

INFORME JURÍDICO SOBRE PROYECTO DE LEY 1722/2012-CR

En relación al Proyecto de Ley 1722/2012-CR (en adelante: Proyecto) que propone la norma que regula la reproducción humana asistida, presentada por el congresista de la república Tomás Zamudio Briceño, somos de la opinión que no han sido suficientemente considerados, por lo menos, los siguientes problemas jurídicos:

1. Afectación del derecho a la vida e integridad física del concebido

Al respecto debemos señalar que según el artículo 2º inciso 1 de la Constitución peruana: “...El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.” Tal reconocimiento encuentra su antecedente en el artículo 1º del Código Civil Peruano de 1984, el que señala que: “...La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece...”. Asimismo, el Tribunal Constitucional Peruano, con motivo del caso “Distribución estatal y gratuita de la Píldora del Día Siguierte (PDS)”¹, ha interpretado que ante la división científica de posturas médicas y jurídicas respecto de si la concepción y, por lo tanto, el inicio de un nuevo ser humano se produce con la fecundación o con la implantación del cigoto en el útero materno, considera que deben aplicarse los principios *pro homine*² y *pro debilis*³ para establecer que la vida humana se inicia con la fecundación del óvulo por el espermatozoide.

En consecuencia, para el TC la anidación o implantación forma parte del desarrollo del proceso vital, sin embargo no constituye su inicio, pues el inicio de la vida humana se da con la fecundación. Tal interpretación garantiza la vigencia y eficacia de los derechos del concebido (principalmente el derecho a la vida y a su integridad física), quien es persona desde el instante en el que el óvulo y el espermatozoide se unen formando el cigoto. El concebido es por tanto una persona humana digna de tutela jurídica y protección por parte del Estado peruano.

Sin embargo, el Proyecto que se analiza, pretende desconocer al embrión *in vitro* (constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde) su carácter de concebido y, por lo tanto, de sujeto privilegiado de derecho, calificándolo como “preembrión”⁴, categoría completamente extraña a nuestro ordenamiento

¹ STC. Exp. N° 02005-2009-PA/TC, del 16 de octubre de 2009.

² Según explica el TC: “El principio *pro homine* es un principio hermenéutico que al tiempo que informa los derechos humanos en su conjunto, ordena que deba optarse, ante una pluralidad de normas aplicables, siempre por aquella norma *iusfundamental* que garantice de la manera más efectiva y extensa posible los derechos fundamentales reconocidos; es decir aquella que despliegue una mayor eficacia de la norma. O como reiteradamente ha señalado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el principio *pro homine* implica que los preceptos normativos se tengan que interpretar del modo que mejor se optimice el derecho constitucional y se reconozca la posición preferente de los derechos fundamentales [STC N° 1049-2003-PA, fundamento 4]. Asimismo pero de manera inversa, también implica que debe preferirse la norma o interpretación más restringida cuando de lo que se trata es de fijar restricciones al ejercicio de los derechos, sean éstas de carácter permanente o extraordinario. Esta directriz de preferencia de normas o de interpretación, alcanza a ser aplicable incluso en los casos de duda sobre si se presenta una situación en que se encuentran en juego derechos fundamentales u otros derechos”. *Ibidem*. (F. 33).

³ Este principio: “Debe también servir como pauta interpretativa de los derechos fundamentales implicados en el presente caso. El principio *favor debilis, pro debilis* o principio de protección a las víctimas, junto con el principio *pro homine* antes anotado, configuran el *principio de centralidad del ser humano*. Este principio manda que ante situaciones de derechos fundamentales en conflicto, debe tenerse especial consideración con aquella parte más débil, en una situación de inferioridad y no de igualdad con la otra. *Ibidem*. (F. 34).

⁴ Artículo 1º, inciso 2.

jurídico⁵. Con ello pretende justificarse la práctica de las técnicas de reproducción humana asistida (en adelante: TERHAS) para el tratamiento de enfermedades de origen genético así como la utilización de “preembriones humanos crioconservados”, situación que legitimaría la experimentación con embriones, práctica que actualmente se encuentra expresamente prohibida por el artículo 7° de la Ley General de Salud⁶. En este sentido, el artículo 11.4° del Proyecto refiere en su numeral 11.4.a° que los “preembriones” crioconservados pueden ser donados con fines de investigación; asimismo, el artículo 16° pretende regular la conservación y utilización de los “preembriones” para la investigación. Por último, el artículo 11.4.d°, intenta establecer como destino de los “preembriones” el cese de su conservación, por lo tanto, su destrucción o eliminación. En este sentido, del tenor literal de los artículos citados queda claro que el “preembrión” es considerado como simple material biológico y no como sujeto de derecho y persona humana digna de protección jurídica desde la concepción, tal como lo establece nuestro ordenamiento jurídico⁷. Por otro lado, para la práctica de la Fecundación in Vitro (en adelante: FIVET) se autoriza la transferencia de un máximo de tres preembriones en el ciclo reproductivo de cada mujer⁸, lo que al parecer delimitaría las posibilidades de pérdida embrionaria una vez implantados, así como el riesgo de un embarazo múltiple; sin embargo, no se ha determinado cuántos embriones pueden fecundarse, por lo que se concluye que podrían ser más de tres. Este argumento se confirma con la disposición del artículo 11.3° que señala: “Los preembriones sobrantes de la aplicación de las técnicas de fecundación in vitro que no sean transferidos a la mujer en un ciclo reproductivo podrán ser crioconservados en los bancos autorizados para ello”. De cualquier forma, la FIVET implica una pérdida elevada de embriones y, por lo tanto, la muerte de seres humanos, ya sea porque se implante en el útero materno un número inferior del total de embriones fecundados y se eliminen los restantes, ya sea porque estos se utilicen con fines experimentales o se crioconserven para ser finalmente eliminados.

⁵ Al respecto debemos señalar que como refiere Martínez de Aguirre: “...el concepto de preembrión no es un concepto médico ni biológico, sino puramente jurídico y legal. El término aparece en el Informe Warnock de 1984, emitido por el Comité de Investigación sobre Fertilización y Embriologías Humanas, establecida por el gobierno Británico. En ese informe se recomienda un máximo de 14 días en la investigación embrionaria, que se ha adoptado no solo en Gran Bretaña sino en otros muchos países, entre los cuales se encuentra España, como resulta con claridad del art. 1.2 LTRHA, (...). Sin embargo, el propio Comité Warnock declaró abiertamente que este límite de tiempo fue un compromiso totalmente arbitrario adoptado “con objetivo de mitigar la ansiedad pública” y conceder a los científicos todo el tiempo posible para la investigación embrionaria. Aun así el Comité admite que la vida embrionaria empieza con la fertilización, así como que la vida del embrión es completamente distinta de la vida de los gametos, de forma que, ningún estadio particular del proceso de desarrollo es más importante que otro, sino que todos forman parte de un proceso continuo. (...)

Si el concepto de preembrión no es un concepto médico, o biológico, sí cabe afirmar que es un concepto estrictamente jurídico. Su finalidad básica es la de dotar de seguridad a quienes investigan sobre embriones, diciéndoles que pueden hacerlo hasta el día 14, pero no después: se trata, por tanto, de fijar una frontera cronológica arbitraria, totalmente segura, que elimine incertidumbres. (...) en este caso la edad fijada (14 días) es puramente arbitraria, puesto que no indica un cambio sustancial (de naturaleza) que justifique la consideración o no como ser humano del embrión, y permite experimentar o investigar con él, o destruirlo. Lo que hay, es, antes y después de esos 14 días, un ser humano en desarrollo. Y lo relevante de esa edad es que antes de cumplirla, el llamado preembrión (ser humano de menos de 14 días) puede ser sujeto de manipulación, donación, experimentación, investigación o selección y destrucción. En: C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ (coord.) *et alii*, *Curso de Derecho Civil (IV). Derecho de Familia*, Madrid: Colex, 2º ed., 2008, pp. 336-346.

⁶ Artículo 7º: Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona.

Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos. **Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación**, así como la clonación de seres humanos.” (El resaltado es nuestro).

⁷ Si bien podría argumentarse que la interpretación que la Corte IDH realiza sobre el inicio de la vida humana y la protección jurídica progresiva del concebido en el caso *Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica*, constituye un precedente de carácter vinculante para el Estado Peruano en aplicación del control difuso de convencionalidad, hay quienes creen que la *ratio decidendi* no vincula al ordenamiento jurídico peruano en una relación de verticalidad, sino más bien en una de horizontalidad. Por ello, la interpretación que hace la Corte del inicio de la vida humana y la protección jurídica progresiva del embrión, no resultaría vinculante en un sentido jerárquico superior al ordenamiento jurídico peruano, sino más bien como vinculante de modo coadyuvante y complementario. Cfr. T. VALDIVIA AGUILAR, *Orientación sexual y discriminación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Una valoración crítica de la sentencia Atala Riffo y niñas vs. Chile*, Arequipa, 2014 (Inédito).

⁸ Cfr. Artículo 3.1º.

2. Afectación de los vínculos filiatorios maternos y paternos

En relación a la determinación de la filiación derivada de las TERHAS, el artículo 8° del Proyecto solo se refiere a la filiación del hijo de mujer casada, excluyendo la posibilidad de impugnar la paternidad y maternidad, cuando los padres hubiesen expresado su consentimiento. En este sentido, la voluntad habría hecho padre a quien biológicamente no lo es y habría librado de esa responsabilidad a quien siéndolo genéticamente, no desea serlo, es decir, al donante anónimo de semen. Al respecto nos preguntamos si basta la simple voluntad para modificar los vínculos genéticos y sanguíneos y, más aún, si debe atribuírsele al mero consentimiento fuerza generadora de vínculos filiatorios totalmente artificiales.

Asimismo nos preguntamos ¿Cómo se resolverán los problemas que derivan de la determinación de la filiación del hijo de aquella mujer que, no encontrándose casada, se sometió a la práctica de las TERHAS con su pareja? ¿Y si este último ya no quiere ser el padre, podrá nuevamente su consentimiento eludir su compromiso inicial?

Por otro lado, en relación a los contratos de maternidad subrogada, el Proyecto los sanciona con nulidad de pleno derecho para inmediatamente determinar la filiación de los niños concebidos por esta técnica, mediante el parto; solución ésta que resulta evidentemente contradictoria con la atribución de paternidad o maternidad sustentada en el consentimiento. Es decir ¿Por qué la madre subrogada está obligada a reconocer como hijo al niño fruto de la subrogación, cuando contrató con la expresa finalidad de no serlo? ¿Por qué en este caso el consentimiento no tiene ningún valor y sí lo tiene en cambio como título positivo de filiación? Al parecer existe en este tema alguna consideración de orden moral que sin embargo no se advierte –y se echa de menos– en el restante articulado del proyecto.

Respecto a las usuarias de las técnicas, la norma señala que cualquier mujer puede someterse a las TERHAS con independencia de su estado civil y orientación sexual⁹, situación ésta que no se encuentra exenta de objeciones, por ejemplo, respecto de la atribución del vínculo filiatorio paterno del hijo, cuando éste fue concebido mediante la donación de esperma. ¿Acaso permitir que niños peruanos no tengan padre legal, se condice con el deber de “proteger especialmente al niño” y a la “familia” como exige nuestra Constitución?¹⁰.

A ello habría que sumarle los problemas derivados del régimen de anonimato de donante de gametos¹¹, el cual ha generado no pocos problemas en otros ordenamientos jurídicos, como por ejemplo la posibilidad de matrimonios y relaciones incestuosas entre los hijos fruto de donación de gametos de una misma persona¹². Asimismo, se cuestiona seriamente la regla de inimpugnabilidad de la filiación en el caso de las TERHAS¹³, pues ésta afectaría el derecho del hijo concebido mediante las mismas a conocer su origen biológico y, por ende, su derecho a la identidad.

⁹ Cfr. Artículo 6°.

¹⁰ “**Artículo 4°.** La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley.”

¹¹ Cfr. Artículo 5° inciso 5.

¹² Cfr. Artículo 5° inciso 7.

¹³ Cfr. Artículo 8°.

3. Otros problemas

Respecto de la delimitación de la naturaleza del contrato de donación de gametos, como contrato cuyas esenciales características son la gratuidad, la formalidad y la confidencialidad¹⁴, no podemos dejar de preguntarnos si este acto de entrega de gametos puede ser considerado, jurídicamente, como una donación, asimilable a la donación de órganos o de sangre; es decir, ¿cuál es la finalidad de permitir la libre disposición de una parte del cuerpo?, ¿el contrato de donación de gametos responde a esta finalidad? Por otro lado, resulta también cuestionable la validez de este tipo de contratos, más aún si consideramos que el objeto de la prestación es la entrega de células germinales, las cuales son el factor biológico indispensable para que se lleve a cabo la procreación. Tal situación a diferencia de la donación de órganos, por ejemplo, repercute y tiene directas consecuencias jurídicas en una persona que no participó en dicho contrato de donación: el niño concebido mediante la donación de gametos femeninos o masculinos.

4. Conclusión

Por todo lo expuesto, es posible considerar que el Proyecto es incompatible con el orden jurídico peruano e implica la vulneración de derechos fundamentales, por lo que recomendamos que no se proceda a sancionarlo como ley.

Arequipa, 18 de septiembre de 2014

Daniel Ugarte Mostajo

Máster en Derecho de Familia y de la Persona
Universidad de Zaragoza
Profesor de Derecho Civil
Universidad Católica San Pablo

Analucía Torres Flor

Abogada
Profesora de Derecho Civil
Universidad Católica San Pablo

¹⁴ Cfr. Artículo 5°.