

**UNIVERSIDAD PRIVADA SAN CARLOS**

**FACULTAD DE CIENCIAS**

**ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**



**TESIS**

**NULO TRATAMIENTO DEL EMBRIÓN CRIOPRESERVADO POR EL MÉTODO  
IN VITRO EN LA LEGISLACIÓN PERUANA**

**PRESENTADO POR:**

**JUAN EPIFANIO CHOQUEHUANCA AROCUTIPA**

**PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE:**

**ABOGADO**

**PUNO – PERÚ**

**2021**

## UNIVERSIDAD PRIVADA SAN CARLOS

FACULTAD DE CIENCIAS

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

## TESIS

NULO TRATAMIENTO DEL EMBRIÓN CRIOPRESERVADO POR EL MÉTODO  
IN VITRO EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

PRESENTADO POR:

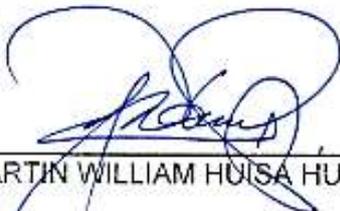
JUAN EPIFANIO CHOQUEHUANCA AROCUTIPA

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE:

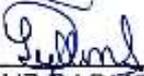
ABOGADO

APROBADA POR EL SIGUIENTE JURADO:

PRESIDENTE

  
Mg. MARTIN WILLIAM HUISA HUAHUASONCCO

PRIMER MIEMBRO

  
Abg. LUZ CARMEN AYLLON GOMEZ

SEGUNDO MIEMBRO

  
Abg. CARMEN MARINA GRANADOS CENTENO

ASESOR DE TESIS

  
M.Sc. DENILSON MEDINA SANCHEZ

Área: Ciencias Sociales

Disciplina: Derecho Público

Especialidad: Constitucional

Puno, 19 de agosto de 2021.

**DEDICATORIA**

A mi fuente de inspiración, mi hijo AYAR, por ser quien con la paz de su sonrisa ilumina mi camino, me motiva a seguir luchando y enseña a disfrutar la vida.

## AGRADECIMIENTO

Lo más valioso que tengo en mi vida no es lo que tengo materialmente, sino lo que vengo logrando y el éxito académico que hoy coronó, no hubiera sido posible sin el invaluable apoyo de las personas que me dieron la vida.

Mi eterno y sincero agradecimiento a mis adorados y respetados Padres, Guillermo CHOQUEHUANCA y Remigia AROCUTIPA.

## ÍNDICE GENERAL

	Pág.
DEDICATORIA.....	i
AGRADECIMIENTO.....	ii
ÍNDICE GENERAL.....	iii
ÍNDICE DE ANEXOS.....	vi
RESUMEN.....	vii
ABSTRACT.....	viii
INTRODUCCIÓN.....	1

### CAPÍTULO I

#### PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA, ANTECEDENTES Y OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

<b>1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....</b>	<b>3</b>
1.1.1 .PROBLEMA GENERAL.....	5
1.1.2. PROBLEMAS ESPECÍFICOS.....	5
<b>1.2 ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN.....</b>	<b>5</b>
<b>1.3. OBJETIVOS .....</b>	<b>7</b>
1.3.1 OBJETIVOS GENERAL.....	7
1.3.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	7

### CAPÍTULO II

#### MARCO TEÓRICO, CONCEPTUAL DE LA INVESTIGACIÓN

<b>2.1. MARCO TEÓRICO.....</b>	<b>8</b>
--------------------------------	----------

2.1.1. EL DERECHO A LA VIDA.....	8
2.1.2. INICIO DE LA VIDA.....	8
2.1.3. POSICIÓN DE LA LEGISLACIÓN NACIONAL E INTERNACIONAL.	13
2.1.4. EL DERECHO NATURAL: SU PROTECCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO NACIONAL E INTERNACIONAL.....	15
2.1.5. BIOÉTICA Y DERECHO CONSTITUCIONAL.....	22
2.1.6. ESTADO ACTUAL DEL MANEJO DE LA PAREJA INFÉRIL DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS REPRODUCTIVAS.....	26
2.1.7. SITUACIÓN JURÍDICA DEL EMBRIÓN EXTRACORPÓREO Y DERECHOS VIOLENTADOS.....	32
<b>2.2. MARCO CONCEPTUAL.....</b>	<b>37</b>
2.2.1. FECUNDACIÓN HUMANA.....	39
2.2.2. MÉTODO IN VITRO.....	39
2.2.3. LA CRIOPRESERVACIÓN.....	39
2.2.4. SUJETO DE DERECHO.....	40
2.2.5. VIDA.....	40
2.2.6. DERECHOS HUMANOS.....	40
2.2.7. DERECHO A LA VIDA.....	41
2.2.8. GENOMA HUMANO.....	41
2.2.9. DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS....	41
2.2.10. DERECHOS FUNDAMENTALES.....	42
2.2.11. TÉCNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA.....	42
2.2.12. ASPECTOS GENERALES DEL USO DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA.....	43

### CAPÍTULO III

#### METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

<b>3.1. TIPO Y DISEÑO DE INVESTIGACIÓN.....</b>	<b>44</b>
3.1.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN.....	44
3.1.2. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN.....	44
3.1.3. MÉTODO.....	45
3.1.4. POBLACIÓN Y MUESTRA.....	45
3.1.5. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS...45	
3.1.6. ZONA DE ESTUDIO.....	45
3.1.7. MATERIALES Y EQUIPOS.....	46

## CAPÍTULO

### RESULTADOS Y DISCUSIÓN

<b>4.1 ANALISIS E INTERPRETACION DE RESULTADOS .....</b>	<b>47</b>
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>51</b>
<b>RECOMENDACIÓN.....</b>	<b>53</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>54</b>
<b>ANEXOS .....</b>	<b>57</b>

INDICE DE ANEXOS

	Pág.
Anexo 01: Anteproyecto de Ley.....	58

## RESUMEN

En el presente trabajo de investigación describe y analiza las razones por las que el código civil peruano no considera como sujeto de derecho al embrión criopreservado por el método in vitro, pero sí considera al concebido, y teniendo en consideración que el embrión sin distinción de su fuente generadora, ya es un ser humano, su no regulación en el código civil contraviene evidentemente el fundamental derecho a la vida. Los fundamentos que sustentan la posición de que este vacío legal, se debe de subsanar, radica en que se trata de una vida humana y en el entendimiento de que nuestro código civil no ha regulado al embrión extracorpóreo como sujeto, es que precisamente data del año 1984, época en la que estas técnicas aún eran desconocidas, situación que a nuestra realidad actual es completamente distinta, puesto que muy por el contrario su utilización se encuentra en un gran auge, por lo que corresponde armonizarla a la legislación nacional, vía actualización del código civil. Constituyéndose la temática en un problema social, pero también de trascendencia jurídica, por lo que, al enmarcar la técnica en análisis de teorías y criterios doctrinarios, además de un claro control de constitucionalidad del antes ilustrado vacío legal, se tiene que la investigación adopta el enfoque cualitativo, bajo los lineamientos de la lógica deductiva, en el modelo jurídico descriptivo, su diseño es no experimental y transversal. La muestra de estudio es no probabilística de casos homogéneos y resulta del análisis documental plasmado en la ficha de observación. Del análisis y discusión se tiene que, la no regulación de la fecundación in vitro en el código civil Peruano, constituye evidente vulneración al fundamental derecho a la vida y otros colaterales del embrión criopreservado.

**Palabras Clave:** Inseminación In Vitro, Embrión Criopreservado, Sujeto de Derecho, Vida, Nula Regulación, Código Civil.

## ABSTRACT

In this research work, he describes and analyzes the reasons why the Peruvian civil code does not consider the embryo cryopreserved by the in vitro method as a subject of law, but does consider the conceived one, and taking into consideration that the embryo without distinction of its generating source, is already a human being, its non-regulation in the civil code evidently contravenes the fundamental right to life. The grounds that support the position that this legal void must be corrected, lies in the fact that it is a human life and in the understanding that our civil code has not regulated the extracorporeal embryo as a subject, is that it precisely dates from the year 1984, a time when these techniques were still unknown, a situation that is completely different from our current reality, since on the contrary, their use is in a great boom, so it corresponds to harmonize it with national legislation, via updating of the civil Code. The subject being constituted in a social problem, but also of legal significance, so that, when framing the technique in analysis of theories and doctrinal criteria, in addition to a clear control of constitutionality of the previously illustrated legal vacuum, the investigation has to adopt the qualitative approach, under the guidelines of deductive logic, in the descriptive legal model, its design is non-experimental and transversal. The study sample is non-probabilistic of homogeneous cases and results from the documentary analysis reflected in the observation file. From the analysis and discussion, it is clear that the non-regulation of in vitro fertilization in the Peruvian civil code constitutes an evident violation of the fundamental right to life and other collaterals of the cryopreserved embryo.

**Keywords:** In Vitro Insemination, Cryopreserved Embryo, Subject of Law, Life, Null Regulation, Civil Code.

## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación adopta el enfoque cualitativo, bajo los lineamientos de la lógica deductiva, en el modelo jurídico descriptivo, su diseño es no experimental y transversal. La muestra de estudio es no probabilística de casos homogéneos y resulta del análisis documental y de superposición de criterios doctrinarios conforme a la lógica.

El instrumento técnico que se utilizó fue: la ficha de observación, habiéndose plasmado la técnica de análisis documental, lo cual permitió recolectar información y realizar el análisis correspondiente sobre si la no regulación en el código civil Peruano constituye vulneración o no, al fundamental derecho a la vida del embrión criopreservado .

Luego de desarrollada la discusión, se llega a la conclusión de que en realidad el vacío legal que importa la no regulación de la fecundación in vitro, indudablemente vulnera el fundamental derecho a la vida y otros colaterales del embrión criopreservado.

El trabajo se disgrega en la siguiente estructura:

En el capítulo I se aborda el planteamiento del problema de la investigación, el cual se sustenta en la importancia que la fecundación in vitro ha alcanzado en la actualidad y la urgente necesidad de que el embrión criopreservado debe de ser considerado como sujeto de derecho en la legislación nacional.

El capítulo II contiene el marco histórico, teórico y conceptual de la investigación, siendo este el conjunto de conocimientos que sostienen la investigación y permite describir, analizar, esclarecer, interpretar y explicar el problema.

En el capítulo III se formula los objetivos, de la investigación, los mismos que serán investigados y contrastados con la realidad y de los cuales se desprenderán metodológicamente las conclusiones de nuestra investigación, para al finalizar obtener una confirmación o una denegatoria, de que los embriones criopreservados deben ser sujetos de derecho consecuentemente legislados por nuestro código civil.

El capítulo IV establece el método y diseño de la investigación a utilizarse para alcanzar los objetivos planteados.

El capítulo V contiene el análisis en interpretación de los datos obtenidos.

Por último se plantean las conclusiones y recomendaciones.

La investigación, aguarda la expectativa de constituirse en un instrumento delevativo de la indudable vulneración al fundamental derecho a la vida, que genera el vacío legal de la no regulación de la fecundación in vitro.

Por último, luego de la discusión y las conclusiones se plantea alguna alternativa de solución al problema planteado.

## CAPÍTULO I

### PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA, ANTECEDENTES Y OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

#### 1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El tema planteado trasciende debido a que, por el vertiginoso desarrollo de la biotecnología, respecto de aplicación de técnicas de reproducción humana, surgen nuevas situaciones las cuales ha suscitado temas de estudio y discusión tanto en el ámbito médico, científico, ético y jurídico, más allá de las aceptaciones o rechazos de la aplicación de las mencionadas técnicas.

El desarrollo de las técnicas de reproducción asistida humana (TRA), son quizás los avances más importantes del mundo científico, siendo una de ellas y quizás la más importante, el de la técnica de reproducción "In Vitro" por el cual se da la fecundación de los ovocitos con los espermatozoides, fuera del cuerpo de la madre.

Es importante destacar que en nuestro Código Civil, promulgado en el año 1984, no hace una distinción clara entre concepción y fecundación, determina a los sujetos de derecho, entes individualizados capaces de adquirir derechos, en tal sentido este cuerpo normativo, brinda protección jurídica principalmente a la persona y a la vida, pese a ello en dicho cuerpo legal no existe la regulación específica, respecto de los embriones

extracorpóreos o embriones criopreservados, como consecuencia de ello se tiene como resultado un vacío legal preocupante, el cual trae consigo posibles afectaciones a los derechos fundamentales como es el derecho a la vida y el respeto a ella.

Desde el punto de vista ético-jurídico fundamental se deberá dar el reconocimiento de la cualidad humana del embrión y, por ende, en la convicción de que el fruto de la generación humana se da desde el primer momento de su existencia, es decir, desde la formación del cigoto, exige el respeto incondicional que moralmente se debe al ser humano en su totalidad corporal y espiritual.

Siendo que nuestra legislación establece que el ser humano debe ser respetado y tratado como persona desde su concepción, desde ese momento se le deben reconocer los derechos de la persona, entre los cuales, ante todo, está el derecho inviolable a la vida que tiene todo ser humano.

Como consecuencia de las situaciones acontecidas por la aplicación de la mencionada técnica, es necesario y de vital importancia, aplicar parámetros normativos específicos adecuados, los cuales busquen una regulación que respete y cautele la vida humana, por tal razón, deberá determinarse el status jurídico del embrión con la finalidad de ser considerado sujeto de derecho para lo que le favorezca en nuestro cuerpo normativo civil, todo ello deberá ser aplicado y normado, buscando el respecto de la vida desde sus inicios pese a que en el caso de los embriones criopreservados no se encuentran en su natural ubicación (vientre materno), partiendo de la premisa al embrión humano como personalidad potencial y como tal merecedor de respeto e inviolabilidad de su vida,

Es en ese sentido que la presente investigación explicara el status jurídico del embrión extracorpóreo y su consideración como sujeto de derecho dentro de nuestra legislación, con la posibilidad de ser regulado y de gozar de todos los derechos que le favorezcan.

### 1.1.1 PROBLEMA GENERAL

¿Por qué el código civil Peruano no considera como sujeto de derecho al embrión criopreservado por el método in vitro?

### 1.1.2 PROBLEMAS ESPECÍFICOS:

¿Cuáles son los criterios legales y doctrinarios por los que nuestro código civil no ha regulado como sujeto de derecho al embrión criopreservado?

¿Cuáles son los principales motivos por los cuales el embrión criopreservado por método "In Vitro" debe ser considerado como sujeto de derecho en el código civil Peruano?

¿Cuáles son las principales razones por las cuales nuestro código civil debería legislar sobre los embriones criopreservados?

¿Cuáles, son los mecanismos normativos que se deben adoptar para regular la aplicación de la técnica de reproducción in vitro?.

## 1.2. ANTECEDENTES

Las investigaciones previas, relacionadas a la temática de la presente que se han podido verificar son las que a continuación se ilustran:

### INTERNACIONAL:

Se tiene a Olaya (2013), quien postula:

La tecnología reproductiva es un fenómeno científico de enorme interés jurídico por su constante evolución, la provisionalidad de las normas que la regulan, y su estrecha relación con instituciones jurídicas e instituciones básicas de la sociedad.

Tesis titulada: "Régimen jurídico de la tecnología reproductiva y la investigación biomédica con material humano de origen embrionario: protección de los derechos

fundamentales de los sujetos involucrados”, presentada para optar el grado académico de Doctor y se ubica en el repositorio institucional o similar de la Universidad de Vigo - España

A diferencia, de los trabajos realizados anteriormente el presente trabajo de investigación trata en forma específica la problemática acontecida en la aplicación de la técnica de "reproducción in vitro" avocándose específicamente al embrión criopreservado, sus derechos vulnerados y propone la implementación de instrumentos normativos que la reconozcan y la regulen.

## **NACIONALES**

Se tiene a Gonzales (2017), quien postula:

La ciencia y la tecnología han ido de la mano trayendo innumerables avances en distintas áreas, haciendo posibles situaciones que antes eran impensables. Situaciones que han generado nuevos conflictos a nivel jurídico y que deben ser resueltos por el Derecho. Tesis titulada: “Situación jurídica y jurisprudencial de las técnicas de reproducción humana asistida en el Perú: El caso de la ovodonación”, presentada para optar el título profesional de Abogada y se ubica en el repositorio institucional de la Universidad Ricardo Palma, Lima - Perú.

Se tiene a Novoa (2015), quien postula:

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

Tesis titulada: "El derecho ante la reproducción humana asistida", presentada para optar el grado académico de Maestro en Ciencias y se ubica en el repositorio institucional de la Universidad Nacional de Cajamarca - Perú.

Se tiene a Reyna (2015), quien postula:

La necesidad de postular si el estado necesita regular este problema jurídico que nace desde el momento que una persona adulta desea encontrar su verdadera identidad biológica y ve su derecho limitado pues existe un vacío legal acerca del tema de filiación en casos de inseminación artificial heteróloga, lo cual genera que no exista una clara perspectiva sobre cuál sería la adecuada decisión por parte de los magistrados, por lo que se vulnera derechos fundamentales.

### **1.3. OBJETIVOS**

#### **1.3.1. OBJETIVO GENERAL**

Establecer la situación legal del embrión criopreservado como sujeto de derecho en el código civil Peruano.

#### **1.3.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS**

Determinar, los principales motivos por los cuales el embrión criopreservado por método "In Vitro" debe ser sujeto de derecho.

Identificar, los criterios legales y doctrinarios por los que nuestro código civil no ha regulado como sujeto de derecho al embrión criopreservado.

Analizar, las principales razones por las cuales nuestro ordenamiento jurídico debería legislar sobre los embriones criopreservados.

Precisar, los mecanismos normativos que se deben adoptar para regular la aplicación de la técnica de reproducción in vitro.

## CAPÍTULO II

### MARCO TEÓRICO, CONCEPTUAL DE LA INVESTIGACIÓN

#### 2.1 MARCO TEÓRICO

##### 2.1.1. El derecho a la vida:

Reconocido por el inciso primero del artículo segundo de la Constitución Política del Estado, que a la letra dice:

Toda persona tiene derecho:

1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece (Bernaes, 2008)

El artículo primero del código civil Peruano, **no reconoce, mucho menos regula** la fecundación in vitro por la técnica del embrión criopreservado, tal es así que expresamente dice: **Principio de la Persona: Sujeto de Derecho: Artículo 1.-** La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento.

##### 2.1.2. Inicio de la vida:

La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está Desde el punto de vista de la ciencia médica existen diversas teorías que pretenden identificar

el momento en el que la vida humana empieza, Para ello deberemos tomar como premisa las teorías existentes en el ámbito médico (según el desarrollo biológico), respecto del inicio del ser humano, se tiene como principales teorías las siguientes:

#### A. Teoría de la fecundación:

También conocida como la teoría de la penetración del óvulo por el espermatozoide. El argumento principal de esta postura radica en afirmar y sostener que el ovocito fecundado, en el transcurso normal de su desarrollo, conducirá a un ser humano.

Quienes propugnan por esta corriente, afirman que ya estamos frente a una persona 'en acto', toda vez que durante el desarrollo sólo completa sus potencialidades presentes desde el inicio. Se debe entender como fecundación al proceso biológico mediante el cual se unen el óvulo y el espermatozoide, con la cual se inicia el desarrollo embrionario, es decir la vida de un nuevo individuo. La fecundación se inicia cuando no más de cien espermatozoides completamente diferenciados establecen contacto con las células foliculares que envuelven al ovocito.

El proceso de fecundación se divide en las siguientes etapas: 1) penetración de la corona radiante; 2) reconocimiento y adhesión los espermatozoides y la membrana pelúcida se adhieren firmemente entre sí; 3) reacción acrosómica (el espermatozoide se pone en contacto con la membrana pelúcida, la reacción acrosómica hace posible el desprendimiento de la corona radiante, el avance del espermatozoide a través de la membrana pelúcida); 4) denudación (consiste en el desprendimiento de la corona radiante); v) penetración de la membrana pelúcida (la membrana acrosómica interna queda expuesta en la superficie, crea las condiciones para que el espermatozoide pueda atravesar la membrana pelúcida en busca de la membrana plasmática del ovocito); 5) fusión (sólo uno de los espermatozoides que atraviesan la membrana pelúcida establece íntimo contacto con la membrana plasmática del ovocito, las membranas en contacto se fusionan y entre los citoplasmas de ambos gametos se

establece la continuidad que permite la entrada del contenido del espermatozoide en el interior del ovocito) ; 6) Bloqueo de la polispermia (Con el fin de neutralizar la entrada de nuevos espermatozoides y evitar la polispermia, apenas se fusionan las membranas plasmáticas de ambos gametos se produce la reacción cortical, lo cual altera la estructura molecular de la membrana pelúcida y provoca la inmovilización y expulsión de los espermatozoides atrapados en ella); 7) reanudación de la segunda división meiótica por parte del ovocito (mientras ocurre el bloqueo de la polispermia, el ovocito reanuda la segunda división meiótica, la cual genera dos células haploides); 8) formación de los pronúcleos masculino y femenino (en el cigoto, los núcleos haploides del espermatozoide y del óvulo se llaman pronúcleo masculino y pronúcleo femenino, se dirigen hacia la región central del cigoto, donde se desenrollan los cromosomas y se replica el ADN); 9) singamia y anfimixis (los pronúcleos se colocan uno muy cerca del otro en el centro del cigoto y pierden sus cariotecas - singamia. Mientras tanto los cromosomas duplicados vuelven a condensarse y se ubican en la zona ecuatorial de la célula, como en una metafase mitótica común - anfimixis. La anfimixis representa el fin de la fecundación. Con ella comienza la primera división mitótica de la segmentación del cigoto). Consecuentemente, es factible inferir que la fecundación no da lugar a un ser humano, con un 'genoma' independiente y único. Sino que ello surge a partir de la singamia, es decir de la fusión de los pronúcleos masculino y femenino; conjuntamente es relevante considerar que quienes propugnan por esta teoría, arguyen que con la fecundación hay una persona 'en acto', ergo que tiene la potencialidad de convertirse en tal, pero aún no lo es, entonces, puede observarse que la fecundación, no equivale a concepción, pues con ella no hay vida humana, no hay un 'genoma humano'.

B. Teoría de la singamia:

Igualmente conocida como la teoría de la unión de los pronúcleos del óvulo y el espermatozoide. Ya se expresó en la teoría anterior en el punto de "la fusión de los elementos" suministrados por ambos sexos en el acto generativo, causa la procreación. Es decir que se forma un nuevo ser. Debido a tal proceso aparece un nuevo individuo distinto de la especie; un ente singular, con existencia propia. Nacer, no es comenzar a vivir sino salir después que se ha adquirido el desarrollo necesario. La criatura es anterior al nacimiento."

Luego de que el espermatozoide ha penetrado el óvulo, aproximadamente entre las doce y dieciocho horas posteriores, se produce la fusión de los pronúcleos de las células femenina y masculina, mayormente conocido como singamia. "Al fusionarse los pronúcleos se transmiten las informaciones genéticas de los gametos creándose una nueva célula - cigoto - con nueva y única identidad genética. Para esta teoría, el instante de formación del cigoto marca el inicio de la vida del ser humano." Asimismo en el ámbito médico se ha afirmado que "la unión del pronúcleo femenino y masculino dan lugar a un nuevo ser con su individualidad cromosómica y con la carga genética de sus progenitores. Si no se interrumpe su evolución, llegará al nacimiento. Consecuentemente, puede llegarse a la siguiente afirmación, que con la penetración del ovocito por el espermatozoide (fecundación), simplemente estamos en presencia de la unión, pero no la fusión, de los gametos masculino y femenino, dando lugar al ovocitopronucleado (dos pronúcleos, uno aportado por el gameto femenino y otro por la masculina) el cual no es una ser independiente con un ADN individual, sino que ello se consigue recién con la fusión de los previamente mencionados pronúcleos (singamia) momento en el cual surge el cigoto - la célula más especializada, restableciéndose así "el número diploide de cromosomas se forma una célula completa, se redistribuye el material citoplasmático, se determina el sexo cromosómico por el aporte del espermatozoide condiciona la fórmula cromosómica sexual del cigoto. Se inician las divisiones mitóticas y desencadena las

primeras divisiones de la segmentación. Ergo, puede sostenerse que a partir de este momento estamos en presencia de vida humana, de la existencia de un ser humano.

#### C. Teoría de la Implantación o teoría de la Anidación o Nidación:

De acuerdo a la cual, recién cuando concluye la implantación anidación del embrión en la pared del útero, comienza la existencia individualizada de la persona. Tal circunstancia ocurre a los catorce días desde que se produjo la concepción. Para esta corriente la vida humana recién comienza con la fijación del embrión en el útero materno, lo que ocurre aproximadamente entre el día séptimo a catorce de evolución.

Los fundamentos de quienes sostienen se basan en que recién con la implantación en el útero comienza a existir el embrión; este tiene inicio durante la gestación y recién en ese momento se puede comprobar la realidad biológica que es el embrión. La concepción, viene a coincidir con el momento final de la operación técnica procreativa, o sea con la implantación del embrión, en el útero, instante en el cual comienza la gravidez o el embarazo. Así también, esta corriente afirma que "con la anidación se define tanto la unicidad, calidad de ser único.

Los detractores de esta teoría afirman que al aceptar que hay vida humana al momento en que se produce la implantación del pre-embrión en el útero materno, están dejando desprotegidos a aquellos organismos unicelulares que presentan un genoma humano independiente del que aportaron los gametos femenino y masculino que se fusionaron.

No hay razón para posponer el comienzo de la vida humana al momento de la anidación, pues ello no añade nada a la conformación genética del individuo", la cual se produjo al momento de la singamia.

#### D. Teoría de La formación del sistema nervioso central:

Igualmente conocida como la teoría de la aparición de la línea primitiva o surco neural, es decir que recién al decimoquinto día de la evolución embrionaria aparecen los rudimentos de lo que será la corteza cerebral, por lo que recién comienza la vida con la presentación de la llamada línea primitiva o surco neural; recién entonces, según lo que establece esta teoría estaríamos frente a un ser viviente, que tiene una pauta selectiva específicamente humana. Esta corriente afirma, el comienzo de la vida humana entre el decimoquinto y el cuadragésimo día posterior a la concepción en que se inicia la formación del sistema nervioso central lo que, constituye la verdadera instancia diferenciadora. el fin de la vida humana está dado por la falta de actividad eléctrica del encéfalo (muerte cerebral) se puede afirmar que no se puede reconocer la calidad de persona a una entidad que no posee ni los rudimentos cerebrales y de la cual es imposible afirmar con certeza que los poseerá. El Dr. Meter Singer arguye que de la misma manera que consideramos la muerte cerebral como el fin de la vida humana, deberíamos también considerar el nacimiento del cerebro como el principio de la vida humana (Junquera, 2013).

### **2.1.3. Posición de la legislación nacional e internacional:**

Nuestro Código Civil, apoyado en la teoría de la concepción la cual es señalada, en el artículo primero del Código Civil Peruano, el cual menciona que la vida humana comienza con la concepción. Este planteamiento, cuestiona la teoría de la anidación, a pesar de reconocer que, de ser humano, genéticamente, solo se podría hablar cuando se produce su individuación, es decir, cuando adquiere las propiedades de unicidad y unidad, lo que se produce al concluir quiere las propiedades de unicidad y unidad, lo que se produce al concluir la anidación, que ocurre a los 14 días a partir de la fecundación. Sin embargo, la distinción entre vida humana y ser humano, que propugnan los partidarios de la teoría de la anidación, que reconocen, qué duda cabe, que antes de los 14 días se trataría de vida humana, pero no de un ser

humano propiamente dicho, se considera intrascendente, por cuanto la vida humana pertenece al ser humano y no a otro ser de distinta naturaleza (Fernández, 1990).

Por su parte, el tribunal constitucional peruano, identifica como las dos principales teorías que dan inicio de la vida a las siguientes:

A. La Teoría de la Fecundación: Se basa, en principio, en que la concepción y por ende el inicio del proceso vital se origina en la fecundación. Sin embargo, la fecundación es un proceso que dura algunas horas, y se inicia con la penetración del espermatozoide en el óvulo, y concluye luego con la interacción bioquímica con la formación del cigoto que es la célula que resulta de la fusión de los pronúcleos masculino y femenino.

De los que se adscriben a la Teoría de la Fecundación hay sectores que consideran que desde el inicio del proceso fecundativo ya nos encontramos ante la concepción pues una vez que el óvulo ha sido fecundado por el espermatozoide, se ha dado inicio a un proceso vital irreversible. Frente a ellos, se encuentran quienes consideran que, aún la fecundación, ésta se da recién en el momento de la fusión de los pronúcleos masculino y femenino (singamia), conjugándose los 23 cromosomas paternos con los 23 cromosomas maternos, surgiendo el cigoto como realidad nueva, diferenciado de la madre y del padre, y con autonomía genética para presidir su propio desarrollo; desarrollo que acaba con la muerte y que durante todo su proceso ni la madre ni ningún otro agente externo le agregan nada a su configuración genética e individualidad ya establecida.

B. La Teoría de la Anidación: considera en principio que el inicio del ser humano sólo es posible afirmarlo a partir de la anidación del óvulo fecundado (cigoto) en la parte interior del útero materno. La anidación no es un acto instantáneo sino que también es un proceso que comienza aproximadamente al séptimo día de la fecundación, cuando el cigoto ya transformado en blastocisto empieza a adherirse al endometrio y

con la hormona llamada gonadotropinacoriónica humana (HCG) secretada por el blastocisto a través de la sangre, el cuerpo materno advierte que se está desarrollando un nuevo individuo, actuando entonces para impedir la ovulación. El proceso de anidación dura aproximadamente 7 días una vez iniciado y 14 desde la fecundación. Según esta teoría allí recién se da la concepción, cuyo producto (el concebido) sería el embrión que ha iniciado su gestación en el seno materno. Solo a partir de allí habría certeza del embarazo de la madre (Sentencia TC, 2005 – 2009).

#### **2.1.4. El derecho natural; los derechos fundamentales, el derecho a la vida y su protección en el ordenamiento jurídico nacional e internacional:**

A.- El Derecho natural.

La expresión Derecho Natural hace referencia a una corriente de pensamiento jurídico presente por más de 25 siglos. Su idea fundamental es la tesis de la existencia de un Derecho anterior a cualquier norma jurídica positiva, es decir, de origen humano, denominado precisamente Derecho Natural.

El concepto de Derecho Natural está unido a otros conceptos jurídicos tales como Derechos Humanos, naturaleza humana, valores jurídicos, justicia y bien común. Más que una tesis, constituye un sistema de pensamiento que ha sido compartido por múltiples juristas o filósofos, incluso con planteamientos diversos y hasta contradictorios.

Cuando se habla de Derecho Natural, se hace alusión al derecho propio o inherente a la naturaleza humana, que no es creado deliberadamente por un órgano gubernamental, sino que está constituido por criterios y principios rectores de la conducta humana, que los partidarios de esta corriente consideran como eternos e inmutables; además no está representado por un conjunto unitario y sistemático de normas, que exista en algún lugar concreto y cuya validez todos reconozcan. "Se

formula en postulados ideales, absolutos y universales, que tienen la pretensión de ser intrínsecamente válidos, o sea que valen por sí mismos. Para los iusnaturalistas es un derecho modelo, que busca la auténtica justicia".

Para su validez, el Derecho Natural, no requiere ser producto de un determinado procedimiento previamente establecido para la creación de normas jurídicas. El Derecho Natural es esencial a la naturaleza humana, y no creación del hombre. Es precisamente natural, porque se funda en la naturaleza; pero ésta ha sido considerada desde diferentes enfoques. Para unos está fundada en la naturaleza divina. Para otros, se inspira en los dictados o mandamientos de la divinidad. En otra de sus versiones está el Derecho Natural apoyado y basado concretamente en principios de la Iglesia Católica. Para otros, está de acuerdo con la naturaleza humana; el hombre refleja su propia naturaleza en ese derecho para que sus normas tengan suprema calidad humana.

El Derecho natural pretende ser original, genuino, correcto y desde luego, vigente de modo absoluto. Lo significativo, es que se trata de una concepción que requiere destacar básicamente la realización de los valores humanos. Es una acepción axiológica, que no requiere atender sólo a las formas, sino más bien a los contenidos valiosos y por ello siempre se le contrapone al Derecho Positivo, que sólo es formalmente válido por la razón de ser elaborado, aplicado y reconocido por el Estado, en el que impera el arbitrio de sus órganos de poder o gobierno y en el que la legalidad predomina sobre sus valores, si no es que los sustituye. "Es el saber filosófico el medio por el cual adquiere significación para la humanidad el Derecho Natural, pues sólo mediante el mismo se hace presente a la conciencia, con lo cual es posible abogar por su cumplimiento y orientar su aplicación. El Derecho Natural en su forma es saber filosófico, característica ésta de vital importancia".

Así, podríamos definir al derecho natural como: "El conjunto de las normas que los hombres deducen de la intimidad de su propia conciencia y que estiman como expresión de la justicia en un momento histórico determinado. La idea de la existencia de este derecho sigue al hombre en el curso de la historia, pero es una idea cambiante como el tiempo".

La concepción de quienes afirman la existencia de un derecho natural eterno e inmutable, igual para todos los tiempos y para todos los pueblos es inaceptable. Atribuirle semejante característica es contrario a las realidades históricas que manifiestan que el Derecho Natural está sujeto a cambios y transformaciones (Robert, 2008).

#### B.- Derechos fundamentales de la persona

Se debe entender como derechos fundamentales a aquellos derechos humanos positivizados en un ordenamiento jurídico concreto. Es decir, son los derechos humanos concretados espacial y temporalmente en un Estado concreto. La terminología de los derechos humanos se utiliza en el ámbito internacional porque lo que están expresando es la voluntad planetaria de las declaraciones internacionales, la declaración universal de los derechos humanos frente al derecho fundamental.

Destacar que los derechos humanos son propios de la condición humana y por tanto son universales, de la persona en cuanto tales, son también derechos naturales, también son derechos preestatales y superiores al poder político que debe respetar los derechos humanos. Se decía también que eran derechos ligados a la dignidad de la persona humana dentro del Estado y de la sociedad. Lo que interesa destacar es que si los derechos fundamentales son derechos humanos, tienen éstos también las características que hemos reconocido a los derechos humanos. Por tanto, a los derechos fundamentales no los crea el poder político, ni la Constitución, los derechos fundamentales se imponen al Estado, la Constitución se limita a reconocer los

derechos fundamentales, la Constitución propugna los derechos fundamentales, pero no los crea.

Los derechos fundamentales son derechos subjetivos:

Queremos decir que el derecho fundamental jurídicamente tiene la estructura normativa de un derecho subjetivo, es decir, que los derechos fundamentales son instituciones jurídicas que tienen la forma del derecho subjetivo. Y la estructura del derecho subjetivo tiene tres elementos: titular del derecho subjetivo, el contenido del derecho subjetivo en el que vamos a distinguir las facultades, por otra parte el objeto del derecho, y un tercer elemento es el destinatario o sujeto pasivo, aquel que está obligado a hacer o no hacer.

Los derechos fundamentales son fundamento del orden político de una comunidad:

La otra dimensión que es la llamada política o social de los derechos fundamentales, que considera que el derecho fundamental además es un elemento estructurador de la forma de Estado y de la forma de sociedad. Los derechos fundamentales son desde esta perspectiva, el canon desde el cual nosotros determinamos si el poder es legítimo o ilegítimo. Los derechos fundamentales son una forma también de controlar la actuación de los poderes públicos. Nosotros vamos a determinar la validez de los derechos.

Los Derechos Fundamentales son Derechos Constitucionales:

Lo que caracteriza a los derechos fundamentales es que es la constitución la que los reconoce y garantiza. Es un derecho subjetivo regulado por la constitución. ¿Por qué se constitucionalizan estos derechos fundamentales? O ¿por qué a determinados derechos subjetivos se les da el rango de fundamentales?, la respuesta la encontramos en una aproximación sustantiva que nos va a decir que se constitucionalizan éstos porque éstos son los que concretan los valores sobre los

cuales se estructura el sistema político. Y los valores sobre los cuales se estructura el ordenamiento. "El reconocimiento de los derechos fundamentales, como facultades inherentes emanadas de todo ser humano y por lo tanto no pertenecientes en exclusiva a determinados grupos sociales o de personas, es una conquista del constitucionalismo y que con su proceso evolutivo ha venido a constituir lo que hoy se denomina Estado constitucional democrático y social. Los Estados han venido efectuando un reconocimiento positivo de los derechos fundamentales, usualmente en las normas fundamentales de sus respectivos ordenamientos, como un presupuesto de su exigibilidad como límite al accionar estatal y al de los propios particulares. Sin embargo, tal exigibilidad no sólo aparece desde el reconocimiento positivo sino, quizá con mayor fuerza, a partir de la connotación ética y axiológica de los derechos fundamentales, en tanto manifiestas concreciones positivas del principio - derecho de dignidad humana, preexistente al orden estatal y proyectado en él como fin supremo de la sociedad y del Estado (Bernaldes, 2008).

### C. El Derecho a la Vida

El derecho a la vida es aquel que es característico de cualquier ser humano por el simple hecho de existir y estar vivo; se considera un derecho fundamental de la persona.

La vida tiene varios factores; la vida humana en sus formas corporales y psíquicas, la vida social de las personas por medio de la cual estos realizan obras en común y la vida de la naturaleza que relaciona a los seres humanos con las demás especies vivientes.

Esta acepción de derecho a la vida comprende, por tanto tres acepciones, que son las siguientes: el derecho a la vida como derecho a la existencia (1), el derecho a la vida como derecho a la integridad psico- física (2) y el derecho a la integridad moral: El derecho a la vida entendido como derecho al mantenimiento de la existencia o

derecho a la pervivencia, puede definirse como el derecho de la persona a conservar su estructura psico - somático de forma íntegra, de tal forma que pueda realizar de la forma más plena posible (Robert, 2008).

#### D.- La Protección Jurídica del Derecho a La Vida

##### Protección Jurídica Internacional:

El derecho a la vida, inherente a toda persona humana, ha sido consagrado por documentos internacionales relacionados con los derechos humanos, de los que el Perú forma parte y que los vinculan especialmente en virtud de lo dispuesto por la Disposición Final Cuarta de la Constitución, en los siguientes términos: "Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú".

Así, por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo I) "Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona."; por la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 3Q) "Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona."; y por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 6Q) "El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente". Igualmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica- dispone en su artículo 4, inciso 1), que "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley, y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente". Este mismo documento, en su artículo 5Q, inciso 1), agrega: "Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral"; y, en el artículo 11Q, inciso 1),

establece que "Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad". Asimismo, la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 (párrafo 3 del Preámbulo) "Considerando que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento" ([https://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR\\_booklet\\_SP\\_web.pdf](https://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR_booklet_SP_web.pdf) ).

Protección Jurídica Nacional:

El Derecho a la vida es tomado por nuestro ordenamiento jurídico en lo contenido del inciso primero del Artículo dos de la Constitución Política del Estado, el cual debe de ser entendido como el primero de los derechos fundamentales, ya que sin este no es posible la existencia de los demás derechos. No sólo es un derecho fundamental reconocido, sino un valor superior del ordenamiento jurídico. Y el derecho a la integridad personal se encuentra vinculado con la dignidad de la persona, con el derecho a la vida, a la salud y a la seguridad personal. Tiene implicación con el derecho a la salud en la medida que esta última tiene como objeto el normal desenvolvimiento de las funciones biológicas y psicológicas del ser humano; deviniendo así, en una condición indispensable para el desarrollo existencial y en un medio fundamental para alcanzar el bienestar individual y colectivo. Derecho primario, básico y natural que posee la persona. Por ello merece la protección de la sociedad y del Estado. El ser humano goza de este derecho, que le es inherente simplemente por ser tal, por el hecho de haber sido concebido. El derecho objetivo a la vida, recogido por los ordenamientos jurídicos, es la consecuencia de una exigencia existencial. No se adquiere el derecho a la vida porque el Derecho positivo se lo atribuya a la persona, sino que se trata de un derecho natural que aquel solo debe reconocer y proteger. El derecho a la vida es también el presupuesto indispensable de todos los demás derechos.

"El derecho a la vida es, por excelencia, un derecho natural primario del que todo ser humano goza, por el solo hecho de la existencia. Más que una exigencia jurídica constituye un suceso. Originario e irreversible. Con el cual el hombre se encuentra consigo mismo; solamente después puede hablarse de la necesidad de existir.

El tribunal constitucional ha señalado en relación al derecho a la vida, que nuestra constitución política de 1993 ha determinado que la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado; la persona está consagrada como un valor superior, y el Estado está obligado a protegerla. El cumplimiento de este valor supremo supone la vigencia irrestricta del derecho a la vida, pues este derecho constituye su proyección; resulta el de mayor connotación y se erige en el presupuesto ontológico para el goce de los demás derechos, ya que el ejercicio de cualquier derecho, prerrogativa, facultad o poder no tiene sentido o deviene inútil ante la inexistencia de vida física de un titular, dado que el derecho a la vida no se agota en el derecho a la existencia físico - biológica, a nivel doctrinario y en la jurisprudencia del tribunal constitucional lo encontramos definido también desde una perspectiva material. Así, se ha dicho que actualmente, la noción de Estado social y democrático de derecho concreta los postulados que tienden a asegurar el mínimo de posibilidades que tornan digna la vida. La vida, entonces, ya no puede entenderse tan sólo como un límite al ejercicio del poder, sino fundamentalmente como un objetivo que guía la actuación positiva del Estado, el cual ahora se compromete a cumplir el encargo social de garantizar, entre otros, el derecho a la vida y a la seguridad."

#### **2.1.5. Bioética y Derecho Constitucional:**

Llegar a establecer la importancia que un texto constitucional regule los principios de orden bioético presenta variadas vertientes. Por un lado podemos apreciar que los especialistas en materia bioética son propensos a aplaudir esta inclusión; otros

prefieren mantener en la especialidad normativa los aspectos de la biotecnología. Algunos autores no muestran una posición clara sobre el tema y esto es lógico, por la poca difusión o importancia que se le da actualmente a la bioética.

En base a la propuesta que desarrollamos para incluir en el futuro texto constitucional peruano las bases y principios bioéticos obtuvimos valiosas opiniones de diversos profesionales relacionados con la bioética. Estos criterios, tanto a favor como en contra, son ilustrativos y nos permiten reflexionar acerca de la importancia de la materia. Las posiciones se disgregan:

A favor:

Según Misseroni (1993), resulta absolutamente innecesario referirse a la importancia de elevar a rango constitucional ciertos principios bioéticos. La fuerza que el debate sobre estos temas está adquiriendo es, a todas luces, evidente. Con este proyecto, el Perú no hace más que confirmar su rica tradición jurídica". Asimismo, José Geraldo de Freitas Drumond, es quien dice que "es un avance temático de las Cartas Mayores que buscan garantizar los derechos a la integridad del patrimonio genético de los pueblos".

Andomo (2001), indica, Considero fundamental que ciertos principios orientadores de las denominadas cuestiones de 'bioética' (que, más allá de la ambigüedad de la palabra, no pertenecen sólo al ámbito ético, sino también al jurídico) adquieran rango constitucional. No hay que olvidar que en dichas cuestiones entran en juego valores básicos de la existencia humana, tales como la vida, la identidad de las personas y la libertad de toda predeterminación por parte de terceros. Los poderes inéditos que la tecnología nos confiere sobre nuestros semejantes, y sobre el futuro mismo de la especie, exigen ineludiblemente una respuesta jurídica del más alto nivel, es decir, de rango constitucional, para proteger la dignidad humana. Cabe señalar que, hasta el momento, Suiza es el único país en el mundo que ha introducido en su Constitución

algunas reglas orientadoras del desarrollo biomédico. Si Perú logra realizar algo semejante, ello constituirá sin duda un gran orgullo para toda Latinoamérica".

Átela (1998), manifiesta que para forjar una Constitución moderna y duradera, digna de un Estado Democrático del siglo XXI, en primer lugar debéis pensar qué modelo de sociedad queréis y, a partir de ahí, dotar a vuestra constitución de tres requisitos fundamentales en materia de bioética:

Otorgar rango constitucional a los principios bioéticos más importantes. Todo aquello que sea un principio básico, fundamental, conforme al cual queremos desarrollar el modelo de sociedad en el que previamente hemos pensado, debe ser reflejado en la Constitución para que sirva siempre de referente, para que sea el norte hacia el que se dirija la sociedad y sus tres poderes (ejecutivo, legislativo y judicial). De allí los principios bioéticos deberían tener rango constitucional.

Disponer sobre ellos una regulación especial mínima. La Constitución ha de modificarse lo menos posible, ha de ser el instrumento para el desarrollo de una sociedad a largo plazo, una apuesta de futuro. No tiene que ser inmutable (allá donde se aprecie un fallo habrá que modificarlo) pero es preciso que sea la norma con mayor seguridad jurídica del Estado. Por ello debe contener una regulación, por decirlo de forma gráfica, de trazo grueso, meras pinceladas perfilando lo más importante, lo que creemos que (seguramente) no va a cambiar sino a muy largo plazo. El trazo fino quedaría para la normativa de desarrollo constitucional, pues una regulación constitucional demasiado extensa es más probable que exija modificaciones a medio plazo, y es más sencillo (y sobre todo menos inseguro jurídicamente) modificar la Ley que la Constitución. Este tema debe tenerse muy en claro al momento de constitucionalizar los principios de la bioética.

Establecer el principio de reserva de Ley Orgánica (o al menos de Ley Formal) para su normativa de desarrollo. Una cosa es que la normativa bioética no haya de

regularse al detalle en la Constitución y otra muy distinta que pueda hacerse mediante normas de otro rango.

También aquí en él punto medio está la virtud, y a medio camino de las dos opciones está que, una vez otorgado rango constitucional a lo básico y primordial, el desarrollo de aquello que tanta importancia tiene se reserve a norma cuya modificación ni sea tan dificultosa (y desaconsejable) como la de la Constitución, ni se convierta en un mero trozo de barro maleable por cada gobernante mediante el oportuno (u oportunista) Decreto, etc. Hay que tener en cuenta, además, que tampoco la Ley que desarrolle los principios Constitucionales básicos ha de ser la última norma sobre la materia, sino que puede a su vez disponer ulterior desarrollo reglamentario por el Gobierno en las cuestiones administrativas y, en general, en las de menor importancia.

En contra:

Según Figueroa (1997): la Ley Suprema juega funciones diferentes, según el país de que se trate. En aquellos lugares en que la modificación de las leyes es un trámite fácil, sujeto a las mayorías políticas que contingentemente puedan existir en los Parlamentos, o en los casos de existir legislativos obsecuentes al gobierno, la incorporación de ciertos principios en el ordenamiento constitucional conlleva un significado de inmutabilidad, de permanencia o de fijación de aquellos principios, que puede ser de mucha utilidad. En cambio, en aquellos otros países en que es el estatuto legislativo el que tiene ciertas características de inmutabilidad o permanencia, no tiene sentido 'constitucionalizar' los principios que ya tuvieron acogida legislativa. Lo mismo puede decirse respecto de la mutabilidad o inmutabilidad de una cierta jurisprudencia uniforme: si las sentencias de los tribunales se han inclinado invariablemente en un cierto sentido, puede incluso ser innecesario trasladar ese criterio al ámbito legislativo. Las consideraciones anteriores

nos llevan al punto esencial que debe responderse al momento de proponer la constitucionalización de alguna norma: ¿Para qué se quiere llevar un cierto principio a nivel constitucional? Yo he sostenido en mi libro Derecho Civil de la Persona tomar una actitud suspensiva frente a la proposición que ha hecho al Congreso del Perú, para incorporar algunos principios básicos en la Constitución Política de esa nación. Declaró, sin embargo. No tengo competencia para opinar sobre esta materia desde la única perspectiva válida y posible, como es la que se tiene desde el propio Perú".

Estos dos criterios no hacen más que determinar la importancia del tema de la bioética. De lo que se infiere que nuestra carta magna debería de amparar estos principios.

#### **2.1.6. Estado actual del manejo de la pareja infértil de las nuevas tecnologías reproductivas:**

##### **A. Fertilización in vitro (FIV):**

El término fertilización in vitro se utiliza para referirse al proceder por medio del cual, se produce la fertilización extracorpórea del óvulo, tanto los gametos propios de la pareja.

Entre las objeciones que se han hecho a este proceder están:

A.1. Separa la creación de la vida, de la relación sexual.

A.2. La posibilidad de crear niños con defectos físicos o mentales, lo que en realidad no se ha comprobado.

A. 3. De ser aprobado este proceder, se puede pensar a la aplicación de otras variantes de la FIV, muchas de las cuales son rechazadas por gran número de personas.

A.4. Como la infertilidad no es una afección que ponga en peligro la vida, la aplicación de la FIV como modalidad terapéutica para una condición que no es médicamente riesgosa puede llevar al terreno médico otros problemas humanos básicos.

#### B. Inseminación artificial

Inseminación con semen o espermatozoides del marido o Inseminación homóloga.

Entre los señalamientos que se han hecho a este proceder están:

B.1. Su eficacia es cuestionable, sobre todo en casos de infertilidad masculina de causa no bien definida.

B.2. La preocupación que la manipulación del semen pueda ser utilizada para la selección del sexo, separando los espermatozoides portadores del cromosoma X o Y, lo cual no se considera seguro ni ético.

B.3. El riesgo de la "tecnificación" de la reproducción, al separar la procreación de su expresión sexual.

#### C. Inseminación con semen o espermatozoides de donantes o Inseminación heteróloga.

Las principales preocupaciones que surgen con este proceder son la introducción de gametos de terceras partes en la unidad familiar, y son:

C.1. La posibilidad de crear problemas psicológicos en el esposo, la mujer receptora y/o el donante, si este último es identificado o conocido.

C.2. El riesgo de transmisión de afecciones genéticas graves o enfermedades infecciosas por el uso de semen donado. El esposo también puede verse afectado.

C.3. La posibilidad de consanguinidad por el uso excesivo de mismo donante.

C.4. Los efectos psicológicos en el niño. Este incluye la afectación de las relaciones interpersonales por la necesidad de querer mantener el secreto sobre el origen del niño. Puede haber afectación del niño si en forma accidental llegar a conocer su origen.

#### D. Variantes de la Fertilización In Vitro

##### D.1. FIV con semen donado

Las críticas que se han hecho a este proceder son las mismas que las de la inseminación artificial heteróloga y las de la FIV. Con la FIV con semen de donante surge además la duda acerca de la paternidad si el semen del donante es utilizado después de haberse intentado la fertilización con semen del marido.

##### D.2. FIV con óvulo donado

Este proceder puede acarrear riesgos médicos para el donante, el receptor y la descendencia. Pueden presentarse problemas en las relaciones familiares en el donante y el receptor, con posibles efectos sobre el niño. Es posible que haya rechazo inmunológico al óvulo implantado y finalmente, no existe una legislación específica que identifique quien es la madre cuando se usan óvulos donados. La mayoría de los estados consideran a la madre gestacional como la madre legal. Aunque no se presenten problemas en las relaciones entre el donante y la descendencia, debe considerarse al donante de óvulos en la misma forma que al donante de semen.

##### D.3. Donación de preembriones provenientes de la FIV

Aunque es un proceder poco utilizado, su indicación está justificada cuando ambos miembros de 18 parejas tienen factores que impiden la fertilización.

Las objeciones planteadas son similares a las que se hacen a las donaciones de gametos (espermatozoides y óvulos). Al igual que con la donación de óvulos, es posible la incompatibilidad de causa inmunológica. El principal problema ético que se plantea surge de la utilización de gametos provenientes de terceras partes por su pareja en la cual ninguno de los dos tiene relaciones genéticas lineales con la descendencia. Esta es una situación algo similar a la adopción. El status legal de preembrión donado actualmente está en proceso de evolución, aunque existe consenso general en la protección del conceptus bajo las leyes civiles y criminales. En lo que respecta a la maternidad del preembrión donado, la mayoría de las cortes se ha pronunciado porque la madre gestacional es la madre legal.

#### E. Lavado uterino para transferencia de preembriones

Entre los señalamientos que se han hecho a este proceder están: La posibilidad de infección intrauterina debida a la manipulación y el riesgo de transmitir infecciones a la donante, la receptora o al preembrión. Los problemas inherentes a la utilización de terceras partes, incluyendo la posibilidad de que el donante quiera conservar el preembrión. Si se ha utilizado el semen del marido de la esposa infértil y la pareja quiere demostrar su relación genética con el niño, deben realizarse las pruebas.

#### F. Criopreservación:

##### F.1. Criopreservación de semen:

Las objeciones a este proceder son las mismas que las expresa para la inseminación con semen fresco. A estas se añade el riesgo esencial de los efectos de la congelación-descongelación sobre el embrión. Su principal ventaja está en que como media un periodo de tiempo antes de que el semen sea utilizado, es posible realizar las pruebas necesarias para el diagnóstico de enfermedades como el SIDA y la hepatitis B.

En caso de que el hombre muera después que su semen ha sido congelado para usarlo en su pareja, ésta puede solicitar ser inseminada con el semen de su esposo postmortem. Esto crea problemas que aún más allá de los surgidos con la inseminación artificial con semen fresco. El hecho de haber tenido relaciones sexuales estables previas a la congelación del semen y a la muerte del esposo pudiera hacer esta posibilidad más aceptable que el uso de donante anónimo.

#### F.2. Criopreservación de óvulos:

La principal preocupación médica respecto a este proceder está en que el óvulo es una célula única, con una masa relativamente grande de citoplasma, por lo tanto más susceptible a los posibles efectos negativos de la congelación-descongelación.

#### F.3. Criopreservación de preembriones:

Con el desarrollo de las técnicas de FIV se ha comprobado que la fertilización de múltiples óvulos aumenta la tasa de éxitos de embarazo, pero se incrementan las posibilidades de embarazos gemelares o múltiples. Esto ha hecho que se tome en consideración la preservación por congelación de los preembriones supernumerarios no utilizados para ser utilizados en embarazos posteriores de la pareja, o ser destinados a otros fines (donación a parejas infértiles, investigaciones científicas).

La principal preocupación con el uso de preembriones criopreservados es la posibilidad de daño provocado por la congelación y descongelación del material genético. Otro riesgo potencial es el daño provocado por las fallas en el sistema de conservación del material.

Otro aspecto muy debatido es el concerniente al status jurídico del preembrión. Los problemas de la posesión y los derechos de herencia del preembrión han sido identificados pero no resueltos. Desde el punto de vista de la moral, estas técnicas representan una intrusión en el proceso natural de la reproducción, al poner la vida

humana en un estado de suspensión por congelación profunda, por un periodo variable de tiempo antes de su utilización. Si no se establece una limitación en tiempo para este periodo de congelación y su uso posterior, se pueden crear graves problemas en la estructura social y familiar, al perderse la linealidad genealógica. Por estas razones es importante, antes de emprender estas técnicas, explicar bien a la pareja las posibilidades de éxito en cuanto al embarazo, así como los posibles riesgos de alteraciones en el embrión, producto del proceso es si y solicitar previamente el consentimiento informado y por

escrito de la pareja. El tiempo de almacenamiento de los preembriones debe estar limitado el tiempo, pero se recomienda que no debe exceder al periodo reproductivo del donante del óvulo, o mientras prevalezca el objetivo para el cual fue previsto. Para muchos es inaceptable la transferencia de una generación a otra. Antes de iniciar el proceso de preservación debe quedar bien establecido por la pareja la disposición de los preembriones no transferidos, el deseo mutuo de congelarlos para su propio uso, donarlos a otra pareja infértil, o donarlos para su uso en investigaciones científicas.

F.4. Criopreservación embrional mediante el método de Fecundación Humana Extracorpórea "In Vitro", Situación Jurídica de Embrión Extracorpóreo y Derechos Violentados

F.5. Criopreservación Embrionaria.

El método extracorpóreo "In Vitro" es aquel mediante el cual se da la reproducción del nuevo ser, la misma que implica la unión del material genético reproductivo a fin de iniciar la fertilización de los gametos, y posterior implantación fetal, este método se realiza principalmente a las parejas infértiles deseosas de tener prole que hayan tenido fallidos intentos en la aplicación de otros métodos, la finalidad de mencionada

técnica es brindar solución a la incapacidad de procrear, es pues quizás uno de los principales métodos más aceptados en la actualidad.

Sin embargo, mencionado método tiene dos limitantes principales, si se transfieren pocos embriones es probable que no se logre implantar ninguno y si se transfieren muchos embriones se corre el riesgo de que resulten embarazos

múltiples con los respectivos riesgos maternos y fetales, por tal razón en la aplicación del método, se realiza la criopreservación de embriones situación que acontece nuevas situaciones materia de debate respecto de su protección (Universidad Pontificia de Comillas, 2002).

#### **2.1.7. Situación jurídica del embrión extracorpóreo y derechos violentados:**

Respecto de los derechos fundamentales vulnerados por el método in vitro, en la aplicación de la criopreservación humana se debe tener en consideración la situación jurídica de embrión extracorpóreo, la misma que no se encuentra regulada por nuestro código civil, para ello se debe entender por embrión extracorpóreo o pronasciturus, por aquel embrión, que por motivos de aplicación del método in vitro se produce fuera del vientre materno, por tal motivo esta figura no es alcanzada por lo contenido por el código civil peruano, en tal sentido para la regulación de los hechos acontecidos, se debe partir del criterio general de que la vida humana se inicia con la concepción, desde dicho momento debemos garantizarla. No puede permitirse diferenciaciones acerca de la forma, medio o situación biológica del embrión para atribuirle su categoría natural, ser un sujeto de derecho.

Respecto del derecho a la vida, a la salud y a la integridad física del embrión se advierten numerosas cuestiones que aún no han merecido un debido encuadre legal y que generan un debate ético con consecuencias en la dignidad de la persona por nacer-óvulo fecundado, en tanto las técnicas de fecundación in vitro reenvían al

examen de asuntos como la "manipulación de embriones humanos"; su "congelamiento" y "selección", el tema del "diagnóstico genético preimplantacional" o la incertidumbre acerca de si estos tratamientos "incrementan el riesgo de defectos o anomalías congénitas".

Para ello debemos analizar cómo se encuadraría y conceptualizar el estatuto jurídico del embrión, pues bien, esta ardua pero insoslayable cuestión exige, como primera medida, dirigir la atención a las ciencias biológicas para, en un segundo momento, requerir el concurso de la ciencia del derecho.

En relación con el primer aspecto, se observan diversas posturas respecto de cuándo principia la vida o, de modo más preciso, acerca del momento en que acaece la concepción de la persona. De entre esas posturas, interesa referir dos planteamientos que exhiben relevancia para el tratamiento del status jurídico del embrión extracorpóreo, Una, que podría considerarse más amplia, "conduce a reconocer un ser humano en el embrión no implantado".

En efecto; "al producirse en el ovocito fertilizado la singamia, la unión de ambos pronúcleos con la consiguiente unificación genética se estaría ante un nuevo ser distinto de sus progenitores. La singularidad de su código genético, fruto de una original combinación de los veintitrés cromosomas maternos y los veintitrés cromosomas paternos, cualitativamente distinto e independiente de los códigos materno y paterno, determinaría la individualidad propia del nuevo ente y las reglas de su futuro desenvolvimiento, de modo que todo lo que cada hombre puede llegar a ser está ya programado por un código genético". Y, otra, que podría valorarse como más estrecha, admite "la existencia del ser humano a partir de los primeros catorce días de la fecundación, con la implantación estable del denominado pre-embrión en la pared del útero materno, convertido así en verdadero embrión", ya que "hasta

entonces, su posible división impediría atribuirle con carácter definitivo la individualidad propia de la persona.

Como quiera que sea, estas divergentes perspectivas no alteran la conclusión a la que aquí se arribará en favor de la personalidad de los embriones desde el principio mismo de su existencia con sustento en lo que, al respecto, determina el ordenamiento jurídico nacional. En efecto; este último se ha estructurado, desde sus orígenes, sobre la base de un generoso reconocimiento de los derechos fundamentales en favor de todas las personas.

Para ello deberemos tener en consideración lo preceptuado en nuestra constitución política en su artículo 1ro la cual tiene como principio, "La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado, idea que se reitera, en el inciso primero del artículo 2 el cual preceptúa que toda persona tiene el 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 lo expuesto, es apropiado señalar que el principio de la vida para todas las personas ha sido fijado desde la concepción. Tal fue la postura tomada en consideración por el codificador a la entrada en vigor del código civil Peruano, en donde se señaló en su artículo 1ro, respecto del Principio de la persona y de la vida humana que 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.

Es verdad que la expresión "concepción" se resiente de una insalvable vaguedad o ambigüedad semántica, tanto en el ámbito científico como en el jurídico, pero por encima de ésta cuestión, resulta indudable que el propósito del legislador de

entonces y de ahora ha sido inequívoco proteger a la persona y dotarla de todos sus derechos desde los primeros momentos de su existencia, es decir, ya desde la instancia primaria o incipiente en que aquella va estructurándose. Y es con sustento en esta conclusión que resulta indiferente (para la legislación peruana).

En tal momento no se tomó en cuenta el hecho científico de la construcción genética de la persona la cual está preparada y lista para ser dirigida biológicamente pues el ADN contiene la descripción anticipada de toda la ontogénesis en sus más pequeños detalles". Ya antes, en el famoso precedente "Davis v. Davis" el tribunal de distrito de Tennessee, Estados Unidos, en la cual se afirmó que "cada célula tiene un ácido desoxirribonucleico que es como una 'huella dactilar' y que lo hace fácil de distinguir de otros embriones humanos", por lo que "mediante la utilización del ADN se podrían identificar los 'códigos de vida' individuales de los embriones humanos y de tal modo delinear completamente la constitución de ese individuo". Aquel criterio implica tanto como admitir la realidad de la persona ante cualquier "signo característico de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes"; y no parece dudoso que la existencia en el embrión del código genético, determinante de su individualidad y conteniendo las pautas de su ulterior desenvolvimiento, de suerte que en potencia ya está en él biológicamente, todo el hombre que será en el futuro, representa al menos aquellos signos. Ello con independencia de 'cualidades o accidentes', o sea de las determinaciones físicas, psíquicas, sociales y morales que necesariamente lo afectarán durante su posterior desarrollo, hasta la muerte". Sobre el presente punto es relevante no confundir la individualidad biológica con la unidad de la información genética. Una célula de la piel de un adulto, que puede separarse y cultivarse, también pertenece a la especie humana; ella tiene, en efecto, en sus 46 cromosomas toda la información genética, al igual que un embrión. Y, sin embargo, ¿quién osaría decir que es una 'persona', o que devendrá una persona? Únicamente es el embrión el que está orientado ('finalizado') hacia su desarrollo en tanto que ser humano (si se

lo deja, él devendrá una persona, salvo un caso de accidente), mientras que una célula de la piel jamás podrá devenir de tal modo, es que las células del embrión son totipotentes; ellas 'contienen' todo el ser humano. Por el contrario, una célula de la piel está diferenciada: tiene un papel muy preciso y no puede actuar de otro modo.

En razón de las precedentes consideraciones, deviene nítido que, desde una perspectiva científica, el embrión ya existe desde la fusión de los gametos, contando desde entonces con toda la información genética, por lo que, en clave jurídica, deviene lógicamente necesario concluir que, más allá de sus accidentes ostenta "signos característicos de humanidad" en los términos de nuestra legislación ordinaria. Así, pues, se está ante una "substancia individual de naturaleza racional", para seguir la célebre definición de Boecio del siglo IV de nuestra era que está en la base de la noción de persona más tarde asumida por el derecho nacional y reforzada por la saga de convenciones internacionales de protección de los derechos humanos emanadas del concierto de las naciones y que, como se anticipó, nuestro país constitucionalizó en 1993. Y en ese horizonte, al ser el embrión una persona humana, es acreedor de derechos que le son inherentes y que, en nuestra legislación, como se anticipó, ha sido materia de protección por parte de nuestra legislación. Ahora bien, también se impone por aplicación del principio pro homine. Lo dicho requiere la siguiente explicación. Como se verá más abajo, uno de los métodos de fecundación asistida es el PROST (pronuclearstage transfer"), consistente en la transferencia de ovocitospronucleados a las trompas, esto es, cuando los núcleos del óvulo y del espermatozoide todavía no se han unido. Pues bien, en el ámbito científico, en la actualidad, no cabría afirmar de éstos últimos que, como los embriones, la información genética ya está completa con la fusión de los núcleos de los gametos, de modo que lo que luego sigue es simplemente el desarrollo de esa vida, esto es, un continuum; un proceso dinámico., el ovocito de que aquí se trata es aquél "que poco después de haber sido penetrado por el

espermatozoide 'demuestra la existencia de dos pronúcleos, uno aportado por la gameta femenina y otro por la masculina"', por lo que, como añade el pronunciamiento, que puedan predicar del ovocito pronucleado las mismas notas que se postulan del embrión.

Así las cosas, desde el punto de vista del derecho, las pautas que conducen a ver en el embrión una persona en los términos de nuestro ordenamiento jurídico vigente, concepción, signos característicos de humanidad no bastan a ese fin. No permiten afirmarlo, sin extremar indebidamente la analogía; pero tampoco negarlo toda vez que, en definitiva, el ovocito pronucleado constituye una estructura biológica peculiar, distinta de los gametos masculino y femenino, que contiene los elementos con las que pocas horas después se formará el embrión. Subsiste así una duda, que debe aceptarse y asumirse como tal, es pues, que de lo recién expuesto nos aconseja otorgar a los ovocitos pronucleados, la consideración de personas en los términos de nuestra legislación aunque, en este caso, no por aplicación del art. 1 del Código Civil, sino en razón del señalado principio pro homine toda vez que, ante la duda acerca de su existencia, cabe estar a favor de ella no por aseverar que lo sea sino ante la duda de que suscita el no poder excluirlo con certidumbre. En efecto, como recuerda Mónica Pinto, "el principio pro homine es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre.

En definitiva, mediante la aplicación de este principio se vuelve sobre el fundamento mismo del derecho que no es otro que la dignidad, esto es, la eminencia de cada uno y de todo ser humano. Por ello, el se da lo preceptuado en el principio "in dubio pro

homine" es en rigor, el argumento por excelencia y, por tanto, es "primus inter pares" respecto de todos los que ha acuñado el saber jurídico ("in dubio pro debitoris"; "in dubio pro reo"; "in dubio pro operario", etc.) y que constituyen una aplicación de esa nota a las diversas ramas de la ciencia jurídica. Bajo tal premisa, y en cuanto aquí interesa, no se está sino postulando la defensa de un bien superior -la vida de las personas- o, cuanto menos, la del mal menor, pretiriendo toda conducta que pudiera cercenar dicho bien.

En tal sentido, afirmamos que los derechos fundamentales deben ser reglamentados bien, en dicha tarea aquellos no pueden alterarse al punto que resulte desvirtuada la sustancia que los caracteriza. Y lo expuesto se advierte de manera aún más enfática en la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone en su art. 29, inc. 2 que "en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar "general en una sociedad democrática". De igual modo, los incs. 1 y 2 del art. 32 de la Convención Americana de Derechos Humanos contempla que "toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad" y que "los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática (Pinto, 1997).

## 2.2. MARCO CONCEPTUAL

**2.2.1. Fecundación humana:** Es un proceso por el cual dos gametos se fusionan para crear un nuevo individuo con un genoma derivado de ambos progenitores. Los dos fines principales de la reproducción son: sexualidad, combinación de genes derivados de ambos padres. La reproducción, da origen a un nuevo individuo, el cual surgirá a la vida y se desarrollara como un ser independiente, coadyuvando de esta manera a la preservación de la especie humana (Mosquera, 1994).

**2.2.2. Método "in vitro":** Este método científico deviene en una técnica por la cual la fecundación de los ovocitos por los espermatozoides se realiza fuera del cuerpo de la madre. Este proceso implica el control hormonal del proceso ovulatorio, extrayendo los ovocitos de los ovarios maternos, para permitir que sean fecundados por los espermatozoides en un medio líquido. El ovocito fecundado (el cigoto) se transfiere entonces al útero de la hembra con la intención de iniciar un embarazo (Junquera, 2013)

**2.2.3. La criopreservación:** Es un proceso a través del cual, las células o tejidos son congelados a muy bajas temperaturas, generalmente entre  $-80\text{ }^{\circ}\text{C}$  y  $-196\text{ }^{\circ}\text{C}$  (el punto de ebullición del nitrógeno líquido) para disminuir las funciones vitales de una célula o un organismo y poderlo mantener en condiciones de vida suspendida por mucho tiempo. A esas temperaturas, cualquier actividad biológica, incluidas las reacciones bioquímicas que producirían la muerte de una célula, quedan efectivamente detenidas. Normalmente para preservar una muestra biológica durante el mayor tiempo posible sin que pierda su calidad se utiliza nitrógeno líquido. De esta manera, sumergiendo la muestra en nitrógeno líquido se alcanzan temperaturas de hasta  $-195,79\text{ }^{\circ}\text{C}$ , la temperatura de ebullición del nitrógeno líquido. La utilización de helio líquido permite alcanzar temperaturas incluso menores de hasta  $-268,93\text{ }^{\circ}\text{C}$  (temperatura de ebullición del helio). Las muestras, criopreservadas en nitrógeno líquido sólo estarán afectadas por las radiaciones que

puedan incidir sobre ellas puesto que la congelación impide todo movimiento molecular en la muestra (ibidem).

**2.2.4. Sujeto de derecho:** Se considera así, al centro de imputación ideal de deberes y derechos; esto es, aquella unidad sobre la que la ley efectúa imputaciones directas, arrojándole derechos y obligaciones. Los sujetos de derecho individuales lo constituyen la persona natural, el individuo de la especie humana que es capaz de adquirir derechos y obligaciones. Los sujetos de derecho colectivos se constituyen como personas jurídicas (Castillo, 2007).

**2.2.5.Vida:** Según Chámame (2009): Todo organismo vivo que contiene información hereditaria reproducible codificada en los ácidos nucleicos los cuales controlan el metabolismo celular a través de unas moléculas (proteínas) llamadas enzimas que catalizan o inhiben las diferentes reacciones biológicas.

**2.2.6.Derechos humanos:** Este rango de derechos, son aquellas libertades, facultades, instituciones o reivindicaciones relativas a bienes primarios o básicos que incluyen a toda persona, por el simple hecho de su condición humana, para la garantía de una vida digna. Son independientes de factores particulares como el estatus, sexo, orientación sexual, etnia o nacionalidad; y son independientes o no dependen exclusivamente del ordenamiento jurídico vigente. Desde un punto de vista más relacional, los derechos humanos se han definido como las condiciones que permiten crear una relación integrada entre la persona y la sociedad, que permita a los individuos ser personas, identificándose consigo mismos y con los otros. Habitualmente, se definen como inherentes a la persona, irrevocables, inalienables, intransmisibles e irrenunciables. Por definición, el concepto de derechos humanos es universal (para todos los seres humanos) e igualitario, así como incompatible con los sistemas basados en la superioridad de una casta, raza, pueblo, grupo o clase social determinados. Según la concepción iusnaturalista tradicional, son

además atemporales e independientes de los contextos sociales e históricos (Pinto, 1997).

**2.2.7. Derecho a la vida:** Se puede decir con absoluta seguridad que el derecho a la vida es el máspreciado para la persona y que lo ejerce el ser humano por el simple hecho de existir y estar vivo; se considera un derecho fundamental de la persona. La vida tiene varios factores; la vida humana en sus formas corporales y psíquicas, la vida social de las personas por medio de la cual estos realizan obras en común y la vida de la naturaleza que relaciona a los seres humanos con las demás especies vivientes. Entonces cuando este derecho es regulado son tomados en cuenta estas tres facetas de la vida que están divididas, pero se toman como un todo al momento de ser reguladas, es decir, el correcto cumplimiento de estos tres puntos dentro de lo que representa el respeto por este derecho hacen que el ser humano no solo sobreviva (que tenga funciones vitales, sino que viva plenamente, que sugiere una integridad (Robert, 2008).

**2.2.8. Genoma humano:** Este aspecto refleja el número total de cromosomas del cuerpo. Los cromosomas contienen aproximadamente 80.000 genes, los responsables de la herencia. La información contenida en los genes ha sido decodificada y permite a la ciencia conocer mediante test genéticos, qué enfermedades podrá sufrir una persona en su vida. Es importante destacar que conociendo el genoma humano se podrán tratar enfermedades hasta ahora incurables. Un genoma es el número total de cromosomas, o sea todo el DNA (ácido desoxirribonucleico) de un organismo, incluido sus genes, los cuales llevan la información para la elaboración de todas las proteínas requeridas por el organismo, y las que determinan el aspecto, el funcionamiento, el metabolismo, la resistencia a infecciones y otras enfermedades, y también algunos de sus procederes (Varsi, 2013).

**2.2.9. La Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH):** es un cuerpo normativo de derecho internacional y el cual tiene la calidad de declarativo adoptado por

la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948 en París, que recoge los derechos humanos considerados básicos. La unión de esta declaración y los Pactos Internacionales de Derechos Humanos y sus Protocolos comprende lo que se ha denominado la Carta Internacional de Derechos Humanos. Mientras que la Declaración constituye, generalmente, un documento orientativo, los Pactos son tratados internacionales que obligan a los estados firmantes (sitio web: [https://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR\\_booklet\\_SP\\_web.pdf](https://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR_booklet_SP_web.pdf)).

**2.2.10. Derechos fundamentales:** Se considera así, al conjunto de derechos subjetivos y garantías reconocidos y/o positivizados en las Constituciones de los Estados del Mundo, como propios de las personas y que tienen como finalidad prioritaria garantizar la dignidad de la persona, la libertad, la igualdad, la participación política y social, el pluralismo o cualquier otro aspecto fundamental que afecte al desarrollo integral de la persona en una comunidad de hombres libres. Tales derechos no sólo vinculan a los poderes públicos que deben respetarlos y garantizar su ejercicio estando su quebrantamiento protegido jurisdiccionalmente, sino que también constituyen el fundamento sustantivo del orden político y jurídico de la comunidad (Avendaño, 2009).

**2.2.11. Técnicas de reproducción humana asistida:**

Estas técnicas, se plasman en los métodos que se utilizan para suplir la infertilidad en el ser humano, con el objetivo de brindarle la posibilidad de poder acceder al ímpetu y deseo de poder tener descendencia

No estamos frente a una sesión o programas de terapia, en razón de que estos métodos no curan, constituyéndose en simples paliativos coyunturales de la esterilidad.

No cabe duda que la reproducción humana asistida, pese a las críticas y cuestionamientos, desde la perspectiva ética y filosófica que ha tenido que sopesar se ha constituido en un recurso científico y alternativa de gran importancia para dar solución o

en el peor de los casos paliar de alguna manera este problema, que incluso se podría considerar como un flagelo a la humanidad, que en este caso es la esterilidad. La reproducción del ser humano es importante no solo para precautelar la conservación de la especie y el crecimiento del número de individuos a fin de aumentar la productividad de la sociedad, ampliar el mercado de consumidores o crear numerosos ejércitos para conquistar nuevos territorios, como se ha podido comprobar a lo largo de la historia universal; sino que es importantísima para arraigar las concepciones ideológicas, filosóficas y culturales propias de la idiosincrasia y cosmovisión de cada una de las sociedades del orbe. Estos aspectos han traído como consecuencia lógica, que el ser humano despliegue constante actividad de toda índole con el objetivo de buscar la superación al problema de la esterilidad, siendo que con el avance de la ciencia y optimización de las técnicas de reproducción humana asistida se avizoran buenas y optimistas expectativas a su superación (Varsi, 2001).

**2.2.12. Aspectos generadores del uso de técnicas de reproducción humana asistida:** Las situaciones generadoras y que influyen y hasta se podría decir determinan a una persona a que en primer lugar analice la posibilidad, para posteriormente recurrir al uso o empleo de alguna de las técnicas de reproducción humana asistida, se vislumbra de dos problemas y estos son:

La esterilidad y la procreación de descendencia con taras (Varsi, 2013).

## CAPÍTULO III

### METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

#### 3.1. TIPO Y DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

##### 3.1.1. Tipo de Investigación:

El enfoque de esta investigación es CUALITATIVA de carácter dogmático – jurídico constitucional, por ello es de tipo: DESCRIPTIVO SIMPLE de corte transversal; porque describe un fenómeno o una situación mediante el estudio del mismo, en una circunstancia temporal – espacial determinada, recogiendo información sobre el estado actual del fenómeno, es decir llevándonos al conocimiento actualizado del fenómeno tal como se presenta.

Al no pronosticarse ni hechos, ni datos, no corresponde la formulación de hipótesis.

##### 3.1.2. Diseño de Investigación:

El diseño de la investigación es de tipo descriptivo simple (no experimental), por cuanto recoge información relacionada con el objeto de estudio.

M                      ---->                      O

Donde:

M: Muestra con quien vamos a realizar el estudio.

O. Información relevante o de interés que recogemos de la muestra.

### 3.1.3. Método:

Se aplicará el método de análisis deductivo e inductivo, para trabajar la información teórica – doctrinaria, habiendo utilizado métodos dogmáticos. Asimismo, para el análisis e interpretación se aplicó el método sistemático, con el propósito de determinar si se vulnera o no el fundamental derecho a la vida, al no estar regulado en el código civil el embrión criopreservado por el método in vitro.

### 3.1.4. Población Y Muestra:

**Población concepto:** Según (Hernández, Fernández y Baptista, 2006). “La población es el conjunto de todos los casos que concuerdan con una serie de especificaciones (...) Las poblaciones deben situarse claramente en torno a sus características de contenido, de lugar y en el tiempo”. La población de la presente tesis se encuentra conformada por todas las personas que recurren en el Perú, a la técnica de reproducción humana del embrión criopreservado por el método in vitro.

**Población a tomar en cuenta:** 33´35000,044.00 personas, que representa la totalidad de la población actual del Perú.

**Muestra:** 3´3500.04, que representa el 10% de la población total.

### 3.1.5. Técnicas E Instrumentos De Recolección De Datos:

La técnica que se utilizó para la presente investigación fue:

La observación documental no participativa.

Y los instrumentos:

Para la Técnica de Observación documental, se utilizó la ficha de observación.

### 3.1.6 Zona de estudio:

Ubicación geográfica donde se desarrolló la investigación

País: Perú

### 3.1.7 Materiales y equipo:

- . Se recolectó información de carácter doctrinario utilizando el sistema Internet
- . Se acopio información doctrinaria de revistas, tesis, artículos y libros
- . Se reviso y analizo normativa nacional e internación de diversas fuentes
- . Se usó material de escritorio
- . Se uso una PC, una laptop y una impresora láser

## CAPÍTULO IV

### RESULTADOS Y DISCUSIÓN

En el capítulo que nos toca abordar, pasaremos a desarrollar los resultados fruto de las técnicas e instrumentos aplicados, los cuales se concatenan al objetivo general y los objetivos específicos planteados en la presente investigación:

#### 4.1. ANALISIS E INTERPRETACION DE LOS RESULTADOS:

##### ANALISIS E INTERPRETACION DE LA FICHA DE OBSERVACIÓN DOCUMENTAL:

El objetivo primordial de la investigación es determinar en base a cotejos de criterios doctrinarios, jurisprudenciales, legales e incluso de derecho internacional, si la no regulación en el código civil, de la técnica de reproducción humana del embrión criopreservado por el método in vitro, vulnera o no el fundamental derecho a la vida y sus colaterales.

Al respecto es importante destacar:

Que, la constitución política del Estado, en su primer artículo establece: *La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.* Y en su artículo segundo dice: *Toda persona tiene derecho: 1) A la vida, a su*

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

De lo que se entiende que la vida es el bien jurídico del ser humano más valioso, por tanto debe de ser preservado y protegido por absolutamente todas las leyes y cuerpos normativos del Estado.

Los textos constitucionales deben de contener principios de orden bioético, algunos juristas establecen criterios al respecto, tal es así que:

Misseroni (1993), indica que resulta absolutamente innecesario referirse a la importancia de elevar a rango constitucional ciertos principios bioéticos. La fuerza que el debate sobre estos temas está adquiriendo es, a todas luces, evidente.

Andomo (2001), indica, considero fundamental que ciertos principios orientadores de las denominadas cuestiones de 'bioética' (que, más allá de la ambigüedad de la palabra, no pertenecen sólo al ámbito ético, sino también al jurídico) adquieran rango constitucional. No hay que olvidar que en dichas cuestiones entran en juego valores básicos de la existencia humana, tales como la vida, la identidad de las personas y la libertad de toda predeterminación por parte de terceros. Los poderes inéditos que la tecnología nos confiere sobre nuestros semejantes, y sobre el futuro mismo de la especie, exigen ineludiblemente una respuesta jurídica del más alto nivel, es decir, de rango constitucional, para proteger la dignidad humana. Cabe señalar que, hasta el momento, Suiza es el único país en el mundo que ha introducido en su Constitución algunas reglas orientadoras del desarrollo biomédico. Si Perú logra realizar algo semejante, ello constituirá sin duda un gran orgullo para toda Latinoamérica".

Átela (1998), manifiesta que para forjar una Constitución moderna y duradera, digna de un Estado Democrático del siglo XXI, en primer lugar debéis pensar qué modelo de

sociedad queréis y, a partir de ahí, dotar a vuestra constitución de tres requisitos fundamentales en materia de bioética:

Otorgar rango constitucional a los principios bioéticos más importantes. Todo aquello que sea un principio básico, fundamental, conforme al cual queremos desarrollar el modelo de sociedad en el que previamente hemos pensado, debe ser reflejado en la Constitución para que sirva siempre de referente, para que sea el norte hacia el que se dirija la sociedad y sus tres poderes (ejecutivo, legislativo y judicial). De allí los principios bioéticos deberían tener rango constitucional.

Conforme es de verse la doctrina es casi unánime al analizar la bioética y establecer que estas nuevas técnicas de reproducción humana, deben de ser reguladas más específicamente en los textos constitucionales, sin embargo en nuestro caso no ocurre, es más ni siquiera es regulado por uno de nuestros principales cuerpos normativos como lo es código civil, el que en su artículo primero establece:

*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.*

No existiendo ningún otro precepto que aclare o amplíe regulación, respecto de las técnicas de reproducción humana asistida, dentro de ellas la del embrión criopreservado por el método in vitro.

Ahora bien, si tenemos en cuenta que aproximadamente el 10% del total de la población del Perú, adolece de algún tipo de infertilidad, sea masculina o femenina y que un gran porcentaje de estos, ha recurrido ya, a las técnicas de reproducción asistida (vease existen centros especializados en la materia), el derecho a la vida y sus colaterales como, la identidad, la integridad moral y psíquica, su libre desarrollo y bienestar, son

evidentemente vulnerados por su no regulación, de lo que se infiere que resulta imperativamente necesario su positivización modificación del código civil peruano.

## CONCLUSIONES

El presente trabajo de investigación arriba a las siguientes conclusiones:

Primera: Que, la no regulación en el código civil de la técnica de reproducción humana del embrión criopreservado por el método in vitro, de forma indudable vulnera el derecho a la vida, en razón de que al no considerarlo en la descripción regulativa, se infiere que no lo reconoce, consecuentemente tampoco se reconocen sus derechos inherentes.

Segunda: Que, la no regulación en el código civil de la técnica de reproducción humana del embrión criopreservado por el método in vitro, de forma colateral también vulnera el derecho a la identidad de la persona, en razón de que al no considerarlo en la descripción regulativa, se infiere que no lo reconoce, consecuentemente tampoco se reconocen sus derechos inherentes.

Tercera: Que, la no regulación en el código civil de la técnica de reproducción humana del embrión criopreservado por el método in vitro, de forma colateral también vulnera el derecho a la moral y psíquica de la persona, en razón de que al no considerarlo en la descripción regulativa, se infiere que no lo reconoce, consecuentemente tampoco se reconocen sus derechos inherentes.

Cuarta: Que, la no regulación en el código civil de la técnica de reproducción humana del embrión criopreservado por el método in vitro, de forma colateral también vulnera el derecho al libre desarrollo de la persona, en razón de que al no considerarlo en la

descripción regulativa, se infiere que no lo reconoce, consecuentemente tampoco se reconocen sus derechos inherentes.

Quinta: Que, la no regulación en el código civil de la técnica de reproducción humana del embrión criopreservado por el método in vitro, de forma colateral también vulnera el derecho al libre bienestar de la persona, en razón de que al no considerarlo en la descripción regulativa, se infiere que no lo reconoce, consecuentemente tampoco se reconocen sus derechos inherentes.

### RECOMENDACIÓN

Se recomienda que tomando en consideración los resultados y las conclusiones del presente trabajo de investigación, algún ente a quien le es inherente la iniciativa legislativa establecida en el artículo 107 de la Constitución Política del Estado, proponga la modificación del artículo primero del decreto legislativo N° 295 (código civil).

Por lo que, para tal efecto, se adjunta en calidad de anexo un anteproyecto de Ley en ese sentido.

## BIBLIOGRAFÍA

Andomo Roberto (2001) Principios bioéticos, absolutos morales y el caso de la clonación humana:

file:///C:/Users/PC/Downloads/Dialnet-PrincipiosBioeticosAbsolutosMoralesYEICasoDeLaClon-2650332.pdf

Atela Alfonso (1998). Observatorio de bioética y derecho. España: Revista del ilustre colegio de médicos de Bizkaia.

Avendaño, Y; Hererro, J (2009): "Manual de Derecho Constitucional", Perú, Ediciones Jurídicas.

Bernales Enrique (2008) "Constitución peruana, comentada", Edit. de Grijley. 4ta. Edición. Lima- Perú.

Buxareas, R.; Coroleu, B. (2009). Inseminación Artificial Conyugal (IAC). Bajo Arenas, J. M.; Coroleu, B. (edit.), Fundamentos de Reproducción, Madrid: SEGO, 211.

Castillo, Luis (2007): "Los Derechos Constitucionales": Elementos para una teoría general; Perú, Palestra Editores.

Chámame, Raúl (2009): "Diccionario Jurídico Términos y Conceptos", Perú, Ara Editores.

Chámame, Raúl (2009): "Manual de Derecho Constitucional: Derecho, Elementos e Instituciones Constitucionales; Perú, Editorial ADRUS.

Chocano P. (2008): "Derecho probatorio y derechos humanos", Lima, Perú, Editorial IDEMZA,

Declaración universal de los derechos humanos

[https://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR\\_booklet\\_SP\\_web.pdf](https://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR_booklet_SP_web.pdf)

- Eco, Humberto (2007): "Cómo se hace una Tesis", México, Edición en Castellano de GEDISA, reimpresión.
- Fernández Carlos (1990). Nuevas tendencias en el derecho de las personas, Lima: Editorial de la Universidad de Lima.
- Figuroa Gonzalo (1997). Derecho civil de la persona: del genoma al nacimiento. Chile: Editorial jurídica de Chile.
- Junquera, R. (2013) 111. La reproducción médicamente asistida: un estudio desde el derecho y desde la moral. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia. Matorras.
- Misseroni Adelio (1993). El principio de tipicidad en la Constitución de 1980. Chile: Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.
- Mosquera Adalia (1994). Nuevas técnicas de reproducción asistida y el Derecho Civil. Lima: Ciudad Universitaria.
- Nuevas técnicas de reproducción humana (2002). Madrid: Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas.
- Organización Mundial de la Salud (2009). Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA). Versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS). Ginebra: OMS.
- Pinto Mónica (1997) Los derechos humanos. Argentina; Editores del puerto – Buenos Aires.
- Quiroz, William (1998): "La Investigación Jurídica", Perú, Editorial IMSERGRAF E.I.R.L.

Robert Alexy (2008). "El Fundamento de los Derechos Humanos" 5ta. Edición. Edit. Trotta. Barcelona.

Varsi Enrique (2013) Derecho Genético: Principios Generales. Quinta Edición. Lima: Editorial Grijley.

Varsi Enrique (2014) 112 Tratado de Derecho de Personas. Lima: Editorial Gaceta Jurídica.

Varsi, Enrique (2001) Derecho Genético. Lima: Grijley.

Zelayaran Mauro (2002): "Metodología de Investigación Jurídica", Perú, Ediciones Jurídicas.

**ANEXOS**

## ANEXO N°01

## ANTEPROYECTO DE LEY

## II.- EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

En el Perú la aplicación de técnicas de reproducción "In Vitro" no se encuentra regulado en nuestro ordenamiento jurídico normativo, acarreando consecuentemente numerosas situaciones jurídicas no cauteladas, en el caso particular de la creación de embriones criopreservados, que importa vulneración directa al derecho fundamental a la vida y el respeto a ella.

Es en se entender, que es de vital importancia determinar los efectos de la técnica de reproducción "in vitro", demostrar los graves problemas que se tienen durante su práctica, además de demostrar la necesidad de una regulación actual que esté acorde con estas prácticas biogenéticas.

Se pretende con el presente anteproyecto llenar el vacío legal develado, puesto que en el Perú se necesita una política normativa para regular y uniformizar los criterios que deben tener todos los centros de fertilidad. Se puede decir que la oferta de estos servicios es 'tierra de nadie', pues en términos legislativos no hay nada sobre la materia. Debemos reconocer, empero, que hay centros con todos los niveles de calidad, pero en otros no hay ningún tipo de garantía respecto al tratamiento de los embriones criopreservados.

Desde el punto de vista humano, el 10% de la población Peruana en edad reproductiva tiene problemas de fertilidad y estos afectan casi por igual a mujeres y hombres. Solo un 20% tiene causa desconocida, ahí radica la importancia de su regulación..

La no regulación en el artículo 1ro del código civil, sobre la técnica de reproducción humana del embrión criopreservado por el método in vitro a todas luces vulnera el fundamental derecho a la vida y sus colaterales. Por lo que es imprescindible optimizar

esta norma, complementado con los aspectos que llenen este vacío legal, vía la figura de la modificación:

## II.- COSTO BENEFICIO DEL ANTEPROYECTO

El anteproyecto planteado no generará presupuesto, ni costo económico alguno al Estado Peruano para su implementación. Y de hacerse realidad en Ley optimizará el reconocimiento del derecho a la vida y sus colaterales de los seres humanos nacidos de procedimientos técnicos de reproducción humana, distintos a la concepción natural.

## III.- INCIDENCIA EN LA LEGISLACIÓN ADMINISTRATIVA VIGENTE

El anteproyecto propone modificar el artículo primero, del Decreto Legislativo N° 295.

## IV.- PLANTEAMIENTO MODIFICATORIO ESPECÍFICO

Considerando lo precedentemente expuesto y en uso de las facultades establecidas en el artículo 107 de la Constitución Política del Estado, EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA, ha dado la siguiente Ley:

Modifíquese el artículo primero, del Decreto Legislativo N° 295, en el siguiente sentido:

### **Texto actual del artículo primero, del Decreto Legislativo N° 295, modificado:**

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.

### **Texto modificado del artículo primero, del Decreto Legislativo N° 295:**

La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento.

La vida humana comienza con la concepción, la inseminación artificial y cualquier otra técnica de reproducción humana asistida. El concebido, el embrión criopreservado y cualquier producto de reproducción humana asistida, es sujeto de derecho para todo

cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo.

POR TANTO

Remítase al poder ejecutivo para los fines de Ley

Lima, 04 de mayo del 2020