contra de parejas infértiles. Las técnicas de reproducción asistida son aceptables en pareja heterosexuales infértiles que por razones físicas se ven impedidas de tener relaciones incoativas (enfermedades neurológicas en el hombre como la paraplejía), y en parejas heterosexuales en que la causa de infertilidad hace necesario recurrir a estas

tecnologías. No se considera aceptable la aplicación de dichos procedimientos en mujeres solteras que no desean tener una pareja heterosexual o que teniéndola no desean recurrir al coito como expresión de sexualidad.

b. Donación y adopción de gametos:

Está indicada en parejas heterosexuales infértiles en que uno o ambos miembros de la pareja carecen de gametos. También está indicada cuando uno de los miembros de la pareja es portador de enfermedades ligadas a genes que de ser transmitidos pueden ocasionar enfermedades severas en la descendencia. Existe consenso en que cada centro debe guardar un registro confidencial de la naturaleza de los donantes, receptores y de los nacidos. Existe consenso también que la donación debe ser gratuita, sin que por ello se niegue el uso de alguna forma de compensación por concepto de traslado, ausencia laboral, etc. La identidad de los donantes no debe ser revelada, ni a los futuros padres, ni a los nacidos de los procesos de donación. Existen excepciones al requerimiento de anonimato, ello ocurre cuando los receptores de común acuerdo con un familiar deciden la donación y adopción de gametos de un familiar conocido.

e. Crioconservación de *conceptus* (preembriones) en división:

Existen dos grandes objetivos: El primero dice relación con la eficiencia. Así, cuando una pareja tiene preembriones crioconservados, tiene la posibilidad de nuevos ciclos de transferencia sin la necesidad de someterse a nuevos ciclos de estimulación. Esto trae consigo un considerable ahorro económico, físico y emocional. La segunda ventaja es que evita los embarazos múltiples sin restar

eficiencia al ciclo terapéutico. Así, la crioconservación posibilita a que una mujer utilice un mayor número de ovocitos (producto de un ciclo de estimulación) y que, aunque se fertilicen un número limitado (por ejemplo, tres) minimizado así la posibilidad de embarazos múltiples y manteniendo el resto de los preembriones para futuras transferencias.

La comunidad científica latinoamericana no intentó definir el inicio de la persona, de hecho, no es a través de la biología que se llega a esta definición. A pesar de ello, existe consenso que el camino a ser persona, se inicia una vez completada la fertilización y establecida la individualidad genética.

Aquellos centros que ofrecen programas de crioconservación deben disponer del personal capacitado, no sólo en los aspectos biomédicos, también deben desarrollar una estructura de apoyo en el área sicosocial que permita informar adecuadamente a las parejas de lo que significan procedimientos, así como de sus rendimientos y potenciales problemas. Aquellos centros que desean crioconservar se les recomienda restringir el número de ovocitos a inseminar de manera de transferir un número de *concepti* que permita un equilibrio entre probabilidad de embarazo por un lado y, por otra parte, minimizar los riesgos de embarazos múltiples extrema.

f. Diagnóstico genético preimplantacional:

Permite identificar alteraciones cromosómicas en el preembrión en división antes de ser transferido a su futura madre. El médico se puede ver enfrentado al deseo de la pareja de eliminar o simplemente no transferir

preembrión que llevan alteraciones cromosómicas utilizando para ello un juicio valórico (un niño sano es mejor que un niño enfermo). Es considerado en el mundo entero como un procedimiento experimental en que aún no se pueden otorgar garantías de indemnidad del preembrión ni de precisión absoluta del devenir de éste. Por ello, esta práctica debe ser regulada desde la perspectiva legal, como una terapéutica y al mismo tiempo como una investigación.

g. Investigación en preembriones en división:

Es aceptable sólo cuando **la indemnidad de este no se ve afectada como consecuencia de la investigación**. Deben diferenciarse las investigaciones que están destinadas a tratar una enfermedad genética en el futuro ser, de aquellas investigaciones que tienen por objeto responder preguntas generales a la biología del desarrollo en el humano. Aunque los progenitores autorizaran una investigación que conlleve un peligro vital, debe primar el derecho a la vida y ser salvaguardado por el equipo médico.

## 2.5. SITUACION ACTUAL DE LAS CLINICAS DE FERTILIZACION IN VITRO EN EL PERU.

Según el Registro de la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida, los centros médicos adscritos al Consenso Latinoamericano en Aspectos Ético – Legales relativo a las Técnicas de Reproducción Asistida son:

Clínica CEFRA, Centro de Fertilidad y Reproducción Asistida, 2) CERFEGIN, 3) Centro de Fertilidad y Ginecología del Sur (CFGS), 4) FERTILAB, Laboratorio de Reproducción Asistida, 5) Clínica Miraflores, Instituto de Ginecología y Fertilidad, 6)

Grupo PRANOR, Clínica Concebir y 7) Grupo PRANOR, Instituto de Ginecología y Reproducción. Sin embargo, en nuestra realidad actual existen muchas otras clínicas que ofrecen este tipo de servicio, las cuales no se encuentran sometidas a la presente Red.

Realizando una revisión de los *portales web* de ciertas clínicas de fertilización en nuestro país, hemos recabado información muy interesante con respecto a los servicios que ofrecen algunos centros de salud. Es así que la mayoría de ellos, ofrece servicios de técnicas de reproducción asistida de alta complejidad como la fecundación *in vitro*, de diagnóstico genético preimplantacional y de crioconservación de preembriones. Cabe aclarar, que en ninguno de los portales consultados se ha obtenido información con respecto a los costos de los procedimientos.

#### 2.5.1 CENTRO DE FERTILIDAD DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

Fundada en 1998. Ofrece los servicios de fecundación *in vitro*, transferencia embrionaria e ICSI con donación de ovocitos - ovodonación. Esta última técnica consiste en realizar el procedimiento de ICSI con óvulos de una donante y el semen de la pareja. Una vez formados los preembriones, serán transferidos al útero de la receptora para continuar el embarazo. Esta técnica está reservada para aquellas pacientes que tienen problemas en sus ovarios (menopausia precoz, edad avanzada, etc.) o padecen de alguna enfermedad genética transmisible de padres a hijos. Las donantes son mujeres que tienen entre 18 y 30 años, que han sido sometidas a un proceso de evaluación completa para conocer su estado físico, mental, antecedentes familiares, raza, talla, contextura, color de piel, ojos y cabello para seleccionar aquellas que tengan parecido físico con la receptora. Asimismo, ofrece los servicios de crioconservación de

Embriones (preembriones) y Diagnóstico Genético Preimplantacional. Esta consiste en el uso de láser para biopsias preembrionaria, la cual nos dará un diagnóstico de alteraciones genéticas y cromosómicas en los preembriones, antes de su implantación.

## 2.5.2 CLÍNICA DE FERTILIDAD PROCREAR

Ofrece los servicios de fecundación *in vitro*, diagnóstico genético preimplantacional y crioconservación de preembriones. Con respecto al Diagnóstico Genético Preimplantacional (DGP) señala que este procederá en los siguientes casos: 1. Uno o ambos miembros de la pareja son portadores de alguna enfermedad genética hereditaria. 2. Uno o ambos miembros de la pareja son portadores de alguna anomalía genética. Por ejemplo, hemofilia, Síndrome de X frágil, etc. 3. Fracaso repetido en diversos ciclos de Fecundación In Vitro o ICSI. 4. Fallos repetidos de implantación del embrión. 5. Abortos espontáneos de repetición. 6. Edad materna avanzada: el porcentaje de preembriones genéticamente anómalos aumenta de forma proporcional con la edad de la mujer. En mujeres mayores de 35 años el 34% de probabilidades y en mujeres mayores de 40 años el 52%.

Asimismo, sobre la crioconservación de preembriones establece lo siguiente: Permiten conservar los preembriones no transferidos en un ciclo de FECUNDACIÓN IN VITRO o de ICSI para poder ser utilizados en ciclos posteriores sin necesidad de someterse a otros procedimientos de aspiración folicular. Se beneficiarán de la crioconservación tanto las parejas que no han conseguido embarazo en el primer ciclo como aquellas que lo consiguieron y

luego desean intentar una segunda gestación. El formulario para el consentimiento de la crioconservación de preembriones se entregará al inicio del ciclo y deberá devolverlo firmado el día de la transferencia. En aquellos casos en que la pareja no consienta la crioconservación de preembriones, es importante que manifieste su decisión con la mayor brevedad y si es posible antes de iniciar el tratamiento de estimulación. También, reciben donantes de gametos, estableciendo un *link* para separar una cita y poder contribuir con material genético de manera voluntaria.

### 2.5.3 CLÍNICA DE FERTILIDAD CONCEBIR

Ofrece los servicios de fecundación *in vitro*, transferencia de preembriones crioconservados y diagnóstico genético preimplantacional. Con respecto a la transferencia de preembriones crioconservados, esto sucede bajo dos condiciones:

1. Que la paciente decida crioconservar los preembriones hasta que las condiciones hormonales se restablezcan luego de la aspiración de los óvulos (transferencia preembrionaria diferida) y
2. Cuando la paciente ya transfirió los preembriones necesarios y los demás se congelan para ser transferidos más adelante si la paciente se quiere volver a embarazar. Igualmente, sobre el diagnóstico genético preimplantacional señala que es realizado cuando los preembriones están en el quinto día de desarrollo (blastocisto) se analizan en el laboratorio para descartar cualquier enfermedad genética heredable. Por otro lado, esta clínica cuenta con un banco de semen y de óvulos, según lo explica su portal web poseen el banco de semen más grande del Perú, señalando que cada donante pasa por una serie de exámenes para ser aceptado como tal e ingresar una muestra a su banco. En este sentido, agrega que sus pacientes pueden ser mujeres solteras o parejas con problemas de fertilidad masculina (azoospermia o previo a un

proceso oncológico). Asimismo, ofrece el servicio de crioconservación de preembriones explicando que luego de desvitrificar los ovocitos se implantarán en el útero para la fecundación y los demás preembriones seguirán crioconservados en su banco para que los pacientes puedan requerirlos para un posterior embarazo o en caso el embarazo sea infructuoso.

En conclusión, como hemos podido advertir de los portales web de las clínicas de fertilización en el Perú, que estas ofrecen distintos servicios como: fecundación *in vitro*, crioconservación de preembriones y gametos, donación de gametos, aplicación del diagnóstico genético preimplantacional, banco de gametos, entre otros. Sin embargo, todos estos servicios se vienen ejecutando sin un marco legal regulatorio, valiéndose de que no existe una prohibición con respecto a ellas. Es necesario mencionar que las clínicas antes mencionadas se encuentran adscritas a la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida, y, por tanto, bajo lo acordado mediante al Consenso Latinoamericano en Aspectos Ético – Legales relativo a las Técnicas de Reproducción Asistida; sin embargo, existen muchos centros de fertilización que no están sujetas a ninguna red y cuyo marco legal no es más que su propio código de ética y el art. 7 de la Ley General de Salud. Esta situación mantiene en desprotección tanto a las parejas estériles que se someten a dichas técnicas como a los centros de fertilización que las ejecutan. En este sentido, consideramos urgente la regulación específica sobre técnicas de reproducción asistida, en especial sobre el destino de los preembriones supernumerarios en las técnicas de fecundación *in vitro*.

**CAPITULO III: LA NECESIDAD DE  
REGULAR SOBRE EL DESTINO DE LOS  
PREEMBRIONES SUPERNUMERARIOS  
EN LAS TÉCNICAS DE FECUNDACIÓN  
IN VITRO, PERMITE LA TUTELA  
JURÍDICA**

### 3.1. TRATAMIENTO DE LA FECUNDACIÓN *IN VITRO* Y LOS PREE MBRIONES SOBREPANTES EN EL DERECHO COMPARADO

#### 3.1.1. EN EL DERECHO ESPAÑOL

##### a. Generalidades:

España es pionera en la regulación de Técnicas de Reproducción Asistida. Actualmente se rige por la Ley 14/2006: Sobre técnicas de reproducción humana asistida, esta tiene como antecedentes la Ley 35/1988 la cual constituyó una gran contribución al avance científico y la Ley 45/2003 que reguló sobre el número de óvulos fecundados que podrían producirse, lo cual generó una complicación en las prácticas de fecundación *in vitro*, debido a la limitación de no poder crear preembriones supernumerarios.

Mediante el artículo 1 inciso 1.a, se establece el objeto de la presente Ley, el cual es: “Regular la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida acreditadas científicamente y clínicamente indicadas”. Sobre ello, Espinoza (2012) nos comenta que de la misma manera el inciso 1.b establece que dichas técnicas podrán destinarse para la prevención y tratamiento de enfermedades genéticas siempre que se encuentren diagnosticadas y autorizadas por las autoridades correspondientes. En sentido, ambos literales deben interpretarse sistemáticamente con el inciso 1.c el cual establece que se encuentra prohibida la clonación en seres humanos con fines reproductivos.

Uno de los mayores aciertos de la Ley 14/2006 es que mediante el artículo 1 numeral 2 esboza por primera vez un concepto de “preembrión”. Germán (2012) nos explica que esta ley plantea dos etapas en el desarrollo

embrionario correspondientes al preembrión y al embrión. Con base en ello, se denominará preembrión desde la fecundación hasta 14 días posteriores; y, embrión desde su implantación en el útero materno hasta 56 días posteriores a la fecundación. Por otro lado, Farnós (2011) considera que mediante esta regulación se otorga protección al embrión desde el día 14 posterior a la fecundación. Siendo que podrá disponerse del “preembrión” sin llegar a considerarse como un objeto o propiedad. Esto se condice con lo desarrollado por la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 53/1985 de España, donde se estipula que la vida humana es un proceso, argumento que fue ratificado mediante la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 212/1996 donde se sustenta que los *nascituri* no tienen acceso al derecho a la vida, sin embargo, son considerados como bienes jurídicos objeto de una protección especial. Por su parte, mediante Sentencia del Tribunal Constitucional N° 116/1999 se declaró la constitucionalidad de la crioconservación de preembriones, argumentando que el momento de la implantación es determinante para otorgar mayor protección que al considerado preembrión. En el mismo sentido, Corral (2005) considera que la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 116/1999 se sustenta en que los *nascituri* no son titulares del derecho constitucional a la vida, y que los preembriones no viables no alcanzan si quiera la condición de *nascituri*; por tanto, podrán ser destinados a fines de investigación. Además, sostiene que el concepto de familia no deber reducirse al matrimonio, sino que debe considerarse la procreación de la “mujer sola”. Por otro lado, mediante esta sentencia se argumenta que “el anonimato de donantes” no vulnera el

derecho a investigar la paternidad del hijo debido a que se da mayor preponderancia al derecho a la intimidad que tiene el donante.

Sobre el consentimiento informado se encuentra regulado en artículo 4 numeral 4, y establece que el asesoramiento sobre estas técnicas deberá realizarse por los médicos especialistas a la pareja beneficiaria, estará referida a los aspectos biológicos, jurídicos y éticos de aquéllas. Asimismo, sobre la modificación del consentimiento sobre el destino de los preembriones supernumerarios, el artículo 11 numeral 6 de la ley bajo comentario; establece que el consentimiento para dar a los preembriones o gametos crioconservados cualquiera de los destinos citados (implantación, donación, investigación científica o desecho) podrá ser modificado en cualquier momento anterior a su aplicación. Al respecto Farnós (2011) nos explica que este artículo permite a la pareja estéril o la mujer soltera, modificar su voluntad inicial sobre el destino de sus preembriones supernumerarios.

b. Diagnóstico Genético Preimplantacional

El ordenamiento jurídico español permite el uso del Diagnóstico Genético Preimplantacional en determinados casos. Este instrumento se encuentra regulado en el artículo 12 de la Ley 14/2006, actualmente vigente. En este sentido, se autoriza el uso del DGP para la detección de enfermedades hereditarias graves, de aparición precoz y no susceptibles de tratamiento curativo posnatal con arreglo a los conocimientos científicos actuales, con objeto de llevar a cabo la selección embrionaria de los preembriones no afectos para su transferencia y para la detección de otras alteraciones que

puedan comprometer la viabilidad del preembrión. Asimismo, Bolaños (2014) agrega que para el uso del DGP en otras situaciones distintas a las mencionadas líneas arriba, será necesaria la autorización expresa de la autoridad sanitaria correspondiente, previo informe afirmativo de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida.

Por su parte, Germán (2012) opina que este artículo genera la desprotección a algunos seres humanos, llegándose a vulnerar, incluso, su derecho a la vida. Asimismo, señala que el DGP en vez de propiciar una terapia que coadyuve el tratamiento de la enfermedad genera la eliminación del preembrión, como forma de contribuir con la erradicación de la enfermedad dentro de la sociedad. Considera que uno de los argumentos utilizados para respaldar este instrumento es que debido a que el desecho del preembrión se realiza antes de ser implantado en la madre, evitará el estrés y trauma emocional de un aborto. Este mismo autor introduce un concepto de nueva forma de violencia social, considerando que el DGP quiebra el vínculo paterno filial basado en el respeto y la protección en razón de que el destino de los preembriones no implantados dependerá de la voluntad de los padres. En este sentido, considera que mediante este artículo se genera que los padres lideren la violencia contra su propia descendencia (preembriones no implantados).

c. Destino de los preembriones supernumerarios:

El artículo 3 numeral 2 prescribe que “En el caso de la fecundación *in vitro* y técnicas afines, sólo se autoriza la transferencia de un máximo de tres preembriones en cada mujer en cada ciclo reproductivo”. Somos de opinión

que esta limitación permitirá garantizar la salud de la madre, evitándose la generación de embarazos múltiples. Sin embargo, al establecer un límite de preembriones transferidos por ciclo reproductivo, se generará inevitablemente la presencia de preembriones supernumerarios, lo cuales deben tener un destino establecido en el ordenamiento legal a fin de otorgar tutela jurídica a las parejas estériles que se sometan a dichos procedimientos. Dentro del abanico de posibilidades que plantea la legislación española vigente, tenemos: crioconservación, donación para la implantación en terceros o para la investigación científica y el desecho, cada uno regulado bajo ciertos parámetros que detallaremos a continuación. Farnós (2011) nos explica que el destino de los preembriones supernumerarios establecidos por la ley española, y el grado de protección sustentado por su jurisprudencia, confirman el carácter “*res extra commercium*” que tienen los preembriones y otros tejidos y órganos del cuerpo humano para el ordenamiento jurídico español. Esto quiere decir que no pueden ser objeto de comercio, lo que no impide que puedan ser destinados como donación.

#### *c.1. Crioconservación de preembriones*

La legislación española a través del artículo 11 numeral 3 permite expresamente la crioconservación de preembriones supernumerarios en los bancos autorizados para tal fin. Así mismo, regula sobre el tiempo que podrían encontrarse crioconservados, prescribiendo que esto quedará a criterio de cuando los médicos responsables consideren que pueden ser transferidos a la madre gestante. Bolaños (2014) considera que la legislación

española desarrolla en forma más amplia sobre la crioconservación de preembriones, porque también establece los posibles destinos que pudiera tener. Es así que en el numeral 4 del artículo bajo comentario, se establecen como destinos: a) la implantación del preembrión en la propia mujer o su cónyuge b) la donación para fines reproductivos c) la donación para fines de investigación d) el desecho, como última opción, luego de haberse finalizado el plazo máximo.

### *c.2. Donación de preembriones*

La legislación española permite la donación de gametos y preembriones. Para las finalidades autorizadas por esta Ley es un contrato gratuito, formal y confidencial concertado entre el donante y el centro autorizado. Esta donación puede ser revocable solo si los gametos aún se encuentran disponibles. Con base en ello, Espinoza (2012) establece que no se da una naturaleza adecuada a la donación de preembriones debido a que se le otorga naturaleza contractual. En este sentido, no es posible establecer una vinculación jurídico-patrimonial, aunque sea altruista sobre la disposición del propio cuerpo o de los gametos.

El artículo 8 de la legislación española establece que “ni la mujer progenitora ni el marido, cuando hayan prestado su consentimiento formal, previo y expreso a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación”. En este sentido, Espinoza (2012) considera que el marido que manifestó su voluntad de someterse a una fecundación *in vitro* con intervención de donante, no podrá impugnar su

paternidad debido a que estaría vulnerando sus propios actos jurídicamente relevantes.

### *c.3. Investigación o experimentación de preembriones*

El artículo 15 de la ley bajo análisis establece ciertos requisitos para proceder con su autorización: a) Que se cuente con el consentimiento expreso de la pareja o de la mujer sola, quienes deberán encontrarse previa y debidamente informados sobre los fines y consecuencias. b) Que el preembrión no haya sido desarrollado más de 14 días después de la fecundación, sin tener en cuenta el tiempo crioconservado. c) La investigación deberá realizarse en centros autorizados o bajo control y seguimiento de las autoridades sanitarias competentes. d) Con base en un proyecto autorizado por las autoridades sanitarias competentes. Entre otros.

### *c.4. Desecho de preembriones*

Sobre ello, solo se encuentra regulado en el artículo 11 numeral 4 inciso d, de la ley bajo análisis, la cual prescribe sobre el “cese de su conservación sin otra utilización”, el cual se llevará a cabo como última opción y procederá cuando haya finalizado el plazo máximo de conservación establecido en la ley, sin que se haya determinado un destino diferente.

En este sentido el numeral 6 del mismo artículo bajo comentario, establece que dada dos años (como mínimo) se solicitará de la mujer o de la pareja progenitora la renovación o modificación del consentimiento sobre el destino de sus preembriones. Si durante dos renovaciones consecutivas fuera imposible obtener de la mujer o de la pareja progenitora la firma del consentimiento correspondiente, quedarán a disposición de los centros en

los que se encuentren crioconservados, que podrán destinarlos conforme a su criterio a cualquiera de los destinos mencionados, entre ellos, podrá procederse al desecho o eliminación de los preembriones crioconservados.

#### *c.5. Fecundación in vitro post mortem*

El artículo 9 de la Ley española establece que “No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta Ley y el marido fallecido cuando el material reproductor de este no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón”. Esto quiere decir que si al momento del deceso del marido, no se haya realizado la transferencia embrionaria, esta no podrá realizarse a menos de que en vida, el cónyuge haya determinado mediante testamento, escritura pública u otro documento con instrucciones previas, sobre su implantación en el útero de la cónyuge superviviente dentro del plazo de 12 meses después al fallecimiento. En opinión de Espinoza (2012) es cuestionable que la cónyuge superviviente se implante el preembrión fecundado con material genético de su esposo muerto, debido a que debería tenerse en cuenta el interés superior del niño a en donde sea criado por un padre y una madre.

### 3.1.2. EN EL DERECHO ITALIANO

#### a. Generalidades:

Espinoza (2012) nos explica que la legislación italiana mediante el artículo 5 de la Ley 40/2004, establece que podrán acceder a este tipo de prácticas, las parejas mayores de edad de sexo diverso, casadas o convivientes, en edad potencialmente fértil y vivos. Así mismo, señala que la ley italiana

prescribe que la pareja beneficiaria de las técnicas de fecundación *in vitro* deberá estar debidamente informada sobre los problemas bioéticos, los efectos colaterales, los riesgos que podría conllevar para la madre y el feto, y las consecuencias que podrían suscitar a raíz del sometimiento a dichos procedimientos. De igual manera, sobre la posibilidad de recurrir a la adopción como alternativa a las Técnicas de Reproducción Asistida.

b. Diagnóstico Genético Preimplantacional

La legislación italiana mediante el artículo 13 numeral 2 permite la investigación clínica y experimental sobre preembriones siempre que sean realizados con fines terapéuticos y de diagnóstico, buscando proteger su salud y desarrollo.

En este punto, cabe recordar el caso “Costa Pavan contra Italia”, que está referido a un matrimonio que buscaba recurrir al Diagnóstico Genético Preimplantacional para poder seleccionar un embrión “sano” debido a que ambos padecían una enfermedad hereditaria (fibrosis quística) que había sido heredada por su primogénita y querían evitar que sus demás descendientes tengan que portar también dicha enfermedad.

Sin embargo, la legislación italiana prescribía que el acceso a este instrumento estaba destinado a las parejas estériles o en los casos en que el hombre sea portador de una enfermedad de transmisión sexual como el virus del SIDA o Hepatitis del tipo B y C. Por tanto, como el matrimonio Costa Pavan no padecían ninguna de dichas enfermedades no podrían acceder al uso del DGP. En tal sentido recurrieron al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, quien consideró que el Estado Italiano no debe excederse en su

intervención en la vida privada y familiar de las parejas y ordenó a Italia a pagar a los recurrentes, la suma de € 17.500 por daños y perjuicios y costas judiciales, por la prohibición que existía en su legislación al acceso a las Técnicas de Reproducción Asistida y al Diagnóstico Genético Preimplantacional “para concebir un hijo que no se encuentre afectado por una enfermedad genética en particular”.

c. Destino de los preembriones supernumerarios

Según lo prescrito en el artículo 14 numeral 2 de la legislación italiana establece que en la aplicación de la fecundación *in vitro*, no se debe crear un número mayor de embriones que los estrictamente necesarios para una implantación única y contemporánea, en todo caso no más de tres. Sin embargo, esta limitación en el número de preembriones que deben ser creados por ciclo de embarazo, fue declarado inconstitucional mediante sentencia N° 51 de la Corte Constitucional. En palabras de Espinoza (2012) nos explica que la corte tuvo entre sus fundamentos el *principio según el cual las técnicas de reproducción asistida no deban crear un número de preembriones superiores a los estrictamente necesarios*; en este sentido, solo deberán implantarse los preembriones que desean llevarse a cabo en el embarazo. Establecer un “único y contemporáneo” implante de tres preembriones por ciclo de embarazo, generaría perjuicios en la salud de la madre y del feto. Por ejemplo, en caso que luego de la transferencia embrionaria, ninguno de estos preembriones logre implantarse exitosamente, esto generaría que la madre tenga que volver a someterse al procedimiento de fecundación *in vitro*, desde la estimulación ovárica hasta

la transferencia embrionaria, lo cual podría poner en riesgo su salud; por otro lado, si nos ponemos en el extremo de que los tres preembriones logren implantarse en el útero materno, generaríamos un embarazo múltiple pudiendo complicarse la salud del feto o de la madre.

*c.1. Crioconservación de preembriones*

Según lo dispuesto mediante el artículo 14 numeral 1 de la Leggae 40/2004, la legislación italiana prohíbe la crioconservación de preembriones y la supresión de los mismos. Además, establece que, si por motivo de fuerza mayor no se puede realizar inmediatamente su implantación en el útero materno, excepcionalmente deberá crioconservarse a fin de llevarse a cabo la transferencia lo más pronto posible. Farnós (2011) considera que esta excepción es coherente con la línea que busca proteger al preembrión a partir de la fusión (concepción); sin embargo, el artículo bajo comentario sufrió una modificación mediante la STC N° 151/2009, la cual le otorgó mayor flexibilidad con respecto a la autonomía de los médicos sobre la decisión del momento de la implantación, generando que ésta solo se lleve a cabo de no ponerse en peligro la vida de la madre.

*c.2. Donación de preembriones*

El artículo 4 numeral 3 de la Leggae 40/2004, establece que “está prohibido el recurso a técnicas de procreación medicamente asistidas de tipo heterólogo”, esto quiere decir que se prohíbe la donación de gametos y embriones. Sin embargo, Espinoza (2012) nos explica que la violación de este artículo podría generar una sanción de € 300,000 a € 600,000, tal y como lo establece el mismo cuerpo normativo. No obstante, el autor

menciona que esta sanción alcanza a quienes realicen la fecundación *in vitro* y no podrán ser sancionados los beneficiarios de la presente técnica, es decir los padres que recurrieron a dicho tratamiento. Además, mediante el artículo 9 numeral 3 se prescribe que, en caso de vulneración a dicha prohibición de intervención de terceros, el donante no adquiere alguna relación paterno-filial con el hijo. A opinión de Espinoza (2012) esto se fundamenta en el principio de “no vinculación jurídica entre donantes y los que nacen bajo dichas técnicas de reproducción asistida heterólogas”. Mediante el presente fundamento se pretende otorgar tutela jurídica al padre “legal” frente al supuesto de que el donante quisiera reclamar derechos sobre el hijo fecundado con el material genético donado o en el caso de que el hijo fecundado mediante estas técnicas pretenda que se le reconozca legalmente como hijo biológico del donante.

### *c.3. Investigación o experimentación de preembriones*

La legislación italiana mediante el artículo 13 numeral 1, prescribe que se encuentra prohibida cualquier experimentación en embrión humano. Espinoza (2012) comenta que quien vulnere esta prohibición podría ser sancionado con prisión de dos a seis años y con multas de € 50, 000 a € 150,000, según lo dispuesto en el artículo 13 numeral 4.

Por otro lado, mediante el numeral 2 del mismo artículo, se establece que se encuentra permitida la investigación clínica y experimental sobre cada embrión humano con la condición de que se persigan exclusivamente fines terapéuticos y de diagnóstico relacionados con ella, con el objetivo de

proteger la salud y el desarrollo del embrión, y donde no haya metodologías alternativas disponibles.

*c.4. Desecho de preembriones*

El artículo 14 numeral 1 establece que queda prohibido el desecho de preembriones, sin perjuicio de lo establecido en la Ley N° 194/1978 - Normas sobre tutela social de la maternidad y la interrupción voluntaria del embarazo.

d. Fecundación *in vitro post mortem*

Si bien no la prohíbe expresamente, el artículo 5 de la Ley 40/2004 limita el acceso a las técnicas de reproducción asistida para parejas de adultos de diferente sexo, casados o convivientes, en edad potencialmente fértil, ambos vivos.

3.1.3. EN EL DERECHO ARGENTINO

En Argentina las prácticas de las Técnicas de Reproducción Asistida ya cuentan con regulación legal; se basan en garantizar el derecho que posee toda persona a la paternidad y a la maternidad, así como a formar una familia, el derecho a la salud, a la dignidad, a la libertad y a la igualdad de toda persona humana.

La Ley que regula las TERAS se denomina “Ley Nacional de Fertilización Humana Asistida N° 26.862”, la cual se encuentra reglamentada por su Decreto Reglamentario 956/2013, vigente desde el 19 de julio del 2013. La Ley N° 26.862 permite el acceso a las TERAS a toda persona mayor de edad y que sea capaz, previo **consentimiento expreso** que debe estar protocolizado ante el escribano público o ante funcionario público dependiente del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. La Ley permite que el consentimiento mencionado se

pueda revocar, pero sólo hasta antes de la concepción en la mujer o la iniciación de alguna de las técnicas.

El decreto reglamentario en sus considerandos hace una importante aclaración de que personas pueden acceder a las técnicas de reproducción asistida: “pueden acceder a las prestaciones de reproducción médicamente asistida todas las personas, mayores de edad, sin que se pueda introducir requisitos o limitaciones que impliquen discriminación o exclusión fundada en la orientación sexual o el estado civil de quienes peticionan por el derecho regulado”

De ello se infiere que personas homosexuales pueden acceder a las TERA, así como parejas convivientes o personas solteras.

Con respecto a qué Técnicas de Reproducción Asistida se practicarán en el país argentino, en su artículo tercero menciona a las siguientes, sin perjuicio de incorporarse otras técnicas a consecuencia del avance científico:

- ✓ Fecundación *in vitro*.
- ✓ Inseminación artificial.
- ✓ Transferencia de embriones.
- ✓ Transferencia intratubárica de gametos y de cigotos.

Su Decreto Reglamentario en el artículo 2° clasifica a las técnicas mencionadas en el párrafo precedente en dos grupos: las técnicas de baja complejidad y las técnicas de alta complejidad, definiéndolas literalmente de la siguiente manera:

- ✓ Técnicas de baja complejidad; son aquellas que tienen por objeto la unión entre óvulo y espermatozoide en el interior del sistema reproductor femenino, lograda a

través de la inducción de ovulación, estimulación ovárica controlada, desencadenamiento de la ovulación e inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con semen de la pareja o del donante.

✓ Técnicas de alta complejidad; son aquellas donde la unión entre óvulo y espermatozoide tiene lugar por fuera del sistema reproductor femenino, incluyendo a la fecundación *in vitro*, la inyección intracitoplasmática de espermatozoide, la crioconservación de ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y embriones y la vitrificación de tejidos reproductivos.

Con respecto al destino de los preembriones supernumerarios, la ley en mención regula en su artículo 17° cuatro prohibiciones, las cuales son las siguientes:

- a. La comercialización de embriones.
- b. La comercialización de gametos crioconservados.
- c. La utilización de embriones para la experimentación.

En el caso del inciso C, sostiene que debe exceptuarse el Diagnóstico Genético preimplantatorio, porque tiene como finalidad determinar la viabilidad del embrión a implantar. La prohibición de comercializar embriones se reafirma en el artículo 8° del Decreto Reglamentario en dónde se establece que la donación de gametos y/o embriones nunca tendrán carácter lucrativo o comercial. Así mismo, en el sexto párrafo del artículo en mención se establece que cuando se requiera de embriones donados de terceros se recurrirá exclusivamente a los bancos de embriones debidamente inscritos en el Registro Federal de Establecimientos de Salud de la Dirección Nacional de Regulación Sanitaria y Calidad en Servicios de Salud.

El Art. 13° de la Ley 26.862 sostiene que se prohíbe la crioconservación de embriones humanos.

De lo expuesto, tenemos que la Ley 26.862 y su Decreto Reglamentario 956/2013, si bien son un gran avance para el derecho en cuanto a la regulación del acceso a las técnicas de reproducción asistida en Argentina; también se puede observar que no se ha dedicado un artículo en especial para regular de los fines que puedan tener los embriones supernumerarios de las prácticas de la fecundación *in vitro* como técnica de reproducción asistida de alta complejidad, pero si podemos inferir que se prohíbe la crioconservación de embriones, tal cual lo prescribe el art. 13, lo cual es contradictorio porque en el art. 8 del Decreto Reglamentario permite la donación de embriones los cuales se encuentran en el banco de embriones, que a su vez permite la donación de embriones.

Por otro lado, sí se tiene claro que está permitido el desecho de embriones, esto a partir de la realización del Diagnóstico Genético preimplantacional, y la utilización de los embriones para investigación científica está totalmente prohibido. En suma, tenemos que se permite la donación de embriones y el desecho de estos.

Teniendo en cuenta el tema que nos atañe, el cual es la situación legal que reciben los preembriones supernumerarios resultantes de la práctica de la fecundación *in vitro*, nos remitiremos al Código Civil y Comercial de la Nación, para analizar cuál es el tratamiento que le dan al inicio de la vida humana, porque de ello depende la protección que se le puede brindar a estos preembriones que no son utilizados en la fecundación *in vitro*.

✓ Código Civil y Comercial de la Nación

Nos remitiremos al Libro Primero, de la parte general; Título I, de la persona humana; Capítulo 1, del comienzo de la existencia.

**Artículo 19.** Comienzo de la existencia

La existencia de la persona humana comienza con la concepción

Lembo (2017) cita la posición adoptada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos con respecto al inicio de la existencia de la persona humana, sosteniendo que se da desde el momento de la implantación del embrión en el útero materno; por lo tanto, el embrión que aún no se implanta no es persona humana.

Costa (2014) cita a Vélez cuando se refiere al inicio de la existencia de la persona, sostiene lo siguiente: “el comienzo de la existencia de la persona desde el momento mismo de la concepción en el seno materno” (p. 38).

Herrera (2014) sostiene que la expresión existencia de la persona humana comienza con la concepción, debe ser interpretada en dos aspectos, la concepción natural y la concepción en la aplicación de las técnicas de reproducción asistida.

✓ Concepción biológica; “la persona se inicia en la concepción. De este modo, el concebido es considerado una persona humana a los efectos del CC y C, en los mismos términos y con la misma extensión, limitación y condición (nacimiento con vida)” (Herrera, 2014, p. 49). De este modo como el concebido es una persona por nacer, es también un sujeto de derecho y obligaciones.

✓ Concepción mediante técnicas de reproducción asistida; Herrera (2014) funda su definición en el pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Artavia Murillo vs Costa Rica*; con ello tenemos que “la existencia de la persona humana comienza con la implantación del embrión, por ende, el embrión no implantado no es persona humana” (p. 49). Agrega que no se puede dar el embarazo si no se da como mínimo la implantación del cigoto. El Código en mención en su Capítulo 2 de las reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida, versa sobre el consentimiento que tiene que expresar la persona para someterse a las TERAS que hemos mencionado en los párrafos precedentes sobre la Ley N° 26.862. El artículo 561 confirma la corriente que siguen un grupo de doctrinarios argentinos al determinar que el embrión antes de la implantación, en el caso de las TERAS o la concepción, en el caso biológico no son considerados concebidos.

#### **Artículo 561. Forma y requisitos del consentimiento**

La instrumentación de dicho consentimiento debe contener los requisitos previstos en las disposiciones especiales, para su posterior protocolización ante escribano público o certificación ante la autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción. El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión.

Lembo (2017) sostiene que los artículos mencionados dejan abierta la posibilidad de una regulación específica de los embriones que no son utilizados en la fecundación *in vitro*.

#### 3.1.4. EN EL DERECHO COSTARRICENSE

El tratamiento legal que se da en Costa Rica a las TERAS han marcado el inicio del reconocimiento de este avance científico, pues el problema suscitado en el país mencionado llegó a ser materia de análisis en la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso denominado “Artavia Murillo y otros vs Costa Rica”, a continuación detallaremos cual fue la materia de controversia y el fallo que dicta la Corte y en consecuencia sus recomendaciones que genera la situación actual de la regulación de las TERAS en Costa Rica.

✓ Caso “Artavia Murillo y otros vs Costa Rica”:

En el estado costarricense se permitía las prácticas de la fecundación *in vitro*, para parejas conyugales, desde el 3 de febrero de 1995 que entró en vigencia el Decreto Ejecutivo N°24029-S emitido por el Ministerio de Salud. El mencionado Decreto Ejecutivo fue cuestionado por el señor Hermes Navarro de Valle, quién interpuso acción de inconstitucionalidad alegando que en las prácticas de la fecundación *in vitro* se vulneraba el Derecho a la vida de los embriones fecundados en el laboratorio.

La Corte Suprema de Costa Rica se pronunció declarando inconstitucional el Decreto Ejecutivo N°24029-S y en consecuencia prohibió las prácticas de la fecundación *in vitro*; dicho suceso perjudicó a las parejas que estaban en proceso de la *fecundación in vitro* y a las futuras parejas que desearan someterse; ello conlleva al Sr. Gerardo Trejos Salas y un grupo de ciudadanos costarricenses a presentar una petición inicial, de fecha 19 de enero del 2001, ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos quién se pronunció a favor de los demandantes dando recomendaciones al estado de Costa Rica para que regule las prácticas de la fecundación *in vitro*; sin embargo, pese a las prórrogas otorgadas

por la Comisión el estado de Costa Rica se negaba en cumplir con lo ordenado, ello trae como consecuencia que la Comisión, el 29 de julio del 2011, eleve el caso denominado “Artavia Murillo vs Costa Rica” a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El 28 de noviembre del 2012 la Corte emite sentencia, dictando lineamiento al estado de Costa Rica para la regulación de la fecundación *in vitro*:

- ✓ Se otorgue rehabilitación psicológica a las parejas afectadas con la prohibición de las TERAS.
- ✓ Garantías de no repetición de la violación que implicó adoptar las medidas apropiadas para dejar sin efecto con la mayor celeridad posible la prohibición de practicar la *fecundación in vitro*.
- ✓ Regular con prontitud los aspectos que considere necesarios para la implementación de la técnica referida, así como el sistema de inspección y control de calidad de las instituciones o profesionales calificados que desarrolle el método y adicionalmente la Caja Costarricense de Seguro Social debe incluir la disponibilidad de la fecundación *in vitro* dentro de sus programas de tratamiento de la infertilidad en su atención de salud.
- ✓ Indemnización compensatoria por daño material e inmaterial.

Una de las conclusiones a las que llega la Corte es que la decisión de ser o no madre o padres parte del derecho a la vida privada y la libertad reproductiva, y por ello pueden acceder a la tecnología médica para ser efectivo su derecho en mención.

Es menester resaltar la conclusión a la que llega la Corte con respecto al inicio de la vida en relación a la práctica de la fecundación *in vitro*, sostiene que los

métodos de reproducción asistida no atentan contra la vida, puesto que la vida inicia en la anidación, permitiendo con ello la regulación del destino de los embriones que no son implantados.

La decisión tomada por la Corte ha marcado un hito con respecto al tema tan controvertido de las TERAS, siendo vinculante no solo para Costa Rica, sino también para todos los países miembros de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

➤ Decreto Ejecutivo N° 39210-MP-S

Mediante el Decreto Ejecutivo N°39210-MP-S se autoriza la realización de la técnica de reproducción asistida de fecundación *in vitro* y transferencia embrionaria. Este decreto ejecutivo en sus consideraciones preliminares recoge el mandato de la Corte, por ello el objetivo que persigue es autorizar que se practiquen la *fecundación in vitro* y mediante ello garantizar el derecho reproductivo de toda persona que sea diagnosticada con infertilidad.

Según el artículo segundo toda persona mayor de edad que sea capaz, diagnosticada con infertilidad que se haya sometido a otros tratamientos médicos sin encontrar resultados exitosos, puede acceder a la fecundación *in vitro*.

Este Decreto reconoce la práctica de fecundación *in vitro* homologa y heteróloga, los centros de salud que las practiquen estarán sometidas a la fiscalización del Ministerio de Salud en coordinación de la Caja Costarricense de Seguro Social y el Colegio de Médicos y Cirujanos.

Al igual que en el país argentino, las personas que accedan a estas prácticas deberán manifestar libre y voluntariamente su consentimiento, que será

materializado en un formulario, individualmente, previa información de los pasos a seguir, así como de las consecuencias que se puede generar.

Publicándose posteriormente el Decreto Ejecutivo N° 39616 – S, el cual es una norma para establecimientos de salud que realizan la técnica de reproducción asistida de fecundación *in vitro* y transferencia embrionaria (FIV- TE), publicada el 11 de marzo del 2016.

➤ Los preembriones supernumerarios

Con respecto al tratamiento legal de los preembriones supernumerarios, tema que nos concierne, el presente Decreto ha establecido lo siguiente:

Debemos de partir que en el artículo 16° se establece que sólo se podrán transferir a la cavidad uterina 2 óvulos fecundados (preembriones) por ciclo reproductivo; ello conlleva, a que en el siguiente artículo (17°) se mencione que destinos podrán tener los preembriones que no se lleguen a introducir al útero, como criopreservarlos para futuros ciclos reproductivos y para ser donados previo consentimiento informado.

Se prohíbe el desecho, la comercialización, experimentación, selección genética, fisión, alteración genética, clonación y destrucción de los preembriones supernumerarios.

De lo señalado, tenemos que en Costa Rica se establece dos posibles destinos a los preembriones (óvulos fecundados) que nos son implantados a la mujer en un ciclo reproductor, permitiendo que estos puedan ser crioconservados para su

futura implantación en la misma pareja o mujer, o también su donación a terceros; todo ello previo consentimiento informado de quien toma la decisión.

## **3.2. EL DERECHO A LA VIDA**

### **3.2.1. LA VIDA COMO DERECHO FUNDAMENTAL**

Iniciamos preguntándonos ¿Qué entendemos por Derechos Fundamentales?

Pino (2013) cita a Ferrajoli para explicar que son los Derechos Fundamentales, y entiende a estos como derechos subjetivos que le corresponden a todos los seres humanos por el simple hecho de ser personas.

Para Taleva (2014) “los Derechos Humanos son los Derechos Fundamentales que el hombre posee por el hecho de ser hombre, por su propia naturaleza y dignidad; que le son inherentes y que no hacen a una concesión de la sociedad política, sino que deben ser garantizados y consagrados por esta” (p. 11).

Chanamé (2015) sostiene que los Derechos fundamentales son aquellos derechos subjetivos que están garantizados en una Constitución, es decir incluidos en la Constitución de manera explícita o implícita, los cuales son esenciales para el sistema político que sigan los países; así también agrega que protegen a la persona humana de las arbitrariedades que pueda cometer el Estado y los miembros de este.

La Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura – UNESCO, agrega que los Derechos Humanos son una protección de manera institucionalizada de los derechos de la persona humana contra los

excesos del poder cometidos por los órganos del Estado y de promover paralelamente el establecimiento de condiciones humanas de vida, así como el desarrollo multidimensional de la personalidad humana.

Por lo tanto, tenemos que todos los seres humanos somos titulares de los derechos fundamentales, ello porque poseemos el estatuto de personas; siendo el Estado y todos sus organismos que lo componen los encargados de garantizar el respeto de los derechos fundamentales.

El Derecho Fundamental que es el pilar para la titularidad y goce de los demás derechos, es el Derecho a la vida.

El Derecho a la vida, como ya hemos visto en el II Capítulo de la presente tesis, se encuentra previsto en el inciso 1 de la Constitución Política de 1993.

A nivel mundial se protege el mencionado derecho en los siguientes cuerpos legales: La Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos; los cuales posteriormente serán explicados.

García (2013) nos dice que la vida como Derecho es el atributo natural por excelencia; puesto que, de su respeto depende la realización de los demás derechos y libertades. Cuando hablamos de vida estamos ante la base de los demás derechos; pues este es inherente a la persona, intransmisible e irrenunciable. Este derecho no se limita al simple acto de nacer, por el contrario, va más allá de ello, como garantizarla a lo largo del desarrollo de la persona en su

niñez, adolescencia, en su etapa adulta, en la vejez; así también implica el respeto frente a los demás seres humanos.

Así mismo, le da la siguiente definición a la vida:

La vida puede ser definida como aquel lapso que transcurre en el ser humano desde su concepción natural o por medio de técnicas de reproducción asistida hasta su deceso y muerte. Ella consiste en la manifestación y la actividad del ser e implica un devenir en un espacio – tiempo determinado con un inicio (concepción) y un término (la muerte) (p. 122).

Concepto con el que estamos en total acuerdo, ya que, abarca las dos formas de concebir que son la concepción natural y mediante el uso de las Técnicas de Reproducción Asistida; la cual, es un gran avance científico que actualmente se practica en nuestra sociedad peruana.

Del concepto citado por García Toma se desprenden dos ideas centrales; el primero, la vida se inicia con la concepción, dejando de lado la idea errónea que la vida se inicia con el nacimiento; la segunda, la vida se manifiesta en las actividades que realiza el ser humano.

Como ya se ha advertido, el considerar a la concepción como el momento de la unión de los gametos femeninos y masculinos (fecundación) que a su vez se sustenta en la individualidad genética, no sería del todo correcto; puesto que, a la luz del análisis que realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Artavia Murillo vs Costa Rica* se argumenta que el término “concepción” no puede ser entendido como un proceso fuera del cuerpo de la madre, dado que el preembrión no podrá completar su desarrollo si no sucede la implantación, de ello

se deriva que solo es posible detectar el embarazo una vez que se ha implantado el blastocisto, suceso que genera la producción de la hormona Gonadotropina Coriónica. En suma, se considera a la concepción como el momento en que se implanta el preembrión en el útero materno, momento en que se inicia la vida humana y por ello su protección.

Con respecto a sostener que la vida se manifiesta con las actividades que realiza la persona, Rubio (2010) sostiene que la vida consiste en el fluir de los hechos que se producen en la realidad, un hecho elemental es el crecer físicamente de la persona, también se puede entender como los sucesos a partir de la relación con la sociedad. Así también acota que “todo ser humano tiene derecho a la vida, lo que quiere decir que no puede ser muerto arbitrariamente” (p. 83).

Papachini (2010) le da a la vida el título de inderogable e imprescriptible, pues afirma que la vulneración de este derecho es irreparable.

(...) la vida constituye la condición de posibilidades para el desarrollo de cualquier proyecto de felicidad o libertad, acabar con ella significa eliminar de hecho la posibilidad de disfrutar de los demás derechos. Una violación de este derecho se transforma para el individuo en un prejuicio irreparable (...) (p. 18).

El autor en mención le atribuye al derecho a la vida los siguientes valores:

✓ Es un derecho **absoluto**; pues, es “inherente al *status* humano y no implica cumplir con condiciones para poder gozarlo, agrega que su respeto se impone como un imperativo categórico, independiente de consideraciones externas” (p. 44). Este derecho se impone frente a conflicto con otros derechos.

✓ Es un derecho **inviolable**; este derecho “no puede ser vulnerado por parte de terceros, en ningún caso y por ninguna razón plausible: (...) ningún fin supuestamente superior podría autorizar a alguien desconocer o sacrificar el derecho a la vida de una persona” (p. 46).

✓ Es un derecho **imprescriptible**; este derecho “no prescribe en ningún momento y se conserva como una prerrogativa del individuo, incluso cuando este pareciese incurrir en los crímenes más abominables” (p. 47).

Agrega que el derecho a la vida tiene una justificación utilitarista, pues la vida es un medio indispensable para alcanzar el bienestar de la persona.

En resumen el Derecho a la vida es el atributo esencial de la persona, pues si no se tiene vida no se puede ejercer ningún otro derecho ni cumplir con las obligaciones que se nos pueda atribuir; no se puede renunciar al derecho a la vida, pues es inherente a nuestra condición de persona humana desde la concepción, momento en que se implanta el embrión en el útero materno, es decir desde que se nos considera concebidos.

✓ El Derecho a la vida en la Jurisprudencia peruana

- Expediente N° 02005-2009-PA/TC (FJ. 11)

En el expediente citado, nos hace mención que la vida es un derecho que todos poseemos por tener la condición de persona humana, también nos menciona que este derecho tiene reconocimiento internacional.

El derecho a la vida, inherente a toda persona humana, ha sido consagrado también por documentos internacionales relacionados con los derechos humanos, de los que el Perú forma parte que los vinculan especialmente en virtud de lo

dispuesto por la Disposición Final Cuarta de la Constitución, en los siguientes términos: “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por el Perú.

- Expediente N°3330-2004-AA, de fecha 11 de julio del 2005 (FJ.53)

El estado social y democrático de derecho no tiende a proteger la vida bajo cualquier tipo de condiciones; por el contrario, el Estado debe proveer las condiciones necesarias para que el derecho a la vida de las personas se realice con un mínimo de condiciones que la tornen digna. En otras palabras, se protege la vida, pero con dignidad. En estas circunstancias, se impone principalmente a los poderes públicos la promoción de esas condiciones; de ahí que la vida ya no es posible de ser entendida tan solo como un límite frente a los poderes públicos, sino también del poder privado.

- Expediente N° 2488-2005-HC, de fecha 18 de marzo del 2004 (FJ. 10)

Los derechos a la vida, a la libertad y a la seguridad personal, constituyen el sustento y fundamento de todos los derechos humanos; por tal razón, su vigencia debe respetarse irrestrictamente, sin que sea moralmente aceptable estipular excepciones o justificar su condicionamiento o limitación. El respeto de ellos y de las garantías para su libre y pleno ejercicio, es una responsabilidad que compete al Estado. En el caso que en el sistema jurídico no se tenga norma explícita que lo garantice, se debe adoptar, con arreglo a los procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la Convención Americana, las medidas legislativas o de otro carácter que sean necesarias para hacerlos efectivos.

- Expediente N° 1429-2002-HC, de fecha 19 de noviembre del 2002 (FJ. 14)

Debe tenerse presente que la vida no es un concepto circunscrito a la idea restrictiva de peligro de muerte, sino que se consolida como un concepto más amplio que la simple y limitada posibilidad de existir o no, extendiéndose al objetivo de garantizar también una existencia en condiciones dignas. Por esta razón, es indispensable la consideración de la vida en dignidad que, en este caso, se manifiesta con vida saludable.

### 3.2.2. EL DERECHO A LA VIDA EN LOS TRATADOS Y OTROS DOCUMENTOS INTERNACIONALES DE LOS QUE EL PERÚ ES PARTE.

- a. La Declaración Universal de Derechos Humanos.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos está inspirada en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1879. Fue proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, un 10 de diciembre de 1948 en París - Francia, mediante la Resolución 217 A (III); a esta declaración se le considera que ha marcado un hito en la historia de los Derechos Humanos, pues reconoce y establece los derechos fundamentales que deben ser protegidos a nivel mundial, esto como consecuencia de las violaciones y sufrimientos que padecieron las personas en la Segunda Guerra Mundial. La Declaración es considerada un ideal común para los países miembros, a cargo de la comisión encargada de la redacción de la Declaración estuvo Eleanor Roosevelt, quien justamente catalogó a los derechos fundamentales como el ideal común de todo ordenamiento jurídico, siendo más que una simple normas.

La Declaración contiene derechos económicos, sociales, políticos, culturales y cívicos que permiten la realización de la persona en su entorno social; la imputación de su titularidad no hace distinción alguna; lo que nos quiere decir que no interesa la nacionalidad, ni edad, creencias, ni mucho menos rasgos físicos, ni ninguna otra condición.

Banki (2015) agrega que “La Declaración constituye los fundamentos de un futuro justo y digno para todos y brinda a las personas de todo el mundo un poderoso instrumento en la lucha contra la opresión, la impunidad y las afrentas a la dignidad humana” (p. 4).

En suma, los Derechos que proclama la Declaración Universal de Derechos Humanos son atributos que se les debe respetar a todas las personas, ello contribuye a su subsistencia en su grupo social; el derecho a la vida como base de los demás derechos se encuentra regulado en su artículo 3°

El Artículo 3° versa de la siguiente manera:

“Todo individuo derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”.

b. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre fue aprobado el 30 de abril de 1948; es decir, antes que la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos; mediante una resolución de la Novena Conferencia Internacional Americana.

Fue el primer instrumento internacional contemporáneo de Derechos Fundamentales, donde destaca la postura que adoptó la OEA frente a los

derechos en mención; la Declaración American de Derechos y Deberes del Hombre surge como consecuencia de la Segunda Guerra Mundial, suceso que se caracterizó por los crímenes atroces cometidos por el régimen Nazi, torturas y violaciones de las personas judías. Otro suceso. En América los Estados Unidos aún afrontaba la discriminación racial, en El Salvador el voto no era secreto y en muchos países americanos las mujeres aún no tenían derecho al voto.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre regula en su artículo 1º el derecho a la vida.

Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la integridad de su persona.

c. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Del portal web de las Naciones Unidas se infiere que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fue adoptado por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI) el 16 de diciembre de 1966; estando vigente desde el 23 de marzo de 1976.

Es importante recordar que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos a nivel Internacional forma parte de la Carta Internacional de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cuya relevancia radica en el hecho de ser los pilares en la definición de los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas.

El Pacto contiene derechos individuales como el derecho a la vida, la libertad y seguridad de las personas, la protección contra la esclavitud y la tortura; así también reconoce la libertad de expresión, de pensamiento, conciencia, religión y de asociación.

Con respecto al derecho a la vida, se encuentra regulado en el Art. 6º, que versa de la siguiente manera:

1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.
2. En los países en que no hayan abolido la pena capital sólo podrá imponerse la pena de muerte por los más graves delitos y de conformidad con leyes que estén en vigor en el momento de cometerse el delito y que no sean contrarias a las disposiciones del presente pacto ni a la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio. Esta pena sólo podrá imponerse en cumplimiento de sentencia definitiva de un tribunal competente.
3. Cuando la privación de la vida constituya delito de genocidio se tendrá entendido que nada de lo dispuesto en este artículo excusará en modo alguno a los Estados Partes del cumplimiento de ninguna de las obligaciones asumidas en virtud de las disposiciones de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio.
4. Toda persona condenada a muerte tendrá derecho a solicitar el indulto o la conmutación de la pena de muerte. La amnistía, el indulto o la conmutación de la pena capital podrán ser concedidos en todos los casos.

5. No se impondrá la pena de muerte por delitos cometidos por personas de menores de 18 años de edad, ni se la aplicará a las mujeres en estado de gravidez.

6. Ninguna disposición de este artículo podrá ser invocada por un Estado Parte en el presente Pacto para demorar o impedir la abolición de la pena capital.

d. Convención Americana sobre Derechos Humanos.

García (2014) sostiene que La Convención Americana sobre Derechos Humanos es una herramienta internacional que contiene derechos y obligaciones atribuibles a las personas humanas; así mismo otorga protección de los derechos fundamentales a *las* personas que forman parte de la sociedad de los estados suscritos.

Los estados que han ratificado son: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam y Uruguay.

El máximo intérprete de la Convención es la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Versa en su artículo 4° sobre el derecho a la vida:

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción.

Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente. (...)

### **3.3. EL DESTINO DE LOS PREEMBRIONES SUPERNUMERARIOS Y LA POSIBLE VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA VIDA Y A LA DIGNIDAD HUMANA.**

Como se ha explicado en párrafos anteriores, el derecho a la vida es el atributo esencial de la persona, pues si no se tiene vida no se puede ejercer ningún otro derecho ni cumplir con las obligaciones que se nos pueda atribuir; no se puede renunciar al derecho a la vida, pues es inherente a nuestra condición de persona humana desde la concepción, momento en que se implanta el embrión en el útero materno, es decir desde que se nos considera concebidos.

Por otro lado, con respecto a la dignidad humana, en nuestro ordenamiento jurídico, el art. 1 de la Constitución Política del Perú establece que “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”. Al respecto, Chanamé (2009) sustenta que mediante este dispositivo se le asigna a la persona humana la más alta jerarquía dentro de la organización política, económica, legal y moral. Asimismo, señala que dentro de la dignidad humana se encuentran la esencia de otros derechos reconocidos normativamente. Por su parte, Romero (2003) es de opinión que frecuentemente se recurre a la dignidad humana cuando se busca respaldar aspectos éticos y jurídicos en la aplicación de la ciencia. En este sentido, citando a lo expresado mediante la *Declaración Universal sobre el Genoma Humano* y *los Derechos Humanos de la Unesco*, se establece que todo individuo tiene el derecho a la protección de su dignidad, cualquiera que sea sus características genéticas. Además, citando al *Protocolo Adicional al Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina del Consejo de Europa* señala que la finalidad del presente convenio es proteger la dignidad humana y la identidad de todas las personas. León (2011) nos define a la

dignidad humana como “es algo esencial al hombre, no es una simple cualidad que se adquiere, se tiene que por ser hombre. Por eso, es la única base posible para una fundamentación profunda de los derechos de la persona.” (p.46).

Asimismo, manifiesta que existen circunstancias en las cuales la vida humana se manifiesta, pero sin sus atribuciones propias a su naturaleza: autoconciencia, libertad, autodominio, entendimiento y voluntad, lo que también es conocido como “calidad de vida”. En sentido, explica que, en el estado embrionario o fetal, no se puede confundir la potencia de ser con el no ser, pues debe considerarse que el embrión ya tiene cualidad humana, por tener la potencialidad para desarrollarse como ser humano, por tanto, ya tiene dignidad humana por el hecho de ser humano en ese momento. Ante lo expuesto coincidimos con lo argumentado por el autor sobre el embrión; sin embargo, creemos necesario que se debe precisar desde cuando adquiere su condición de preembrión o de sujeto de derechos. Por ello, en segundo lugar, debemos definir si el **preembrión es sujeto de derecho**. Para ello resulta necesario esbozar un concepto “sujeto de derecho”, en este sentido Fernández (2009) lo define como “el ente al cual el ordenamiento jurídico imputa derechos y deberes (...) El término sujeto de derecho resulta así genérico al designar cualquier modalidad que asuma la vida humana en cuanto definición fundamental de lo jurídico” (p. 3). Sobre el estatuto jurídico del preembrión, León (2011) es de opinión que algunos hablan de un “respeto ético diferenciado”, el cual iría variando de acuerdo al nivel de desarrollo en el que se encuentren: blastocistos, embriones o fetos. Ante ello, el autor es de opinión la ciencia no debe demostrar si un ser es persona o no, pero sí puede acercarnos a comprender la importancia del desarrollo de la corporeidad humana desde el comienzo. Considera que resulta necesario que el embrión sea considerado persona y no una realidad “intermedia”, y, por tanto, debe ser

tratado con respeto y con dignidad humana. En ese sentido, establece que la dignidad debe extenderse a todo ser humano, sin diferencias, ya sea aún un individuo en potencia. Sobre la vida humana como bien básico de la persona, considera que, para lograr el respeto sin condiciones del derecho a la vida, resulta necesario salvaguardar la dignidad de la persona y el conjunto de todos los derechos que participan en esa realización integral del hombre. Indica que muchos autores consideran que la dignidad del embrión humano en las TERAS, ha quedado reducida a la concedida por la voluntad de los padres o de la sociedad. En este orden de ideas, considera que la fecundación *in vitro* vulnera el derecho a la vida, cuando existen embriones “sobrantes”, y que admitir ello, conlleva reconocer la racionalidad moral de los intentos dirigidos a reparar y mejorar la constitución biológica del ser humano. Por tanto, es de opinión que la nueva vida humana que surge a partir de la realización de las TERAS, exige una responsabilidad frente a las futuras generaciones, por lo que se abre el diálogo bioético entre la ciencia y los progenitores, a fin de respetar el derecho a la vida que se encuentra en cuestionamiento. A manera de discrepancia, Varsi (2001) explica que los derechos se organizan en base a “valores fundamentales” como son la dignidad, la libertad, la igualdad y la solidaridad los cuales permiten brindar protección y seguridad al ser humano. Sin embargo, el avance tecnológico y los cambios de la sociedad han generado que estos derechos clásicos, den el pase a una nueva gama de derechos. Entre aquellos nuevos derechos de la persona tenemos: Derecho a la integralidad, derecho a la existencia, derecho a conocer el propio origen biológico, derecho a la investigación de la paternidad, derecho a la intimidad genética, derecho a saber, derecho a no saber, derecho a la individualidad biológica, derechos reproductivos, derecho a sobrevivir, entre otros. Coincidimos con Varsi, en el sentido de que la sociedad es un cambio

constante de conductas y costumbres y por tanto el derecho tiene que ir evolucionando acorde a esos nuevos comportamientos, a fin de regularlos. En ese mismo sentido, Fernández (1995) con respecto a las técnicas de reproducción asistida manifiesta que “Los viejos esquemas éticos y jurídicos (...) sostienen que se ataca a la dignidad pues en el cigoto están todos los datos genéticos potencialmente configurados de la futura persona” (p.60). Asimismo, explica que dicho razonamiento podría llevarnos a pensar en el mismo sentido del cigoto o de los gametos masculinos y femeninos. Es decir, si pretendemos proteger el supuesto “derecho a la vida y a la dignidad de los preembriones” podríamos fundamentar en el mismo sentido sobre los gametos o ciertos órganos de nuestro cuerpo. Así las cosas, provocaríamos la prohibición de métodos anticonceptivos y técnicas de reproducción asistida que inhiban la anidación del preembrión en el útero. Bajo ese pensamiento, se prohibió en Costa Rica la ejecución de la Fecundación *in vitro*, sin embargo, en el año 2012 la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ordenó aplicar el decreto presidencial que autoriza la técnica.

#### 3.4.1. EN LA CRIOCONSERVACIÓN

Consideramos que es la opción más utilizada por los centros de fertilización alrededor del mundo. Sin embargo, parte de la doctrina tiene como crítica que, el también llamado congelamiento de preembriones, vulnera el derecho a la dignidad humana de los embriones por considerar que suspende el desarrollo de su vida y lo somete a la incertidumbre de ser implantado o desechado. En este sentido, cabría preguntarse si los preembriones son titulares del derecho a la dignidad humana, cuya abstracción es propia de los seres humanos.

Entre nuestros principales fundamentos se encuentra que el preembrión no tiene *status jurídico* de persona. En este sentido Gonzales (1996) explica que el décimo cuarto día desde la fecundación, marca el límite hasta cuándo se puede mantener un óvulo crioconservado. Esto coincide con a) la aparición de la cresta neural y b) la implantación del preembrión. Esto guarda relación con la fase en la que el preembrión no siente dolor y por tanto puede ser pasible de ciertas manipulaciones, como por ejemplo el proceso de la fecundación *in vitro*.

Sin embargo, Varsi (2001) argumenta sobre el *derecho a sobrevivir*, el cual es considerado como la continuación del derecho a la vida, referido al caso de los preembriones crioconservados. Este derecho considera que debe protegerse como seres humanos a los cuales se les ha suspendido el proceso de desarrollo embrionario, sin vulnerársele directamente el derecho a la vida, las cuales serán “retomadas” una vez que se haya verificado que cumplen determinadas características. Asimismo, señala que la dignidad humana impide estas prácticas de crioconservación.

En nuestra opinión, consideramos que no existe vulneración del derecho a la dignidad humana de los preembriones que son sometidos a las técnicas de congelamiento o crioconservación debido a que el preembrión aún no ha adquirido el *status jurídico* de concebido o de persona, y, por tanto, no puede ser susceptible de derechos o deberes. En este orden de ideas, no podríamos hablar de una vulneración al derecho a la vida o a la dignidad humana por no ser titulares de tales derechos. Sin embargo, como anteriormente hemos mencionado, esto no quiere decir que el preembrión sea equiparado a una cosa o a simple material genético sin protección alguna; por el contrario, somos de opinión que el

preembrión requiere de una regulación jurídica especial, la cual establezca límites sobre su tratamiento no permitiendo manipulaciones como la clonación o creación de híbridos. Por nuestra parte, somos de posición que este destino debería ser regulado por nuestro ordenamiento jurídico, estableciendo un consentimiento previo debidamente informado por parte de la pareja beneficiaria, así mismo, debería establecerse un plazo máximo de congelamiento, y fijarse un destino alternativo en caso de consecuente muerte o separación de los progenitores de dichos preembriones.

#### 3.4.2. EN LA EMBRIODONACIÓN.

También conocido como donación de preembriones. Podríamos decir que es el destino más viable debido a que no vulneraría el supuesto “derecho a la vida” como se alega en el desecho de preembriones, ni se vulneraría el supuesto “derecho a la dignidad humana” que se alega en la crioconservación o experimentación. Sin embargo, parte de la doctrina también lo cuestiona por la renuncia a la paternidad que realizan los padres biológicos al momento de donar sus preembriones. Ante ello, algunos doctrinarios consideran que el derecho a la identidad biológica tendrá sus limitaciones con respecto a personas ajenas a la relación padre/madre e hijo. Esto quiere decir que, si bien es posible establecer el anonimato de los donantes de preembriones, no obstante, se ha creído necesario proteger el derecho a la identidad biológica de los seres concebidos por medio de esta técnica y por tanto el ser concebido debe tener derecho a acceder a dicha información. Alguna parte de la doctrina incluso ha considerado que solo deberían darse a conocer los datos con respecto al historial clínico de los cedentes, -sin proporcionarse la identidad personal. Si bien el anonimato de los cedentes de

preembriones, constituye una garantía para los donantes y para los padres, esto no podría sobreponerse al deseo de conocer la identidad biológica; por tanto, se deberá ver reforzado por el principio de no vinculación jurídica entre los donantes (aunque se conozca su identidad) y los nacidos bajo las técnicas de reproducción asistida heteróloga. Es decir que, no se adquiere ninguna relación jurídico – parental con el nacido y se renuncian a los derechos paternales de los padres biológicos, los cuales no podrán ser reclamados posteriormente aun conociéndose la identidad del donante.

En este orden de ideas, somos de la opinión que la embriodonación es un desprendimiento sin fines de lucro que realizan los padres biológicos a fin de contribuir con el deseo de otra pareja de ser padres, y que la renuncia a su paternidad sobre sus preembriones supernumerarios es una muestra de desprendimiento y altruismo que no puede considerarse como atentatoria al derecho a la dignidad ni al de identidad biológica.

### 3.4.3. EN EL DESECHO O ELIMINACIÓN

El avance científico en la medicina humana, a través de la fecundación *in vitro*, en la actualidad brinda la oportunidad a las personas que sufren de infertilidad o esterilidad de poder tener hijos y alcanzar el sueño tan anhelado de una familia o de una sola persona con respecto a su proyecto de vida; así también, permite traer al mundo a hijos que gocen de buena calidad de salud.

Como todo descubrimiento científico, las prácticas de la fecundación *in vitro* también han traído innumerables cuestionamientos de ámbito moral y legal; pues el procedimiento de la *fecundación in vitro* implica la manipulación de preembriones. Dentro del marco de cuestiones que se presentan, el presente

trabajo se centra en el destino de preembriones supernumerarios de la fecundación *in vitro*.

Es innegable que al realizar la *fecundación in vitro* tengamos preembriones que no serán introducidos al vientre materno, pues sólo se permite introducir hasta tres preembriones viables, esto a razón de que se cuida el bienestar de la futura madre y de los futuros concebidos, ya que introducir un número mayor podría generar un embarazo múltiple, lo cual generaría problemas en la vida de la gestante.

Otra de las cuestiones es el ¿Por qué no sólo se fecundan 2 o 3 óvulos con el fin de evitar que existan preembriones supernumerarios? esto porque el procedimiento o también denominado ciclo se inicia con la estimulación ovárica en la mujer, pues se requiere de óvulos maduros para que puedan ser fecundados administrándose medicamentos hormonas inductoras de la ovulación por 14 días, Gonzales (1991) señala que se utiliza el citrato de clomífero, gonadotropina menopáusica humana y gonadotropina coránica; por lo tanto, sólo extraer la cantidad exacta de óvulo para ser fecundados sería arriesgar, ya que no siempre los preembriones que se obtienen son viables para su implantación y no todos los introducidos en el útero se concretarán en un embarazo, por lo que se tendría que inyectarse nuevamente hormonas a la mujer para obtener óvulos.

Esta investigación se adhiere a la teoría de la anidación, la cual sustenta que el inicio de la vida humana ocurre en la implantación del preembrión en el útero materno; a partir de esa estadía obtiene el estatus de concebido que lo mantiene hasta el día de su nacimiento.

De acuerdo a lo señalado, la interpretación del art. 2º inciso 1 de la Constitución y el art. 1º del Código Civil debe entenderse a la concepción como el momento de

la implantación, pues este término debe entenderse como la situación de la madre (que concibe) y no del embrión humano; así mismo, la anidación del embrión en el útero materno permite al cigoto captar los nutrientes para su adecuado desarrollo, sin ello sería imposible que el cigoto llegue a ser un feto en estado viable, también permite detectar el embarazo en la mujer a través de la segregación de la hormona Gonadotropina Coriónica.

Entonces, al hablar de preembrión haremos referencia al material genético en potencia cuyo destino será manifestado por las personas de las que se extrajeron los gametos femeninos y masculinos; es decir, las parejas decidirán que destino deben tener los preembriones que sobran, esta decisión debe ser tomada después de ser informados y guiados por los especialistas en la materia como médico, genetistas, biólogos.

Las parejas podrán decidir desechar sus preembriones supernumerarios cuando después de pasar por el diagnóstico genético preimplantacional tienen como resultado que los preembriones poseen alguna enfermedad genética que atente su futura calidad de vida, a esto se conoce como eugenesia en una manifestación negativa.

El Diagnóstico Genético Preimplantatorio, teniendo en cuenta lo expuesto por Germán (2012) se denomina DGP al proceso que estudia a los preembriones humanos que han sido creados mediante las técnicas de fecundación *in vitro*, teniendo como objetivo evitar la implantación de preembriones que estén afectados por alguna mutación o tengan alguna anomalía cromosómica que pueda desarrollar una enfermedad que signifique una mala calidad de vida al futuro ser.

Las clínicas informan a las personas que se someten a la fecundación *in vitro* sobre el Diagnóstico Genético Preimplantacional, teniendo los resultados las parejas son las que deciden si se implantan o no el preembrión con resultados negativos; es decir, se respeta la autonomía de la voluntad.

#### 3.4.4. COMO OBJETO DE INVESTIGACIONES CIENTÍFICAS.

El donar los preembriones supernumerarios para fines de investigación científica es mucho más controversial que crioconservarlos, donarlos o simplemente desecharlos, pues cuando se realizan las investigaciones científicas es inevitable la manipulación genética, es un riesgo que se debe tomar para conseguir nuevos avances y descubrimientos que serán de utilidad para la humanidad.

Como ya se ha señalado en líneas precedentes los preembriones no tienen vida, siendo solo material genético, sobre el cual los aportantes de los gametos que lo componen son los responsables de decidir su posible destino; sin embargo, esto no quiere decir que se deje al libre albedrío las prácticas que se puedan realizar en un laboratorio, pues como bien sabemos la Ley General de Salud Ley N° 26842 en su artículo 7° a finales del párrafo señala que está prohibido la clonación humana.

El Estado tendría que establecer criterios para que se pueda llevar a cabo las investigaciones científicas con preembriones humanos, designando también un ente fiscalizador. Gafo (1993) nos dice que se debe tomar en cuenta un control y seguimiento de las experimentaciones, a través de la formación de comisiones conformadas por profesionales especializados en la materia; agrega que, se debe evitar obtener una compensación económica como contraprestación para obtener un preembrión, con esto se evitará el tráfico ilícito de preembriones; así mismo, la donación para investigación científica no debe constituir ningún tipo de amenaza en

la salud de ningún miembro de la pareja; y por último, debe de ser mediante la concretización de la manifestación de la voluntad, esto implica el llenado de un documento pertinente que exprese la donación de los preembriones para estos fines. En consecuencia, se puede donar los preembriones para fines de investigación científica siempre y cuando se haya establecido parámetros de salud y fiscalización de las personas que realizan este tipo de estudios.

### **3.4. LA TUTELA JURÍDICA DE LAS PAREJAS SOMETIDAS A LAS PRÁCTICAS DE LA FECUNDACIÓN *IN VITRO* COMO TÉCNICA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.**

#### **3.4.1 DEFINICIÓN DE TUTELA**

En primer lugar, recurriremos a lo establecido por la Real Academia Española (2014) sobre el concepto de tutela, la cual la define en el sentido siguiente:

1. Autoridad otorgada para cuidar de la persona y sus bienes debido a que éste carece de capacidad civil.
2. Quien desarrolla el cargo de tutor.
3. Amparo o defensa de una persona respecto de otra.

En sentido, tomaremos el concepto de amparo o defensa de una persona respecto a otra. Continuando con nuestro análisis, somos de la opinión que al hablar de “tutela jurídica” podemos entender que esta protección emana de lo jurídico, lo legal, es decir de la razón de la ley.

#### **3.4.2 DEFINICIÓN DE TUTELA JURÍDICA**

(Tutela Jurídica, s.f.). Es un marco protector que el derecho establece para compensar las relaciones sociales y garantizar el adecuado cumplimiento de las normas creadas para tal fin. Tiene como prioridad cuidar del sujeto “débil” dentro de la relación jurídica. Podemos concluir que la tutela jurídica busca otorgar protección a todo aquel que requiera de un respaldo jurídico o legal para poder salvaguardar un bien jurídico en específico.

### 3.4.3 TUTELA JURÍDICA Y TUTELA JURISDICCIONAL

Otro concepto desarrollado por el derecho procesal es la Tutela Jurisdiccional, el cual incluso se encontraba claramente diferenciado de la Tutela Jurídica, debido a los poderes del Estado que las ejercían. En este sentido, Priori (2014) señala que cuando nos referimos a “tutela jurisdiccional efectiva” nos referimos a esa relación indisoluble entre tutela jurídica y tutela jurisdiccional. De esta forma, se busca romper la dicotomía existente entre la tutela jurídica (reservada al legislador) y la tutela jurisdiccional (otorgada al poder judicial). De igual manera, Villegas (2014) señala que no significa que el derecho a la tutela jurídica permita una exclusiva exigencia a los jueces, pues también alcanza al legislador, quien mediante el ejercicio de sus prerrogativas deberá promover normas que faciliten el acceso a la tutela jurídica.

### 3.4.4. TUTELA JURÍDICA Y SUJETOS DE DERECHO

A modo de conclusión podríamos decir que la tutela jurídica es la protección brindada por el Estado a través de sus leyes y su eficaz aplicación por los operadores del Derecho, donde todo sujeto de derechos puede exigir su cumplimiento. Es así que, Monroy (1994) señala que “todo sujeto de derechos,

sea persona natural o jurídica, concebido, patrimonio autónomo, órgano constitucional autónomo, órgano público despersonalizado o cualquier otro sujeto (...) puede solicitar la intervención del Estado” (p. 526). Teniendo en cuenta ello, al observar nuestra realidad problemática podemos advertir que existe desprotección del Estado por la falta de regulación sobre Técnicas de Fecundación *in vitro* y específicamente, sobre el destino de los preembriones supernumerarios en las técnicas de fecundación *in vitro*. En este orden de ideas, podríamos decir que actualmente el Estado no ofrece tutela jurídica a las parejas estériles que se someten a dichas técnicas, vulnerándose así el acceso a la tutela jurisdiccional efectiva. Martel (2002) expresa que “El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es de carácter público y subjetivo, por cuanto toda persona (sea natural o jurídica, nacional o extranjera, capaz o incapaz, de derecho público o privado, aun el concebido tiene capacidad de goce) por el solo hecho de serlo tiene facultad de dirigirse al Estado, a través de sus órganos jurisdiccionales, competentes y exigirle la tutela jurídica plena de sus intereses. Este derecho se manifiesta procesalmente de dos maneras: derecho de acción y el derecho de contradicción. En amparo a ello, concluimos que existe la necesidad de diseñar una propuesta legislativa sobre el destino de los preembriones supernumerarios en las técnicas de fecundación *in vitro* que permita la tutela jurídica a las parejas estériles.

#### 3.4.5. DERECHOS TUTELADOS.

Grover (2013) sostiene que tanto varones como mujeres tienen la libertad de decidir en qué momento formarán una familia y el tiempo adecuado para reproducirse y ello conlleva a que el Estado les brinde una adecuada información y políticas que le permitan realizar su planificación familiar.

El derecho a la reproducción, a ser padres, a formar una familia, se encuentran inmersos en los siguientes derechos fundamentales que nuestra Constitución reconoce, son los siguientes:

- ✓ Art. 1 La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del estado.

Entendamos a la dignidad como la cualidad inherente del ser humano que lo hace diferente a los demás seres vivos, el cual sustenta el fundamento de sus derechos.

Fernández (2005) sostiene que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad constituyen la razón de ser del Derecho; el cual fue creado para proteger, en última instancia, la libertad personal, a fin de que cada ser humano, dentro del bien común, pueda realizarse en forma integral, es decir, pueda cumplir con su proyecto de vida, el mismo que es el resultante de la conversión de su libertad ontológica en acto, conducta o comportamiento. Aunado a ello sostiene que El Derecho pretende eliminar los obstáculos que pudieran impedir el libre desarrollo del personal proyecto de vida.

De lo cual podemos inferir que es deber de todos y de los organismos del Estado de defender a la persona en todos sus aspectos, permitiéndoles concretar su proyecto de vida, cubriendo sus necesidades básicas. Muchas personas enfocan su proyecto de vida en tener una familia, una descendencia para poder sentirse realizados como varón o como mujer, en decidir cuántos hijos tener. Desde esta perspectiva el Estado debería brindar las posibilidades de recurrir a Técnicas de Reproducción Asistida a quienes no tienen problemas de infertilidad o esterilidad y respetar la decisión de cuántos hijos tener permitiéndoles decidir sobre el

destino de los embriones supernumerarios que puedan resultar de las prácticas de la *fecundación in vitro*.

Ríos, Álvarez & Sar (2015, p.9) sostienen que el derecho a la autodeterminación reproductiva está ligado con la dignidad de la persona, señalando a la Casación N° 02005-2009-AA-FJ:

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

La autodeterminación reproductiva implica no solo implica que la persona decida cuando es el momento adecuado para procrear, sino también la elección del método para lograrlo, como lo hemos podido ver en el párrafo anterior.

✓ Art. 2. – Toda persona tiene derecho:

1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. (...)

Dentro de este artículo nos enfocaremos al libre desarrollo y bienestar, proteger el derecho a la libertad implica proteger a la persona, su vida y su razón de ser.

La libertad se nos muestra como la capacidad inherente al ser humano de decidir, por sí mismo, su proyecto de vida. Ello, sobre la base de las opciones o posibilidades que le ofrecen tanto su mundo interior sus potencialidades y energías como el mundo exterior, la sociedad. La libertad permite que la persona sea lo que decidió ser en su vida, lo que considera que debe hacer. La vida, a través de sus actos y conductas, se constituye en la manifestación de la libertad. Esta es un constante proyectar, presente y actuante en la realidad del mundo. La persona, en tanto libre, decide sobre su vida, construye su propio destino, realiza su proyecto de vida, así como perfila su propia identidad. Todo ello hace que la persona, sea única, singular, irrepetible, no estandarizada. La dignidad inherente a la persona deriva, precisamente, de su condición de ser libertad.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Artavia Murillo vs Costa Rica*, en su fundamento 142, señala que la libertad en su sentido más extenso se entiende como la capacidad de hacer y no hacer lo que esté lícitamente permitido; es decir, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a Ley su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. Aunado a ello señala que la libertad, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana, haciendo hincapié que la Corte ha resaltado el concepto de libertad y

la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones.

De los sustentado en párrafos anteriores tenemos que el derecho a la reproducción se encuentra inmerso en el derecho a la defensa de la persona humana y respeto por su dignidad y en el derecho a la su libre desarrollo y bienestar; pues esto implica que la persona es libre de decidir sobre su vida, el momento en que desea formar una familia, procrear con la persona que elija y en el momento que considere más oportuno acudiendo a los métodos que escoja, si es el caso que no pueda concebir, y decidiendo sobre el destino de sus preembriones supernumerarios; siendo el estado el encargado del desarrollo del bienestar de la persona como miembro de la sociedad debe viabilizar los mecanismos para el cumplimiento del bienestar de la persona.

### **3.5 CASUÍSTICA**

#### **3.5.1 CASO PÍLDORA DEL DÍA SIGUIENTE: CESE DE LA DISTRIBUCIÓN GRATUITA A NIVEL NACIONAL**

Esta sentencia fue emitida el dieciséis de octubre de dos mil nueve (16/10/2009) por el Tribunal Constitucional y se encuentra contenida en el Expediente 02005-2009-PA/TC.

El presente caso corresponde a una demanda de amparo interpuesta por la ONG “Acción de Lucha Anticorrupción” contra el Ministerio de Salud, mediante el cual se pretende que éste se abstenga de:

(i) Iniciar el programa de distribución de la denominada “Píldora del Día Siguiente” en todas las entidades públicas, asistenciales, policlínicos y demás

centros hospitalarios en los cuales se pretenda su entrega gratuita. (ii) Distribuir bajo etiquetas promocionales, proyectos que el Poder Ejecutivo pretenda aprobar y ejecutar respecto del Método de Anticoncepción Oral de Emergencia, sin previa consulta del Congreso de la República.

En el presente caso podemos observar el análisis realizado por el Tribunal Constitucional, quien arguye que no se ha podido comprobar si la Píldora del día siguiente tiene un efecto abortivo. El principal fundamento del Tribunal es que no ha podido comprobarse si dicha píldora tiene como efecto la inhibición de la implantación del óvulo fecundado en el endometrio, pues podría estarse atentando el derecho a la vida de los embriones fecundados antes de su anidación.

Para llegar a tal conclusión, el Tribunal Constitucional, ha adoptado la Teoría de la Fecundación como Teoría del inicio de la vida, es decir considera que “la concepción de un nuevo ser humano se produce con la fusión de las células materna y paterna (...) La anidación o implantación, en consecuencia, forma parte del desarrollo del proceso vital, mas no constituye su inicio” (fundamento 38).

Finalmente, el TC concluye que el extremo de la demanda relativo a que se ordene el cese de la distribución gratuita a nivel nacional de la denominada “Píldora del Día Siguiete”, debe ser declarado fundado y se ordena a los laboratorios que producen, comercializan y distribuyen la denominada “Píldora del Día Siguiete” incluyan en la posología la advertencia de que dicho producto podría inhibir la implantación del óvulo fecundado. Sin embargo, considera que esta decisión puede variar si en un futuro se podría llegar a determinar con certeza sobre de la inocuidad del *levonorgestrel* para el concebido.

✓ ANÁLISIS CRÍTICO

Sobre el efecto de inhibir la implantación del óvulo fecundado: Como se ha mencionado en el resumen de la presente sentencia, uno de los principales fundamentos para declarar fundada la presente demanda fue que no había podido comprobarse si dicha píldora tiene como efecto la inhibición de la implantación del óvulo fecundado en el endometrio. La importancia de este “detalle” radicaba en que no podría promoverse la distribución gratuita de una pastilla que estaría vulnerando el derecho a la vida de preembriones que estuvieran apunto de anidarse. Como hemos podido advertir de lo explicado por Fernández (1995); dentro del desarrollo embrionario existe un momento en el cual el preembrión encontrándose en estado de *blastocisto*, adquiere la capacidad de poder anidarse, lo cual solo puede llevarse a cabo en el útero y sucede en las primeras 72 horas. Es necesario tener en cuenta que según Farnós (2011) el período preembrionario tiene una duración aproximada de 14 días. En este sentido, esta píldora como método anticonceptivo oral de emergencia (AOE) está compuesto por *levonorgestrel* y funciona: a) inhibiendo la ovulación e impidiendo la fertilización del óvulo por el espermatozoide o b) inhibiendo su implantación en el útero, dependiendo del momento del desarrollo preembrionario en que haya sido ingerida.

Vulneración al derecho a la vida: El tribunal Constitucional considera que podría estarse atentando el derecho a la vida de los embriones fecundados antes de su anidación. Para llegar a tal conclusión, el Tribunal Constitucional, ha adoptado la Teoría de la Fecundación como Teoría del inicio de la vida, es decir considera que

“la concepción de un nuevo ser humano se produce con la fusión de las células materna y paterna (...) La anidación o implantación, en consecuencia, forma parte del desarrollo del proceso vital, mas no constituye su inicio” (fundamento 38).

En este punto, queremos enfatizar nuestro desacuerdo con lo sustentado por el Tribunal Constitucional en esta sentencia, en la cual se adhiere a la Teoría de la Fecundación como teoría del inicio de la vida, manifestando que la anidación constituye una etapa del desarrollo embrionario. La Teoría de la Fecundación sustenta que la vida humana se inicia con la fecundación del óvulo por el espermatozoide, en la cual surge un individuo genéticamente distinto a sus padres que se irá desarrollando al paso del tiempo (Martínez, 1994); sin embargo, la crítica es de opinión que no es posible determinar como el inicio de la vida al momento de la fusión de los gametos, pues este aún no ha adquirido su individualización como ser humano, lo cual lo convierte en uno y único. En esta línea de ideas, Varsi (2013) nos explica sobre la Teoría de la Anidación, la cual sostiene que el cigoto antes de la implantación puede fisionarse, fusionarse o ser expulsado; afirmando que es en la anidación del preembrión en el útero materno cuando el ser humano se encuentra debidamente individualizado.

Por tanto, somos de la opinión de que los efectos del *levonorgestrel* ya sea: a) inhibiendo la ovulación e impidiendo la fertilización del óvulo por el espermatozoide o b) inhibiendo su implantación en el útero; no vulnerarían el derecho a la vida de los preembriones, pues estos aún no han adquirido el status jurídico de persona humana y por tanto no tienen derecho a la vida.

*Sobre la posibilidad de variar la decisión si en un futuro se podría llegar a determinar con certeza sobre de la inocuidad del levonorgestrel para el*

concebido: El Tribunal Constitucional concluye declarar fundada la demanda en el extremo de ordenar el cese de la distribución gratuita a nivel nacional de la denominada “Píldora del Día Siguiente”, y se ordena a los laboratorios que producen, comercializan y distribuyen la denominada “Píldora del Día Siguiente” incluyan en la posología la advertencia de que dicho producto *podría* inhibir la implantación del óvulo fecundado. Sin embargo, lo que llama la atención de la presente sentencia es que deja abierta la posibilidad de reconsiderar su decisión de determinarse con certeza que el levonorgestrel no provoca daños en el concebido. En atención a esta consideración, se planteó una solicitud de medida cautelar en el año 2016 a fin de que se ordene la distribución gratuita del levonorgestrel en centros de salud del Estado.

### 3.5.2 CASO PÍLDORA DEL DÍA SIGUIENTE: ORDENA AL MINISTERIO DE SALUD SU DISTRIBUCIÓN GRATUITA DE MANERA PROVISIONAL

Esta sentencia fue emitida por el Primer Juzgado Especializado en lo Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, y se encuentra contenida en la Resolución Nro. Tres del diecinueve de agosto de dos mil dieciséis del Expediente 30541-2014-18-1801-JR-CI-01.

El presente caso corresponde a una solicitud de medida cautelar, mediante la que se pretende “que se ordene la distribución gratuita en los centros de salud del Estado del *levonorgestrel* como anticonceptivo oral de emergencia” pedido que es el mismo al que se está solicitando como pretensión en la demanda principal de Acción de Amparo.

Entre el principal argumento de la parte actora se afirma que: “al año siguiente de emitida la Sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente Nro. 02005-

2009-PA/TC, la Organización Mundial de la Salud publicó de forma actualizada la “Hoja Informativa sobre la Seguridad de las Píldoras Anticonceptivas de Emergencia de *levonorgestrel*, en ella aseguró explícitamente que el AOE no posee efectos abortivos (...) Adicionalmente a ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió la Sentencia Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica en la que se estableció una interpretación de lo que significaba la concepción, planteando las siguientes afirmaciones: ‘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 (...)’ por lo que indica no cabe duda que la Corte Interamericana de Derechos Humanos concluyó, en base a un análisis científico y jurídico que la concepción debe darse por iniciada con la implantación del embrión y no con la fecundación; en ese sentido se reafirman los postulados científicos de la inocuidad del *levonorgestrel* con postulados jurídicos; y, por tanto se ha cumplido lo señalado por el Tribunal Constitucional en relación a que, existiendo un consenso sobre la inocuidad del *levonorgestrel*, resulta razonable y necesario que se distribuya el AOE en los centros de salud para que se deje de vulnerar los derechos de las mujeres a la igualdad y no discriminación, a la autonomía reproductiva y a una vida libre de violencia” (Considerando 8)

✓ ANÁLISIS CRÍTICO

En este caso podemos observar el análisis realizado por el Primer Juzgado Especializado en lo Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, quien recogió lo argumentado por la parte demandante y fundamentándose en el caso Artavia Murillo Vs. Costa Rica y la Nota Descriptiva N° 244 de la Organización

Mundial de la Salud declaró fundada Medida Cautelar que ordena al demandado, Ministerio de Salud, distribuya gratuitamente de manera provisional el Anticonceptivo Oral de Emergencia AOE levonorgestrel, conocido como la “píldora del día siguiente”, otorgándole al Ministerio de Salud, un plazo de 30 días para cumplir la sentencia. Así mismo, consideró que la resolución expedida por el Tribunal Constitucional en el 2009 sobre el caso “Píldora del día siguiente” era “discriminatoria” debido a que no prohibía el comercio de dicho producto sino prohibía su distribución gratuita a nivel nacional como política pública. Es decir, las “personas de escasos recursos” se verían dificultadas de acceder a esta pastilla por el alto costo que tiene en el mercado.

Mediante la presente resolución podemos concluir que en nuestros magistrados ya vienen resolviendo conforme los alcances de lo resuelto en el caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica* y lo señalado en la Nota Descriptiva N° 244 de la Organización Mundial de la Salud, apartándose de la posición del Tribunal Constitucional en el 2009 quien recogía la Teoría de la Fecundación como teoría del inicio de la vida, adoptando la Teoría de la Anidación.

En este sentido compartimos lo argumentado por el Primer Juzgado Especializado en lo Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, quien recoge la Teoría de la Anidación como Teoría del inicio de la vida para demostrar la inocuidad del *levonorgestrel* debido a que actúa en una etapa anterior a la anidación del preembrión en el seno materno, por tanto, no se encontraría vulnerando ni su derecho a la vida ni su derecho a la dignidad por no corresponderle su tutela.

### 3.5.3 CASO ARTAVIA MURILLO VS COSTA RICA

Sentencia emitida el 28 de noviembre del 2012, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso “Artavia Murillo y Otros (“Fecundación in vitro”) vs Costa Rica”.

El caso en mención nos presenta un conflicto relacionado a las prácticas de la fecundación in vitro, como tratamiento de la infertilidad, ocurrido en Costa Rica. El Estado Costarricense, a través de la Sala Constitucional de la Corte Suprema, el 15 de marzo del 2000, declara inconstitucional el Decreto Ejecutivo N°24029 – S, que autorizaba la práctica de la FIV para parejas conyugales y su ejecución, alegando que el método para concebir en mención atentaba contra la vida y la dignidad del ser humano, puesto que se destruían embriones sin reparo alguno, así también sostuvo que se producía problemas psicológicos en las mujeres que se sometían a dichas prácticas, entre otros argumentos en contra.

La prohibición de la fecundación in vitro, afectó a muchas parejas que a través de este método deseaban formar una familia y tener hijos para poder desarrollar su vida privada a plenitud; por lo cual, el 19 de enero del 2001 el señor Gerardo Trejos Salas presenta la petición inicial a La Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

La Comisión aprobó el informe de fondo 85/100 que contiene las recomendaciones para el Estado de Costa Rica, al no cumplir el Estado Costarricense con las recomendaciones dadas a pesar de habersele otorgado tres prórrogas, se elevó el caso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos para

que se pronuncie con respecto a los derechos vulnerados por el Estado de Costa Rica.

El objeto de controversia de la sentencia en mención radica en analizar si se vulnera el derecho a la vida privada, familiar y a formar una familia, así mismo, el Derecho a la igualdad de las víctimas, como consecuencia de la prohibición de la práctica de la fecundación *in vitro* declarado por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica.

Una de las conclusiones a las que llega la Corte es que la decisión de ser o no madre o padres parte del derecho a la vida privada y la libertad reproductiva, y por ello pueden acceder a la tecnología médica para ser efectivo el derecho en mención.

Es menester resaltar la conclusión a la que llega la Corte con respecto al inicio de la vida en relación a la práctica de la FIV, sostiene que los métodos de reproducción asistida no atentan contra la vida, puesto que la vida inicia en la anidación.

La decisión tomada por la Corte ha marcado un hito con respecto al tema tan controvertido de las TERAS, siendo vinculante para todos los países miembros de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

#### ✓ ANÁLISIS DEL CASO

Sin lugar a dudas el pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como Órgano Judicial de la Organización de los Estados Americanos, que tiene como propósito el de aplicar e interpretar la Convención Americana de

Derechos Humanos, entre otros tratados que defienden los Derechos Humanos; ha dado un gran aporte con respecto a las prácticas de la Fecundación *in vitro*, tema que es controvertido en muchos países americanos; puesto que, para muchos estas prácticas vulneran el derecho a la vida.

Dentro de la gama de derechos que analiza la CIDH, nos centraremos en el aporte que realiza con respecto al Derecho a la vida y a las pautas que establece con respecto a la definición de concepción e inicio de la vida; pues nos permitirá la interpretación del ordenamiento jurídico peruano y a partir de ello establecer los fines de los preembriones supernumerarios en la fecundación *in vitro*.

✓ Del Derecho a la vida y la interpretación de la palabra concepción

La CIDH realiza un profundo análisis con respecto al Artículo 4.1 de la Convención Americana, que también forma parte nuestro país, que versa de la siguiente manera *“Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley, en general, a partir del momento de la concepción, nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.”*

Parte por conocer qué se entiende por concepción, ya que desde ese instante se protege el derecho a la vida. La Corte sostiene que, en el año 1969, fecha en que se firmó la Convención Americana aún no era de gran impacto el avance científico de la fecundación extracorpórea, por ello, sólo se tomó en cuenta que la reproducción podía darse de forma natural o biológica; sin embargo, no se puede dar la espalda a los nuevos sucesos que se generan por el avance científico.

La Corte arriba a la conclusión que la concepción es el momento de la implantación, pues este término debe entenderse como la situación de la madre

(que concibe) y no del embrión humano; así mismo, la anidación del embrión en el útero materno permite al cigoto captar los nutrientes para su adecuado desarrollo, sin ello sería imposible que el cigoto llegue a ser un feto en estado viable, también permite detectar el embarazo en la mujer a través de la segregación de la hormona Gonadotropina Coriónica. Lo explicado se encuentra plasmado en el fundamento 187 de la sentencia del caso analizado.

Fundamento 187: 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 posibilidad de supervivencia si la implantación no sucede. Prueba de lo anterior, es que solo es posible establecer si se ha producido o no un embarazo una vez que se ha implantado el óvulo fecundado en el útero, al producirse la hormona denominada Gonadotropina Coriónica, que sólo es detectable en la mujer que tiene un embrión unido a ella. Antes de esto es imposible determinar si en el cuerpo ocurrió la unión entre el óvulo y un espermatozoide y si esta unión se perdió antes de la implantación (p. 60).

Tenemos que la Corte aplicó la teoría de la anidación para analizar que es la concepción y por ello el inicio de la vida.

La anidación se produce después que el óvulo fecundado ha recorrido la trompa de Falopio y en simultáneo haber realizado mitosis llegándose a convertir en blastocisto. La anidación también es un proceso, inicia a partir del séptimo día de ser fecundado el óvulo, el blastocisto empieza a adherirse al endometrio por medio de la *villi* secretando la hormona denominada gonadotropina coriónica humana, mediante la presencia de esta hormona el cuerpo de la mujer detecta el

embarazo preparándose inmediatamente para albergar al nuevo ser (McConnell y Hull, 2012).

Valverde (2001) sostiene que en el caso de la fecundación *in vitro*, como ya se ha explicado en el primer capítulo del presente trabajo, la fecundación del óvulo se realiza en un laboratorio bajo la dirección de biólogos y médicos; esto porque la mujer o el varón presentan problemas de infertilidad o esterilidad. Entonces, si el preembrión en calidad de blastocisto no es implantado en el útero materno éste no tendrá la posibilidad de desarrollarse, porque necesita de los nutrientes de la madre para alcanzar su viabilidad; esto no quiere decir que el preembrión sienta o reclame ser implantado, pues sólo es un conjunto de células en potencia que si no siguen su curso nunca llegarán a tener vida.

Teniendo en cuenta lo que sostiene la Corte y los autores en mención, la vida debe protegerse desde el momento de la implantación, puesto que antes no se considera que tienen vida, porque sólo es material genético. Crisanto (2016) apoya la teoría de la anidación con la cual concordamos en que es la más adecuada, puesto que, sostiene que el blastocisto antes de implantarse en el útero materno es un conjunto de células que por ningún motivo debe ser considerado como vida humana, puesto que aún no ha concluido con su desarrollo.

La Corte cuando realiza la interpretación del artículo 4.1 que hace referencia al derecho a la vida, sostiene que este derecho no es absoluto, por ello no debe provocar la desprotección de los demás derechos que se reconocen en el Convenio, lo sustenta en el numeral 258 y 259.

258. (...) la finalidad del artículo 4.1 de la Convención es la de salvaguardar el derecho a la vida sin que esto implique la negación de otros derechos que protege la Convención. En ese sentido, la cláusula “en general” tiene como objeto y fin el permitir que, ante un conflicto de derechos, sea posible invocar excepciones a la protección del derecho a la vida desde la concepción. En otras palabras, el objeto y fin del artículo 4.1 de la convención es que no se entienda el derecho a la vida como un derecho absoluto, cuya alegada protección pueda justificar la negación total de otros derechos (p. 81)

259. (...) esta visión niega la existencia de derechos que pueden ser objeto de restricciones desproporcionadas bajo una defensa de la protección absoluta del derecho a la vida, lo cual sería contrario a la tutela de los derechos humanos, aspecto que constituye el objeto y fin del tratado. (...) (p. 81)

En el caso en concreto se discutía el derecho a la vida del concebido frente a los derechos de las personas que desean acceder a las técnicas de fecundación *in vitro*, esto es el derecho a formar una familia, a la reproducción, a la salud, a la vida privada. La gran interrogante que surge es ¿tendrá vida el embrión antes de la concepción? ¿en ese estadio el derecho a la vida tendrá protección absoluta frente a otros derechos reconocidos?

La Corte realiza una interpretación sistemática e histórica de los distintos tratados que se firmaron en el mundo con respecto a la protección de los Derechos Humanos como la Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, llegando a la conclusión de que no se puede otorgar el status de persona al embrión.

También realiza la interpretación evolutiva, alegando que al momento de la redacción de la Convención Americana de Derechos Humanos aún no estaba en boga las técnicas de reproducción asistida, por ello sólo se tomó en cuenta la reproducción biológica; tal y como se ha analizado en líneas precedentes.

El gran aporte que nos deja la Corte en los numerales citados 258 y 259, es que el derecho a la vida si bien es el derecho pilar para el reconocimiento de los demás derechos, este no puede contrarrestar los demás derechos reconocidos, más aún si se tiene en cuenta que la vida del concebido inicia con la implantación del cigoto en el útero materno (teoría de la anidación), por lo tanto antes de implantarse sólo es material genético que merece protección. Partiendo de esta idea se permite crioconservar, donar y/o desechar a los preembriones que sobran en la fecundación *in vitro*, pues no se está vulnerando el derecho a la vida.

La Corte señala que si bien en muchos países que están suscritos a la Convención Americana de Derechos Humanos la fecundación *in vitro* no es materia de regulación, las prácticas de esta técnica de reproducción asistida se ejecuta en diversos centros de salud de la localidad correspondiente, puesto que tampoco hay prohibición por parte de los Estados; ello conlleva a deducir que los Estados no consideran que la protección del embrión deba ser absoluta, de tal manera que se considere que esta técnicas atenten contra el derecho a la vida y por ello la vulneración del artículo 4° de la Convención Americana de Derechos Humanos. Ello se encuentra argumentado en el numeral 256 de la sentencia materia de análisis:

La Corte considera que, a pesar de que no existen muchas regulaciones normativas específicas sobre la FIV en la mayoría de los Estados de la región, estos permiten que la FIV se practique dentro de sus territorios. Ello significa que, en el marco de las prácticas de la mayoría de los Estados parte en la Convención, se ha interpretado que la convención permite la práctica de la FIV. El Tribunal considera que estas prácticas de los estados se relacionan con la manera en que interpretan los alcances del artículo 4 de la Convención, pues ninguno de dichos estados ha considerado que la protección del embrión deba de ser de tal magnitud que no se permitan las técnicas de reproducción asistida o, particularmente, la FIV. En ese sentido, dicha práctica generalizada está asociada al principio de protección gradual e incremental – y no absoluta – de la vida prenatal y la conclusión de que el embrión no puede ser entendido como persona (p. 81).

En el caso de nuestro país Perú, se viene realizando las prácticas de la fecundación *in vitro* y otras técnicas de reproducción asistida en diversas clínicas como “Concebir” “Pranor”, entre otras, como se ha podido observar en el capítulo II de la presente tesis estos centros de fertilización se rigen al Protocolo suscrito en la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida, la cual es un parámetro para que realicen la fecundación *in vitro* y apliquen el destino que ellos crean conveniente a los preembriones supernumerarios, que inevitablemente surgen de las prácticas de fecundación *in vitro*, mas no existe una regulación específica en nuestro país.

Del análisis de la Constitución y las Leyes más importantes de nuestro ordenamiento jurídico peruano como son el Código Civil y el Código de Niños y Adolescentes, se pudo inferir que no se toca el tema de la fecundación

extracorpórea, limitándose la interpretación del artículo 2 inciso 1 de la Constitución, el artículo 1 del C.C y el artículo 1 del Código de Niños y Adolescentes, a tan solo en el contexto de la procreación natural y biológica; dando pie a que podamos darle una interpretación más extensiva y acorde a la realidad y portes de la ciencia, partiendo del análisis del caso desarrollado. Así también podemos advertir que no hay ninguna Ley que prohíba las prácticas de la fecundación *in vitro*, de lo que se advierte que el Estado peruano no considera las prácticas de estas técnicas vulneren del derecho a la vida, de lo contrario ya hubiera una prohibición expresa. Por ello la necesidad de regular las técnicas de reproducción asistida y mucho más aún el destino de los preembriones supernumerarios de la fecundación *in vitro* para otorgar tutela jurídica a las parejas que deseen acceder.

Con respecto al derecho a la reproducción como ideal de la persona humana y la libertad de decidir en acceder a la fecundación *in vitro* la Corte sostiene lo siguiente: “El decidir acceder a las técnicas de reproducción asistida para poder tener hijos biológicos forma parte de los derechos a la integridad personal, a la vida privada y familiar, y a la libertad personal; asimismo la decisión, como manifestación de la voluntad, es parte de la autonomía de cada persona o de la pareja”

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en su fundamento 142, señala que la libertad en su sentido más extenso se entiende como la capacidad de hacer y no hacer lo que esté lícitamente permitido; es decir, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a Ley su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. Aunado a ello señala que la libertad, es un

derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana, haciendo hincapié que la Corte ha resaltado el concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones.

De lo sustentado en párrafos anteriores tenemos que el derecho a la reproducción se encuentra inmerso en el derecho a la defensa de la persona humana y respeto por su dignidad y en el derecho a la su libre desarrollo y bienestar; pues esto implica que la persona es libre de decidir sobre su vida, el momento en que desea formar una familia, procrear con la persona que elija y en el momento que considere más oportuno acudiendo a los métodos que escoja, si es el caso que no pueda concebir, siendo el estado el encargado del desarrollo del bienestar de la persona como miembro de la sociedad debe viabilizar los mecanismos para el cumplimiento del bienestar de la persona.

Desde esta perspectiva se puede afirmar que las Técnicas de Reproducción Asistida como la fecundación *in vitro* ayudan a ejercer el Derecho a la Reproducción que posee todas las personas, puesto que apalían el problema de infertilidad y esterilidad que afrontan el 20% de parejas peruanas, cabe resaltar que estos métodos no curan la infertilidad.

Así que prohibir su utilización implicaría vulnerar los derechos fundamentales de las personas y a su vez desconocer la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual ha llegado a la conclusión que los Métodos de Reproducción Asistida no atentan contra la vida, puesto que la vida inicia en la anidación y no en la fase embrionaria.

Lo resuelto por la Corte Interamericana, nos referimos al inicio de la vida humana, se puede aplicar a la resolución de casos en nuestro país y también como sustento de interpretación del artículo 2 inciso 1 de la Constitución y del 1° del Código Civil; puesto que consideramos que la vida inicia con la implantación del cigoto en el útero materno, a partir de ese momento estaríamos denominándole al embrión con la figura jurídica de concebido; por ende la concepción se entiende como el momento de la implantación. Partiendo de esta posición los preembriones que sobran en las prácticas de la fecundación *in vitro* no tendría vida; pues tal y como lo afirma Escalante (2012) en el Informe de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, fundamenta que desde el momento de la fertilización del óvulo maduro y durante de los 14 días posteriores, el óvulo es un grupo celular creciente, dónde no hay la presencia de tejidos especializados ni órganos; agrega que no hay individualidad, puesto que existe altas probabilidades que se generen gemelos monocigóticos.

Por ello, arribamos a la conclusión que no hay vida antes de la implantación, quedando a consentimiento de la pareja que se somete a fecundación *in vitro* decidir su destino teniendo las posibilidades de crioconservarlos, donarlos o desecharlos, esto a través de un texto legislativo que le brinde seguridad de los derechos de las parejas que acuden a la fecundación *in vitro*.

#### 3.5.4 CASO MATERNIDAD SUBROGADA CON PRONUNCIAMIENTO SOBRE EL DESTINO DE LOS PREEMBRIONES SUPERNUMERARIOS.

Sentencia emitida por el Décimo Quinto Juzgado Especializado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima contenida en la Resolución Nro. Treinta y Uno, de fecha seis de enero del dos mil nueve, del Expediente 183515-2006-00113.

El Décimo Quinto Juzgado Especializado de Familia, analiza la impugnación de maternidad que interpone la demandante Carla See Aurish contra Jenni Aurish de la Oliva y Luis Mendoza Barber, pretendiendo se le reconozca como madre de la menor Daniela Mendoza Aurish.

El tema de fondo de la sentencia es la exclusión de maternidad en conjunto con fecundación *in vitro* y la maternidad subrogada, puesto que la demandante Carla See se somete juntamente con su esposo Luis Mendoza a la técnica de fecundación *in vitro*, acudiendo también al “vientre en alquiler” quien en este caso es su madre la señora Jenni Aurish, con el deseo de formar su propia familia. Producto de las prácticas mencionadas logra nacer la pequeña Daniela Mendoza Aurish, quien es hija biológica de la demandante, pero que al nacer es registrada como hija de la madre gestante (vientre en alquiler).

Si bien gran parte del análisis se basa en determinar la filiación de la menor; es necesario mencionar que en el considerando Décimo Cuarto la magistrada se pronuncia con respecto a los preembriones supernumerarios que han sido congelados, ordenando se haga efectivo el derecho a la vida de los tres preembriones supernumerarios.

#### ✓ ANÁLISIS DEL CASO

En el considerando décimo cuarto se analiza el destino de los preembriones supernumerarios de la fecundación *in vitro* a la que se someten la señora Carla See Aurich y su esposo el señor Luis Mendoza Barber. Del caso expuesto sabemos que se llegan a fecundar seis óvulos, por lo tanto, tenemos seis preembriones de los cuales sólo tres se llegan a introducir en el útero de la persona que es vientre en alquiler, crioconservándose tres preembriones.

Es menester señalar que el destino de los preembriones supernumerarios no es materia de Litis en el presente caso; sin embargo, la jueza considera como su deber el emitir sentencia sobre estos preembriones que se encuentran crioconservados en la clínica en dónde se practicó la fecundación *in vitro*, por decisión de la pareja.

El *Ad quem* parte por sostener que el derecho a la vida, a crecer y a desarrollarse en el seno de una familia son derechos indisponibles; ello lo argumenta citando el Art. 1 del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, del cual infiere que el concebido es niño, en consecuencia, tiene derecho a la vida desde el momento de su concepción; refuerza su argumento sosteniendo que el niño por su falta de madurez física y mental necesita protección legal. De lo expuesto tenemos que la jueza considera “niños” a los preembriones supernumerarios que se encuentran crioconservados y por ello tienen derecho a la vida y a tener una familia, ordenando que en el plazo de dos años se introduzcan al útero de la demandante o en una persona que sea vientre en alquiler.

Décimo Quinto: Que en consecuencia nos preguntamos ¿Qué hacer con los embriones sobrantes? ¿Qué medidas tomar respecto de los tres concebidos que se encuentran congelados vivos? En nuestro país aún no se regula una ley de reproducción humana asistida, que contemple estas situaciones fácticas y proteja el derecho de los niños. Analizando el derecho comparado, tomando como base, la legislación española, la Ley 14.2006 sobre “Técnicas de Reproducción Asistida”, del veintiséis de mayo del dos mil seis, en su artículo 11° establece los diferentes destinos posibles que podrán darse a los embriones crioconservados: 1) Su utilización por la propia mujer o su cónyuge; 2) La donación con fines reproductivos; 3) La donación con fines de investigación; y 4) El cese de su conservación sin otra utilización. De acuerdo a nuestro derecho nacional solo es

válido y ética y moralmente aceptable la primera alternativa, dado que los dos siguientes, al considerar al embrión, no sujeto de derecho, sino objeto de derecho, afecta principios elementales de la dignidad humana, dado que la persona es siempre un valor en sí y por sí misma y no puede ser tratada como objeto utilizable, como instrumento o medio, por esta sustantiva razón se le debe respeto desde el primer instante de su existencia, más aún que conforme el Artículo 7° última parte de la Ley General del Salud, Ley N° 26842 Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos; la última alternativa, tampoco la consideramos adecuada, por cuanto implica la muerte de los embriones crioconservados lo que conlleva a la vulneración del derecho que tiene todo ser humano a la vida desde su concepción; por lo tanto, deben citarse las medidas adecuadas con la finalidad de hacer efectivo el derecho a la vida, que tiene todo concebido en su calidad de niño, de conformidad además con lo dispuesto en el artículo 2° inciso 1 de la Constitución Política del Estado (p. 12)

Consideramos totalmente erróneo e inconcebible lo ordenado por la jueza con respecto a los preembriones supernumerarios de la pareja Mendoza See; ello porque contraviene a la autonomía de determinación de la pareja y sus derechos reproductivos, y en ningún momento se vulnera el derecho a la vida de los preembriones supernumerarios.

Hay que tener en cuenta que estamos frente al caso de una fecundación asistida realizada, Valverde (2001) nos dice que la fecundación *in vitro* “es una técnica de reproducción humana asistida que busca la fecundación del ovulo por el espermatozoide fuera del aparato reproductor femenino, recurriendo para ello a procedimientos no naturales” (p. 50). En estas circunstancias el preembrión, que aún no es introducido al claustro materno, no tiene las posibilidades de desarrollarse hasta

llegara a ser un feto viable si este no es implantado en el útero materno, ya que no podría absorber los nutrientes de la madre para su óptimo desarrollo

Para la correcta interpretación del artículo 2º inciso 1 de la Constitución Política, el artículo 1º del Código Civil y el artículo 1º del Código del Niño y del Adolescente; debemos acogernos a la teoría de la implantación como el momento en que inicia la vida del ser humano, pues es en este momento en que alcanza su individualidad implantándose en el útero materno para absorber los nutrientes que este necesita para poder desarrollarse; momento que debe ser conocido como la concepción.

Compartimos con lo argumentado por Varsi (2013) quien sostiene que el cigoto antes de la implantación puede fisionarse, fusionarse o ser expulsado, estos fenómenos afectan la individualización del ser humano entendido como ser único y ser sólo uno.

Puesto que como lo analiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Artavia Murillo vs Costa Rica*, este término hace referencia al momento en que la mujer tiene en su útero al embrión, desde esta momento se considera el embarazo gracias a presencia de la hormona gonadotropina coriónica; así también la Corte llegó a la conclusión que la vida no es un derecho absoluto que deba protegerse aun cuando esto implique la desprotección de otros derechos como la vida privada, el derecho a tener una familia, derechos a la reproducción. Por lo tanto, la vida es un derecho que debe protegerse desde el momento de la implantación, que es también el momento en que se le atribuye el estatus de concebido, a partir de ese momento merece protección gradual, pues no es lo mismo hablar de concebido que de una persona.

Siendo que antes de la implantación se les denomina preembriones, tenemos que Fernández (1995) define al preembrión como una “masa de células sin forma humana reconocible; tiene incipientes posibilidades de implantarse y llegar a término, aunque

sea transferido al útero. (...) es imposible considerar que tiene el desarrollo de un individuo único, indiferenciado, con vida propia, autónoma y cierta” (p.59).

Habiendo entendido que la vida inicia con la implantación del blastocisto en el útero materno, tenemos que los preembriones son material genético perteneciente a las parejas que se someten a la fecundación *in vitro*; y por lo tanto, son ellos los que por su autonomía de la voluntad que poseen tienen la potestad de decidir el destino de sus preembriones supernumerarios ya sea su crioconservación para ser utilizados en un futuro, la donación para personas que padezcan infertilidad, su desecho o su donación para la realización de estudios guiados y parámetros (no se permite la clonación).

Con la existencia de la Ley del Destino de los preembriones supernumerarios de las técnicas de fecundación *in vitro* permitiría a las parejas que se someten a estas prácticas decidir cuál de estos 4 posibilidades tendrán como destino sus preembriones; pues la ley se fundamenta en el consentimiento expreso e informado de las parejas portadoras de los gametos que forman al preembrión, lo cual les brinda tutela jurídica; es decir, se sientan protegidos ante cualquier decisión o suceso que vulnere su derecho a formar una familia, a reproducirse y sobre todo a su autonomía de la voluntad.

En el caso materia de Litis, tenemos que la demandante no puede concebir en su útero al blastocisto, porque sufre de insuficiencia renal lo cual pondría en riesgo la vida del futuro bebé y la de ella como madre, ello está probado por un certificado médico que se expone como medio probatorio en el presente caso; justamente esta situación es lo que lleva a que acuda a un vientre en alquiler, que en el presente caso es la madre de la demandada, quien por amor a su hija accede a darle la posibilidad de ser madre. Entonces, es contradictorio que la jueza ordene que estos preembriones supernumerarios sean colocados a la demandante; tampoco que sean colocados en la

mujer que ofreció su vientre de alquiler, puesto que la madre por la edad que tiene (53 años) corrió riesgos con el embarazo, provocando que la menor Daniela nazca a los 7 meses.

Al ordenar estos destinos y dar como plazo dos años, está violando el derecho a la privacidad de la pareja Mendoza See, pues ellos en la esfera de su privacidad tienen el derecho de decidir cuándo es que quieren intentar tener otro bebé, y si es que lo quiere, pues cabe la posibilidad que en su proyecto de vida sólo quiera tener un hijo.

Con la aplicación de la propuesta de la Ley del destino de los preembriones supernumerarios evitaríamos vulnerar derechos fundamentales del ser humano, como lo hacen en la presente sentencia.

### 3.5.5 CASO NIEVES REYES Y OTROS. VS. RENIEC

Esta sentencia fue emitida por el Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima contenida en la Resolución N° Cinco del veintiuno de febrero de dos mil diecisiete del Expediente 06374-2016-0-1801-JR-CI-05.

El presente caso corresponde a una demanda de amparo interpuesta por la sociedad conyugal conformada por F.D.N.R. y A.N.B.V; la sociedad conyugal conformada por F.C.L.S. y E.B.R.U. y los menores de iniciales L.N.N.R. y C. D. N. R., representados por F.D.N.R y E.B.R.U., contra RENIEC, mediante la cual se pretende que se otorgue protección a los derechos a la identidad de L.N.R. y C. D. N. R concebidos a través de una técnica de reproducción asistida.

En el presente caso podemos observar el análisis realizado por el Juzgado Especializado en lo Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, quien

arguye que no es posible realizar una interpretación a *contrario sensu* del artículo 7 de la Ley General de Salud debido a que podría interpretarse que todos los casos en los que la condición de madre genética y madre gestante no coincidan, se encuentran prohibidos. Debe tenerse en cuenta que los supuestos no contemplados en el artículo 7 de la Ley General de Salud, se encuentran reconocidos mediante el ordenamiento convencional y además no existe legislación que lo prohíba expresamente.

El principal fundamento desarrollado en el análisis constitucional de la presente sentencia es que toda persona que tuviera problemas en su salud reproductiva tiene derecho a tomar el tratamiento médico adecuado para su padecimiento y, además, a tomar otras medidas informadas y libres vinculadas a ese ámbito de su salud. Por tanto, si el derecho a acudir a las técnicas de reproducción asistida para tratar la infertilidad de las parejas se encuentra reconocido en el sistema convencional, sería ilógico que se perturbe o desconozca la condición de madre de la mujer o de la pareja que acudió a dicho método.

Por tanto, concluye que el Estado Peruano tiene el deber de reconocer el derecho a la identidad de un niño concebido a través de una técnica de reproducción asistida (maternidad subrogada heteróloga).

#### ✓ ANÁLISIS CRÍTICO

Sobre el derecho a la salud reproductiva: Esta sentencia mediante su considerando sexto, señala que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas –ONU, ha establecido a través de las Observaciones Generales N° 14 del 2000 y N° 22 del 2016, que este derecho no solo incluye el derecho a la salud sexual y reproductivas, sino además a sus factores

determinantes básicos. En este sentido, se encuentra inmerso el derecho a la vida privada, la autonomía reproductiva, y el acceso a la tecnología médica necesaria. Por su parte la Corte Interamericana de Derechos Humanos mediante el caso *Artavia Murillo vs Costa Rica*, ha establecido que “toda persona tiene derecho a beneficiarse del progreso científico y de sus aplicaciones para acceder al derecho a la salud reproductiva, sin restricciones desproporcionadas e innecesarias para ejercer tales derechos.

Mediante el artículo V del Título Preliminar de nuestro Código Procesal Constitucional vigente, se prescribe “*El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte*”. En este sentido, el alcance brindado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos debe ser interpretado en concordancia con los derechos constitucionales protegidos por nuestro ordenamiento jurídico. Por tanto, si al amparo del sistema convencional que vincula al Estado peruano, una persona ha acudido a las técnicas de reproducción asistida para –con el apoyo de la tecnología y de una tercera persona- alcanzar la situación de madre, sería un contrasentido que luego de que tal técnica alcanzó un resultado favorable (dio lugar a la concepción, gestación y nacimiento de un bebé) se perturbe o desconozca la condición de madre de la mujer o de la pareja que acudió a dicho método.

La regulación de las TERAS en el ordenamiento jurídico peruano: Sobre la

maternidad subrogada, encontramos su definición dentro de nuestra doctrina, en este sentido Fernández (1995) nos explica que algunas mujeres presentan problemas para llevar a cabo un embarazo en su útero, lo cual puede ser ocasionado por anomalías o ausencia del útero. En estos casos se recurre a la maternidad subrogada o de alquiler, que consiste en implantar el embrión producto de una pareja (quien aporta los gametos) en otra mujer, en cuyas entrañas se desarrollará el embarazo y, tras el alumbramiento deberá entregar el bebé a sus padres biológicos.

Dentro de nuestro ordenamiento legal no existe una regulación específica sobre Técnicas de Reproducción Asistida, existiendo únicamente el art. 7 de la Ley General de Salud el cual 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”*. En este sentido, Varsi (2013) nos explica que en la legislación peruana existe una “prohibición tácita” de la maternidad subrogada, debido a que la Ley General de Salud en su artículo 7, establece que la condición de madre genética debe coincidir con la de madre gestante. Esto quiere decir que la ley no ha previsto un contexto de una embriodonación, ovodonación o maternidad subrogada, en los cuales existe una madre sustituta que acepta albergar dentro de su útero el producto con material genético que no le corresponde, con la finalidad de entregar el bebé a dicha pareja una vez suscitado el nacimiento.

El Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, genera un precedente al interpretar el art. 7 de la ley general de la

salud concordante con los establecido por La Corte Interamericana De Derechos Humanos mediante el caso Artavia Murillo Vs Costa Rica en el año 2012, pues dicho juzgado concluye que mediante el mencionado artículo no se está prohibiendo la maternidad subrogada, sino que está limitando el ejercicio a los casos en los cuales la condición de madre gestante coincida con la de madre genética. Asimismo, señala que no puede realizarse una interpretación a contrario sensu del texto citado para concluir que proscribe el uso de TERAS para otras situaciones. En este sentido, al no encontrarse prohibido expresamente, y al encontrarse reconocido por el ordenamiento convencional el derecho a beneficiarse del progreso científico y de sus aplicaciones para acceder al derecho a la salud reproductiva, deberá reconocerse el derecho a acceder a las técnicas de reproducción asistida, específicamente al derecho a la maternidad subrogada y las consecuencias jurídicas que esta conlleve. En nuestra opinión, coincidimos con lo resuelto por este juzgado, debido a que consideramos que los derechos reproductivos reconocidos por el ordenamiento convencional deben ser recogidos por nuestro ordenamiento jurídico a fin de otorgar tutela jurídica a las parejas beneficiarias de dichos tratamientos. De este modo, se evitaría que tengan que recurrir a los tribunales a fin de hacer valer los derechos que ya se encuentran reconocidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Así mismo, resaltamos la labor del Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, por el análisis efectuado en la presente sentencia, lo cual debe servir como criterio para otros juzgados al momento de resolver; sin perjuicio de ello, creemos necesaria una regulación específica sobre técnicas de reproducción asistida y sobre fecundación *in vitro*.

### III. MATERIALES Y MÉTODOS

#### 3.1 TIPOS DE INVESTIGACIÓN

##### 3.1.1 SEGÚN LA NATURALEZA O PROFUNDIDAD:

**Descriptiva:** Tamayo (2014) “Comprende la descripción, registro e interpretación de la naturaleza actual, y la composición o procesos de los fenómenos. (...) trabaja sobre realidades de hechos, y su característica fundamental es la de presentarnos una interpretación correcta” (p. 52).

La presente investigación, según su alcance es de tipo descriptiva; puesto que, se detalló la falta de regulación específica de las prácticas de las técnicas de fecundación *in vitro*, se demostró que las parejas que se someten a la fecundación *in vitro* no tienen tutela jurídica.

#### 3.2 MÉTODO DE INVESTIGACIÓN

##### 3.2.1 MÉTODOS GENERALES

###### a. Método Deductivo – Inductivo.

“Aquella orientación que va de lo general a lo específico; es decir, que parte de un enunciado general del que se van desentrañando partes o elementos específicos” (Caballero, 2013, p. 83).

Dentro de los métodos generales de la investigación científica, hemos utilizado el método deductivo, esto se debe a que se advirtió la necesidad de regular el destino de los preembriones supernumerarios en las técnicas de fecundación *in vitro*, no vulnera los derechos fundamentales a la vida y a la dignidad humana, porque el preembrión no tiene el status jurídico de

persona (verdad general) y mediante la regulación se otorgó tutela jurídica a las parejas estériles que se someten a dicha práctica con respecto al problema del destino de los preembriones supernumerarios (verdad específica). Esta situación se advirtió del último informe emitido en el año 2014 por la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida (publicado en su página web [www.redlara.com](http://www.redlara.com)) sobre la práctica de las TERAS en Latinoamérica donde se pudo observar que al año 2014 se registraron treinta y ocho mil ochenta y seis (38,086) ciclos iniciados de FIV / ICSI, de los cuales en treinta y cinco mil veintitrés (35,023) casos se recuperó al menos un ovocito metafase-2 con la finalidad de ser implantado; sin embargo solo en veinticinco mil setecientos cuatro (25, 704) casos fue transferido al menos un embrión. Por tanto, podemos concluir que en nueve mil trescientos diecinueve (9,319) casos de ciclos iniciados de FIV/ICSI se generó preembriones supernumerarios los cuales debieron tener un destino distinto a la implantación. De esto se advirtió que existe la necesidad de regular el destino de estos preembriones supernumerarios y si resulta posible su regulación sin vulnerar los derechos fundamentales a la vida y a la dignidad humana.

Por tratarse de una investigación de enfoque cualitativo; también, se utilizó el método inductivo, puesto que hemos partido de casos reales que actualmente carecen de regulación jurídica dentro de la legislación peruana. “con este método se analizan los casos particulares a partir de los cuales se extraen conclusiones de carácter general” (Valderrama, 2015, p. 98).

b. Método analítico

“Consiste en la descomposición de un todo en sus partes, con el fin de observar las relaciones, similitudes, diferencias, causas, naturaleza y efectos (...)” (Valderrama, 2015, p. 98). Hemos utilizado este método porque mediante el análisis de doctrina, jurisprudencia y legislación se llegó a la esencia del problema.

3.2.2. MÉTODOS ESPECÍFICOS DEL DERECHO

a. Comparativo

“Permite conocer la totalidad de los hechos y fenómenos de la realidad estableciendo sus semejanzas y diferencias en forma comparativa” (Carrasco, 2007, p. 272). Se utilizó este método, porque hemos recurriríamos al derecho comparado para analizar los criterios que han tomado como base las legislaciones extranjeras para regular del destino de los preembriones supernumerarios.

b. Hermenéutica

“En su aplicación, previamente debe ser interpretada con el fin de sacar a la luz el significado que encierra delimitando y explicando con otras palabras más claras y precisas que hagan posible su comprensión” (Aranzamendi, 2013, p. 101). Este método se utilizó para llegar a una adecuada interpretación de la doctrina nacional y comparada. Se Analizó los artículos de la Convención Americana de Derechos Humanos, la Constitución, El Código Civil, El Código de Niños y Adolescente, la Ley General de Salud,

entre otros instrumentos normativos que resulten relevantes para la investigación; se obtuvo un conocimiento más amplio de la norma contenida en cada dispositivo legal.

c. Argumentación

“Exposición razonada de ciertas ideas donde se deducen las razones por las que le autor considera que esas ideas son válidas” (Aranzamendi, 2013, p. 104). Se utilizó este método porque a través del razonamiento jurídico lógico se ha logrado persuadir a terceros sobre la validez de nuestras conclusiones.

d. Sistemático

“(…) consiste en determinar qué quiere decir una norma, atribuyéndole los principios o conceptos que están descritos con mayor claridad en otras normas, pero que no están claramente expresados en el texto normativo que se quiere interpretar” (Ramos, 2014, p. 143). Hemos utilizado este método de interpretación jurídica, puesto que se interpretó el Art. 7 de la Ley General de Salud, como única norma que regula las TERAS; así también se realizó una interpretación concordante con lo regulado en otros cuerpos normativos de mayor jerarquía como la constitución.

d. Jurisprudencia de interés

“Señala que el sentido fundamental de toda legislación es el de regular en forma adecuada las relaciones interhumanas (...) Debe adecuarse a los resultados del conocimiento de la ley a las necesidades judiciales de la jurisprudencia” (Ramírez, 2010, p. 512). Se aplicó este método, porque nos

permitió realizar una adecuada interpretación del Art. 7 de la Ley General de Salud, y se determinó su contribución con el bien común.

e. Jurisprudencia sociológica

“Considera que el derecho no es pura lógica, puesto que su objetivo es la justicia y el bienestar social y para ello tiene que considerar el entorno en donde se produce, crea y aplica el derecho” (Ramírez, 2010, p. 512). Hemos aplicado este método, porque consideramos que el derecho debe ir regulando nuevas conductas de la sociedad, como el avance científico con respecto a las técnicas de reproducción asistida.

g. Sociológico:

“(…) atiende a consideraciones extrajurídicas y se sirve de disciplinas científicas distintas al Derecho. El intérprete se distancia de su estilo tradicional de razonamiento y se coloca en la perspectiva del observador o del científico social (…)” (Ramos, 2014, p. 145). Se utilizó este método porque el problema del destino de los preembriones supernumerarios es un problema de nuestra realidad social, el cual requiere de una alta especialización en la materia de derecho y genética para poder realizar un diagnóstico de la situación actual. Por tal motivo, hemos recurrido a expertos en dichas disciplinas que contribuyeron sustancialmente con el desarrollo de la presente tesis.

h. Realista

“Busca medir la eficacia de una institución o norma jurídica y utiliza técnicas de investigaciones empíricas o de campo, esto es, encuestas,

entrevistas (...)” (Ramírez, 2010, p. 514). En la presente investigación se utilizó esta técnica, porque se han realizado entrevistas al director de la escuela profesional de Biotecnología y a dos médicos que laboran como catedráticos en la escuela de Medicina Humana de la Universidad Nacional del Santa.

### 3.3 DISEÑO DE CONTRASTACIÓN

El diseño de investigación será de INVESTIGACIÓN – ACCIÓN:

“La finalidad de la investigación – acción es comprender y resolver problemáticas específicas de una colectividad vinculadas a un ambiente (grupo, programa, organización o comunidad)” (Hernández, 2014, p. 496).

Mediante nuestra investigación se analizó la problemática sobre el destino de los preembriones supernumerarios y en consecuencia se ha propuesto una regulación específica que no vulnera los derechos fundamentales a la vida y a la dignidad humana, por el contrario, otorgó tutela jurídica a las parejas estériles que se sometan a las técnicas de fecundación *in vitro*.

Específicamente, dentro de la investigación jurídica, el diseño de investigación al cual nos subsumiremos es el DESCRIPTIVO-PROPOSITIVO debido a que: Descriptiva. - “Tiende a describir las partes y rasgos esenciales de fenómenos fácticos o formales del Derecho” (Aranzamendi, 2013, p. 79). Se ha estudiado las técnicas de Fecundación *in vitro*, las teorías del inicio de la vida, los derechos fundamentales a la vida y a la dignidad humana y la tutela jurídica. Propositiva. - “Evidencia el vacío o lagunas de una de las normas jurídicas o se cuestionan las existentes determinando sus límites y deficiencias para proponer una nueva, la reforma o su derogatoria” (Aranzamendi, 2013,

p. 82). En la presente investigación se indagó sobre la falta de regulación específica del destino de los preembriones supernumerarios, llegando a conocer que es posible la regulación del destino de los preembriones supernumerarios en las técnicas de fecundación *in vitro* sin vulnerar los derechos fundamentales a la vida y a la dignidad humana para otorgar tutela jurídica a las parejas estériles.

### **3.4 POBLACIÓN MUESTRAL**

El muestreo es un “instrumento de gran validez en la investigación; en este el investigador selecciona las unidades representativas a partir de las cuales obtendrá los datos que le permitirán extraer inferencias acerca de la población que se investiga” (Tamayo, 2014, p. 181). En la presente investigación se utilizó la muestra teórica o conceptual y la muestra por conveniencia para el análisis de la problemática surgida a partir de la falta de regulación del destino de los preembriones supernumerarios. Se utilizó un total de 5 sentencias.

#### **3.4.1 MUESTRA TEÓRICA O CONCEPTUAL**

Hernández (2014), sostiene que “Se eligen las unidades porque poseen uno o varios atributos que contribuyen a formular la teoría” (p.389). En el desarrollo de la presente tesis se utilizó este tipo de muestra, puesto que hemos recurrido a jurisprudencias que se han pronunciado sobre la teoría del inicio de la vida que adopta nuestro ordenamiento jurídico, luego se analizó y comparó con jurisprudencia internacional. Los 2 casos de muestra teórica que se analizó son el Expediente N° 02005-2009-PA/TC, que contiene la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional de fecha dieciséis de octubre de dos mil nueve y el Expediente N° 30541-2014-18-1801-JR-CI-01 que contiene la sentencia emitida

por el Primer Juzgado Especializado en lo Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima contenida en la Resolución Nro. Tres del diecinueve de agosto de dos mil dieciséis.

#### 3.4.2 MUESTRA POR CONVENIENCIA

“Estas muestras están formadas por los casos disponibles a los cuales tenemos accesos” (Hernández, 2014, p.390). Son 3 casos de muestra por conveniencia los que se han utilizado y son: el caso Artavia Murillo vs Costa Rica, la sentencia emitida por el Décimo Quinto Juzgado Especializado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima contenida en la Resolución Nro. Treinta y Uno, de fecha seis de enero del dos mil nueve, del Expediente 183515-2006-00113 y el expediente N° 06374-2016-0-1801-JR-CI-05, que contiene la sentencia emitida por el Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima contenida en la Resolución N° Cinco del veintiuno de febrero de dos mil diecisiete.

### 3.5. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

#### 3.5.1 TÉCNICAS

##### a. Observación documental

“(…) es la observación o más bien la lectura de documentos impresos como libros, revistas periódicos o no impresos como partidas de nacimiento, informes, actas de defunción, relación de hechos, cartas, oficios, ponencias, propuestas, etc.” (Ñaupas, Mejía, Novoa y Villagomez, 2014, p. 207).

Se ha utilizado esta técnica de recolección de datos, puesto que hemos acudido a la lectura de las leyes vigentes en el ordenamiento jurídico peruano con referencia a las técnicas de reproducción asistida, así también a la lectura de ponencias, opiniones con respecto al tema del destino de los preembriones supernumerarios en las técnicas de fecundación *in vitro*.

b. Análisis documental

“Consiste en indagar documentos fuentes de diversa naturaleza (...) tales como memorias, cartas, entre otros. (...) nos acercan al concepto de justicia y derechos que se establecen en los distintos grupos sociales en el transcurso de la historia” (Bautista, 2011, p. 161). Por la naturaleza cualitativa de esta investigación nos hemos basado en el estudio e interpretación de datos, es decir se analizaron libros jurídicos y de jurisprudencia vinculada a nuestro tema de investigación; se analizaron los argumentos utilizados y la forma en que se resolvieron las controversias planteadas en cada caso. Esto nos ha permitido un análisis más amplio del problema, para de esta manera contrastar los resultados obtenidos con el propósito del proyecto, además arribamos a conclusiones y recomendaciones para futuras investigaciones.

c. Entrevista

“Es una técnica de recolección de información, entre otros propósitos, mediante el diálogo directo del entrevistador con el entrevistado o sujeto de estudio o informante” (Solís, 2001, p. 203). Con esta técnica se pudo recolectar información a través de las entrevistas realizadas al director de la escuela profesional de

Biología; así también a dos médicos que laboran como catedráticos en la escuela de medicina humana.

Entre los tipos de preguntas que se pueden realizar en una entrevista tenemos:

- Preguntas generales: “Parten de planteamiento globales para dirigirse al tema que interesa” (Hernández, 2014, p. 404).

- Preguntas para ejemplificar: “Sirve como disparadores para exploraciones más profundas. Se le solicita al entrevistado que proporcione un ejemplo de evento, suceso o categoría” (Hernández, 2014, p. 404).

- Preguntas de estructura o estructurales: “El entrevistador solicita al entrevistado una lista de conceptos a manera de conjunto o categorías” (Hernández, 2014, p. 404).

- Preguntas de contraste: “Al entrevistado se le cuestiona sobre similitudes y diferencias respecto a ciertos temas y se le pide que clasifique símbolos en categorías” (Hernández, 2014, p. 404).

#### d. Técnica del fichaje

“(…) consiste en registrar o consignar información significativa y de interés para el investigador, por escrito en tarjetas de diferentes tamaños llamadas fichas” (Carrasco, 2007, p. 280). La mencionada técnica nos ayudó constituir el marco teórico de este trabajo de investigación, a través de la obtención de bibliografías de las distintas bibliotecas de la localidad a las cuales acudimos.

#### e. Encuesta

Aranzamendi (2013) sostiene que la encuesta es una técnica de investigación que “permite dar respuesta a un problema tanto en términos descriptivos como de relación de variables tras la recolección de información sistemática” (p.121). Se aplicó a 100 personas entre 18 y 60 años, elegidas al azar, y residentes en la Urb. Bellamar, Nuevo Chimbote.

### 3.5.2 INSTRUMENTOS

#### a. Registro de datos

“(…) son auxiliares valiosos para el investigador, pues permiten ir registrando y sistematizando un cúmulo de datos tal que, en ningún caso, podríamos confiar en la memoria” (Bautista, 2011, p. 184). Se utilizó esta técnica para llevar a cabo el análisis documental, registrando datos importantes en cuadernos de apuntes y computadora portátil.

#### b. Guía de entrevista

“es el instrumento, la herramienta que sirve a la técnica de la entrevista, que consiste en una hoja simple impresa o no impresa que contiene la preguntas a formular al entrevistado, en una secuencia determinada” (Ñaupas et al, 2014, p. 208). Para llevar a cabo las entrevistas programadas se utilizó la guía de entrevista para tener un orden en las ideas expuestas.

#### c. Fichas

“(…) es el instrumento que nos permite ordenar y calificar los datos consultados, incluyendo nuestras observaciones y críticas, facilitando así la redacción del escrito” (Tamayo, 2014, p. 187). Existen varios tipos de ficha,

los más empleados fueron: fichas textuales, fichas de resumen, fichas de comentario, fichas bibliográficas y fichas mixtas.

- Fichas textuales: “Registran o transcriben literalmente o al pie de la letra, una parte del contenido de una obra, artículo o trabajo consultado” (Solís, 2001, p. 78).
- Fichas de resumen: “No se registran literalmente el contenido que nos interesa, sino más bien una síntesis de las ideas o conceptos básicos que se consideran de mayor importancia para el trabajo que se está efectuando (...)” (Solís, 2001, p. 79).
- Fichas de comentario o concepto: “en las que se anotan las ideas o reflexiones del estudiante o investigador, que surgen o se le ocurren en el momento de la lectura del libro o artículo” (Solís, 2001, p. 79).
- Fichas bibliográficas: “permiten recoger la información de un libro que es de un autor o varios, o de una compilación de trabajos u otro similar” (Solís, 2001, p. 73).
- Fichas mixtas o combinadas: “Combinan las características de las fichas de trabajo precedentes, siguiendo en cada parte las características de cada una de ellas” (Solís, 2001, p. 79).

d. Cuestionario

Ñaupas, Mejía, Novoa y Villagomez (2014) define que este instrumento consiste en “formular un conjunto sistemático de preguntas escritas, en una

cédula, que está relacionadas a hipótesis de trabajo (..) su finalidad es recopilar información para verificar las hipótesis del trabajo” (p. 210).

Se utilizó esta herramienta, al momento de la aplicación de la encuesta, la cual estuvo conformada por preguntas de opinión sobre técnicas de reproducción asistida y fecundación *in vitro*.

### 3.6 TÉCNICAS DE PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE DATOS

#### a. Corte y clasificación

“Consiste en identificar expresiones, pasajes o segmentos que parecen importantes para el planteamiento y luego juntarlos conceptualmente (...) Hay diversas técnicas para ello. La más difundida es el método de comparación constante” (Hernández, 2014, p. 439). Con esto se obtuvo amplia gama de información que ha contribuido a sustentar nuestra hipótesis. Mediante esta técnica se analizó la información recabada, y la selección de las ideas más relevantes.

#### b. Metacodificación

“En este método, se examina la relación entre las categorías sugeridas por estudios previos (marco teórico) para descubrir otras potencialmente nuevas y temas. La técnica requiere un conjunto de unidades o datos y un conjunto de categorías establecidas” (Hernández, 2014, p. 440). Se utilizó esta técnica, puesto que hemos tomado en cuenta aportes establecidos por otros investigadores tesis con respecto al tema de las TERAS y la fecundación *in vitro*, lo que nos ha permitido contrastar nuestra hipótesis.

### 3.7 PROCEDIMIENTOS PARA LA RECOLECCIÓN DE DATOS

Conforme a lo descrito en el punto 3.5 sobre Técnicas e instrumentos de recolección de datos, hemos utilizado instrumentos como la observación y análisis documental, entrevista, anotaciones y encuesta, a fin de recabar la información más relevante para nuestra investigación.

#### IV. RESULTADOS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS

##### RESULTADO 1

La Ley General de Salud – N° 26842, en su art. 7 presenta un vacío legal al no establecer mayores alcances sobre las técnicas de reproducción asistida, limitándose solo a reconocer el derecho de acceder a las técnicas de reproducción asistida como tratamiento de la infertilidad sin especificar cuáles son ni contemplar las consecuencias fácticas ni jurídicas que pudieran derivarse.

A pesar de la falta de regulación específica sobre técnicas de reproducción asistida, este tipo de procedimientos son muy comunes dentro de nuestra realidad. Hecho que se corrobora con los resultados de la encuesta realizada a 100 personas entre 18 y 60 años de edad, elegidas al azar y aplicada en la Urb. Bellamar – II Etapa, ciudad de Nuevo Chimbote la cual advierte lo siguiente: El 26% de las personas encuestadas respondieron que sí conocían a una persona o pareja que ha recurrido a la fecundación *In vitro* como tratamiento a la infertilidad y esterilidad, el 17% señalaron que conocen a más de una persona o pareja que se ha sometido a la fecundación *in vitro* ; el 40% de los encuestados respondieron que no conocen a ninguna persona que haya recurrido a tales procedimientos, y el 17% desconoce.

##### DISCUSIÓN DE RESULTADO 1

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico solo encontramos un único dispositivo legal que regula sobre las técnicas de reproducción asistida, este es la Ley Nro. 26842 “Ley General de Salud”, que en su Art. 7 señala 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. Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos”. Como se puede advertir, no existe una regulación específica sobre TERAS, resultando insuficiente un solo artículo para poder regular sobre técnicas de reproducción asistida y sus consecuencias prácticas y jurídicas. Quedan muchas especificaciones pendientes por regular como: ¿Cuántas y cuáles son las clases de técnicas de reproducción asistida que pueden practicarse en el Perú? ¿Quiénes son los beneficiarios de dichas TERAS? ¿Cuántos preembriones deben y pueden ser implantados? ¿Cuál es el destino de los preembriones supernumerarios? ¿Es posible la donación de gametos y preembriones? Estas interrogantes tienen respuesta en la práctica, pero no cuentan un sustento legal dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

En este sentido, Mosquera (1997) afirma que en nuestro país no se encuentran contempladas bajo ninguna ley, las nuevas situaciones generadas a partir de los avances de la genética. Sin embargo, resalta el autor que, aunque no existe legislación específica sobre estos temas, existe abundante doctrina que viene contribuyendo con bases para una futura legislación. Con base en ello, podemos mencionar que hemos encontrado basta doctrina sobre Técnicas de Reproducción Asistida; así mismo, doctrina y jurisprudencia sobre lo dispuesto mediante el art. 7 de la Ley General de Salud. A pesar de ser el único artículo que prescribe específicamente sobre técnicas de reproducción asistida, podemos advertir varios aspectos que se mencionan dentro de este párrafo.

Sobre el derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida: En primer lugar, nos menciona el derecho que tiene toda persona a recurrir al tratamiento de su infertilidad. Asimismo, se

reconoce el derecho que se tiene de acceder a las técnicas de reproducción asistida. Si bien, no refiere explícitamente cuáles son las técnicas de reproducción asistidas permitidas, por doctrina tenemos que son dos: la inseminación artificial y la fecundación *in vitro*.

Sobre la condición de que la madre genética y la madre gestante recaiga sobre la misma persona: Seguidamente, este mismo artículo establece que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Esto quiere decir que se encuentran permitidas las técnicas de reproducción asistida homólogas, no pronunciándose por aquellas en las que existe la intervención de un tercero (heterólogas). En este sentido, Varsi (2013) es de opinión que la prohibición es implícita debido a que el art. 7 de la Ley General de Salud prescribe que “la condición de madre genética debe coincidir con la de madre gestante”. Sin embargo, el Quinto Juzgado Especializado en Familia, mediante Resolución N° 31 con fecha 06 de enero del 2009 concluyó que la situación fáctica en la cual, la madre genética y gestante son distintas personas, no está prohibida legalmente pero tampoco está expresamente permitida. Por tanto, siguiendo este criterio, podemos concluir que lo prescrito en el artículo 7° de la Ley General de Salud no es una norma imperativa, debido a que no establece expresamente una sanción en caso de incumplimiento. Además, que el parto no siempre va a determinar la maternidad, pues, por ejemplo, en los casos de maternidad subrogada heteróloga, la madre gestante no será la misma que la madre biológica, lo que generaría que se tengan “legalmente” dos madres: por un lado, la madre que dio a luz (tal y como lo prescribe el art. 7 de la LGS) y la madre biológica, quien si se sometiera a una prueba de ADN podría acreditar su condición como tal. Por ello, Espinoza (2012) agrega que los conceptos de maternidad y paternidad deben ser construidos teniendo en cuenta los

avances tecnológicos de una sociedad moderna. Es por ello, que resalta la presencia de la voluntad procreacional y social, es decir preguntarse quién decide buscar y asumir la maternidad.

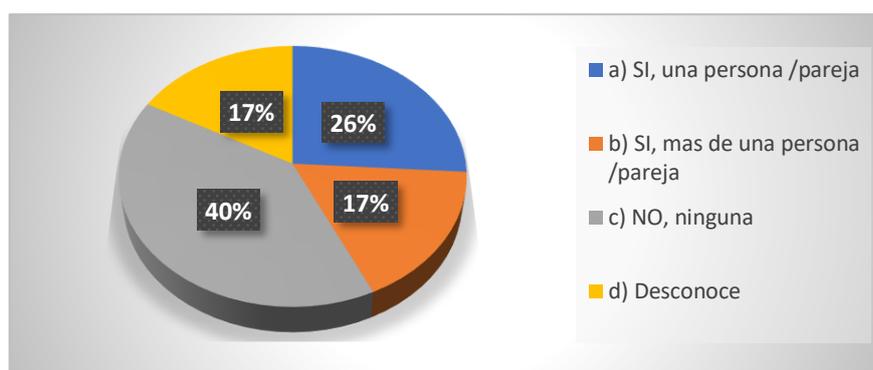
Sobre la prohibición de la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos: Finalmente, este artículo proscribire la fecundación de óvulos con fines distintos a la procreación (clonación). Gafo (1993) nos dice que se debe tomar en cuenta un control y seguimiento de las experimentaciones, a través de la formación de comisiones conformadas por profesionales especializados en la materia; agrega que, se debe evitar obtener una compensación económica como contraprestación para obtener un preembrión, con esto se evitará el tráfico ilícito de preembriones; así mismo, la donación para investigación científica no debe constituir ningún tipo de amenaza en la salud de ningún miembro de la pareja; y por último, debe de ser mediante la concretización de la manifestación de la voluntad, esto implica el llenado de un documento pertinente que exprese la donación de los preembriones para estos fines. En consecuencia, se puede donar los preembriones para fines de investigación científica siempre y cuando se haya establecido parámetros de salud y fiscalización de las personas que realizan este tipo de estudios. Consideramos que este extremo está referido a la manipulación científica sobre preembriones, situación que merece una regulación más amplia y específica, pero, sobre todo, con limitaciones.

Así mismo, es necesario traer a colación la sentencia contenida en la Resolución N° Cinco del veintiuno de febrero de dos mil diecisiete, emitida por el Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante la cual se interpreta el artículo 7 de la Ley General de Salud en concordancia con lo

establecido por el derecho convencional. Esta sentencia se fundamenta en la interpretación concordante entre lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos mediante el caso *Artavia Murillo vs Costa Rica*, donde concluye que “toda persona tiene derecho a beneficiarse del progreso científico y de sus aplicaciones para acceder al derecho a la salud reproductiva, sin restricciones desproporcionadas e innecesarias para ejercer tales derechos” y el artículo V del Título Preliminar de nuestro Código Procesal Constitucional vigente, mediante el que se prescribe “El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte”. Por tanto, si al amparo del sistema convencional que vincula al Estado peruano, una persona ha acudido a las técnicas de reproducción asistida para –con el apoyo de la tecnología y de una tercera persona- alcanzar la situación de madre, sería ilógico que luego de que tal técnica alcanzó un resultado favorable (dio lugar a la concepción, gestación y nacimiento de un bebé) se perturbe o desconozca la condición de madre de la mujer o de la pareja que acudió a dicho método. En este sentido, al no encontrarse prohibido expresamente, y al encontrarse reconocido por el ordenamiento convencional el derecho a beneficiarse del progreso científico y de sus aplicaciones para acceder al derecho a la salud reproductiva, deberá reconocerse el derecho a acceder a las técnicas de reproducción asistida, específicamente al derecho a la maternidad subrogada. Conforme a lo desarrollado en la resolución anteriormente descrita, podemos advertir que ciertos jueces vienen resolviendo acorde a lo establecido

en el sistema convencional, reconociendo el acceso a las técnicas de reproducción asistida y las consecuencias jurídicas que conlleva.

Sobre la tabulación de datos de la encuesta aplicada. Ante la pregunta: Dentro de su entorno familiar o amical ¿conoce usted a alguien que haya recurrido a la fecundación *in vitro* como tratamiento a su infertilidad?



Podemos advertir que el 43% de las personas encuestadas respondieron que si conocen a una o más de una persona o pareja que se han sometido a la fecundación *in vitro*. De esto podemos advertir que existe un buen porcentaje de personas que han recurrido al tratamiento de su infertilidad, a pesar de no contar con un marco normativo que lo regule; lo cual nos comprueba la necesidad de su regulación a fin de otorgar tutela jurídica a dichas parejas. Consideramos que es un porcentaje relevante, debido al costo elevado que conlleva recurrir a las técnicas de reproducción asistida en nuestro país, lo cual limita a las personas que no cuentan con una buena solvencia económica. Somos de la opinión que el Estado en el futuro deberá implementar políticas de salud con respecto a brindar las técnicas de reproducción asistida a la población peruana a un costo más accesible, ya que como se ha ido analizando el procrear y concretar una familia es un derecho de las personas que implica realizar nuestro proyecto de vida; y el Estado tiene como fin supremo el de garantizar los derechos de las personas.

## RESULTADO 2

Para poder mejorar la deficiencia del ordenamiento jurídico peruano y la somera regulación del art. 7 de la Ley General de Salud, se propone el diseño de una propuesta legislativa que contemple los destinos jurídicamente aceptables para los preembriones supernumerarios en las técnicas de fecundación *in vitro*. Tales como la crioconservación, donación, investigación científica y desecho.

## DISCUSIÓN DE RESULTADO 2

El derecho debe regular las nuevas situaciones que surgen en el acontecer de la sociedad; pues los avances de la ciencia son considerables, siendo necesario regular las situaciones que de ellos derivan para evitar la vulneración de derechos.

La fecundación *in vitro* consiste en la fecundación del ovulo por el espermatozoide fuera del aparato reproductor femenino (en un laboratorio), para finalmente ser implantados en el claustro materno. A criterio de Gonzales (1996) esta técnica produce inevitablemente la creación de preembriones supernumerarios. Por tanto, la pregunta que surge es cuál sería el destino de estos preembriones. Para el presente autor, los destinos más comunes y que han sido adoptados jurídicamente en distintas legislaciones extranjeras son: la donación, crioconservación, la donación con fines de investigación y la eliminación. Sin embargo, el problema que podemos encontrar es que no existen criterios unificados sobre la regulación de las TERAS y fecundación *in vitro*, siendo que parte de la doctrina considera que al regular un fin distinto al de la implantación, se estaría vulnerando el derecho a la vida y a la dignidad humana de los preembriones supernumerarios, no siendo jurídicamente aceptable poder establecer su crioconservación, donación, investigación científica o desecho.

Por tanto, no sólo nos encontramos ante un problema ético, sino también legal, debido a que nuestra pretensión de regular el destino de estos preembriones supernumerarios se relaciona claramente con el derecho a la vida y a la dignidad humana y su protección en el ordenamiento legal, surgiendo la interrogante: ¿La regulación del destino de los preembriones supernumerarios en las técnicas de fecundación *in vitro* vulnera los derechos fundamentales a la vida y a la dignidad humana?

a. Crioconservación de preembriones: Consideramos que es la opción más utilizada por los centros de fertilización alrededor del mundo. Valverde (2001) nos explica que la crioconservación consiste en el uso del frío extremo para reducir las funciones vitales de las células u organismos con la finalidad de mantenerlos con “vida suspendida” por un tiempo prolongado. Por su parte, Gonzales (1996) señala que debido a la necesaria superovulación dentro de la aplicación de las técnicas de fecundación *in vitro*, se tuvo que desarrollar una forma de crioconservación de preembriones excedentes o supernumerarios. Sin embargo, parte de la doctrina tiene como crítica que, el también llamado congelamiento de preembriones, vulnera el derecho a la dignidad humana de los embriones por considerar que suspende el desarrollo de su vida y lo somete a la incertidumbre de ser implantado o desechado. En este sentido, cabría preguntarse si los preembriones son titulares del derecho a la dignidad humana, cuya abstracción es propia de los seres humanos. En nuestra opinión, consideramos que no existe vulneración del derecho a la dignidad humana de los preembriones que son sometidos a las técnicas de congelamiento o crioconservación. Por nuestra parte, somos de posición que este destino debería ser regulado por nuestro ordenamiento jurídico, estableciendo un consentimiento previo debidamente informado por parte de la pareja beneficiaria, así mismo, debería establecerse un plazo máximo de congelamiento, y fijarse un destino

alternativo en caso de consecuente muerte o separación de los progenitores de dichos preembriones.

b. Embriodonación: También conocido como donación de preembriones. Podríamos decir que es el destino más viable debido a que no vulneraría el supuesto “derecho a la vida” como se alega en el desecho de preembriones, ni se vulneraría el supuesto “derecho a la dignidad humana” que se alega en la crioconservación o experimentación. Sin embargo, parte de la doctrina también lo cuestiona por la renuncia a la paternidad que realizan los padres biológicos al momento de donar sus preembriones. Asimismo, el denominado “anonimato de donantes”, también es cuestionado considerando que este destino vulnera el supuesto derecho a la identidad biológica que tienen los futuros hijos. Algunos doctrinarios consideran que el derecho a la identidad biológica tendrá sus limitaciones con respecto a personas ajenas a la relación padre/madre e hijo. Esto quiere decir que, si bien es posible establecer el anonimato de los donantes de preembriones, no obstante, se ha creído necesario proteger el derecho a la identidad biológica de los seres concebidos por medio de esta técnica y por tanto el ser concebido debe tener derecho a acceder a dicha información. Alguna parte de la doctrina incluso ha considerado que solo deberían darse a conocer los datos con respecto al historial clínico de los cedentes, -sin proporcionarse la identidad personal. Si bien el anonimato de los cedentes de preembriones, constituye una garantía para los donantes y para los padres, esto no podría sobreponerse al deseo de conocer la identidad biológica; por tanto, se deberá ver reforzado por el principio de no vinculación jurídica entre los donantes (aunque se conozca su identidad) y los nacidos bajo las técnicas de reproducción asistida heteróloga. Es decir que, no se adquiere ninguna relación jurídico – parental con el nacido y se renuncian a los derechos paternos de los padres biológicos, los cuales

no podrán ser reclamados posteriormente aun conociéndose la identidad del donante. En este orden de ideas, somos de la opinión que la embriodonación es un desprendimiento sin fines de lucro que realizan los padres biológicos a fin de contribuir con el deseo de otra pareja de ser padres, y que la renuncia a su paternidad sobre sus preembriones supernumerarios es una muestra de desprendimiento y altruismo que no puede considerarse atentatoria al derecho a la dignidad ni al de identidad biológica.

c. Desecho o eliminación de preembriones: Este destino es uno de los más controvertidos en la doctrina, por considerarse incluso que atenta contra el “derecho a la vida de los preembriones”. Algunos han utilizado el término “embrionicidio” y otros, lo han equiparado al delito de aborto. Gonzales (1996) se pregunta si existe algún tipo penal que proteja algún bien jurídico en específico. Consideramos que no se estaría vulnerando el derecho a la vida de los preembriones, debido a que consideramos que estos adquieren su status jurídico de persona a partir de la anidación en el útero materno y que antes de este momento, requerirá de una protección jurídica especial, sin perjuicio de poder disponer su desecho o eliminación. A opinión de Soto (1990) se puede entender que la vida intrauterina se encuentra protegida a partir del momento de la anidación (etapa embrionaria). Menciona como ejemplo que algunos anticonceptivos, como los dispositivos intrauterinos, impiden la implantación del óvulo fecundado en la matriz y otros, inhiben la ovulación o evitan que el semen penetre la cavidad uterina. Por tanto, si consideramos que el desecho o eliminación del óvulo fecundado *intra corpore* se constituye típicamente como aborto, se debería decir que ciertos métodos anticonceptivos, en realidad son técnicas abortivas. Con respecto a ello, Gonzales (1996) citando a Muñoz considera que la concepción no está referida a la fecundación del óvulo sino a la implantación de este producto en la pared uterina. Por tanto, en

referencia al aborto, considera que la destrucción de embriones en el seno materno requiere una acción positiva y un dolo específico; y el desecho de preembriones supernumerarios conlleva que la vida producida en un laboratorio se extinga por abandono o por omisión al auxilio. Siguiendo esta línea de ideas, Soto (1990) citando a Hurtado precisa que no son punibles los procedimientos que inhiban la fecundación ni las que lo realicen mediante medicamentos, inyección de hormonas u otros. Por tanto, este autor concluye que lo anteriormente mencionado no quiere decir que en la etapa preimplantatoria no exista vida, sino que resulta necesaria una regulación con respecto al status jurídico de los preembriones, ya sea denominado cigoto, embrión de laboratorio o preembrión.

En este sentido, somos de opinión que mediante el desecho de preembriones no se estaría realizando un aborto ni vulnerando el derecho a la vida de los preembriones, debido a que consideramos que estos adquieren su status jurídico de persona a partir de la anidación en el útero materno y que antes de este momento, requerirá de una protección jurídica especial, sin perjuicio de poder disponer su desecho o eliminación.

d. Investigación Científica en preembriones: Consideramos que si bien existen ventajas comprobadas con respecto al investigación genética en preembriones se requieren el debido control y regulación sobre estas prácticas con la finalidad de evitar riesgos y manipulaciones en el “feto vivo” durante la etapa de gestación, evitando que se puedan generar malformaciones o abortos. Asimismo, Miranda (1998) señala que deberá regularse en el sentido de evitar que se vulneren límites éticos, como la manipulación de preembriones para modificar características genéticas. Esta posición es compartida por el catedrático de nuestra casa de estudios Carlos Azañero Díaz quien luego de ser entrevistado por las investigadoras, nos explicó que los preembriones

supernumerarios están sometidos a evaluaciones y controles que tiene que ver con la investigación científica, son procedimientos o estrategias que forma parte de una investigación, ya que éstas generan resultados básicos para poder aplicarlos de manera segura en la solución de un problema. Esto quiere decir que debe ejercerse un control a fin de evitar que se creen preembriones con fines exclusivos de investigación pudiendo incluso establecer acuerdos contractuales con los padres genéticos a cambio de una contraprestación. En este sentido, somos de opinión que la regulación debe contemplar los alcances y las limitaciones de la investigación científica en preembriones.

Finalmente, consideramos que resulta necesaria la regulación del destino de los preembriones supernumerarios a fin de establecer un marco legal a las parejas estériles que se sometan a dichos procedimientos, lo cual no vulnera el derecho a la vida ni a la dignidad humana.

### RESULTADO 3

La teoría del inicio de la vida que debe ser adoptada por nuestro ordenamiento jurídico es la Teoría de la Anidación, la cual establece un nuevo criterio doctrinal para la adecuada interpretación de la Constitución, el Código Civil y el Código de los Niños y Adolescentes.

### DISCUSIÓN DE RESULTADO 3

Determinar desde que estadio se considera un ser humano vivo es sumamente importante, pues la vida es un derecho fundamental de todo ser humano que el Estado debe proteger a través de todos sus organismos que la componen. Por ello es necesario adherirnos a la teoría más acertada para interpretar nuestro ordenamiento jurídico y respetar la gama de derechos que posee la persona como sujeto de derecho.

La teoría más acertada es la teoría de la anidación; Cubillos (2013) sostiene que la vida inicia en el instante en que el preembrión se implanta en la cavidad uterina, en este momento se da la diferenciación de sus células y tejidos, por lo que recién se puede considerar que ha iniciado la existencia individualizada del ser humano. Es menester mencionar también que, a partir de la implantación el preembrión puede obtener los nutrientes de la madre para alcanzar su desarrollo óptimo hasta alcanzar su viabilidad.

Varsi (2013) agrega que el cigoto antes de la implantación puede fisionarse, fusionarse o ser expulsado, estos fenómenos afectan la individualización del ser humano entendido como ser único y ser sólo uno. Cuando hace referencia a la fisión del cigoto se refiere a los gemelos monocigóticos, los cuales a razón de Martínez (1994) son aquellos que presentan un mismo genotipo y su separación ocurre al momento de la implantación, le da más validez a la teoría de la anidación puesto que “recién podemos hablar de un ser humano cuando nos encontramos frente a una realidad que revista simultáneamente las características de unicidad (calidad de ser único) y de unidad (ser uno solo)” (p. 80). Por lo sustentado consideramos que la vida inicia con la implantación, ya que antes de ello el preembrión de ser uno puede fisionarse y convertirse en dos surgiendo los gemelos monocigotos mencionados en líneas precedentes.

Coincidimos con la posición de Crisanto (2016), quien sostiene que el blastocisto antes de implantarse en el útero materno es un conjunto de células que por ningún motivo debe ser considerado como vida humana, puesto que aún no ha concluido con su desarrollo.

Así mismo, de la entrevista realizada al M.C. Hugo Alpaca Salvador, especialista en genética humana; extraemos su posición con respecto al inicio de la vida, quién

manifiesta que se encuentra de acuerdo con la posición de la OMS, considerando que desde el momento de la implantación (esto es desde el sexto día de la fecundación) inicia la vida del ser humano, antes de ello es sólo material genético.

Esta teoría coincide con la diferenciación de conceptos de embrión y preembrión; puesto que, nos referimos a preembrión a partir del momento de la unión hasta el momento previo a su implantación en la pared uterina, y podrá ser considerado como embrión (concebido) a partir del momento de su implantación pasando por las demás facetas.

Como ya hemos venido sosteniendo la vida inicia en el momento de la implantación del preembrión en el útero materno; por lo tanto, la concepción debe entenderse como el momento de la implantación tal y como el análisis que realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Artavia Murillo vs Costa Rica*.

La Corte arriba a la conclusión que la concepción es el momento de la implantación, pues este término debe entenderse como la situación de la madre (que concibe) y no del embrión humano; así mismo, la anidación del embrión en el útero materno permite al cigoto captar los nutrientes para su adecuado desarrollo, sin ello sería imposible que el cigoto llegue a ser un feto en estado viable, también permite detectar el embarazo en la mujer a través de la segregación de la hormona Gonadotropina Coriónica. Lo explicado se encuentra plasmado en el fundamento 187 de la sentencia del caso en mención. La Corte recoge la postura de Zegers, médico que presenta un peritaje en el caso en mención, sostiene que se debe entender como concepción al momento en que el preembrión se implanta en el útero materno.

La posición adoptada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos debe ser empleada por los Estados partes que ratificaron la Convención Interamericana de Derechos Humanos, siendo nuestro país uno de ellos.

La Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, permite a los órganos jurisdiccionales realizar el control convencional interno ; lo cual entendemos a razón de García y Palomino (2013) quienes cita a la Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional STC.01458-PA/TC, que los derechos fundamentales que son reconocidos a través de nuestra Constitución deben ser interpretados obligatoriamente con los tratados y los convenios que ha ratificado el Perú, como es el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos, y en concordancia con las decisiones que adoptan los tribunales internacionales con respecto a los análisis de los derechos humanos, como es el caso de los fallos que emite la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Mediante la sentencia emitida por el Primer Juzgado Especializado en lo Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, contenida en la resolución N° TRES del diecinueve de agosto de dos mil dieciséis (Expediente N° 30541-2014-18-1801-JR-CI-01) se puede advertir que en nuestra jurisprudencia se viene aplicando el caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica* y lo señalado en la Nota Descriptiva N° 244 de la Organización Mundial de la Salud, mediante la cual se aparta de la posición del Tribunal Constitucional en el 2009 quien recogía la Teoría de la Fecundación como teoría del inicio de la vida, adoptando la Teoría de la anidación.

Por lo tanto, tenemos que la vida humana inicia con la implantación del preembrión en el útero materno, a partir de ese instante se produce la concepción y se le considera

concebido, el cual que debe tener la protección jurídica del ordenamiento jurídico peruano, antes de ello es sólo material genético.

Nuestro ordenamiento jurídico nos dice que todos tenemos derecho a la vida (Artículo 2° inciso 1 de la Constitución) la cual inicia con la concepción (Artículo 1° del Código Civil), así mismo sustentando que el concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. El código de los niños y adolescentes consideran niño desde la concepción (Artículo I del Título Preliminar) incluso el código en mención en su artículo 1° sostiene que se garantiza la vida del concebido, protegiéndolo de experimentos o manipulaciones genéticas contrarias a su integridad y desarrollo físico y mental.

No discutimos el contenido de los artículos en mención; puesto que a partir de lo sustentado en las líneas precedentes se ha generado una interpretación más adecuada y acorde a la realidad de nuestra sociedad de los cuerpos legales como la Constitución, el Código Civil y el Código de los Niños y los adolescentes, considerando que la vida inicia con la implantación (concepción) momento en que adquiere el estatus jurídico de concebido que es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece.

Siguiendo este orden ideas podríamos afirmar que la crioconservación y donación de preembriones supernumerarios, no afectaría el derecho a la vida por considerar que la vida humana comienza con la concepción (art. 1 del Código Civil Peruano). Siendo esto así, no podríamos decir que se les deja morir o que se generaría un aborto voluntario, pues este preembrión no llegará a desarrollarse si no se realiza la respectiva implantación por lo que la crioconservación permitirá su subsistencia para una futura anidación. Así también, afirmamos que no puede ser moralmente reprochable si estos preembriones son destinados para realizar el proyecto parental de sus progenitores, si

serán “destruidos” o si serán utilizados para fines de investigación o para la obtención de células troncales, en aras de una medicina regenerativa; debido a que a un no adquieren la cualidad jurídica de concebidos.

#### RESULTADO 4

La situación jurídica de los preembriones supernumerarios en las técnicas de fecundación *in vitro*, debe ser considerado en nuestro ordenamiento jurídico como un status jurídico especial.

#### DISCUSIÓN DE RESULTADO 4

A fin de determinar el *status jurídico del preembrión* resulta pertinente debatir sobre si resulta válido utilizar la palabra “preembrión”. Con respecto a ello, Espinoza (2004) nos explica que dicho término fue utilizado por primera vez en la exposición de motivos de la Ley N° 35/1998 del 22.11.88, sobre técnicas de reproducción asistida en España, donde se señalaba que el “preembrión” es utilizado para denominar al grupo de células generado de la división del óvulo desde el momento de la fecundación hasta aproximadamente catorce días después, con el momento de la anidación y la aparición de la línea primitiva. Por su parte, Farnós (2011) lo define como aquel óvulo fecundado que aún no ha sido anidado en el seno materno. Aún no ha adquirido la individualidad biológica debido a que aún no ha aparecido la línea primitiva o sistema nervioso central, la cual aparece a partir del día 14° después de la fecundación. El término preembrión obedece a una finalidad lingüística, ya que resulta más práctico que decir “embrión preimplantatorio” o “embrión *in vitro*”. Asimismo, Fernández (1995) define al preembrión como una “masa de células sin forma humana reconocible; tiene incipientes posibilidades de implantarse y llegar a término, aunque sea transferido al útero. (...) es

imposible considerar que tiene el desarrollo de un individuo único, indiferenciado, con vida propia, autónoma y cierta” (p.59). Sin embargo, Espinoza (2012) considera que resulta innecesario utilizar el término preembrión, lo importante es otorgarle tutela jurídica desde su inicio.

En este sentido, si bien el preembrión no es considerado persona y tampoco puede ser equiparado a un objeto, surge la pregunta sobre qué es. En esto coincide Gonzales (1996) al establecer que, frente a la dificultad para definir el status jurídico del preembrión, se sostiene que, si bien no podemos afirmar que hablamos de una persona, tampoco podemos referir que estamos frente a una cosa. Con ello, podríamos reconocer que Gonzales es de opinión que el preembrión merece un status jurídico especial. Por su parte, Farnós (2011) concluye que el preembrión es humano desde el punto de vista biológico, sin embargo, no resulta lógico atribuirle los mismos derechos que una persona por considerarse que aún no ha alcanzado la individualidad. De ello se entiende que su protección jurídica deberá estar sujeta a límites. Agrega que, desde el punto de vista científico la definición puede cambiar dependiendo del criterio que se tenga en cuenta, pudiendo ser: la fecundación, la anidación, la aparición de la actividad cerebral, identificación sexual o la viabilidad. Sin embargo, debido a la falta de unificación de criterios a nivel científico, la discusión sale de la biología para introducirse en la filosofía.

Desde el punto de vista del profesor Espinoza (2012), uno de los principales problemas radica en conocer cuál será la categoría atribuible y la protección otorgada por nuestro ordenamiento jurídico al “embrión extrauterino”. A pesar de no existir un acuerdo con respecto a la definición del status jurídico del preembrión, existe un consenso referido a la necesidad de su protección. Para poder conocer cuál es el status jurídico del

preembrión, creemos conveniente primero establecer el inicio de la vida del ser humano, a fin de que a partir de su condición de “concebido” poder considerarlo sujeto de derecho. Bajo esta línea de ideas y analizando las distintas teorías del inicio de la vida humana, concluimos que ésta se inicia a raíz de la implantación del cigoto en el útero de la madre (Teoría de la anidación), lo cual sucede a partir del décimo cuarto día desde la fecundación, esto es debido a que antes de ese momento no existía individualidad debido a que el cigoto se encontraba en constante división. A este cigoto no implantado, lo denominaremos “preembrión”; en este sentido, tomando como fundamento que la vida humana se inicia con la implantación del cigoto en el claustro materno, podríamos advertir que, a partir de este suceso, se le considerará como embrión y que por tanto como concebido o sujeto de derechos. Es necesario agregar que esta posición también es adquirida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de la sentencia *Artavia Murillo vs. Costa Rica*, la cual comentaremos a amplitud posteriormente. Sobre la regulación del destino de los preembriones supernumerarios y la posible vulneración del derecho a la vida y a la dignidad humana, somos de opinión que un preembrión aún no ha adquirido el status jurídico de concebido o de persona, y, por tanto, no puede ser susceptible de derechos o deberes. En este orden de ideas, no podríamos hablar de una vulneración al derecho a la vida o a la dignidad humana por no ser titulares de tales derechos. Sin embargo, como anteriormente hemos mencionado, esto no quiere decir que el preembrión sea equiparado a una cosa o a simple material genético sin protección alguna; por el contrario, somos de opinión que el preembrión requiere de una regulación jurídica especial, la cual establezca límites sobre su tratamiento no permitiendo manipulaciones como la clonación o creación de híbridos. Al respecto, en nuestras recomendaciones hemos diseñado un proyecto de ley que tiene

como objeto regular sobre los alcances y las limitaciones del destino de los preembriones supernumerarios en las técnicas de fecundación *in vitro*.

## RESULTADO 5

Del análisis e interpretación de la legislación de España y Costa Rica sobre el destino de los preembriones supernumerarios en las técnicas de fecundación *in vitro* hemos advertido que el tema bajo investigación ya se encuentra regulado en dichos países lo cual ha permitido otorgar tutela jurídica a las parejas estériles que se someten a estas prácticas.

## DISCUSIÓN DE RESULTADOS

El derecho debe regular los avances científicos en la sociedad, con el fin de evitar posibles vulneraciones a los derechos de las personas, esto es brindarles tutela jurídica a través de las leyes promulgadas.

Villegas (2014) sustenta que la Tutela es un medio de protección para las personas de un estado, lo cual se da a través de la Ley. Tutela jurídica a las parejas que se someten a las técnicas de fecundación *in vitro* es lo que buscamos con la propuesta legal sobre el destino de los preembriones supernumerarios. Para ello hemos analizado la situación legal de otros países con respecto a las Técnicas de Reproducción Asistida y el tratamiento legal que reciben los preembriones supernumerarios de la fecundación *in vitro*.

España es pionera en la regulación de Técnicas de Reproducción Asistida. Actualmente se rige por la Ley 14/2006. Con respecto al destino de los preembriones supernumerarios el país español se ha pronunciado a través de su Tribunal

Constitucional, mediante Sentencia N° 116/1999 que declaró la constitucionalidad de la crioconservación de preembriones, argumentando que el momento de la implantación es determinante para otorgar mayor protección que al considerado preembrión. En el mismo sentido, Corral (2005) considera que la STC N° 116/1999 se sustenta en que los nascituri no son titulares del derecho constitucional a la vida, y que los preembriones no viables no alcanzan si quiera la condición de nascituri; por tanto, podrán ser destinados a fines de investigación.

Dentro del abanico de posibilidades que plantea la legislación española vigente, tenemos: crioconservación, donación para la implantación en terceros o para la investigación científica y el desecho, cada uno regulado bajo ciertos parámetros que detallaremos a continuación.

El destino de los preembriones supernumerarios lo deciden las personas que aportaron sus gametos para la fecundación, a través de su consentimiento; la Ley española prescribe que la modificación del consentimiento sobre el destino de los preembriones supernumerarios, el artículo 11 numeral 6 de la ley bajo comentario; establece que el consentimiento para dar a los preembriones o gametos crioconservados cualquiera de los destinos citados (implantación, donación, investigación científica o desecho) podrá ser modificado en cualquier momento anterior a su aplicación. Al respecto Farnós (2011) nos explica que este artículo permite a la pareja estéril o la mujer soltera, modificar su voluntad inicial sobre el destino de sus preembriones supernumerarios.

El tratamiento legal que se da en Costa Rica a las TERAS ha marcado el inicio del reconocimiento de este avance científico, pues el problema suscitado en el país

mencionado llegó a ser materia de análisis en la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso denominado “Artavia Murillo y otros vs Costa Rica”.

Mediante el Decreto Ejecutivo N°39210-MP-S se autoriza la realización de la técnica de reproducción asistida de fecundación *in vitro* y transferencia embrionaria. Este decreto ejecutivo en sus consideraciones preliminares recoge el mandato de la Corte, por ello el objetivo que persigue es autorizar que se practiquen la fecundación *in vitro* y mediante ello garantizar el derecho reproductivo de toda persona que sea diagnosticada con infertilidad.

Con respecto al tratamiento legal de los preembriones supernumerarios, tema que nos concierne, el presente Decreto ha establecido lo siguiente:

Debemos de partir que en el artículo 16° se establece que sólo se podrán transferir a la cavidad uterina 2 óvulos fecundados (preembriones) por ciclo reproductivo; ello conlleva, a que en el siguiente artículo (17°) se mencione que destinos podrán tener los preembriones que no se lleguen a introducir al útero, como crioconservarlos para futuros ciclos reproductivos y para ser donados previo consentimiento informado.

Se prohíbe el desecho, la comercialización, experimentación, selección genética, fisión, alteración genética, clonación y destrucción de los preembriones supernumerarios.

Como se ha podido deducir en ambos países, España y Costa Rica, se toma en cuenta la manifestación de la voluntad de las personas que aportan sus gametos para formar el preembrión, de ellos depende el destino que la Ley permita.

## V. CONCLUSIONES

1. La Ley General de Salud – N° 26842, en su art. 7 presenta un vacío legal al no establecer mayores alcances sobre las técnicas de reproducción asistida, limitándose solo a reconocer el derecho de acceder a las técnicas de reproducción asistida como tratamiento de la infertilidad sin especificar cuáles son ni contemplar las consecuencias fácticas ni jurídicas que pudieran derivarse; sin embargo conforme a la jurisprudencia, derecho comparado y doctrina que se ha analizado, se ha podido recabar la información suficiente que sirva de base para el diseño de nuestra propuesta legislativa.
2. Resulta necesario diseñar una propuesta legislativa que contemple los destinos jurídicamente aceptables para los preembriones supernumerarios en las técnicas de fecundación *in vitro*, a fin de otorgar tutela jurídica las parejas estériles que se sometan a dichas prácticas, lo cual no vulnera los derechos fundamentales a la vida ni a la dignidad humana.
3. La teoría del inicio de la vida que debe adoptar nuestro ordenamiento jurídico es la Teoría de la Anidación, la cual establece un nuevo criterio doctrinal para la adecuada interpretación de la Constitución, el Código Civil y el Código de los Niños y Adolescentes; en el sentido que reconoce que la vida humana inicia con la implantación del cigoto en el útero materno; a partir de ese estadio se considera concebido como sujeto de derecho; y no antes cuando aún se le considera preembrión.
4. Después del análisis e interpretación del derecho comparado sobre el destino de los preembriones supernumerarios en las técnicas de fecundación *in vitro* hemos advertido que el tema bajo investigación ya se encuentra regulado en

los países de España y Costa Rica, lo cual nos ha permitido tener un panorama amplio con respecto a los criterios que se consideran para una adecuada regulación sobre el destino de los preembriones supernumerarios.

5. La infertilidad es el diagnóstico de las enfermedades del sistema reproductor femenino y/o masculino, el cual tiene como consecuencia que las personas no puedan concebir o llevar a término un embarazo; una de las soluciones que ayudan a sobrellevar la esterilidad y la infertilidad es la fecundación *in vitro*, en este proceso inevitablemente se tendrá preembriones supernumerarios, a los que legalmente se debe designarles un destino como crioconservarlos, donarlos, desecharlos o destinarlos para investigación científica.
6. El preembrión no puede ser equiparado a una cosa o a simple material genético sin protección alguna; por el contrario, somos de opinión que el preembrión requiere de una regulación jurídica especial, la cual establezca límites sobre su tratamiento no permitiendo manipulaciones como la clonación o creación de híbridos. Al respecto, diseñaremos un proyecto de ley que regule sobre los alcances y las limitaciones del destino de los preembriones supernumerarios en las técnicas de fecundación *in vitro*.
7. El estado tiene como fin supremo la protección de la persona a través de velar por el respeto de sus derechos fundamentales, implementando políticas que conlleven al ejercicio de los derechos fundamentales. El derecho a la vida es el derecho base de los demás derechos y deberes de las personas; la vida inicia con la concepción, a partir de ese estadio se considera concebido, quien sujeto de derecho para todo y cuanto le favorece; El concebido es protegido a través

de diversas leyes en nuestro ordenamiento jurídico como el Código de los Niños y Adolescentes.

8. Teniendo en cuenta que la vida inicia con la anidación del cigoto en el claustro materno, no se está vulnerando el derecho a la vida de los preembriones supernumerarios cuando estos, a decisión de las personas que aportan sus gametos femeninos y masculinos en la fecundación *in vitro*, se opta por crioconservarlos, para utilizarlos posteriormente, donarlos, desecharlos, si en el caso presentaran rasgos de no ser viables, o destinarlos a la investigación científica debidamente justificado.
9. En el Perú, algunos centros de fertilización se encuentran adscritos a la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida, y, por tanto, bajo lo acordado mediante al Consenso Latinoamericano en Aspectos Ético – Legales relativo a las Técnicas de Reproducción Asistida; sin embargo, existen muchos centros de fertilización que no están sujetas a ninguna red y cuyo marco legal no es más que su propio código de ética y el art. 7 de la Ley General de Salud. Esta situación mantiene en desprotección tanto a las parejas estériles que se someten a dichas técnicas como a las clínicas que las ejecutan. En este sentido, consideramos urgente la regulación específica sobre técnicas de reproducción asistida, en especial sobre el destino de los preembriones supernumerarios en las técnicas de fecundación *in vitro*.
10. La “eugenesia preembrionaria” ha adquirido mayor relevancia en los últimos tiempos debido a la controversia generada sobre la facultad de poder seleccionar los mejores preembriones para ser implantados. Sin embargo, somos de opinión que la eugenesia preembrionaria debe utilizarse

prudentemente con la finalidad de descartar enfermedades en futuros embriones, o evitar que ciertas enfermedades genéticas se sigan propalando. Descartamos la selección preembrionaria por razones de sexo o raza, por razones de estética, moda o discriminación. Cabe advertir, que se suscita una situación distinta cuando se busca la selección del sexo por motivo de evitar enfermedades hereditarias presentadas en un determinado género.

11. El Diagnóstico Genético Preimplantacional es una herramienta novedosa que, siendo usada dentro de los límites éticos, generará beneficios para la humanidad, siempre y cuando no se llegue al extremo de la eugenesia preembrionaria por razones distintas al cuidado de la salud del preembrión, tratamiento de alguna enfermedad o diagnóstica.
12. En el país argentino las técnicas de reproducción asistida están reguladas, brindando tutela jurídica a las personas que se someten a las TRA, de lo analizado tenemos que, los destinos de los preembriones supernumerarios de las prácticas de la fecundación *in vitro* no se encuentran reguladas, pero de la ley en mención se deduce que está prohibido la crioconservación y la donación de los preembriones supernumerarios.
13. En el caso *Artavia Murillo vs Costa Rica*, se determina que las técnicas de reproducción asistida no vulneran el derecho a la vida de los seres humanos, puesto que la vida inicia con la implantación del cigoto en el útero materno; creando un precedente de obligación cumplimiento para los estados partes de la Convención Americana de Derechos Humanos, como lo en nuestro país, que no regula específicamente las prácticas de las técnicas de reproducción asistida.

## VI. RECOMENDACIONES

### 6.1 PROYECTO DE LEY

#### PROPUESTA LEGISLATIVA N° XXX

#### PROYECTO DE LEY SOBRE EL DESTINO DE LOS PREEMBRIONES SUPERNUMERARIOS EN LAS TÉCNICAS DE FECUNDACIÓN *IN VITRO*

##### 1. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

El presente proyecto de ley tiene por objeto determinar el destino de los preembriones supernumerarios en las técnicas de fecundación *in vitro* como técnica de reproducción asistida.

El deseo de formar una familia lleva a muchas parejas a acudir a los centros de fertilización que ofrecen un tratamiento ante la imposibilidad de tener hijos, brindando la opción de someterse a las técnicas de reproducción asistida. No podemos negar que dichos centros de salud ofrecen lo que es considerado un gran avance científico para la sociedad; sin embargo, todo descubrimiento trae consigo problemas, en estos casos legales y éticos.

En el ámbito legal es menester enfatizar que el único dispositivo legal que regula sobre las técnicas de reproducción asistida es la Ley Nro. 26842 “Ley General de Salud”, que en su Art. 7 señala que toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida. Como se puede advertir, la ley en mención es muy genérica con respecto al tema de las TERAS, pues deja muchos temas de relevancia sin regular, como: ¿Cuántas y cuáles son las clases de técnicas de reproducción asistida que pueden practicarse en el Perú? ¿Quiénes son los beneficiarios? ¿Cuántos preembriones deben ser implantados? ¿Cuál es el destino de los preembriones supernumerarios? ¿Es posible la ovodonación y/o embriodonación?, interrogantes que tienen respuestas en la práctica, pero sin un sustento legal dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

La escasa regulación legal en nuestro país, ha generado que algunos centros de salud donde se llevan a cabo las técnicas de reproducción asistida, se encuentren adscritas al

Consenso Latinoamericano en Aspectos Ético – Legales relativos a las Técnicas de Reproducción Asistida, de la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida, con la finalidad de poder ofrecer alguna acreditación internacional con respecto a dichas prácticas. Cabe mencionar que según los registros de la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida hasta el año 2014, solo siete centros de fertilización eran miembros de esta red, existiendo en la realidad muchas clínicas que no se encontraban adheridas, las cuales solo se fundamentarían en su ética profesional para poder realizar estas prácticas.

La técnica de reproducción asistida más común a utilizarse es la Fecundación *in vitro*, mediante ésta se llegan a formar entre 3 a 6 preembriones con la finalidad de ser implantados en el útero de la mujer para dar inicio al embarazo; sin embargo, en la mayoría de los casos no todos los preembriones formados en la probeta llegan a ser implantados. Esto obedece a distintos motivos, entre ellos que: a) los preembriones no hayan logrado desarrollarse con éxito o no reúnan las condiciones óptimas para ser implantados, b) no sea recomendable implantar más de tres preembriones con el fin de salvaguardar la vida de la madre gestante o de los futuros embriones, c) se pretendan crioconservar los preembriones a fin de ser implantados con posterioridad, d) entre otros.

Estos preembriones no implantados, se denominan preembriones supernumerarios o sobrantes. Por ello, ante la inminente realidad de la existencia de preembriones supernumerarios en las técnicas de fecundación *in vitro* y ante la escasa regulación sobre esta materia, consideramos que es sumamente importante diseñar una propuesta legislativa que regule el destino de los preembriones supernumerarios para que las parejas estériles que se sometan a estas prácticas encuentren un respaldo en el ordenamiento jurídico peruano.

## 2. COSTO-BENEFICIO:

La implementación de la presente propuesta legislativa no genera mayor gasto al Estado, por cuanto su objeto es legislar el destino de los preembriones supernumerarios de las técnicas de fecundación *in vitro* para otorgar tutela jurídica dentro los distintos niveles de nuestra sociedad, es decir conferirle protección a los derechos o intereses legítimos desde el derecho objetivo.

Los costos de la presente propuesta legislativa son superados por los beneficios que esta trae consigo. Por el contrario, el proyecto debe ser considerado viable debido a que determina se generan los siguientes beneficiarios: a) las parejas estériles, debido a que podrían ampararse en dicha legislación, ante una determinada situación que pueda vulnerar sus derechos con respecto al destino de los preembriones supernumerarios generados al haberse sometido a una de las técnicas de fecundación *in vitro*. b) los centros de fertilización donde se practiquen las técnicas de fecundación *in vitro*, debido a que podrán ejecutar sus actividades en amparo de un marco legal, pudiendo evitar posibles demandas ante eventualidades. c) los jueces, mediante nuestra propuesta de regulación sobre el destino de los preembriones supernumerarios, contribuiremos con generar un criterio unificado al momento de resolver. Teniendo en cuenta que el juzgador no puede dejar de administrar justicia por vacío, defecto o deficiencia de la ley, los magistrados vienen resolviendo acorde a su propio criterio lo que ha generado que distintos juzgados frente a mismos hechos, puedan resolver en distinto sentido. d) los abogados litigantes, debido a que les permitiría dar a conocer a sus patrocinados, probabilidades más sólidas con respecto a la resolución de una controversia.

Por tanto, conforme a lo sustentado consideramos que a través de nuestra propuesta pretendemos contribuir con el ordenamiento jurídico subsanando vacíos del derecho generados por la escasa regulación con respecto al destino de los preembriones supernumerarios creados mediante las técnicas de fecundación *in vitro*, estableciendo criterios unificados sobre el status jurídico de los preembriones supernumerarios y su adecuado tratamiento en nuestro ordenamiento jurídico.

En este sentido se establece que la teoría del inicio de la vida que debe adoptar nuestro ordenamiento jurídico es la Teoría de la Anidación, mediante la cual se reconoce que la vida humana inicia con la implantación del cigoto en el útero materno; a partir de ese estadio se considera concebido como sujeto de derecho; y no antes cuando aún se le considera preembrión.

### 3. CUERPO DE PROPUESTA LEGISLATIVA

LEY N° ...

Artículo Único. Se expide la Ley sobre el destino de los preembriones supernumerarios en las Técnicas de Fecundación In Vitro para el Perú; para quedar como sigue:

#### LEY SOBRE EL DESTINO DE LOS PREEMBRIONES SUPERNUMERARIOS EN LAS TÉCNICAS DE FECUNDACIÓN IN VITRO

##### TITULO PRIMERO

##### CAPITULO UNICO

##### DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1º.- La presente Ley es de orden público e interés social, y tiene por objeto establecer y regular los requisitos y formalidades sobre el destino de los preembriones supernumerarios en las Técnicas de Fecundación In Vitro.

Artículo 2º. - Definiciones

Para efectos de la presente ley, se entiende por:

- a) Esterilidad: Imposibilidad absoluta que puede presentar el varón o la mujer para concebir.
- b) Infertilidad: Dificultad para concebir o llevar a término un embarazo.
- c) Técnicas de Reproducción Humana Asistida: Son métodos que nos brinda la ciencia, que reemplazan a la procreación natural con la finalidad de permitir la procreación a las parejas estériles e infértiles. Estas pueden ser la fecundación in vitro o la inseminación artificial.
- d) Fecundación in vitro o Fecundación extrauterina: Es una técnica de reproducción humana asistida, en donde la fecundación se realiza fuera del útero, exactamente en un laboratorio clínico, donde se realiza la fusión del gameto masculino con el femenino.

- e) Preembrión: Estadio dentro del desarrollo embrionario que corresponde al período desde la fecundación (fusión de gametos) hasta el momento de su anidación en el útero materno.
- f) Preembriones supernumerarios o sobrantes: Son aquellos preembriones fecundados *in vitro* y que no son transferidos al útero materno por distintos motivos.
- g) Embrión: En general se habla de cigoto desde la fecundación hasta el estadio de blastocisto, de embrión desde la fase de blastocisto hasta la fase fetal (día 60).
- h) Bancos de preembriones: Lugar donde se crioconservan los preembriones supernumerarios de las prácticas de la fecundación *in vitro*.
- i) Crioconservación de preembriones: Radica en congelar los preembriones supernumerarios con la finalidad de mantener su viabilidad por un tiempo prolongado.

Artículo 4º.- La presente Ley se aplicará en las Instituciones de salud pública o privada que cuenten con la certificación de la autoridad competente para realizar las técnicas de fecundación *in vitro*.

Artículo 5º.- En lo no previsto en la presente ley, se aplicará de manera supletoria lo dispuesto por el Código Civil y el Código Procesal Civil, cuando fueren aplicables, y no afecte derechos de terceros.

Art. 6º. - Del consentimiento informado

El centro de salud interviniente debe recabar el consentimiento previo, informado y libre de los interesados en referencia al destino que tendrán los preembriones supernumerarios de la aplicación de la fecundación *in vitro* a la que se hubieran sometido.

El consentimiento informado deberá realizarse en formato accesible y comprensible y se hará mención expresa de las consecuencias jurídicas y científicas que pudiera conllevar.

Art. 7. – Destino de los preembriones supernumerarios

Los destinos jurídicamente aceptables para los preembriones supernumerarios en las técnicas de fecundación *in vitro*, son los siguientes:

- a) Crioconservación
- b) Donación
- c) Investigación científica
- d) Desecho

#### Ar. 8. - De la Crioconservación

Los preembriones supernumerarios podrán crioconservarse y podrán ser implantados en la propia mujer o en terceros, mediante la donación.

Este procedimiento deberá realizarse en los bancos de preembriones que disponga cada centro de fertilización, por el plazo de cinco (5) años desde la obtención del preembrión, vencido el plazo se procederá a su desecho. Dicho plazo es prorrogable durante el ciclo de fertilidad de la pareja. A su vencimiento, si la persona o la pareja no hubiesen dispuesto la implantación o donación de sus preembriones, procederán a ser desechados por el centro de salud a cargo.

#### Art. 9. – De la Donación

9.1. La donación de preembriones supernumerarios es a título gratuito y de carácter formal, anónima y confidencial entre los donantes y el centro de salud autorizado.

9.2. Los donantes renuncian a todo derecho patrimonial o extrapatrimonial sobre los preembriones supernumerarios; en ese sentido, renuncian a cualquier derecho que pueda tener con la custodia o acceso al preembrión donado.

9.3. Los requisitos para la donación y procedimiento a realizarse se establecerán vía reglamentaria.

#### Art.10. - De la Investigación Científica

1. La investigación o experimentación con preembriones supernumerarios procedentes de la aplicación de las técnicas de fecundación *in vitro* sólo se autorizará si se atiende a los siguientes requisitos:

- a) Que se cuente con el consentimiento escrito de la pareja, previa explicación pormenorizada de los fines que se persiguen con la investigación y sus implicaciones. Dichos consentimientos especificarán en todo caso la renuncia de la pareja a cualquier derecho de naturaleza dispositiva, económica o patrimonial sobre los resultados que pudieran derivarse de manera directa o indirecta de las investigaciones que se lleven a cabo.
- b) Que el preembrión no se haya desarrollado *in vitro* más allá de 14 días después de la fecundación del ovocito, descontando el tiempo en el que pueda haber estado crioconservado.
- c) En el caso de los proyectos de investigación relacionados con el desarrollo y aplicación de las técnicas de reproducción asistida, que la investigación se realice en centros autorizados. En todo caso, los proyectos se llevarán a cabo por equipos científicos cualificados, bajo control y seguimiento de las autoridades sanitarias competentes.

## 2. Se prohíbe:

- a) La creación de seres idénticos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza.
- b) La fusión de preembriones entre sí o cualquier otro procedimiento dirigido a producir quimeras.
- c) El intercambio genético humano, o recombinado con otras especies, para producción de híbridos.
- d) La transferencia de gametos o preembriones humanos en el útero de otra especie animal, o la operación inversa, así como las fecundaciones entre gametos humanos y animales que no estén autorizadas.
- e) La ectogenesis o creación de un ser humano individualizado en el laboratorio.
- f) Las investigaciones o experimentaciones que no se ajusten a los términos de esta Ley o de las normas que la desarrollen.

## DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS MODIFICATORIAS

Primera. - Modifíquese el artículo 7° de la Ley 26842, Ley General de Salud, con los siguientes términos:

“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, aun cuando la condición de madre genética y de madre gestante no recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos. Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos, creación de quimeras, híbridos y la transferencia de gametos o preembriones humanos en el útero de otra especie animal, o la operación inversa. Se prohíbe también la ectogénesis o creación de un ser humano individualizado en el laboratorio.”

Segunda. - Incorpórese el artículo 318°-B al Código Penal, con los siguientes términos:

“Delito de intermediación onerosa de preembriones crioconservados”

Artículo 318°-B.- Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años el que, por lucro y sin observar la ley de la materia, compra, vende, importa o exporta preembriones. Si el agente es un profesional médico o sanitario o funcionario del sector salud, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme al artículo 36° incisos 1, 2, 4, 5 y 8.”

## DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

### PRIMERA. – Autoridad Competente

El Ministerio de Salud es la autoridad nacional competente encargada de proponer y aprobar las medidas necesarias para el cumplimiento de la presente Ley. Asimismo, conjuntamente con la Superintendencia Nacional de Salud, adoptarán las medidas necesarias para la vigilancia, seguimiento y control de los bancos de crioconservación de preembriones supernumerarios en los centros de salud.

SEGUNDA. - El Poder Ejecutivo reglamenta la presente ley en un plazo de noventa (90) días, contados a partir de su vigencia.

TERCERA. - Deróguese o déjese sin efecto, según corresponda, las normas que se opongan al contenido de la presente Ley.

#### ARTÍCULOS TRANSITORIOS

PRIMERO. - La presente Ley entrara en vigor al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial “El Peruano”.

SEGUNDO. - A partir de la entrada en vigor de la presente Ley, se derogan las demás disposiciones que contravengan al mismo.

QUINTO. - Publíquese la presente Ley en el Diario Oficial Peruano para su mayor difusión.

Comunicase al señor Presidente de la República para su promulgación.

En Lima, a los..... días del mes de..... Del dos mil dieciocho.

Presidente del Congreso

de la República

AL SEÑOR PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA

POR TANTO:

Mando se publique y cumpla.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los..... días del mes de.....del dos mil dieciocho.

Presidente Constitucional de la República  
Ministros

Presidente del Consejo de

## VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

### 7.1 LIBROS

- Aranzamendi, L. (2013). *Instrumento teórico – práctico del diseño y redacción de la Tesis en Derecho*. Lima: Editora y Librería Jurídica GRILEY E.I.R.L.
- Arteaga, S., y García, M. (2013). *Embriología Humana y Biología del Desarrollo*. México D.F: Editorial Médico Panamericana S.A. de C.V.
- Bautista, N. (2011). *Proceso de la investigación cualitativa*. Bogotá: Editorial El Manual Moderno.
- Bolaños, E. (2014). *Aspectos a considerar en la legislación comparada de la fecundación asistida: Argentina, España e Italia*. San José. CEDIL.
- Bossert, G., y Zannoni, E. (2004). *Manual de Derecho de Familia*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Caballero, A. (2013). *Metodología Integral innovadora para Planes y Tesis.*, México D.F: Art. Graph.
- Carrasco, S. (2007). *Metodología de la Investigación Científica*. Lima: Editorial San Marcos.
- Castaño, M. (2004). *Derecho, genoma humano y biotecnología*. Bogotá: Temis.
- Chanamé, R. (2009). *Comentarios a la Constitución*. Lima: Jurista Editores E.I.R.L.
- Curtis, H., y Barnes, S. (1993). *Biología*. Buenos Aires: Editorial Panamericana.
- Espinoza, J. (2004). *Derecho de las personas*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Espinoza, J. (2012). *Derecho de las personas – Tomo I: Concebido y Personas Naturales*. Lima: Editorial Grijley E.I.R.L.
- Farnós, E. (2011). *Consentimiento a la Reproducción Asistida*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos.
- Fernández, C. (1995). *Derecho civil de nuestro tiempo: inicio de la vida, adecuación de sexo, reproducción asistida, libertad de información*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Fernández, C. (2002). *El derecho de las personas: en el umbral del siglo XXI*. Ediciones Jurídicas. Lima.
- Gafo, J., y Guerra, J. (1998). *Procreación Humana Asistida: aspectos técnicos, éticos y legales*. Madrid: Universidad Pontificia de Comillas.
- Gafo, J. (Ed.). (1993). *Ética y biotecnología*. Madrid: Universidad Pontificia Comillas.

- García, V. (2001). *Introducción a las Ciencias Jurídicas*. Lima: Universidad de Lima Fondo de Desarrollo Editorial
- Germán, R. (2012). *La desprotección del no nacido en el siglo XXI*. Madrid: Editorial Ediciones Internacionales Universitarias S.A. Madrid.
- Gonzáles, G. (1996). *La consideración jurídica del embrión in vitro*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Gonzales, G. (1991). *Manual de Diagnóstico y Manejo de la pareja infértil*. Lima: Ediciones Instituto de Investigaciones de la Altura.
- Hernández, R. (2014). *Metodología de la Investigación*. México D.F: MC. GRAW HILL Education.
- Higuera, J. (1995). *El Derecho Penal y la Genética*. Madrid: Trivium.
- Junquera, R., De La Torre, J., Aparicio, L. y González, L. (2010). *Normas Básicas De Bioderecho*. Madrid: R.B. Servicios Editoriales S.L.
- Lisker, R., Zentella, A. y Grether, P. (2013) *Introducción a la genética humana*. México D.F: Editorial El manual moderno.
- Lledó, F. (1994). *La Filiación: su régimen jurídico e incidencias de la genética en la determinación de la filiación*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- Martínez, S. (1994). *Manipulación genética y derecho penal*. Buenos Aires: Universidad Buenos Aires.
- Miranda, M. (1998). *Derecho de familia y derecho genético*. Lima: Ediciones Jurídicas.
- Mosquera, C. (1997). *Reproducción Humana Asistida*. Lima: San Marcos.
- Mosquera, C. (2004). *Avances genéticos y dignidad humana: reflexiones éticas y jurídicas*. Lima: Jemagraf.
- Ñaupas, H., Mejía, E., Novoa, E., y Villagómez, A. (2014). *Metodología de la investigación Cuantitativa – Cualitativa y Redacción de la Tesis*. Bogotá: Editorial U – Transversal.
- Priori, G., Ibañez, P., Asencio, J., Bregaglio, R., Cairo, O., Campos, H., y otros. (2016). *Argumentación Jurídica y Motivaciones de las Resoluciones Judiciales*. Lima: Palestra Editores S.A.C.
- Ramos, C. (2014). *Cómo hacer una tesis de derecho y no envejecer en el intento*. Lima: Grupo Editorial Lex & Iuris.
- Reverté, J. (1983). *Las Fronteras de la Medicina: límites éticos, científicos y jurídicos*. Madrid: Díaz de Santos.
- Romeo, C. (2003). *Genética y Derecho*. Buenos Aires: Editorial Astrea.

- Rubio, M. (1996). *Las reglas del amor en probetas de laboratorio: reproducción humana asistida y derecho*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Sambrizzi, E. (2001). *La procreación asistida y la manipulación del embrión humano*. Buenos Aires: Abelado Perrot.
- Savulescu, J. (2012). *¿Decisiones peligrosas? Una bioética desafiante*. Madrid: Editorial Tecnos.
- Soto, M. (1990). *Biogenética, filiación y delito: la fecundación artificial y la experimentación genética ante el derecho*. Buenos Aires: Astrea.
- Tamayo, M. (2014). *El Proceso de la Investigación Científica*. México D.F: Editorial UMUSA S.A.
- Torres, A. (2001). *Introducción al Derecho*. Lima: Editorial IDEMSA.
- Valderrama, S. (2015). *Pasos para elaborar Proyectos de Investigación Científica Cuantitativa, Cualitativa y Mixta*. Lima: Editorial San Marcos.
- Valverde, R. (2001). *Derecho genético: reflexiones jurídicas planteadas por las técnicas de reproducción humana asistida*. Lima: Gráfica Horizonte.
- Varsi, E. (1996). *Derecho y Manipulación Genética*. Lima: Universidad de Lima.
- Varsi, E. (2013). *Derecho genético: principios generales*. Lima: Editorial Grijley.
- Villarán, A. (2003). *Principios de simetría y no arbitrariedad aplicados en el derecho genético*. Lima: Fondo de Desarrollo Editorial Universidad de Lima.
- Yashon, R., y Cummings, M. (2010). *Genética Humana y Sociedad*. México D.F.: Cengage Learning Editores S.A.

## 7.2 TESIS

- Arroyo, K. (2009). *Regulación Jurídica de la Maternidad Subrogada en los Casos de Procreación Asistida* (tesis de pregrado). Universidad César Vallejo, Chimbote.
- Burstein, A. (2013). *Los Derechos del Embrión In Vitro Frente a la Paternidad. Ilegitimidad De Las Técnicas de Reproducción Asistida Extrauterinas* (tesis de maestría). Pontificia Universidad Católica Del Perú, Lima.
- Canessa, R. (2011). *La Filiación en la Reproducción Humana Asistida* (tesis doctoral). Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima.
- Cárdenas, A. (2014). *El Derecho De Las Personas Concebidas Mediante Técnicas de Reproducción Asistida a Conocer su Identidad Biológica, Desde una Perspectiva Biojurídica* (tesis de maestría). Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Lima.

- Carrecedo, S. (2015). *La fertilización in vitro y el debate sobre el estatuto del no nacido* (tesis de pregrado). Pontificia Universidad Católica Del Perú, Lima
- Castro, A. (2016). *La Ovodonación y La Necesidad de Regulación en la Legislación Peruana* (tesis de pregrado). Universidad Privada Antenor Orrego, Trujillo.
- Llauce, C (2013). *La Fecundación in vitro y El Estatuto Del Embrión Humano En El Sistema Jurídico Peruano* (tesis de pregrado). Universidad de Piura, Piura.
- Llerena, O, & Tapia, S. (2016). *Incorporación de Criterios Bioéticos y Biojurídicos, Ante la Probable Modificación de la Norma Sobre Técnica de Reproducción Artificial* (tesis de maestría). Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Lima.
- Martel, R. (2002). *Acerca de la necesidad de legislar sobre las medidas autosatisfactivas en el proceso civil* (Tesis de maestría). Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima.
- Pérez, Diana. (2015). *Presupuestos Éticos y Jurídicos Mínimos que se Deben Tener en Cuenta ante una Inminente Regulación de Técnicas de Reproducción Asistida en el Perú* (tesis de maestría). Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Lima.
- Ramos, V. (2015). *La Incidencia De Las Técnicas De Reproducción Humana Asistida En La Filiación* (tesis doctoral). Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, Lambayeque.
- Salazar, V. (2015). *El panorama jurídico de la Fecundación in vitro en Colombia*. (Tesis de pre grado). Universidad de Manizales, Caldas.
- Villegas, R. (2014). *La Tutela Jurídica Constitucional Ecuatoriana dentro del Estado Social de Derecho y Justicia Social* (Tesis de pregrado). Universidad Central del Ecuador, Quito.

### 7.3 JURISPRUDENCIAS

- Expediente N° 02005-2009-PA/TC, que contiene la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional de fecha dieciséis de octubre de dos mil nueve.
- Expediente N° 183515-2006-00113, que contiene la sentencia emitida por el Décimo Quinto Juzgado Especializado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, contenida en la Resolución Nro. Treinta y Uno, de fecha seis de enero del dos mil nueve.
- Caso “Artavia Murillo y Otros (“Fecundación in vitro”) vs Costa Rica” contenido en la sentencia emitida el 28 de noviembre del 2012, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Expediente N° 06374-2016-0-1801-JR-CI-05, que contiene la sentencia emitida por el Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima contenida en la Resolución N° Cinco del veintiuno de febrero de dos mil diecisiete.

Expediente N° 30541-2014-18-1801-JR-CI-01 que contiene la sentencia emitida por el Primer Juzgado Especializado en lo Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima contenida en la Resolución Nro. Tres del diecinueve de agosto de dos mil dieciséis.

#### 7.4 INFORMES

Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos (2013). *Los Derechos Reproductivos: Una Agenda necesaria para garantizar los Derechos Humanos de los y las Adolescentes*. Recuperado de <http://congresoderechosreproductivos.com/wpcontent/uploads/RelatoriaII CJCosta-Rica.pdf>.

Defensoría del Pueblo. (2009). *Compendio Normas Básicas sobre los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes – Tomo II*. Recuperado de <https://www.unicef.org/peru/spanish/Tomo2.pdf>.

UNICEF. (2006). *Convención Sobre Los Derechos del Niño*. Recuperado de <http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>.

#### 7.5 ARTÍCULOS

Barrios, A. y Méndez, L.A. (2014). Enfoque de los principales factores causales en los trastornos reproductivos. *Revista Cubana de Ginecología y Obstetricia*, 40(2), 246-257, Recuperado de <http://scielo.sld.cu/pdf/gin/v40n2/gin11214.pdf>.

Enguer, P. y Ramón, F. (2018). Dilemas bioéticos y jurídicos de la reproducción asistida en la sociedad actual en España. *Revista Latinoamericana de Bioética*, 18 (1), 104-135. Recuperado de <http://www.scielo.org.co/pdf/rlb/v18n1/1657-4702-rlb-18-01-00104.pdf>.

Gamboa, G.A. (2016). *Las Técnicas de Reproducción Asistida (TRA) A la luz de la Bioética*. 24 (53). 319 – 344. Recuperado de <http://www.scielo.org.co/pdf/esupb/v24n53/v24n53a06.pdf>.

López, C.A., Gaviria, J.E., Henao, R.E. y Piedrahita, D.L. (2016). Características clínicas y presencia de prolactinoma en mujeres con hiperprolactinemia, *Revista Iatreia*, 29 (3), Recuperado de [http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0121-07932016000300292&lng=es&tlng=es](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-07932016000300292&lng=es&tlng=es)

- López, R.E. (2015). Interés superior de los niños y niñas: Definición y contenido. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 13(1), 51-70, Recuperado de <http://www.scielo.org.co/pdf/rlcs/v13n1/v13n1a02.pdf> .
- Monroy, G. (1994). Las excepciones en el Código Civil Peruano. *Themis*, 1(27-28), 119-129.
- Postigo, E. y Díaz, M. (2016) Nueva Eugenesia: La selección de embriones *in vitro*. *Universidad Francisco de Vitoria, Madrid, Spain*, Recuperado de [https://www.researchgate.net/profile/Elena\\_Postigo\\_Solana](https://www.researchgate.net/profile/Elena_Postigo_Solana)
- Priori, G. (2014). Del derecho de acción a la efectiva Tutela Jurisdiccional de los Derechos. *Ius Et Veritas*, 1(45), 147.

## 7.5 LINKOGRAFÍA

- Real Academia Española. (2014). Tutela. En *Diccionario de la lengua española* (23.a ed.). Recuperado de <http://dle.rae.es/?id=azNzA8J>
- Tutela Jurídica (s.f). En Wikipedia. Recuperado el 10 de noviembre de 2018 de [https://es.wikipedia.org/wiki/Tutela\\_jur%C3%ADdica](https://es.wikipedia.org/wiki/Tutela_jur%C3%ADdica)

## VIII. ANEXOS

### 8.1 MODELO DE ENCUESTA

#### ENCUESTA

Sr./Sra./

Con motivo de desarrollar la Tesis intitulada: «*Necesidad de regular sobre el destino de los preembriones supernumerarios en las técnicas de fecundación in vitro, permite la tutela jurídica a las parejas estériles*», para la obtención del Título de abogado por la Universidad Nacional del Santa

Se le solicita y agradece su colaboración y nos permitimos indicarle que la presente encuesta es confidencial, y sus resultados se darán a conocer únicamente en el desarrollo de nuestra Tesis

Con tal propósito le informamos sobre la fecundación *in vitro*, la cual consiste en la fecundación del ovulo por el espermatozoide fuera del aparato reproductor femenino (en un laboratorio), para finalmente ser implantados en el claustro materno. Este procedimiento constituye inevitablemente la creación de preembriones supernumerarios (sobrantes) que no son transferidos al útero de la madre por los siguientes motivos: a) no reúnen las condiciones óptimas para ser implantados, b) evitar embarazos múltiples c) se pretende crioconservarlos a fin de ser implantados con posterioridad. Al respecto, actualmente en el Perú las técnicas de fecundación *in vitro* y el destino de los preembriones supernumerarios no se encuentran regulados normativamente.

#### Preguntas:

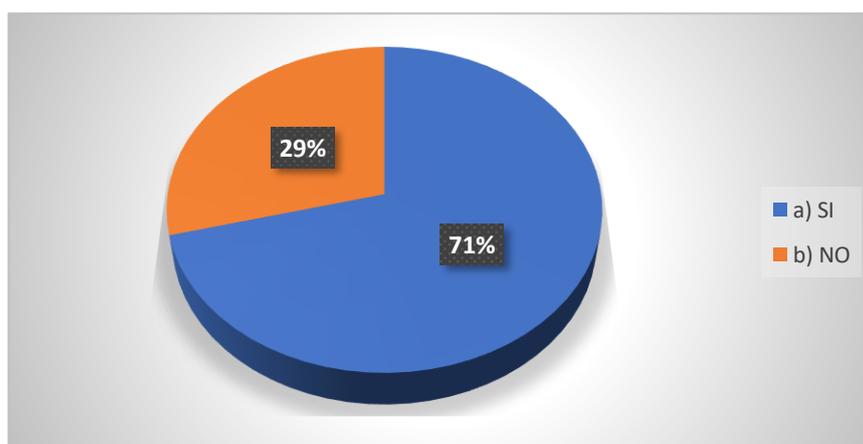
1. A su opinión; ¿ha escuchado hablar y/o tiene conocimiento sobre la existencia de las técnicas de reproducción asistida?
  - a) Sí
  - b) No
2. ¿Considera que las técnicas de reproducción asistida producen algún beneficio para la sociedad?
  - a) Sí, porque contribuye a concretar el sueño de formar una familia
  - b) Sí, porque permitirá a las parejas a decidir en qué momento y cuántos hijos tener
  - c) No, porque se manipulan seres humanos
  - d) No, porque se comercializa con la gestación
3. Dentro de su entorno familiar o amical ¿conoce usted a alguien con problemas de fertilidad?
  - a) Sí, una persona/pareja
  - b) Sí, más de una persona/pareja
  - c) No, ninguna
  - d) Desconoce
4. Dentro de su entorno familiar o amical ¿conoce usted a alguien que haya recurrido a la fecundación *in vitro* como tratamiento a su infertilidad?
  - a) Sí, una persona/pareja
  - b) Sí, más de una persona/pareja
  - c) No, ninguna
  - d) Desconoce
5. En el caso hipotético de que usted o su pareja tuvieran problemas de fertilidad, ¿Recurriría a la fecundación *in vitro* para procrear?
  - a) Sí
  - b) No
  - c) Tendría que consultarlo con su pareja
  - d) No sabe
6. Siendo que el procedimiento de fecundación *in vitro* conlleva inevitablemente la creación de preembriones supernumerarios, y teniendo en cuenta que en el Perú no existe ninguna ley que regule al respecto. ¿Considera usted necesaria se emita una ley que regule sobre su destino, a fin de proteger los derechos de las parejas estériles?
  - a) Sí
  - b) No
  - c) No sabe/No estoy informado

DNI N°: \_\_\_\_\_

## 8.2 TABULACIÓN DE DATOS DE LA ENCUESTA

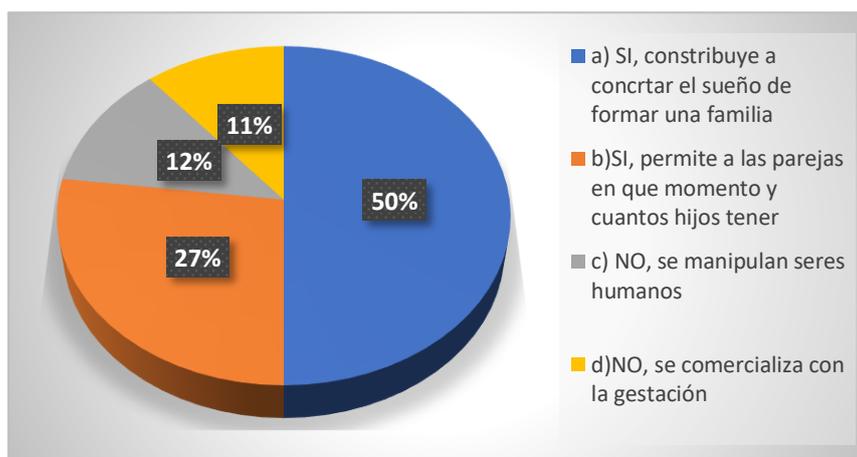
A continuación, presentamos los resultados de la encuesta realizada a 100 personas<sup>1</sup> entre 18 y 60 años de edad, elegidas al azar y aplicada en la Urb. Bellamar – II Etapa, ciudad de Nuevo Chimbote con la finalidad de recoger su opinión con respecto al tema bajo investigación.

1. A su opinión: ¿Ha escuchado hablar y/o tiene conocimiento sobre la existencia de las técnicas de reproducción asistida?



**Figura 01.** Sobre el nivel de conocimiento sobre las Técnicas de Reproducción Asistida.

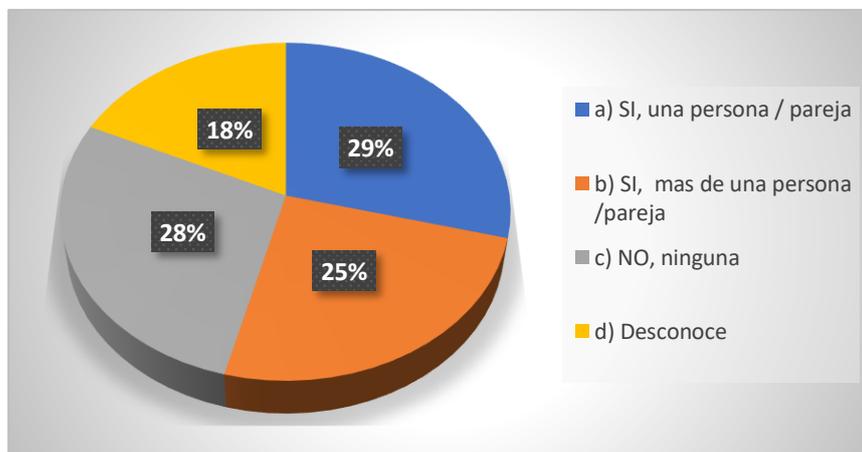
2. ¿Considera que las técnicas de reproducción asistida producen algún beneficio para la sociedad?



**Figura 02.** Sobre el beneficio de las Técnicas de Reproducción Asistida para la sociedad.

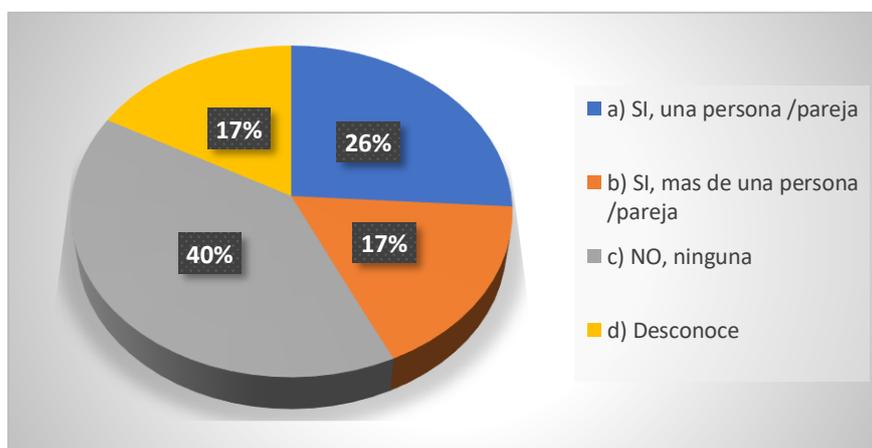
<sup>1</sup>Estas personas no necesariamente son estériles.

3. Dentro de su entorno familiar o amical ¿conoce usted a alguien con problemas de fertilidad?



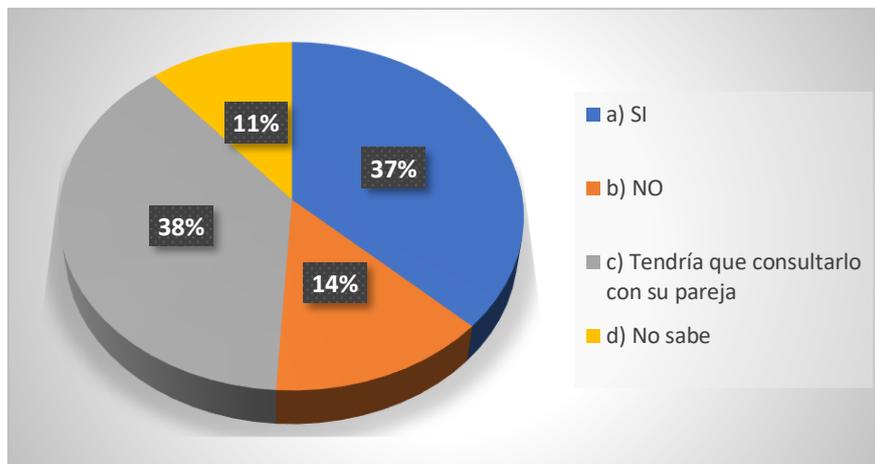
**Figura 03.** Índice de personas con problemas de fertilidad en su entorno familiar o amical.

4. Dentro de su entorno familiar o amical ¿conoce usted a alguien que haya recurrido a la fecundación *in vitro* como tratamiento a su infertilidad?



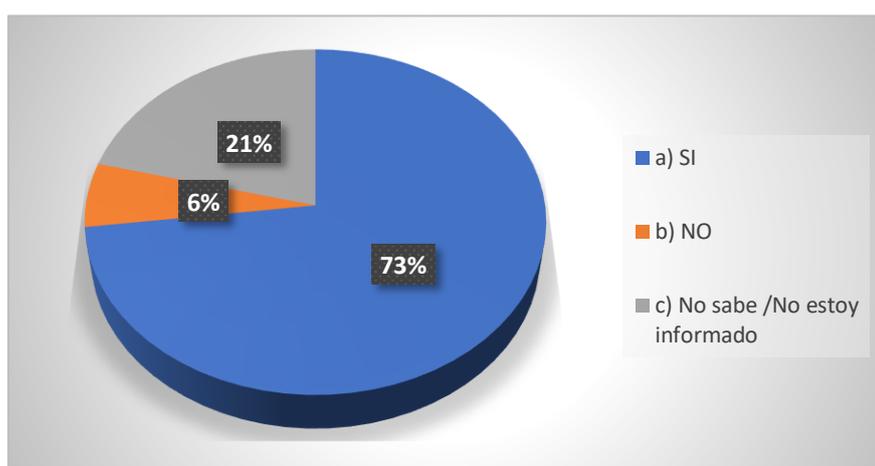
**Figura 04.** Índice de personas que recurrieron a la fecundación *in vitro* en su entorno familiar o amical.

5. En el caso hipotético de que usted o su pareja tuvieran problemas de fertilidad, ¿Recurriría a la fecundación *in vitro* para procrear?



**Figura 05.** Sobre su posición de recurrir a la fecundación *in vitro* para procrear.

6. Siendo que el procedimiento de fecundación *in vitro* conlleva inevitablemente la creación de preembriones supernumerarios, y teniendo en cuenta que en el Perú no existe ninguna ley que regule al respecto. ¿Considera usted necesaria se emita una ley que regule sobre su destino, a fin de proteger los derechos de las parejas estériles?



**Figura 06.** Sobre la posición de regular el destino de los preembriones supernumerarios en la fecundación *in vitro*

### 8.3 MODELO DE GUÍA DE ENTREVISTA

#### GUIA DE ENTREVISTA SOBRE EL DESTINO DE LOS PREEMBRIONES SUPERNUMERARIOS EN LAS TÉCNICAS DE FECUNDACIÓN *IN VITRO*

**Fecha:**

**Hora:**

**Lugar:**

**Entrevistadoras:**

- Bach. Mishell Melina Fajardo Vereau
- Bach. Josseline Geanil Maza Valverde

**Entrevistado:**

Nombre:

Edad:

Género:

Puesto:

Dirección:

**Introducción:**

El derecho genético sigue siendo un terreno árido para nuestros legisladores. Actualmente nuestro ordenamiento jurídico no desarrolla una regulación específica sobre técnicas de reproducción asistida (TERAS) que brinde parámetros a las clínicas que las practican, ello ha generado falta de tutela jurídica a las parejas estériles que se someten a dicha técnicas en nuestro país. La técnica de reproducción asistida más común a utilizarse es la fecundación *in vitro*, mediante ésta se llegan a formar entre tres a seis preembriones con la finalidad de ser implantados en el útero de la mujer para dar inicio al embarazo; sin embargo, en la mayoría de los casos no todos los preembriones formados en la probeta llegan a ser implantados. Por ello, ante la inminente realidad de preembriones supernumerarios en la técnica de fecundación *in vitro*, nos preguntamos si **existe la necesidad de regular sobre el destino de los preembriones supernumerarios en las técnicas de fecundación *in vitro* para otorgar tutela jurídica a las parejas estériles.**

los preembriones supernumerarios sin atentar los derechos fundamentales a la vida y a la dignidad humana, realidad problemática que discutiremos en nuestra tesis.

Debido a la alta especialización que requiere el desarrollo de nuestra tesis para obtener el título de abogado, hemos creído conveniente recurrir a profesionales especialistas en Genética, con la finalidad que contribuyan sustancialmente a nuestra investigación con la absolución de dudas y aportes teóricos con respecto al proceso que siguen las técnicas de fecundación *in vitro* y su posición sobre la necesidad de regular el destino de los preembriones supernumerarios en las técnicas de fecundación *in vitro* para otorgar tutela jurídica a las parejas estériles.

### **Características de la entrevista:**

La presente entrevista se caracteriza por la confidencialidad de los datos brindados y tiene como finalidad el aporte académico a la presente investigación. Tiene una duración aproximada de treinta minutos.

### **Preguntas:**

1. Usted, como profesional de la medicina humana ¿Desde qué momento considera que inicia la vida del ser humano?
2. Debido a que, mediante las técnicas de reproducción asistida se busca una concepción artificial ¿considera usted que las técnicas de reproducción asistida son prácticas que contravienen la moral?
3. Como profesional de la salud, ¿Cuáles son los beneficios de las prácticas de las técnicas de reproducción asistida?
4. Teniendo en cuenta el proceso realizado en las técnicas de fecundación *in vitro* y la manipulación genética realizada a los preembriones antes de su implantación en el útero de la madre. ¿Considera usted que mediante estas técnicas se atenta a la dignidad humana?

5. ¿Considera usted que es obligatorio que las parejas que buscan someterse a una fecundación *in vitro*, deban realizarse un diagnóstico genético preimplantacional?  
De lo contrario ¿En qué casos debería ser necesario?
6. Teniendo en cuenta su posición sobre el inicio de la vida del ser humano, ¿considera éticamente posible, desechar los preembriones que presenten anomalías congénitas o de los que se pueda presumir su falta de viabilidad?
7. Teniendo en cuenta sus vastos conocimientos en genética ¿Cuánto tiempo puede permanecer criopreservado un preembrión antes de ser implantado en el útero de su madre, sin que afecte su viabilidad?
8. Teniendo en cuenta que las técnicas de reproducción asistida no están reguladas específicamente en nuestro país y que la Ley General de Salud - Ley N° 26842 prescribe someramente mediante el artículo 7 que toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida ¿considera usted como un profesional de la salud que es necesaria la regulación de dichas técnicas?

## 8.4 DESARROLLO DE LAS GUÍAS DE ENTREVISTA

### GUIA DE ENTREVISTA SOBRE EL DESTINO DE LOS PREEMBRIONES SUPERNUMERARIOS EN LAS TÉCNICAS DE FECUNDACIÓN *IN VITRO*

**Fecha:** 30 de julio del 2018

**Hora:** 5:00 pm.

**Lugar:** Laboratorio Clínico Alpaca.

**Entrevistadoras:**

- Bach. Mishell Melina Fajardo Vereau
- Bach. Josseline Geanil Maza Valverde

**Entrevistado:**

Nombre: M.C. Hugo Aurelio Alpaca Salvador

Edad:

Género: Masculino

Puesto: Docente de EAP Medicina Humana de la Universidad Nacional del Santa

Dirección:

**Introducción:**

El derecho genético sigue siendo un terreno árido para nuestros legisladores. Actualmente nuestro ordenamiento jurídico no desarrolla una regulación específica sobre técnicas de reproducción asistida (TERAS) que brinde parámetros a las clínicas que las practican, ello ha generado falta de tutela jurídica a las parejas estériles que se someten a dicha técnicas en nuestro país. La técnica de reproducción asistida más común a utilizarse es la fecundación *in vitro*, mediante ésta se llegan a formar entre tres a seis preembriones con la finalidad de ser implantados en el útero de la mujer para dar inicio al embarazo; sin embargo, en la mayoría de los casos no todos los preembriones formados en la probeta llegan a ser implantados. Por ello, ante la inminente realidad de preembriones supernumerarios en la técnica de fecundación *in vitro*, nos preguntamos si **existe la necesidad de regular sobre el destino de los preembriones supernumerarios en las técnicas de fecundación *in vitro* para otorgar tutela jurídica a las parejas estériles.**

Con respecto a ello es importante preguntarnos si esta regulación es jurídicamente posible, es decir, si es factible determinar mediante una ley específica sobre el destino de los preembriones supernumerarios sin atentar los derechos fundamentales a la vida y a la dignidad humana, realidad problemática que discutiremos en nuestra tesis.

Con respecto a ello es importante preguntarnos si esta regulación es jurídicamente posible, es decir, si es factible determinar mediante una ley específica sobre el destino de los preembriones supernumerarios sin atentar los derechos fundamentales a la vida y a la dignidad humana, realidad problemática que discutiremos en nuestra tesis.

Debido a la alta especialización que requiere el desarrollo de nuestra tesis para obtener el título de abogado, hemos creído conveniente recurrir a profesionales especialistas en Genética Humana, Biotecnología de la Salud y Bioética, con la finalidad que contribuyan sustancialmente a nuestra investigación con la absolución de dudas y aportes teóricos con respecto al proceso que siguen las técnicas de fecundación *in vitro*, su posición doctrinaria sobre el inicio de la vida humana y su opinión sobre la necesidad de regular el destino de los preembriones supernumerarios en las técnicas de fecundación *in vitro* para otorgar tutela jurídica a las parejas estériles.

#### **Características de la entrevista:**

La presente entrevista se caracteriza por la confidencialidad de los datos brindados y tiene como finalidad el aporte académico a la presente investigación. Tiene una duración aproximada de treinta minutos.

#### **Preguntas:**

**1. Usted, como profesional de la medicina humana ¿Desde qué momento considera que inicia la vida del ser humano?**

Estoy más o menos de acuerdo con el criterio que tiene la OMS que (el inicio de la vida del ser humano) debería ser considerado desde el momento de la implantación maso o menos desde el sexto día después de la fecundación. Facilita bastante la regulación de este que vamos a abordar y de alguna manera está más acorde al sistema de valores y el sistema social que tenemos también en nuestro país, aunque hay algunas corrientes que van más allá que están proponiendo que se empiece (el inicio de la vida del ser humano) desde la concepción, fecundación del cigoto y que me parece un concepto demasiado extremo. Esto es desde el punto de vista biológico porque una cosa es un ser humano completo como la definición social, biopsicosocial, otra cosa es el traspase del embrión a feto que es alrededor de la semana veinte y hay marcos regulatorios en otros países

que permiten el aborto terapéutico hasta antes de la semana veinte, antes de que pase del estadio de embrión a feto eso es para el aborto terapéutico con respecto a fetos portadores de malformaciones cromosómicas por ejemplo, donde el marco legal protege a la mujer en el caso tome la decisión de interrumpir la gestión, cosa que aquí (en nuestro país) está prohibido. Hoy en día, la tecnología permite saber desde la semana once si es que el embrión que tiene una gestante tiene un alto riesgo de ser un portador de enfermedades cromosómicas o no, la utilidad de esto es que los países desarrollados tienen derecho a tomar la decisión de interrumpir la gestación si es que así lo desea la paciente, en el caso de confirmarse que sea portador de una malformación. Por tanto, en algunos países se puede interrumpir un embarazo hasta antes de la semana veinte, pues teniendo en cuenta el criterio embriológico debido a que a partir de esta semana ya hay un sistema nervioso más desarrollado, los genitales ya son visibles, pero generalmente es el desarrollo del sistema nervioso, los miembros y extremidades están mucha más definidas en la ecografía y el otro es el riesgo para la madre pues al interrumpir el embarazo más avanzado ya implica un riesgo de mortalidad materna y complicaciones maternas, entonces se ha visto que hasta la semana veinte el tema de las complicaciones maternas son mínimas. En el caso del Diagnóstico Preimplantacional que ocurre antes de implantar los embriones a la gestante, digamos es más fácil la toma de decisiones porque no se considera una interrupción del embarazo, no se considera un aborto, entonces para las parejas que se someten a estas técnicas es más fácil tomar la decisión. Ahora hay otro punto, de que en el Diagnóstico Genético Pre-implantatorio hoy en día la tecnología permite que a los embriones que se fecundan *in vitro* le vamos a hacer perfiles genéticos para despistaje de un grupo de enfermedades hereditarias, entonces hay la opción de poder segregarse los embriones entre los que son portadores de alelos mutados de alguna de estas enfermedades genéticas como: *fenilcetonuria*, *galactosemia*, *anemia drepanocítica* y los embriones sanos e implantarlos; y alguna manera, desechar o criopreservar los embriones que son portadores de estas malformaciones. Ese es otro tema, y generalmente los embriones que se desechan suelen ser los embriones que son portadores de alguna mutación genética, causal de una enfermedad hereditaria, eso se llama las enfermedades mendelianas o monogénicas que son enfermedades raras pero que dependen de la mutación de un gen conocido, entonces hay paneles genéticos que permiten a partir de una célula de un embrión hacer ese examen o cribado. Finalmente, se concluye que la vida se inicia desde la implantación porque pienso que es un término medio desde el punto de vista ético-moral y de la medicina, porque de alguna manera permite prevenir la prevención de enfermedades congénitas, entonces la ley debe

proteger el derecho de la pareja de tener niños sanos aprovechando de la tecnología médica existente y, por otro lado, el derecho de la vida (a partir de la implantación).

- 2. Debido a que, mediante las técnicas de reproducción asistida se busca una concepción artificial ¿considera usted que las técnicas de reproducción asistida son prácticas que contravienen la bioética?**

Yo pienso que son prácticas que le brindan la oportunidad a una pareja estéril, o a una pareja que tienen problemas de infertilidad a cumplir sus sueños, su ilusión de poder tener niños sanos. Pienso que es un avance biomédico de los últimos años que le garantizan a la pareja que tiene el acceso de poder tener una familia y tener hijos sanos, reduciendo el riesgo de que sean portadores de malformaciones cromosómicas.

- 3. Como profesional de la salud, ¿Considera que las técnicas de reproducción asistida producen algún beneficio para la sociedad?**

Claro, como les digo uno es la realización personal de las parejas que consolidan el concepto de familia y el otro es a reducirse la incidencia de casos de enfermedades genéticas y malformaciones cromosómicas pues también hay menos pobreza, menos impacto social de ese tipo, toda la morbilidad social asociada a los casos es terrible, son niños que toda la vida tendrán un alto grado de tendencia , digamos, si bien la mayoría no tienen un retardo severo, no va a tener un mismo grado de desarrollo intelectual y profesional de una persona normal; entonces, todo eso genera un impacto social más es un país pobre como el nuestro.

- 4. Teniendo en cuenta el proceso realizado en las técnicas de fecundación *in vitro* y la manipulación genética realizada a los preembriones antes de su implantación en el útero de la madre. ¿Considera usted que mediante estas técnicas se atenta a la dignidad humana?**

No, al contrario, pienso que le estás dando un derecho a la madre de poder llevar adelante una concepción y un embarazo tranquilo y seguro.

- 5. Teniendo en cuenta que las técnicas de reproducción asistida no están reguladas específicamente en nuestro país y que la Ley General de Salud - Ley N° 26842 prescribe someramente mediante el artículo 7 que toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de**

**técnicas de reproducción asistida ¿considera usted como un profesional de la salud que es necesaria la regulación de dichas técnicas?**

Claro, tienen que regularse sobre todo porque, en lo que es genética tiene que haber mucho soporte psicológico, mucha consejería genética a la pareja, los riesgos tienen que estar claros, por ejemplo, las parejas prefieren no saber si el “producto” que le han implantado va a ser portador, entonces hay que respetar esa decisión de no querer saberlo, como hay parejas que quieren saberlo de antemano y quieren estar seguros de que no le han implantado ningún embrión con alguna alteración.

**6. ¿Considera usted que es obligatorio que las parejas que buscan someterse a una fecundación *in vitro*, deban realizarse un diagnóstico genético preimplantacional? De lo contrario ¿En qué casos debería ser necesario?**

Lo ideal es que se sometan al Diagnóstico Genético Preimplantacional, ahora hay que ver que existe un grupo de enfermedades monogénicas que de por sí son raras, habría que ver si esas enfermedades mendelianas ameritan hacerse en nuestro medio, porque su incidencia varía de acuerdo a cada país; por ejemplo, la fibrosis quística es más común en Irlanda y en la zona norte de Europa, la *alfa talasemia* y la *beta talasemia* es más común en zonas de países mediterráneos, la *anemia falciforme* es más común en países de raza negra de África subsahariana, afroamericana; entonces también habría que ver de ese paquete de enfermedades monogénicas en cuales se puede hacer esta prevención y si es que aplican o no aplican en nuestro medio, eso en primer lugar. Y en segundo lugar, este marco que ustedes van a proponer es importante porque el marco legal es muy coactivo, muy penalizado, es decir prohíbe o penaliza el desecho de embriones no tendría sentido ya hacerle el diagnóstico genético preimplantacional porque las parejas que quisieran hacérselo, tendrían que hacerse los métodos de fecundación *in vitro* en el extranjero, y aquí tendría poco sentido porque igual los embriones no podrían desecharse, tendrían que implantarse y perdería un poco el sentido.

Hoy en día en Europa, se contempla el consejo genético o la orientación no dirigida (lo cual) significa que el médico o especialista debe darle toda la información a la pareja y ser ella, la que decidan el destino de los embriones y pienso que el marco legal debería proteger la autonomía de la pareja que se somete al tratamiento, para mí eso sería lo ideal, que la decisión de la pareja informada sea la que prevalezca sin penalizar el sentido moral-ético ante la necesidad, los objetivos y sueños que tiene la pareja. En el caso del Síndrome de Down podría ser detectado por el Diagnóstico Genético

Preimplantacional, pero como su costo es más alto, resulta más barato detectarlo en el primer trimestre de gestación (semana 12). (...)

Por otro lado, considera que debería ser obligatorio, dependiendo de la prevalencia de las enfermedades genéticas en nuestro medio, si es que vale la pena o no, pues si no hay una incidencia tan baja, tampoco vale la pena realizarlo (...). En el caso del *Síndrome de Down*, si valdría la pena realizar porque es común. (...) Es un panel, las técnicas para buscar alteraciones cromosómicas como el *down* son diferentes de las que buscan enfermedades *monogénicas* como la *fibrosis quística*, o la *fenilcetonuria* o la *galactosemia*, son métodos distintos, pero sí se puede hacer Diagnóstico Genético Preimplantacional tanto de cromosopatías, como de enfermedades monogénicas mendelianas. (...) Sería bueno que la pareja tenga toda esa información, pero los métodos (mencionados) son de alto costo (...) los cuales ascienden entre \$2, 000 a \$5,000 y depende de cuántas enfermedades queramos descartar, en este sentido considero que no vale la pena descartar muchas porque la mayoría de ellas son enfermedades hereditarias y de muy baja incidencia. En este sentido, como es tan alto el costo del Diagnóstico Genético Preimplantacional, en los países desarrollados se permite realizar el diagnóstico prenatal porque el marco legal lo permite, pero aquí (en nuestro país) al estar prohibido el aborto quedaría hacerlo en la etapa preimplantacional, pero es carísimo y supongo que muchas de las clínicas no lo hacen porque incrementaría el costo de la fecundación *in vitro* y las parejas no lo podrían pagar. La realización del Diagnóstico Genético Preimplantacional debería ser necesaria, de acuerdo a las posibilidades de riesgo, la edad materna, los antecedentes familiares y demás situaciones clínicas donde se recomienda hacer ese despistaje, cuando la madre tiene factores de riesgo de tener un niño con malformación, antecedentes familiares, o hijos anteriores que hayan tenido alguna enfermedad genética o cromosómica, entonces se llama que el riesgo de recurrencia es mayor, en esas personas si estaría muy recomendado, valdría la pena pagar el costo del despistaje.

Cuando se realiza una fecundación *in vitro* puedes prevenir que ocurra esos eventos antes que ocurra la gestación, cosa que en un embarazo natural no se puede manipular el riesgo (juegas a ser Dios, decides que lo sano se implantará)

- 7. Teniendo en cuenta su posición sobre el inicio de la vida del ser humano, ¿considera éticamente posible, desechar los preembriones que presenten anomalías genéticas o de los que se pueda presumir su falta de viabilidad?**

Mi posición personal, porque este tema es bien discutible (cada uno puede tener sus posiciones) en vista del impacto económico y social que generan niños con malformaciones, en vista que son enfermedades crónicas y largas, de alto costo, con baja calidad y esperanza de vida, necesitan mucho cuidado; yo pienso que éticamente si es posible porque prevalece el derecho a la pareja de tener una familia que colme sus expectativas, la ilusión de toda pareja es tener un niño sano y la biomedicina y la genética les permite esa opción.

**8. Teniendo en cuenta sus conocimientos en medicina humana ¿Cuánto tiempo puede permanecer crioconservado un preembrión antes de ser implantado en el útero de su madre, sin que afecte su viabilidad?**

Esta pregunta no te la podría contestar con certeza; pero de la información que manejo te podría decir que la criopreservación es un estado de quiescencia; es decir, no te afecta, puede estar años el embrión conservado, pero el detalle es que si es un embrión criopreservado sano de alguna manera lo puedes implantar en una pareja futura que desee someterse, pero si es un embrión que está crioconservado porque es un portador de enfermedad monogénica cromosómica seguro nadie va a querer que lo implanten ese embrión; entonces ¿Qué sentido tendría tener ese embrión criopreservado?

Tendría sentido siempre y cuando haya un banco de embriones donde a lo mejor viene una pareja donde los óvulos de la señora son de baja calidad y el señor no tiene espermatozoides viables, ninguno de los dos puede aportar gametos viables, entonces se ofrece implantar un embrión crioconservado, solo en estos casos.

**9. ¿Conoce usted de algún protocolo o pacto al que se subsumen lo médicos que realizan las técnicas de reproducción asistida, en específico la fecundación *in vitro*?**

Normalmente son protocolos técnicos, uno asume la bioética del lugar del centro donde aprendió la técnica, el país donde aprendió la técnica, pero nada más.

Cada médico adopta los protocolos de su lugar de formación, por ejemplo, yo me formé en España y ahí los métodos generan un beneficio social, entonces mi propuesta es un modelo parecido, igual es para el ginecólogo que va a implantar los embriones.

Hay protocolos médicos que regulan la medicina en general; por ejemplo, de respetar la autonomía del paciente. Los protocolos médicos lo emiten las sociedades científicas, por ejemplo, sociedades científicas de ginecología de reproducción asistida, de médicos genetistas. Todo en medicina está protocolizado tanto la parte clínica como la parte laboratorial, pero claro una cosa es el protocolo técnico y otra cosa es el marco legal; el protocolo técnico de alguna manera es más fácil de estandarizarlo en diferentes países,

pero el marco regulatorio legal no, porque depende mucho del tema ético, moral y religioso de cada país.

El protocolo técnico incluye como se debe realizar el procedimiento, el tema de la autonomía (el paciente toma la decisión del destino de los embriones) pero depende de la sociedad en la que estemos el marco legal respalde eso como puede que no, por eso el protocolo técnico tiene que adaptarse al marco legal.

Los protocolos son prácticas de calidad biomédica, por ejemplo, mi procedimiento es de calidad porque sigo el protocolo de la sociedad americana de ginecólogos americanos, eso me garantiza que este protocolo que ha sido validado para ellos y yo lo aplico acá (en Chimbote) me da un respaldo técnico de lo que estoy haciendo está bien.

Los protocolos respaldan la técnica, la calidad, buscan minimizar el riesgo para las madres, maximizan la seguridad de los embriones. En el marco legal pesa mucho la percepción social sobre el tema y adaptarse al entorno social es lo que vuelve controversial a los temas, por ejemplo, el aborto es un tema discutible que no se ha avanzado en muchos países.

**10. En su vida profesional, ¿usted ha tenido la oportunidad de haber trabajado en algún centro especializado en materia de técnicas de fecundación *in vitro*?**

En fecundación *in vitro* no, lo que si he hecho es Diagnóstico prenatal en España y si hemos hecho confirmación de niños con síndrome de *Down* antes de la semana 20, los informes de los genetistas, de los patólogos sirven para que la mujer tome la decisión si interrumpe o no su gestación.

La diferencia entre el Diagnóstico Genético Preimplantacional y el Diagnóstico Genético Prenatal; sería que, el Diagnóstico Genético Preimplantacional es más caro y se realiza antes de la implantación y se da en la fecundación *in vitro*, no tiene está cubierto por la seguridad social del estado, toda fertilización asistida es por pago o por una entidad privada que opte la pareja. El Diagnóstico Genético Prenatal, comúnmente se hace desde la semana 11 a la semana 20, si el screening que es en sangre materna que es totalmente inofensivo es negativo entonces ahí queda, es seguro que el niño va a nacer sano, pero si el screening que se hace en la semana 11 es positivo, entonces en la semana 16 hay que hacer una amniocentesis que consiste en extraer líquido amniótico de la gestante para hacer un cariotipo de las células fetales, es el cariotipo de las células fetales lo que confirma si el niño va a tener la enfermedad cromosómica de *Down*, *Edwards* o *Patau*, si se confirma con el cariotipo del feto en la semana 16 a 18 más o menos que demora la técnica (demora unos 10 días en cultivar las células) entonces con

esa información la pareja toma la decisión, que si la pareja toma la decisión de seguir adelante también se respeta, o sea no es que se le obligue a interrumpir el embarazo. En España tiene una protección legal y sanitaria, protección legal y tiene cobertura por las prestaciones de la seguridad social; es decir, el estado cubrirá los gastos de realizar este diagnóstico; el costo es más bajo, se realiza de manera masiva, hay programas.

Con respecto al Diagnóstico Genético Preimplantacional, las clínicas que lo realizan están en el extranjero, aquí (Perú) solo se envían los resultados

**11. Desde su punto de vista, ¿A qué otro profesional o centro especializado podríamos entrevistar para que nos brinde aportes sobre esta materia?**

Podrían entrevistar a médicos en la clínica San pablo en Trujillo.

**12. ¿Usted, podría recomendar alguna bibliografía sobre la materia?**

Libros en genética, que los encuentran en la biblioteca de la Universidad (UNS)

**13. ¿Desea usted realizar algún aporte sobre algún tema que no se haya abordado en esta entrevista?**

Si, sobre el Diagnóstico Genético Preimplantacional y el Diagnóstico Genético Prenatal. Están enlazados, lo único que varía es legalmente hasta que momento permites que la pareja decida la interrupción de la gestación, del embrión.

El marco regulatorio ideal es aquel que respalda la decisión que tome la pareja, una decisión informada sin penalizarla, porque si la penalizas ya no sería rentable para las clínicas realizarlas y las parejas que decidan someterse a la inyección intracitoplasmática de la fecundación *in vitro* (es el método más avanzado a los casos de infertilidad severa) nada más se les ofrece esa estrategia. Basta un solo espermatozoide viable para que tenga éxito la técnica y un solo ovulo extraído de la gestante, entonces si es que la propuesta regulatoria es muy dura, muy conservadora, pienso que el mercado del Diagnóstico Genético Preimplantacional o de la fertilización *in vitro* podría ser poco atractivo en el país, se daría el caso que para acceder a eso se tendrían que ir al extranjero, porque aquí estaría vetada, en países como el nuestro pesa la religión.

Hay muchos congresistas que no ahondan en el tema, ni siquiera el tema del aborto ha podido avanzar, la marihuana medicinal, hay muchos temas polémicos que científicamente están muy bien respaldados, que en países como el nuestro no se ha avanzado nada por el peso que tiene la iglesia en la política.

En el caso de la fecundación *in vitro* hay marcos regulatorios para los países que hacen investigación genética, hay un marco regulatorio para técnicas experimentales en genética humana, por ejemplo, de que está prohibido la clonación de embriones humanos, híbrido, mutaciones, eso sí está regulado en países desarrollados.

Las experimentaciones no atentan contra la dignidad, lo que si atentaría contra la dignidad sería probar nuevas drogas, nuevos medicamentos en embriones humanos o clonarlos para probar estas drogas, en ese caso si va contra la dignidad; pero en este caso no, porque lo único que se hace es aprovechar la tecnología en genética médica que hay ahora para segregar y permitir que la madre lleve una gestación segura, tranquila y su ilusión, sus sueños, su objetivo de vida se cumpla, por eso hay que diferenciar la experimentación con embriones si está prohibida regulada internacionalmente, pero aquí también valdría la pena ampliar el marco legal para que se haga explícito.

En el Perú no se hace la experimentación porque no tenemos la tecnología para hacerlo, pero tenlo por seguro que si por ahí hay grupos de investigación que tienen acceso a esta tecnología la tentación científica es enorme, porque todo el mundo quiere descubrir los último, probar si es que el medicamento o la hibridación o el gen que le están inyectando le potencia la respuesta, entonces la tentación científica es enorme de hacerlo.

Proteger al embrión en el sentido que no se haga mal uso del embrión.

Mi postura es proteger la decisión de la pareja y el derecho de tener un objetivo de vida, sin chocar con los valores sociales.

Estoy de acuerdo con la embriodonación, la pareja beneficiaria asumiría el costo del Diagnóstico Genético Preimplantacional en los embriones, el entorno pesa más que la carga genética, ayuda a sobrellevar. Hay que tener en cuenta la parte psicosocial del ser humano.

Las practicas lo realizan los ginecólogos que se especializan en fecundación *in vitro*, en laboratorio y consejo genético son los genetistas, también ha genetistas de laboratorios que hacen las pruebas moleculares, entran como tres especialidades, el ginecólogo que hace las implantaciones, el genetista que hace el consejo genético puede ser un genetista o un pediatra y el genetista o patólogo laboratorista que es el que hace las pruebas moleculares que las interpreta.

## GUIA DE ENTREVISTA SOBRE EL DESTINO DE LOS PREEMBRIONES SUPERNUMERARIOS EN LAS TÉCNICAS DE FECUNDACIÓN *IN VITRO*

**Fecha:** 01 agosto de 2018

**Hora:** 09:00am

**Lugar:** Universidad Nacional Del Santa.

### **Entrevistadoras:**

- Bach. Mishell Melina Fajardo Vereau
- Bach. Josseline Geanil Maza Valverde

### **Entrevistado:**

Nombre: Dr. Carlos Azañero Diaz

Edad:

Género: Masculino

Puesto: Director de E.A.P. Biotecnología de la Universidad Nacional del Santa

Dirección: Oficina de la Dirección de E.A.P. Biotecnología de la Universidad Nacional del Santa

### **Introducción:**

El derecho genético sigue siendo un terreno árido para nuestros legisladores. Actualmente nuestro ordenamiento jurídico no desarrolla una regulación específica sobre técnicas de reproducción asistida (TERAS) que brinde parámetros a las clínicas que las practican, ello ha generado falta de tutela jurídica a las parejas estériles que se someten a dicha técnicas en nuestro país. La técnica de reproducción asistida más común a utilizarse es la fecundación *in vitro*, mediante ésta se llegan a formar entre tres a seis preembriones con la finalidad de ser implantados en el útero de la mujer para dar inicio al embarazo; sin embargo, en la mayoría de los casos no todos los preembriones formados en la probeta llegan a ser implantados. Por ello, ante la inminente realidad de preembriones supernumerarios en la técnica de fecundación *in vitro*, nos preguntamos si **existe la necesidad de regular sobre el destino de los preembriones supernumerarios en las técnicas de fecundación *in vitro* para otorgar tutela jurídica a las parejas estériles.**

Con respecto a ello es importante preguntarnos si esta regulación es jurídicamente posible, es decir, si es factible determinar mediante una ley específica sobre el destino de los preembriones

supernumerarios sin atender los derechos fundamentales a la vida y a la dignidad humana, realidad problemática que discutiremos en nuestra tesis.

Debido a la alta especialización que requiere el desarrollo de nuestra tesis para obtener el título de abogado, hemos creído conveniente recurrir a profesionales especialistas en Genética Humana, Biotecnología de la Salud y Bioética, con la finalidad que contribuyan sustancialmente a nuestra investigación con la absolución de dudas y aportes teóricos con respecto al proceso que siguen las técnicas de fecundación *in vitro*, su posición doctrinaria sobre el inicio de la vida humana y su opinión sobre la necesidad de regular el destino de los preembriones supernumerarios en las técnicas de fecundación *in vitro* para otorgar tutela jurídica a las parejas estériles.

#### **Características de la entrevista:**

La presente entrevista se caracteriza por la confidencialidad de los datos brindados y tiene como finalidad el aporte académico a la presente investigación. Tiene una duración aproximada de treinta minutos.

#### **Preguntas:**

**1. Usted, como profesional, ¿Desde qué momento considera que inicia la vida del ser humano?**

Desde la concepción, durante el proceso de la fecundación, es decir, cuando se unen los gametos o células germinativas, masculina o espermatozoide y femenina u ovulo, para formar el **cigoto o huevo**, y a partir del cual se inicia el proceso embrionario y fetal, y formar el individuo.

**2. ¿Cuál es el aporte de la Biotecnología en las técnicas de reproducción asistida, específicamente en las técnicas de fecundación *in vitro*?**

Si entendemos la definición de la Biotecnología: Tecnología aplicada a los procesos biológicos, uso de células vivas para la producción y la optimización de medicamentos, alimentos y otros productos de utilidad para el ser humano, la biotecnología en relación a la fecundación *in vitro* es la técnica misma realizada en el laboratorio para poner en contacto células (óvulos y espermatozoides) de manera cuidadosamente controlada a fin de lograr desarrollar un embrión y lograr el embarazo.

**3. Debido a que, mediante las técnicas de reproducción asistida se busca una concepción artificial ¿Considera usted que las técnicas de reproducción asistida son prácticas que contravienen la bioética?**

No, ya que se trata de una tecnología, que, con consentimiento de la pareja, por tener uno u otro, dificultades fisiológicas para concebir de manera natural, y teniendo en cuenta de los riesgos, aceptan someterse a la fecundación *in vitro* y desarrollar un embarazo.

**4. A su opinión, ¿Considera que las técnicas de reproducción asistida producen algún beneficio para la sociedad?**

El beneficio es para la pareja, que forma parte de la sociedad y que desea, bajo su consentimiento someterse a dicha técnica.

**5. Teniendo en cuenta el proceso realizado en las técnicas de fecundación *in vitro* y la manipulación genética realizada a los preembriones antes de su implantación en el útero de la madre, ¿Considera usted que mediante estas técnicas se atenta a la dignidad humana?**

La técnica de fecundación *in vitro*, consiste en la manipulación de células germinativas a fin de llevar a cabo la fecundación, de manera controlada en el laboratorio, el cual no se manipula genéticamente, ya que esta consiste en extraer una secuencia genética anómala o carente de la misma, a fin de lograr corregir dicha deficiencia, esto si no se realiza de manera segura, generaría errores, con consecuencias fatales, para el futuro individuo.

**6. ¿Considera usted que es obligatorio que las parejas que buscan someterse a una - fecundación *in vitro*, deban realizarse un diagnóstico genético preimplantacional? De lo contrario ¿En qué casos debería ser necesario?**

En primer lugar, un diagnóstico citológico, en relación a la morfología y fisiología de sus células germinativas, y en casos de antecedentes o anamnesis generacional de ambos lo cual implicaría un diagnóstico genético a fin de no generar errores durante el desarrollo embrionario y fetal, generando anomalía.

**7. Teniendo en cuenta su posición sobre el inicio de la vida del ser humano, ¿considera éticamente posible, desechar los preembriones que presenten anomalías genéticas o de los que se pueda presumir su falta de viabilidad?**

En toda tecnología siempre existe un riesgo, por ello, el diagnóstico de manera minuciosa y segura, y sumamente controlada permitiría lograr desarrollar embriones morfológicamente estables y viables; sin embargo, teniendo en cuenta los riesgos, por

diversos factores, en caso de anomalías genéticas y falta de vitalidad, deberían ser descartados o desechados, sin faltar a la ética.

**8. Desde su opinión, ¿considera usted que los preembriones supernumerarios pueden ser destinados a fines de investigación científica?**

La fecundación *in vitro* y por ende los preembriones supernumerarios están sometidos a evaluaciones y controles que tiene que ver con la investigación científica, son procedimientos o estrategias que forma parte de una investigación, ya que esta genera resultados básicos y poder aplicarlos de manera segura en la solución de un problema.

**9. Teniendo en cuenta sus conocimientos en biotecnología de la salud, ¿Conoce usted de algún método alternativo a las técnicas de reproducción asistida que permitan contravenir los problemas de infertilidad sin recurrir a la manipulación genética?**

Bueno, hay técnicas de manipulación genética, que consisten en detección y eliminación de un gen anómalo o la inserción de la falta de un gen, en esos casos la Biotecnología de la Salud, contribuiría a la solución de esas deficiencias. Lo explique líneas arriba, pregunta 5.

**10. ¿Conoce usted de algún protocolo o pacto al que se subsumen lo biotecnólogos en cuanto a las técnicas de reproducción asistida, específicamente en las prácticas de fecundación *in vitro*?**

No.

**11. En su vida profesional, ¿usted ha tenido la oportunidad de haber trabajado en algún centro especializado en materia de técnicas de fecundación *in vitro*?**

No.

**12. Desde su punto de vista, ¿A qué otro profesional o centro especializado podríamos entrevistar para que nos brinde aportes sobre esta materia?**

Biólogos, con especialidad en Genética o genetistas, médicos con especialidad en Genética humana, obstetras y psicólogos clínicos

**13. ¿Usted, podría recomendar alguna bibliografía sobre la materia?**

<http://www.reproduccionasistida.org/reproduccion-asistida/>

<http://www.fecundacioninvitro.com/>

[http://www.ivi.es/tratamientos/fecundacion-in-vitro-icsi\\_6.aspx](http://www.ivi.es/tratamientos/fecundacion-in-vitro-icsi_6.aspx)

**14. ¿Desea usted realizar algún aporte sobre algún tema que no se haya abordado en esta entrevista?**

No.

## GUIA DE ENTREVISTA SOBRE EL DESTINO DE LOS PREEMBRIONES SUPERNUMERARIOS EN LAS TÉCNICAS DE FECUNDACIÓN *IN VITRO*

**Fecha:** 08 de noviembre de 2018

**Hora:** 6:00 pm

**Lugar:** Universidad Nacional Del Santa.

### **Entrevistadoras:**

- Bach. Mishell Melina Fajardo Vereau
- Bach. Josseline Geanil Maza Valverde

### **Entrevistado:**

Nombre: M.C. Gabriel More Sosa

Edad:

Género: Masculino

Puesto: Docente de Embriología de E.A.P. Medicina Humana de la Universidad Nacional del Santa

Dirección: Consultorio particular del entrevistado.

### **Introducción:**

El derecho genético sigue siendo un terreno árido para nuestros legisladores. Actualmente nuestro ordenamiento jurídico no desarrolla una regulación específica sobre técnicas de reproducción asistida (TERAS) que brinde parámetros a las clínicas que las practican, ello ha generado falta de tutela jurídica a las parejas estériles que se someten a dicha técnicas en nuestro país. La técnica de reproducción asistida más común a utilizarse es la fecundación *in vitro*, mediante ésta se llegan a formar entre tres a seis preembriones con la finalidad de ser implantados en el útero de la mujer para dar inicio al embarazo; sin embargo, en la mayoría de

los casos no todos los preembriones formados en la probeta llegan a ser implantados. Por ello, ante la inminente realidad de preembriones supernumerarios en la técnica de fecundación *in vitro*, nos preguntamos si **existe la necesidad de regular sobre el destino de los preembriones supernumerarios en las técnicas de fecundación *in vitro* para otorgar tutela jurídica a las parejas estériles.**

Con respecto a ello es importante preguntarnos si esta regulación es jurídicamente posible, es decir, si es factible determinar mediante una ley específica sobre el destino de los preembriones supernumerarios sin atentar los derechos fundamentales a la vida y a la dignidad humana, realidad problemática que discutiremos en nuestra tesis.

Debido a la alta especialización que requiere el desarrollo de nuestra tesis para obtener el título de abogado, hemos creído conveniente recurrir a profesionales especialistas en Genética Humana, Biotecnología de la Salud y Bioética, con la finalidad que contribuyan sustancialmente a nuestra investigación con la absolución de dudas y aportes teóricos con respecto al proceso que siguen las técnicas de fecundación *in vitro*, su posición doctrinaria sobre el inicio de la vida humana y su opinión sobre la necesidad de regular el destino de los preembriones supernumerarios en las técnicas de fecundación *in vitro* para otorgar tutela jurídica a las parejas estériles.

#### **Características de la entrevista:**

La presente entrevista se caracteriza por la confidencialidad de los datos brindados y tiene como finalidad el aporte académico a la presente investigación. Tiene una duración aproximada de treinta minutos.

#### **Preguntas:**

- 1. Usted, como profesional de la medicina humana ¿Desde qué momento considera que inicia la vida del ser humano?**

Hay una etapa embriológica anatómica estudiada por los científicos que se considera la etapa embrionaria desde la concepción misma; es decir, la vida humana es el desarrollo

embriológico del ser humano, es tan complejo aparentemente misterioso, sin embargo no es tanto así dentro de los seis primeros días de la etapa concepcional, el cual todavía no se forma el embrión y digamos que todavía está en alguna de las trompas, no está todavía en el útero (no se implanta) no se anida, sin embargo ya hay unión de gametos, no somos ni siquiera mórula, somos una unión de células que están formándose, ya hay vida ¿por qué? Si nosotros nos vamos a la física cuántica (si queremos ser científicos) y no irnos por el lado filosófico, religioso o moral, podríamos decir que nos valemos de la física cuántica, porque el embrión es un cuanto de energía tanto de la madre como del padre. Entonces ya la vida humana, para mí empieza desde la concepción.

Si hablamos más o menos de los años noventa y cinco, en esta etapa contemporánea, en Costa Rica se creó el primer bebé probeta, digamos ¿ahí habrá energía? Si, también lo hay, porque es una semilla masculina y una semilla femenina; es decir, es parte del cuerpo. La vida se inicia desde el momento de la fusión.

**2. ¿Considera usted válido el concepto de “preembrión”?**

Si, embrión es cuando ya se implanta en el útero, en el endometrio, en la cavidad uterina, ya anida, ya empieza la mórula, la gástrula, la blástula y todas las divisiones celulares que van a dar origen a un nuevo ser de humanidad. El preembrión es una vida en formación.

**3. Debido a que, mediante las técnicas de reproducción asistida se busca una concepción artificial ¿considera usted que las técnicas de reproducción asistida son prácticas que contravienen la bioética?**

La bioética en definición es el estudio sistemático de la vida humana, de la conducta humana en el campo de la medicina a la luz de valores y principios morales.

Yo diría que no, porque la manipulación genética no es de ahora, eso viene de mucho antes, por ejemplo, nuestra cultura inca tan sabia ¿de dónde creen que surge la vicuña? Es un animal híbrido, las plantas, las semillas, nuestros incas conocían y ¿de dónde

creen que viene esa información? Viene de muchos siglos atrás, nosotros ya de por sí somos híbridos.

Entonces no es que contravenga la bioética sino más bien yo pienso que si la pareja infértil; antes de ofrecerle esto de fecundación asistida, primero debieron preguntarles ¿están preparados para ser padres? o quieren tener hijos o quieren ser padres, antes de ofrecer.

**4. Como profesional de la salud, ¿Considera que las técnicas de reproducción asistida producen algún beneficio para la sociedad?**

No, como profesional de la salud yo pienso que debemos dejar fluir la vida, tal y como es y si se da se da. Por supuesto ustedes dentro del derecho quieren normatizar; pero volvemos a la pregunta anterior ¿Quieres ser papá? ¿Quieres ser mamá? O ¿Quieres tener hijos? No es lo mismo que seas mamá a que tengas hijos, hay muchos que tienen hijos, pero no son padres.

**5. Teniendo en cuenta el proceso realizado en las técnicas de fecundación *in vitro* y la manipulación genética realizada a los preembriones antes de su implantación en el útero de la madre. ¿Considera usted que mediante estas técnicas se atenta a la dignidad humana?**

Manipulación en el preembrión para que algo bonito (ojos verdes, alto); eso no es dignidad, dignidad es preguntarles a las parejas ¿Para qué quieres tener hijos? Porque, ojo, somos seres humanos, no es que vas a crear una planta de durazno con sabor a papaya, es una vida, es un ser humano. No podemos hablar de dignidad, porque muchas veces no somos dignos de ser padres, en la manipulación eso se hace. No se habla de dignidad cuando ya se manipuló, se habla de dignidad desde antes, es decir, donde se va a recibir al niño, los futuros padres ¿se habrán hecho un perfil psicológico? El atentado contra la dignidad se da antes, en evaluar la condición de los padres.

- 6. Teniendo en cuenta que las técnicas de reproducción asistida no están reguladas específicamente en nuestro país y que la Ley General de Salud - Ley N° 26842 prescribe someramente mediante el artículo 7 que toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, como profesional de la salud ¿considera usted que es necesaria la regulación de dichas técnicas?**

No precisa.

- 7. Desde la perspectiva de la bioética ¿Es posible donar, crioconservar o desechar los preembriones supernumerarios en las técnicas de fecundación *in vitro*?**

La manipulación humana no es bioética para mí, porque no se está dejando fluir, se está manipulando.

- 8. Desde su opinión, ¿considera usted que los preembriones supernumerarios pueden ser destinados a fines de investigación científica?**

Todo está sometido a investigación científica; primero hay que entender que es ciencia y desde dónde y hasta dónde llega lo científico, lo científico es algo manipulado, es un paradigma, es una forma de actuar, de creer, un grupo de personas que establecen sus normas, ahora se vive la época del paradigma científico, el paradigma científico te limita, porque se ha limitado solo a la materia.

- 9. Teniendo en cuenta su posición sobre el inicio de la vida del ser humano, ¿considera éticamente posible, desechar los preembriones que presenten anomalías genéticas o de los que se pueda presumir su falta de viabilidad?**

No creo que la bioética apruebe eso, yo como médico promuevo la vida, si se practica es porque la ley tiene vacíos, es un tema comercial que genera ingresos, con el

problema de la infertilidad se mueven medicamentos, se mueve la venta de productos. Simplemente se eliminan o se guarda.

**10. ¿Conoce usted de algún protocolo, pacto o acuerdo al que se subsumen los médicos que realizan las técnicas de reproducción asistida, en específico la fecundación *in vitro*?**

No

**11. En su vida profesional, ¿usted ha tenido la oportunidad de haber trabajado en algún centro especializado en materia de técnicas de fecundación *in vitro*?**

No he trabajado en ello, pero si he estado muy cerca a personas que practican las técnicas de reproducción asistida. He laborado en la clínica de la infertilidad, yo soy médico cirujano especializado en salud ocupacional y terapias complementarias.

**12. ¿Usted, podría recomendar alguna bibliografía sobre la materia?**

No precisa.

**13. ¿Desea usted realizar algún aporte sobre algún tema que no se haya abordado en esta entrevista?**

No precisa.