



La inconstitucionalidad del Artículo 7° de la Ley General de Salud

Fiorella Vallejos Pérez y Paulo Delgado Neyra¹¹

INFORMACIÓN DEL ARTÍCULO	RESUMEN
<p>Historia del artículo: Recibido el 23 de mayo de 2011 Aceptado el 15 de junio de 2011</p> <p>Palabras clave: Embrión Inicio de la vida humana Técnicas de reproducción asistida Inseminación artificial Fecundación in vitro Crio-conservación Selección de embriones</p>	<p>En la actualidad el Artículo 7 de la Ley General de Salud reconoce el derecho a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida. Sin embargo, si tenemos en cuenta que la vida humana inicia desde la concepción, es decir, desde la unión de espermatozoide y óvulo, tal y como es reconocida en la sentencia del Tribunal Constitucional N° 2005-2009 y por ende titular del derecho a la vida desde ese momento, debido a su calidad de persona, este referido artículo devendría en constitucional ya que las técnicas de reproducción asistida atentan contra la vida del concebido de modo que no resulta constitucional que se exponga a un riesgo desproporcionado de muerte a los embriones creados, teniendo en cuenta que en el proceso de estas técnicas se transfieren al útero embriones a sabiendas que la mayor parte de ellos no estarán destinados a producir un embarazo, sino a morir..</p>
	<p>The unconstitutionality of Article 7 of the General Health Law</p>

Introducción

En la actualidad muchas parejas se encuentran biológicamente imposibilitadas de procrear, debido a problemas de infertilidad. Las cuestiones en torno a la infertilidad son variadas y complejas, se estima que afecta entre el 16% y 20% de las parejas, alrededor de noventa y cuatro millones de personas en el mundo². El avance de la ciencia facilita la reproducción humana con las técnicas de reproducción asistida, con éstas, la fecundación es enteramente realizada por el médico en

un laboratorio, donde el ser humano parece disponer de un poder casi supremo al “crear” una nueva vida. Al respecto, la ley general de salud, en su artículo 7° permite el uso de las técnicas de reproducción asistida, pero muchas veces, en los procedimientos que se siguen, se produce la creación de embriones en un número superior al de nacimientos que los futuros padres desean; y como puede apreciarse esto crea un problema ya que el resto de embriones no utilizados, son manipulados, congelados o simplemente desechados.

¹¹ Alumnos del Décimo Primer Ciclo de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo – Chiclayo. Esta investigación fue presentada por sus autores en las II Jornadas Internacionales de Filosofía del Derecho: Exigencias de la Bioética al Derecho, llevadas a cabo en la misma casa de estudios.

² SIVERINO, Paula. “¿Quién llamó a la cigüeña? Maternidad impugnada e identidad genética”, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 141, Gaceta Jurídica, Lima, 2010, p. 151

Esta situación es alarmante, ya que se trata de vidas humanas que reciben tratos inhumanos, lo que ha generado diversas discusiones bioéticas, pues nuestra Constitución al igual que el Código Civil peruano considera al concebido como un sujeto de derecho, desde el momento de la concepción, que se produce por la unión del espermatozoide masculino y el óvulo femenino. Según esto, en nuestra legislación, el uso de estas técnicas debería estar prohibido, por lo que el artículo 7º devendría en inconstitucional al permitir el uso de las mismas, al ir en contra de la protección que recibe el concebido en nuestra Constitución así como lo señalado por el Tribunal Constitucional, tema que daremos a conocer en el presente trabajo.

1. EL CONCEBIDO Y LA VIDA HUMANA.

1.1. Teorías sobre el inicio de la vida humana

a) Teoría de la fecundación.

Esta teoría se basa en que el inicio del proceso vital, se origina con la fecundación; “proceso que se inicia con la penetración del espermatozoide en el óvulo, concluyendo con la formación del cigoto que es la célula que resulta de la fusión de los pronúcleos masculino y femenino”³.

La fecundación se manifiesta cuando “el espermatozoide hace contacto con el óvulo, y de inmediato se reconocen sus membranas celulares, determinando que son de la misma especie. Luego el espermatozoide penetra el interior del óvulo valiéndose de una enzima para perforar la membrana ovular. Tan pronto como la cabeza del espermatozoide penetra, se produce en la célula fecundada un bloqueo de su cubierta, para que no ingresen otros espermatozoides, evitando la poliesperma. Después se realiza la primera fusión celular, la de las membranas que envolvían la cabeza del espermatozoide y del óvulo”⁴.

Así tenemos que, desde el momento de la fecundación existe vida humana, por lo que “el embrión humano desde el momento de la fecundación, tiene plena dignidad humana y por tanto pleno derecho fundamental a la vida, el cual merece protección”⁵. Este punto de vista se encuentra amparado por la mayoría de la doctrina constitucional latinoamericana⁶.

Para algunos autores, “el embrión es un ser humano con potencialidades, y merece la protección de la ley”⁷, protección que va en donde quiera que se encuentre, así sea en la placa de un laboratorio. Los partidarios de esta teoría señalan que los últimos descubrimientos de la biología ratifican sus postulados, en el sentido de que penetrado el óvulo por el espermatozoide surge una nueva vida, distinta a la madre, con un patrimonio genético único, irreplicable, autogobernado por el mismo embrión.

El Pacto de San José de Costa Rica, en su artículo 4º, inciso 1. indica que:

“toda persona tiene derecho a que se respete su vida, este derecho estará protegido por la ley y en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

Como vemos, la Convención Interamericana de Derechos Humanos señala que el inicio de la vida se da desde el momento de la concepción.

De igual forma, el código civil peruano se adhiere a esta postura en su artículo 1º, el cual señala que “la vida humana empieza desde la concepción (...)”. en este sentido, desde el momento de la concepción se necesita de una plena protección jurídica por parte del Estado.

Actualmente se han considerado infinidad de nombres para hacernos creer que no se trata de seres humanos, “cigoto, mórula, pre-embrión, embrión, blastocito, feto, bebé, niño, adolescente, joven, adulto, anciano”⁸; los cuales son sólo etapas temporales del desarrollo de un único ser individual.

³ SOSA, Juan. “Prohíben al Ministerio de Salud distribuir la pildora del día siguiente por poner en riesgo la vida del concebido” en *Diálogo con la Jurisprudencia*, Nº 135, Gaceta Jurídica, Lima, 2009, p. 86

⁴ VARSÍ, Enrique. *Derecho y manipulación genética*, Universidad de Lima, Lima, 1996, p. 54

⁵ SPAEMANN, Robert. *Personas: acerca de la distinción entre “algo” y “alguien”*, Ediciones Universidad de Navarra, Navarra, 2000, p. 100

⁶ SÁNCHEZ, Rosa. *Protección Jurídica de la Vida Prenatal, con especial relevancia en el Derecho Constitucional Español*, 2009 [ubicado el 31.X.2010]. Obtenido en <http://www.bioeticaweb.com/content/view/4681/904>

⁷ FIGUEROA, Gonzalo. “El comienzo de la vida humana: el embrión como persona y como sujeto de derechos” en *Bioética y derecho*, Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires, 2003, p. 286.

⁸ COLL, Julio. *Bebés medicina: Cuestiones científico-éticas de la selección de embriones*, Ediciones Palabra, Madrid, 2006, p. 57

Estamos de acuerdo con esta teoría, porque tanto un óvulo recién fecundado como un feto que ha alcanzado la madurez, poseen dignidad humana, y por tal son personas, personas que merecen la misma protección jurídica en virtud de su naturaleza, sin tener en cuenta el nivel de desarrollo físico en el que se encuentran, y aunque estas vidas humanas se den en una probeta de laboratorio, resulta imposible negar su existencia.

b) Teoría de la anidación.

Según los partidarios de esta teoría, la vida humana recién puede considerarse a partir del momento en que el embrión se fija en el útero de la mujer, es decir, cuando se anida en él, "la anidación ocurre al sétimo día de la fecundación aproximadamente, cuando el blastocito (célula embrionaria) comienza un proceso de anidación en el endometrio a fin de que se forme el embrión, proceso que dura alrededor de siete días, lo cual se concretará si el endometrio es suficientemente receptivo, culminándose el proceso a los 14 días"⁹.

Conviene precisar que la teoría de la anidación "es la corriente más extendida a nivel internacional, en especial en los países de Europa"¹⁰. No hay duda que, a pesar que se quiera referir de diversas formas al concebido, éste merece la debida protección jurídica por ser persona humana. Para los penalistas, "a partir de la implantación del embrión en el útero materno, éste recibe del organismo de la madre los impulsos necesarios para su desarrollo, por lo que consideran a la anidación como el principio de protección de la vida ya que, de no haber anidación no hay desarrollo del embrión, y como consecuencia no habría vida humana"¹¹.

El gran error de esta teoría radica en que, si sabemos que los óvulos fecundados in vitro nunca se anidan en el útero, ya que se desarrollan en un laboratorio, entonces se excluiría del ámbito típico y por tanto de punición, la destrucción de embriones fecundados fuera del útero materno, aún no implantados, quedando éstos totalmente desprotegidos.

⁹ LÓPEZ, Rony. "Nuevamente la píldora del día siguiente: ¿c onstitucional o inconstitucional?", en *Gaceta Constitucional*, N° 28, Gaceta Jurídica, Lima, 2010, p. 363

¹⁰ SÁNCHEZ, Rosa, ob. cit.

¹¹ CASTILLO, José. *Derecho penal: parte especial I*, Grijley, Lima, 2008, p. 942

¹² FIGUEROA, Gonzalo, ob. cit., p. 290

c) Teoría de la formación del sistema nervioso central.

Esta teoría señala que la vida se inicia con la primera actividad encefálica o cerebral, el inicio de la actividad cerebral en el embrión humano tiene lugar alrededor de los 48 días siguientes a la fecundación. Algunos autores señalan que "el cerebro empieza a desarrollarse con la primera diferenciación del sistema nervioso primitivo del embrión, mientras que para otros, el cerebro empieza cuando aparecen los arcos reflejos o cuando hay movimientos espontáneos de brazos y piernas"¹².

Los defensores de esta teoría se basan en que "si la muerte es el cese completo de las funciones encefálicas o cerebrales, entonces al ser la vida el opuesto a la muerte, esta se inicia con la primera actividad encefálica o cerebral"¹³. En este contexto, así como se considera que el fin de la vida humana se produce con la muerte cerebral, el inicio de esta ocurre con el nacimiento del cerebro. Se entiende que "una vez formado el cerebro ocurre lo mismo con los nervios que transmiten los estímulos y en su caso responden ante éstos con dolor, por lo que, con respecto a la manipulación genética, lo que es determinante desde el punto de vida ético, es que el embrión no sea mantenido con vida, más allá del momento en que se haya formado el cerebro y, el sistema nervioso y pueda experimentar dolor o sufrimiento"¹⁴, en este enunciado encontramos una contradicción, ya que si se dice que no se debe mantener con vida al embrión más allá del momento de la formación del cerebro y que no podemos hablar de actividad cerebral sin que el cerebro esté formado, entonces se está implícitamente afirmando que ya existe vida incluso antes de la formación de este órgano. Además podemos deducir que este autor relaciona el dolor directamente con que el embrión tenga vida o no, entonces extendiendo este criterio nos preguntamos ¿qué pasaría con aquellas personas que se encuentran en estado vegetal?, puesto que basándonos en esta teoría, cometeríamos el error de afirmar que a éstos no se les consideraría seres humanos por no tener ya

¹³ SÁNCHEZ, Rosa, ob. cit.

¹⁴ SINGER, Peter, citado por FIGUEROA, Gonzalo, ob. cit., p. 289.

actividad cerebral. Si adoptáramos esta teoría, olvidaríamos que el dictaminar clínicamente la muerte cerebral de una persona, no es comparable en absoluto con el cerebro en desarrollo de un embrión, ya que, en el primer caso el cerebro ha dejado de funcionar, mientras que en el segundo, se trata de un embrión en desarrollo, el cual no ha iniciado su actividad cerebral. Los partidarios de esta teoría se olvidan de que el nuevo ser cuenta ya con individualidad mental y una inteligencia potencial que lo hace acreedor a considerársele un ser humano en formación.

Como vemos, las dos últimas teorías son, cada una más alejada de la realidad que la otra; así concordamos con la teoría de la fecundación, puesto que la vida se inicia desde el momento mismo de la fecundación, desde ese momento el embrión posee todo el material genético y biológico necesario para su desarrollo ya sea fuera o dentro del útero materno, lo que comprende el caso de las técnicas de reproducción asistida, donde la fecundación se realiza en laboratorio y luego se implanta en el útero. Otra consideración importante que debemos hacer es que, cada teoría pretende alejar notoriamente el momento de la aparición de la vida al de la fecundación, haciendo viable el aborto, la fecundación in vitro, la manipulación genética, y así permitir todo proceso que vulnere la vida e integridad física del concebido hasta el último instante anterior al nacimiento.

2.2. Estatuto ontológico del concebido

Actualmente se busca relativizar la definición ontológica del concebido hasta tal punto que se llega a hablar de “mero material biológico o conjunto de células¹⁵, así de habla de una simple vida, quitándole su carácter inalienable e inviolable para poder hacer con estos seres humanos lo que se desee.

La ontología se ocupa de la definición del ser, “el estatuto ontológico del embrión es la cuestión central de la bioética, y condiciona la efectiva

universalidad de los derechos¹⁶ Desde una concepción ontológica, el ser humano es persona debido a que posee dignidad y el derecho participa en la vida del hombre en cuanto hombre, es por esto que regula las conductas humanas para lograr su bienestar.

A partir de esta concepción, y para fines de la presente investigación, es necesario comprender ¿Qué o quién es un embrión? ¿El embrión es persona? ¿Desde cuándo lo es? Las respuestas a estas preguntas dependen de la noción de “persona” que se posea, a partir de la misma, se determinará si el embrión es o no persona. A lo largo de la presente investigación procuraremos dar respuesta a las preguntas formuladas.

a) La persona humana.

Una noción clásica desarrolla que persona es “una sustancia individual de naturaleza racional, es decir un individuo concreto, dotado de una determinada naturaleza ontológica, que se manifiesta en una serie de capacidades, actividades y funciones, que sin duda pueden ser consideradas como características de la racionalidad, pero que no pueden reducirse a ésta”¹⁷. Por lo tanto, un determinado individuo concreto puede poseer naturaleza racional, y por ello mismo ser persona, sin manifestar todas las características de su racionalidad, como sucede con el embrión.

Todos y cada uno de los seres humanos, “tienen la innata capacidad de gozar de todos los derechos naturales que les corresponden en virtud de su propia calidad ontológica de ser humano, es decir, por ser personas”¹⁸. Asimismo, señala la doctrina que “la persona es un sistema, formado por dos subsistemas: el cuerpo y la psique, inseparables desde la concepción. El embrión tiene sustantividad propia, sidad, personeidad. La personeidad es lo que el

¹⁵ LAFFERRIERE, Jorge. “El derecho ante las nuevas cuestión es de la bioética” en *Bioética y persona: Escuela de Elio Sgreccia*, Editorial de la Universidad Católica de Argentina, Buenos Aires, 2008, p. 174

¹⁶ GONZÁLEZ, Ana Marta. *En busca de la naturaleza perdida: estudios de bioética fundamental*, Ediciones Universidad de Navarra, Navarra, 2000, p.122

¹⁷ CICCONE, Lino. *Bioética: historia, principios, cuestiones*, Ediciones Palabra, Madrid, 2005, p. 79

¹⁸ FERNÁNDEZ, Carlos. *¿Qué es ser “persona” para el derecho?*, 2002 [ubicado el 18.X.2010]. Obtenido en http://www.pucp.edu.pe/dike/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_13.PDF

individuo tiene, lo quiera o no, su estructura. El embrión es persona, en cuanto se autoposee”¹⁹.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, expresa en su artículo 1º, inciso 2) que “*debe entenderse que persona es todo ser humano*”, tomando en cuenta esta disposición internacional, el concebido que es un ser humano, será considerado también persona.

El Tribunal Constitucional peruano también se pronuncia sobre la persona humana señalando que:

*“Persona humana es el ser humano física y moralmente individualizado. Hacia él es que se encuentran canalizados los diversos atributos, facultades y libertades, siendo solo él quien puede invocar su respeto y protección a título subjetivo y en sede constitucional”*²⁰.

El ser persona pertenece al orden ontológico; por tanto, “se es persona o no se es: la posesión de un estatuto sustancial personal no se adquiere o se disminuye gradualmente, sino que es un evento instantáneo y una condición radical: no se es más o menos persona, no se es pre-persona o post-persona o sub-persona, sino que se es persona o no se es persona”²¹. Las características esenciales de la persona no están sujetas a cambio, sino que están presentes desde el momento en que se forma la sustancia (concepción) y se pierden cuando ella se disuelve.

Con esto tenemos que, todo ser humano es persona por cuanto que posee dignidad, es así que todo concebido es ser humano, por lo que todo concebido es considerado persona y como tal merece protección. Así, resultan equívocas todas las distinciones que se pretenden hacer entre persona y concebido o entre persona y sujeto de derecho.

b) La dignidad de la persona humana.

La dignidad humana es definida como “el valor supremo en la eminencia o excelencia del ser humano, es decir

se trata de un ser cuyo orden comprende el orden del deber ser”²². Se puede decir que la dignidad de la persona es una de las características más profundas del ser humano, es expresiva de la persona, irreductible al universo físico y a las otras personas, porque es estrictamente individual.

La calidad de digno es una “condición de la esencia y existencia del ser humano y simultáneamente, un condicionante en el actuar social de la persona, “dignidad innata en el ser humano, desde el momento de la concepción, la cual no puede ser cuestionada”²³. La dignidad como cualidad innata e intrínseca, no está sujeta a debate, sino que existe independientemente de cualquier norma positiva, porque es real, por tanto no puede basarse en el contexto histórico cultural, sino que es la fuente de la que surgen los derechos naturales del ser humano.

La dignidad se instituye así en una realidad de primer orden, prevalente y se convierte en el valor supremo del hombre, sin posible equivalencia y por consiguiente sin precio alguno, aquel valor irrenunciable y derecho imprescriptible. Nuestra dignidad radica “en el poder y capacidad de darnos a nosotros mismos la ley que respeta la libertad igual de todos, con carácter universal, somos por todo ello, eminentemente seres autónomos”²⁴.

En este sentido la Constitución Política del Perú ha señalado en su artículo 1º que “*la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado*”. La persona humana por su dignidad, tiene derechos naturales anteriores a la sociedad y el Estado, los cuales han sido progresivamente reconocidos hasta hoy en su legislación positiva como derechos humanos de carácter universal.

Por otra parte la Declaración Universal de Derechos Humanos, como su misma denominación señala,

¹⁹ BALLESTEROS, Jesús. *El Estatuto del Embrión*, 2004 [ubicado el 31.X.2010]. Obtenido en

http://www.bioeticaweb.com/content/view/103/44/#LA_CUESTION_FILOSOFICA:

²⁰ STC del 29 de Octubre del 2009. {Expediente número 00065-2008-PA/TC}. Obtenido en

http://www.tc.gob.pe/tcaldia_sentencias/magistrado_vergara/00065-2008-AA-La_persona_humana_como_titular_derechos_fundamentales.pdf

²¹ SÁNCHEZ, Rosa, ob. cit.

²² HERVADA, Javier. *Historia de la ciencia del derecho natural*, EUNSA, Pamplona, 1987, p. 447

²³ GHERSI, Carlos. *Derecho y reparación de daños*. Tomo V, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2005, p. 71

²⁴ BLÁZQUEZ, Javier. “La nueva genética ante la privacidad, la dignidad y la discriminación” en *Bioética y bioderecho: reflexiones jurídicas ante los retos bioéticos*, Comares, Navarra, 2008, p. 159.

declara derechos directamente referidos a la persona humana, precisando así en su artículo 1º que:

“todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

Por la dignidad humana es que podemos distinguir la vida humana de otra clase de vidas, “aquella nos permite reconocer a la persona, precisamente en atención a su dignidad”²⁵.

El Tribunal Constitucional en la sentencia Nº 2273-2005 considera que:

“la realización de la dignidad humana constituye una obligación jurídica, y que la protección de la dignidad es sólo posible a través de una definición correcta del contenido de la garantía. Sólo así, la dignidad humana es vinculante, en tanto concepto normativo que compone el ámbito del Estado social y democrático del Derecho, pues, en la dignidad humana y desde ella, es posible establecerse un correlato entre el “deber ser” y el “ser”, garantizando la plena realización de cada ser humano”²⁶.

Es así que, todos somos dignos por el hecho de ser personas, por tanto merecemos que se nos trate dignamente, así como también tenemos la obligación de respetar a las demás personas. La dignidad de la persona se constituye en regla de comportamiento, regla o norma que tiene su fundamento y origen en la naturaleza del hombre. La persona humana esta revestida de una especial dignidad por la que sobresale del resto de la creación, de tal modo que posee un valor insustituible e inalienable.

Conviene insistir en que la dignidad radica en el ser y, por ello, se encuentra en conexión con la noción de la naturaleza humana y lo más intrínseco a ella, su fin. Así, se puede sostener que el ser humano, poseedor de una dignidad radical, está llamado a ser tratado, e incluso comportarse, de acuerdo con las exigencias derivadas

de esta dignidad, vinculadas a los fines de su propia naturaleza racional.

Por todo esto, el concebido es persona porque posee dignidad y el reconocimiento de la misma está en base al respeto y protección incondicionados de la vida del embrión, el que tenga dignidad es la razón por la que se le reconoce como persona. Al tener un concepto de dignidad humana, podremos señalar que, resulta ilícito atentar contra la vida o la salud e integridad física del concebido, indiferentemente de sus capacidades actuales, de su estado de salud, de su raza, sexo, edad, o de la etapa de desarrollo vital en el que se encuentre.

c) Concebido y persona humana.

La doctrina, aún imponente en nuestra sociedad, afirma que la vida no puede ser supeditada, valorada, o clasificada, encontrando su defensa en que la vida comienza desde la concepción humana, determinando la existencia de una persona humana, es así que “la vida tiene una historia muy larga, pero cada uno de los individuos tiene un inicio bien determinado, el momento de la concepción”²⁷.

Algunos autores señalan que toda persona es sujeto de derecho, pero no todo sujeto de derecho es persona, ya que “sujeto de derecho es el ser humano, individual o colectivamente considerado, a quien se le concede la aptitud para adquirir derechos y obligaciones; mientras que persona también es el ser humano, individual y colectivo, también con la aptitud para adquirir derecho y obligaciones, pero con la especial característica que es el ser humano desde su nacimiento hasta su fallecimiento”²⁸.

Esto no implica que la ausencia de sus propiedades o funciones, niegue la existencia del referente ontológico, el cual sigue siendo tal por naturaleza, ya que preexiste ontológicamente a sus cualidades. Creemos que, tanto el cigoto, como el embrión, el feto, el pre - embrión, el no nacido, o el concebido, o como se pretenda denominarlos, son vidas humanas, portadores de derechos fundamentales, sujetos de derecho, por lo

²⁵ GONZÁLES, Ana. “La dignidad de la persona, presupuesto de la investigación científica” en *Biotecnología, dignidad y derecho: bases para un diálogo*, EUNSA, Navarra, 2004, p. 33

²⁶ STC del 20 de Abril del 2006. {Expediente número 2273-2005-PHC/TC}. Obtenido en

<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/02273-2005-HC.html>

²⁷ VARSÍ, Enrique. *Derecho Genético*. Editorial Grijley, Lima, 2001, p. 87

²⁸ MORALES, Juan. “Concebido y responsabilidad civil”, *Diálogo con la Jurisprudencia*, Nº 127, Gaceta Jurídica, Lima, 2009, p. 19

que no son objetos como se pretende tratarlos en la actualidad.

El Tribunal Constitucional peruano hace una diferenciación entre concebido y persona, manifestando que:

“Tanto la persona humana (el ser humano nacido) como el concebido (el ser humano que está por nacer) representan los titulares principales de los derechos fundamentales (...)”²⁹.

Como vemos, nuestro ordenamiento jurídico trata al concebido diferente de la persona, tal diferencia radica en el nacimiento de esta última, pero no niega que el concebido es sujeto de derecho, titular de derechos fundamentales y merece una protección jurídica especial, para garantizar su pleno desarrollo, antes y después de su nacimiento.

Cabe recalcar que, no siempre la ley positiva se subsume a la ley natural, que es lo que debería ser, pues “la ley positiva no puede ser otra cosa que un enunciado deóntico de razón, el cual se origina a partir de la captación de la ley natural por la razón, de lo contrario se convierte en una ley injusta”³⁰, además cabe mencionar que “la ley natural está viva porque la regulación moral, indica lo que es bueno y lo que es malo, así como lo que hay que perseguir”³¹. Así en cuanto al concebido podemos tomar una postura excluyente, es decir, o es una cosa: objeto de la ciencia; o es una persona: sujeto de derecho, lo cual resulta evidente.

Y aunque el ordenamiento jurídico intente negarle al concebido el atributo de persona, tomando en cuenta la Declaración Universal de Derechos Humanos que considera persona a todo ser humano, siendo el concebido un ser humano, es persona y por tanto sujeto de derecho. El ser humano podrá sufrir muchos cambios que lo afectarán fisiológicamente, pero jamás se afectará su condición de ser persona.

2.3. Estatuto jurídico del concebido

²⁹ STC del 04 de Agosto del 2006. {Expediente número 4972-2006-PA/TC}. *Actualidad Jurídica*, N° 197, Gaceta Jurídica, Lima, 2010.

³⁰ HERVADA, Javier. *Introducción crítica al derecho natural*, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2008, p. 133

³¹ SGRECCIA, Elio. *Manual de Bioética: Fundamentos y ética biomédica*, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 2009, p. 210

Para una protección jurídica del concebido es necesario primero, la determinación del momento de inicio de la vida. El Tribunal Constitucional peruano se pronuncia sobre el inicio de la vida, manifestando que: “La concepción de un nuevo ser humano se produce con la fusión de las células materna y paterna, con lo cual se da origen a una nueva célula que, de acuerdo con su configuración e individualidad genética completa; podrá, de no interrumpirse su proceso vital, seguir su curso hacia su vida independiente”³².

Nosotros concordamos con esta posición, ya que consideramos que la vida inicia desde la unión del espermatozoide con el óvulo y a partir de ese momento el concebido merece una protección especial debido a que a pesar de depender de la madre, desde ya posee dignidad humana y es titular de derechos. Nuestra Constitución declara expresamente que el concebido es sujeto de derecho, lo que implica que no es un proyecto de vida o vida potencial, sino que es un sujeto con derechos, por lo mismo el ordenamiento jurídico debe regular su debida protección desde el inicio de su vida y a la vez proteger los derechos que de ella se desglosan.

a) El concebido como sujeto de derecho.

El término sujeto de derecho viene a ser “la designación por el Derecho, del ser humano desde su concepción hasta su muerte, es decir, durante todo el transcurso de su tránsito existencia, en su doble dimensión estructural de ser simultáneamente individual y colectivo o social”³³.

Podemos decir que el concebido es el ser humano antes de nacer, que pese a que depende de la madre para su subsistencia, está genéticamente individualizado frente al ordenamiento jurídico, y como tal, se convierte en un centro de imputación de los derechos y deberes que le favorezcan, es por eso que se dice que es un “sujeto de derecho privilegiado”³⁴.

Entonces, ¿qué significado tiene considerar al concebido como sujeto de derecho? En primer lugar, se le otorga una protección jurídica al ser humano que se

³² STC del 16 de Octubre del 2009. {Expediente número 02005-2009-PA/TC}. *Gaceta Constitucional*, N° 28, Gaceta Jurídica, Lima, 2010

³³ FERNÁNDEZ, Carlos. *Los 25 años del Código Civil Peruano de 1984*, Motivensa, Lima, 2009, p. 217

³⁴ ESPINOZA, Juan. *Derecho de las Personas*, Editorial Huallaga, Lima, 2001, p. 31

encuentra en dicho período de su existencia, reconociendo su realidad biológica, es un tratamiento directo, convirtiéndolo en un ser con aptitud para adquirir derechos y obligaciones. No solo desde el punto de vista biológico es un ser distinto de la madre, sino también desde el punto de vista jurídico.

Este *status* biológico implica que “*el embrión tiene unidad, orgánica-genética, funcional y ontológica; típicos en todo ser vivo*”³⁵, es así que el embrión tiene todo el potencial genético para convertirse en adulto y hacer uso de todas sus obligaciones y derechos correspondientes. Es sólo potencia, pero biológicamente tiene cualidades irrepetibles en otro ser, y tiene vida.

La Constitución Política del Perú señala que el concebido es sujeto de derecho, a la vez nuestro Código Civil lo reconoce como tal en su artículo 1º: “*La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo*”.

Toda persona humana, por su misma naturaleza es sujeto de derecho y así el embrión, sería considerado persona ya que posee dominio ontológico característico de éste, el embrión no es parte de la madre, es un ser diferente a ella, con vida propia, esto se puede comprobar por la misma existencia de vida fuera del útero, elemento que se cumple en la fecundación in vitro, señalando que inclusive fuera del útero materno el embrión puede desarrollarse, afirmando el carácter de independencia del embrión como persona, esto también porque, siguiendo nuestra legislación, consideramos al embrión portador de derechos en cuanto le sean favorables.

El que atenta contra el concebido, atenta contra una disposición constitucional, porque al considerársele como sujeto de derecho, es titular de derechos, como son el derecho a la vida y a partir de ahí, los demás derechos que de ella se despliegan, como son la salud e integridad física del concebido, los cuales se ven vulnerados en la práctica de las técnicas de

reproducción asistida, derechos que el ordenamiento jurídico debe garantizar, esto según su condición de persona y la adecuación a su dignidad humana.

b) El concebido en el ordenamiento jurídico peruano.

Siendo el concebido sujeto de derecho, nuestro ordenamiento jurídico debe regular su protección desde el momento del inicio de la vida, siendo éste, el momento de la fecundación, tal como se ha manifestado en la Constitución Política del Perú (artículo 2º inciso 1), el Código Civil (artículo 1º) y la Convención Americana sobre derechos humanos (artículo 4º inciso 1), esto es ratificado por el Tribunal Constitucional en sentencia Nº 2005-2009-PA/TC.

Asimismo, el Código de los Niños y Adolescentes en su artículo I del Título Preliminar indica que:

“Se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad (...). El Estado protege al concebido para todo lo que le favorece (...)” .

El citado código protege al niño desde el momento de la concepción y a la vez indica en su artículo 1º que “el niño y el adolescente tienen derecho a la vida desde el momento de la concepción, garantizando la vida del concebido, protegiéndolo de experimentos o manipulaciones genéticas contrarias a su integridad y a su desarrollo físico o mental”, dicho esto, cualquier manipulación o trato que desnaturalice su condición de persona humana será contrario a este dispositivo legal. Cabe agregar que, al considerarse niño a todo ser humano desde el momento de la concepción, podemos aplicar el “principio general del interés superior del niño”³⁶ que consiste en “el conjunto de acciones y procesos tendientes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna, así como las condiciones materiales y afectivas que les permita vivir plenamente y alcanzar el máximo bienestar posible”³⁷. Su importancia radica en la dignidad de la persona; el niño debe ser considerado como persona, y la persona tiene un nivel elevado ante los demás seres, pues la persona humana posee dignidad, por la cual no se permite que se realicen actos en contra de los niños que los perjudiquen, física o

³⁵ RUBIO, Marcial. *Las Reglas del amor en probetas de laboratorio: Reproducción humana asistida y derecho*. Eunsa, Lima, 1996, p. 15

³⁶ Principio que se encuentra recogido en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes

³⁷ MÉNDEZ, María. *Los principios jurídicos en las relaciones de familia*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2006, p. 207

moralmente, y que estos actos queden impunes, pues existe una amplia legislación nacional e internacional, que los protegen.

Para la protección del concebido también debemos tener en cuenta la Declaración de los Derechos del Niño, que manifiesta *“el niño por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después de su nacimiento”*. Esta norma jurídica supranacional que forma parte de nuestro derecho interno, también protege al concebido desde antes de su nacimiento.

La Corte Suprema, del mismo modo, sostiene que *“basta el solo hecho de la concepción para que el niño sea catalogado como sujeto de derecho”*³⁸, afirmando una vez más que todo ser humano desde su concepción merece protección jurídica especial.

La Ley del Ministerio de Salud menciona como su finalidad

*“lograr el desarrollo de la persona humana, a través de la promoción protección, recuperación y rehabilitación de su salud y del desarrollo de un entorno saludable, con pleno respeto de los derechos fundamentales de la persona, desde su concepción hasta su muerte natural”*³⁹.

Incluso la Ley General de Salud en el artículo III de su Título Preliminar considera al concebido sujeto de derecho en el campo de la salud en todo en cuanto le favorece. Este artículo, en nuestra opinión, se contradice con el artículo 7º de la misma ley que permite el uso de las técnicas de reproducción asistida puesto que, como veremos más adelante, éstas atentan directamente contra la salud e integridad física del concebido, poniéndolo en grave peligro de muerte, por lo que la misma ley se contradice, así también debemos señalar que el artículo 7º devendría en inconstitucional ya que permite la práctica de procedimientos que lesionan al salud del concebido y además acarrear el asesinato de miles de vidas indefensas.

Así también, existe una norma actualmente vigente que de alguna manera compromete su posición respecto al momento desde el cual se debe brindar atención y

protección al ser humano, fijándolo en este caso a partir de la fecundación⁴⁰. Se trata del documento denominado *“La Salud Integral; Compromiso de Todos – Modelo de Atención Integral de Salud”*, aprobado por Resolución Ministerial N° 729-2009-SA/DM el 20 de Junio del 2003, documento que establece programas de atención integral para cada etapa de la vida, siendo la primera la de *“Niño por nacer: desde la fecundación hasta antes del nacimiento”* y prevé la *“atención periódica durante la gestación, a fin de estimular el desarrollo psicoafectivo del niño. Conjunto de procesos y acciones que potencian y promueven el desarrollo físico, mental, sensorial y social del sr humano desde la fecundación hasta su nacimiento”*.

De esta manera, podemos ver que, en el ordenamiento jurídico peruano, la vida es protegida desde la concepción, y podemos obtener de la doctrina y jurisprudencia nacional que la misma ocurre desde la unión del espermatozoide masculino con el óvulo femenino, desde ese momento habrá vida, desde ese momento hay un concebido que merece un trato jurídico especial, por ser una vida dependiente, pero que desde ya es persona y como tal posee dignidad, de esta manera no podrá tratarse como un objeto, sino como lo que es, un sujeto de derecho.

3. TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.

Las técnicas de reproducción asistida son procedimientos artificiales desarrollados con la finalidad de ayudar a las parejas a tener descendencia, las mismas que han significado la intromisión del ser humano en un proceso natural, para convertirlo en uno artificial.

Estas técnicas se presentaron como el remedio milagroso para la infertilidad, pero *“no son un remedio para la esterilidad, pues con ellas no se eliminan las causas de las mismas, sino sus efectos y sin demasiados éxitos, pues en la mayoría de los casos, tienen resultados infructuosos”*⁴¹, además nadie tiene derecho a disponer de la vida humana ni realizar procesos que impliquen la manipulación y destrucción de seres humanos, las mencionadas, no sólo afectan la

³⁸ STC del 02 de Agosto del 2007. {Casación número 1486-2007-Cajamarca}. *Revista Jurídica del Perú*, N° 97, Normas Legales, Lima. 2009.

³⁹ Artículo 2º de la Ley N° 27657

⁴⁰ SOSA, Juan, ob. cit., p. 87

⁴¹ CALVO, Alberto. *“El permisivismo en la FIV: El informe Palacios, fundamento de la legislación española”* en *La humanidad in vitro*, Comares, Granada, 2002, p. 73

naturaleza de la creación de la vida humana sino que provoca el delicado problema de la creación de embriones en números superiores a los deseados por las parejas infértiles⁴².

Otra problemática que presenta la práctica de estas técnicas radica en que “existe una insuficiente información a los usuarios por parte de los profesionales que las realizan”⁴³, esta información es muy importante y necesaria para que las parejas que recurran a estas técnicas sepan que se están comprometiendo en una decisión enorme, ya que en cada procedimiento siempre habrán embriones sobrantes, vidas que dependen de esa pareja, y quienes decidirán tenerlos o abandonarlos.

Debido al uso de las técnicas de reproducción asistida se puede hablar de un conflicto en el que se ven inmersos los derechos naturales, teniendo como principales contendientes al derecho a la procreación y al derecho a la salud y la vida. El derecho a la procreación es una facultad inherente al ser humano, es un derecho derivado del derecho a la vida, de la integridad y de la libertad de la persona, con estos derechos se ejerce de manera real y efectiva la función biológica y a la vez responsable del hombre, como es la procreación.

En el Perú, el derecho a procrear se ubica en el artículo 6º de la Constitución, donde precisa que:

“la política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover paternidad y maternidad responsable.

Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir, haciendo mención indirectamente al derecho a la procreación como un presupuesto para poder hablar de paternidad y maternidad responsable. Este derecho también aparece en varios tratados internacionales como la Declaración Americana de los derechos y Deberes del Hombre, donde reconoce que “toda persona tiene derecho a constituir una familia”, aludiendo al derecho a la procreación.

Cabe mencionar que, no existe ningún derecho que sea absoluto, todos los derechos son relativos, exceptuando al derecho a la vida como el fundador y sustento de los demás. En cuanto al derecho a la procreación, por ser un derecho relativo, es limitado, por lo que debe ser realizado dentro de ciertos parámetros esenciales, estos límites serán el derecho del niño por nacer, en cuanto a su derecho a la vida, salud e integridad física, el respeto a su dignidad, etc. Quienes recurren a las técnicas de reproducción asistida desean un hijo, no como un producto biomédico, sino como hijo, es decir, que no les importa que su hijo sea concebido en un laboratorio, sino les importa el poder ejercer la maternidad y paternidad del hijo así deseado, pero en estos procedimientos se utilizan los medios incorrectos para lograr este fin, puesto que no se puede confundir el derecho a la procreación que tienen los padres, como si fuera tener un derecho a tener hijos a toda costa, cueste lo que cueste.

3.1. Inseminación artificial.

La inseminación artificial “es una técnica que consiste en introducir el semen del varón, previamente recolectado, en el tracto reproductor de su pareja o cónyuge, sin que medie una relación sexual”⁴⁴. Este procedimiento no da la posibilidad de realizar experimentación alguna, es por eso que es un proceso de baja tecnología médica.

Lo único artificial en este proceso es la obtención del semen masculino y el procedimiento de introducir los espermatozoides dentro de los genitales femeninos⁴⁵. Pero una vez introducido el esperma, la fecundación se produce de manera natural. El porcentaje de éxito de la inseminación artificial “valorada en función de los niños nacidos está comprendida entre el 16 y 20%”⁴⁶.

3.2. Fecundación *in vitro*

Esta técnica se introdujo en la Medicina para tratar la esterilidad debida a la obstrucción de las trompas de Falopio, posteriormente, las indicaciones de esta

⁴² MONGE, Luz. “Infecundidad legislativa: Deslices de la procreación médica” en *Actualidad Jurídica*, Tomo 200, 2010, p. 38

⁴³ BONET, Enrique y PARDO, José. *Hay un embrión en mi nevera*, Eunsa, Pamplona, 2007, p. 49

⁴⁴ MOSQUERA, Clara. “La genética en los tribunales peruanos” en *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 121, Gaceta Jurídica, 2008, p. 21

⁴⁵ DÍAZ DE TERÁN, María. *Derecho y nueva eugenesia: un estudio desde la ley 35/1988 de 22 de noviembre de técnicas de reproducción asistida*, EUNSA, Navarra, 2005, p. 56

⁴⁶ Idem, p.57

técnica se han extendido al tratamiento de esterilidades de causa desconocida, de esterilidad en parejas que no poseen óvulos o espermatozoides normales (mediante gametos provenientes de donantes), e incluso de casos en que la mujer no puede quedar embarazada (mediante el empleo de madres o vientres de alquiler). Esta técnica “implica procesos de alta tecnología médica”⁴⁷ y consiste en extraer espermatozoides y óvulos, depositarlos en una placa, introducirlos a una incubadora a 37 °C en unas 12 a 18 horas, luego se examina el ovocito para comprobar si se han fecundado o no. Antes de transferirlos se seleccionan los embriones según criterios morfológicos, una vez seleccionados son trasladados a las vías genitales de la mujer⁴⁸, esto resulta discriminatorio puesto que, la vida humana es un derecho fundamental y nadie está capacitado para decidir qué vida es más apta que otra. El embrión permanece libre en la cavidad uterina finalizando la implantación entre el 12-14 día de la fecundación⁴⁹. Hay que tener en cuenta que sólo son transferidos de dos a cuatro embriones como máximo, los demás son almacenados en los bancos de embriones para su posterior transferencia en caso de ser requeridos, de no ser así, se utilizarán en experimentaciones científicas, mientras que otros serán desechados. El alto riesgo al cual se somete a estos seres humanos es desproporcionado, “por cada 24 embriones implantados se obtiene un niño vivo, es decir que, para complacer el deseo de un niño, se requiere de la muerte de veintitrés seres humanos”⁵⁰, a esto debemos sumar que los embriones sobrantes o aquellos que posean malformaciones tienen un destino incierto.

Un tema importante para dar conocer es que después de hecha la implantación “a las 14 y 19 semanas se realiza un diagnóstico prenatal de malformaciones y si existe una probabilidad de malformación, es habitual que se practique un aborto”⁵¹, lo cual resulta más traumático para la mujer, puesto que, desde ya se le

está sometiendo a un proceso que le causa grandes molestias físicas y psicológicas, para que además se sume a todo esto un aborto, produciéndose de este modo una interrupción dolosa del embarazo causando la muerte de un ser humano.

La Sala Constitucional de Costa Rica declaró la inconstitucionalidad de la fecundación in vitro sosteniendo que:

“El embrión humano es persona desde el momento de la concepción, por lo que no puede ser tratado como objeto para fines de investigación, ser sometido a procesos de selección, conservado en congelación, y lo fundamental para esta Sala es que no resulta legítimo constitucionalmente que sea expuesto a un riesgo desproporcionado de muerte. Ha quedado claro a este Tribunal que durante la ejecución de la técnica, se transfieren al útero embriones, previamente fecundados en laboratorio, a sabiendas de que la mayor parte de ellos está destinada a no generar un embarazo”⁵².

Estas técnicas no están reguladas en el Perú, puesto que incluso no se aprobó un proyecto de ley⁵³ que pretendía regularlas ratificando así la protección que nuestro ordenamiento jurídico brinda al ser humano desde el momento de la concepción, es por esto que, estamos de acuerdo con la sentencia emitida en Costa Rica, debido a que, como ya hemos mencionado, el concebido es persona porque posee dignidad, por lo que no se le puede tratar como un objeto de laboratorio ni puede ser manipulado transgrediendo su salud e integridad física y poniendo en peligro su vida. En todo este procedimiento, el embrión es tratado como un objeto de producción sometido a un proceso de tipo eminentemente técnico – instrumental, donde innumerables vidas humanas se pierden a conciencia plena, con la escasa posibilidad de que alguna de ellas sobreviva al procedimiento. El derecho a la salud e

⁴⁷ VARSJ, Enrique. ob. cit., p. 257

⁴⁸ DÍAZ DE TERÁN, María, ob. cit., p. 60-61

⁴⁹ HIDALGO, María. *Análisis jurídico-científico del concebido artificialmente: en el marco de la experimentación genética*, Bosch, Barcelona, 2002, p. 30

⁵⁰ NAVARRO, Hermes. *El derecho a la vida y la inconstitucionalidad de la fecundación in vitro*, Ediciones Promesa, San José de Costa Rica, 2001, p. 30.

⁵¹ Ídem, p.31

⁵² STC del 15 de Marzo de 2000. {Expediente número 95-001734-0007-CO}. *El derecho a la vida y la inconstitucionalidad de la fecundación in vitro*, Ediciones Promesa, San José de Costa Rica, 2001

⁵³ Proyecto de Ley N° 00685; presentado el 13 de Setiembre del 2001, por el congresista Iván Calderón Castillo

integridad física del embrión también se ve vulnerado cuando es utilizado como material biológico para experimentación de nuevas terapias, esto significa además negarle su condición de sujeto de derecho, para convertirlo en objeto al servicio de fines que le son radicalmente ajenos.

El Estado debe proteger al concebido en todo en cuanto le favorece, actuando acorde al principio *in dubio pro nasciturus*⁵⁴. Nuestra Constitución también protege la vida humana desde la concepción, la cual se da al unirse espermatozoide y óvulo. Esta protección no diferencia la etapa de desarrollo en la que se encontrase la vida humana, ya sea embrión o niño recién nacido.

3.3. Suerte de embriones en las técnicas de reproducción asistida.

Existen muchas complicaciones debido al uso de las técnicas de reproducción asistida, entre ellas tenemos⁵⁵:

- *Abortos espontáneos: 15%.*
- *Embarazos ectópicos: entre 1/80 y 1/200.*
- *Embarazos múltiples: representa el 1%.*
- *Mortalidad neonatal: 5.54 por mil.*
- *Malformaciones congénitas: 31-22,5 por mil.*
- *Cromosomopatías: 1/160⁵⁶.*
- *Pérdida de embriones: 93%.*

Se pueden producir alteraciones *in vitro* en las primeras células de cada embrión, “se ha comprobado que los cigotos generados *in vitro* poseen menor viabilidad y más riesgos de malformaciones”⁵⁷ malformaciones a causa de lo difícil que es reconstruir el ambiente natural del cuerpo de la madre. Cabe recordar que antes de la implantación del cigoto, los embriones son sometidos a un tipo de eugenesia⁵⁸ al ser elegidos, para implantar los más saludables y viables que carezcan de enfermedades hereditarias según los genes del padre y de la madre. Al hacer uso de la fecundación *in vitro*, los médicos someten a los embriones a una muerte casi segura, lo cual resulta abominable puesto que su papel debería ser justo el opuesto. Por esta razón los médicos que se dedican a

practicar estas técnicas, muchas veces movidos por el mero afán de lucro e incluso por la simple sensación de sentirse dioses, resultando una actuación inmoral, desnaturalizando su profesión.

Por último hay que señalar que, la fecundación *in vitro* no es un procedimiento médico en el sentido normal del término, sino una técnica de “apariencia” médica, puesto que las técnicas médica se orientan a curar, aliviar o consolar. Sin embargo, la fecundación *in vitro* no se inserta en esta dinámica, ya que la pareja que abandone la clínica con un hijo, sigue siendo tan estéril como antes, porque no la han curado ni aliviado, agregándole a esto el luto que deberían tener los padres por todos los embriones fallecidos en el procedimiento técnico.

a) Crio-conservación de embriones.

Como hemos manifestado, las técnicas de reproducción asistida acarrear diversos problemas ético-jurídicos. Entre ellos tenemos la crio conservación de embriones, procedimiento que “se aplica cuando existe un número excesivo de embriones, cuya transferencia conllevaría un elevado riesgo de embarazo múltiple o cuando por alguna razón médica es necesario posponer la transferencia”⁵⁹.

La crio conservación de embriones obtuvo sus primeros resultados en Australia, “en el informe sobre reproducción asistida de Nueva Zelanda y Australia se puede constatar que, a finales de 2001, el número de embriones congelados era de 81,627, mientras que en E.E.U.U. existían en ese año 396.526 embriones congelados”⁶⁰.

El Tribunal Constitucional manifiesta que la concepción de un ser humano se produce con la fusión de las células materna y paterna, constituyéndose así una nueva

⁵⁴ NAVARRO, Hermes, ob. cit., p. 169

⁵⁵ HIDALGO, María, ob. cit., p. 37

⁵⁶ DÍAZ DE TERÁN, María, ob. cit., p. 62

⁵⁷ COLL, Julio, ob. cit., p. 29

⁵⁸ El desarrollo de la biología ha conllevado a un racismo científico, es decir al desarrollo de una nueva ciencia llamada

eugenesia, esto implica ahora con las técnicas de reproducción asistida, a tener hijos de “buena calidad”.

⁵⁹ ANDORNO, Roberto. *El derecho frente a la procreación artificial*, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1997, p. 36-37

⁶⁰ BONET, Enrique y PARDO, José, ob. cit., p. 32

vida⁶¹. Si partimos de esta jurisprudencia, entonces ¿cómo se puede someter a un ser humano a los altos grados de congelación a los que son sometidos dichos embriones sobrantes?, así al hacer uso de estas técnicas y al congelar y crioconservar embriones surgen mayores interrogantes como el tiempo de congelación y cuántas veces se repite este proceso.

El proceso de congelación al que son sometidos estos seres humanos es aberrante, puesto que “son crioconservados en tanques de nitrógeno líquido para eventualmente volver a utilizarlos en una ulterior implantación”⁶², a solicitud de la misma pareja, y en caso de que éstos ya no lo deseen, serán considerados “material biológico” para investigación. De este modo la congelación de los embriones aparece como “el supremo atentado contra el carácter personal del embrión, ya que se le expone a un claro riesgo de muerte”⁶³, no sin antes atentar contra su salud e integridad física.

Además, cuando estos embriones son descongelados, no todos sobreviven, “se estima un 25% de pérdida posdescongelamiento”⁶⁴, es decir que no sólo se les somete a una serie de manipulaciones en el proceso de fecundación in vitro, sino que además se les congela y “al descongelamiento se les somete a nuevas sustancias tóxicas para comprobar si están vivos”⁶⁵, un doble riesgo de alteración, daño y destrucción.

Nuestro fundamento lo encontramos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, la cual en su artículo 3º señala que “todo individuo tiene derecho a la vida. En tanto la vida humana es un proceso continuo e ininterrumpido”, puesto que al utilizar este método estaríamos interrumpiendo la vida del embrión por un plazo indefinido, manteniéndolo congelado o descongelándolo para manipularlo poniendo en juego su salud e integridad física, esto hasta que alguien decida adoptarlo, sea utilizado para investigaciones científicas, o, en el peor de los casos, destruirlo.

La violencia y permanencia del cuerpo del embrión en su estado de congelación atentan grave y directamente

contra la dignidad de un cuerpo humano individual y personal, “es un acto intrínsecamente injusto, no sólo porque se le exponga a graves riesgos de muerte o de daño irreparable, sino porque también supone la interrupción del proceso biológico de desarrollo por tiempo indefinido”⁶⁶. La congelación de embriones es una práctica éticamente contraria al respeto de la dignidad humana, la cual se reconoce en base al respeto y protección incondicionados de su vida. La dignidad humana se ve gravemente transgredida, ya que se paraliza el desarrollo natural y se le somete a un riesgo adicional: “pueden dañarse al ser congelados y tener que ser reanimados tras la congelación”⁶⁷, para luego hacer un control de calidad, lo cual resulta discriminatorio, ya que el menos viable será desechado como una simple célula sin recordar que se trata de un ser humano, una persona que no se diferencia de un niño nacido, un adulto o un anciano, todos poseen la misma dignidad humana.

b) Manipulación genética.

Dentro de la expresión “manipulación genética” se comprende las terapias génicas, la manipulación de embriones, la formación de híbridos y quimeras; las técnicas de clonación, la eugenesia positiva y negativa, todas las cuales deben considerarse implícitamente prohibidas por la Declaración de la Unesco, al quedar comprendidas dentro de las prácticas contrarias a la dignidad del ser humano.

En el campo de las técnicas de reproducción asistida, la manipulación de embriones se da porque los espermatozoides deben recorrer un largo camino para llegar al núcleo del óvulo, deben reconocer la zona pelúcida, atravesarla, y fusionar su núcleo con el del óvulo, aquí es cuando surge la manipulación de los gametos, esto se llama la disección parcial de la zona pelúcida del óvulo (PZD), la cual presenta riesgos ligados a lesiones del óvulo cerca del 4%, lo que comporta una pérdida elevada de embriones. La función de la zona pelúcida es seleccionar los espermatozoides que sean

⁶¹ STC del 16 de Octubre del 2009. {Expediente número 02005-2009-PA/TC}. *Gaceta Constitucional*, N° 28, Gaceta Jurídica, Lima, 2010

⁶² ZURRIARÁIN, Roberto. *Los embriones humanos congelados: Un desafío para la Bioética*, Ediciones Internacionales Universitarias, Madrid, 207, p. 316

⁶³ BALLESTEROS, Jesús. “El estatuto ontológico del embrión” en *La humanidad in vitro*, Comares, Granada, 2002, p. 241

⁶⁴ DÍAZ DE TERÁN, María, ob. cit., p. 62.

⁶⁵ COLL, Julio, ob. cit., p. 42.

⁶⁶ ZURRIARÁIN, Roberto, ob. cit., p. 324

⁶⁷ COLL, Julio, ob. cit., p. 42

compatibles con el óvulo para lograr una correcta fecundación, al seleccionar esta envoltura, la PZD comporta una pérdida elevada de embriones, por los daños que se le ocasionan, debido a condiciones de cultivo no apropiadas, o contaminación de éste, ya que se le inyecta una sustancia y esto implica trastornos de la motilidad del espermio y luego daños que puede involucrar al embrión⁶⁸.

Muchos defensores de la manipulación y experimentación con embriones la consideran un mal menor puesto que quieren ocultar su mal actuar señalando que en vez de destruirlos, mejor deberían ser aprovechados por la ciencia. Este pensamiento resulta degradante para el ser humano, porque “la ciencia no puede imperar sobre el derecho a la vida e integridad del embrión”⁶⁹, puesto que si se le reconoce al embrión como persona, la experimentación sobre él queda ilegítima.

Estas investigaciones y manipulaciones genéticas son contrarias a la salud e integridad física del ser humano y que, al ser personas, no pueden ser tratadas como simple objetos de laboratorio, pues merecen respeto en base a su dignidad y el derecho que tiene cada ser humano de vivir y de ser protegido desde su inicio. Toda manipulación, investigación o simple observación del embrión como experimento “será ilícita cuando, a causa de los métodos empleados de los efectos inducidos, implicasen un riesgo para la integridad física o vida del embrión”⁷⁰. La manipulación genética es, sin duda, la prueba palpable del atropello a la dignidad humana, una manipulación que transgrede la identidad del ser humano, una manipulación que desgarrar la esencia de toda persona.

c) Embriones “descartados” y “sobrantes”.

Como ya hemos visto, existe una serie de daños al embrión en los procedimientos a seguir en estas técnicas de reproducción asistida, las cuales lesionan al embrión, pero fuera de los daños que se les pueda ocasionar, estas técnicas van más allá, debido a que muchos de estos embriones son descartados,

eliminados, desechados. Esta eliminación de embriones surge debido a que se fecunda un número elevado de embriones y se eliminan aquellos que no posean las características solicitadas, ya que son sometidos a un análisis genético, previo a su implantación en el útero, por lo que cabe recordar que se estarían seleccionando seres humanos, con su proceso vital ya iniciado para luego ser eliminados. Así, “de los embriones obtenidos habrá una parte que demuestre menos vitalidad o un desarrollo más deficiente, entonces no serán implantados”⁷¹.

Para muchos juristas, “destruir un embrión de dos semanas de vidas es equivalente a un aborto”⁷² posición que compartimos, ya que se trata de vidas humanas que son primero manipuladas, lesionadas, para luego de ser sometidas a distintas experimentaciones y de no cumplir los “requisitos” serán descartadas y desechadas. En estos procedimientos se deja en manos del médico la decisión de si los embriones son viables o no, y de no serlo, serán desechados, esto quiere decir que “se pone en manos del hombre la suerte de otro ser humano”⁷³. Resulta ética y moralmente reprobable crear deliberadamente embriones huérfanos, abandonados, “la producción creciente de embriones sobrantes no puede ser el precio a pagar por la práctica de la fecundación in vitro”⁷⁴ estas técnicas son realizadas aceptando el problema de los embriones sobrantes como inevitable, por lo que no deberían practicarse.

Para la problemática de los embriones sobrantes se ha propuesto “la adopción prenatal por aquellas parejas que lo soliciten, sosteniendo que así se ayudará a las demás parejas estériles”⁷⁵ esta medida resulta bastante utópica ya que al haber sido congelados, significó que presentaban menores garantías de éxito para la implantación, además esta medida sería para aquellos embriones que no estuviesen enfermos y que tuviesen posibilidades para desarrollarse sanamente, por lo que no tendría sentido adoptar esta opción, ya que de igual modo habría embriones sobrantes. Además si se aceptara la adopción de embriones, “se abrirían las

⁶⁸ DÍAZ DE TERÁN, María, ob. cit., p. 64

⁶⁹ BONET, Enrique y PARDO, José, ob. cit., p. 154-155

⁷⁰ COLL, Julio, ob. cit., p. 66

⁷¹ MARTÍNEZ, Stella. *Manipulación genética y derecho penal*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1994, p. 43

⁷² CASTRO, Rosa. *La revolución genética y sus implicancias ético jurídicas*, Ediciones Doctrina y Ley LTDA, Bogotá, 1999, p. 26.

⁷³ CALVO, Alberto, ob. cit., p. 78

⁷⁴ BONET, Enrique y PARDO, José, ob. cit., p. 50

⁷⁵ ZURRIARÁIN, Roberto, ob. cit., p. 320-321

puertas a la selección y comercialización de seres humanos⁷⁶, porque sería igual a la compraventa de un embrión, así el millonario mercado de la reproducción asistida encontraría una nueva fuente de enriquecimiento.

Las cifras de embriones congelados, manipulados y descartados son sorprendentes, los Estados no pueden quedarse sin actuar ante una urgente y necesaria protección de estas vidas humanas, es por eso que sabiendo el daño que ocasionan estas técnicas lo mejor sería no practicarlas, esa sería la única forma de detener la manipulación, daño y asesinato de miles de vidas indefensas Si quienes practican la fecundación in vitro mantuvieran un completo respeto por la vida humana, desde su mismo comienzo, no se arriesgarían a manipularla, dañarla, colocándola en grave peligro de muerte. Es posible que quienes practican esta técnica tienen un móvil bueno, que es proporcionar un niño a un matrimonio sin descendencia, pero la bondad del motivo no implica que todo lo que se haga a continuación quede moralmente justificado, puesto que el fin no justifica los medios.

Si se observan las acciones, lo que se juzga es la producción de una serie de seres humanos, para conseguir que uno solo llegue a desarrollarse, aún a costa de ponerlos a todos en peligro de muerte. Esto se hace para satisfacer los deseos de paternidad de un matrimonio estéril, pero estas prácticas resultan inadmisibles, ya que, ni lo que se hace es correcto, ni existe proporción entre el bien que se desea obtener y el mal que se ocasiona.

4. LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 7º DE LA LEY GENERAL DE SALUD.

La ley general de salud, ley Nº 26842, publicada el 20 de Julio de 1997, dispone en su artículo 7º que: “Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida (...)” .

Nuestra Constitución señala en su artículo 2º inciso 1) que “toda persona tiene derecho a la vida, a su

identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece”, Observamos que nuestra Carta Magna señala que el concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece, norma suprema que como tal, prima ante toda otra, por lo que habría que analizar entonces por qué el ordenamiento jurídico no logra ponerse de acuerdo en cuanto al inicio a la vida y la protección del concebido, para evitar el uso de estas técnicas, pues es evidente que “el logro de un niño nacido no puede justificar en absoluto la muerte de 1406 cigotos”⁷⁷.

El Tribunal Constitucional en la sentencia Nº 2005-2009 señala:

“la concepción de un nuevo ser humano se produce con la fusión de las células materna y paterna con lo cual se da origen a una nueva célula que, de acuerdo al estado actual de la ciencia, constituye el inicio de la vida de un nuevo ser. Un ser único e irreplicable, con su configuración e individualidad genética completa y que podrá, de no interrumpirse su proceso vital, seguir su curso hacia su vida independiente”.⁷⁸

Si partimos de esta jurisprudencia y de la protección que recibe el concebido en nuestra legislación, entonces el artículo 7º de la Ley General de Salud que permite el uso de las técnicas de reproducción asistida, devendría en inconstitucional ya que permite la práctica de procedimientos que acarrear el asesinato de miles de vidas indefensas.

Vale recordar que si estas técnicas tienen como objetivo que las parejas infértiles puedan procrear, lo que debemos tener en cuenta es que la procreación es una facultad inherente al ser humano, sin embargo esta facultad es un derecho derivado del derecho a la vida, de la integridad y de la libertad de la persona, por lo que el proceso de congelación y descongelación que “implica daños irreversibles en los embriones, debido a la utilización de sustancias o protectores que suavizan los cambios de temperatura”⁷⁹, estos daños atentan

⁷⁶ BONET, Enrique y PARDO, José, ob. cit., p. 58

⁷⁷ POLITI BARRETO, Melina Brunella. *Protección Jurídica del concebido en el Derecho Peruano ante la regulación de las técnicas de reproducción asistida*, Tesis para optar el título de Abogado, U.S.A.T., Chiclayo, 2009

⁷⁸ STC del 16 de Octubre del 2009. {Expediente número 2005-2009-PA/TC}. *Gaceta Constitucional*, Nº 28, Gaceta Jurídica, Lima, 2010

⁷⁹ LEMA, Carlos. *Reproducción, poder y derecho*, Madrid, 1999, p. 60

contra la integridad física del embrión, y posteriormente contra el derecho a la vida, por lo que dichas técnicas no deben practicarse.

5. CONCLUSIONES.

La vida humana se inicia desde la concepción, la cual se da con la unión del espermatozoide y el óvulo, desde ese momento el concebido es sujeto de derecho, debido a su calidad de persona humana ya que posee dignidad y merece respeto y protección.

Las técnicas de reproducción asistida atentan contra la vida del concebido pues estos procedimientos acarrearán el asesinato de miles de vidas indefensas, personas que son tratadas como simples objetos de laboratorio al ser manipuladas, congeladas y hasta desechadas.

El artículo 7º de la Ley General de Salud que permite el uso de las técnicas de reproducción asistida devendría en inconstitucional, pues al practicarse estas técnicas, queda demostrado que atentan contra la vida del concebido, contra su dignidad, además el Tribunal Constitucional se pronuncia protegiendo al ser humano desde el momento de la concepción y estas técnicas al atentarse contra la vida del concebido estarían prohibidas.