



**UNIVERSIDAD CÉSAR VALLEJO**

**FACULTAD DE DERECHO Y HUMANIDADES**  
**ESCUELA ACADÉMICO PROFESIONAL DE DERECHO**

“El embrión como resultado de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida y su situación jurídica en la legislación peruana”

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

Abogado

**AUTOR:**

Br. Dominguez Quispe, Keneth Alexander

**ASESOR:**

Dr. Aldave Herrera, Rafael

**LÍNEA DE INVESTIGACIÓN:**

Derecho Civil

**TRUJILLO – PERÚ**

**2013**

# PÁGINA DEL JURADO

DIRECCIÓN DE INVESTIGACIÓN

## JORNADA DE INVESTIGACIÓN N° 2

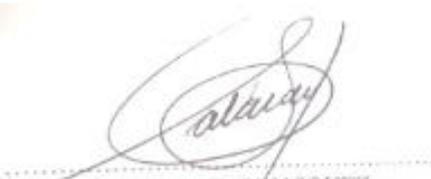
### ACTA DE SUSTENTACIÓN

El jurado encargado de evaluar el Trabajo de Investigación, PRESENTADO EN LA MODALIDAD DE TESIS (indicar si es Proyecto de Investigación o Tesis).

Presentado por don DOMINGUEZ QUISPE, KENETH ALEXANDER cuyo título es: ***EL EMBRIÓN COMO RESULTADO DE LA APLICACIÓN DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y SU SITUACIÓN JURÍDICA EN LA LEGISLACIÓN PERUANA.***

Reunido en la fecha, escuchó la sustentación y la resolución de preguntas por el estudiante, otorgándole el calificativo de 16 (número) Dieciséis (letras).

Trujillo, 05 de julio del 2013.



OSCAR SALAZAR VÁSQUEZ  
PRESIDENTE



CARLOS MANUEL SAGAL GROSS  
SECRETARIO



RAFAEL ALDAVE HERRERA  
VOCAL

NOTA: En el caso de que haya nuevas observaciones en el informe, el estudiante debe levantar las observaciones para dar el pase a Resolución.

## **Dedicatoria**

A mis padres Pedro y Bertha por su apoyo constante, sacrificios y comprensión, han motivación mis deseos de superación personal, con mucho cariño para ustedes.

Para mis queridos abuelos Emilio y Cesárea, quienes también me formaron, guardo con mucho afecto todas las experiencias, consejos y esperanzas de un mejor futuro.

Para mi hijo Liam que ha sido fuente de motivación constante y, a mi esposa Cynthia por haberme apoyado incondicionalmente a culminar esta parte de mi formación profesional.

## **Agradecimiento**

Agradecer a mi maestro asesor Dr. Rafael Aldave Herrera quien con su paciencia, dedicación y sabiduría supo guiarme en la elaboración y sustentación de la presente tesis.

Asimismo, agradezco a los docentes y especialmente personal administrativo de la Escuela de Derecho de la Universidad Cesar Vallejo, quienes me han brindado su apoyo constante, permitiendo la culminación satisfactoria de esta etapa.

## **Declaratoria de autenticidad**

## **PRESENTACIÓN**

### **SEÑORES MIEMBROS DEL JURADO:**

De acuerdo al reglamento para obtener el título profesional de Abogado de la Universidad Cesar Vallejo presento mi tesis titulada:

“EL EMBRIÓN COMO RESULTADO DE LA APLICACIÓN DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y SU SITUACIÓN JURÍDICA EN LA LEGISLACIÓN PERUANA”

Este trabajo no pretende ser irrefutable ni absoluto, como todo suceso en la vida, reside aciertos y errores; sin embargo, me presento convencido de que en mayor o menor medida contribuirá con una propuesta entorno a dar una correcta regulación de la situación jurídica del embrión en la legislación peruana.

Concedor de su cordura y tolerancia, confió en que la presente tesis sea de su aceptación y aprobación final.

Keneth Alexander Domínguez Quispe

## Índice

Página del Jurado .....	ii
Dedicatoria .....	iii
Agradecimiento .....	iv
Declaratoria de Autenticidad .....	v
Presentación .....	vi
Índice.....	vii
RESUMEN .....	viii
ABSTRACT.....	ix
I. INTRODUCCIÓN .....	12
II. MÉTODO: .....	98
2.1. Formulación del Problema:.....	98
2.2. Justificación: .....	98
2.3. Objetivos:.....	101
2.3.1. Objetivo General: .....	101
2.3.2. Objetivos Específicos: .....	101
2.4. Hipótesis: .....	101
2.4.1. Hipótesis Principal.....	101
2.5. Variables .....	101
2.5.1. Variable Independiente.....	101
2.5.2. Variable Dependiente .....	102
2.6. Tipo de Investigación: .....	102
III. RESULTADOS.....	103
IV. DISCUSIÓN .....	105
V. CONCLUSIONES:.....	107
VI. RECOMENDACIONES:.....	109
REFERENCIAS .....	110
ANEXOS.....	115

## RESUMEN

El presente trabajo de investigación titulado “EL EMBRIÓN COMO RESULTADO DE LA APLICACIÓN DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y SU SITUACIÓN JURÍDICA EN LA LEGISLACIÓN PERUANA”; se configura como un fenómeno social que requiere un profundo análisis, se ha plasmado como objetivo principal el determinar si el embrión resultado de las técnicas de reproducción asistida o artificial debe ser considerado sujeto de derecho en legislación peruana, por ende, se trata de investigar si legalmente el embrión constituye vida, pues no hay una postura absoluta al respecto. Se requiere identificar cual es la protección legal que otorga la legislación peruana cuando se afecta el derecho a la vida por la aplicación de las TRAS, reconociendo los vacíos existentes e identificando que existen normas que buscan regular sus alcances [Ley General de Salud Ley N° 26842], de este modo, lo que se intenta es propiciar la protección jurídica a los sujetos de derecho nacidos como consecuencia de las técnicas artificiales de reproducción.

Asimismo, el trabajo de investigación es de tipo cualitativo ya que se pretendió analizar cuál es el tratamiento jurídico que la legislación peruana otorga al embrión consecuencia de las Técnicas de Reproducción Asistida o Artificial, como un hecho social generado por la existencia de vacíos legales dentro de nuestro ordenamiento legal, se usó como objeto de estudio el uso del análisis doctrinal tanto nacional como extranjero para poder observar las distintas posturas que giran en torno a este tema el cual brinda información del objeto de estudio, además el tipo de estudio es descriptivo contiene un diseño de teoría fundamentada.

Finalmente, la controversia surge en determinar si legalmente el embrión consecuencia de las Técnicas de Reproducción Asistida constituye vida humana, cuando se reconoce legalmente que toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, se reconoce el derecho a una autodeterminación biológica, existe un vacío legal que no ha sido resuelto por el ordenamiento jurídico, el embrión consecuencia de las TRAS debe ser considerado vida humana y su estatus debe otorgar protección jurídica dentro de nuestro marco legal.

**Palabras claves:** Embrión, vida humana, situación jurídica, derechos, técnicas de reproducción humana asistida.

## ABSTRACT

The present research work entitled “THE EMBRYO AS A RESULT OF THE APPLICATION OF THE TECHNIQUES OF ASSISTED REPRODUCTION AND ITS LEGAL STATUS IN THE PERUVIAN LEGISLATION”; it is configured as a social phenomenon that requires in-depth analysis. The main objective has been to determine whether the embryo resulting from assisted or artificial reproduction techniques should be considered subject to law in Peruvian legislation, therefore, it is about investigating whether legally the embryo constitutes life, since there is no absolute position on it. It is required to identify which is the legal protection that Peruvian legislation grants when the right to life is affected by the application of the TRAS, recognizing the existing gaps and identifying that there are regulations that seek to regulate their scope [General Health Law Law No. 26842], in this way, what is attempted is to promote legal protection to subjects of law born as a consequence of artificial reproduction techniques.

Likewise, the research work is of a qualitative type since it was intended to analyze what is the legal treatment that Peruvian legislation grants to the embryo as a consequence of the Assisted or Artificial Reproduction Techniques, as a social fact generated by the existence of legal gaps within our legal system, the use of both national and foreign doctrinal analysis was used as an object of study to observe the different positions that revolve around this topic which provides information on the object of study, also the type of study is descriptive contains a Design of grounded Theory.

Finally, the controversy arises in determining whether legally the embryo resulting from Assisted Reproduction Techniques constitutes human life, when it is legally recognized that everyone has the right to resort to the treatment of their infertility, the right to biological self-determination is recognized, there is a legal vacuum that has not been resolved by the legal system, the embryo consequence of the TRAS must be considered human life and its status must grant legal protection within our legal framework.

**Keywords:** Embryo, human life, legal situation, rights, assisted human reproduction techniques.

## I. INTRODUCCIÓN

El uso de las Técnicas de Reproducción Asistidas o Artificial también llamadas TRAS se tradujo como una solución proporcionada por la tecnología a los problemas de infertilidad humana. El estado peruano garante de la protección del ser humano en su más íntima expresión del derecho a la vida, no ha desplegado el necesario marco normativo que regule el uso de estas técnicas y, en consecuencia, otorgue las garantías necesarias para proteger de la vida desde su más elemental concepción. El Perú no cuenta actualmente con una legislación sobre derecho genético a pesar que se cuenta con material académico, doctrinario. Sin embargo, presta legitimidad a las practicas genéticas mediante el artículo 7° de la Ley General de Salud Ley N° 26842 se reconoce el derecho de las personas a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, entonces el estado peruano va reconocimiento que el concepto de reproducción natural no se ajusta a los nuevos tiempos, el avance de la ciencia respalda que se recurran a las técnicas de reproducción asistida con la finalidad de procrear a través de la tecnología. La doctrina nacional establece en el artículo 1° del Código Civil Vigente que el inicio de la vida humana se da con la concepción. Sin embargo, muchos autores sostienen que ya existe vida en el embrión humano, es decir que existe desde el momento que el óvulo es fecundado por el espermatozoide. Por otra parte, existen posturas que afirman que el “embrión” consecuencia de las TRAS no debe ser considerado un ser vivo al no presentar signos de sensibilidad; como consecuencia de ello, se origina un problema jurídico que nuestra legislación no regula por cuanto existen vacíos, lo correcto sería que el estado proporcione un marco regulador a la situación jurídica del embrión, teniéndose en cuenta que el derecho a la vida es un derecho irrestricto que pertenece a los seres humano conforme a la Constitución Política del Perú que en su artículo 2° precisa: “El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece”

Entonces, consta del presente trabajo de investigación determinar cuál es la situación jurídica del embrión producto de las TRAS, abordando la problemática que abarca su tratamiento en la legislación nacional brindando una solución a la carencia de normas y vacíos legales previstas en el Código Civil. El embrión como resultado de la aplicación de las Técnicas de Reproducción Asistida (TRAS) y su situación jurídica en la legislación peruana merece un tiramiento especial, por cuanto desde esa etapa de formación ya hablamos de vida humana por lo que forma parte de la especie humana, siendo un ser individual que cuenta con una material genético independientemente, desde esa etapa de formación ya hablamos de vida

humana De esta manera, tener una regulación adecuada permite evitar el uso de dicha prácticas con otros fines ajenos a la naturaleza planteada.

### **1.1. Aproximación Temática:**

El estado peruano en el artículo 4° de la Constitución Política del Perú declara la protección del niño y de la institución de la familia, como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. En ese sentido el Derecho Genético presenta acelerados avances y descubrimientos tecnológicos cuyos procesos afectan a la sociedad y, generando en muchas ocasiones un frente que colisiona con la ciencia del derecho. Históricamente, las investigaciones que dieron origen a las TRAS estuvieron referidos a la esterilidad y la infertilidad humana, la idea general supone que son beneficios para cierto sector. Sin embargo, su manipulación escrupulosa, sin una regulación coherente puede colisionar con un número indeterminado de consecuencias no biológicas, es decir, una serie de efectos jurídicos sino son aplicadas y reguladas. En la legislación peruana la Ley General de Salud N° 26842 reconoce el derecho a procrear mediante técnicas de reproducción asistida indicando que se encuentra prohibida la fecundación de óvulo con fines distintos a la procreación, prohibiendo la clonación. Sin embargo, no existe un marco normativo que lo regule, los avances de la genética sobrepasan el marco normativo que regula el derecho, el embrión resultado de la aplicación de las TRAS debe ser considerado sujeto de derecho. Esa falta de sincronía ocasiona un vacío legal sobre de la condición jurídica del embrión, todo acto que repercuta de forma directa o indirecta en el bien jurídico protegido del derecho a la vida, tiene efectos a nivel constitucional, civil, penal, administrativos entre otros. No se trata únicamente de establecer normas que sancionen determinadas prácticas científicas (aborto terapéutico, eugenésico entre otros), sino de ponderar todos aquellos elementos que intervienen en el proceso de inseminación realizando una investigación básica de los donantes, el material embriológico, ser humano receptor, crio conservación de gametos, etc., entre otros aspectos que se deriven de la manipulación genética de la especie humana, confiriendo protección desde su estado más vulnerable, el embrión nacido de forma natural o artificial, poseen los mismos derechos, porque estamos frente a una misma especie que tiene vida.

En el derecho comparado la regulación jurídica de las TRAS sirve como una herramienta para visualizar los diferentes marcos normativos que tienen otras legislaciones con relación al derecho genético y la manipulación del genoma humano. En países como Francia, España

y EE.UU., lo que se busca es tutelar el derecho a la vida creando leyes adecuadas que otorguen un tratamiento especial al embrión que en nuestro país no se regulan. El embrión humano que ha sido concebido mediante técnicas asistidas de reproducción tiene igual valor respecto de aquel embrión concebido de forma natural.

El estado peruano ha regulado que la vida inicia desde la concepción (artículo 1° del Código Civil) y que el concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece (teoría de la concepción), en efecto, desde que existe vida humana debe considerarse como sujeto de derecho y, por tanto, se le debe respetar como tal. Sin embargo, existe la necesidad social y jurídica de solucionar todas aquellas situaciones que el derecho no ha previsto. Los tiempos actuales demandan un orden jurídico específico, procedimientos que sean factibles de emplearse como alternativa de la esterilidad o infertilidad humana sin afectar la dignidad del ser humano estas técnicas pueden usarse con fines experimentales, terapéuticos, eugenésicos entre otros. No se puede negar los aspectos positivos de estas técnicas y su repercusión en la humanidad, no obstante, debe tenerse en cuenta que este tipo de investigación manipula el material genético del ser humano, estimulando consecuencias jurídicas – sociales, que al no estar reguladas generan incertidumbre social, legal, ético entre otros.

Por lo tanto, existe una real necesidad de regular los resultados de la aplicación de las técnicas de Reproducción Asistida (TRAS) y, en consecuencia, delimitar desde que momento se considera vida humana, el embrión humano nacido de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida debe ser considerado vida humana desde ese estado.

### **1.1.1. Trabajos Previos**

#### **Internacionales**

Según Pineda Rubiano y Arévalo Vargas (2013), en su tesis titulada “UNA NUEVA PERSPECTIVA PARA LAS REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA EN COLOMBIA”, para optar el Título de Especialistas en Derecho de Familia, en la Pontificia Universidad Javeriana Facultad de Ciencias Jurídicas Bogotá, la misma que tuvo como objetivo principal describir las diferentes métodos de reproducción asistida considerando todos aquellos elementos que intervienen en el procedimiento, aprobación informado, requisitos y responsabilidad médica. Asimismo, examina el marco normativo que regula la aplicación de las técnicas de reproducción asistida en el gobierno colombiano y otros países

de América Latina. Mediante el avance científico miles de colombianos que presentan problemas de esterilidad pueden recurrir a las técnicas de inseminación artificial, sean homologas o heteróloga, maternidad subrogada, óvulos congelados existiendo la necesidad de las familias procrear por mecanismos distintos al método natural. La necesidad de regular la manipulación genética mediante procedimientos científicos se vuelve necesaria, debido a que resulta insuficiente el marco normativo actual que regule el uso de las técnicas de reproducción asistida, resulta indispensable establecer una reglamentación inmediata por parte del Congreso de la República que precise todos los procedimientos que resulten necesarios para su uso, normando el modo de solucionar los problemas que se puedan suscitar por la práctica de este tipo de métodos.

La Constitución de Colombia de 1991 instauro la figura legal de aquellos nacidos a través de procedimientos científicos, concediéndoles los mismos derechos y prerrogativas que aquellos nacidos naturalmente. Sin embargo, el legislador no ha regulado expresamente los procedimientos de reproducción anti naturales, omitiendo de este modo pronunciarse respecto a la posibilidad de acudir a este tipo de procedimientos eventualmente, evita de este modo emitir pronunciamiento jurídico, de contenido crítico, motivado, basado en la realidad social con respecto a las prácticas de reproducción asistida. El legislador ha previsto en el artículo 42° de la Constitución de Colombia el conocimiento de estas operaciones y ha brindado una tipificación de orden penal sobre algunos delitos como la inseminación realizada artificialmente sin el consentimiento del sujeto, manipulación genética o transferencia de ovulo, siendo una regulación restringida donde se aborda superficialmente el tema sin expedir un reglamento decisivo sobre la Reproducción Humana asistida. Asimismo, refiere que el uso de estas técnicas se debe contar con el consentimiento informado de los pacientes en el sentido que el médico debe indicar de forma clara las opciones terapéuticas existentes, debiendo firmar por escrito un consentimiento antes que se practique cualquier tipo de procedimiento médico. Debe existir un apoyo psico-emocional y finalmente un criterio de privacidad y confidencialidad. La tarea del legislador debe estar encaminada a solucionar aquellos defectos legales que la norma presenta en materia de derecho genético específicamente sobre el uso de las técnicas de reproducción humana asistida, es importante que las normas del estado evolución en conjuntos con los avances de la ciencia médica que se deriven en la afectación de derechos legalmente tutelados.

Según Loza Vargas (2010), en su tesis titulada “REGULACIÓN JURÍDICA DE LA MANIPULACIÓN GENÉTICA DEL EMBRIÓN HUMANO”, para optar por título de Licenciatura en Derecho, en la Universidad Mayor de San Andrés, la misma que tuvo como objetivo principal estudiar como la manipulación genética de embriones crea nuevas situaciones jurídicas que requieren ser legisladas teniendo en cuenta que se debe tutelar el bien jurídicamente protegido que le asiste al ser humano sobre la vida y la salud. El autor pretende demostrar la importancia de constituir una base normativa que regularice la situación jurídica de todos aquellos actos que impliquen la manipulación genética del embrión. En Bolivia no cuenta con una legislación propia como en otros países, este vacío legal generaría un abuso de la aplicación de la biogenética. Resulta necesario que se promueva el desarrollo del Derecho en Bolivia sobre este tema, como un medio para regularizar el uso de los avances científicos, de modo tal que se garantice la paz social, protegiendo valores de orden individual y colectivo, estableciendo mecanismos que beneficien nuevos conocimientos y técnicas de ingeniería genética en beneficio de la población. La hipótesis ha sido contrastada, se ha demostrado que la regulación jurídica de la manipulación genética del embrión humano, ayudará a preservar la dignidad del ser humano preservando el derecho de los habitantes del estado de boliviano a la salud.

Según Gonzales Aguilar y Chumbile Achamizo (2018), en su tesis titulada “EL DERECHO A LA VIDA DEL EMBRIÓN Y LA REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA EXTRACORPÓREA EN EL PERÚ”, para optar por el título de Abogado en la Universidad Autónoma del Perú, la misma que tuvo como objetivo principal es determinar si se afecta el derecho a la vida del embrión cuando se realiza la reproducción artificial extracorpórea. Existe una estrecha vinculación entre el derecho a la vida que le correspondería al embrión y la reproducción asistida extracorpórea en el Perú, actualmente se practica de forma ilegal sin ningún tipo de legislación que regule la manipulación genética del ser humano mediante técnicas de reproducción asistida. Constitucionalmente se vulnera un derecho fundamental que se encuentra protegido por el Texto Constitucional de 1993, por lo tanto, establecer una regulación legal que fije las medidas necesarias para la práctica del proceso de fecundación In-Vitro, con el objeto de alcanzar la reproducción asistida de los seres vivos con una adecuada regulación por parte de la legislación peruana y no afectar un derecho fundamental protegido primero por la Carta Magna y los Tratados Internacionales. Se quiere establecer si la vida humana empieza con la fecundación que realiza el espermatozoide masculino al

ovulo femenino, para el Tribunal Constitucional la anidación constituye un periodo importante en el proceso vital, sin embargo, no podría afirmarse que dicho proceso marca su apertura, la demostración científica ha explicado que mediante la fecundación se da inicio a la vida humana, esta noción garantiza la presencia y el reconocimiento de los derechos del concebido, a quien se considera persona cuando culmina el proceso de fecundación que se produce entre el espermatozoide y el ovulo. Al concebido se le considera persona humana, gozando de la protección jurídica por parte del estado. Se examina la figura del vientre de alquiler, donación de óvulos, selección de embriones, entre otros siendo inherente a la condición humana; sin embargo, no resulta ser un derecho absoluto, por cuanto el mismo presenta límites. Concluyendo el trabajo con soluciones jurídicas a las problemáticas que surgen a raíz de la manipulación excesiva de la ciencia médica. Actualmente las técnicas asistidas se aplican de manera irregular, llegando propiciar la realización de prácticas con fines de manipulación genética, eugenésicos, nacimiento de bebés a la carta, que implica un menoscabo a los concebidos sobre los cuales se practican estos procedimientos, se puede causar imprevistos en futuras generaciones.

## **Nacional**

Según Pisfil Reátegui (2019), en su tesis titulada “PROPUESTA DE PRINCIPIOS Y NORMAS PARA REGULAR VACÍOS LEGALES EN LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDAS: LEGISLACIÓN PERUANA”, para obtener el Grado Académico de Maestro en Derecho con Mención en Derecho Civil y Comercial, en la Universidad Nacional de Trujillo, la misma que tuvo como objetivo principal explicar que el embrión in vitro resultado de la materia de las TERHAS, lo cual constituye patrimonio de la humanidad, requiriendo protección jurídica por cuanto la inseminación artificial sirven para combatir la infertilidad, por lo cuanto, deben dictarse leyes especiales, por cuando su aplicación tiene estrecha vinculación con los avances científicos y particularmente con la tecnología, en tanto ramas de estudio específicas tales como la medicina, ingeniería genética, biología, entre otros. Existen diversas legislaciones que otorgan un tramitado especial dentro de su marco normativo como Suecia, Italia, España, Inglaterra entre otros. Los principios de una Ley Especial para las TERHAS en el Perú comprenden la defensa del embrión producto del uso de la fecundación In-Vitro heteróloga, crio-conservación de embriones, madre sustituta, células sexuales, úteros artificiales entre otras. No se puede pretender otorgar una apropiada salida jurídica, con una normatividad que ha sido creada

para otras realidades sociales, teniendo en cuenta que existe jurisprudencia vinculante sobre la fecundación In-Vitro en el caso Artavia Murillo contra Costa Rica emitida por la Corte Interamericana Derechos Humanos en el año 2012, donde se estableció que el feto no constituye un sujeto de Derecho, su protección jurídica no es desde la fecundación, sino desde su establecimiento, permitiendo nuevas perspectivas jurídicas sobre el tema, que resguarden el derecho de la pareja infértil, a poseer su propia descendencia, mediante la dación de una Ley Especial, dentro del respeto del derecho de la persona, que es función esencial de la Ética y especialmente el derecho.

Según Llauce Ontaneda (2013), en su tesis titulada “LA FECUNDACIÓN IN VITRO Y EL ESTATUTO DEL EMBRIÓN HUMANO EN EL SISTEMA JURÍDICO PERUANO”, para optar por el título de Abogada, en la Universidad de Piura. La misma tuvo como objetivo principal de investigación al embrión humano resultado de la aplicación de la técnica de fecundación In-Vitro, que se desarrollan de forma extra corpórea, tratando de establecer aquellas presunciones que expliquen desde cuando se da inicio a la vida, así como las repercusiones de orden jurídico, ético, biológico generadas del embrión. Se analiza el tratamiento jurídico que recibe el embrión humano en otras legislaciones, teniendo a Costa Rica y España como países que referencian un tratamiento jurídico en la aplicación de técnicas de reproducción artificial, proponiendo alternativas de solución según el contexto de la realidad nacional, siguiendo una línea de investigación que trate sobre el bio-derecho. El Perú es un país en crecimiento, que debe impulsarse de forma integral, respetando el derecho a la vida desde el primer momento de su existencia, debiendo establecerse una serie de lineamientos y disposiciones normativas, debiendo aplicarse con severidad, pero impartiendo justicia, en futuras situaciones que se haga necesaria su regulación.

Según Carracedo Uribe (2015), en su tesis titulada “LA FERTILIZACIÓN IN-VITRO Y EL DEBATE SOBRE EL ESTATUTO DEL NO NACIDO”, para obtener el título de Abogado, en la Pontificia Universidad Católica del Perú, la misma que tuvo como objetivo principal establecer los mecanismos que permitan preservar los derechos de los seres humanos, protegiéndolos del acelerado adelanto científico, comprendida en ella a la ciencia que se encarga de la parte reproductiva del ser humano. Los problemas reproductivos no son ajenos a los avances científicos, las técnicas de reproducción humana asistida representan una alternativa eficiente, enfermedades patológicas pueden ser establecidas y tratadas desde en una fase embrionaria, o brindar tratamiento a los óvulos, espermatozoides, entre otros permite

que los cónyuges que tienen problemas de infertilidad puedan biológicamente procrear, o en casos de crío conservación, donde los óvulos o embriones pueden ser conservados, para volver a ser utilizados. Se estima que existen en el mundo un promedio de cinco millones de seres humano que ha nacido empleando las técnicas de reproducción humana artificial, en el caso de Latinoamérica, se registra que fueron concebidas 114,279 por medio de este tipo de técnicas asistidas, siendo los países con mayor incidencia Argentina, México y Brasil, ocupando el Perú el sexto lugar con 4,927 personas. Sin embargo, el asunto que se plantea es un tema ampliamente debatido, si bien la reproducción artificial es admitida por un gran número de la sociedad civil, concurren innumerables inquietudes sobre su uso. Resulta necesario una regulación que establezca un marco de protección al embrión fruto de las técnicas de reproducción. El embrión de laboratorio es la expresión potencial de la vida en sus primeros inicios, desde una perspectiva leal su tratamiento no es el mismo que el estado reconoce al concebido, debiendo considerar a todos los sujetos que participan en el proceso de fertilización In-Vitro. De ese modo el no nacido y su contraparte poseen preceptos legales diferentes conformes se ha previsto en el artículo 2.1., de la Constitución Política del Perú de 1993, no obstante, la práctica de la FIV en el Perú no se encuentra regulada no hace más que demostrar que existe un tratamiento diferenciado en la protección que se otorga a la persona humana con respecto al ser no nacido, otorgándoles estatutos legales distintos. En el Perú se ha logrado que muchas personas pueden alcanzar un fin de procreación, aun cuando no existe texto normativo que lo regule por lo que se hace una situación compleja y debatible. Resulta necesario que estado establezca con marco regulador estableciendo los límites a las técnicas asistidas, debiendo el derecho proteger los derechos humanos frente al incesante avance científico.

## **Local**

Según Cisneros Andrade (2017), en su tesis titulada “LA TÉCNICA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA IN VITRO HOMOLOGA Y LA VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA VIDA DEL EMBRIÓN EN EL PERÚ”, para obtener el título de Abogado, en la Universidad Privada Cesar Vallejo, la misma que tuvo como objetivo principal establecer si la falta de regulación de la Técnica de Reproducción Asistida In Vitro Homologa vulnera el derecho a la vida del embrión en el Perú, y que concluyo en lo siguiente: se vulnera el derecho a la vida de los embriones al no existir una regulación legal que regule la aplicación de las técnicas de reproducción mediante fecundación In-Vitro, el método de crío-

conservación perturba su desarrollo, entendiendo que la vida humana inicia con la coalición del espermatozoide del hombre y el ovulo de la mujer. Constitucionalmente la vida y el respeto a la dignidad humana constituyen el principio regulador de todo estado democrático, en el Perú no existe un marco regulador a las consecuencias jurídicas en el uso de las Técnicas de Reproducción Asistida. Resulta necesaria la implementación de una ley que reglamente la aplicación y el uso de los embriones. Gradualmente las distintas legislaciones se encuentran dictando normas que regulen la protección jurídica del embrión, Costa Rica ha introducido en su artículo 72 del código de familia la fecundación in vitro, por su parte en España se ha establecido la investigación biomédica variando la ley de las técnicas de reproducción artificial.

Según Balcázar Goicochea & Jesús Ventura (2014), en su tesis titulada “HACIA UN NUEVO TIPO DE FILIACIÓN POR REPRODUCCIÓN MEDICAMENTE ASISTIDA EN LA LEGISLACIÓN PERUANA”, para obtener el Título de Abogado en la Universidad Nacional de Trujillo, la misma que tuvo como objetivo principal, determinar la necesidad de regular un tipo de filiación por producción medicamente asistida en la legislación peruana. Científicamente las técnicas reproducción son procesos alternativos, que buscan otorgar una solución a problemas de infertilidad humana, que pueden presentarse por diversas patologías de orden genético, fisiológico o desconocidos tanto en hombre como en mujeres. El derecho es variable y dinámico, sin embargo, existe un retraso respecto del vertiginoso avance de la ciencia. En la legislación, el uso de las técnicas de reproducción se presenta de forma recurrente a pesar que no ha merecido un tratamiento especial por parte del ordenador judicial, por lo que su aplicación ha quedado supeditada a consideraciones éticas, que en muchas ocasiones trasgreden principios jurídicos de instituciones como el derecho de familia, sucesiones entre otros. Nuestra legislación carece de un orden legal a diferencia de países europeos en lo que respecta a técnicas de reproducción asistida, siendo regulado únicamente mediante la Ley General de Salud N° 26842.

Según Muñoz Pérez (2017), en su tesis titulada “LA TUTELA DEL DERECHO A LA VIDA DE LOS ÓVULOS FECUNDADOS CRIOCONSERVADOS EN LA APLICACIÓN DE LA TÉCNICA DE FECUNDACIÓN IN VITRO EN EL SISTEMA JURÍDICO PERUANO”, para obtener el título de Abogado, en la Universidad Privada Cesar Vallejo, la misma que tuvo como objetivo principal determinar si el derecho a la vida es vulnerado por la crio-conservación de óvulos fecundados y no utilizados en la aplicación de la técnica de

fecundación in vitro en el Sistema Jurídico Peruano. En el proceso de estudio médico se ha determinado que la vida humana empieza con el proceso de fecundación, lo que significa la unión del gameto masculino y el gameto femenino, desde ese momento el nuevo ser humano ya cuenta con individualidad genética lo que lo hace distinto de los demás, realizando un análisis del caso Artavia vs. Murillo de Costa Rica, determinando la transgresión del derecho a la vida de los óvulos fecundados crio conservados. El Perú no cuenta con un marco normativo que regule la técnica de fecundación in vitro, esto genera que no se establezcan los mecanismos reguladores para la actividad científica, genera que las clínicas apliquen Leyes Generales de Reproducción existiendo la necesidad de establecer una legislación específica sobre el tema. Los óvulos fecundados deben ser considerados sujeto de derecho mereciendo protección jurídica en todos los aspectos.

## **1.2. Marco Teórico**

### **1.2.1. Breve Historia de las Técnicas de Reproducción Asistida**

Una de las primeras apariciones consecuencia de la aplicación de las técnicas de fecundación artificial ocurrió en el año 1978 en el Reino Unido donde se consiguió el primer nacimiento por fertilización in vitro del cual nació Louise Brown. Desde esa fecha se dio en España el nacimiento de Victoria Anna en 1984. El primer aporte científico en el mundo que informaba sobre la gestación resultado de la aplicación de técnicas de reproducción artificial resulto de la colaboración entre el fisiólogo Robert Edwards quien fue declarado en el año 2010 como premio Nobel de Medicina en reconocimiento de su contribución al progreso de medicina genética en la reproducción y el cirujano Patrick Steptoe. En 1985 se crea la denominada Sociedad Europea de Reproducción Humana y Embriología conocido por sus siglas en inglés como ESHRE conocido como una organización científica y líder de las técnicas de reproducción. Para el 2008 Robert Edwards se convirtió en pionero no solo en reproducción asistida, hizo posible que hoy se pueda hablar de células madre embrionarias humanas (ESC).

Entre las décadas de los años 80 y 90 inspirados en los procesos de investigación de Robert Edwards, se impulsaron de forma constante los programas de FEV, el procedimiento consistía en unir en un laboratorio el espermatozoide masculino y el ovocito femenino, e introducirlo posteriormente en el útero materno, sin embargo, el procedimiento en aquel entonces se encontraba en un nivel primario. Sin embargo, debido a lo novísimo de este

procedimiento solo era aplicado en determinados establecimientos médicos y con protocolos limitados en algunos países Europa, Estados Unidos, entre otros.

Entre los años 1990 y 2000 se perfeccionaron las condiciones y protocolos de estimulación, principios para la congelación de ovocito, tejidos, embriones entre otros. Así mismo, se dieron los primeros alcances para la donación de embriones y ovocito. A la postre, se crea micro-inyección espermática de espermatozoides (ICSI) haciendo viable la fecundación del óvulo con un único espermatozoide, lo cual significo un hito en la medicina genética al proporcionar una medida de solución al inconveniente de infertilidad de ser humano

Para el año 2000 al 2010 se han mejorado las técnicas de cultivo in vitro de embriones, en la actualidad se cuentan con métodos innovadores de cultivo embrionario mediante incubadoras que permiten dar un seguimiento prolongado al embrión por medio de imágenes. Asimismo, también existen distintos procesos de estudios genéticos, que brindan un análisis completo del genoma humano.

Las prácticas de reproducción asistidas significan alrededor de 5 millones de nacimientos gracias a la fertilización In-Vitro, siendo que la ciencia biológica sigue avanzando, habiéndose producido incluso el primer caso de trasplante de útero, habiendo conseguido mediante estas técnicas concebir un nacimiento.

### **1.2.1. Nociones Generales**

#### **1.2.1.1. Vida humana: Inicio**

La discusión sobre cuándo comienza la vida humana es una de las interrogantes que en la era moderna genera puntos de vista distintos no solo a nivel científico, principalmente en el campo del derecho, diversos avances científicos en vez de aclarar la problemática social que implica determinar cuándo empieza la vida, aún sigan generando discusión. Este hecho, discutible por lo menos, puede generar una simple interrogante que resultaría básica pero que a la fecha no ha obtenido una respuesta, establecer desde cuándo empieza la vida de los seres humanos resulta imperioso. (Morales, 2005).

Según Cruz y Mendoza (2009) la determinación del inicio a la vida se trata de un proceso complejo, el individuo empieza su ciclo biológico cuando el espermatozoide penetra en el ovocito de la mujer, conformando el genoma como el medio que canalizara el desarrollo y

crecimiento de un nuevo ser viviente, lo cual no indica por si la condición de ser humano (feto).

Lo razonable es afirmar la existencia de vida humana, persiste la discusión en torno a establecer en qué momento se llega a considerar vida humana, no obstante, no cabe discusión de la vida humana como tal, antiguamente, existían teorías que trataban de explicar el inicio del ser humano, proposiciones que se han planteado lo largo de la historia y que están estrechamente vinculadas a las tendencias ideológicas de las personas que las adoptan. Durante mucho tiempo, se han tratado de explicar dos teorías como posibles respuestas para responder sobre el origen de la vida humana.

- **Teoría de la generación espontánea:** Es una teoría no probada científicamente, de naturaleza biológica; los científicos que apoyaban esta hipótesis afirmaban que existían ciertas formas de vida que nacían de manera automática, de forma espontánea a partir de la materia no viviente. De esta teoría nace la idea que la vida se genera de forma automática de la materia inorgánica considerándola espontánea por este motivo. El científico francés Louis Pasteur (1861) con un sencillo experimento, logró por fin demostrar que no existía la generación espontánea, para ello, realizó un experimento adecuando un recipiente con un cuello de botella en forma de “S” introduciendo en ella agua y pan; al hacer hervir el agua, el resultado fue que el líquido permaneció inerte, sin vida, llegando a la conclusión que toda forma de vida proviene de otra forma de vida que le antecede. este hecho dio a lugar a lo que actualmente se conoce como “principio de biogénesis”.
- **La existencia instituida por una entidad divina:** En tiempos antiguos, se creía en teorías que sustentaban que la vida es creada por un ser superior, divino e inmaterial, esta teoría aceptada por muchos años principalmente en la cultura occidental, admitía los postulados del Libro Génesis contenido en la Biblia, donde se instruye que dios creó todas las cosas y, concibiendo todo lo material en solo en seis días. De este modo durante muchos siglos, la teoría de la creación resultó ser la única idea para explicar el comienzo de la humanidad y los seres vivos en general sobre la tierra. La vida humana en la cultura occidental - cristiana se basa principalmente en un punto de vista moral y religioso, donde la verdad de la fe escapa de todo tipo de inteligencia y/o comprensión, por cuanto se encuentra en el ámbito de las creencias personales, y no como una fuente de saber científico, no obstante, se acepta la autoridad que se impone.

Actualmente, el campo del derecho se interesa en establecer criterios claros, uniformes y que se ajusten a nuestra realidad, que permitan construir una teoría consistente sobre la cual establecer fidedignamente donde nace la vida humana y, que de esta forma el derecho pueda regularlos jurídicamente. El derecho como una ciencia social cumple una función de regular los conflictos generados en las interrelaciones de los seres humanos como sujetos de derecho (regulación normativa) cuando se generen situaciones que provoquen conflictos. Sin embargo, no existe un criterio jurídico definido sobre el inicio de la vida, muchas teorías afirman que por medio de la concepción o fertilización empieza la vida humana, otros afirman que no hay un criterio biomédico definido acerca de este fenómeno, mientras que otros afirman que la vida humana es un don, que no existe una razón del porqué de la existencia del hombre y su existencia en este mundo, la vida simplemente se transmite.

Según Rubio (1999) no existe una definición precisa que permita conocer desde que momento se produce la concepción del ser humano, con derechos reconocidos y amparables por la legislación peruana, por este motivo, la legislación nacional ha buscado prever una serie de principios pretendiendo dotar de seguridad jurídica a los sujetos de derecho en sus interrelaciones que puedan generar efectos jurídicos y blindar de algún modo a la institución jurídica de la familia como tal, de esta forma han establecido supuestos de paternidad comprendidos en los artículos 361°, 363° y 402° del Código Civil, esta disposición de carácter normativo nos permite colegir medianamente que para el ordenamiento jurídico nacional la concepción del ser humano se puede originar dentro de los 121 días iniciales de los 300 antes del nacimiento.

No cabe duda, que el cuestionamiento sobre el inicio de la vida no resulta ser un tema reciente, por cuanto, siempre ha sido un tema que ha generado interés no solo en el campo del derecho, también lo ha generado en las distintas disciplinas no jurídicas tales como la filosofía, sociología, la religión, biogénesis, etc. De este modo, la interrogante que surge en sobre cuándo empieza la vida de los seres humanos no es reciente, se ha vuelto una preocupación que persiste sobre la base de creencias y leyendas. En la teología encontramos a muchos autores que sostenían que mediante los primeros movimientos fetales dentro del útero (intrauterinos) la vida comenzaba, por otra parte, los teólogos sustentaban que la vida humana como tal comenzaba después de los cuarenta días de iniciada la menstruación femenina. De esta forma, sobre la base de las posturas teológicas podemos deducir que para

el cristianismo el ovulo fecundado ya goza de todos los derechos que son inherentes por la naturaleza de ser humano por cuanto existe una animación inmediata.

Con la práctica de las técnicas de reproducción asistidas (TRAS) y manipulación genética, han generado una creciente postura cada vez más intensas sobre las cuestiones relativas al inicio de la vida humana, llevados en gran medida por las posiciones dogmáticas de la teología y el cristianismo, logrando intensificar esta forma de pensamiento. De este modo, entender de donde parte la vida y como se genera, es indispensable establecer una serie de parámetros de carácter biológico sobre este importante proceso de vida.

### **1.2.1.2. Teorías del inicio de la vida humana**

#### **a) La Fecundación**

Para muchos autores la vida comienza con la fecundación. Según esta teoría con la fecundación se da comienzo al curso de la vida de los seres humanos, sujetos a una serie de derechos, científicamente constituye la unión de dos gametos (por una parte masculino y por el otro femenino) que es resultado de una unión natural entre ellos en el acto de la reproducción, por ello, la fusión de estas dos células se llama fecundación, no obstante puede parecer un proceso sencillo, entraña en sí misma un curso complejo donde deben concurrir varios elementos, mecanismos y cambios para que pueda producirse la fecundación.

Por otra parte, ocasionalmente suele confundirse el momento de la fecundación con el instante de la concepción, cuando ambos tienen tiempos distintos y son identificables entre ellos; Partimos del concepto general que la concepción deriva como una consecuencia natural del acto de la fecundación, por cuanto este proceso se produce con tal rapidez, que este mismo hecho genera la concepción del ser humano de forma inmediata.

El inicio de la vida humana puede darse de dos maneras: natural o asistida, corpórea o extracorpórea. Cuando nos referimos a la forma natural en que se inicia la vida, resulta necesario que en la vagina de la mujer existan un promedio de 300 millones de espermatozoides, científicamente se ha demostrado que los espermatozoides del hombre se generan inagotablemente, al eyacular puede contener un promedio de 200 y 500 millones. En el acto sexual (coito) los espermatozoides penetran en la vagina de la mujer, luego de ello traspasan el órgano de reproductor femenino, alcanzando las tubas uterinas también llamadas trompas de Falopio donde pueden llegar a sobrevivir de 48 a 72 horas, ello quiere

decir que el proceso de fecundación del “cigoto” se puede ocurrir con posterioridad al encuentro sexual de la pareja entre tres o cuatro días posteriores. De estos millones de espermatozoides, unos pocos conseguirán llegar al ovulo, donde finalmente solo uno de ellos lograr penetrarlo y fecundarlo.

Por otra parte, cuando referimos que la vida se produce de forma asistida (también llamada fecundación artificial) se hace mención a un conjunto de técnicas y tratamientos médicos que buscan alterar el fenómeno natural de la reproducción, reemplazando el proceso de fecundación del ovulo femenino. Este tratamiento (R.A) busca brindar apoyo para aquellas parejas que tenga problemas de fertilidad (masculina, femenina, o incluso ambas) también ayudando a mujeres que buscan llevar una maternidad propia, sin tener una pareja o, incluso a parejas del mismo género. Ello, quiere decir que el avance de la ciencia médica está propiciando en buena forma nuevos tipos o modelos de familia.

## **b) La Concepción**

La concepción, llamada por muchos autores fertilización, constituye un acto natural donde el gameto femenino (ovulo) sigue un proceso biológico siendo fecundado por el gameto masculino (espermatozoide) que siguen asimismo un proceso complejo, sufriendo cambios, que tiene por fin generar nueva vida. Por otra parte, para el derecho el acto natural de la concepción constituye un hecho que posee relevancia jurídica al ser generada por un sujeto de derecho; el concebido es también llamado *nasciturus* el mismo que goza de plenos derechos y de la protección que la ley pueda otorgar.

El Pacto de San José en su apartado 1° define que la “concepción” es el resultado del trascurso de fecundación, es decir, una consecuencia de un sin número de procesos de carácter biológico que se generan del proceso de la fecundación del espermatozoide masculino y el ovulo femenino.

En la jurisprudencia internacional encontramos opiniones diversas, por una parte, tenemos aquellos que sustentan que el inicio de la vida humana se da con el acto de la concepción, en tanto, otros sistemas consideran que aquello que debe protegerse es al ser humano como un todo entendiendo con ello, que el concebido ya se encuentra comprendido en él.

### c) **La Anidación**

Esta teoría postula que el inicio del ser humano se genera con la implantación del “cigoto” (entiéndase el óvulo fecundado) en la pared interna del útero de la mujer, constituye un ensamble que contiene una carga genética aportada tanto por el padre como por la madre, generando una certeza en el embarazo y las posibilidades de vida del embrión.

Hablar del proceso de la anidación no se define como un momento fugaz, conlleva una serie de tiempos que empieza de forma aproximada al séptimo día (7) de la fecundación, es ahí donde el cigoto transformado hasta ese momento en blastocisto (técnicamente se consideran células que se fragmentan velozmente) se incrusta en el endometrio y con la hormona (HCG) producida por el blastocisto por medio de la sangre, en ese momento se empieza a desarrollar en el vientre materno una nueva vida. El tiempo del proceso de anidación dura de forma aproximada entre siete días cuando se inicia el proceso y, catorce días desde el proceso de la fecundación. Para esta teoría se puede hablar de concepción, cuando el embrión humano ya se encuentra gestando en el vientre materno, es ese momento específico donde existe seguridad sobre la gestación de la madre.

Diversos juristas entre los cuales se nombran a Bramont Arias, Hurtado Pozo, Peña Cabrera, el maestro Villavicencio Terreros entre otros, señalan que por la anidación se inicia la vida por cuanto el concebido empieza a formar parte del núcleo materno, pero, no como un ser individual, sino que dependiente de ella. Por otra parte, existen autores que respaldan el hecho que con la anidación empieza la existencia de un nuevo ser, por cuanto nace un nuevo código genético distinto del padre y la madre; este hecho natural puede generar que en el transcurso final de la anidación pueda producirse una nueva fusión, lo cual daría como resultado que no se hablaría de un solo ser (1), podrían ser dos o tres (2 o 3), por lo que, no existe la seguridad de una expectativa de vida.

Asimismo, existen juristas que plantean un escenario distinto, refutando las teorías de aquellos que respaldan el presupuesto de la anidación. Los hacedores de esta posición, sostienen que al decimocuarto día (14) el pre embrión se puede arruinar y transmutar en una mola hidatiforme, es decir, puede dar como resultado un feto anormal, que puede contener una estructura pre maligna de cedulas indiferenciadas. Estos autores concluyen que resulta errado afirmar que existe un ser viviente en dicho momento por lo cual resulta impropio hablar de la existencia de vida humana como tal. Asimismo, afirman que el estatus o la

condición humana se obtiene a medida que el embrión se desarrolla ya que la misma al principio solo se trata de una *masa amorfa*, es decir no tiene una forma o estructura definida, no es sino hasta en su última etapa donde adquiere una forma humana. En consecuencia, estos autores consideran que no se podría hablar de persona humana sino hasta el final de su desarrollo.

#### **d) La Actividad Cerebral**

Esta teoría ha surgido en los últimos años postulando un novísimo criterio que explique el inicio de la vida humana. Sostiene básicamente que, si el fin de la persona se da con la pérdida de las funciones cerebrales, lo lógico es afirmar que la vida iniciaría de la misma manera con el inicio de la actividad cerebral, cuando se forma el sistema nervioso central humano. Cuando el cerebro se forma, se empieza a trasladar la información del individuo al sistema nervioso ello de por sí implica un acto particular que lo diferencia de otros procesos del ser humano. De este modo, la actividad cerebral recién se presenta a las ocho (8) semanas de producida el acto de la fecundación, desde este punto podría estimarse que se da inicio a la vida como tal.

Los partidarios o defensores de esta postura sostienen que el ser vivo en ese estado (desarrollo fetal) presenta inteligencia individual, esta situación ya le hace adquirir la condición de ser humano vivo. Diversos autores afirman que técnicamente no se puede alcanzar la condición de ser humano hasta alcanzar el desarrollo completo de su sistema nervioso, sin embargo, bajo esta presunción lo que se sugiere finalmente es que el ser humano entre los dos y siete años de edad aproximadamente es cuando completa su desarrollo cerebral antes de ello, no puede ser considerado como vida humana; entonces, tenemos que tampoco sería vida humana aquella persona que se encuentre en estado de coma o estado vegetativo (estado en el que se muestra disfunción cerebral), entonces los propulsores de esta teoría consideran al ser humano como aquel ser que puede realizar acciones de carácter intelectual sin ningún tipo de limitación.

Para explicar cuándo comienza la actividad cerebral desde una perspectiva bio-médica, precisa que pueden establecerse hasta dos criterios que expresan cuando podemos referirnos que ha empezado la vida humana: (a) cuando sostiene que la vida humana inicia surge la cresta neural, estructura que se da de forma temporal cuando se cierra el tubo neural, resultando la aparición del sistema nervioso central como eje principal de la estructura

emocional del ser vivo; (b) el segundo criterio refiere que cuando el sistema nervioso central aparece, recién en ese estado se puede hacer referencia a que existe vida humana como tal (3ra semana de embarazo) o, en su defecto cuando empieza la unión del tubo neural donde se origina el sistema nervioso central (día 36), que es cuando se advierte el dolor. Los autores que siguen esta postura se basan en un criterio razonado, donde partir de la premisa que el fin de la vida se da con el estado irreversible de las funciones cerebrales, la vida iniciaría del mismo modo con el inicio de la actividad cerebral.

Por otra parte existen autores que son contrarios a esta postura, cuestionan la teoría de la actividad cerebral, precisando que no es exacto definir que la vida del ser humano empieza con la actividad cerebral (formación de la masa cerebral), por cuanto, si se considera que a partir del proceso de fecundación se transporta completamente toda la herencia genética al nuevo ser, esa información estará con dicho ser hasta la muerte, es por tanto en dicho momento donde se inicia la vida, salvo que en dicho estadio se sufran alteraciones que perturben su desarrollo. Del estudio de la legislación nacional se logra verificar que se recoge la postura que sostiene que la muerte de la persona se da con el cese de las funciones cerebrales. Su regulación jurídica dada con la Ley General de Salud (1997) se aceptó como válido que el “fin de la persona” se da cuando se paralizan los movimientos cerebrales. Lo que permite coincidir con la postura aceptada de forma universal que la muerte del ser vivo se da con el cese las funciones cerebrales.

#### **e) La Nacimiento**

La teoría del nacimiento, sostiene que, en el tiempo de la concepción el feto no es autónomo y/o independiente de la madre por cuanto su vida depende ella. Entonces para esta teoría es indispensable que la existencia de la persona sea cuando menos viable. Esta teoría resulta preponderante en la disciplina científica y en muchas legislaciones (Italia, Alemania). En el caso del Derecho Español, se dice que el feto adquiere personalidad cuando se produce el nacimiento, cuando se libera completamente del claustro materno. En este sentido, el nacimiento se da a lugar en el instante que el nuevo ser logra independizarse completamente de la madre.

Diversos autores referían que con el nacimiento daba inicio a la vida humana por cuanto, mientras aún tiene la condición de concebido se confunde con la madre a lo que se denominaba *pars viscerum matris* (parte misma de la madre), es decir, como una fragmento

biológico que a su vez forma parte del organismo de la madre, según estos autores se considera persona recién cuando se produce el nacimiento del nuevo ser, este concepto se presentaba en la antigüedad en culturas como la griega o en la religión judía.

Si bien el ser humano en sus primeros momentos depende biológicamente de la madre esa necesidad solo responde a una situación circunstancial, no se puede negar que el ser humano como tal desde su concepción tiene una línea genética que es autónoma respecto de su progenitora, son las circunstancias generadas por la propia situación de vulnerabilidad del no nacido las que buscan propiciar un estado de protección, sin embargo, son individualmente seres distintos. No obstante, el problema que implica la determinación del origen de la vida humana no encuentra un término con la teoría del nacimiento, pues surgen ciertas posiciones respecto ¿en qué momento se produce el nacimiento del ser humano?

Sobre el particular existe discusión científica respecto a qué momento se produce el nacimiento, existen diferentes teorías acerca de la determinación del momento del nacimiento; algunos autores sostienen que con el inicio de las contracciones maternas se produce el nacimiento, otro conjunto sostiene que el nacimiento se produce cuando la criatura sale por entre las entrañas de la madre, otro grupo alega que se produce cuando se corta el cordón umbilical o inclusive cuando el nacido da los primeros gemidos. Mientras que para otros el momento donde se produce el nacimiento, es cuando el ser vivo ya no se encuentra único a su madre, es decir, cuando se corta el cordón umbilical que los une fisiológicamente. El tiempo para determinar el momento preciso del nacimiento constituye un problema de tiene relevancia jurídica en los campos civil y penal.

Finalmente, en la legislación peruana por el nacimiento el sujeto de derecho, en este caso nombrado concebido, deja esta condición pasando a ser denominado jurídicamente como persona. Esto quiere decir, que como consecuencia del nacimiento se determina una nueva categoría jurídica fundamental del ser humano.

#### **f) El Surco Neural**

Para esta teoría el momento determinante para la existencia del ser humano se da cuando empieza a formarse el sistema nervioso central, momento que vendría a darse entre el decimoquinto día y el cuadragésimo día posterior al acto de la fecundación. El surco neural,

por definición vendría a ser una ranura mediana que se ubica entre los pliegues neurales del embrión que se encuentra en desarrollo.

Se podría decir que la teoría del surco neural, coincide en cierto modo con la teoría de la anidación, no obstante, presentan distinto fundamento, y es que para la teoría del surco neural no se reconoce la condición de ser humano al embrión durante las primeras semanas de vida, al no haberse iniciado la formación del sistema nervioso central

La vida humana encuentra su fin cuando se produce la ausencia o falta de actividad cerebral (Muerte cerebral), con consecuencia, esta teoría dirige sus fundamentos sobre la base que cuando no exista ningún ejercicio cerebral, no se puede considerar persona a un determinado ente, ni mucho menos se tiene certeza de que llegara a serlo. Por ello, las posturas críticas en referencia a esta teoría señalan que no es válido establecer la jurídica de persona humana teniendo como base la muerte cerebral, pues en ella el cerebro ha dejado de funcionar para siempre. En esta etapa inicial mientras se desarrolla el ser vivo, ya puede considerarse que el embrión pasa a formar parte de los seres humanos, no obstante, carezcan aun de una cresta neural, ese ente cuenta con un código genético que lo hace único a partir de la reunión de los cromosomas masculinos y cromosomas femenino (23 pares), propiciando su crecimiento, desarrollo y distinción del resto de seres vivos hasta su nacimiento.

### **1.3. Persona Humana**

Etimológicamente el concepto persona no se encuentra unificada.

Los antiguos “romanos” consideraban que el termino persona hacía referencia a las máscaras que utilizaban los actores/personajes en las representaciones teatrales, otros sostenían que aludía a los personajes que se interpretaban o inclusive como una “cualidad” de las personas en su vida común. (Fernández, 2001). De esta manera el término “persona” para los romanos, representa lo mismo en estos tiempos, presenta todo ser apto para gozar de derechos y sobre el cual pueden recaer obligaciones. Per-sonare (sonar = per sonare = persona).

El hombre se desenvuelve biológicamente bajo las mismas leyes que rigen la vida de los demás seres vivos. Sin embargo, presentan una serie de factores que la hace distinta a los otros seres (animales o plantas) y eso es la racionalidad, es decir la capacidad de discernir, que por excelencia lo hace diferente al resto de seres vivientes.

Por otra parte, en el campo jurídico la denominación persona presenta una larga vinculación con la consideración y protección legal que los estados pueden brindar. El ser humano (persona) tiene la capacidad de crear, generar sus propios juicios de valor, realizar sus propios razonamientos, es decir, existe diversas ramas jurídicas que se vinculan con ella para brindar protección a la persona humana, muchas ramas del derecho antiguas como el Civil, Penal, internacional, constitucional, procesal, entre otras disciplinas novísimas que dentro de sus regulaciones también sirven nutrir a estas ramas tradicionales, entre ellas el derecho a la salud, derechos humanos, bio-derecho, ambiental entre muchos otros.

Por ello, la conciencia individual del ser humano tiene su base en la sociedad, lo cual hace necesaria que exista una regulación jurídica para todas las relaciones establecidas o que se establezcan entre los seres humanos, pues no hay hombre sin sociedad y de la misma manera no puede existir sociedad sin la participación de los seres humanos.

### **1.3.1. Persona: Sujeto de Derecho**

Para el ordenamiento jurídico, el ser vivo denominado persona, se torna en sujeto de derecho cuando el sistema jurídico de un estado le atribuye derechos y obligaciones. Jurídicamente, el sujeto de derecho comprende desde el ser humano se inicia de forma individual (natural) o de forma colectiva (jurídica) cuando surge en el momento de su concepción y culmina con la muerte, por lo que bien podría entenderse que la denominación sujeto de derecho es un equivalente al de ser humano.

Para Osorio (2007) la persona es aquel: “Ser o entidad capaz de derechos y obligaciones aunque no tenga existencia individual física [...] son personas todos los entes susceptibles de adquirir derechos y contraer obligaciones [...]” (p. 747). Este carácter jurídico que se otorga el sujeto de derecho resulta de vital trascendencia para su regulación en la legislación contemporánea, por cuanto permite conceptualizar a los seres humanos como sujetos de derecho, es decir, en un foco donde se van a concentrar derechos y deberes, permitiendo que las instituciones jurídicas generen sobre ellas imputaciones de forma personal en un ejercicio pleno de sus derechos y obligaciones. En ese sentido, hablamos en un sentido amplio de la expresión, como aquel instante donde se produce la concepción hasta el momento mismo de su deceso, que es concordante con la definición anterior no siendo necesaria una existencia física individual, para atribuirle derechos y obligaciones.

El profesor Torres (2006) define a la persona como aquella: “unidad que puede ser objeto de imputación de deberes y derechos” (p. 379). Ello significa que los seres lo son desde el momento de su concepción hasta su muerte, como sujetos de derechos que pueden ser calificados de forma individual (natural o física) o también calificado colectivamente (persona jurídica); si bien la persona humana, es considerada como un sujeto pasible de derecho y obligaciones, debemos recordar que legalmente son sujetos de derecho las personas naturales y del mismo modo las personas jurídicas, como por ejemplo en las organizaciones humanas.

En el marco nacional el código civil peruano, implanta como condición para atribuir derechos y obligaciones en que el ser humano nazca vivo, es en dicho momento que la persona podrá considerársele a modo de una entidad pasible de atribuirle no solo derechos, también obligaciones, situación que se acredita con la partida de nacimiento correspondiente emitida por el Registro de Estado Civil.

El libro primero del Código Civil Peruano de 1984 sobre derecho de las personas reconoce hasta cuatro clases de sujeto de derecho entre ellos el concebido, las Personas Naturales, las Personas Jurídicas inscritas; y las Personas Jurídicas no inscritas.

### **1.3.2. El concebido**

#### **1.3.2.1. Definición**

El concebido también llamado *por nacer* o *nasciturus* (etimológicamente persona antes de nacer, que se encuentra en el vientre materno). Si bien tiene una expectativa de vida respecto de la madre, nos referimos a una forma de vida independiente, llegando a ser considerado un ser humano que cuenta con una genética individual en relación a su madre, que goza del reconocimiento del ordenamiento jurídico nacional, al cual se le puede irrogar efectos jurídicos sobre sus derechos, deberes y obligaciones en tanto le favorezcan. El concebido en un sujeto de derecho favorecido.

El concebido se considera vida humana, a pesar que nos referimos a un ser que no nace; sin embargo, si tiene existencia para el ordenamiento legal y para el derecho, se entiende entonces al concebido como un ser que cuenta con propia entidad. (Guevara, 2004). Así, cuando se define al concebido se entiende como aquel ente que goza de una serie de

prerrogativas de carácter legal, que lo hace un ser privilegiado comenzando desde el momento de la concepción y terminando con el nacimiento de nuevo ser.

Según Calvo (2004) existe un gran sector de la doctrina que discuten sobre los denominados “efectos favorables” del concebido prevista en el artículo 29 del Código Civil, sujeta a una doble «conditio iuris», entendida la primera de ella en que el concebido nazca con figura humana y tenga vida dentro de 24 horas fuera del claustro materno, rosiéndose la “teoría de la ficción” donde la personalidad se da con el nacimiento, pero se reconoce una ficción de derechos al concebido.

El Código Civil Peruano en el segundo párrafo de su artículo 1° sobre derecho de las personas define que “La vida humana comienza con la concepción”, eso significa que para el ordenamiento legal la vida humana nace en el momento de la concepción, es a partir de ese instante que el nuevo ser se vuelve sujeto de derecho y obligaciones, respecto del cual nacen derechos inherentes a la persona humana, como el derecho a la vida, alimento (asistido por la madre), herencia, entre otros.

#### **1.3.2.2. Teorías sobre la Naturaleza jurídica del concebido:**

Con la evolución de la doctrina, el derecho ha evolucionado de la mano, por lo tanto, la naturaleza jurídica que se le atribuye al concebido ha ido variando con el tiempo, dependiendo también de las teorías que se han ido presentando:

##### **a) La teoría del portio mulieris**

Para esta teoría el concebido que se encuentra ubicado en el vientre de su madre no es todavía un sujeto de derecho, pues todavía constituye una porción de la madre. Los antecedentes de esta teoría se encuentran en el antiguo derecho romano, parte de la idea general que el concebido forma una parte o porción ubicada dentro del vientre de la madre.

Con los adelantos de la ciencia, la teoría del *portio mulieris* ha pasado a ser una postulación antigua o desfasada, no obstante, existen autores que aun sostienen esta posición. Se puede apreciar que existen legislaciones donde el aborto no constituye un acto ilícito (delito). Sin embargo, en un sistema jurídico como el peruano donde se sanciona el aborto con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de cincuenta y dos a ciento cuatro jornadas (art. 114 y siguientes del Código Penal) esta teoría

no resulta aplicable, considerando que el estado otorga legalmente protección jurídica al no nacido o también llamado *nasciturus* concediéndole la misma condición jurídica con respecto al sujeto de derecho, rechazando toda forma de aborto.

Por otra parte, autores como Ulpiano expresaban el siguiente enunciado: “*partus antequam edatur mulieris portio est vel viscerum*”, tecnicismo que explica que antes de nacer, el feto en su etapa de desarrollo es parte de la mujer, según esta teoría aún no existe una condición humana del concebido como tal, careciendo de personalidad o capacidad el concebido.

### **b) La teoría de ficción**

La teoría de la ficción viene a ser el desarrollo de la teoría del *portio mulieris*. Lo postulado por esta teoría es que el feto que fisiológicamente no se ha desligado del vientre materno, constituye un ser humano que tiene posibilidades de nacer, es decir se espera que el feto llegue a ser una persona, Esta teoría ha sido acogida por un gran número de incluyendo nuestra normatividad legislaciones (artículo 1° del código civil peruano); para que se produzca la adquisición de derechos patrimoniales, es condición que se nazca vivo por lo tanto hablamos de una teoría que se basa sobre una esperanza de vida.

La más significativa y considerado el texto jurídico más influyente “*Corpus Iuris Civiles*” (que traducido significa Cuerpo de Derecho civil) define al *nasciturus* como “el feto que se habita en el vientre de la madre, mientras existe la expectativa que llegue a ser hombre”.

La teoría de la ficción se presenta como un segmento, como una parte de la vida humana. Esta teoría ha propiciado su desarrollo, su influencia en los conceptos romanos, lo cual significo que se protegieran derechos del no nacido de carácter patrimonial, como son los legados, las donaciones, la herencia, que pudiera haber recibido el concebido en su etapa prenatal.

En otras palabras, esta teoría considera a concebido como ya nacido, este hecho lo hace un ser susceptible de derechos de carácter patrimonial, siempre y cuando se cuente con la condición resolutive de nacer vivo.

### **c) La teoría de la personalidad**

Por la personalidad se postula que la vida humana empieza desde la concepción y, desde esta etapa el ser humano adquiere la calidad de persona.

Esta teoría postula la posibilidad de atribuir personalidad jurídica al concebido, al considerar que se trata de una persona por nacer (a pesar de ser dependiente de la madre, tiene existencia propia) si bien se está sujeto a circunstancias que el nasciturus nazca con vida, jurídicamente al concebido se le considera una persona, y por lo tanto tiene plenos derechos.

Aquellos que señalan que esta teoría como incorrecta, sostienen que no puede considerarse al concebido como ser humano, por lo que también carece de personalidad jurídica, que es característica que el orden jurídico otorga a expresos substratos, por lo cual el concebido no puede ser tratado como si poseyese en substrato diferenciado para catalogarlo como portador de determina personalidad.

Por otra parte, los autores que defienden esta teoría sostienen que al referirnos al concebido ya se está haciendo referencia a una persona que tiene derechos, que tiene la particularidad que se trata de una persona que se encuentra por nacer (no obstante se encuentra en el vientre de la madre, se trata de un ser que tiene vida), pero no se trata de una persona futura (denominación que no existe), quiere decir que los derechos que le asisten al concebido ya existen y son reales, no se habla de derechos que podrían existir, aunque se trata de derechos sujetos a una condición resolutoria, se tratan de derechos existentes. Tal es el caso de la legislación argentina, sistema jurídico que acoge en su código civil que el concebido es persona, por tanto, sujeto pasible derechos y obligaciones (Artículo 70° del código civil argentino)

#### **d) La teoría de la subjetividad.**

La teoría de la subjetividad tiene como su antecedente a la teoría de la personalidad, se sustenta en el hecho que el no nacido o nasciturus en ese estado resulta ser entendido como persona humana o también llamado sujeto de derecho, siendo susceptible de derechos y deberes inherentes al ser humano.

Sobre la teoría de la subjetividad se ha explicado que el nasciturus es considerado por sí mismo un sujeto de derecho que tiene una individuad genética, que empieza desde el momento mismo que se produce la concepción y concluye con el nacimiento (Fernández Sessarego, 1990). Si bien no se puede considerar persona natural, resultaría errado afirmar que el concebido ha dejado de ser considerado vida humana, no obstante, no se ha producido

el hecho determinante de su nacimiento, por lo cual goza de derechos privilegiados. Como sujeto de derecho el concebido goza de las siguientes características:

- Se considera al concebido como vida humana.
- El concebido como sujeto de derecho goza de protección patrimonial (sin ninguna condición por ser derechos “erga Omnes”) y extra patrimonial (con Condición resolutoria).
- Esta teoría no considera si el concebido nace vivo o muerto, lo importante para esta teoría es que sea sujeto de derecho, los cuales ya goza desde su vida prenatal, siempre que este con vida.
- Para esta teoría no es determinante que el concebido pueda nacer vivo o no, lo trascendental para esta teoría reside en que nos referimos a un sujeto de derecho, prerrogativas que goza desde su vida prenatal, siempre que este con vida.

La posición jurídica que sostiene la subjetividad ha sido acogida por el Código Civil del Perú de 1984, el cual considera que el concebido es considerado persona humana por lo tanto es sujeto de derecho para todo cuando le sea favorable (artículo 1° del Código Civil). Sin embargo, la legislación peruana también condiciona la naturaleza de su ser a que nazca vivo, ello quiere decir, que se condicionan únicamente los derechos de naturaleza patrimonial, dejando a salvo los extra patrimoniales, que inclusive gozan de protección constitucional, como el derecho a estar vivo, la identidad, la intimidad, entre otros.

El Código Civil Peruano de 1984 ha otorgado al nasciturus la condición jurídica de persona humana, por lo tanto, un sujeto de derecho, con la capacidad civil de ser susceptible de derechos y deberes, Para el profesor Fernández Sessarego, es aquel ser humano desde que se produce la concepción hasta que el momento de su nacimiento (*nasciturus*) no es una persona natural por cuanto aún no se produce su nacimiento, sin embargo, no deja por ello de ser considerado vida humana.

### **1.3.2.3. Derechos del concebido**

El día de los derechos del concebido fue establecido el 08 de diciembre de cada año dictándose una serie de principios como expresión del desarrollo del niño en el vientre materno, materializando los conceptos de cuidado, alimentación y protección que debe brindarse a todo ser humano. En el Perú mediante Ley N° 27654 se dispone que cada 05 de

marzo de cada año se proceda a celebrar el "día del niño por nacer" en clara concordancia con la labor de protección y resguardo que otorga el estado peruano previstos en el artículo 1° de la Constitución Política del Perú de 1993, así como el artículo 1° del Código Civil de 1984 donde se precisa que la vida se inicia con la concepción.

Estos principios fueron materializados en 10 enunciados siendo los siguientes:

1. El concebido goza de los derechos expresados independiente si se trata de hombre o mujer o se encuentre discapacitado.
2. Tiene el derecho natural a formar parte de la especie humana, siendo imponible este derecho, detentando todos aquellos derechos que sean reconocidos por el estado u organismos internacionales.
3. El concebido es un ser individual por cuanto goza de autonomía genética respecto de sus ascendentes, tiene un propio código genético.
4. Merece un respeto irrestricto de gozar el derecho a la vida desde el claustro materno o fuera de él, por lo tanto, se debe procurar su protección desde el momento de su concepción hasta su fallecimiento.
5. La vida del concebido es un derecho que debe ser respetado, debe ser la guía sobre la cual se deben regular todos los demás derechos del individuo, siendo responsables sus progenitores y sus familiares, la sociedad y el estado en su conjunto.
6. Los progenitores, la sociedad y cada Estado tienen la responsabilidad de resguardar los derechos del concebido, como un ser que, debido a su vulnerabilidad natural, le impide reclamarlos por sí mismo.
7. Se rechaza todo acto de discriminación contra el nacido o sus progenitores por razones de etnia, raza, sexo, etc.
8. El concebido debe gozar de las mismas oportunidades que por ley se le reconoce, para que pueda lograr un desarrollo integral tanto a nivel físico, mental entre otros, para tal fin deberá dotársele de cuidados especiales.
9. El desarrollo del concebido debe darse en un ambiente de afecto y seguridad a fin de que lleve un progreso pleno de su personalidad. La madre debe tener los cuidados necesarios.
10. Toda organización política tiene el compromiso de preservar el bienestar de su comunidad, por lo tanto, el concebido tiene el derecho a tener una nacionalidad.

## **1.4. Ingeniería Genética**

### **1.4.1. Concepto:**

La Ingeniería Genética, está referida aquellas técnicas que producen cambios orgánicos tanto en animales como en plantas, microorganismos y cualquier otro material biológico. Dicho de otro modo, se podría definir como la manipulación que la biotecnología hace sobre un organismo (genoma), ya sea suprimiéndolo, modificándolo o inclusive sustituyendo una fracción por otro.

Para Varsi (1997) la ingeniería genética es una ciencia que se encarga de trabajar con el material genético del ser humano (ADN), buscando los mejores mecanismos para la transferencia de información, según el autor esta ciencia se define con mejor propiedad con un término de manipulación de la información genética.

La imposibilidad para procrear de manera natural, ya sea por parte del hombre como de la mujer, surge como una alternativa ante esta incapacidad de la procreación, la aplicación de los conocimientos tecnológicos y científicos de la genética, a fin de poder lograr la reproducción asistida. En ese sentido representa un conjunto de técnicas que produce la transmisión de la información genética contenida en el ADN de un cuerpo a otro, dando como resultado la aparición de nuevas especies, su manipulación permite también modificar fallas genéticas, como tal, persigue transformar el material genético heredado a través de mecanismos orientados por el hombre.

La ingeniería genética ha intervenido de manera eficaz en la maternidad asistida, pero también, con respecto a la manipulación del ADN con fines terapéuticos, con las debidas prohibiciones penales, para las investigaciones de manipulación eugenésica, encargada de producir cambios en los rasgos del ser humano. Las técnicas empleadas en la ingeniería genética son diversas, todos ellos encaminados a la solución de las complicaciones de la tecnología.

Es así que la Biotecnología debe garantizar la trasmisión hereditaria natural, no sufriendo cambios en las características generales del ser humano.

### 1.4.2. Derecho Genético

El derecho genético como ciencia es novísimo, no obstante, el aporte de la genética en el ser humano tiene ya muchos años, aparece de necesidad de establecer criterios éticos de este principio. Inicialmente esta ciencia solo se gestionaba como un derecho excepcional que regula exclusivamente para las personas, buscando establecer los lazos de su origen (paternidad) y la relación de la identidad genética del ser.

Esta ciencia ha influenciado en el derecho actual, conforme a los avances de la biotecnología se amplía el espacio de estudio, llevándolo más allá de la natural relación generada entre seres humanos, ahora también extiende sus alcances a las Técnicas de Reproducción Artificial (TRAS), buscando establecer los principios fundamentales que expliquen el comienzo de la vida del ser humano.

Según Varsi (1995) el derecho genético constituye una ciencia que forma parte del derecho que busca regular mediante normas, todas aquellas acciones que tengan influencia en la estructura genética del ser viviente. Ello quiere decir que existe la necesidad legal de regular técnicamente esta rama del derecho, sobre la base de las nuevas técnicas de carácter genético y con ponderación de la protección irrestricta de los derechos de ser humano, se requiere entonces el surgimiento de normas propias.

En opinión de Mosquera (1995) en una ponencia sustentada en la “IV Convención nacional académica de derecho en la Universidad Nacional de Trujillo” hizo referencia que esta regulación se obtendrá mediante un estudio exacto, denominándolo como preparando abogados que enfrenten en el próximo milenio los retos que plantean las ciencias biológicas en el campo del derecho. Esta situación ha propiciado que el concepto de ser humano se vea fortalecida mediante nuevas técnicas que ofrece la ciencia genética, diseñando diferentes criterios sobre el inicio del ser humano.

El derecho genético tiene una conexión directa con los seres humanos, por cuanto es una búsqueda de medios destinados a otorgar a los seres vivos mejores escenarios de vida, nutriéndose de diversas disciplinas como plataforma de sus principios y postulados. (Delgado de Soldi, 2014). Así, estableciendo los criterios para el uso de las técnicas asistidas, se puede colegir que esta ciencia nace de la relación *ius gentium* o *jus gentium* que básicamente significa el derecho de gentes.

Diversos autores proveen diferentes conceptos sobre la denominación derecho genético, coincidiendo mayoritariamente hasta en dos definiciones:

- **Definición general (amplia).** - Esta definición del derecho genético, postula que es una rama que busca normar la ciencia genética, regulando todas las actividades que carácter científicas/técnicas que estén referidas al a la estructura genética del ser humano.
- **Definición especial (dirigida).** - también se define como una rama del derecho, para esta postura el derecho genético busca regular las técnicas bioéticas de procreación, del genoma humano y transcriptómica de los seres vivientes, es decir regular el estudio del conjunto de ARN que existe en cada tejido u órgano viviente.

De esta forma, el derecho como ciencia debe tomar especial interés a los avances de la biotecnología, estableciendo normas que se regulen en el tiempo conforme al desarrollo de la genética humana, estableciendo límites. En tal sentido, el derecho genético nace de la necesidad de dar protección al ser humano, cubrirlo legalmente, dotándole de mecanismos legales necesarios que permitan regular las relaciones de los seres vivientes con relación al acelerado crecimiento de la investigación científica evitando la vulneración y/o manipulación del material genético de los seres vivos.

#### **1.4.3. Características:**

El derecho genético tiene por fin regular las relaciones de los seres vivientes en relación a los adelantos de la ciencia que estudia la genética y, que investiga el gen humano, por ello, esta ciencia exhibe unas particularidades que lo distinguen de otras disciplinas que el derecho regula, considerando las siguientes:

- Tiene por característica que es una ciencia eminentemente técnica, es decir, estudia los adelantos científicos sobre el ser humano a nivel bio-tecnificado.
- Busca establecer la adecuada relación jurídica (bio-tecnificado) del ser humano, que se den como consecuencia de los adelantos bio-científicos.
- Regula las consecuencias jurídicas generadas de la relación que se da entre el ser humano con respecto a la biología.
- Establece normas legales en todas las instancias del derecho (sustantiva, adjetiva, administrativa, etc.) a fin de regular el proceso de interacción entre los seres vivientes y de la ciencia genética.

- Presenta un fuerte influjo de la tecnología (conjunto de técnicas) principalmente basado en ideas religiosas, éticas, etc.
- Finalmente, como se ha hecho precisión el derecho genético evoluciona de forma constante en medida que se da el adelanto científico.

#### 1.4.4. Elementos:

Cuando definimos que el derecho genético nace de la necesidad de regular la relación de los seres vivos con relación a los avances de la ciencia genética, lo que se trata de explicar es que en la ciencia se encuentran contenidos una serie de elementos esenciales que buscan brindar protección al ser humano, derivadas de la relación natural entre el ser humano, el derecho y la genética que sirvan para dar protección al ser vivo, los elementos que forman parte esencial del derecho genético son:

- a) **Los sujetos:** El sujeto como elemento del derecho genético está formado por un componente individual, dividiéndose en sujeto activo o pasivo:
- ❖ **El sujeto activo como elemento del derecho genético.** - Cuando nos referimos a este elemento, básicamente hablamos de la persona que ejecuta intervenciones de carácter genético en otro ser humano al contar con conocimientos de carácter técnico y/o profesional, también conocido como biomédico.
  - ❖ **El sujeto pasivo como elemento del derecho genético.** - Este elemento proporciona una nueva teoría que se denomina sujeto pasivo, sostiene básicamente que en el derecho genético la acción puede recaer sobre cualquier ser humano, sin que exista algún tipo de distinción, por lo tanto, el sujeto pasivo puede tratarse del concebido o de la persona natural.

Así, puede ocurrir que el sujeto activo y pasivo concurren en un mismo ser humano como por ejemplo Daniel Alcides Carrión Perú, 1885 quien optó por un método de auto experiencia, inoculándose la enfermedad y siguiendo su evolución, un método de investigación válido en esa época. (Varsi, 2013).

- b) **El objeto:** Por su parte, el objeto como elemento del derecho genético tiene por finalidad buscar un plano normativo que brinde protección legal sin afectar o repercutir en el hombre. Regula los procesos que se dan en la relación del ser humano y la ciencia genética.

Por ejemplo, en los casos de donantes de esperma en favor de la mujer que no puede tener hijos, por esterilidad de su cónyuge.

Finalmente, lo que busca el derecho genético es establecer los mecanismos de solución que le permitan resolver todas aquellas situaciones técnicas que son aplicadas al ser humano, buscando constantemente una regulación de carácter humanista.

#### **1.4.5. Relación del Derecho con Genética**

La conexión que da origen a la relación entre el Derecho y la Genética, se encuentra íntimamente vinculada a los efectos que trae consigo su investigación.

El derecho como ordenador social, regulador de situaciones jurídicas de las personas; Y, la Genética como una ciencia que estudia los caracteres hereditarios de las personas y su transmisión, da como resultado, que la genética tome importancia en la actualidad, presentándose como una posibilidad confiable que brinde mejores condiciones de habitualidad de los seres vivos.

Por otra parte, las técnicas de reproducción artificial o asistida como son la inseminación artificial, la fecundación In-Vitro, ovodonación entre otros constituyen formas alternativas a la reproducción natural en las personas, producen cambios las cuales hacen necesarias que sean objeto de control, en este caso un control de carácter jurídico.

#### **1.4.6. Ámbitos de Protección del derecho genético**

**1.4.6.1. Protección de la integridad somática:** Busca proteger completamente la fisiología y composición del genoma humano resolviendo problemas de salud, corrigiendo defectos o eliminando taras o enfermedades congénitas.

La manipulación genética perfectiva, cuya función está destinada arreglar rasgos genéticos imperfectos según los ideales de la persona, tales como la talla, color de piel, etc. son investigaciones que se encuentran prohibidas en aquellos estados que aplican la Ingeniería Genética más avanzada o de última generación.

Nadie tiene la prerrogativa ni tiene el derecho de cambiar una estructura corporal con fines perfeccionistas, todo esto es contrario al derecho del ser natural de la persona humana.

**1.4.6.2. Consentimiento libre e información del interesado:** Para que se realice la investigación sobre una persona se requiere del libre consentimiento y una debida información al interesado. Esta información es de carácter confidencial, solo posible de ser conocidas por los interesados, salvo que se dé por mandato legal o judicial.

Sin embargo, no será necesario el consentimiento e información, cuando se trate de salud pública o por mandato judicial (Prueba de ADN: Delitos Sexuales, Reconocimiento de paternidad, entre otros)

**1.4.6.3. Procreación Asistida:** El derecho genético como regulador social, busca detener toda forma de investigación y experimentación que sea contraria a la formación natural del desarrollo humano, evitando que se produzcan mutaciones genéticas que alteren el curso normal del desarrollo de la célula embrionaria.

También se incursiona estableciendo la condición legal del donante, de la madre sustituta, de los efectos de la inseminación heteróloga, del niño fruto de la fecundación in vitro, entre otros.

#### **1.4.7. La Genética y su relación con otras ramas del Derecho:**

La genética y el derecho se encuentran íntimamente vinculados, la genética como ciencia se encuentra relacionada con las distintas disciplinas jurídicas que el derecho regula al emparentar de forma directa al ser humano con cada rama, por lo tanto, tiene una relación jurídica que no se puede soslayar al estar compuesta por varias disciplinas científicas. Estas relaciones se dan en los distintos ámbitos del derecho, pero encontramos especial regulación con las siguientes disciplinas:

##### **1.4.7.1. Relación con el derecho constitucional. -**

La relación del derecho constitucional con el derecho genético radica en que la norma constitucional (carta magna) como forma de pacto político y social que tiene por finalidad ser un documento integrador, organizacional, constituye las normas que rigen a la sociedad de un país.

En ese sentido el derecho constitucional organiza el ejercicio de los poderes del Estado en ejecutivo, legislativo y judicial dictando normas comunes, aplicables al común de los

ciudadanos, teniendo un fin garantista brindando tutela efectiva al ser humano en sus interrelaciones, por ello, cuando se hace referencia a los alcances del derecho constitucional, lo primero que debemos entender es que esta disciplina se encuentra presente en todas las demás ramas del derecho, por lo tanto, de forma innata la ciencia genética, debe regular el avance de esta disciplina y su adecuada relación con el ser humano.

Por lo tanto, es común que en el ámbito constitucional se blinde al concebido, no correcto es que las legislaciones de cada país regulen todos los elementos de la actividad de esta importante rama del derecho por cuanto su trascendental influencia del ser humano.

#### **1.4.7.2. Relación con el derecho civil**

La relación existente entre el Derecho Civil en su relación con el Derecho Genético, da como resultado la generación de una nueva disciplina que en la ciencia jurídica se le denomina “derecho genético civil”.

La relación entre ambas disciplinas está referida al tratamiento jurídico que se le brinda al ser humano, lo encontramos regulado en del Código Civil Peruano de 1984 respecto del libro del derecho de las personas (inicio de la vida, concebido, persona), en el derecho de familia (parentesco, sucesión, filiación) entre otras disciplinas, las mismas que se han visto relacionados de forma directa o indirectamente con el campo del derecho genético.

#### **1.4.7.3. Relación con el derecho penal**

El derecho penal desde un concepto amplio, constituye el compendio de reglas de carácter jurídico, que regulan la autoridad sancionadora del estado sobre determinados hechos previstos expresamente en la ley. De esta forma tiene en sí mismo un fin regulador de la actividad genética, vigilando y reprimiendo todos aquellos actos que resulten contrarios a la dignidad del ser humano como persona.

Esta necesidad de regular todos aquellos actos que afecten al ser humano, ha propiciado que se establezca una nueva categoría de delitos como es el caso de la ley N° 27636, norma legal que incorpora al Código Penal Vigente, Capítulo V los delitos de “Manipulación Genética” (artículo 324° del código penal) el cual prohíbe cualquier procedimiento biocientífico con el fin de reproducir dos o más seres humanos, reprimiéndolo con pena privativa de la libertad

que no podrá ser menor de seis años ni mayor de ocho e inhabilitación de conformidad con el artículo 36°, incisos 4 y 8 del código penal peruano. (Momethiano, 2015).

Por lo tanto, la persona que atenta contra otro ser humano puede ser condenado (con pena privativa de la libertad e inhabilitación conforme al artículo 324° del código penal peruano. A esta disciplina en la doctrina nacional se le denomina como “derecho genético penal”.

#### **1.4.7.4. Relación con el derecho administrativo**

El derecho genético se vincula estrechamente con los principios administrativos, por cuanto la aplicación de estas técnicas o servicio bio-médicos deben regular todos aquellos procedimientos (mecanismos) que se encuentran dirigidos a trabajar con el material genético humano, debiendo ser regulados por la legislación nacional.

Regulan las actuaciones de la administración que tengan por fin reglar todas aquellas situaciones donde se hagan uso de las técnicas de reproducción artificial o asistida; la creación de delegaciones de investigación con registros especiales que contenga información sobre personas, centros de atención o personal autorizado; asimismo historias clínicas y sus protocolos de atención a los usuarios que deseen acceder a las técnicas que tratan con el material genético de las personas, es en estas situaciones donde se pueden representar la relación existente entre ambas disciplinas.

Tal como ocurre con el derecho civil y penal, esta disciplina también recibe el nombre de derecho genético administrativo.

#### **1.4.7.5. Relación con el derecho ambiental**

La protección a la diversidad genética y las normas que la regulan son las que vinculan al derecho genético con el derecho ambiental, en consecuencia, busca la preservación de todas las variedades de vida, protegiendo sus medios y el entorno que los rodea.

La preservación de las distintas especies en el presente y su conservación en el futuro través de la manipulación de los recursos genéticos, constituyen fuente sostenible de recursos, debiendo establecer la normatividad pertinente a fin de salvaguardar estos recursos cuando la situación lo requiera.

Por lo tanto, lo principal en el derecho ambiental respecto de su relación con la genética es preservar el material genético de los seres vivos en su más cercano origen, propiciando el desarrollo y sostenibilidad en el tiempo.

Debe procurarse la emisión de normas por parte del estado, evitando la vulnerabilidad de los ecosistemas, procurar el sostenimiento de los recursos vivos regulando la relación entre ellos y el espacio que los rodea (espacio físico).

#### **1.4.7.6. Relación con los derechos humanos**

También existe una correspondencia entre la genética con relación a los Derechos Humanos, la manipulación del genoma del hombre y la protección legal que el ordenamiento jurídico busca regular, se guardan como elemento fundamental de la vida, los cuales se encuentra dentro de la tercera generación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. A lo largo de nuestro tiempo se ha emitido distintos dispositivos legales a nivel internacional con reconocimiento de los estados que la suscriben, otorgando seguridad jurídica al ser humano frente al creciente desarrollo de la ciencia genética

Partiendo de la relación que existe sobre los derechos humanos con relación al derecho genético se pueden agrupar de la siguiente manera: *Derechos de primera generación*: la primera generación trata sobre la protección de la libertad individual de la persona, dentro de ellos encontramos el derecho a la libertad, a la vida, integridad, entre otros; *Derechos de segunda generación*: están referidos a la igualdad, esta generación trata sobre derechos de índole económico, social y cultural, como por ejemplo al trabajo, vivienda, salud, etc.; *Derechos de tercera generación*: regula de forma expresa la relación de la genética con los derechos humanos, legalizando los derechos sobre calidad de vida, desarrollo humano, dentro de ellos encontramos la defensa del patrimonio genético de la humanidad, entre otros. En último lugar, encontramos los *Derechos de cuarta generación*: como aquellos referidos al derecho que se asiste al ser humano poder ser distinto como la homosexualidad, el aborto, entre otros.

#### **1.4.7.7. Relación con los derechos del niño y adolescente**

El derecho genético encuentra su vinculación con los derechos del niño y adolescente (convención sobre los derechos del niño) rechaza cualquier tipo de interés de tipo

económico, busca dotar de mecanismos legales que protejan la vida contra cualquier técnica genética. Las técnicas actuales y el desarrollo científico representan potencialmente un desmedro de la integridad del ser humano, afectando su desarrollo, el fin superior en esta disciplina es la vida Humana.

#### **1.4.7.8. Relación de los Derechos humanos:**

##### **a) Relación con el Derecho a la Vida**

Se parte del concepto general que el fin supremo de todo estado es el hombre, de este modo la legislación a través de sus distintos mecanismos o normas establece la existencia del ser humano desde su concepción. Así lo ha previsto el legislador peruano en el artículo 1° del código civil peruano al regular que la vida humana comienza con la concepción y, se considera sujeto de derecho para todo cuanto le favorece, por lo tanto, el nasciturus es sujeto de derecho favorecido.

El legislador peruano ha establecido en el primer artículo del código civil una definición sobre el sujeto de derecho, a partir de su definición se generan todos los derechos, deberes y obligaciones de los seres humanos. La vida constituye un derecho esencial del cual van a surgir todos los derechos civiles, penales, administrativos, entre otros atribuibles al ser humano, por cuanto no existirían los demás derechos sin protegerse en primer lugar la vida como derecho fundamental. (Valdiviezo, 2007).

Por otra parte, adicionalmente al artículo primero anteriormente citado, el legislador ha introducido en el marco adjetivo del Código Civil de 1984 el artículo 5° estableciendo la irrenunciabilidad de los derechos, comprendiendo dentro de ellos el derecho inherente a la vida, quiere decir que no se puede disponer libremente de modo tal que se vea afectada la vida, ni está sujeto a restricción alguna.

Cuando la manipulación genética repercute en el derecho a la vida, su regulación toma especial relevancia. Es el caso de aquel profesional o técnico que en el uso de sus conocimientos en genética no solo quiere evitar que nazcan niños enfermos, sino que como forma complementaria busca obtener determinadas características de carácter biológico en los concebidos, los cuales se deben cumplir para poder vivir, lo que implicaría una denigración de la especie humana.

De esta manera, siendo que el legislador ha regulado de forma expresa, con un sentido prioritario el derecho a la vida como línea de partida respecto del cual se van a generar todos los demás derechos, el estado debe procurar la garantía irrestricta de los derechos de los ciudadanos empezando desde su momento más elemental, buscando así la protección a nivel jurídico del bien esencial de toda sociedad y del hombre, la vida.

#### **b) La individualidad biológica del ser humano**

Cuando se define el derecho a la individualidad biológica, se busca explicar que si bien todo ser humano, tiene un mismo patrón genético, en el sentido de que todo hombre, da un nuevo hombre, u otro congénere de su especie; también implica que cada persona es un ser individual, distinto a otra con características propias en su personalidad, su comportamiento, es un ser singular, por lo cual la manipulación de su material genético, se estaría contraviniendo o atentando contra su derecho a una individualidad biológica natural.

#### **c) Respetto al derecho a la identificación genética:**

Según Cárdenas (2015) en el Perú, se carece de una base legal que regule el derecho a la identidad biológica, este tema debe ser abordado desde una perspectiva jurisprudencial y doctrinaria, sobre la base de las diversas normas de nuestro ordenamiento jurídico. El ser humano tiene derecho a que se le reconozca u otorgue identidad genética, referirnos a él como un ser con derecho de carácter exclusivo, inviolable e inmodificable, que se encuentra jurídicamente tutelado salvo por razones estrictamente patológicas.

Es posible una total identificación, siempre que se conserve o mantenga incólume el material genético que se heredó, sin modificaciones o que sufra algún tipo de alteración, hablamos entonces del derecho de tiene todo ser humano a conservar su historial genético, con sus características positivas o negativas.

#### **d) Respetto al derecho irrestricto a la Intimidad**

Esta referido al derecho a la intimidad, pero de carácter genético, basado en la defensa de la investigación más personal del hombre, su material genético (ADN). Etimológicamente procede del vocablo latín *intus* referido a un aspecto íntimo, que se encuentra en el interior del ser humano. De un análisis jurídico el derecho a la intimidad está vinculada al espacio individual de todo ser, aquella que no puede verse vulnera por otro individuo (con excepción

de aquellas situaciones que revistan un interés superior o que se encuentren en concordancia al orden público) en otras palabras, representa una esfera de reserva que tiene muchas connotaciones y dentro de ellas una esfera de reserva genética.

Sobre el derecho a la defensa de la intimidad ningún ser humano goza del derecho de entrometerse en el campo privado de otra respecto de su material genético, si no cuenta con un consentimiento expreso de su parte. Caso contrario de contar con la autorización se deberá mantener la reserva de la información debido al aspecto personalísimo que tiene, debiendo ser guardados con confidencialidad. (Mosquera, 1997).

Por su parte para Valdiviezo (2007) la intimidad genética puede ser vulnerados cuando el individuo al ser sometido a exámenes genéticos, se le hace sin expreso consentimiento, o se le induce al error; o cuando los resultados no se mantienen reservados, o se divulgan sin estar autorizados por su titular, pudiendo caer en extremos de comercialización, violando el respeto y consideración que se merece la persona humana.

Para Chávez (2009) la intimidad genética constituye aquella facultad de resguardar la información genética del ser humano, como un aspecto intangible, que no puede ser tocado. Tenemos entonces que la intimidad está referida a un aspecto muy propio del ser humano, que se encuentra fuera del campo de relación de las personas entre sí, debiendo estar sujetos a una relación de confidencialidad, autonomía, entre otros.

Por ello, debe tenerse en cuenta, que mientras la información genética obtenida no repercuta en la sociedad, ni sea de orden público, el derecho a la persona se encuentra resguardada, evitando así algún tipo de perjuicio que se pueda ocasionar y salvaguardando el derecho a la intimidad genética.

#### **1.4.8. Manipulación Genética**

Una primera definición sobre manipulación genética es la otorgada por el Diccionario de la Lengua Española que refiere que proviene de la palabra “manipular” del latín *manipûlus*, que traducido significa maniobrar u operar con las manos o con cualquier elemento.

La manipulación genética puede ser definida desde un carácter *técnico* entendido como aquel procedimiento que busca alterar o manipular el material genético de las personas, tiene una intromisión directa sobre el organismo de los seres vivos, que generen algún tipo de

modificación contraria a la naturaleza misma del ser humano. Por otra parte, tiene una definición de carácter *ético* se produce cuando la modificación del genoma implica una contravención las leyes naturales. (Varsi, 2013).

Entonces entendemos a la manipulación genética como aquel proceso que busca variar el material genético del ser humano, ya sea de forma integral o en alguno de sus componentes, por lo tanto manipula el genoma humano siendo contrario a los principios de la naturaleza vulnerando sus derechos o lesionándolos. Existe un sector de la doctrina que niega su uso, por otro lado, existen aquellos que aceptan su uso con la finalidad de buscar soluciones eugenésicos, el problema radica en las vías empleadas para encontrar la solución.

Por lo tanto, las técnicas de manipulación pueden resultar beneficiosas, el problema se origina cuando estos procesos de manipulación directa de los genes producen efectos contraproducentes en contra de los seres humanos, ya sea eugenésica o terapéutica.

#### **1.4.8.1. Características:**

Dentro de las características más resaltantes de la manipulación genética podemos mencionar:

- Esta técnica no resulta ser terapéutica.
- El hombre sirve como un intermedio para su fin.
- Resulta ilegal porque transgrede el orden natural de las cosas.
- Su resultado es equivalente a perjuicio.
- Modifica, transforma la naturaleza del ser humano.
- Lástima los derechos de los seres vivos
- Resulta en una práctica que aténenla contra la dignidad del ser humano (antihumana)
- Es contraria a la dignidad, integridad del ser humano y el de la familia.
- No tiene beneficios para las personas en sociedad.

#### **1.4.8.2. Tipos:**

La manipulación genética efectuada sobre el material genético, puede producirse antes del nacimiento, en el desarrollo de su vida, o después de su muerte del ser humano, pueden presentarse los siguientes tipos:

**1.4.8.2.1. El proceso de la fecundación** se encuentra referido a la crio conservación, al suministro de material genético, variación de la genética del organismo vivo, conmutación de la esencia genética del organismo viviente, el comercio de gametos se considera como un acto ilícito, cuando el embrión ha recibido material genético mediante métodos artificiales, entre otros.

**1.4.8.2.2. En el proceso de la fecundación** se habla de una manipulación de los gametos humanos. Se da la mezcla de componentes genéticos, el otorgamiento del espermatozoides y óvulos, se da una pseudo-fecundación que busca crear vida, pero sin concepción, resulta un acto ilegal el comercio de gametos, se varía el genoma humano entre otros.

**1.4.8.2.3. El proceso después del nacimiento,** se genera la investigación o estudio del genoma humano se produce con fines eugenésicos o terapéuticos.

**1.4.8.2.4. En el proceso de gestación,** se produce cuando se investiga el material genético de los embriones con un fin diferente a la procreación. Dentro de ellos encontramos la destrucción de cigotos o embriones, la clonación, cultivo embrionario producido fuera de los límites de la anidación, crio conservación de embriones, fecundación post mortem, alteración ficticia del genoma humano, elección del sexo, fusión de genes, fecundación o inseminación realizada en mujeres solteras

**1.4.8.2.5. Manipulación genética después de la muerte,** se produce en los casos de técnicas de hibernación o criogenia con la finalidad de ser usadas en procesos de clonación de cadáveres con el objetivo de recuperar a seres fallecidos, la criogenia como una técnica para una futura resurrección; preservación de tejidos, órganos entre otros para ser usadas en la fecundación in vitro.

## **1.5. El Genoma Humano**

El concepto que en la actualidad brinda el estudio del genoma humano constituye uno de los sucesos trascendentales en la historia, su investigación y técnicas para su aplicación otorgan a la especie humana una alternativa para tratar las distintas patologías que aquejan al ser humano, empleando métodos de curación, ello sin cambiar el verdadero objetivo que tiene su tratamiento, resulta de trascendental importancia su tratamiento e indispensable en la actualidad.

Las repercusiones del tratamiento que se hace sobre el genoma, han traído consigo una serie de resultados no solo en el ámbito científico, repercutiendo económicamente. Por ello, resulta imperiosa la necesidad de regular todos aquellos escenarios que se sitúen en el tratamiento del genoma, cuando su aplicación suponga el peligro de bien jurídico protegido, por definición el derecho es cambiante, debe adecuarse a los nuevos tiempos estableciendo normas reguladoras para esta nueva etapa en el desarrollo de los seres humanos, en estos tiempos donde predomina la tecnología.

Desde una perspectiva jurídica el genoma humano se compone de un conjunto de información genética que el ordenamiento nacional ha regulado buscando otorgar protección jurídica al ser humano. Eso significa que el genoma constituye un dominio del ser humano que lleve en sí mismo su esencia, por lo tanto, no se puede transgredir, lesionar o efectuar algún acto de disposición sobre él.

Se requiere de una estrategia jurídica-política que dirija el uso de la información genética, instaurando los medios necesarios que permitan implantar el conjunto de normas que regulen los adelantos de la bio-tecnología siempre con una finalidad de protección de la integridad del ser humano

### **1.5.1. Antecedentes**

Respecto a los antecedentes del estudio del genoma humano, en la doctrina se identifican cuatro adelantos que marcaron el inicio de su estudio, lo que hoy conocemos actualmente como genoma empezó a conceptualizarse en la década de 1940; la ciencia genética en sus inicios vislumbraba la existencia de uno de los elementos básicos de la célula que posteriormente permitiría el estudio de la estructura genética del ser humano: entendiendo lo que hoy conocemos actualmente como gen.

De hecho, hasta 1950, no se conocía concretamente la estructura del ADN, a principios de 1950, el científico James Watson y Francis Crick postularon el modelo (conocido como doble hélice del ADN) revelando su composición, esta situación, entendiéndose conocer su estructura, permitió abrir las puertas para una mejor comprensión de otros muchos aspectos de su función. Posteriormente, en el año 1961, en Núremberg se empezó a comprender, el código genético del ser humano.

### 1.5.2. Concepto

El estudio del genoma humano busca conocer con exactitud el número de genes que hombre posee, por lo tanto, se define como el conjunto de la información del genoma genético almacenada en cada ser humano. Un concepto que defina la palabra *gen* podría ser entendido como una porción de ADN que lleva consigo todo el material requerido de donde se origina una molécula llamada Polipéptido (que se constituyen de la unión de varios aminoácidos). Por lo tanto, representa un mecanismo fundamental para la transferencia de información hereditaria al contener de forma individual la codificación de cada persona.

Proviene de la raíz latina *genus*, definiéndola como una cadena de trasmisión del material genético por el cual se transporta todo el material genético del ser humanos. Por lo tanto, el conjunto de genes lo denominamos genoma, el cual hace referencia al contenido genético que se encuentra presenta en un organismo. Por lo tanto, teniendo en consideración las precisiones efectuadas, se puede afirmar que el genoma contiene íntegramente una base de datos donde se guardan toda la información del ser humano que va fluyendo en la cadena del ADN con la información para los diversos caracteres.

La concepción representa una carga de información genética, por tanto desde nuestra concepción tenemos un material que explicaría el porqué de la presencia de determinadas enfermedades, por ello conocer de forma completa la estructura del gen humano permitía a la bio-tecnología, identificar en las personas todo aquel material genético que sea defectuoso y, en consecuencia sustituirlo por otro de mejor condición. De esta manera, el identificar que genes resultan culpables de las enfermedades (presentes o futuras), permitirán establecer mejores mecanismos de prevención.

Por otra parte, el desarrollo de la ciencia genética ha permitido elaborar aquello que se denominado mapa genético (también llamado por otros autores mapa de naturaleza genética), la cual proyecta en tiempo y espacio el momento para identificar ciertos momentos de naturaleza bioquímica. De este modo, las pruebas que en la actualidad de emplean pueden tener una finalidad *predictiva*, quiere decir que emplea el mapa genético del ser humano para predecir o descubrir una posible enfermedad que puede ser adquirida hereditariamente, y una finalidad *preventiva*, relacionada a establecer el porcentaje de riesgo o probabilidad de adquirir una enfermedad en el futuro.

La norma legal que establece los principios reguladores que dotan de auxilio al mapa genético del ser humano es la Declaración Universal del Genoma Humano y los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948.

### **1.5.3. Importancia**

Científicamente el genoma se encuentra conformado por un número indeterminado de cromosomas presentes en el cuerpo humano y la importancia de su aplicación radica en que permite brindar beneficios altruistas, y que proporcionen beneficios a la generalidad de las personas o seres vivientes que conforman la sociedad.

El aporte científico que brinda el estudio del genoma a la humanidad es inmensurable, la posibilidad de estructurar la codificación genética del ser humano otorga a la ciencia las patologías que en el futuro ser humano podría padecer. No obstante, su estudio podría representar el establecimiento de mejoras para los seres vivos, por cuanto aquellas enfermedades hasta ahora incurables podrían ser tratadas con la aplicación de estas técnicas, sin embargo, también es un mecanismo que puede generar a diferentes problemas de naturaliza ética y moral.

Es decir, esta facultad de poder crear súper hombres o genios, que presenten características únicas y mayores al promedio de los seres humanos, sin embargo, lo realmente importante es entender que el hombre en la extensión de la palabra, ha venido al mundo por amor, pues un ser sin sentimientos, representa un ser sin alma, un simple robot que actúa de manera autómatas con una programación determinada. El hombre debe desarrollar dentro de un ambiente familiar, que le permita despertar y desarrollar todas sus cualidades humanas.

Se requiere encausar todos los avances que la ciencia de la biotecnología realiza sobre el estudio del genoma humano, siempre bajo la premisa de proteger a ser humano a todo nivel, en su dignidad, integridad.

### **1.5.4. Razones ético jurídico del estudio del genoma humano:**

#### **1.5.4.1. Concepto:**

Existen diversos campos de la ciencia, pero uno de ellos se encarga directamente del estudio del ser humano, la ciencia. Si bien existen diversas instituciones o legislaciones limitan la

investigación del genoma humano a cuestiones éticas, morales entre otras elaborando instrumentos que indican que el avance científico va en detrimento de la especie humana, sin embargo, su avance ha permitido mejores en el hombre.

De ser el caso, el abuso en la manipulación genética debe reglamentarse estableciendo normas o fijando los tipos penales para regular determinadas situaciones de arbitrariedad en el uso de las técnicas de reproducción asistidas. En la doctrina existen autores que definen que los procedimientos de manipulación genética son de dos categorías terapéuticos o eugenésicos, por otro lado, existen aquellos que indican que los niveles de intervención genética son cuatro, dentro de los cuales podemos encontrar:

**a) Terapia genética somática:**

También llamada “genoterapia somática” se entiende como aquel acto científico que busca la manipulación de los genes para prevenir una enfermedad, aquí no se repercute directamente sobre el material genético de la persona, por el contrario, tiene una finalidad de corregir las falencias genéticas.

Por lo tanto, tiene por finalidad ser un medio que permita combatir las falencias a un nivel de células somáticas, por cuanto, constituyen aquel material genético originadas durante el desarrollo embrionario, por lo tanto, su campo de tratamiento se encuentra enfocado en aquellos tejidos u organismos que presenten falencias de tipo genéticas.

Pueden ocurrir dos situaciones cuando se produce la manipulación del material genético en la terapia genética de las células somáticas:

- **Terapia somática *in vivo*:** Vocablo latín que significa “dentro de lo vivo” entendido como la terapia que se da dentro de un tejido u organismo. En el caso, este tipo de terapia se produce dentro de un organismo vivo, es un procedimiento por el cual se introduce un gen el cual debe ubicar las células que serán objeto de tratamiento. Como una situación problemática resulta complicado que se ubique un único tipo de células a tratar.

- **Terapia somática *ex vivo*:** Término latín que traducido significa aquello que se da “fuera de un organismo”, esta terapia en la ciencia implica que los tratamientos sobre tejidos biológicos se van a producir aunque artificialmente fuera del organismo, se dice que esta terapia tiene un mayor grado de manejo por cuanto el tratamiento se produce fuera del

apaciente lo que permite un mejor examen de las células a tratar, por lo tanto se refiere a un material genético que puede ser tratado y reubicado.

**b) Terapia en línea germinal**

En este tipo de terapias se realiza sobre las células germinales del paciente, por lo tanto también es llamada genoterapia germinal, este tipo de terapia busca tratar las células de reproducción del hombre y de la mujer, por lo tanto busca corregir aquellas falencias en la descendencia de la personas, el cual se ira modificando por distintas generaciones al haberse modificado el material genético.

**c) Terapia perfectiva**

Esta terapia tiene por finalidad mejorar ciertos caracteres de los seres humanos pudiendo ser distintos rasgos físicos, estatura, piel entre otros.

**d) Terapia eugénica**

Este tipo de terapia en la actualidad no se práctica, por las implicancias éticas y jurídicas que se presentan, tiene por finalidad perfeccionar las características de los seres vivos modificando aspectos trascendentales de los seres humanos referidos a la personalidad, inteligencia entre otros.

**1.5.5. Los alcances del Proyecto Genoma:**

El estudio del genoma humano tiene por finalidad determinar el número de genes de las cuales goza el ser humano (masculino) con el propósito de establecer científicamente su organización, su propósito a nivel molecular conociendo la información genética que en ella se encuentra registrada. Esta referida a la genética molecular.

Según Miranda (2006) este proyecto puede traer consigo implicancias legales por cuanto otorga al ser humano la posibilidad de decidir sobre su propio destino, siendo capaz de tomar decisiones trazando su vida, perdiendo su imperfección innata, su identidad, entre otros por lo que, deben establecerse modelos de regulación y protección a la vida, identidad, libertad, información, entre otros.

El conocer la información genética del ser humano, permite a la ciencia médica identificar aquellos genes que presentan patologías causantes de deficiencias físicas de los seres vivos, otorgándoles la posibilidad de establecer procedimientos para su análisis, procedimiento para su tratamiento y posterior curación.

En ese sentido el proyecto genoma humano constan de una serie de experimentos genéticos, una serie de pruebas que en este momento se dividen por una parte en *predictivas* entendidas como un medio para identificar aquellos genes que podrían ocasionar la aparición de alguna enfermedad hereditaria y, las *preventivas* que postulan la posibilidad en la aparición de ciertos padecimientos en el ser humano.

#### **1.5.5.1. Objetivos:**

El desarrollo del Proyecto Genoma Humanos en el campo internacional se ha dado por medio de dos campos que investigación

- Análisis de la secuencia del ácido desoxirribonucleico: También llamado por las siglas ADN, se entiende como un conjunto de mecanismos que tienen por objetivo investigar toda la información genética que puede ser heredada, interfiriendo en el carácter genético en el desarrollo de los seres vivo.
- Análisis del mapa genético del ser humano: Permite establecer pruebas sobre las enfermedades transmitidas, encadenándolas a uno o más genes, por lo que trata de ubicar aquellos genes en cada uno de los 23 pares de cromosomas de los seres humanos.

#### **1.5.5.2. Efecto Jurídico:**

No se puede contradecir los beneficios que implican el estudio del genoma humano mediante este proyecto científico, estos avances en la medicina permiten reducir gradualmente aquellas patologías que hasta hace muchos años parecían incurables, en beneficio de los seres humanos. Sin embargo, existen desacuerdos de orden jurídico, social, ético entre otros, si bien la ciencia genética otorga beneficios, pero presenta ciertas discrepancias cuando se entra en el ámbito de la manipulación del gen humano.

De forma elemental, la naturaleza del ser humano cambia cuando se produce la manipulación de su genoma, el hombre pasa a convertirse en propulsor de su evolución, determinando el

mismo su propia naturaleza estableciendo los caminos para su vida en detrimento de su propia individualidad.

En ese sentido, la dificultad de este proyecto se encuentra en los efectos jurídicos que se puede ocasionar por el excesivo uso o empleo de las técnicas genéticas en la manipulación del ADN humano. No obstante, los aspectos positivos, el plan sobre el genoma humano podría vulnerar derechos fundamentales de la persona, lo que implica también que debería establecerse un marco normativo que otorgue protección jurídica cuando se vulnere la vida, la libertad, la identidad, integridad entre otros derechos fundamentales del ser humano.

#### **1.5.5.3. Prohibiciones:**

El proyecto genoma humano debe estar enfocado en identificar el mapa genético del ser humano identificando la enfermedad o probable enfermedad, tomando una serie de acciones para prevenirla y buscar una solución. Por ello el fin en sí mismo del proyecto debe ser terapéutica, es decir como un medio para superar las enfermedades, prohibiendo todo tipo de procedimiento que implique consecuencias negativas para los seres humanos o busquen el perfeccionamiento de la especie humana también conocido como eugenesia.

El material genético de los seres humanos no puede ser objeto de ningún tipo de manipulación, por lo tanto, lo esencial es ese carácter de humanidad que tienen los seres vivos, por lo tanto, debe regularse prohibiendo el comercio de las técnicas o evitando actos que quieran patentar algún tipo de cura o tratamiento que la ciencia genética hubiese descubierto.

Entendemos que la investigación científica no puede ser arbitraria, mucho menos absoluto debiendo existir un equilibrio, un deber genético de protección a la vida, la intimidad respetando el interés social y otorgando seguridad jurídica.

#### **1.5.5.4. Implicancias legales del PGH: Sanción y resarcimiento:**

La investigación del genoma humano ha previsto consigo un sin número de consecuencias de carácter ético, por ello, en su aplicación estas situaciones se presentarán con mayor incidencia, por ello la necesidad de un marco normativo o de una legislación que prevea estas situaciones.

En ese sentido, deberían existir normas específicas sobre los tratamientos de los genes, por cuanto la manipulación genética del hombre o de la mujer podría acarrear modificaciones en las generaciones de los seres humanos.

Establecer límites a los procesos de investigación del genoma humano implica también limitar la práctica médica con fines eugenésicos que buscan crear una raza humana perfecta mediante la manipulación de los genes. En ese sentido, es evidente que la manipulación del genoma humano sin límites puede generar consecuencias cuyos alcances no pueden ser previstos, no solo debe preverse determinadas situaciones, también debe resolverse una reparación pecuniaria cuando los efectos no puedan ser solucionados.

La protección irrestricta del derecho de los seres humanos como la vida, la igualdad, libertad solidaridad entre otros tiene una vinculación directa con los principios de la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948.

## **1.6. Bioética**

### **1.6.1. Concepto:**

La bioética tiene una implicancia directa con la bio-medicina, busca proporcionar una solución ante sus tan efectivos resultados. Por lo tanto, referirse a la bioética es hablar de la persona misma como médula de ella, debiendo entenderla como una disciplina de la ética que nace de las especiales circunstancias concebidos por ejercicio de las distintas ciencias que tratan la salud entre ellas la medicina, la biología, entre otras.

Esta rama tiene un campo especial de estudio, por cuanto investiga la influencia de la ética en el desarrollo científico de la vida del hombre, de igual forma tiene una finalidad académica, por cuanto es base para el desarrollo de estudios tanto de las ciencias biológicas, médicas y del entorno que las rodea (ambiente).

En 1997 se introduce por primera vez el término “bioética” en una publicación hecha por Rensselaer Potter, para este autor deriva de las palabras griegas bios que significa “vida humana” y ethiké que quiere decir “ética”. Al respecto se debe precisar que el aporte científico de este autor mediante su artículo Bioethics: The science of survival (1970), o en su libro Bioethics: Bridge to the future Bioética (1971), lo vuelven el primer autor en el

mundo que título un trabajo de investigación con dicho termino, proporcionando a la humanidad el establecimiento de una nueva disciplina científica.

De esta forma la bioética estudia cual es la relación que surge entre la ciencia ética con relación a la vida humana, trazando procesos, estrategias que permitan establecer las pautas de su acción. Asimismo, según Varsi (2013) la bioética busca direccionar las actuaciones que surjan entre la persona, el entorno que la rodea y los procedimientos de la bioética, impulsando en los seres vivientes el concepto de vida, salud, protección entre otros.

Por su parte, Chávez (2009) considera que la bioética regula la conducta de la ciencia frente a los actos de la humanidad. La palabra bioética proviene de la expresión *bio* que significa vida y de la palabra *ética* entendida como la disciplina que dirige el comportamiento humano. Por lo tanto, puede ser entendida como una ciencia de carácter biológica que estudia el comportamiento humano, sobre la base se una serie de principios de índole moral.

La definición actual sobre la bioética, no se limita únicamente a realizar elucubraciones sobre conceptos tradicionales, busca ampliar su campo normativo incluyendo una ética ambiental, que regule los conflictos de derechos que puedan generarse con posterioridad. Por lo tanto, se sustenta en sí mismo respecto de la participación que tiene la ciencia médica y de la biología en el desarrollo del ser humano.

### **1.6.2. Características:**

La bioética como una regla encargada de llevar a cabo el estudio de aquellas teorías y métodos de naturaleza ética, tiene por finalidad brindar una solución a un caso en concreto, sea de tipo moral, filosófico, político, etc.

Existen muchas posiciones teóricas en torno a la bioética, el utilitarismo, la ética de la virtud, o estudiar los problemas desde el principio o desde un caso particular entre otros. No obstante, ello, cada teoría busca establecer un concepto gradual del ser humano y su relación con su entorno tecnológico y el medio que lo rodea. Siendo una rama de la ética, por consiguiente, es el campo donde se van a desarrollar las principales actividades de la relación entre los médicos y pacientes.

Según Varsi (2000) la bioética se encuentra sustentada sobre una serie de nociones principales de la ética profesional General. Puede ser entendido como el género que se

encuentra comprendido dentro de la ética médica propiamente dicha, es decir de la relación médico paciente. Podemos señalar dentro de sus principales características las siguientes:

- Es resultado de esfuerzo en el que participan abogados, sociólogos, psicólogos, filósofos, médicos, y teólogos, etc. Se entiende que la protección del ser humano es el fin irrestricto de todas las disciplinas, sin el ser humano no existirán situaciones que regular, el aporte científico de distintos profesionales permite un mayor análisis a las conjeturas a partir de su interacción, lo fundamental es encontrar mejores soluciones que brinden amparo al ser humano.
- Se resguarda en la reafirmación de los derechos humanos y en los derechos de la persona.
- Emerge de un ambiente bio-científico, quiere decir que la bioética constituye una base sobre la cual el científico de esta materia estructura sus investigaciones, con un propósito de brindar protección al ser humano y a su entorno (ambiente)
- Tiene un fin protector de la unidad íntegra del ser humano y el espacio que lo rodea.
- Su esencia misma es valorar la vida, como una esencia de la naturaleza donde todas las cosas siguen un orden natural, en armonía con la naturaleza.
- Busca gestionar eficientemente el actuar científico en su estudio del bienestar de la persona y de la vida humana como tal.
- No es restrictivo, se extiende a los seres humanos, plantas, entre otros elementos de la biología, busca proteger a los seres vivos.
- Establece criterios para el correcto accionar de la ciencia biológica.

### **1.6.3. Principios:**

El estado entendido como una organización política que direcciona la actividad de los ciudadanos, tiene por finalidad la protección del ser humano. Los avances de la biotecnología y su tratamiento en el material genético de los seres humanos, supuso un cambio en la medicina moderna. La manipulación del material genético sin una debida regulación jurídica representa una situación de vulnerabilidad a la integridad de los seres vivos.

Sin una regulación normativa la actividad humana es proclive a cometer abusos en sus actos, esta falta en el establecimiento de medidas para el desarrollo de la ciencia genética, propicio que la bioética establezca sus propios recursos, elaborando una serie de postulados que se denominan actualmente como “principios de la bioética”, como una forma de tomar el control sobre los avances acelerados de la investigación genética y como resulta su

aplicación en los seres vivos, buscando llenar el vacío legal que el derecho no ha cubierto. En consecuencia, la bioética ha establecido una serie de principios reguladores de la actividad genética, respecto de los cuales podemos mencionar:

#### **1.6.3.1. La protección de la persona y sus derechos:**

Para este principio la garantía proteccionista de los seres humanos y el respeto irrestricto de sus derechos esenciales, no pueden verse afectados por la aplicación de las técnicas de la genética.

Este principio trata sobre el ser humano en su más íntima expresión, quiere decir que la ciencia creada por el hombre no puede representar la afectación de los derechos y de su calidad de persona, debiendo procurar el cumplimiento irrestricto de su integridad, vida entre otros.

Algunos autores en la legislación lo denominan principio de autonomía, definiendo que la información debe ser proporcionada con antelación y debe ser aceptada por el paciente. Es decir, se basa en principios de libertad.

#### **1.6.3.2. Principio del beneficio de la persona**

El principio de beneficencia parte de la idea que los actos de la actividad genética que repercutan de forma directa o indirecta sobre la vida del ser humano deben ser remediados, parte de la búsqueda del bien humano.

Se rige también por un criterio de sostenibilidad en el tiempo, donde tutelar un bien jurídico no puede representar el daño de otro del mismo valor. La manipulación genética debe perseguir como fin mismo garantizar el beneficio de la persona que se sujeta al tratamiento. La beneficencia entonces está relacionada a un conocimiento de las técnicas genéticas que permitan salvar las anomalías genéticas, evitando en lo posible los errores diagnósticos. Por lo tanto, para este principio no se puede experimentar con el material genético, por cuanto siempre debe buscar el bien del ser humano.

#### **1.6.3.3. Justicia o igualdad de oportunidades**

Este principio presupone la no discriminación y la igualdad en los tratamientos científico, significa que los procedimientos deben ser brindados al común de los ciudadanos, sin ningún

tipo de restricción de carácter racial, religioso o económico. Por lo tanto, no debe existir distinción en la aplicación de los métodos médicos.

Por otra parte, este principio establece ciertas restricciones al principio de la autonomía siempre que no se vulnere la potestad de los seres humanos a que se respete la vida y todos los demás derechos que deriven de él. Debe procurarse que los beneficios genéticos alcancen a todos los seres vivos y para ello el acceso a todos los recursos es indispensable.

Todos los seres humanos gozan de una misma posición en ejercicio de sus derechos, debiendo ser atendidos cuando la necesidad de atención en su salud lo requiera. Este principio de la bioética encuentra su respaldo en lo siguiente:

- El embrión es considerado ser humano, con protección jurídica y goza de todos sus derechos.
- Las instituciones de la familia son el mecanismo importante para el avance de los seres humanos
- La manipulación genética no puede contener procedimientos que afecten a la dignidad el ser humano.
- Para este principio es ilícito la manipulación genética.

#### **1.6.3.4. El consentimiento informado.**

El principio de autonomía surge del conocimiento que la persona tiene sobre la técnica genética, entiéndase que la información tiene que ser entendida por la persona de forma íntegra, no obstante, la complejidad de su procedimiento. Este principio constituye un requisito que nos puede ser obviado para la aplicación la bioética.

#### **1.6.3.5. La asistencia libre y voluntaria.**

El sometimiento a las prácticas de manipulación genética debe ser expresado por el paciente de forma voluntaria, sin ningún tipo de sometimiento. Este principio es muy controvertido validado por muchos y rechazados por otros, por cuanto habría la posibilidad de situarnos hipotéticamente en un plano donde del ser humano debe prestar su consentimiento y renunciar a su libertad genética frente la sociedad.

#### **1.6.4. Ámbito de aplicación de la Bioética**

Los campos de acción que se aplican a la problemática de la bioética siguiendo la mayoritaria doctrina se dan hasta en tres niveles, siendo los siguientes:

**1.6.4.1. A nivel de Macro-ética.** - Se plasmó en la carta de la tierra, documento elaborado en la convención de Rio de Janeiro en 1992, este nivel contiene un aspecto de carácter biomédico, ambiental, ecológico. Esta carta ofrecía una serie de principios como el respeto la integridad de los sistemas ecológicos, protección de la comunidad de la vida. Como consecuencia de este convenio en el Perú se regulo a través del código que trataba sobre el medio ambiente y de los recursos naturales, lo que hoy conocemos como Ley General del Ambiente N° 28611.

**1.6.4.2. A nivel de Meso-bioética.** - Se preocupa de la administración, atención y derecho a la salud, básicamente funda sus principios en dar solución a los problemas de la salud pública. Por ello, busca regular la los actos de la tecnología que afectan la existencia de los seres vivos tales como la concepción, el nacimiento, progreso, muerte entre otros. Se encuentra presente en la Convención Derechos Humanos y a la Biomedicina en el año 1996 estableciendo principios como a. primacía del ser humano, b. acceso igualitario a los beneficios de la sanidad, c. deberes profesionales y normas de conducta. En la legislación nacional lo encontramos regulado en la Ley General de Salud en su artículo 108° por el cual prevé que la muerte del ser humano pone fin a la persona.

**1.6.4.3. A nivel de Micro-bioética.** - Esta problemática que la bioética pretende solucionar esta referida a la ética en la medicina. La salud constituye un elemento de provecho público, por lo tanto, es responsabilidad de cada estado su vigilancia. En el Perú se encuentra regulado por la Ley General de Salud como un mecanismo para alcanzar el bienestar social y de los individuos que la conforman responsabilidad que es compartida entre la sociedad y el estado. El estado cumple un fin garantista de los problemas de salud, desnutrición, el adolescente, el niño entre otros mediante la atención médica, el aseguramiento, protección y la libre elección de sistemas previsionales para que ningún ciudadano se encuentre en situación de vulnerabilidad.

## **1.7. Embrión:**

La determinación del concepto embrión y los métodos de reproducción asistida son los recursos esenciales sobre los cuales se basan su investigación con la finalidad de establecer la implicancia jurídica que presenta su tratamiento, hacer mención de aquellas teorías que sostienen que la vida del ser humano comienza desde que es un embrión, en ese sentido es importante establecer en qué línea de tiempo la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, denominadas también TRAS, manipulan el inicio de la vida humana.

En la actualidad las TRAS buscan otorgar la posibilidad de asistir a los seres vivos en su derecho a la procreación humana, muchos autores la definen como un conjunto de mecanismos tendientes a dar solución a problemas de fertilidad del ser humano (bien sea femenina o masculina), restituyéndoles el derecho a gozar del disfrute de su descendencia, ya sea de modo directo o indirecto (por medio de otra persona)

Esta situación ha merecido el estudio y avance de la ciencia médica en este campo, tratando de proporcionar un mecanismo de solución al problema de la infertilidad humana, entre ellas se han establecido la inseminación donante, inseminación artificial, la fecundación in-vitro, entre otros mecanismos de solución los cuales serán abarcados en el vigente análisis.

Por ello nace la obligación derivado de un natural cuestionamiento de carácter “genético” sobre delimitar la situación (estatuto) jurídica del embrión, surge así la interrogante de plantearnos desde ¿cuándo empieza la vida humana? Esta situación implica plantearnos inicialmente desde que momento se dan las primeras actividades de vida, entonces, existe humanidad o solo existen un conjunto de células en constante fraccionamiento.

### **1.7.1. Definición:**

El Diccionario de la Real Academia Española (2019) refiere que proviene del vocablo griego ἔμβρυον – émbryon, hace referencia al recién nacido, recental, feto entendido como aquello que brota dentro, es decir un ser vivo desde la fecundación no obstante se encuentra en los primeros momentos de su desarrollo. También lo entiende como principio, es decir como una entidad que aún no tiene una forma definida, que en el caso de la especie humana ocurre hasta el tercer mes de gestación.

Se entiende por embrión entonces al conjunto de momentos de su crecimiento, que van desde la formación del cigoto hasta la conformación fisiológica de un ser humano. Por lo tanto, debe ser entendido como el inicio mismo de los seres humanos, que se encuentra habitando el vientre materno, por la cual, podemos considerar que a partir de la octava semana se le otorga la denominación feto.

Para Sánchez (2019) el embrión humano debe ser reconocido como “persona”, entendiéndose como un sujeto de derecho, por lo que no puede limitarse sus derechos ni privarle de su personalidad, siendo que la Ley Positiva solo limita su capacidad para obrar. El embrión humano forma parte de la especie humana debiendo otorgársele la protección correspondiente al ser sujeto de derecho.

Por otra parte, para la bioética el embrión debe ser considerado ser humano, otorgársele prerrogativas necesarias para su protección. El embrión nace de coalición de tipo sexual entre un hombre y una mujer, es decir la unión celular de un gameto masculino y femenino; a este proceso se le otorga el nombre fecundación, del cual se formarán el cigoto o huevo que contiene el material genético de los padres, entendido como ADN.

El proceso embrionario ocurre en la tercera semana de producida la fecundación, produciéndose la gastrulación que comprende el proceso donde se forma un embrión trilaminar (endodermo, mesodermo y ectodermo) del cual nace el sistema interno del ser humano conformado por órganos y tejidos. En la 4ta semana el embrión tiene una estructura morfológicamente humana, donde básicamente se define el nuevo ser, aunque inicialmente. En este momento, empieza la formación de diferentes tejidos del embrión resultando en la 8va semana un embrión con morfología humana, quiere decir, que se distingue al embrión como un ser humano diferente de otras formas de vida, culminado este proceso empieza a observarse el progreso del feto.

Para la biología existe las mejores expectativas para que se cumpla la expectativa del embrión nacido es entre las 6 u 8 semanas, por cuanto en ese tiempo tiene características externas definidas, el ser humano ya cuenta con un material genético independiente a sus progenitores, presenta una diferencia sexual entre otros. Ello quiere decir, que debe entenderse al origen del ser humano en su inicio más básico diferenciándolo del proceso de su desarrollo, por cuanto el ser humano ya se encuentra definido, faltando dotar de aquella

información necesaria para la culminación del proceso formativo del sistema, que ya es una unidad definida y compleja.

Finalmente, el proceso culmina con el establecimiento del feto, entiéndase como aquel instante donde se finaliza la etapa embrionaria, el cual terminara su desarrollo con el momento mismo del nacimiento.

### **1.7.2. Naturaleza:**

Para proporcionar una definición sobre la naturaleza jurídica del embrión, es necesario considerar todos los presupuestos de orden legal que tiene el embrión humano. Por ello, diversos autores han postulado teorías que buscan otorgar un tratamiento a la naturaleza jurídica del embrión, siguiendo su postura y sus fundamentos, ellas son:

**1.7.2.1. Teoría de la fecundación:** Para esta teoría el embrión es considerado como ser humano desde dicho estado, por lo tanto, debe ser considerada persona desde el inicio de la concepción. Esta teoría le reconoce una serie de derechos subjetivos como: No ser discriminado por deficiencias físicas o enfermedades, no debe ser objeto de experimentación de su material genético, no debe atentarse contra su identidad y ser transferido inmediatamente al útero de su madre, y que se proteja y efectivice su derecho de nacer.

**1.7.2.2. Teorías de la anidación y formación del surco neutral:** Para esta teoría el embrión es ser humano y persona a partir de los 14 días. Por lo cual hasta antes de ese momento el embrión representa una cosa, pudiendo ser objeto de manipulación genética, experimentación y comercio.

**1.7.2.3. Teoría de Orgaz:** Esta teoría indica que, si bien el embrión no es persona aún, si es un ser humano por lo cual merece una protección legal.

**1.7.2.4. Teorías Abortistas:** El embrión es considerado una cosa, lo cual significa que la madre tiene el derecho de disposición sobre el embrión. Según esta teoría, cuando el embrión debe se convierte en feto, pasa a ser humano, por lo cual se convierte en digno de protección y se le otorga personalidad jurídica.

### **1.7.3. Condición Jurídica:**

Establecer jurídicamente desde que momento se considera vida humana, se constituye en factor importante para instaurar y precisar los mecanismos necesarios para la protección jurídica que la acompañará por el resto de su existencia. La condición jurídica del embrión entendida también como “estatus jurídico” busca dar respuesta a la interrogante sobre el embrión humano, brindando una posición si debe ser regulado y protegido como persona, esta situación genera un alto grado de debate en gira alrededor del derecho.

No cabe duda que el bien primordial, aquello que jurídicamente se protege es la vida. Tiene un fin garantista, porque busca proteger al ser humano de la privación u otras formas graves de atentado contra su vida el cual es irrestricto, intransferible e innegociable entre otros del cual derivan todos los demás derechos inherentes al ser humano. Es decir, se constituye en condición y requisito para dar posibilidad a la materialización de todos los demás derechos que le asisten al ser vivo.

En ese sentido, el estado peruano ha previsto en el inciso 1° del artículo 2° de la Constitución Política del Perú que toda persona humana tiene derecho a la vida, precisando que el nasciturus es considerado como un sujeto favorecido del derecho, por cuanto se le aplica en lo que es beneficioso. Por lo tanto, el ser humano desde su nacimiento goza de protección jurídica en protección de su condición de ser viviente.

### **1.8. La Reproducción Humana Asistida (TRAS)**

El ser humano es consecuencia de la unión biológica de sus progenitores de quienes ha recibido un material genético el cual lo hace un ser individualmente independiente, esta es, sin lugar a dudas el método de procreación común que se da en la sociedad.

El adelanto científico ha permitido la reproducción de los seres humanos con técnicas asistidas, de esta forma esa concepción general que nos indica que el ser humano es consecuencia de la unión biológica (vida, sexualidad y familia) empieza a encontrar cuestionamientos, el uso de las técnicas de reproducción representa también consecuencias en el campo del derecho y de la relación con el entorno que los rodea. El constante avance científico en relación al atrasado del derecho en su regulación afecta sus relaciones, al no poder regularlas adecuadamente.

El uso de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida brindan la posibilidad para aquellas personas que buscan tener descendencia (hijos) esta situación genera innumerables cuestiones de carácter legal que no han sido solucionadas; sin embargo, no se tratan de temas cuyos cuestionamientos sean predominantemente legales sino que se encuentra íntimamente vinculado con la política, la moral, la religión, entre otros. (Valdés, 2017).

Las TRAS constituyen una solución al problema de infertilidad, dando lugar a la procreación asistida, cumpliendo con el deseo de las parejas de tener descendencia, sin embargo, no se ha regulado el derecho del concebido a la identidad biológica, cuando nacen del uso de las técnicas de reproducción (Ticona, 2019). Así, los vacíos legales por la aplicación de las TRAS, producen una serie de problemas ético-jurídicos. En nuestro país, no existe normatividad alguna frente a los problemas legales que puedan generarse por su aplicación, dentro del derecho civil es la filiación, la cual se presenta más vulnerable, pues el marco legal peruano tiene como fundamento el vínculo natural en su aparición, sin una prevención que regule el uso de las técnicas de reproducción artificial o asistida.

Por ello, el desarrollo de la investigación genética trata de proporcionar un medio que solucione de conflictos que la infertilidad humana pueda ocasionar, estableciendo entre ellas la inseminación donante, inseminación artificial, la fecundación In-Vitro, entre otros mecanismos de solución.

### **1.8.1. Definición:**

Una definición sobre técnicas de producción humana artificial o asistida, aceptada por mayoría de representantes de la comunidad jurídica y científica, la postulan como aquellos mecanismos que la ciencia genética otorga para dar solución a la infertilidad humana, cumpliendo con un fin de preservación de la especie humana.

Según Bladilo, De la Torre y Herrera (2017) las técnicas de reproducción asistida, originalmente era una respuesta frente a un problema de carácter médico, actualmente esta definición es limitada por cuando, las TRAS son definidas como un medio para que las personas alcancen la paternidad, mediante un procedimiento no natural, sin problemas de salud de por medio. Por medio de esta ciencia, existe la posibilidad de constituir un hogar teniendo descendencia, disminuyendo las consecuencias de la esterilidad.

Por lo tanto, las TRAS son técnicas supletorias, porque tratan de remediar un problema de carácter biológico que impiden a los seres humanos la posibilidad de procreación, a lo que la ciencia médica denomina reproducción positiva, resultaría errado afirmar que estas técnicas son alternativas, por cuanto no están sujetas a la voluntad de los seres vivientes.

### **1.8.2. Clases:**

Los avances científicos, permiten establecer mecanismos de apoyo para aquellos seres humanos que presenten problemas de esterilidad, aquellos que van a permitir la procreación mediante técnicas asistidas.

Científicamente existen diversas técnicas, sin embargo, las más empleadas en la actualidad son la inseminación artificial (IA) que trata sobre una procreación directa, pero asistida científicamente y, por otra parte, la fecundación extracorpórea (FEC) entendida como la unión entre el ovulo femenino y el espermatozoide masculino, fecundado en una probeta. Por lo tanto, las técnicas de reproducción se clasifican de la siguiente manera:

#### **1.8.2.1. Inseminación Artificial**

Etimológicamente, la inseminación proviene de la unión del vocablo *in* que significa “dentro” y de la palabra *seminantis* que significa “semen”; por lo tanto, partiendo de su definición etimológica la inseminación artificial (IA) se define como un proceso donde se inyecta el espermatozoide masculino dentro del útero femenino, buscando que el espermatozoide fecunde el útero de la mujer dando origen a un nuevo ser, sin la necesidad de acto carnal.

En la actualidad existen diversos métodos de recolección del espermatozoide humano (hombre), comúnmente mediante el acto de la masturbación, o practicando el coito interrumpido que consiste en mantener las relaciones sexuales eyaculando el espermatozoide en un recipiente esterilizado previamente preparado para dicho procedimiento.

Por lo tanto, la inseminación artificial (IA) tiene por objeto favorecer la fecundación, a través de la manipulación científica del gameto masculino y femenino, se coloca una muestra del semen masculino tratada científicamente introduciéndolo en el útero, este procedimiento que sustituye al acto natural de la procreación intenta potenciar el desplazamiento del espermatozoide masculino que le permita introducirse en el ovulo femenino (fecundación). Por lo tanto, aumenta la posibilidad del embarazo al recibir el espermatozoide masculino y el ovario

femenino una preparación previa en laboratorio. Este procedimiento puede tener una duración aproximada de 8 y 10 días donde se desarrollarán las siguientes fases: evaluación, motivación ovárica, selección de espermatozoides, la inseminación y prueba de embarazo

### **1.8.2.2. Fecundación Extracorpórea**

La extracorpórea también llamada extra uterina, muy conocida normalmente como fecundación *in vitro* se denomina aquella técnica que genera la unión del gameto masculino y el femenino en un instrumento (cilindro de vidrio que permite contener líquidos) conocido también como “probeta” por lo tanto persigue el estudio de la investigación humana, reproduciendo en un laboratorio el proceso natural de fecundación.

También es conocido como fecundación en probeta, por medio de este procedimiento tanto el ovulo como el espermatozoide se recogen a fin de que en probeta de vidrio se llegue a alcanzar la fecundación, culminado se procede a insertar el ovocito fecundado en el útero materno, continuando con el proceso de embarazo. Encontramos que el primer nacimiento en el mundo empleando la fertilización In-Vitro se dio el 25 de julio de 1978 llamada Louise Brown, conocido como el primer bebe probeta, concebido en un Inglaterra en el hospital Dr. Kershaw en Royton, de Manchester, desde ese momento a la actualidad un sin número de seres humanos han nacido gracias a las técnicas asistidas de reproducción.

En este tipo de fecundación (incluyendo la inseminación artificial) si es homóloga, no reviste problemas jurídicos, pues el concebido es hijo de ambos padres. Sin embargo, si son heteróloga pueden presentar problemas de carácter jurídico, tales como: filiación, derecho sucesorio, reconocimiento de paternidad, entre otros, pudiendo concebirse niños de padres fallecidos mediante el uso de gametos o embriones congelados, el caso del “Nacimiento de Zoe” primera niña nacida en Australia, a partir de un embrión congelado.

Este tipo de técnicas de reproducción (in vitro) se practica en un laboratorio, de ahí que también se le denomine doctrina como “extra corpórea”, es decir, se materializa inicialmente fuera del claustro materno, en una especie de capsula donde se van a reunir los espermatozoides y el ovocito. Si el resultado es positivo el embrión es introducido en el útero materno. Refiere que este tipo de técnicas en la actualidad son continuamente empleadas por cuanto sirven para superar diversas tipologías de infertilidad como el caso de factores inmunológicos, endometriosis, inclusive factores de infertilidad desconocidos, entonces la

fertilización no es otra cosa que unir los óvulos y espermatozoides propiciando su fecundación, cuando existe la imposibilidad de procreación natural por algún problema biológico por parte del hombre o de la mujer.

También es entendida como técnica (médica), del cual derivan innumerables derechos, generadas de la unión del gameto masculino y femenino, por medio de un recipiente. Otras definiciones postulan que la fecundación In-Vitro logra la concepción extra uterina puede ser con gametos de la pareja, con donación de espermatozoide con donación de ovulo, donación de ambos gametos y con gametos congelados.

Por otra parte, en la doctrina la fertilización extracorpórea presenta diversas variaciones tales como: trasmisión intratubárica de gametos, trasmisión intratubárica de embriones, trasmisión de embriones y el método inyección intracitoplasmática de espermatozoide. Sin embargo, independientemente de la descripción hecha sobre estas variables, el procedimiento de la fecundación *In-Vitro* consta de las siguientes etapas:

1. Primera etapa el cual reside en aplicarse previamente un proceso para tratar la producción de óvulos de la mujer
2. En la segunda etapa mediante de un objeto óptico que se implanta en la zona abdominal de la mujer, o en su defecto por vía vaginal o mediante una ecografía se debe procurar la obtención de los ovocitos femeninos que se encuentren próximos a un estado de madurez (laparoscopia).
3. La fecundación in vitro se lleva a cabo en un ambiente del laboratorio, de donde se obtiene un huevo al que se le denomina cigota, cigoto o cigoto que se divide, entendiéndolo, como una célula que resulta de la coalición del gameto masculino y el gameto femenino.
4. También se le conoce como transferencia embrionaria, en esta fase se da el traspaso del embrión al útero materno, lugar donde se alojará para terminar con su desarrollo. Este proceso se produce entre las 24 o 48 horas de producida el proceso de fecundación.

Existen diversas formas en las que este tipo de técnicas intervienen:

- Si bien el nacido es hijo legal del matrimonio de ambos cónyuges y fruto de la unión del ovulo y espermatozoide de sus padres. Sin embargo, la transferencia del

embrión se produce a un útero externo de otra mujer, es decir que se engendra en un vientre distinto o adoptivo. Es el caso de mujeres sin útero, o que presenten riesgos que atenten contra su vida de quedar embarazadas.

- El caso que el ovulo femenino sea de una tercera persona, al cual se fecundara con el esperma del padre para luego ser trasferido al útero de su cónyuge. En este caso la madre tendría la condición de adoptiva.
- En ese caso los hijos son producto de la unión conyugal, es decir, consecuencia de la reunión de espermatozoide masculino y el ovocito femenino, dándose la trasferencia embrionaria dentro del útero materno de la mujer.
- Finalmente, el supuesto donde la fecundación se produce de tratar genéticamente el espermatozoide y el ovulo concedidos por donantes pero que serán trasferidos al útero de la cónyuge. Básicamente, se da en aquellos casos donde tanto el hombre como la mujer sean estériles, en este caso el hijo será 100% biológico de las personas que donaron el material genético.

Por lo tanto, el gameto masculino y femenino aportado por el vínculo matrimonial o unión de hecho pueden unirse de forma homologa y, también pueden ser proporcionados donantes que son ajenos a la unión o vínculo matrimonial lo que se conoce como inseminación heteróloga.

### **1.8.3. Cuando realizar la fecundación In-Vitro:**

Se presenta en los casos donde la mujer luce obstruidas las ubas uterinas o trompas de Falopio, inicialmente se estudió como una enfermedad tubárica bilateral que bloqueaba el contacto natural del espermatozoide y el óvulo, no obstante, en la actualidad su estudio se da bajo distintas premisas, entre las cuales encontramos:

- Indicación sobre disfunción ovárica: Esta patología trata en mejorar mediante el análisis en laboratorio la respuesta ovárica de la mujer a fin de seleccionar aquellos con una mayor probabilidad de existir. Puede darse en casos donde no se ovula, se originan óvulos con baja calidad o no ovulan correctamente, entre otros.
- La endometriosis ovárica: Esta enfermedad consiste básicamente en la aparición de tejido en los ovarios lo cual impide el acto de la fecundación. En algunos casos, dependiendo del estado de la patología previamente a la realización de la FIV deberá llevarse a cabo un tratamiento para la endometriosis.

- Aparición de anticuerpos: Se da en el supuesto donde el mismo sistema inmunológico del hombre genera una serie de anticuerpos que impiden la movilización de los espermatozoides masculinos, reduce la posibilidad de fecundar el ovulo femenino.
- En la actualidad la obstrucción de las trompas de Falopio resulta ser una de las razones más recurrentes de infertilidad femenina, al estar obstruidas las trompas el gameto masculino y femenino no pueden reunirse de forma natural para el proceso de la fecundación, o que el embrión llegue al útero materno.
- Error en la inseminación artificial: Esta situación ocurre cuando no se logra el embarazo no obstante aplicarse la técnica de inseminación (entre 4-6 ciclos) la fecundación In-Vitro permite encontrar una solución al problema, identificando en qué nivel se encuentra la dificultad ya sea porque no se logra la fecundación, no se alcanza el número necesario de espermatozoides o podría ocurrir en el proceso donde se da el desarrollo del embrión.
- La esterilidad como un problema masculino: Esta patología se produce cuando no existe la cantidad necesaria de espermatozoides para fecundar el ovulo femenino. La fecundación In-Vitro soluciona este problema realizando un proceso de selección y acercándolos al ovulo de la mujer.

#### **1.8.4. Cuando no es recomendable realizar fecundación in vitro:**

Naturalmente para que el ovulo sea fecundado se necesita de un alto número de espermatozoides, la fecundación In-Vitro necesita realizar el mismo procedimiento. Por lo que, si el paciente presenta un insuficiente porcentaje de espermatozoides (- 4%) no resulta recomendable emplear este tipo de técnica en aquellos casos severos, por cuanto existe un porcentaje elevado de no lograr la fecundación.

Asimismo, podría ocurrir en el caso en la aparición de anticuerpos que impidan el movimiento de los espermatozoides en gran cantidad, reduciendo el porcentaje de éxito que permita prever la posibilidad de fecundar el ovulo femenino, por lo tanto, ni excluir las secreciones sexuales del hombre, ni la secreción de hormonas durante el ciclo sexual de la mujer permiten eliminar estos anticuerpos.

Por otra parte, podría tratarse de un problema a nivel molecular, ello quiere decir que existen una serie de deficiencias que impiden el paso del espermatozoide al ovulo de la mujer, al

existir moléculas desconocidas no existe la posibilidad de predecir las alteraciones en la fecundación natural. Esta situación en muchos casos se advierte llevando a cabo el proceso de FIV permitiendo observar donde radica la patología, por lo que deberá establecerse un nuevo proceso con diferentes procedimientos.

La FIV convencional no puede llevarse a cabo en estos casos, en reemplazo deberá emplearse el procedimiento conocido como ICSI que implica la inseminación del ovulo de la mujer por medio de la micro inyección de un espermatozoide, por lo tanto, sólo se requiere de un espermatozoide por óvulo.

### **1.8.5. Formas de aplicación:**

En la doctrina las forma en que se utilizan la *inseminación artificial* como la *fecundación extra corpórea* pueden ser de carácter **homóloga** llamada inter-conyugal esto cuando el material proviene de los cónyuges o de las personas que conviven; **heteróloga** también llamada supra-conyugal cuando es aportado por un tercero; o, **mixta** entendida como la unión el código genético de dos o más individuos.

- **Inseminación homóloga:** También se le conoce como de tipo conyugal, se da por causas de infertilidad que impide la fecundación del ovulo femenino, se procede a efectuar un tratamiento del esperma masculino básicamente en personas de una relación biológicamente capaces para la reproducción, que pueden estar constituidas por un matrimonio o la unión de hecho de dos personas. También es llamado *artificial insemination of husband* donde se introduce el semen de la pareja de una mujer, unidas por el vínculo del matrimonio o de hecho, que se lleva a cabo cuando existe la dificultad (infertilidad) de lograr que el espermatozoide masculino penetre el ovulo de la mujer de forma natural.

También es entendida como inseminación conyugal, en la doctrina se afirma que existe seguridad jurídica en este tipo de inseminación, por cuanto, su práctica se da al amparo de normas que la regulan, como es el caso del unión conyugal del artículo 361° del código civil donde el nacido dentro del matrimonio se considerad hijo del marido o el que se da como consecuencia de la unión de hecho previsto en el artículo 326° entendido como la unión voluntaria del hombre y la mujer, que no presentan obstáculo para el matrónimo para desempeñar compromisos similares al vínculo matrimonial.

El uso de este tratamiento puede derivar como consecuencia que el hombre presente erección precoz, es decir la eyaculación antes o después del acto sexual, disfunción eréctil, entre otros. Por otra parte, los problemas para recurrir a este tipo de técnicas no solo se dan con los hombres, también ocurre cuando existen sospechas de malformación uterina, cuando la mujer carece de capacidad de ovulación o es irregular, entre otros. Podría suceder que el origen de la infertilidad no tenga respuesta científica, el equivalente al 15% por ciento la población mundial.

De este modo la inseminación homóloga busca aprovechar el material genético de la pareja, por lo tanto, no se requiere la participación de una persona ajena a la relación, de ahí que muchos autores definan que esta es la inseminación por defecto, la fecundación es el resultado que se busca que atiende a los deseos de reproducción en una pareja constituida por un hombre y una mujer, sin necesidad de una tercera persona.

- **Inseminación heteróloga:** Entendida como inseminación por donante, tercero o supra conyugal, es decir, aquel procedimiento llevado a cabo en un laboratorio donde se da tratamiento al material genético que es aportado por un donante. También se le denomina inseminación supra conyugal o también llamada inseminación heteróloga, el cual no otorga ningún tipo de seguridad jurídica por cuanto la persona que aporta el material genético carece de capacidad de responder sobre obligaciones relacionadas a derechos sucesorios, alimentos, o incluso el reconocimiento de los hijos nacidos producto de la inseminación artificial.

También se le denomina *artificial insemination with donor* que traducido significa “inseminación artificial de dador”, se produce a través de la participación de una tercera persona que no forma parte del vínculo conyugal, este individuo cumple el rol de aportar el material genético sin tener ningún tipo de responsabilidad civil sobre el nuevo ser. Entonces, para que se materialice la inseminación artificial se requiere de un donante, el mismo que puede ser de carácter voluntario o por medio de una retribución económica por lo que podría tratarse de una persona conocida o no por los cónyuges, lo cual implicaría también la posibilidad de escoger al donante por sus rasgos, edad, condición física entre otras características particulares.

Al respecto sobre los efectos de este tipo de inseminación en la legislación nacional se encuentra previsto en el artículo 361° del Código Civil Peruano con la siguiente

expresión “*pater is est quen justae nuptias demonstrant*” que significa que el nacido dentro del matrimonio o de los 300 días se considera hijo del marido, lo cual constituye siendo una presunción *juris tantum* es decir creíble hasta que se compruebe lo contrario. Por otra parte, si bien prima el anonimato del dador de semen, habría casos (médicos) en los que se requiere conocer la identidad del donante, muchos autores refieren que se tendría que hablar de un donador cuya identidad no sea completamente anónima o dicho de otra forma sería relativa al existir la necesidad de proporcionar las particularidades genéticas del donador, siempre que exista un mandato imperativo, que procure el bienestar del ser humano recién nacido.

En la doctrina nacional encontramos que la teoría de la técnica de producción interconyugal es aceptada en consenso, mientras que su contraparte, entiéndase que las técnicas de reproducción supra-conyugal ofrece una serie de dificultades a diversos niveles que han sido tratados por la jurisprudencia. Por ejemplo, el caso donde el marido presta su consentimiento para la fecundación, luego niega su paternidad; también el caso donde se aplica la fecundación sin aprobación del esposo, alimentos entre otros. Esta situación debe generar una política de estado, protegiendo el núcleo familiar. Resultan innegables las repercusiones que puede generar la inseminación homologa, por una parte, se infringe el derecho del no nacido a conocer o contar con una identidad genética y del tercero donador a estar al corriente de su material genético.

Resulta importante conocer que la fecundación artificial, específicamente la fecundación extracorpórea no implica necesariamente conseguir un beneficio para los seres vivos, por cuanto existen determinadas circunstancias donde se hacen uso de estos experimentos contrarios a la dignidad del ser humano, vulnerando normas de la de orden público, buenas costumbres y la paz en la sociedad.

Existen autores que consideran adicionalmente a estas dos categorías una tercera conocida como inseminación artificial mixta:

- **Inseminación mixta:** Este tipo de técnica de producción denominada *mixta* también recibe el nombre de combinada, coctel de semen, confusa es aquella que se obtiene mezclando el material genético del marido con el de una tercera persona. Tiene por finalidad generar una mayor probabilidad en las perspectivas de los progenitores, quiere decir que al mezclar el competente genético del marido, se estimulan las posibilidades

de su paternidad, creando la figura de que fue su esperma, y no la de esta tercera persona (donador) la que hizo posible la fecundación del ovulo de su cónyuge o de su conviviente.

Para muchos sistemas la inseminación mixta no resulta más que una variación de la inseminación heteróloga, mientras para otras, se trata de un mecanismo distinto de aplicación del material genético.

### **1.9. Maternidad Subrogada (Ventre de alquiler)**

Existe un vacío normativo, la maternidad subrogada no se encuentra regulada en nuestra legislación por lo que no podría considerársele un delito o un hecho ilícito.

En la legislación nacional tácitamente se encuentra prohibida fecundación por ovodonación, embrio-donación y la maternidad subrogada. En ese sentido, el artículo 7° previsto en la Ley General de la Salud N° 26842 señala que la persona humana tiene derecho a emplear el método para tratar su infertilidad, procreando por medio de la técnica de reproducción asistida, si bien, no existe una regulación expresa que brinde una definición sobre madre sustituta, puede entenderse como aquel supuesto donde una mujer accede a ser inseminada científicamente con el material genético del cónyuge de otra mujer, bajo la obligación de conferir al recién nacido a los cónyuges.

En este supuesto el cónyuge mujer no presenta problemas de infertilidad, por medio de una transacción (contrato) acuerda con otra mujer para que lleve todo el proceso de embarazo en su reemplazo, con la condición de ser inseminada científicamente con el material genético de su marido o conviviente. No existe derecho de la madre subrogada de obtener la permanencia o tenencia del menor, siendo que el vínculo entre las partes culmina con el nacimiento del menor.

#### **1.9.1. Concepto:**

Para la ciencia del derecho el termino subrogar se entiende como la sustitución de una persona o cosa en lugar de otra, la doctrina mayoritaria la define como la situación donde una persona es sustituida en su función, es decir, se trata de una situación donde los cónyuges o convivientes pactan con una tercera persona (otra mujer) quien por medio de las técnicas de inseminación asistidas concebirá un nuevo ser, el mismo que será entregado a los cónyuges una vez producido el nacimiento del menor.

En ese sentido, según refiere Varsi (2017) la maternidad subrogada se presenta en dos niveles: madre denominada portadora y la madre por embriocesión, en el primero de los casos la mujer genera óvulos, sin embargo le es físicamente imposible gestar por lo que busca a otra mujer para que apoye en dicha labor se produce un caso de trigeneración humana (esperma del marido, óvulos de la esposa y, una tercera persona que cumple la función de mujer gestante); en el segundo caso (llamada Embriodonación) se da a consecuencia de una infertilidad completa, estamos en un caso donde existe un cedente de esperma, otra mujer que ceda su ovulo, para que sea fecundada y lleve a cabo el proceso de gestación.

Se trata entonces de una fragmentación de la labor materna, diferenciándola entre una “maternidad genética” como aquella que aporta parte de su información genética y una “maternidad gestacional” de aquella que presta su vientre en alquiler. Así, también pueden generarse una serie de conflictos al no encontrarse regulada dentro de un marco normativo, ¿esta situación repercutirá en el concebido? ¿Quién será considerada como madre?, de ahí de la necesidad de establecer un procedimiento claro en la relación de todas las personas participantes, incluyendo al niño que se encuentra por nacer. (Chavez, 2009).

Existen diversas maneras en las que se puede desarrollar la maternidad subrogada, los mismos que pueden presentarse del siguiente modo:

#### **1.9.1.1. Maternidad subrogada - portadora:**

En este supuesto la madre biológicamente genera óvulos, pero presenta una deficiencia que le permite concebir, coloquialmente se trata de un préstamo de útero, la mujer puede generar óvulos, pero presenta un impedimento físico o deficiencia uterina que dificulta que por su propia cuenta pueda gestar, con el apoyo de una tercera persona se busca suplir esta deficiencia, a fin de que esta persona brinde una solución biológica a este problema.

En consecuencia, se trata de una trigeneración humana y una maternidad parcial, donde se producen tres momentos que se pueden diferenciar entre ellas, por una parte, a). Ocurre con el aporte de esperma del cónyuge; b) también por el aporte del ovulo de la cónyuge y c) con el vientre de una tercera persona donde se va a gestar el concebido. Asimismo, excepcionalmente se ha producido el caso de una doble maternidad portadora, es decir, en ese caso existen dos madres que genéticamente no pueden engendrar hijos, por lo que,

mediante esta técnica se concibieron dos fetos genéticamente distintos pero engendrados en el mismo útero de una mujer.

### **1.9.1.2. Maternidad subrogada - sustituta:**

Este es el caso de la mujer que no forma óvulos, a diferencia de la paternidad portadora donde la madre si los genera, se presenta una incapacidad ovárica de la madre, en consecuencia, por este proceso se busca a una tercera persona (mujer) con la que realizar el proceso de fecundación y continuar con el embarazo. Evidentemente, en este supuesto la maternidad no sería parcial, sino que se trataría de una maternidad completa, donde coincide por un lado el material genético del marido (espermatozoide) y el proceso de inseminación en una tercera persona de sexo femenino. Nos encontramos en un supuesto donde no existe una paternidad mediante sustitución, sino el caso donde una tercera mujer es quien procrea y al mismo tiempo quien lleva el proceso de embarazo.

### **1.9.1.3. Ovodonación:**

Es una maternidad de tipo parcial, en este supuesto la mujer presenta una deficiencia patológica ovárica significa que la cónyuge es biológicamente capaz de gestar, pero presenta insuficiencia ovárica, necesitando de una tercera persona para que acceda a donar sus óvulos, para que unidos al espermatozoide masculino puedan procrear un nuevo ser humano. En este supuesto se produce la trigeneración humana donde se requiere para la procreación humana el espermatozoide del cónyuge; el ovulo proporcionado por una tercera mujer y, finalmente el proceso de gestación por parte de la cónyuge. En ese sentido, por la ovodonación la mujer que procrea es una persona distinta a la que lleva a cabo el proceso de gestación.

En el caso del tratamiento que se le da a la fecundación en España, lo que se busca la donación de óvulos por parte de mujeres sanas para sean fecundados mediante la FIV basado en una serie que cuestionamientos tales como el número elevado de mujeres que tienen incapacidad o sufren de esterilidad, el bajo porcentaje de éxito de las técnicas FIV para su costo, el porcentaje de éxito de la fecundación es del 50% cuando la donante es menor de 30 años mientras que tratar la gestación por medio de un proceso de estimulación ovárica la probabilidad de éxito se reduce a menos de la mitad.

#### **1.9.1.4. Embriodonación:**

Se trata de un supuesto de infertilidad completa por parte de ambos cónyuges, por una parte, la mujer carece de la capacidad de generar óvulos o poder embarazarse mientras que su cónyuge es infértil, por lo tanto, se debe recurrir a terceras personas (a un hombre que acceda a donar su espermia y una mujer que done su óvulo para fecundarlo y preste su útero) para gestar. Es un caso de multi-generación donde el cónyuge es estéril, la persona que procrea es distinta a la gestante y, el embrión es donado por una pareja cedente.

#### **1.9.2. Regulación en el ámbito jurídico:**

En la legislación el uso de las técnicas de producción asistida o fecundación artificial como un medio para facilitar la maternidad subrogada constituye una acción con carácter ilegal, por los siguientes motivos:

- Se trata de un objeto física o jurídicamente imposible o indeterminable
- Resulta naturalmente contradictorio a la filiación.
- Resulta contrario al ordenamiento público el uso de las técnicas de reproducción, por cuanto se trata de la manipulación del ser humano.
- El acto deviene en nulo cuando su fin sea ilícito.
- Contradice la figura jurídica de la adopción.
- Puede llegar a tipificarse como actos delictivos sobre trata de menores, reconocimientos adulterados, ficción de parto entre otros.
- Atenta con la moral y las buenas costumbres.

#### **1.9.3. Legislación comparada de la maternidad subrogada:**

En el Perú se realiza con mayor frecuencia las técnicas de reproducción asistida, los avances de las técnicas de inseminación generan un abanico de situaciones no reguladas por el Derecho Genético, produciéndose la lógica necesidad de cubrir dicho vacío normativo, dotando de leyes especiales al legislador para resolver aquellas controversias de se deriven del exceso de la ciencia en la manipulación genética del ser humano.

Sin embargo, si bien existen deficiencias en nuestro sistema jurídico, encontramos normas reguladoras en la legislación internacional que orientan sobre la manipulación de las técnicas de reproducción asistida o fecundación artificial también conocidas como “TRAS”, se

advierde que en otros países es un tema de relevancia no solo a nivel científico, también alcanza una naturaleza jurídica, lo que ha generado una regulación especial distinta a las demás ramas del derecho, dentro de los países que dedican destina teoría, doctrina o documentos referentes a la aplicación en la actualidad son:

### **1.9.3.1. Gran Bretaña**

Se da el conocido informe Warnock Se trata de un informe redactado en 1984, entre abogados, médicos, teólogos, entre otros especialistas, todos ellos presididos por Mari Warnock, haciéndose público el 19 de julio del mismo año, conteniendo 63 recomendaciones: 33 sobre licencias para regular servicios clínicos y de investigación, 7 sobre programas de infertilidad del servicio Nacional de Salud y 23 sobre leyes británicas. Entre sus recomendaciones sugirió declarar ilícito todo acuerdo que impliquen actos de maternidad subrogada, prohibir la instauración de entidades que sirvan como medio para captar a terceras personas que accedan a ofrecerse en vientres de alquiler o sirvan como mujeres suplentes.

Con la aprobación de la Ley de acuerdos de subrogación en 1985, se prohibieron todo tipo de acuerdo comercial entre personas que impliquen algún trato sobre algún tipo de gestación mediante la subrogación.

Entre las conclusiones más saltantes se encuentran las siguientes:

- Rechazar la maternidad alquilada.
- Se establecen límites a la cantidad de óvulos femeninos o espermatozoides masculinos respecto de los cuales se puede disponer su donación.
- Solo se permite la comercialización del semen, óvulos o embriones con autorización bajo licencia. (Anonimato de los receptores como de los donantes)
- Se determina que los cónyuges o convivientes que sean registrados como tal, resultan legítimos padres de los hijos consecuencia de la donación.
- Emplea el semen congelado de cónyuge que hubiese fallecido, permitiendo la inseminación del ovulo de la viuda, más el niño no tendrá derecho a sucesión o herencia del padre.
- Los niños que hubiesen sido concebidos mediante el uso de algún tipo de técnica de reproducción asistida gozan de la prerrogativa de conocer su origen genético.

- La fertilización in vitro deberá aplicarse en parejas estables, no pudiendo hacer uso de ellas ´personas individuales, homosexuales, lesbianas, etc.

### **1.9.3.2. Australia:**

Se promulga la primera Ley General sobre Reproducción Artificial (Victoria – Australia 1984). Se redactaron un total de 54 recomendaciones, bajo la dirección del profesor de leyes Louis Walter. Muchas de estas recomendaciones fueron escritas en leyes referentes al status de niños e infertilidad. Por otra parte, esta ley declara ineficaz cualquier tipo de contrato y castiga penalmente a los sujetos que participen directa o indirectamente del acuerdo entre las partes. Asimismo, en el estado de Nueva Gales del Sur se han dictado medidas sobre técnicas artificiales precisando que en casos de maternidad subrogada los donadores no detentan derechos sobre los nacidos.

### **1.9.3.3. Suecia:**

En la legislación sueca se prohíbe la maternidad subrogada. En 1985 se crea la Ley 1139 sobre filiación, adopción y tutela, regula la inseminación artificial. En esta legislación se prevé que el padre legal de un niño es el cónyuge o conviviente de la madre, aunque sea a través de un donante. Po otra parte, prohíbe la inseminación artificial cuando se hubiese concertado una retribución, y niega la posibilidad de adopción del o la contratante.

### **1.9.3.4. Estados Unidos:**

Es en Estados Unidos, donde se forma una comisión nacional encargada del estudio fetal, y de experimentación con fetos. Posteriormente se formó una junta consultiva ética formándose recientemente la comisión presidencial sobre Bioética, apreciándose que en diversos estados se encuentra tipificado como un delito entregar algún tipo de contraprestación para lograr la adopción de un menor.

En la legislación estadounidense se han dado casos significativos, como es -Doe versus Kelly- donde un tribunal en Michigan rechazo obligar a los demandados a cumplir con el pago acordado por el alquiler de vientre de la gestante. En 1981 se declararon ilegales aquellas transacciones que impliquen emplear la figura de la maternidad sustituta o subrogada. Asimismo, en el caso Baby M en 1988 el Tribunal Supremo de Estados Unidos en Segunda Instancia resolvió declarar ilegal el contrato que produce una ganancia

económica, esta situación infringe la ley y es contraria a la política del estado, por lo que este tipo de contratos resultan nulos e ineficaces. Asimismo, se descartan derechos y obligaciones sobre la nacida, determinándose que dentro de esta legislación las relaciones maternas filiales son entendidas como relaciones que mantiene un interés público.

#### **1.9.3.5. España:**

En esta legislación las TRAS se encuentran reguladas en la Ley 35 de 1988, tiene consigo una serie de artículos que prohíben la aplicación y tratamiento en España, sin embargo, no regula el supuesto de hecho donde su aplicación se realiza fuera del marco normativo, las normas más resaltantes son las siguientes:

- Debe existir un consentimiento expreso.
- Está permitido que las parejas, así como las madres que no tuviesen compromiso tengan la posibilidad de acceder a la reproducción asistida también llamada fecundación artificial.
- Se encuentran prohibidos experimentos como la clonación, la partenogénesis, etc.
- Regula el uso de las TRAS con una finalidad de solución a la esterilidad de los seres humanos, siempre que se hubiese intentado con distintos procesos.
- Se puede preservar por un plazo de 5 años el semen y pre embriones.
- Establece que la donación del material genético consistente en gametos, embriones deben tener un carácter formal, confidencial y sobre todos ser gratuitos
- El proceso de fecundación humana debe realizarse con una finalidad reproductiva o buscando la procreación, rechazándose cualquier motivación distinta.
- Aquel documento suscrito por partes donde se acuerde dar en alquiler un vientre acarrea su nulidad.

#### **1.9.3.6. Finlandia**

Es en Finlandia en 1984 que se aprueba la declaración de Helsinki sobre fertilización in vitro, esta declaración crea un organismo internacional en el campo de la ética, en la cual intervendrían consejeros de diversos países, quienes se encargarían de establecer las bases éticas y científicas, para la realización de la fertilización in vitro.

### **1.9.3.7. Canadá:**

Se establecieron 65 recomendaciones a favor de la reproducción artificial (Comisión de Reforma Legal). En ella, se permite que las técnicas sean utilizadas ya sea por parejas estables o solteras, autorizándose el funcionamiento de bancos que compren y vendan esperma, óvulos y embriones, debiendo hacer un pago el cual será para cubrir el costo del almacenamiento.

### **1.9.3.8. Alemania:**

En el régimen alemán en 1984 se constituyó una comisión que establecería los nuevos mecanismos para el uso de la fertilización in vitro, en esta legislación constituía un factor preponderante para el correcto desarrollo del ser humano la relación que se mantiene entre la madre gestante y el no nacido. Podría darse el supuesto que al nacer con deficiencias patológicas (física o mental) no quieran hacerse cargo del nacido. Podría suceder que la mujer que alquilara su vientre para llevar un embarazo fecundado artificialmente no guarde los cuidados necesarios, contrariamente al sentimiento de protección que tendría su verdadera madre de concebir a su propio hijo. Por ello, se dictaron normas por parte del congreso alemán vigentes desde 1991 prohibiendo la maternidad por subrogación y todo tipo de comercialización sobre temas de esta naturaleza donde obre de por medio una contraprestación económica de los contratantes.

### **1.9.3.9. Francia.**

En la legislación francesa se rechaza la maternidad subrogada sobre la base que este tipo de inseminación pone en grave riesgo la situación del no nacido, con las problemáticas que se podrían generar entre la madre gestante, los cónyuges o cualquier otra persona que directa o indirectamente forme parte de esta acción. En el caso de Francia ha sido rechazado por la el "Comité National d' Ethique" que traducido significa "Comité Consultivo Nacional de Ética" cuya función es asesorar al gobierno francés sobre temas relacionados a la bioética.

### **1.9.3.10. Brasil.**

En esta legislación no existe una norma jurídica que regule la figura legal de la maternidad subrogada, sin embargo, si encontramos una resolución emitida por el Consejo Federal de Medicina - CFM N° 1358/92 que abarco en un apartado sobre la gestación de sustitución,

planteándonos aquel supuesto donde la clínica puede recurrir a un embarazo por reemplazo, cuando la gestación de la madre biológica sea imposible. Si bien existe una regulación, lo hace bajo determinados parámetros precisando que esta tercera persona -entiéndase la portadora- deberá tener un parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad debiendo ser la familia de la madre.

Caso distinto se requiere la autorización de un consejo de medicina. Según la Constitución Federal de Brasil la entidad corpórea de los seres vivientes no se encuentra al alcance del comercio jurídico, por lo tanto, se halla excluido de toda práctica que pretenda lucrar con la materia humana.

#### **1.9.4. Documentos Internacionales**

Dentro de la legislación comparada se han aportado importantes documentos sobre el uso y aplicación de las técnicas de reproducción asistida o la fecundación artificial (TRAS). Concordante con los grandes avances científicos biológicos, son varios los países quienes se han preocupado en darle un tratamiento especial y solución a los problemas suscitados. Dentro de los principales documentos que se han dado a lo largo de la historia podemos mencionar:

##### **1.9.4.1. Código de Núremberg**

Con el Código de Núremberg en 1947 redactado por la Asociación Profesional Médica Mundial que representa a la Confederación Internacional de Profesionales de Médicos, nace como consecuencia del Juicio de Nürember realizadas durante la época nazi donde se produjeron graves atentados contra los derechos humanos, se fijan los primeros alcances para un consentimiento informado sobre las prácticas de investigación humanas.

Está conformado por diez principios relacionados a experimentos médicos, dentro de los cuales señala:

1. La voluntad materializada en el consentimiento humano resulta fundamental.
2. Debe existir una razón o justificación que motive la realización del experimento, basarse en estudios previos en animales o estudios desarrollados en el transcurrir del tiempo, que brinden alcances sobre la enfermedad.

3. La investigación debe generar resultados positivos para la sociedad, siempre que estos resultados no puedan ser obtenidos por otras formas.
4. Se debe procurar el uso de todo aquel sufrimiento innecesario de índole mental o físico.
5. Se prohíbe la realización de experimentos cuando exista duda razonable sobre el resultado del mismo (daño, muerte, etc.), exceptuando aquellos casos donde son los mismos médicos quienes cumplen la función de sujetos del estudio.
6. El riesgo en la búsqueda de alcanzar una solución al problema no debe ser contraria a los intereses de la humanidad.
7. Deben brindarse las garantías necesarias en la experimentación a fin de evitar algún tipo de discapacidad, muerte entre otros
8. Todas las etapas del experimento son trascendentales, por ello se requiere de profesionales con capacidades o destrezas específicas para tal fin.
9. La persona debe tener capacidad para detener el procedimiento científico, cuando se considera que no puede continuar con el mismo sin recibir algún tipo de consecuencia.
10. Finalmente, el medico en actuación de su juicio clínico, buena fe deberá detener el experimento si determina que el resultado del mismo puede generar algún tipo de lesión.

#### **1.9.4.2. La declaración de Helsinki de la AMM**

Este documento fue aprobado en 1989 por la Asamblea Medica Mundial en sus siglas AMM, conocido como la Declaración de Helsinki se constituye como un conjunto de postulados de carácter ético, lineamientos a seguir para la investigación que se practique en los humanos. Inicialmente fue creado para servir como guía de aquellos profesionales que se especializan en la investigación de los seres humano, siempre ponderando un principio de primacía donde el bienestar de los ciudadanos se encuentra por encima de los intereses científicos.

Para Mosquera (1997) en su obra “Derecho y Genoma Humano” todo tipo de investigación deberá tener un componente experimental previo hecho en laboratorios y practicado preliminarmente en animales. Debiendo considerar que el procedimiento solo puede ser realizado por profesionales que se encuentren calificados, para tal fin, estas prácticas experimentales deberán contar con la vigilancia de otro especialista.

Por otra parte, este documento presenta del mismo modo una serie de principios generales entre los cuales podemos resaltar:

- Se permite el avance de la ciencia médica, debiendo considerarse como última posibilidad la investigación en seres humanos.
- No obstante, su estudio puede generar conocimiento científico, pero nunca debe primar o ser más importante que los derechos y deberes de los ciudadanos.
- Se basa en principios éticos, que promuevan el respeto de los seres humanos.
- Es deber de la ciencia médica y de quienes la practican cautelar la vida, salud, la reserva de la información, entre otros de aquellas personas que son objeto de investigación. Esta obligación de prestar la confidencialidad debe siempre recaer en un profesional de la salud.

El personal científico debe ser calificado, por lo tanto, deben contar con principios legales, éticos que puedan propiciar el proceso de investigación dentro del territorio nacional, o cumplir con los parámetros internacionales.

#### **1.9.4.3. Informe Warnock**

El informe Warnock trata sobre un documento elaborado en 1978 por una Comisión de Educación británica, esta comisión fue dirigida por la filósofa británica Helen Mary Warnock, quien busco aportar una solución a las carencias del sistema educativo británico, postulando que bajo ninguna circunstancia algún niño puede ser considerado no educable, no obstante, su gravedad o dificultad. El derecho a la educación es un principio universalmente reconocido, por lo tanto, aplicables para todos con las particularidades de cada caso sean favorable o no.

La elaboración de este informe tuvo como finalidad las siguientes premisas:

- a) Tiene por finalidad otorgar conocimiento al ser humano respecto del mundo en que lo rodea, comprender sus alternativas y las responsabilidades que tiene en el mundo y en sí mismo.
- b) Busca que los seres humanos sean capaces de identificar sus propias posibilidades y encaminar su destino, busca entregar los mecanismos necesarios para hacerlo una persona capaz de desarrollarse de forma autosuficiente en el mundo que actúa.

El documento trata sobre una educación especial, por lo que debe entenderse que, no obstante, la educación tiene por sí misma una finalidad y satisface necesidades generales al común de las personas, de forma individual cada ser humano tiene necesidades específicas, lo cual va a determinar que se requiere para completar su progreso total. Entonces, se debe tratar de satisfacer aquellas necesidades primarias (especiales) para lograr en la medida de lo posible alcanzar los fines educativos para cada persona.

### **1.10. La Genética en la Legislación Peruana:**

La ciencia genética en los tiempos actuales surge como un apoyo a la solución de conflictos generados de la relación interpersonal de los seres humanos, de ahí que en la legislación peruana se venga desplegando de manera trascendental, brindando una solución científica a sus problemas.

Por lo tanto, existe la irremediable necesidad de regular el desarrollo de la ciencia genética, en ese sentido el derecho genético debe dotar de normas claras, que permitan al usuario conocer la posición del estado respecto de las repercusiones de índole legal generadas por el estudio y/o aplicación de las técnicas de fecundación artificial, en donde exista manipulación del material genético de las personas.

Si bien en la legislación nacional, la regulación jurídica entorno al Derecho Genético no es muy amplia, hay ciertos cuerpos normativos dentro de nuestro sistema, que tratan de brindar un tratamiento a conflictos jurídicos que se pudieran suscitar, tratando de esta manera de prever ciertas circunstancias que son actuales y contemporáneas con el derecho, pero que nuestra legislación no abarca como se esperaba.

El Perú ha mostrado ciertos avances respecto a la ciencia genética que manipula el ADN con el único fin de brindar un soporte a los seres vivos y su descendencia. En ese sentido, el derecho genético se encuentra relacionado en la legislación nacional con las siguientes normas:

#### **1.10.1. Código Civil Peruano:**

A la fecha se han reformado diversos artículos del código civil peruano regulando de forma específica la manifestación de la paternidad y maternidad mediante la Ley N.º 27048,

publicada el 06 de enero de 1999. En ese sentido encontramos los siguientes temas que han sido objeto de regulación en nuestro ordenamiento legal:

- Regula los requisitos para la admisión de medios de prueba de carácter genética, biológica, entre otras previstas en el artículo 1° Ley N.° 27048.
- Establece aquellos supuestos donde el cónyuge puede negar su paternidad cuando considere que existen dudas razonables que le permitan sospechar que es el padre biológico del hijo nacido de su cónyuge (Artículo 363° del CC.)
- También regula aquellos casos donde la paternidad fuera del matrimonio puede ser declarada judicialmente (Artículo 402° CC).
- Regula aquellos procesos referidos al reconocimiento de paternidad o maternidad fuera del matrimonio precisando que es aceptable la prueba biológica, genética u otra de eficacia científica (Artículo 413° CC)
- Se establece las consecuencias derivadas de la aplicación de la prueba en el Artículo 3° de la Ley N.° 27048, el monto que hubiese resultado del examen de ADN será restituida por quien resulte ser la parte demandada en un proceso, si se declarase judicialmente su paternidad o maternidad.
- El artículo 4° de la referida ley precisa los mecanismos necesarios para aquellas personas que deseen someterse a las pruebas de ADN debiendo acogerse supletoriamente al Código Procesal Civil Peruano específicamente los artículos 179° al 187° del citado cuerpo adjetivo.
- Finalmente, en su artículo 5° de la indica ley prevé la figura de la responsabilidad por mala fe, precisando que deberá pagarse una indemnización si se comprueba que con mala fe se obtiene una declaración de maternidad apoyándose en algún método científico o en una prueba de ADN.

### **1.10.2. Código Penal Peruano:**

Por su parte, el código penal peruano en su capítulo II prevé aquellos delitos que atenten contra la vida, el cuerpo y la salud de los seres humanos, identificando en la legislación nacional figuras jurídicas de carácter penal como el aborto, en sus diversas manifestaciones como el aborto consentido, no consentido, sentimental, eugenésico entre otros.

De este modo, encontramos que los artículos 114° al 120° del código penal peruano el legislador ha previsto la figura del aborto siendo los principales los siguientes:

- Prevé la figura del auto aborto como aquel caso donde la propia mujer origina su aborto o presta su consentimiento (artículo 114° del C.P.)
- Prevé el aborto voluntario también llamado consentido previsto en el Artículo 115° del CP y, el aborto sin consentimiento Artículo 116° del C.P., entendiendo al primero como aquella situación donde se practica el aborto mediando consentimiento y, por otra parte, el segundo donde la gestante no presta su consentimiento para dicho fin.
- También codifica la figura del aborto terapéutico de Artículo 119° del C.P. precisando que el hecho no será punible, si el accionar del profesional médico es el único método que permita evitar poner en riesgo la vida de la madre gestante, siempre que medie el consentimiento previo de alguno de los cónyuges.
- El aborto denominado sentimental y eugenésico previsto en el artículo 120° del CP que sanciona penalmente cuando sea consecuencia de una inseminación sin consentimiento, por una violación sexual o cuando se hubiese determinado científicamente que el nacido puede presentar problemas físicos o psicológicos.

### **1.10.3. Código de los Niños y Adolescentes:**

Entendido como un cuerpo normativo que determinan las bases de ordenamiento jurídico nacional regulando los Derechos Humanos de niñas, niños y adolescentes, buscando prohibir la manipulación genética expresamente. Se busca dar protección del concebido de aquellos experimentos que supongan poner en riesgo al ser humano en todas sus dimensiones, es decir de modo integro. Sin embargo, no establece límite sobre las intervenciones terapéuticas. Jurídicamente tiene como antecedente el tratado internacional de las Naciones Unidas que motivó la Convención de los Derechos del Niño, que represento una respuesta adoptada por la cumbre mundial en favor del desarrollo sostenible de la niñez realizado el 30 de septiembre de 1990, donde se resaltó la importancia de la protección del niño como medio de progreso para todas las naciones del mundo.

De la revisión del Nuevo Código de los Niños y Adolescentes se verifica que el artículo 1° regula el derecho de los seres humano a la vida, integridad de los infantes, manifestando expresamente la prohibición sobre el uso de las técnicas de reproducción asistida.

- El artículo 1° del código de los niños y adolescentes protege el derecho a la vida de los menores de edad custodiando su integridad a partir del momento donde se produce la concepción; sin embargo, precisa que al concebido se le protege de los actos de manipulación genética que contravengan o vulneren su proceso de desarrollo.

Lo que se debe evitar es atentar contra la unidad psicosomática del sujeto de derecho, estableciendo límites que no excedan su propósito o fin, que es el ser aplicado en el beneficio humano. Sin embargo, resulta factible la aplicación de una serie de mecanismos o tratamientos que permitan al concebido evitar el padecimiento de una enfermedad de naturaleza genética.

Por otra parte, resulta importante mencionar sobre lo acotado en el párrafo anterior, el artículo 1° del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes practica una división bipartita sobre la determinación legal del niño en la legislación, regula que niño se entiende desde el momento de la concepción hasta que se cumpla los 12 años, mientras que los adolescentes serán comprendidos desde los 12 años hasta que cumpla la mayoría de edad, precisando como una suposición *ipso jure*, es decir de pleno derecho, que mientras que no se pruebe lo contrario se supone como niño o adolescente a la persona.

#### **1.10.4. Ley General de Salud:**

Dentro del marco regulador del estado se encuentra la Ley General de la Salud Ley N.º 26842 que reconoce jurídicamente el derecho de los seres humanos que presenten algún tipo de deficiencia patológica (infertilidad) que le impide fecundar, puedan hacer uso de técnicas reproducción asistida o fecundación artificial. A nivel mundial existen diversos métodos empleados en la fecundación In-Vitro encontramos la congelación de gametos, congelación del espermatozoide, entre otros. Nuestra legislación no es ajena a esta situación.

En ese sentido, encontramos que en la Ley General de Salud N° 26842 prevé en su artículo 7° el siguiente supuesto jurídico:

- Regula que existe el derecho de las personas de asistir con determinados tratamientos buscando solucionar el problema de infertilidad mediante el uso de las técnicas de reproducción asistida, siempre que exista un consentimiento previo dado de forma expresa por los padres que se encuentre refrendado en un documento. Prohibiendo manifiestamente la clonación y la fecundación con fines diferentes a la procreación.

Cabe mencionar que la norma en análisis ha precisado que es posible el uso de las técnicas de reproducción asistida siempre que la situación genética y gestante de la madre recaiga en idéntica persona, esto nos permite inferir que nos encontramos en un supuesto donde la infertilidad deriva o es consecuencia del hombre.

Según refieren Helfer y Baltazar (2018) resulta una necesidad la derogación del Artículo 7° de la LGS, dotando de una norma que la sustituya a fin de regular debidamente las TRAS en concordancia con la realidad de los seres humanos en ejercicio de la aplicación de la fecundación asistida, en coherencia con el ordenamiento jurídico constitucional por cuanto, nuestro marco legal se ha visto superado, existiendo fallos judiciales que desconocen el mandato legal del Artículo 7° de la LGS.

### 1.11. Análisis de Casos Jurisprudenciales (Sentencias)

**Tabla 1**

*Cuadro N° 01 - Ficha de Información de Caso*

<b>DATOS DEL CASO</b>	
<b>UBICACIÓN:</b>	Tribunal Constitucional del Perú
<b>EXPEDIENTE:</b>	STC N° 02005-2009-PA/TC
<b>DEMANDANTE:</b>	ONG "Acción De Lucha Anticorrupción"
<b>DEMANDADA:</b>	Ministerio de salud
<b>MATERIA:</b>	Recurso de Agravio Constitucional
<b>HECHOS DEL CASO</b>	
<ul style="list-style-type: none"> <li>- Con fecha 29 de octubre del 2004 la ONG “Acción de Lucha Anticorrupción” interpone demanda de amparo contra el Ministerio de Salud, con el objeto que dicha dependencia se abstenga iniciar el programa de distribución de la denominada “Pastilla del Día Siguiente”.</li> <li>- La ONG demandaba que el MINSA autorizo la distribución gratuita de la denominada “Píldora del día siguiente” al considerarla como un método anticonceptivo, cuando no existe una adecuada información sobre el medicamento y sus propiedades abortivas, lo cual implica un peligro de asesinato masivo.</li> <li>- El Pleno del Tribunal Constitucional por mayoría –con voto singular de los magistrados Landa y Calle- declaro fundada la demanda y ordenó que el MINSA se</li> </ul>	

abstenga de desarrollar como política pública, la distribución gratuita a nivel nacional de la Píldora del día Siguiente por considerar que la concepción de un nuevo ser humano se origina con el proceso de fecundación.

- Quiere decir, con la fusión de las células maternas y paternas, dando origen a una nueva célula llamado cigoto, existiendo duda razonable respecto a si la “Píldora del día siguiente” impide la anidación del cigoto o cigoto en el endometrio del útero de la mujer (capa interna del útero), dado la inseguridad que genera que la píldora tenga efectos abortivos los colegiados del tribunal constitucional sobre la base de los principios pro homine, pro debilis y precautorio, ordena que el MINSA se abstenga de distribuirla fin de garantizar la vida del concebido.

### DECISIÓN

Declarar FUNDADA la demanda; en consecuencia, ordenase al Ministerio de Salud se abstenga de desarrollar como política pública la distribución gratuita a nivel nacional de la denominada "Píldora del Día Siguiente"

**COMENTARIO:** Mediante la presente sentencia del Tribunal Constitucional se advierte la necesidad legislativa, que implica una debida regulación y marco normativo, que normalice situaciones jurídicas donde exista Litis sobre el inicio de la vida. La sentencia no podía resolverse sin que los miembros del tribunal optaran por alguna de las teorías que sustentan este problema, por lo que resolver si el uso de la píldora del día después o siguiente es contrario al derecho del concebido que tiene a vivir, situación que debería contener una base científica. Conuerdo con la crítica realizada a la resolución emitida por el Pleno del TC que se ha inclinado por la teoría de la fecundación bajo criterios de razonabilidad, los asuntos que ahí se discutían son cuestiones que competen a la ciencia genética. Si bien el ordenamiento peruano presenta falencias a nivel jurídico, no existe norma legal que defina expresamente cuando se produce la concepción, pero si sanciona el aborto considerándolo tácitamente desde el embarazo (artículo 114 al 120 del Código Penal) por lo que se entendería que la píldora del día siguiente no es abortiva, al actuar antes que exista vida humana. Cabe precisar que los votos en minoría de los magistrados Landa y Calle, resuelven que inclinarse por alguna teoría que trate de explicar en qué momento se da inicio a la vida son casos que corresponden ser estudiados por la genética o la ciencia médica, por lo tanto, estos hechos no correspondían ser valorados para dar solución al debate si la píldora del día después (PDS) atenta de forma evidente contra el derecho la vida de los seres humanos.

**Tabla 2***Cuadro N° 02 - Ficha de Información de Caso*

<b>DATOS DEL CASO</b>	
<b>UBICACIÓN:</b>	La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de la República
<b>EXPEDIENTE:</b>	CAS. N° 4323-2010 Lima
<b>DEMANDANTE:</b>	PRANOR SRL (Instituto de Ginecología y Reproducción – Clínica de Fertilidad Asistida y Ginecología Concebir)
<b>MATERIA:</b>	Nulidad de Acto Jurídico
<b>HECHOS DEL CASO</b>	
<ul style="list-style-type: none"> <li>- El Instituto de Ginecología y Reproducción - Clínica de Fertilidad Asistida y Ginecología Concebir, y la señora María Alicia Alfaro Dávila, interponen recurso de casación contra la sentencia de vista expedida por la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaro fundada la demanda de nulidad de acto jurídico. Ambos recurrentes alegaron que la Sexta Sala Civil yerra al interpretar el artículo 7- de la Ley General de Salud, en cuanto considera que dicha disposición prohibiría la ovodonación, lo cual considera sí estaría permitido.</li> <li>- La infracción normativa se sustenta sobre la base del convenio de realización de técnicas de reproducción asistida, el tratamiento se realizó mediante la técnica denominada Fecundación in vitro (FIV) quiere decir mediante el proceso de extracción del semen masculino combinado con el óvulo femenino, lo cual se conoce como “técnica de Ovodonación” técnicas realizadas científicamente en un laboratorio.</li> <li>- Esta técnica usa material genético donado de forma anónima, los gametos son aportados por terceras personas y no representa una situación de lucro en el procedimiento donde las partes se comprometen por un lado a no conocer la identificación del usuario y por otra parte a no investigar la procedencia del donante, lo cual lo cual configura un procedimiento contrario a lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley de Salud.</li> </ul>	

- La denuncia procesal se sustenta en la indebida motivación de la sentencia de vista respecto al tema de técnicas de reproducción asistida, por cuanto la impugnada se sustenta en un hecho falso que sería la prohibición dispuesta en el artículo 7 de la Ley General de Salud N° 26842.

### **DECISIÓN**

Se resuelve declarar fundado el recurso de casación interpuesto por PRANOR SRL (Instituto de Ginecología y Reproducción – Clínica de Fertilidad Asistida y Ginecología Concebir) en consecuencia, declararon NULA la sentencia de vista confirmando la sentencia apelada que declara infundada la demanda de nulidad de acto jurídico.

**COMENTARIO:** Mediante la presente sentencia podemos apreciar la necesidad de establecer un correcto marco jurídico en la aplicación de las Técnicas de Reproducción Asistida o Fecundación Artificial (TRAS) debido la importancia de proteger a los niños producto de estos procedimientos. Las técnicas de reproducción asistida otorgan una salida a las dificultades de la infertilidad humana, sin embargo, no existe una norma expresa que prohíba la celebración de contratos en la aplicación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida más allá de la Ley General de Salud N° 26842 que habilita el uso de estas técnicas. La casación en comentario plantea la problemática que genera su aplicación y los límites al ejercicio del derecho de las personas de acudir a técnicas asistidas de reproducción. Ciertamente, el supuesto que recoge el artículo 7° de la ya citada Ley N° 26842 debe relacionarse con principios del derecho de reproducción de forma saludable, que mantengan la libertad en el desarrollo de la personalidad de las personas y principalmente como medio de protección al núcleo familiar. Es importante resaltar que la Corte Suprema en virtud al axioma jurídico de que “todo lo que no está prohibido está permitido”, ha determinado que el proceso de “Ovodonación” no es ilícito ni constituye delito, sino que representa un vacío normativo y jurisprudencial. De allí que surja la necesidad de establecer políticas de estado que definan los principios que regulen la protección del interés superior del niño.

## **II. MÉTODO:**

### **2.1. Formulación del Problema:**

¿El embrión como resultado de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, debe ser considerado sujeto de derecho en nuestra legislación peruana?

### **2.2. Justificación:**

El derecho como el conjunto de normas encaminadas a regular el comportamiento de los seres humanos antes de nacer, durante el desarrollo de la vida e incluso después de la muerte, por ello, el uso de las Técnicas de Reproducción Asistida o Fecundación Artificial también llamadas “TRAS” no es ajena a nuestra realidad.

El derecho genético viene acrecentándose considerablemente en el Perú durante los últimos años, los avances de la genética propician una solución no solo de carácter jurídico, sino también de carácter científico-medico. El estudio de los genes permite entonces encontrar una salida al conflicto ocasionado de la propia conducta de los seres humanos. Por lo tanto, se quiere que el derecho genético tenga una participación que le permita ser la protagonista en el derecho moderno, permitiéndole regular en su totalidad o al menos los aspectos más importantes del progreso de la ciencia genética. El vacío legal generado por la carencia de normas expresas en nuestro ordenamiento jurídico, genera una infinidad de posibilidades que generan un ambiente de inseguridad cuando ocurren peligros en la manipulación de los genes de los seres humanos. En la legislación extranjera encontramos varios pronunciamientos respecto a la naturaleza jurídica que se le da al embrión humano consecuencia de la aplicación de las Técnicas de Reproducción Asistida.

Es así, que el ordenamiento jurídico no prevé distintas situaciones que el uso de las Técnicas de Reproducción Asistidas podría resultar, el caso de la aplicación de la criogenia se puede tener un embrión congelado indefinidamente, entonces ¿Cuándo comienza la vida?, ¿desde que el embrión es fecundado o desde comienza a desarrollarse? El Derecho Genético como regulador social, busca detener toda forma de investigación y experimentación que sea contraria a la formación natural del desarrollo humano, evitando que se produzcan mutaciones genéticas que alteren el curso normal del desarrollo de la célula embrionaria. Sin embargo, cuando la manipulación por parte de una rama de la ciencia puede alterar total

o parcialmente un derecho fundamental, la existencia de un vacío normativo implica desconocer instituciones jurídicas constitucionalmente relevantes para el estado como el derecho a la vida, la identidad, salud entre otros

En el Perú la regulación en materia genética es particularmente escasa, existen cuerpos normativos que las regulan situaciones de orden constitucional y/o civil. Podemos encontrar legislación dispersa que regulan de forma indirecta el problema de la aplicación de las técnicas asistidas de reproducción en cuanto al inicio de la vida referenciando de forma supletoria al Derecho Genético. La Constitución Política del Perú de 1993 prescribe en su artículo 1° que el fin supremo de toda sociedad y del estado es la defensa de la persona humana, su artículo 2° precisa que toda persona tiene derecho a la vida y a su identidad. Por otra parte, el Código Civil de 1984 prescribe en su artículo 1° que la vida de los seres humanos empieza con la concepción. Mientras que la Ley General de Salud Ley N° 26842 su artículo 7° reconoce el derecho de los seres humanos a recurrir a las técnicas de reproducción asistida bajo ciertos requisitos y prohibiciones, existe un vacío legal que no ha sido resuelto por el ordenamiento jurídico, el embrión debe ser considerado vida humana y su estatus debe otorgar protección jurídica dentro de nuestro marco legal.

La aceptación del uso de las Técnicas de Reproducción Asistida esta referidos a una correcta recepción de la información, la cual debe ser ajena a toda motivación partidistas e ideológicas, por lo que, deberán basarse en una ética civil, donde se valide una situación acuerdo con la realidad, exenta de elementos pragmáticos, con criterios lógicos siempre buscando el interés común. Una ética que responda constitucionalmente en beneficio de la sociedad y/o colectividad, que otorguen al colegiado la posibilidad de establecer mejores normativas para resolver los conflictos sociales, el uso de las técnicas de reproducción asistida no tiene parámetros limitados, pues su manipulación debe declararse ilegal cuando tenga fines contrarios al proceso de la fecundación, en casos de manipulación genética, clonación

Los adelantos científicos en las legislaciones comparadas otorgan un mayor alcance sobre las repercusiones de la aplicación de las técnicas de fecundación artificial, existen paradigmas sobre esta rama de derecho que es actual, controvertida, que genera debate a nivel académico, doctrinal, jurisprudencial y científico. En la STC N° 02005-2009-PA/TC del 16 de octubre de 2019 los miembros del Tribunal Constitucional aceptan la teoría de la

fecundación, sin embargo, no se ha logrado definir a ultranza en qué momento empieza la vida humana cuando derivan de la aplicación de las Técnicas de Reproducción Asistida, como un medio que permite auxiliar o reemplazar los procedimientos que se naturalmente llegaran a acontecer. La proposición jurídica que indica “todo lo que no está prohibido está permitido” puede traer consecuencias permanentes, afectando la naturaleza del ser humano. La ciencia del derecho conmuta de la organización de los seres humanos. Resulta difícil entender que el ser humano pueda desarrollarse en una sociedad sin que la misma sea regulada, es decir, sin contar con medios legales que permitan una vida en comunidad persiguiendo un fin común.

Entonces el Derecho Genético repercute en el ser humano, no obstante, su regulación en muchos países, incluyendo el nuestro, aún es muy pobre en cuanto a materia genética, aportes importantes de juristas relacionados con la materia como Varsi Rospigliosi, Fernández Sessarego, Mosquera Vásquez, Chávez Miranda entre otros autores nacionales permiten advertir que el derecho en la genética se vuelve más trascendente dentro de nuestra sociedad, su estudio y tratamiento resulta de vital importancia para regular situaciones que se van presentando con mayor intensidad, las Técnicas de Reproducción Asistida tienen en sí mismas un fin social, de apoyo a la especie humana y hacia ese punto deben apuntar sus objetivos. Resulta necesario que el legislador nacional adopte criterios legales que regulen aquellas situaciones ocurridas por el avance científico cuando se relaciona con los seres humanos.

Por ello, el presente trabajo de investigación resulta de vital importancia para un gran sector de la población, siendo viable su realización no solo por ser un tema de relevancia actual. Las limitaciones que se pueden encontrar son mínimas pues al respecto existe doctrina, teorías, jurisprudencia, el Derecho Genético surge como una norma especial –rama del derecho civil- que otorga seguridad jurídica a los seres humanos y a las relaciones sociales que puedan ocasionar los adelantos del estudio de la genética, procreación asistida, genoma de la persona, todas aquellos resultados de carácter legal consecuencia de una incorrecta manipulación genética de los seres humanos, en la actualidad nuestra legislación resguarda a aquellas personas que nacen de un método de procreación convencional o natural. La viabilidad del proyecto de investigación es factible en el tiempo, pero a un largo plazo toda vez que su regulación actualmente es insuficiente, su inclusión dentro de nuestro sistema

jurídico normativo llevaría un poco de tiempo, sin embargo, lograría realizarse y llevarse a cabo toda vez que el tema resulta de importancia y relevancia para nuestra realidad.

### **2.3. Objetivos:**

#### **2.3.1. Objetivo General:**

Determinar si el embrión como resultado de la aplicación de las Técnicas de Reproducción Asistida debe ser considerado sujeto de derecho en legislación peruana.

#### **2.3.2. Objetivos Específicos:**

- Analizar las distintas teorías que expliquen el inicio de la vida humana.
- Determinar cuál es la naturaleza jurídica del embrión producto de las Técnicas de Reproducción Asistida (TRAS).
- Analizar la legislación nacional que tenga relación con las técnicas de Reproducción Asistida.
- Establecer cuáles son los principios de conocimiento aplicados en la legislación comparada que permitan construir un adecuado marco normativo respecto al inicio de la vida humana, la conservación de embriones y la repercusión en el ámbito jurídico.
- Analizar los fundamentos doctrinarios y los alcances del derecho comparado sobre las Técnicas de Reproducción Asistida.

### **2.4. Hipótesis:**

#### **2.4.1. Hipótesis Principal**

El embrión humano resultado de la aplicación de las Técnicas de Reproducción Asistida también conocido como TRAS tiene vida, por lo tanto, debe ser considerado sujeto de derecho en la legislación peruana.

### **2.5. Variables**

#### **2.5.1. Variable Independiente**

Técnicas de reproducción Asistida

### **2.5.2. Variable Dependiente**

El embrión humano debe ser considerado sujeto de derecho en nuestra legislación peruana.

### **2.6. Tipo de Investigación:**

Por la función principal cumplida en la investigación este es de carácter Explicativo - Causal, toda vez que se busca describir los fenómenos y las relaciones causales que se han presentado entre las variables identificadas.

### III. RESULTADOS

- Regular la situación jurídica del “Embrión Humano” en nuestro sistema normativo, busca preservar la vida humana desde un primer momento, el Código Civil de 1984 regula en su artículo 1° que la vida inicia desde la concepción, entendido en las formas de procreación natural o de forma asistida mediante técnicas de producción. En nuestra legislación no existe una determinación clara sobre el uso de las Técnicas Reproducción Artificial también llamadas “TRAS”, el tema ha sido abordado no en profundidad por la Ley General de Salud Ley N° 26842 que en su artículo 7° precisa que toda persona tiene derecho a procrear mediante el uso de técnicas fecundación artificial en determinadas situaciones previstas por la ley. Existe una disociación de nuestro marco normativo y los avances de la ciencia, evidentes vacíos que no se superan a pesar del desarrollo doctrinario por parte de diversos autores nacionales como Varsi Rospigliosi, Rubio Correa, Chávez Miranda, Mosquera Vásquez que aportan sus estudios de investigación sobre las TRAS. Por otra parte, en la legislación internacional si bien el estudio del derecho genético tampoco resulta abundante, existen legislaciones que han ido avanzado en el tiempo brindando mayores y mejores alcances sobre el adelanto de ciencia, biotecnología y cómo repercute en la vida de los seres humanos.
- El uso incorrecto de los mecanismos en la ingeniería genética, unida a su falta de prevención y previsión en un cuerpo normativo, pueden estar ocasionando en la actualidad se pierdan bienes invaluable que no podrán ser reparados nunca, lo cual no es otra cosa que la vida de un ser humano. Existe en este sentido una carencia de normas que regulen el uso y manipulación de la carga hereditaria de una persona, más allá de lo previsto en el Código Civil de 1993, Ley General de Salud N° 26842, Nuevo Código de los Niños y los Adolescentes, Código Penal entre otros cuerpos normativos, no encontramos un marco normativo que normativice completamente la aplicación de las técnicas asistidas de reproducción efectuadas mediante procesos artificiales.
- El Derecho Genético como regulador social, busca detener toda forma de investigación y experimentación que sea contraria a la formación natural del desarrollo humano, evitando que se produzcan mutaciones genéticas que alteren el curso normal del desarrollo de la célula embrionaria

- En los estados modernos vienen implementando dentro de sus sistemas normas específicas encargadas de establecer parámetros para la manipulación científica del gameto masculino, femenino, de los embriones entre otros, teniendo como propósito el servir como medio de apoyo o solución a la infertilidad humana propiciando la procreación mediante algunas de las técnicas de reproducción mencionadas en el presente trabajo de investigación (inseminación artificial, in vitro); en nuestro sistema se advierte el poco alcance de normas que orienten a los seres humanos a decidir si el uso de estas técnicas es lo más adecuado. Constitucionalmente para el estado peruano la defensa de la persona es el fin supremo de la sociedad y como tal debe dotarla de un marco normativo regulador, que le proporcione la información necesaria para una correcta decisión, evitando la manipulación genética con fines distintos a la procreación.

- Debe tenerse en cuenta, que establecer un marco normativo especial otorga a la sociedad la posibilidad de entender los reales alcances de la manipulación genética, si el artículo 7° de la Ley General de Salud N° 26842 prohíbe la fecundación de óvulos con fines diferentes a la procreación, así como la clonación, entendemos entonces que este derecho reconocido por el estado otorga el derecho de valerse de las técnicas de reproducción humana asistida pero bajo ciertas circunstancias y limitaciones. Resulta entonces importantísimo en la actualidad que el desarrollo de la Biotecnológica aporte su ciencia en favor de las personas que sufren de deficiencias para procrear naturalmente, sin embargo, el problema radica cuando se presentan situaciones no previstas en la norma, cuando la ciencia pretende ir más allá, desnaturalizando la propia existencia de un ser al manipular su material genético.

- Mientras avanza la ciencia, avanza el mundo, y, por lo tanto, el derecho que es constante tiene que ir actualizándose conforme a las necesidades que la sociedad requiere, significa estrictamente que debe ir a la par y no rezagarse en desmedro de ella. El desarrollo científico y la manipulación del material genético no puede significar el desmedro de la calidad humana. Mientras que el objetivo el derecho genético no varié la ingeniería genética se convierte en una rama de investigación útil para un gran sector de la población que presenta problemas de fertilidad, extendiendo sus alcances también otorga al ser humano la posibilidad de solucionar las taras o enfermedades inmersas en la cadena hereditaria de muchos seres humano y que se transmiten en el tiempo, dando la alternativa de evitar una serie de complicación que no solamente repercuten en la persona que las sufre, sino también en su familia, en su entorno, en la sociedad.

#### IV. DISCUSIÓN

- El problema surge en determinar si legalmente el embrión constituye vida, pues no hay una postura absoluta al respecto. El Código Civil Peruano de 1984 prevé que la vida humana comienza con la concepción, y que es sujeto de derecho en cuanto le favorece; Sin embargo, cuando se aplican las técnicas de reproducción asistida el concepto natural de procreación del ser humano cambia, se concibe de un modo no natural mediante el uso técnicas científicas. Se hace necesaria una regulación normativa que garantice toda forma de vida humana. La Ley General de Salud N° 26842 reconoce el derecho de las personas a concebir a través de la aplicación de alguna de las técnicas de reproducción artificial, entonces surge la interrogante ¿desde cuándo se considera vida humana? Eso nos lleva a proponer, basados en el análisis doctrinario y la legislación comparada, que debe reconocerse como vida humana al embrión que ha nacido de la aplicación de las Técnicas Reproducción Asistida también llamadas TRAS considerando la etapa inicial de desarrollo de los seres vivos nacidos de la aplicación de los métodos de reproducción asistida protegiendo su integridad, aun cuando se hubiese creado por un medio antinatural.
- La Ingeniería genética cumple un rol importante para la sociedad, sin embargo, debe prohibirse aquellos procesos de investigación que busquen modificar, alterar o variar el genoma de los seres humanos, propiciando la concepción de personas con determinados rasgos genéticos como raza, el sexo, color de ojos entre otros. Por ello, debe negarse el uso de las técnicas cuando no cumplan con una finalidad de bienestar de la sociedad, el objeto de las TRAS son otorgar a toda la humanidad – sin distinción- la posibilidad de encontrar una solución a sus problemas de infertilidad otorgándoles su legítimo derecho de gozar de una descendencia, sin que ello implique una trasgresión o manipulación del genoma de los seres humanos.
- El artículo 7° de la Ley General de Salud Ley N° 26842 prevé que la práctica de las técnicas necesita de un consentimiento previo que conste de forma escrita, esto solo se puede alcanzar si existe un adecuado marco normativo que brinde directivas explícitas sobre la aplicación de las Técnicas de Reproducción Asistidas (TRAS). Una inadecuada regulación puede causar procedimientos excesivos, la manipulación inescrupulosa de la materia genética lucrando con el deseo de las personas; tener una visión general motiva a las personas

a tomar decisiones acertadas respecto de los riesgos y beneficios que implica la reproducción asistida evitando el uso del material genético de los seres humanos en fines distintos.

- La conservación humana y la protección del patrimonio genético de las personas también merece una protección por parte del estado, con la sociedad en su conjunto. Se debe generar un sistema normativo que brinde un tratamiento jurídico a las situaciones derivadas de la aplicación del Derecho Genético, un marco especial que regule las investigaciones de la ciencia y la manipulación del código genético de las personas en la aplicación de técnicas de reproducción asistida.

- Finalmente, queda en evidencia que debe existir una protección legal del embrión humano nacido de la aplicación de las Técnicas de Reproducción Asistida (TRAS), un orden jurídico que lo normativice, la Constitución Política del Perú de 1993 regula en su artículo 2° que toda persona tiene derecho a la vida, cuando se define la naturaleza jurídica del “embrión humano” entendemos que tiene vida desde ese momento, no se trata únicamente de un ser humano que podría llegar a vivir, siéndole inherente el derecho a llegar a nacer y de mantener al mismo tiempo su identidad genética sin ser objeto de ningún tipo de manipulación, sino que mantenga su natural esencia.

## V. CONCLUSIONES

- En el Perú la regulación en materia genética es particularmente escasa, existen cuerpos normativos que regulan levemente situaciones de orden constitucional, civil, administrativo entre otros. Podemos encontrar legislación dispersa que tratan de forma indirecta la problemática sobre la aplicación de las Técnicas de Reproducción Asistida aplicando el Derecho Genético de forma supletoria el Código Civil, Código Penal, Ley General de Salud 26842, Nuevo Código de los Niños y Adolescentes entre otros. Sin embargo, debemos recordar que lo esencial es evitar que se atente contra la unidad del sujeto de derecho, estableciendo límites que no excedan su propósito o fin, que es el ser aplicado en el beneficio de la humanidad.
- Para la aplicación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida se debe contar con pleno conocimiento, el artículo 7° de la Ley General de Salud N° 26842 precisa el consentimiento es obligatorio y escrito, debiendo informarse sobre posibles consecuencias y/o efectos a producirse en la esfera jurídica de las personas. Por otra parte, debe prohibirse todo procedimiento científico que busque la fecundación con fines distintos a la procreación o que impliquen una contraprestación económica, su no regulación podría generar conflictos de orden social, derechos patrimoniales, de filiación matrimonial o extra matrimonial entre otros muchos casos.
- La Constitución Política del Perú en su artículo 1° prescribe que el fin supremo de toda sociedad y del estado es la defensa de la persona humana, su artículo 2° precisa que toda persona tiene derecho a la vida y a su identidad. Por su parte, el artículo 1° del Código Civil indica que la vida humana inicia con la concepción, quiere decir que existe un vacío legal que no ha sido resuelto por el ordenamiento jurídico, el embrión consecuencia de las TRAS debe ser considerado vida humana y su estatus debe otorgar protección jurídica dentro de nuestro marco legal.
- No existe una visión unísona sobre cuando se inicia la vida cuando se aplican Técnicas de Reproducción Asistidas (TRAS), lo cierto es que, existen métodos no naturales de reproducción. Diversas teorías postulan sobre el inicio a la vida dividiéndola en teoría de la viabilidad y teoría de la vitalidad esta última recogida por el Código Civil Peruano de 1984, según su artículo 1° la persona por ser humana es centro de imputación de derechos

y deberes desde el momento de su nacimiento (teoría de la vitalidad); sin embargo, no existe una la real dimensión del concepto, el embrión resultado de las Técnicas de Reproducción Asistida y su regulación en el sistema peruano abarca grandes cuestionamientos, no existe una norma que la defina, el embrión es considerado un ser humano para la bioética, conservando los derechos que se requieren para su amparo, la transferencia de embriones en la práctica de la fecundación in vitro es uno de los procedimientos más empleados de inseminación.

- La aplicación y regulación de las TRAS en otros países nos demuestran que el concepto Vida Humana alcanza otra magnitud lejana a un orden natural de las cosas, establecer en qué momento empieza la vida humana y desde cuando de protegerse resulta una función importantísima dentro de los estados modernos.
- El embrión cuenta con una individualidad genética que lo hace un ser único, genéticamente individual, -no obstante, existe una situación de dependencia- el ser humano no cambia, ello significa que el embrión producto de las técnicas de reproducción asistida debe ser considerado ser humano que tiene una identificación genética, dependiente de la progenitora hasta el momento de su nacimiento.
- Se ha contrastado la hipótesis, el embrión humano como resultado de la aplicación de las Técnicas de Reproducción Asistida merecen un tratamiento jurídico en la Legislación Peruana, como una unidad somática, debe otorgársele protección contra aquellos actos de manipulación que atenten al derecho de la vida que tiene el ser humano, sea la etapa en que se encuentre, si el estado peruano mediante la Ley General de Salud N° 26842 reconoce el derecho de las personas de optar por de las Técnicas de Reproducción Asistida o Artificial, entonces tenemos que el embrión como resultado de dicha práctica no natural merece recibir un tratamiento legal, por cuanto, goza de individualidad siendo genéticamente distinto a sus progenitores, debiendo ser considerado como sujeto de derecho que merece protección por parte de la legislación de cada estado.

## **VI. RECOMENDACIONES**

- Existe gran influencia del Derecho Genético en el ser humano, su regulación en muchos países, incluyendo el nuestro, es escasa. Sin embargo, existen aportes de juristas nacionales como Varsi Rospigliosi, Rubio Correa, Mosquera Vásquez, Chávez Mirada entre otros autores, que revelan que el Derecho Genético es trascendente para toda sociedad, por lo que, su estudio de sus procesos de investigación debe encontrarse regulados en un cuerpo normativo, nuestra legislación reconoce el derecho de los seres vivos para poder ser libres y escoger su forma de realización o reproducción (natural o asistida) cuando se reconoce legalmente que toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, se reconoce el derecho a una autodeterminación biológica, por ello nace la necesidad de una regulación legal.
- Nuestra legislación adopta la teoría de la vitalidad, es decir, que los derechos del ser humano se dan con el nacimiento, encontrándose condicionado a que nazca vivo, sin embargo, conforme se ha expuesto, este proceso puede ser “natural” o “científico” mediante técnicas de inseminación, la vida es vida en cualquier estado, no hay solo una forma establecida. La existencia de este vacío normativo omite instituciones jurídicas relevantes como el derecho a la vida, la identidad, familia, filiación. La carencia normativa y la práctica de la manipulación genética atentan contra la naturaleza del ser humano genéticamente autónomo, distinto a sus progenitores, por eso merece protección legal en todas sus formas, estados o niveles, este es un vacío legal que no ha sido resuelto por el Derecho, el embrión consecuencia de las TRAS debe ser considerado vida humana y su estatus debe otorgarle protección jurídica dentro de nuestro marco legal por cuando ya existe vida.
- Finalmente, el derecho a la vida es principio fundamental protegido por todo estado de Derecho, el embrión humano producto de las “TRAS” representa la etapa inicial del progreso de un ser vivo. La Ley General de Salud N° 26842 reconoce el derecho de optar por las técnicas de reproducción asistida, pero no desarrolla los alcances, las consecuencias jurídicas de su práctica, creemos que no basta con un único artículo, cuando existen normas dispersas en el Código Civil, Penal, Administrativo que regulan situaciones jurídicas que atentan contra la vida y la integridad del ser humano, tampoco es un medio que se pueda manipular, rechazándose todo tipo de convenio o transacción que implique una contraprestación económica.

## REFERENCIAS

- Balcázar Goicochea, G. A., & Jesús Ventura, J. A. (2014). Hacia un Nuevo Tipo de Filiación por Reproducción Medicamente Asistida en la Legislación Peruana. (*Tesis para optar por el Título de Abogado*). Universidad Nacional de Trujillo, Trujillo, Perú.
- Bladilo, A., De la Torre, N., & Herrera, M. (2017). Las técnicas de reproducción humana asistida desde los derechos humanos como perspectiva obligada de análisis. *Revista IUS*, 11(39). doi:<https://doi.org/10.35487/rius.v11i39.2017.293>
- Calvo Mejjide, A. (2004). El nasciturus como sujeto del derecho. Concepto constitucional de persona frente al concepto pandectista-civilista. *Cuadernos de Bioética*, 15(54), 283-298. Obtenido de <http://aebioetica.org/cuadernos-de-bioetica/archivo-historico/2004/n-54-mayo-agosto.html>
- Cárdenas Krenz, R. (2015). El Derecho a la Identidad Biológica de las personas nacidas mediante Reproducción Asistida en la doctrina, jurisprudencia y Legislación Peruana. *Revista Persona y Familia*, 1(4), 47-65. Obtenido de [http://www.unife.edu.pe/facultad/derecho/R\\_2015.html](http://www.unife.edu.pe/facultad/derecho/R_2015.html)
- Carracedo Uribe, S. L. (2015). La fertilización In Vitro y el debate sobre el Estatuto del no nacido. (*Tesis para optar el Título de Abogada*). Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú.
- Chavez Miranda, G. (2009). *Derecho Genético: Sistema de Universidad Abierto*. Chimbote, Perú: Universidad Católica los Ángeles de Chimbote.
- Chavez Miranda, G. (2009). *Derecho Genético: Sistema de Universidad Abierto*. Chimbote, Perú: Universidad Católica los Ángeles de Chimbote.
- Chavez Miranda, G. (2009). *Derecho Genético: Sistema de Universidad Abierto*. Chimbote, Perú: Universidad Católica los Ángeles de Chimbote.
- Cisneros Andrade, D. L. (2017). La técnica de reproducción asistida in vitro homóloga y la vulneración del derecho a la vida del embrión en el Perú. (*Tesis para obtener el Título Profesional de Abogada*). Universidad Privada César Vallejo, Trujillo, Perú.

- Cruz Neyra, L., & Mendoza Ramírez, A. (2009). Fecundación, el Concebido y el Derecho a la Vida. *Revista Científica Biotempo*, 9, 55-60. doi:<https://doi.org/10.31381/biotempo.v9i0.66>
- Delgado de Soldi, L. (2014). Biotecnología y Derecho. *LEX - Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política*, 12(13), 263-302. doi:<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v12i13.46>
- Fernández Sessarego, C. (1990). *Tratamiento Jurídico del Concebido en Nuevas Tendencias en el Derecho de las Personas*. Lima: Universidad de Lima.
- Fernández Sessarego, C. (2001). ¿Qué es ser «persona» para el Derecho? *Derecho PUCP(54)*, 289-333. Obtenido de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6525>
- Gonzales Aguilar, H. A., & Chumbile Achamizo, M. L. (2018). El derecho a la vida del embrión y la reproducción humana asistida extracorpórea en el Perú. (*Tesis para obtener el Título de Abogado*). Universidad Autónoma del Perú, Lima, Perú.
- Guevara Pezo, V. (2004). *Personas Naturales*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Helfer Llerena de Tapia, O., & Baltazar Tapia Tapia, S. (2018). Tendencias en los proyectos de leyes del 2018, para regular las técnicas de reproducción artificial en el Perú. *Apuntes de Bioética*, 1(1), 102-124. doi:<https://doi.org/10.35383/apuntes.v1i1.195>
- Llauce Ontaneda, C. (2013). La Fecundación In Vitro y el Estatuto del Embrión Humano en el Sistema Jurídico Peruano. (*Tesis para optar el Título de Abogada*). Universidad de Piura, Piura, Perú.
- Loza Vargas, S. M. (2010). Regulación Jurídica de la Manipulación Genética del Embrión Humano. (*Tesis para optar el Grado de Licenciatura en Derecho*). Universidad Mayor de San Andrés, La Paz, Bolivia.
- Manuel Osorio. (2007). *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta S.R.L.
- Miranda Canales, M. J. (2006). Genética y Derecho. *LEX - Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 4(3), 185-204. doi:<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v4i3.1946>

- Momethiano Santiago, J. (2015). La estructura penal del tipo clonación humana. *LEX - Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política*, 13(15), 235-254. doi:<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v13i15.723>
- Morales Godo, J. (2005). El estatus del concebido y la problemática de la fecundación asistida. *Derecho PUCP*(58), 409-432. Obtenido de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/3101>
- Mosquera Vásquez, C. (1997). *Derecho y Genoma Humano: Incluye Estudios de Técnicas de Reproducción Humana Asistida*. Lima, Perú: San Marcos.
- Mosquera Vásquez, C. (1997). *Derecho y Genoma Humano: Incluye Estudios de Técnicas de Reproducción Humana Asistida*. Lima, Perú: San Marcos.
- Mosquera Vásquez, C. (octubre 1995). Fundamentos para un curso de Derecho Genético. *Ponencia presentada a la IV Convención Nacional Académica de Derecho en la Universidad Nacional de Trujillo*. Trujillo.
- Muñoz Pérez, C. T. (2017). La tutela del derecho a la vida de los óvulos fecundados crioconservados en la aplicación de la técnica de fecundación in vitro en el Sistema Jurídico Peruano. (*Tesis para obtener el Título Profesional de Abogada*). Universidad Privada César Vallejo, Trujillo, Perú.
- Pineda Rubiano, J. P., & Arévalo Vargas, A. (2013). Una Nueva Perspectiva para la Reproducción Humana Asistida en Colombia. (*Trabajo de Grado para optar el Título de Especialistas en Derecho de Familia*). Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia.
- Pisfil Reátegui, E. J. (2019). Propuesta de principios y normas para regular vacíos legales en las Técnicas de Reproducción Humana Asistida: Legislación peruana. (*Tesis para optar el Grado de Maestro en Derecho: Mención en Derecho Civil y Comercial*). Universidad Nacional de Trujillo, Trujillo, Perú.
- Real Academia Española. (2019). *Embrión*. En *Diccionario de la Lengua Española* (edición del tricentenario). Obtenido de <https://www.rae.es/>
- Rubio Correa, M. (1999). *El ser Humano como Persona Natural*. Lima, Perú: Fondo Editorial de la PUCP.

- Sánchez Barragán, R. (2019). Estatuto jurídico del embrión humano. *Apuntes de Bioética*, 2(2), 91-104. doi:<https://doi.org/10.35383/apuntes.v2i2.288>
- Ticona Luna, R. R. (2019). Protección Jurídica del Concebido mediante Técnicas de Reproducción Humana Asistida. *Revista Ciencia y Tecnología*, 15(3), 147-154. Obtenido de <https://revistas.unitru.edu.pe/index.php/PGM/article/view/2531>
- Torres Vasquez, A. (2006). *Introducción al Derecho: Teoría General del Derecho* (3ª ed.). Lima, Perú: Editorial Moreno S.A.
- Valdés Díaz, C. (2017). El proceso a algunas técnicas de reproducción humana asistida: "Crónica de una Vida anunciada". 11(39), 31-58. *Revista IUS*. doi:<https://doi.org/10.35487/rius.v11i39.2017.297>
- Valdiviezo García, M. (2007). *Derecho de las Personas*. Trujillo, Perú: Industria Gráfica Libertad S.A.C.
- Valdiviezo García, M. (2007). *Derecho de las Personas*. Trujillo, Perú: Industria Gráfica Libertad S.A.C.
- Varsi Rospigliosi, E. (1995). *Derecho Genético: Principios Generales*. Trujillo, Perú: Editora Normas Legales S.A.
- Varsi Rospigliosi, E. (1997). *Derecho y Manipulación Genética: Calificación Jurídica de la Clonación* (2ª ed.). Lima, Perú: Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima.
- Varsi Rospigliosi, E. (2000). Bioética, Genoma y Derechos Humanos: Efectivizando la protección de la humanidad. *IUS ET VERITAS*, 10(21), 264-280. Obtenido de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/issue/view/1304>
- Varsi Rospigliosi, E. (2013). *Derecho Genético: Principios Generales* (5ª ed.). Lima, Perú: Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima.
- Varsi Rospigliosi, E. (2013). *Derecho Genético: Principios Generales* (5ª ed.). Lima, Perú: Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima.
- Varsi Rospigliosi, E. (2013). *Derecho Genético: Principios Generales* (5ª ed.). Lima, Perú: Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima.

Varsi Rospigliosi, E. (2017). Determinación de la filiación en la procreación asistida. *Revista IUS*, 11(39), 109-138. doi:<https://doi.org/10.35487/rius.v11i39.2017.300>