

LA PROTECCION QUE DEBE BRINDAR EL DERECHO PERUANO AL EMBRIÓN HUMANO CONCEBIDO MEDIANTE FECUNDACION IN VITRO

PROTECTION TO PROVIDE THE PERUVIAN LAW DESIGNED BY HUMAN EMBRYO IN VITRO FERTILIZATION

*Elmer Solano Zamora Vásquez**

SUMARIO: I.- Introducción y planteamiento del problema. II.- El Derecho a la vida del Embrión Humano que ha sido concebido mediante fecundación In Vitro. III.- Las Técnicas de reproducción humana asistida. IV.- Derecho comparado y el problema planteado. V.- Propuestas para la protección de la vida del embrión In Vitro. VI.- Conclusiones. VII.- Referencias.

SUMMARY: I.- Introduction and problem statement. II.- The right to life of the human embryo has been conceived through in vitro fertilization. III.- The Assisted Human Reproduction Techniques. IV.- Comparative law and the problem posed. V.- Proposals for the protection of life of the embryo in vitro. VI.- Conclusions. VII.- References.

RESUMEN

La pregunta que originó la presente investigación es: ¿Cómo debería proteger el derecho peruano al embrión humano que ha sido concebido mediante fecundación in vitro? Teniendo como objetivo general: Sugerir los mecanismos que va a utilizar el Derecho Peruano para proteger al embrión humano concebido mediante fecundación in vitro.

Asimismo, la investigación se llevó a cabo contrastando la siguiente hipótesis: El derecho peruano debería proteger al embrión humano que ha sido concebido mediante fecundación in vitro de forma explícita, para lo cual se propone la modificación del Artículo 2, inciso 1 de la Constitución Política del Perú y el Artículo 1 del Código Civil Peruano, en donde se precise "al concebido de forma natural o asistida"; teniendo como base las legislaciones que existen en España, Francia y Estados Unidos, finalmente el método que se utilizará es el dogmático, pues consiste en la visualización del problema jurídico sólo a la luz de las fuentes formales, es decir se limitará solamente a las normas jurídicas e instituciones en las que

* Bachiller en Derecho y Ciencia Política por la Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo de Cajamarca, Perú. Dirección: Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo. Jr. José Sabogal N° 913. E-mail: elmerzamora46@gmail.com.

está comprendido el problema, en este caso en la Constitución básicamente el artículo 2 inciso 1 en donde se señala el derecho a la vida y por otro lado las técnicas de reproducción asistida especialmente la fecundación In vitro.

Palabras Clave: Embrión Humano, Fecundación In vitro, Derecho a la Vida.

ABSTRACT

The question that originated this research was: How Peruvian law should protect the human embryo which has been conceived by in vitro fertilization? With the general goal: To suggest mechanisms that will use the Peruvian law for the protection of children conceived through IVF.

The investigation was conducted contrasting the following scenario: You should fill the gaps in the current regulations to protect the human embryo has been conceived through IVF, since in the substantive rule only protection is indicated the human being from conception, finally the method to be used is the dogmatic, as is the view of the legal issue only in the light of the formal sources, ie it is limited only to legal rules and institutions in which it falls The problem, in this case in the Constitution basically Article 2 paragraph 1 where the right to life and on the other assisted reproduction techniques specifically notes In vitro fertilization Consequently, this method is important for this research because allow ascertain the legal nature of the protection that is offered to the human embryo has been conceived by IVF.

Keywords: human embryo, in vitro fertilization, Right to Life.

I. INTRODUCCION

La fecundación in vitro ha llegado a considerarse, en estos últimos tiempos, una técnica más, de las que dispone la medicina para el tratamiento de la infertilidad matrimonial (Varsi Rospigliosi, 2001, p. 90).

Ante ello, la protección al ser humano y las alternativas para el impulso biocientífico son temas que preocupan a diversos sectores de nuestra sociedad. Es así como universidades, gremios, Estado y particulares vienen recogiendo las necesidades y proyectando los efectos del desarrollo biotecnológico a fin de brindar las máximas garantías al ser humano.

Sin embargo el Derecho no ha desplegado una específica fuerza tuitiva o protectora de la vida, sino que se ha convertido en el medio de legitimar las prácticas genéticas.

A la fecha en el Perú no contamos con una legislación sobre Derecho Genético, se viene avanzando en buena medida en el aspecto académico, doctrinario y dogmático, pero lo ideal sería que el Derecho establezca normas que regulen la vida de ese ser que se encuentra en una probeta, pues se debe tener en cuenta el Derecho a la Vida el cual pertenece a cualquier ser humano por el simple hecho de existir y estar vivo, según como lo estipula el artículo 2º de la Constitución Política del Perú: "El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece".

II. EL DERECHO A LA VIDA DEL EMBRIÓN HUMANO QUE HA SIDO CONCEBIDO MEDIANTE FECUNDACIÓN IN VITRO

2.1. Definición de Derechos Fundamentales.

Los Derechos Fundamentales son los Derechos Humanos positivizados en la Constitución Política del Perú, señalados en el artículo 2 en forma enumerativa y explícita veinticuatro derechos fundamentales de las personas, cada uno de los cuales “es toda institución de triple carácter, a mi entender, jurídico, político y social”, los derechos fundamentales constituirán aquellas condiciones indispensables inherentes a las personas que permiten satisfacer sus necesidades básicas facilitando su pleno desarrollo así como también permitirles vivir con dignidad.

2.2. El Derecho a la Vida.

Establecido en el artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Perú, pues es un derecho universal que por tal característica le corresponde a todo ser humano, además es necesario para poder realizar los demás derechos universales, en efecto debemos sentirnos orgullosos de tener la oportunidad de vivir nuestra propia vida, porque sin ella no tendría sentido la existencia de los demás derechos.

2.2.1. Inicio de la vida ¿Desde cuándo estamos frente a un concebido?

Al respecto en el Plenario Académico realizado el 30 de septiembre de 2010, la Academia Nacional de Medicina ha considerado que el niño por nacer, científica y biológicamente es un ser humano cuya existencia comienza al momento de su concepción, por tanto desde el punto de vista jurídico es un sujeto de derecho como lo reconoce la Constitución Nacional, los tratados internacionales anexos y los distintos códigos nacionales y provinciales de nuestro país (Vargas Díaz, 2012, p. 4).

2.2.2. Teoría de la concepción o fecundación

La presente teoría indica que, la vida humana comienza con la concepción, entendida como la unión del espermatozoide masculino con el óvulo femenino, que se plasma a las pocas horas de la relación sexual. 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.

2.2.3. Posición de la Doctrina Nacional respecto al inicio de la Vida Humana

Luz Monge Talavera, en su libro titulado “Código Civil comentado por los cien mejores especialistas”, indica que en el artículo 1º de dicho código se considera a la concepción como el momento del inicio de la vida que va a suponer, además de la unión del elemento reproductor masculino al femenino (fecundación), la formación del embrión, seguida de su implantación y de su anidación en el útero materno, que el principio consagrado en el Código según el cual la vida humana comienza con la concepción, debe entenderse como referido al inicio de la gestación (que marca la

concepción) (Monge Talavera, 2010, p. 96). En el mismo sentido se indica que “el concebido constituye vida humana, genéticamente individualizada, desde el instante mismo de la concepción, o sea, a partir de la fecundación de un óvulo por un espermatozoide” (Fernández Sessarego, 1992, p. 30).

2.2.4. La Vida en el Embrión Humano

Muchos estudiosos aportan que desde el momento que existe la anidación entre el espermatozoide y el ovulo ya se da lugar a una célula que tiene vida y por tanto merece que se respete, por otro lado, existen opiniones contrarias en donde mencionan que el embrión es un ser que no siente dolor, ni es sensible a nada por lo que dicen que aún no se lo puede considerar como un ser vivo; entonces se origina un dilema que tal vez hasta la actualidad existan vacíos; por otro lado es indispensable indicar que para dar lugar a una nueva vida en la sociedad ya no se tiene la concepción que existe únicamente la manera natural de reproducción en las parejas que planifiquen tener su familia y procrear hijos, sino que la ciencia y la tecnología han ido avanzando de manera acelerada dando lugar a que actualmente se recurra a las técnicas de reproducción asistida con la finalidad de que origine vidas humanas utilizando la tecnología, entre ellas puedo indicar la fecundación in vitro. En efecto, puedo afirmar que un embrión originado de manera natural o artificial como es el caso de la fecundación in vitro, tienen los mismos derechos porque estamos frente a una misma especie y organismo que desde el momento que se origina ya sea natural o por una técnica de reproducción asistida tiene vida.

III. LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA Y SU SENTIDO JURÍDICO RESPECTO AL DERECHO A LA VIDA

3.1. Esterilidad e infertilidad: Base de la Reproducción Humana Asistida

Si bien se puede afirmar que, históricamente, el sustento de las investigaciones que dieron origen a las TERAS fueron la esterilidad¹¹ y la infertilidad¹², al respecto, en nuestro ordenamiento jurídico no existe ninguna norma en la que se defina a la infertilidad o esterilidad o que asuma diferencias respecto de las situaciones que definen cada uno de estos términos; en todo caso, el artículo 7° de la Ley General de Salud (Ley N° 26842) es la única norma que se refiere a este aspecto cuando señala que “toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere el consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos. Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos”.

3.2. Definición de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida

Hacen referencia a cualquier manipulación de los elementos reproductores humanos (células germinales, gametos, cigotos, embriones) encaminada a la procreación por medios no naturales, por otro lado se considera que son todos los

¹¹ Incapacidad de conseguir un embarazo después de un año (o dos relaciones sexuales potencialmente fecundantes)

¹² Incapacidad de llevar a cabo un embarazo hasta el momento de vitalidad para el feto (Lino Ciccone, 2006, p. 99)

tratamientos y procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo. Esto incluye pero no está limitado sólo a la fecundación in vitro y la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos, la transferencia intratubárica de cigotos, la transferencia intratubárica de embriones, la donación de ovocitos y embriones y el útero subrogado.

3.3. Valoración Bioética de las “TERAS”

Se considera que con la práctica de dichas técnicas surge a la vez la eventual vulneración del derecho a la identidad y la vida; sin embargo, nos parece del mismo modo relevante tomar conocimiento de aquellas cuestiones éticas que también poseen un contenido eminentemente jurídico, en cuanto involucran la afectación de derechos fundamentales como es el derecho a la vida y que, por tanto, deben ser consideradas para la adopción de una norma específica sobre la materia, en efecto considero que debe existir una valoración bioética que tiene que ir a la par con las TERAS.

IV. EL DERECHO COMPARADO Y EL PROBLEMA PLANTEADO.

4.1. Situación de España y Perú , respecto a la fecundación in vitro

Ambos países cuentan con un sistema democrático estable, con economías fuertes y en crecimiento, al respecto hacia el año 1997 en Perú se publicó la Ley 26842, General de Salud, la que como ya se ha mencionado precedentemente permite el uso de técnicas de reproducción humana asistida sólo para el tratamiento de la infertilidad, siempre que la madre gestante y la genética sean las mismas. En España se publica en la década del 2000 tres leyes: La Ley 45/2003, de 21 de noviembre, por la que se modifica la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida; la Ley 14/2006, que deroga la Ley 35/1988, y la Ley 45/2003; y finalmente la Ley 14/2007, de 03 de julio, de Investigación biomédica. Veremos a continuación cómo progresivamente la legislación española ha ido protegiendo al embrión in vitro.

4.2. El reconocimiento del derecho a la vida en el ordenamiento jurídico español

La Constitución Política Española del año 1978, en su artículo 10° no reconoce literalmente a la persona como fin de la sociedad y del Estado, sino a su derecho a la dignidad como fundamento del orden político y de la paz social. No reconoce el derecho a la vida sino hasta el artículo 15°, en el cual señala del derecho a la vida no de las personas, sino del derecho a la vida de “todos”. Siendo este un término tan amplio, puede entenderse esta disposición constitucional de manera muy amplia, abarcando tanto a los nacidos como a los no nacidos.

4.3. Estatus jurídico del embrión en España

Respecto al estatus jurídico del concebido, el código civil español de 1889 señala en los artículo 29° y 30° que el nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que se reúnan las siguientes condiciones: nacimiento con vida y desprendimiento completo del seno materno, en efecto es preciso indicar que el presente Código adopta la teoría de la ficción, equiparando al concebido a un nacido para todos los efectos que le sean favorables. En un nivel práctico, se protegería de la manera más amplia posible al concebido. (Artiles, 1978, p. 240).

Según la Sentencia del Tribunal Constitucional Español 53/1985, Recurso de Inconstitucionalidad de la Ley del Aborto , p.9, reconoce a la vida humana como un valor superior del ordenamiento jurídico y señala que comienza con la gestación y termina con la muerte; la vía es un acontecimiento que ocurre en el mismo sujeto, pero cuya naturaleza jurídica va cambiando a lo largo del tiempo, reconociendo por tanto que el embrión humano no ostentaría el mismo status jurídico que el un ser humano ya nacido y desprendido del seno materno, pero no obstante ello es titular del derecho a la vida.

4.4. En Francia

Mediante ley N° 94-653, del 29 de julio de 1994, se introduce el artículo 16 al código civil francés, estableciendo que “la ley asegura la primacía de la persona, prohíbe cualquier ataque a su dignidad y garantiza el respeto del ser humano desde el comienzo de su vida” lo que por sí ya otorga protección al concebido, independientemente de las condiciones que han supuesto su concepción.

Se prohíbe todo atentado a la integridad de la “especie humana”, en particular, las prácticas eugenésicas tendentes a la organización de la selección de personas y aquellas que tengan por finalidad hacer nacer un niño genéticamente idéntico a otra persona viva o fallecida.

Sin embargo, la consideración de *Conseil Constitutionnel* respecto de los embriones fecundados in vitro fue distinta y señaló que: el legislador ha provisto a la concepción, la implantación y la conservación de embriones fecundados in vitro de numerosas garantías.

4.5. En los Estados Unidos

A nivel federal, la primera regulación relacionada con la fecundación in vitro, tuvo lugar en 1975, con la publicación del informe “Regulaciones Finales para la Procreación de los Seres Humanos Sometidos a Experimentación”, por el Departamento de Salud y Servicios Humanos. En 1980 se creó la “Comisión para el Estado de los Problemas en Medicina e Investigación Biomédica y Conductual”, la cual se pronunció sobre la terapia génica, aceptándolas en las células somáticas¹³ y rechazándolas en las germinales.

En los Estados Unidos no existe una legislación uniforme debido al sistema de organización política, de modo que coexisten numerosos cuerpos normativos en los diferentes Estados que lo conforman, que van desde la gran permisividad de diversas técnicas de fecundación hasta la prohibición y penalización de las mismas figuras en otros estados.

El Código de Regulaciones Federales, aplicable a toda investigación sobre seres humanos, contiene normas respecto a las investigaciones sobre mujeres embarazadas, fetos y el uso de la fecundación in vitro, empieza definiendo al embrión como el producto de la concepción desde la implantación hasta la completa

¹³ Se refiere a cualquier célula del cuerpo, menos los óvulos y espermatozoides

separación del feto del cuerpo de su madre, con lo cual desde ya niega la naturaleza humana al embrión in vitro.

En materia de experimentación, muchos estados aprobaron leyes prohibiendo la investigación de embriones abortados y sancionando a quienes realicen estas prácticas. A su vez, en la mitad de los Estados tienen leyes que prohíben la investigación no terapéutica sobre fetos y embriones, extendiéndose en algunos casos a los preembriones, como por ejemplo, en el Estado de Louisiana.

V. PROPUESTAS PARA LA PROTECCIÓN DE LA VIDA DEL EMBRIÓN IN VITRO

5.1. Mecanismos para proteger el derecho a la vida del concebido por fecundación in vitro.

5.1.1. Reconocer el Estatus jurídico del embrión in vitro

Se reconoce al embrión in vitro el mismo estatuto jurídico, siguiendo los términos utilizados por el Código Civil, de aquel que está por nacer, siendo titular por tanto de todos los derechos personales y los patrimoniales están condicionados a su nacimiento con vida.

5.1.2. Posibilidad de la manipulación genética de los embriones in vitro

Es posible realizar la manipulación genética de embriones in vitro, solamente con fines terapéuticos que cure enfermedades o defectos en una persona viva y tenga una vida saludable, ya que este tipo de manipulación genética no causa reproche alguno ante la sociedad, como por ejemplo la cura del cáncer.

5.1.3. Fertilizar los óvulos necesarios para lograr el embarazo deseado

Buscar los mecanismos por los cuales se vulnere en la menor medida posible los derechos de los embriones in vitro, razón por la cual planteo que podrán fertilizarse los óvulos que sean necesarios para lograr el embarazo deseado.

5.1.4. Para llevar a cabo la fecundación asistida extrauterina, debe mediar el consentimiento de ambos miembros de la pareja y debe realizarse en pareja casada o con más de dos años de convivencia

El niño que se conciba mediante estos procedimientos debería tener todas las condiciones que le permitan un desarrollo personal digno. Es por esta razón que considero que las técnicas de reproducción humana asistida deben realizarse únicamente en mujer casada o conviviente con más de dos años de convivencia debidamente acreditados. Ambos miembros de la pareja deben ser mayores de edad y la mujer debe encontrarse en óptimas condiciones de salud para ser sometida a este tipo de tratamientos.

Para llevar a cabo la fecundación asistida extrauterina, debe mediar el consentimiento de ambos miembros de la pareja, el mismo que será irrevocable una vez que se haya concebido el embrión, es importante que el médico que lo practique deba ser colegiado, ginecólogo y especialista en genética.

5.1.5. Prohibir la implantación de embriones post mortem

La filiación debería estar determinada por la voluntad declarada expresamente del fallecido y en principio por el parto, salvo que se trate además de una situación de maternidad subrogada.

VI. CONCLUSIONES

1. El embrión humano que ha sido concebido mediante fecundación in vitro tiene la misma calidad e importancia que un embrión humano concebido de manera natural, ello amparándose en la teoría de la concepción la cual indica que la vida inicia con la unión del óvulo y el espermatozoide no importando el lugar en donde haya surgido dicho proceso, (es decir en una probeta o en el útero de la madre), en efecto son sujetos de derecho y por tanto se los debe respetar como tal.
2. Dentro de nuestra legislación peruana, empezando por la Ley de leyes, en el artículo 2° inc. 1, no se considera al embrión que ha sido concebido por fecundación in vitro, mucho menos en el artículo 1° del Código Civil Peruano, ante ello se evidencia la falta de protección de la vida de este ser humano, el cual se expone a muchos peligros antes de ser implantado en el útero de la madre, por tanto sería genial que en dichos artículos se considere al concebido de manera natural o asistida.
3. Finalmente concluyo indicando que otros países como: España, Francia y EE.UU., si brindan la debida protección a los embriones in vitro, porque cuentan con leyes destinadas a ello, pues reconocen el grandioso valor de la vida, algo que en nuestro país no sucede.

VII. REFERENCIAS

- Aranzamendi, Lino. (2012). *La investigación jurídica: Diseño del proyecto de investigación Estructura y redacción de la tesis*. Lima, Perú: Grijley
- Artiles, S. (1978). *Derecho Romano*. Venezuela D.F.: Ed. Jurídica Venezolana
- Fernandez Sessarego. (1992). *Derecho a la identidad Personal*, Astrea, Buenos Aires.
- Fernández Sessarego, C. (1992) *Derecho en las Personas. Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Primero del Código Civil Peruano*. Cuarta Edición. Lima: Cultural Cuzco S.A. Editores.
- Lino Ciccone. (2006). *Bioética, Historia, principios, cuestiones*. (2° ed.) España: Editorial Palabra S.A.
- Monge Talavera, Luz. (2010). *Código civil comentado por los cien mejores especialistas*. Tomo 1. Lima. Ed. Gaceta Jurídica.
- Varsi Rospigliosi, E. (2001). *Derecho Genético*. Lima, Perú: Grijley.
- Vargas Díaz, D. (2012). *Centro de Bioética, Persona y Familia*. Bogotá. Recuperado de <http://centrodebioetica.org/~fundlat/wp-content/uploads/2012/09/DT-Inicio-de-la-vida.pdf>.

Correspondencia: Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo. Jr. José Sabogal N° 913, Cajamarca, Perú.

Recibido: 15/04/2016

Aprobado: 15/06/2016