



UNIVERSIDAD
DE PIURA

FACULTAD DE DERECHO

**Estatuto jurídico de los embriones congelados obtenidos a
través de la fecundación in vitro**

Tesis para optar el Título de
Abogado

**Luz Camila López Pérez
Ivannia Belén Ruiz Dávila**

**Asesor:
Dra. Maricela del Rosario Gonzáles Pérez de Castro**

Piura, junio de 2025

Aprobación

La tesis titulada “Estatuto jurídico de los embriones congelados obtenidos a través de la fecundación in vitro” presentada por las bachilleres Ivannia Belén Ruiz Dávila y Luz Camila López Pérez en cumplimiento con los requisitos para obtener el Título de Abogado, fue aprobada por la Directora de tesis Dra. Maricela del Rosario Gonzáles Pérez de Castro.



Director de tesis



Declaración Jurada de Originalidad del Trabajo Final

Yo, Luz Camila López Pérez, egresado del Programa Académico de Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura, identificado(a) con DNI: 74141251, declaro que:

Soy autor del trabajo final titulado:

“Estatuto jurídico de los embriones congelados obtenidos a través de la fecundación in vitro”

El mismo que presento bajo la modalidad de Tesis para optar el Título profesional de Abogado.

Que el trabajo se realizó en coautoría con los siguientes alumnos de la Universidad de Piura.

- Ivannia Belén Ruiz Dávila, identificado con DNI: 71662346

El texto de mi trabajo final es original y no vulnera los derechos de terceros o, de ser el caso, derechos de los coautores, incluidos los derechos de propiedad intelectual, datos personales, entre otros. En tal sentido, el texto de mi trabajo final no ha sido plagiado total ni parcialmente, para lo cual, he respetado las normas internacionales de citas y referencias de las fuentes consultadas. Asimismo, el texto del trabajo final que presento no ha sido publicado ni presentado antes en cualquier medio electrónico o físico; y que la investigación, los resultados, datos, conclusiones y demás información presentada que atribuyo a mi autoría son veraces.

En caso de detectarse el incumplimiento de lo declarado asumo frente a terceros, la Universidad de Piura y/o la Administración Pública toda responsabilidad que pueda derivarse por el trabajo final presentado. Lo señalado incluye responsabilidad pecuniaria incluido el pago de multas u otros por los daños y perjuicios que se ocasionen.

La asesoría del trabajo estuvo a cargo de los siguientes docentes de la Universidad de Piura:

- Dra. Maricela del Rosario Gonzáles Pérez de Castro, identificado con DNI: 41842817

Declaro (declaramos) que:

Luego de haber empleado el software de coincidencia Turnitin, revisado las fuentes de información señaladas por el autor, y en razón de mi (nuestra) experiencia como investigador(es), declaro (declaramos) que las ideas expuestas en el trabajo final alcanzan las condiciones de calidad, integridad y originalidad acorde a los objetivos institucionales y estándares en materia de investigación. Finalmente, no asumo (asumimos) responsabilidad por la posible vulneración de derechos de autor en el trabajo final referido, pues tal responsabilidad es exclusiva del autor.

Fecha: 29/05/2025.



.....
Firma del asesor¹



.....
Firma del autor¹

.....
Firma del co-asesor¹

¹ Firma idéntica al DNI. No se admite digital, salvo certificado.



Declaración Jurada de Originalidad del Trabajo Final

Yo, Ivannia Belén Ruiz Dávila, egresado del Programa Académico de Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura, identificado(a) con DNI: 71662346, declaro que:

Soy autor del trabajo final titulado:

"Estatuto jurídico de los embriones congelados obtenidos a través de la fecundación in vitro"

El mismo que presento bajo la modalidad de Tesis para optar el Título profesional de Abogado.

Que el trabajo se realizó en coautoría con los siguientes alumnos de la Universidad de Piura.

- Luz Camila López Pérez, identificado con DNI: 74141251

El texto de mi trabajo final es original y no vulnera los derechos de terceros o, de ser el caso, derechos de los coautores, incluidos los derechos de propiedad intelectual, datos personales, entre otros. En tal sentido, el texto de mi trabajo final no ha sido plagiado total ni parcialmente, para lo cual, he respetado las normas internacionales de citas y referencias de las fuentes consultadas. Asimismo, el texto del trabajo final que presento no ha sido publicado ni presentado antes en cualquier medio electrónico o físico; y que la investigación, los resultados, datos, conclusiones y demás información presentada que atribuyo a mi autoría son veraces.

En caso de detectarse el incumplimiento de lo declarado asumo frente a terceros, la Universidad de Piura y/o la Administración Pública toda responsabilidad que pueda derivarse por el trabajo final presentado. Lo señalado incluye responsabilidad pecuniaria incluido el pago de multas u otros por los daños y perjuicios que se ocasionen.

La asesoría del trabajo estuvo a cargo de los siguientes docentes de la Universidad de Piura:

- Dra. Maricela del Rosario Gonzáles Pérez de Castro, identificado con DNI: 41842817

Declaro (declaramos) que:

Luego de haber empleado el software de coincidencia Turnitin, revisado las fuentes de información señaladas por el autor, y en razón de mi (nuestra) experiencia como investigador(es), declaro (declaramos) que las ideas expuestas en el trabajo final alcanzan las condiciones de calidad, integridad y originalidad acorde a los objetivos institucionales y estándares en materia de investigación. Finalmente, no asumo (asumimos) responsabilidad por la posible vulneración de derechos de autor en el trabajo final referido, pues tal responsabilidad es exclusiva del autor.

Fecha: 22/05/2025.

Firma del asesor¹

Firma del autor¹

Firma del co-asesor¹

¹ Firma idéntica al DNI. No se admite digital, salvo certificado.

Dedicatoria

A Dios, por darme la fuerza y resiliencia para afrontar la vida y alcanzar mis objetivos.

A mis padres, Ivanovich y Karina, por su apoyo incondicional. A mis hermanas Suri e Isabella por ser mi motivación y mi alegría.

A mis abuelitos Delicia, Segundo, y Aurelio por motivarme a ser mejor día a día y darme fortaleza con su amor. A mi madrina Luisita por guiarme durante toda mi carrera profesional y por quererme como una madre. Y a mi abuelita Rosa, que desde el cielo me acompaña hoy y siempre, y a quien espero este trabajo la llene de orgullo y alegría.

Ivannia Belén Ruiz Dávila

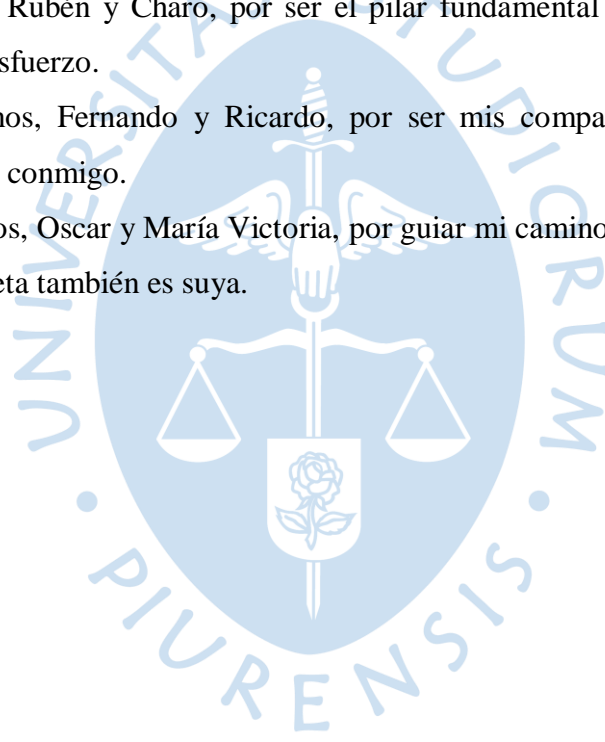
A Dios por permitirme alcanzar mis sueños.

A mis padres, Rubén y Charo, por ser el pilar fundamental de mi vida y mi mayor ejemplo de trabajo y esfuerzo.

A mis hermanos, Fernando y Ricardo, por ser mis compañeros incondicionales y compartir cada alegría conmigo.

Y a mi abuelitos, Oscar y María Victoria, por guiar mi camino con una luz tan especial desde el cielo. Esta meta también es suya.

Luz Camila López Pérez



Agradecimientos

A nuestras familias por su paciencia, apoyo y por acompañarnos, con fe y cariño durante toda esta etapa.

A nuestra asesora, Dra. Maricela del Rosario Gonzáles Pérez de Castro por su dedicación, orientación, buena disposición y por creer en nuestro trabajo y ayudarnos a avanzar con seguridad.

A todos nuestros docentes, por su guía y compromiso con nuestra formación.

Y a todos aquellos que, de alguna manera, aportaron a la realización de esta meta, nuestro sincero reconocimiento.



Resumen

El avance de la ciencia presenta grandes desafíos para el derecho, en la actualidad es común que las parejas recurran al uso de las técnicas de reproducción asistida, para tener hijos, si bien el artículo 7 de la Ley General de Salud señala que se puede recurrir a esas técnicas solo con fines de reproducción y que la madre genética debe coincidir con la madre gestante, no es menos cierto que ello coloca a los embriones congelados en una situación de riesgo, al no existir un control de dichas prácticas, más aún cuando la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través del fallo *Artavia Murillo* ha interpretado que el inicio de la vida, la concepción, equivale al momento de la anidación.

Es allí donde surge la interrogante que se desarrolla en la presente investigación ¿el embrión congelado goza de protección legal en el ordenamiento jurídico peruano?, la pregunta planteada se ha respondido con fundamento en la biología, la doctrina, la normativa y a la luz de los derechos fundamentales, así podemos afirmar que la vida inicia en el preciso instante de la unión del gameto masculino y femenino, allí empieza su protección, independientemente si la fecundación se realizó fuera o dentro del útero materno, también se sostiene en la presente investigación la necesidad de proteger de forma integral al embrión congelado que se encuentra en un estado de fragilidad, a partir de algunas experiencias se propone posibles soluciones a esta situación.

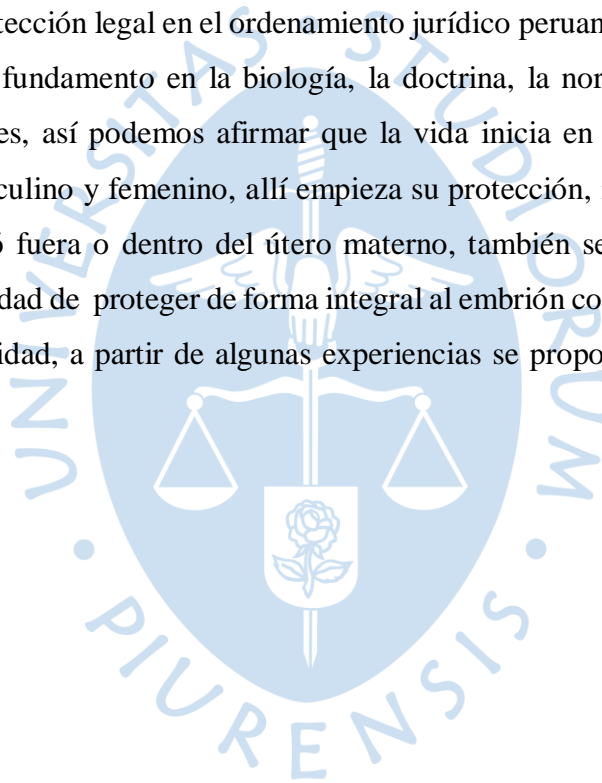


Tabla de contenido

Introducción	10
Capítulo 1 Explicaciones Conceptuales	12
1.1 Procreación.....	12
1.2 Concepción.....	15
1.2.1 Fecundación	21
1.2.2 Implantación.....	23
1.3 Sujeto de Derecho.....	24
1.3.1 Embrión: Embrión Congelado	26
1.3.2 Persona	30
1.4 Técnicas de Reproducción Asistida.....	34
Capítulo 2 Estatuto jurídico del embrión	37
2.1 Derecho Nacional	37
2.1.1 Constitución Política peruana: Constitución Peruana de 1993	37
2.1.2 Código Civil peruano	38
2.1.3 Código del niño y adolescente: Decreto Ley N° 26102	38
2.1.4 Ley General de Salud: Ley N° 26842	39
2.2 Tratados Internacionales	41
2.2.1 Declaración Universal de Derechos Humanos	41
2.2.2 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.....	42
2.2.3 Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José).....	43
2.2.4 Convención sobre los Derechos del Niño	44
2.3 Derecho Comparado	46
2.3.1 Legislación Española.....	46
2.3.2 Legislación de Costa Rica	48
2.3.3 Legislación Argentina	50
Capítulo 3 Tratamiento de los embriones congelados	52
3.1 Proceso de Obtención de los Embriones.....	52
3.2 Consecuencias Jurídicas	53
3.2.1 Dignidad humana	53
3.2.2 Derecho a la vida.....	53
3.2.3 Derecho a la integridad.....	54
3.2.4 Derecho a la salud	56
3.2.5 Identidad	58
3.3 Posibles alternativas de solución.....	59

Conclusiones61
Referencias.....62



Introducción

Vivimos en un mundo complejo que se encuentra en constante cambio, por lo que, a medida que la sociedad evoluciona, surgen nuevas realidades que exigen al derecho una adecuada solución. Uno de los grandes problemas que aparecen a lo largo de la historia es el de la infertilidad como impedimento para procrear y desarrollar la familia, institución jurídica que constituye el núcleo social, y que también es causa de incertidumbre en varones y mujeres, sobre sí mismos, como sujetos capaces de procrear.

Por lo que, el hombre y la biotecnología han tomado especial atención para buscar las soluciones más acertadas, y es así que, como respuesta a dicho problema surgen las famosas técnicas de reproducción asistida (TRA). No obstante, junto a los grandes beneficios que dicho descubrimiento supone para la humanidad, tales “soluciones” generan a su vez nuevos conflictos que vulneran la dignidad humana y la vida, pues ante la existencia de vacíos legales, muchas veces se opta por decisiones atentatorias a estas.

Para abordar el tema, es necesario determinar el momento de inicio de la vida humana y esclarecer conceptos básicos. Por lo tanto, es válido empezar con la siguiente cuestión: ¿desde cuándo se configura el inicio de la vida humana?

Con la concepción se inicia la vida, es a través de la fecundación, que se produce a partir de la unión del óvulo y el espermatozoide, lo que va a crear un nuevo sujeto, y que, desde ese momento, se considera que, existirá un individuo genéticamente individualizado, al que se le otorga el nombre de concebido y que además es persona para el derecho.

Una vez claro dicho punto, y volviendo al asunto de las técnicas de reproducción asistida (TRA), se sabe que, existen diferentes procedimientos que los profesionales de la salud hacen uso con el fin de conseguir el embarazo; entre los cuales encontramos la fecundación *in vitro*, que será la línea a seguir para analizar el tema central de la presente investigación.

La fecundación *in vitro* es el procedimiento de uso más frecuente, por lo que, con la intervención de la tecnología médica mediante este procedimiento, se consiguen fecundar los óvulos fuera del vientre materno para la obtención de embriones y para posteriormente implantarlos en el útero de la mujer, hasta que uno de ellos se empiece a desarrollar exitosamente y con normalidad, con el fin de lograr el ansiado embarazo.

Sin embargo, es de conocimiento que muchas veces se obtiene más de un embrión. Entonces ¿qué sucede con los embriones humanos obtenidos en la práctica de dicho procedimiento? La solución más requerida en la actualidad es el proceso de congelación de embriones. Pero, la práctica de dicha técnica desencadena diversas cuestiones como: ¿los embriones obtenidos a través de la fecundación *in vitro* tienen los mismos derechos que un

embrión obtenido a través de la concepción natural?, ¿el no haber sido procreados de manera natural les impide ser considerados como sujetos y permite que sean tratados como objeto?, ¿los embriones humanos obtenidos a través de la fecundación in vitro merecen una protección especial?

Mediante el desarrollo de esta investigación se pretende, ante la evidencia de vulneración de la dignidad humana y el derecho a la vida de los embriones congelados, plantear soluciones que permitan enfrentar esta situación, por ello, se ha dividido en tres capítulos, de los cuales, el primer capítulo abarca conceptos introductorios esenciales; lo que nos permitirá profundizar y sentar las bases del tema a desarrollar, a fin de que el lector tenga a su alcance los conceptos básicos para entender el posterior desarrollo jurídico de nuestro trabajo.

Posteriormente, en el segundo capítulo, se buscará analizar la posición jurídica que posee el embrión en los cuerpos legislativos nacionales y en el derecho comparado. Esto referido a toda la normativa jurídica peruana que hemos encontrado relevante y que hace alusión al tema en concreto: Constitución Política, Código Civil, Código del Niño y Adolescente y Ley General de Salud, de manera que, inmediatamente acudamos al Derecho Comparado, puesto que, se ha encontrado legislación extranjera que se ha pronunciado sobre el tema escogido, y ha de tomarse en cuenta que, existen Tratados Internacionales a los que Perú se encuentra adherido, y por lo tanto, obligado a respetarlos y cumplirlos, en cuanto a la legislación comparada se ha analizado la española, la costarricense y la argentina.

Finalmente, en el tercer capítulo, nos centramos en analizar el proceso de la obtención de los embriones congelados, los posibles derechos vulnerados y las consecuencias jurídicas que todo ello acarrea, y así poder brindar, en base a un profundo estudio y análisis, posibles soluciones a la problemática planteada.

Capítulo 1

Explicaciones Conceptuales

El inicio de la vida es un tema de profunda trascendencia y complejidad, que abarca aspectos biológicos, éticos, legales y filosóficos. Comprender cómo y en qué momento inicia la vida es esencial no solo para las ciencias biológicas, que nos proporciona datos exactos sino también para la elaboración de políticas, para la ética médica y los derechos humanos.

Este capítulo se dedica a explorar los conceptos fundamentales relacionados con el origen de la vida humana, abordando desde los procesos biológicos esenciales, como la fecundación y la implantación, hasta las implicaciones jurídicas que los rodean.

1.1 Procreación

En lo que al término de la procreación se refiere, esta viene a ser un proceso biológico que involucra varias etapas, y en el cual se desarrolla la reproducción sexual humana, que trae como consecuencia la creación de un ser totalmente nuevo e individualizado genéticamente¹, es decir, genera descendencia.

Se sabe que, la procreación es un fenómeno fundamental en la perpetuación de la vida humana, y su estudio abarca múltiples disciplinas, desde la biología hasta la ética y el derecho. Sin embargo, para la elaboración de este trabajo, nos enfocaremos en un panorama jurídico y de actualidad, y para ello, es necesario iniciar por plantearnos lo siguiente: ¿Qué sucede en las situaciones en que la procreación no puede lograrse mediante el proceso natural y se requiere de asistencia médica para obtener un embarazo exitoso? ¿Existe un derecho a la procreación o un derecho a tener hijos?

En un contexto de avances científicos, cambios en las estructuras familiares y crecientes preocupaciones sobre el bienestar social, surge un problema frecuente: la infertilidad. Conocida por ser un trastorno del aparato reproductor femenino o masculino que genera la imposibilidad de lograr un embarazo con éxito, motivo por el cual las parejas recurren a la ciencia y tecnología como medios de solución. Y dado que, la procreación representa la perpetuación de la especie humana y la formación de una familia; la cual es una institución fundamental de la sociedad y es protegida por el Estado peruano, es ahí, que se denota la relevancia de este proceso.

Como respuesta a dicho problema han aparecido las llamadas técnicas de reproducción asistida (TRA), dentro de las cuales se encuentra la conocida fecundación *in vitro*. Proceso en el cual se va a enfocar el presente trabajo, debido a la relevancia que presenta por ser la solución

¹ Tribunal Constitucional peruano, sentencia N° 02005-2009-PA/TC, emitida el 16 de octubre del 2009, fundamento 38.

a los problemas de infertilidad de las parejas, pero que no se encuentra regulado en el sistema jurídico peruano.

Nuestra Constitución Política, aquella que tiene como fin supremo la defensa de la persona humana, ha mencionado en su artículo 2º, y protegido, una lista de derechos fundamentales del ser humano. Y, a pesar de que, dentro de esa lista, no se encuentra el “derecho a la procreación” de manera expresa, en mérito al artículo 3º y la Cuarta Disposición Final de la Constitución Política peruana, es que se debe realizar una interpretación sistemática. Por tanto, se puede afirmar que la lista previamente mencionada no sería una lista cerrada, y que además no excluye de protección a los demás derechos no mencionados de manera explícita. Afirmación fundada en el desarrollo personal y el respeto de la dignidad de la persona humana.

Artículo 3 de la Constitución Política peruana.- Derechos Constitucionales. Numerus apertus.

La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

Cuarta Disposición Final de la Constitución Política peruana.- Interpretación de los derechos fundamentales

Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

Al respecto, dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos al que el Perú pertenece por haberse adscrito a la Convención Americana de Derechos Humanos y haber aceptado la competencia jurisdiccional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se tiene un elemento ejemplar sobre el tema, y nos referimos al caso “Artavia Murillo y otros vs Costa Rica”. Dicha sentencia deja un precedente importante, reconociendo la existencia de los derechos reproductivos, señalando que, limitarlos transgrede de manera grave el derecho a la libertad, entendido como “el derecho que posee toda persona de organizar, con arreglo a ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones”².

Señalado ello, también se debe tomar en cuenta el contenido del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, y cito: “El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben

² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso 12.361 contra el Estado de Costa Rica, emitida el 28 de noviembre del 2012, fundamento 142.

interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte”. Por tanto, lo expuesto sugiere que, en el Perú, los mecanismos de protección de derechos humanos no se limitan únicamente a las herramientas de derecho nacional, sino que también abarcan sistemas de protección internacional.

Siendo así, se debe señalar que, la sentencia del caso “Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica” también resalta que el derecho a la libertad implica el respeto a la vida privada, lo que “incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás (...)”³, y cuando la Corte explica lo que implica el derecho a la vida privada, aclara que ello se relaciona con la autonomía reproductiva y el acceso a los servicios de salud reproductiva⁴, nos reservamos para más adelante una crítica del mencionado fallo que vulnera el derecho a la vida y la dignidad humana.

No obstante, se debe concluir que no existe de manera expresa un “derecho a la procreación” o un “derecho al hijo” en el sistema jurídico peruano. Aunque es posible hablar de un derecho a la salud reproductiva o de derechos reproductivos, fundado no solo en la dignidad humana y en la manifestación de libertad de la persona, sino también en los mismos marcos normativos peruanos, tales como los artículos 7 y 9 de la Constitución Política peruana, y el artículo 7° de la Ley General de Salud.

Artículo 7 de la Constitución Política peruana.- Derecho a la salud. Protección al discapacitado.

Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respecto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad.

Cuarta Disposición Final de la Constitución Política peruana.- Política Nacional de Salud.

El Estado determina la política nacional de salud. El Poder Ejecutivo norma y supervisa su aplicación. Es responsable de diseñarla y conducirla en forma plural y descentralizadora para facilitar a todos el acceso equitativo a los servicios de salud.

³ Idem.

⁴ Ibidem, fundamento 146.

Siendo que, el Estado peruano asegura a través de su Carta Magna la protección de la salud de todos sus ciudadanos y la determinación de políticas nacionales de salud para su protección, donde la “salud reproductiva” se encuentra dentro del contenido integral de salud, de esta forma consideramos que si bien es necesario que el Estado implemente políticas que garanticen el derecho a la salud, en cuanto a la salud reproductiva, no es menor cierto que estas deben estar alineadas al respeto de la dignidad humana, conforme lo precisa el art. 1 de la Constitución Política peruana.

1.2 Concepción

Habiendo mencionado la importancia de la procreación, es coherente empezar a desentrañar dicho término, el cual, científicamente, viene a ser un proceso en el que se combina material genético de dos progenitores que genera un nuevo ser vivo, lo que deja claro que, se encuentra estrechamente relacionado a términos como fecundación e implantación; los cuales posteriormente se van a definir.

A decir de Bautista Tomás y Herrero Pons, el tener en claro el inicio de la vida es de vital importancia a fin de imputar los derechos a este nuevo ser, tal como está considerado en nuestro ordenamiento jurídico nacional⁵.

Asimismo, de acuerdo a la Enciclopedia Jurídica Omeba el término concepción, desde el punto de vista biológico es el momento en el que el óvulo es fecundado, a partir de ese instante, jurídicamente empieza la existencia de la persona⁶.

En el ámbito nacional, el jurista Carlos Fernández Sessarego precisa que la concepción no es otra que la fecundación misma⁷. Consideramos que este concepto está alineado a los datos científicos que la biología proporciona. Es decir, a partir de la concepción empieza la vida humana.

Sin embargo, más allá de lo que las normas o la doctrina puedan señalar, de acuerdo a la biología -y esa es una realidad que no se puede cambiar ni por el derecho ni por otras ciencias- es un hecho biológico que se produce con la fecundación. Desde el momento mismo que la cabeza del espermatozoide penetra en el óvulo, se verifica la fusión de las dos células y de su estructura cromosómica formando el óvulo fecundado, el cual es un ser humano y no se transforma en otro ser durante el desarrollo genético⁸.

⁵ Pedro Bautista y Jorge Herrero, *Manual de Derecho de las Personas*. (Ediciones Jurídicas, 2016), p. 101.

⁶ Manuel Osorio y Florit et al., *Enciclopedia Jurídica Omeba*. (Editorial Omeba, 2004), p. 578.

⁷ Carlos Fernández. *Derecho de las personas*. 14^o edición. (Rimay, 2022), p. 5.

⁸ Robert George y Christopher Tollefsen. *Embryo: A Defense of Human Life*. (Doubleday, 2008), pp. 3-17.

De manera que, aunque dentro del periodo embrionario se habla de diversas fases, en cualquiera de ellas nos encontramos ante la presencia de un ser humano, sin hacer diferencias cualitativas, pues se trata del mismo cuerpo biológico⁹ y la misma esencia o naturaleza de persona, podemos afirmar que la vida empieza con la concepción y el proceso biológico no se detiene jamás hasta la muerte de la persona. Así, la anidación y el nacimiento forman parte de este proceso, ello se encuentra reafirmado además en el fundamento 38 de la sentencia del Tribunal Constitucional peruano, que pasamos a transcribir dada su importancia:

“Teniendo en cuenta todo lo expresado hasta aquí, y surgiendo la disyuntiva de tener que optar por uno de los principios de interpretación constitucional desarrollados supra respecto a la constitución del concebido; este Colegiado se decanta por considerar 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 al estado actual de la ciencia, constituye el inicio de la vida de un nuevo ser. Un ser único e irrepetible, con su configuración e individualidad genética completa y que podrá, de no interrumpirse su proceso vital, seguir su curso hacia su vida independiente. La anidación o implantación, en consecuencia, forma parte del desarrollo del proceso vital, mas no constituye su inicio. Por lo demás, aun cuando hay un vínculo inescindible entre concebido-madre y concepción-embarazo, se trata de individuos y situaciones diferentes, respectivamente; pues es la concepción la que condiciona el embarazo y no el embarazo a la concepción, y es el concebido el que origina la condición de mujer embarazada, y no la mujer embarazada la que origina la condición de concebido”¹⁰.

El Código Civil peruano menciona en su artículo 1º, de manera breve, el término concepción y las consecuencias jurídicas que genera:

Artículo 1º del Código Civil peruano.- 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.

Alineado a lo mencionado en el Código Civil peruano, podemos encontrar una breve mención del término concebido en el inciso 1 del artículo 2º de la Constitución Política peruana, y cito:

⁹ Alberto Calvo. “El *nasciturus* como Sujeto del Derecho. Concepto Constitucional de Persona frente al concepto Pandectista-Civilista”. *Revista Cuadernos de Bioética*, vol. 15, N° 54 (2004), p. 291.

¹⁰ Tribunal Constitucional peruano, sentencia N° 02005-2009-PA/TC, emitida el 16 de octubre del 2009, fundamento 38.

Artículo 2 de la Constitución Política peruana.- Toda persona tiene derecho:

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

Por tanto, dentro de un enfoque jurídico, ¿desde cuándo se puede decir que estamos frente a un concebido? ¿Le corresponde protección jurídica?

Con el fin de intentar responder dichas preguntas, partiremos de la doctrina, que señala al *nasciturus* como expresión genérica, entendido como “el que habrá de nacer”, y como especies de esta expresión genérica, se comprende al *conceptus* o concebido y al *concepturus* como “el que habrá de ser concebido”. En consecuencia, mientras el concebido es una realidad biológica y jurídica, el *concepturus* es una ficción jurídica¹¹.

De esta manera se puede señalar que, el concebido es manifestación de vida humana¹². Es el ser humano en la primera fase del desarrollo vital y posee existencia para el Derecho, que le brinda tutela en todo lo que le beneficia o favorece aun cuando, todavía, no ha nacido¹³.

No obstante, ¿quién es el concebido para el ámbito jurídico? Mediante la Sentencia 02005-2009-PA/TC, el Tribunal Constitucional peruano brinda tres teorías para identificar cuándo nos encontramos ante el inicio de la vida humana. Dicha sentencia desarrolla la teoría de la fecundación, la teoría de la anidación y la teoría del inicio de la actividad cerebral, y el Tribunal lo explica de la siguiente manera:

a) La Teoría de la fecundación

A través de esta teoría se propone que el proceso vital se inicia con la fecundación, la que dura algunas horas, a partir del momento en que el espermatozoide penetra el óvulo, es allí donde se produce una interacción bioquímica y da origen al cigoto.

En esta postura se señala que la fecundación y la concepción constituyen lo mismo, pues se parte del óvulo fecundado, preciso instante en el que se da inicio del proceso vital de la vida que no se detiene sino hasta la muerte de la persona.

Frente a ellos, se encuentran quienes consideran que, aun cuando la concepción se produce en la fecundación, esta se da recién en el momento de fusión de los pronúcleos masculino y femenino (singamia), conjugándose los 23 cromosomas paternos con los 23

¹¹ Juan Morales. “El estatus del concebido y la problemática de la fecundación asistida”. *Revista Derecho PUCP*, N° 58 (2005), pp. 412-413. DOI: 10.18800/derechopucp.200501.015

¹² Luis Sáenz, “Las dimensiones del derecho a la vida”. En *Los derechos fundamentales: estudios de los derechos constitucionales desde las diversas especialidades del Derecho*, coordinado por Juan Sosa. (Gaceta Jurídica S.A., 2010), p. 38.

¹³ *Ibidem*. p. 37.

cromosomas maternos, surgiendo el cigoto como realidad nueva, diferenciado de la madre y del padre, y con autonomía genética para presidir su propio desarrollo; desarrollo que acaba con la muerte y que durante todo su proceso ni la madre ni ningún otro agente externo le agregan nada a su configuración genética e individualidad ya establecida.

Por tanto, se puede interpretar que, para el Tribunal Constitucional existe vida desde la fecundación, pues en su fundamento señala 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 el estado actual de la ciencia, constituye el inicio de la vida de un nuevo ser”.

Asimismo, de la sentencia del caso “Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica”, cito: “La Corte entiende que el término concepción no puede ser comprendido como un momento o proceso excluyente del cuerpo de la mujer, dado que un embrión no tiene ninguna posibilidad de supervivencia si la implantación no sucede”¹⁴. Es por ello que, remarca en su fundamento que, “si bien al ser fecundado el óvulo se da paso a una célula diferente y con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un ser humano, lo cierto es que si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas”.

Entonces, ¿cuál es la respuesta a la pregunta recientemente planteada? ¿La teoría de la fecundación recoge al llamado concebido? Cabe recordar que, el Perú se encuentra adscrito a la Convención Americana de Derechos Humanos, por tanto, su normativa viene a ser vinculante para el Estado peruano. De ahí que, el inciso 1 del artículo 4 de la Convención viene a ser relevante para realizar el análisis:

Artículo 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos.- Derecho a la Vida

1. 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.

Ello con la finalidad de intentar deducir a partir de qué momento ocurre la concepción. Sin embargo, aunque se podría interpretar que está acogiendo la teoría de la fecundación, no señala desde qué momento ocurre la concepción.

En la misma línea se encuentran el artículo I del Código de Niños y Adolescentes y el artículo 1 del Código Civil peruano, y cito:

¹⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso 12.361 contra el Estado de Costa Rica, emitida el 28 de noviembre del 2012, fundamento 187.

Artículo I del Código de Niños y Adolescente.- Definición

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

Al respecto, lo único que se puede concluir de todo ello es que, a pesar de que nuestro sistema jurídico señala la importancia de la vida desde el momento de la concepción, ninguna de estas normas define qué se debe entender por concepción, ni tampoco menciona la posible diferencia que esta pueda tener con el término fecundación. No obstante, a lo largo del presente trabajo, podrá observarse que existen otras normas que van a adherirse a la siguiente teoría; la teoría de la anidación, lo cual, más que resolver la cuestión planteada, genera más confusión.

Para el desarrollo de la presente investigación, las autoras se adhieren a esta teoría, conforme a lo ya desarrollado, toda vez que la vida inicia en el preciso momento de la concepción, y desde ese instante se debe proteger y respetar la vida humana, independiente de su origen.

b) La Teoría de la anidación

Por su parte, esta teoría considera que el inicio de la vida es a partir del momento de la anidación del óvulo fecundado (cigoto) en el útero de la madre, se debe tener en cuenta que esta etapa ocurre aproximadamente al séptimo día de la fecundación, luego de que el cigoto, biológicamente se transforma en un blastocisto, y con la influencia de la hormona llamada gonadotropina coriónica humana (HCG), el cuerpo de la madre se prepara para alojarlo en el útero.

Este proceso ocurre entre los días siete y catorce desde la fecundación, la pregunta que surge de inmediato es si se considera la vida a partir de la anidación qué protección jurídica le asiste al embrión antes de esta etapa, desconociendo así el inicio de la vida que postula la teoría de la fecundación.

Cabe reiterar que, para la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) la “concepción” se produce al momento de la “implantación”, claro está que ello es en el útero de la madre. Así la Corte interpreta que la concepción equivale a la implantación, lo que, como se ha venido sosteniendo, constituye una contravención al inicio de la vida.

Por otro lado, en la doctrina penal peruana existe una postura que considera que la vida humana comienza desde el momento de la anidación del óvulo fecundado por el espermatozoide en el útero de la mujer, por lo que, también se adhiere a esta teoría. Así lo precisan Bustos Ramirez,

Muñoz Conde y Buompadre al adoptar la teoría de la anidación¹⁵, posición que no guarda concordancia con la protección de la vida que garantiza la Constitución Política del Estado peruano, el Código Civil peruano y otras normas que se detallan líneas abajo, más aún cuando estamos hablando de un ordenamiento jurídico, cuya norma más importante, la Carta Magna, garantiza el respeto a la dignidad humana y los derechos del concebido.

Que algunos ordenamientos consideren que el inicio de la vida se inicia con la anidación es desconocer una realidad biológica, como ya se ha venido sosteniendo con fundamento en la naturaleza humana, la dignidad y el derecho a la vida.

c) Teoría del inicio de la actividad cerebral

Un sector considera que la vida existe a partir del inicio de la actividad cerebral (aproximadamente la sexta semana contada desde la fecundación). Consideramos que esta teoría no resiste un análisis lógico pues condiciona la existencia de la vida a la actividad cerebral¹⁶, sin considerar que el ser humano es alma y cuerpo, es íntegro, posee dignidad humana. Reducirlo a la actividad de su cerebro significaría que, por ejemplo, una persona que se encuentra en estado de coma, o un bebé con anencefalia, bajo esta teoría no tendrían la condición de personas.

No obstante, si se afirma que “el hombre no es tal hasta que desarrolla totalmente su sistema nervioso central, se tendría que hasta los seis o siete años no habrá persona humana, pues hasta ese entonces no se ha completado el desarrollo de las conexiones nerviosas y tampoco sería persona un individuo en coma”¹⁷. Por lo que, no cabe acogerse a esta postura.

De manera que, respecto al concebido sólo se puede afirmar lo deducido a partir de las normas previamente mencionadas, y eso es que, el concebido es considerado como sujeto de derecho y como niño, por ende, es también ser humano y, en consecuencia, persona. Así tenemos que, el legislador peruano creyó conveniente regular más formas de protección de la vida del concebido. Ello mediante la Ley N° 27716, publicada el 08 de mayo de 2022, por la cual se implementó el artículo 124-A en el Código Penal peruano; con el que se condena los actos dañinos que pongan en riesgo el cuerpo o salud del concebido, y cito:

Artículo 124-A del Código penal peruano.- El que causa daño en el cuerpo o la salud del concebido, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de un año no mayor de tres.

¹⁵ Ramiro Salinas. *Derecho Penal Parte Especial*. 8° edición. (Iustitia, 2019), p.7.

¹⁶ Tribunal Constitucional peruano, sentencia N° 02005-2009-PA/TC, emitida el 16 de octubre del 2009, fundamento 14.

¹⁷ José Velayos y Luis Santamaría. “Consideraciones en torno al comienzo de la vida humana”. *Revista Cuadernos de Biotética*, vol. 7, N° 25 (1996). pp. 1-9.

Y con la Ley N° 31935, publicada el 16 de noviembre del 2023, finalmente, se reconoce, de manera explícita, los derechos al concebido, tales como:

- a) A la vida.
- b) A la salud.
- c) A la integridad moral, psíquica y física.
- d) A la identidad.
- e) Al libre desarrollo y bienestar.
- f) Otros derechos que le favorezcan,

Enfocándonos un poco más en las circunstancias que rodean el objeto del presente trabajo, surgen las siguientes cuestiones: ¿Se podría señalar que el concebido obtenido a través de la fecundación in vitro debe tener un tratado diferenciado del concebido obtenido a través del método natural? ¿Los embriones congelados o blastocitos, obtenidos a través de la fecundación in vitro gozan de protección legal? De no ser así, ¿de qué manera se debería proteger legalmente al embrión congelado o blastocito? Cuando hablamos del concebido, ¿estamos hablando de una persona? ¿Desde qué momento se encuentra protegida jurídicamente la vida humana?

Antes de desarrollar cada una de las interrogantes planteadas, es importante revisar algunos términos que, para las autoras del presente trabajo, se encuentran aunados al término concepción, ya que, por ser etapas en dicho proceso, posteriormente resultaron determinantes para dilucidar el objeto del presente trabajo.

Primero que nada, a partir del conocimiento que nos aporta la anatomía y la biología, se sabe que, el organismo femenino pasa por ciertos procesos naturales antes de llegar a este punto donde el embarazo es una realidad. He ahí la importancia del ciclo menstrual, puesto que, a partir de la menstruación, el cuerpo de la mujer se prepara para procrear. Posterior a ello ocurre la ovulación; proceso por el cual el folículo se rompe y el óvulo se desprende hacia la trompa, momento en el cual ya puede ser fecundado ante la presencia de espermatozoides.

A partir de ahí, nos encontramos frente a dos etapas cruciales para la obtención de una concepción exitosa: fecundación e implantación.

1.2.1 Fecundación

La fecundación como ya se detalló líneas arriba consiste en la fusión de los gametos masculino y femenino, ésta se produce en el tercio externo de las trompas de Falopio, luego se produce la división celular, para luego implantarse en el endometrio aproximadamente a los

siete días, luego se dará paso a los procesos de embriogénesis y morfogénesis¹⁸. En esta primera etapa, el cigoto viene a ser una nueva célula con genes derivados de ambos progenitores.

La explicación señalada en el párrafo previo corresponde al procedimiento natural de fecundación, el cual, guiándonos de términos científicos y/o biológicos, implica diversas etapas:

a) Penetración de la llamada corona radiada

Penetración de los espermatozoides a través de la capa celular que rodea el óvulo, llamada como ya se mencionó, corona radiada¹⁹.

b) Penetración de la zona pelúcida

Segunda etapa del proceso de fecundación en el cual los espermatozoides buscan lograr el contacto con el receptor Zp3, dicho contacto permitirá la liberación de las enzimas necesarias para posteriormente dar paso al espermatozoide que fecundará en el óvulo²⁰.

c) Fusión de membranas

Etapa de la fecundación donde se produce el contacto del espermatozoide con la membrana plasmática del óvulo, la cual dará paso a tres procesos distintos en el gameto femenino:

- Formación del cono de fecundación.
- Despolarización de membrana.
- Liberación de gránulos corticales al espacio perivitelino²¹.

Cabe resaltar que, gracias a los dos últimos procesos mencionados (penetración de la zona pelúcida y fusión de membranas), se evita la entrada de otro espermatozoide al óvulo.

d) Fusión de núcleos y formación del cigoto:

Último paso del proceso. En este punto, el gameto masculino avanza hasta unirse al pronúcleo femenino, la cola se desprende para terminar degenerando y el núcleo se hincha para formar el pronúcleo masculino²². Es ahí donde ha ocurrido la fusión de ambas células reproductivas, lo que conlleva la unión de sus cromosomas, culminando el proceso con la formación del cigoto.

¹⁸ Miguel Gutierrez, et al. "Derechos del concebido". *Revista Peruana de Ginecología y Obstetricia*, vol. 68, N° 2 (2022), p.1. DOI: <https://doi.org/10.31403/rpgo.v68i2414>

¹⁹ Laura de la Fuente y Zaira Salvador, "¿Qué es la fecundación y cuáles son sus etapas?" *Revista Médica Reproducción Asistida ORG* (2024). <https://www.reproduccionasistida.org/como-se-produce-la-fecundacion/>

²⁰ Idem.

²¹ Idem.

²² Idem.

Del último párrafo, queda claro que es necesario diferenciar las etapas por las cuales pasa el embrión, lo que se desarrollará en un próximo apartado de este trabajo.

1.2.2 *Implantación*

La implantación embrionaria es una de las etapas del embarazo, ya sea de forma natural o a través de alguna técnica de reproducción asistida, tal como la fecundación *in vitro*. Tratándose de un embarazo natural, de acuerdo a la biología, se produce aproximadamente en el día 14 a partir de la fecundación, en los casos de fecundación *in vitro* es una etapa crucial porque un embrión congelado puede permanecer incluso años sin ser implantado, es así que el hombre ha suspendido el proceso biológico de la vida, quedando a su voluntad la continuidad de la misma.

La implantación es el proceso por el que el embrión, en su etapa de blastocisto, se adhiere al endometrio (capa que recubre el útero internamente), y en el útero materno continuará su desarrollo y el de las estructuras que permiten su nutrición, como la vesícula vitelina y la placenta²³, como hemos venido sosteniendo estamos frente a una etapa más del desarrollo de la vida humana.

Entonces, ¿qué es necesario para que una implantación sea exitosa? Con la finalidad de simplificar la comprensión del lector sobre este proceso y evitar extendernos, señalaremos ideas breves y concisas.

La implantación embrionaria dura aproximadamente cuatro a cinco días, desde que se produce la eclosión del blastocisto (el cual viene a ser el embrión en una de sus etapas), hasta que este finalmente llega al útero y se anida completamente en el endometrio, lo que ocurre entre los días cinco y ocho del desarrollo embrionario. Acabando el proceso de implantación el día 14 después de la fecundación²⁴.

No obstante, sólo se logrará la implantación si el embrión encuentra un endometrio en estado receptivo, es decir, cuando exista una sincronía o un ambiente adecuado para la interacción entre embrión y endometrio²⁵, vale decir que tanto en una fecundación de forma natural, la implantación se encuentra condicionada a diversos factores físicos del útero materno, como en la fecundación *in vitro* en la que se prepara el cuerpo de la madre para tal fin.

²³ Blanca Paraíso, Manuel Muñoz, Marta Barranquero, Sara Salgado y Zaira Salvador, “¿Qué es la implantación del embrión y cuando se produce?” *Revista Médica Reproducción Asistida ORG* (2024). <https://www.reproduccionasistida.org/implantacion-embionaria/>

²⁴ Aitziber Domingo, Eric Saucedo y Zaira Salvador, “Las diferencias entre cigoto, embrión y feto”, *Revista Médica Reproducción Asistida ORG* (2024). <https://www.reproduccionasistida.org/diferencias-entre-cigoto-embion-y-feto/>

²⁵ Blanca Paraíso, Manuel Muñoz, Marta Barranquero, Sara Salgado y Zaira Salvador, “¿Qué es la implantación del embrión y cuando se produce?” *Revista Médica Reproducción Asistida ORG* (2024). <https://www.reproduccionasistida.org/implantacion-embionaria/>

Teniendo en cuenta lo expresado, podemos concluir que a partir de la concepción que es la fusión de dos gametos durante la reproducción sexual: óvulo y espermatozoide, formando el cigoto; y dando lugar a un ser con un ADN completamente nuevo, la implantación es un proceso posterior donde el embrión, en la etapa en que es denominado blastocisto, se introduce en el endometrio femenino para dar continuidad al desarrollo de la vida humana.

De manera que, habiendo diferenciado las etapas iniciales del desarrollo de la vida humana, es crucial identificar a partir de qué momento se protege la vida. Tenemos claro que, desde el preciso instante de la concepción debe empezar la protección jurídica tal como ocurre en el ordenamiento jurídico nacional; sin embargo, existen países, e incluso la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos, que señala que recién a partir de la implantación existe vida que merece protección, cosificando a la persona y contraviniendo su tutela integral con fundamento en el derecho natural y la dignidad humana.

Al respecto, reiteramos que, es preocupante que la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través del fallo *Artavia Murillo* haya interpretado que la concepción (momento en que se inicia la vida) se produce con la anidación²⁶, puesto que, puede ocurrir que los Estados parte, entre ellos el Perú, hagan suya la interpretación de la Corte y la incorporen en sus normas o sea utilizado como fundamento en decisiones judiciales.

1.3 Sujeto de Derecho

Respecto al término sujeto de derecho, es preciso entender el significado de ambos términos por separado. Siendo que, el derecho al ser una facultad requiere de un titular, de ahí que, persona viene a ser el sujeto del derecho. En ese sentido, explicar el concepto de derecho resulta un desafío, ya que nos remonta a etimología de siglos atrás.

Diversos estudios nos han demostrado que la etimología del término Derecho tiene su origen en la India, y así, deriva de la voz en sánscrito “*iu*”, cuyo significado es “ligar”, “unir”, “vincular”, “constreñir”. Al profundizar en el estudio, muchos juristas establecieron que la voz en latín *ius* proviene de la raíz griega *dikaión*, del cual parte la voz latina *directum*, que corresponde al verbo *dirigere*, cuyo significado es “dirigir”. Este verbo indica un “orden rector en las cosas”. Por otro lado, en Roma se empleó el término *ius*, pues la voz “Derecho” se usaba para referirse a lo que hoy entendemos como “acción procesal” (*directa a Ictio*). Ulpiano

²⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso 12.361 contra el Estado de Costa Rica, emitida el 28 de noviembre del 2012, fundamento 186.

consideró que, *ius* deriva de *iustitia* y los filólogos -de nuestro tiempo- atribuyeron que el término justicia deriva de *ius*²⁷.

Importa entonces aclarar que las voces latinas *directus* e *ius* son equivalentes, pues la palabra *directum* es el participio pasado de *dirigere*, cuyo término está constituido por el prefijo continuativo *di* y la forma verbal *rigere*, que viene ser “regir”, “gobernar”. *Dirigere* es la forma habitual de “guiar”, “conducir” o “gobernar”. El prefijo *di* procede de las raíces arias *DH* y *DHR*, que engloban la idea de “estabilidad” y “firmeza”, respectivamente. Por consiguiente, de acuerdo a esta etimología, Derecho significa ordenamiento firme, estable y permanente²⁸.

De este modo, podemos concluir que, desde sus orígenes, la palabra Derecho se relaciona a la idea de firmeza y rectitud en la conducta social humana, que va acorde al cumplimiento del ordenamiento jurídico; el que regula la convivencia del hombre en la sociedad ante cualquier duda o conflicto interpersonal. Y es que, el derecho es eso: el regulador de la conducta humana social, donde es el ser humano el que está sometido al ordenamiento jurídico y es él el sujeto de derechos que el mismo ordenamiento le reconoce.

Ahora, Derecho “en sí” viene a ser lo que es recto, directo y justo, pero si intentamos profundizar en la esencia jurídica, la misma que versa o refiere al control y orden social, se denota que estos se encuentran vinculados con el individuo y la sociedad, razón por la cual otorga a los ciudadanos hacer respetar sus derechos (mediante los órganos jurisdiccionales) y ser protegidos por ellos²⁹.

De ahí es que llegamos al término sujeto de derecho, como un ente jurídico independiente, con existencia propia dentro del ordenamiento jurídico, y al que las leyes le reconocen su calidad de portador de esas facultades: sus derechos.

Así pues, para el jurista peruano FERNÁNDEZ SESSAREGO, en el mundo del derecho, la persona es el sujeto de derecho a quien se le atribuye situaciones jurídicas subjetivas, o, en otras palabras, es el ser humano que posee derechos y deberes³⁰.

Por otro lado, el Código Civil peruano reconoce cuatro clases de sujetos de derecho: (1) el concebido (*nasciturus*), (2) la persona natural, (3) la persona jurídica y (4) las organizaciones de personas no inscritas (asociación, fundación y comités no inscritos), de los cuales, el primero es el protagonista y sujeto de estudio del presente trabajo.

²⁷ David Misari, *Teoría General del Derecho: Manual Práctico*. (Asociación Peruana de Ciencias Jurídicas y Conciliación-APECC, 2013), pp. 17-18.

²⁸ Ibidem, pp. 18-19.

²⁹ Ibidem, p. 20.

³⁰ Carlos Fernández, *Derecho Privado. Homenaje a Alberto J. Bueres*. (Hammurabi, 2001), p. 19.

En ese sentido, si se afirma que el concebido es un ser humano y que es sujeto de derecho porque el ordenamiento jurídico le reconoce derechos, cabe preguntarse si el concebido es capaz de ser sujeto activo frente a las adversidades jurídicas en los que se pueda ver involucrado, como lo podría ser el encontrarse en la posición de ser reconocido como merecedor de protección de su vida por su propia naturaleza y es que para el ordenamiento jurídico nacional es un sujeto de derecho privilegiado.

1.3.1 *Embrión: Embrión Congelado*

Llegando a este apartado, empezaremos por ayudar al lector para que comprenda a qué nos referimos con el término embrión, puesto que, es fundamental para determinar cuestiones como: ¿Desde qué momento o etapa se le reconoce al embrión como concebido?

Es sabido que, desde el aspecto genético, biológico e incluso jurídico, la vida inicia con la concepción, ya sea de manera tradicional o *in vitro*, y de ahí surge el protagonista del presente trabajo: el embrión, o como se le conoce en el ámbito jurídico: concebido.

Ocurrido el proceso de fecundación se obtiene el cigoto. No obstante, este cigoto es solo el embrión en su primera etapa, que posteriormente irá aumentando su tamaño y sufriendo cambios celulares³¹.

En el día cuatro de desarrollo embrionario, el embrión ya tiene un número elevado de células y es posible encontrarlo en estado de mórula; denominación que se le da, ya que adquiere aspecto de una mora. Esta etapa se trata de un momento intermedio entre la formación del cigoto tras la fecundación y el desarrollo del blastocisto³².

La siguiente etapa se da en el día cinco y seis de desarrollo, cuando el embrión adquiere una forma determinada e inicia la diferenciación celular, por lo que, pasa a llamarse blastocisto; el cual está conformado por dos tipos celulares: el trofoblasto o trofoectodermo (capa exterior de células que ayudará a la formación de la placenta) y la masa celular interna (sus células darán lugar al feto y todas las partes del cuerpo del futuro bebé)³³.

Posteriormente, entre los días siete y ocho de desarrollo, el embrión, ahora llamado blastocisto, finalmente llega al útero y se da la implantación embrionaria, la cual termina en el día 14 después de la fecundación.

A partir de ese momento, el embrión crece a un ritmo acelerado hasta que, llegando a la octava semana de la gestación, comienza la etapa fetal, que es el periodo más largo, puesto que

³¹ Aitziber Domingo, Eric Saucedo y Zaira Salvador, “Las diferencias entre cigoto, embrión y feto”, *Revista Médica Reproducción Asistida ORG* (2024). <https://www.reproduccionasistida.org/diferencias-entre-cigoto-embrión-y-feto/>

³² Idem.

³³ Idem.

el nombre de feto se utiliza solamente durante el embarazo, hasta el momento de su nacimiento. Tras el parto, el feto ya pasa a denominarse bebé³⁴.

Desde un enfoque jurídico, recordemos que el artículo 1° del Código Civil peruano citado anteriormente, precisa que la vida humana comienza con la concepción, es decir, preciso instante de fusión de los gametos masculino y femenino. El concebido es persona humana, la interpretación del artículo 1°, como ya se ha explicado, desde el punto de vista biológico y doctrinal, merece una protección integral, concordando además este artículo con la Constitución Política del Perú le otorga al concebido el estatus jurídico de persona humana y sujeto de derecho privilegiado, otorgándole derechos y siendo el principal derecho a proteger, la vida, presupuesto para la existencia de los demás, tal como lo reconoce el inciso 1 del artículo 2° de la Constitución Política peruana:

Artículo 2 de la Constitución Política peruana.- Toda persona tiene derecho:

1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. (...).

En este punto, se puede concluir que existe una relación de género-especie entre persona y concebido, ya que, todo concebido es persona, y jurídicamente son considerados personas: el concebido, persona natural, persona jurídica y organizaciones. Así, es importante analizar a partir de qué momento en el Perú se encuentra protegida jurídicamente la vida humana.

Si bien se sabe que, biológicamente, con el término concebido se hace referencia a la condición del embrión desde el momento de su concepción, en todas sus etapas y hasta el momento antes del parto, también se sabe que, jurídicamente, el Código Civil peruano adopta, expresamente, la teoría de la concepción, según la cual la vida humana comienza con la concepción. Esto entendido como la unión del gameto masculino con el óvulo femenino, pero hace una diferencia respecto al concepto de “persona”; que viene a ser el ser humano a partir de su nacimiento con vida y que es considerado jurídicamente como sujeto de derecho.

En esa línea protectora de la vida, en nuestro país, en noviembre de 2023, se promulgó la Ley N° 31935, la cual reconoció expresamente los derechos del concebido, y cito:

Mediante Ley N.º 31935 publicada en el diario El Peruano con fecha 16 de noviembre del 2023, se reconoce derechos al concebido.

Dicha ley que tiene por finalidad reconocer los derechos del concebido que se fundamentan en la dignidad humana, siendo estos los siguientes:

- a) A la vida.

³⁴ Idem.

- b) A la salud.
- c) A la integridad moral, psíquica y física.
- d) A la identidad.
- e) Al libre desarrollo y bienestar.
- f) Otros derechos que le favorezcan.

Siendo una norma de expreso reconocimiento para proteger jurídica y efectivamente la vida del concebido, aparece para reforzar la protección al concebido que de la Carta Magna peruana se desprende de manera implícita.

Luego de haber analizado la protección del concebido en el Perú, es oportuno plantearnos la siguiente interrogante: ¿Se encuentra protegido el embrión congelado obtenido a partir de la fecundación *in vitro* en el ordenamiento jurídico nacional?

De lo anterior, vale decir que, la presente investigación se centra en los embriones congelados y, cobra vital importancia el concepto de blastocisto. En tal sentido, debemos precisar que el término está referido al embrión de cinco o seis días posteriores a la fecundación, la fase de blastocisto es el estado de desarrollo previo a la implantación del embrión en el útero materno³⁵, siendo así, es un estado más del proceso del desarrollo de la vida que se inició con la fecundación.

Con el avance de la ciencia se conoce que los embriones obtenidos a partir de la técnica de fecundación *in vitro* que no se utilizan permanecen congelados a -196 grados centígrados³⁶. Estos son sumergidos en depósitos que contienen nitrógeno líquido, y su permanencia depende de la decisión de la pareja o de la mujer, ya que puede ser el caso que se opte por utilizarlos (un segundo hijo a futuro). Caso contrario, se sabe que podrían ser conservados por un tiempo indefinido, sin que se alteren las características natas al momento de la criopreservación.

En primer lugar, es necesario remarcar que, la técnica mediante la cual se obtienen los embriones congelados es la fecundación *in vitro*, conocido como tratamiento de fertilidad que consiste en extraer los óvulos de los ovarios de la mujer mediante punción folicular y, a continuación, fecundarlos en el laboratorio con los espermatozoides del varón (o, si es el caso, de un donante)³⁷.

³⁵ Jorge Ten, *Embrión blastocisto: Qué es, ventajas, tipos y clasificación conforme a su calidad* (Unidad de Embriología del Instituto Bernabeu, 2019) <https://www.institutobernabeu.com/es/foro/embriion-blastocisto-tipos-y-clasificacion-conforme-su-calidad/>

³⁶ Y. Cívico, B. Hernández y S. Cívico. “Selección de embriones en los tratamientos de fecundación *in vitro*”. *Revista Clínica e Investigación en Ginecología y Obstetricia*, vol. 49, N° 1. (2022). DOI: 10.1016/j.gine.2021.100709

³⁷ Eric Saucedo, Gorka Barrenetxea, Gustavo Carti, Marta Barranquero, Silvia Azaña y Zaira Salvador, “La fecundación *in vitro* (FIV) - ¿Qué es y cuál es su precio?”. *Revista Médica Reproducción Asistida ORG*

No obstante, en los ciclos de fecundación *in vitro*, cuando se dispone de varios embriones de buena calidad, es necesaria la criopreservación de estos embriones supernumerarios, los cuales se guardan para futuros intentos. Podemos definir a la congelación de embriones como aquella técnica de reproducción asistida utilizada para preservar los embriones resultantes de un tratamiento de fecundación *in vitro* puesto que, no lograron ser fecundados y/o transferidos a su progenitora al momento que se llevó a cabo el procedimiento.

En la actualidad, es popular el método llamado vitrificación. Este se basa en una congelación rápida que tiene como finalidad consolidar la supervivencia de los embriones obtenidos tras llevar a cabo el desarrollo de la fecundación *in vitro*. Dicha técnica utiliza diversas sustancias para lograr su finalidad, una de ellas, y la más importante, es la llamada crioprotectores. Estas tienen como función principal cuidar las células del embrión.

Dicho lo anterior, el desarrollo de la llamada vitrificación de embriones es una técnica de uso común en diversos países del mundo, ya que, para una gran mayoría, representa una solución novedosa y exitosa para enfrentar el problema de la infertilidad. Sin embargo, también desata diversas cuestiones controversiales a las que debemos prestar total atención, puesto que, en el sistema jurídico peruano actual, y en otros países, ello representa un vacío legal.

Como se ha venido sosteniendo, a través de las técnicas de reproducción asistida se genera vida, y si bien, nuestro Código Civil, al momento de ser promulgado en el año de 1984, no se enfrentaba a este tipo de técnicas, por lo tanto, siendo el concebido en ese momento lo era de forma natural, no es menos cierto que el avance científico hoy enfrenta al derecho a una realidad, y es la de los embriones congelados.

Por lo que, retomando la pregunta planteada líneas arriba: ¿Se encuentra protegido el embrión congelado obtenido a partir de la fecundación *in vitro* en el ordenamiento jurídico nacional? Al respecto surgen posiciones como:

1. El embrión humano es persona potencial y como tal merece igual consideración, respeto e inviolabilidad de su vida como la que se le reconoce a la persona humana en cualquier etapa del ciclo vital.
2. El embrión humano no es persona potencial, sino un grupo celular que aún no está definido como un nuevo individuo.
3. El embrión humano antes de su implantación (siete días luego la fecundación) es un organismo en fase inicial de desarrollo, con una naturaleza completamente constituida, y

(2024). <https://www.reproduccionasistida.org/fecundacion-in-vitro-fiv/#definicion-de-fecundacion-in-vitro-fiv>

por lo tanto no es claro de que ya tenga todos los derechos de una persona humana ya constituida³⁸.

Coincidimos en parte con la primera postura, por cuanto discrepamos del hecho de ser considerado el embrión humano como persona potencial, puesto que, es una persona conforme se detalla líneas abajo. Para comprender a qué se refiere el ordenamiento jurídico con los términos sujeto de derecho y persona humana pasaremos a desarrollarlos.

1.3.2 Persona

La persona es el eje central del derecho, y así se puede interpretar habiendo leído la Constitución Política peruana, donde en su artículo 1 señala y cito: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”, y seguido de ello se encuentra el listado de derechos constitucionales de la persona, por lo que, se puede afirmar la relevancia de la persona en el derecho, ya que, sin persona no hay derecho.

El concepto de persona puede evaluarse desde distintas perspectivas. No obstante, existe una afirmación irrefutable, y es que al hablar de persona humana nos referimos a individuos que pueden ser tanto hombres como mujeres.

Al decir individuo nos referimos a la especie humana, dicho término se encuentra relacionado al término persona, en tanto que, ésta implica una naturaleza individual. Esta individualidad supone la identidad de la persona, lo que lo hace ser él mismo, separado y diferenciado de otros individuos, puesto que, en el plano físico-biológico, si bien pueden tener similitudes tales como los órganos que son parte del cuerpo de la persona, cada persona es genéticamente única e individual, y así se determinan por las características físicas que la genética nos va a proporcionar como individuo. Por otro lado, en el plano intelectual, afectivo, entre otros, cada persona es un individuo que se va a desarrollar de manera diferente a otro, por lo que, va ir evolucionando, creciendo, madurando y va a utilizar los recursos que tenga al alcance para desenvolverse dentro de la sociedad a la que pertenece³⁹.

También se habla de la persona en la esfera jurídica, donde viene a ser el sujeto al que le son inherentes sus derechos, siendo la base y la razón de la existencia de esos derechos, puesto que, sin persona, no habría razón de ser de los derechos.

³⁸ Christian Starck. “El Estatuto moral del embrión”. *Revista de Derecho y Genoma Humano: Genética, Biotecnología y Medicina Avanzada*, N° 15 (2001), pp. 139-152.

³⁹ Pedro Bautista y Jorge Herrero. *Manual de Derecho de las Personas*, (Ediciones Jurídicas, 2016), pp.142-143.

Por último, es sabido que la persona se diferencia de otros seres vivos por su uso de razón y la capacidad que tiene para emplear su inteligencia, así como su consciencia, de modo que, es correcto afirmar que la persona es un ser inteligente.

Sin embargo, en la actualidad, existen diversas controversias que rodean a la persona, puesto que, juristas y científicos intentan determinar el momento exacto para considerar que un individuo es persona, y, en base a ello, determinar si les corresponden derechos y merecen protección jurídica. En este sentido, es necesario plantear la siguiente pregunta: ¿Desde qué momento se considera el comienzo de la existencia de la persona, y, por tanto, la protección de sus derechos? Para responder esta incógnita nos vamos al contenido del artículo 1 del Código Civil peruano:

Artículo 1 del Código Civil peruano.- Sujeto de Derecho

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.

De ello es importante destacar, como ya lo hemos señalado previamente, que la existencia de la vida humana comienza con la concepción, y ello demuestra que, jurídicamente hay persona, porque naturalmente hay un hombre⁴⁰. La interpretación del artículo 1 del Código Civil no debe ser literal, sino comprendiendo el significado del término persona, entendiendo que, a partir del inicio a la vida hablamos de su existencia, si bien no es materia de la presente investigación consideramos que el artículo 1 podría ser mejorado en su redacción precisando que la persona natural es sujeto de derecho en su nacimiento.

No obstante, como ya se ha podido dilucidar a lo largo del presente trabajo, cabe precisar que existen etapas diferentes en la vida de la persona, es ahí donde se diferencia:

- a. La vida intrauterina (que tiene distintas fases; y que se han desarrollado en apartado II del presente trabajo de investigación), que habla del ser humano en el periodo de su vida que va desde el momento de la concepción hasta el momento de su nacimiento. En donde nos referimos al *nasciturus*⁴¹; que hace alusión al concebido y no nacido, y que es un individuo que permanece en el vientre materno, es dependiente de la madre y está condicionado a la

⁴⁰ Matilde Zavala. “Aborto, personas por nacer y derecho a la vida”. *Revista Jurídica Argentina La Ley*. (1983).

⁴¹ Alberto Calvo, “El *nasciturus* como sujeto de derecho. Concepto constitucional de persona frente al concepto pandectista-civilista”. *Revista Cuadernos de Bioética*, vol. 15, N° 54 (2004), pp. 291-298 <https://aebioetica.org/rtf/06BIOETICA54>

vida de la misma, pero que, como señala nuestro Código Civil y nuestra Constitución Política, es sujeto de derechos.

- b. La persona natural, que es y sigue siendo un sujeto individual, sujeto de derechos, pero que en este periodo de su vida se encuentra fuera del vientre materno, porque ha nacido, y que ha cumplido con la condición de “nacer vivo”, impuesta por el legislador en el Código Civil para la atribución de derechos patrimoniales, sobre los cuales tendrá capacidad de ejercicio cuando cumpla la mayoría de edad. A partir de ese momento nos encontramos con sujetos en dos condiciones diferentes:

- Sujetos relativamente independientes, puesto que, son capaces de sobrevivir fuera del vientre materno, utilizando los órganos de su cuerpo y demás capacidades que tiene como persona, pero que, aún necesitan de ciertos cuidados de la madre y padre; que son quienes tienen la patria potestad de dicho individuo y quienes velarán por él y el cumplimiento y respeto de sus derechos hasta que éste obtenga la mayoría de edad, y con ello, la capacidad para desenvolverse en la sociedad respecto a las distintas realidades jurídicas que se le puedan presentar. Sin embargo, en ciertas ocasiones, sucederá que aún cumpliendo la mayoría de edad habrá individuos que no podrán desenvolverse sin un apoyo o sin un representante legal (tal como lo señala el artículo 45-A del Código Civil peruano). Es por ello que, los sujetos aquí mencionados son los señalados en el artículo 44 del Código Civil peruano, que tienen capacidad de ejercicio restringida.

Artículo 45-A del Código Civil peruano.- Representantes legales

Las personas con capacidad de ejercicio restringida contempladas en los numerales 1 al 8 del artículo 44 contarán con un representante legal que ejercerá los derechos según las normas referidas a la patria potestad, tutela o curatela.

Artículo 44 del Código Civil peruano.- Capacidad de ejercicio restringida

Tienen capacidad de ejercicio restringida.

1. Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad.
2. [Derogado]
3. [Derogado]
4. Los pródigos.
5. Los que incurren en mala gestión.
6. Los ebrios habituales.
7. Los toxicómanos.
8. Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil.

9. Las personas que se encuentren en estado de coma, siempre que no hubiera designado un apoyo con anterioridad.

- Sujetos independientes, donde hacemos referencia a las personas dentro del periodo de 18 años hasta la muerte, quienes tienen capacidad de goce y capacidad de ejercicio, y quienes también pueden desenvolverse en las distintas situaciones jurídicas que se le presenten. No obstante, existen excepciones, que vienen a ser los incapaces absolutos, regulado en el artículo 43 del Código Civil peruano.

Artículo 43 del Código Civil peruano.- Incapacidad absoluta

1. Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley.
2. [Derogado]
3. [Derogado]

Por otro lado, también cabe afirmar que cada persona cuenta con cualidades que son intrínsecas y permanentes a cada uno, las cuales van a constituir su individualidad como persona. Estas a su vez presentan unos caracteres esenciales que son los siguientes:

- a. **Nombre:** Es el medio de identificación de la persona., es necesario, único, inalienable, inembargable, imprescriptible, inmutable (salvo autorización judicial), indivisible⁴².

Este carácter es esencial para la construcción de la identidad y la individualización de la persona.

- b. **Domicilio:** Es una noción jurídica, donde se hace referencia a la residencia y a la habitación. El primero se refiere al lugar donde habita la persona, y el segundo, al lugar donde la persona se encuentra en un momento determinado⁴³.

Este carácter es importante en lo que se refiere al cobro de tributos, de servicios básicos como la luz, el agua, o para trámites o procesos judiciales. Por lo que, este dato se puede encontrar plasmado en el Documento Nacional de Identidad (DNI).

- c. **Capacidad:** Es la aptitud que tiene la persona para ser titular de relaciones jurídicas. Todas las personas -desde la concepción hasta la muerte- son capaces de derecho (pueden ser titulares de derecho)⁴⁴.

Esta es una aptitud que tienen las personas para el goce y ejercicio de los derechos subjetivos que el ordenamiento le reconoce, lo cual se encuentra regulado en los artículos 42, 43 y 44 del Código Civil peruano. Citando específicamente al artículo 42:

⁴² Pedro Bautista y Jorge Herrero, *Manual de Derecho de las Personas*. (Ediciones Jurídicas, 2016), p. 148.

⁴³ *Ibidem*, pp. 148-149.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 149.

Artículo 42 del Código Civil peruano.- Capacidad de ejercicio plena

Toda persona mayor de dieciocho años tiene plena capacidad de ejercicio. Esto incluye a todas las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás y en todos los aspectos de la vida, independientemente de si usan o requieren de ajustes razonables o apoyos para la manifestación de su voluntad.

- d. Estado: Se refiere al lugar que ocupa la persona dentro del grupo familiar, lo cual se puede adquirir a través del matrimonio, la filiación o la adopción. El estado es de orden público; es intransmisible; inalienable; irrenunciable indivisible y recíproco (al estado del padre corresponde el de hijo y viceversa)⁴⁵.

En ese sentido, podemos encontrar el estado civil; que está relacionado al vínculo que se tenga con la persona con la que hayas celebrado la institución jurídica del matrimonio, y ello se puede visualizar en el Documento Nacional de Identidad (DNI).

- e. Patrimonio: En cuanto a esta cualidad, cabe señalar de manera simplificada que, implica una potencialidad o posibilidad de la persona de ser titular de bienes susceptibles de valor económico⁴⁶.

De todo esto, podemos concluir que, si bien nuestro ordenamiento jurídico no señala literalmente como persona a todas las etapas de la vida, donde no señala como persona al concebido, y por ende a los embriones congelados, debe quedar claro que estos son persona, y que merecen protección por el solo hecho de su existencia. En esa línea, resulta acertada la promulgación de la Ley N° 31935, que regula los derechos del concebido reforzando su titularidad.

1.4 Técnicas de Reproducción Asistida

Con el fin de que las diversas causas de esterilidad, tanto en el hombre o en la mujer, no se conviertan en un impedimento irremediable para la reproducción de una pareja, es que se desarrollaron lo que se llaman técnicas de reproducción asistida (TRA), las cuales incluyen diversos procedimientos médicos que se utilizan con el fin de obtener un huevo fecundado cuando es imposible conseguir el embarazo por métodos tradicionales, es decir, mediante el coito.

Ahora, si bien existen diversas clasificaciones de las técnicas de reproducción asistida (TRA), se ha decidido que, para el desarrollo del presente trabajo se tomará la clasificación de las técnicas de fecundación asistida según el autor OLGUÍN BRITO, con el fin de que se puedan esclarecer las diferencias entre cada procedimiento médico, para finalmente centrarnos en lo

⁴⁵ Idem.

⁴⁶ Pedro Bautista, Jorge Herrero. *Manual de Derecho de las Personas*. (Ediciones Jurídicas, 2016), p. 150.

que trata la fecundación *in vitro*, puesto que ello es relevante para develar la respuesta a la problemática planteada en el presente trabajo de investigación.

De acuerdo a dicha clasificación se identifican dos grupos:

1. Según el lugar donde ocurre la fecundación:

Donde las técnicas se dividen en:

- a. Intracorpóreas: cuando la fecundación se produce dentro del cuerpo de la mujer, lo que se puede originar a través de la introducción de espermatozoides en el interior de sus órganos genitales, y que es un procedimiento conocido como inseminación artificial.
- b. Extracorpóreas: cuando la fecundación se produce fuera del cuerpo de la mujer, y es un procedimiento conocido como fecundación *in vitro*; que es el procedimiento en el que este trabajo se va a enfocar.

*Fecundación *in vitro*: mediante este procedimiento, se somete a la mujer a técnicas de estimulación ovárica; la fecundación se produce fuera del útero materno y posteriormente el embrión se deposita cuidadosamente en la cavidad uterina para que se implante de forma natural.

2. Según la procedencia de los gametos utilizados:

Donde las técnicas pueden ser:

- a. Homólogas: cuando la fecundación se realiza con los gametos femenino y masculino de quienes serán los padres.
- b. Heterólogas: cuando los gametos femeninos y/o masculino provienen de un tercero; es decir, de una persona ajena a la pareja y, por lo general, anónimo⁴⁷.

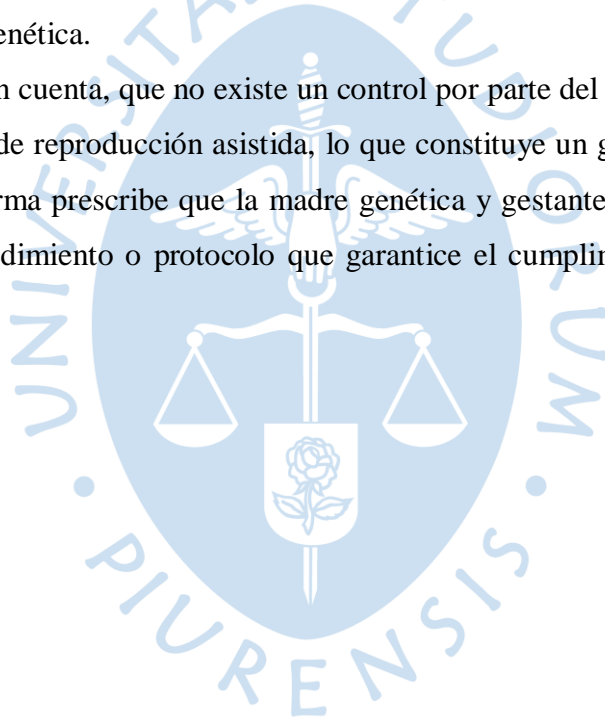
Sin embargo, ninguna de las técnicas antes mencionadas se encuentra regulada en el ordenamiento nacional vigente. Lo único que se asemeja se encuentra en el artículo 7° de la Ley General de Salud - Ley N° 26842, que se refiere brevemente al uso de técnicas de reproducción asistida, con la condición de que la madre genética y la madre gestante sean la misma persona. No obstante, recalca que está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, y al contar con estas dos afirmaciones en la regulación jurídica peruana queda un amplio espacio en donde pueden caber distintas interpretaciones, por las que, podría ser posible el uso de distintas técnicas de reproducción asistida, siempre y cuando se respeten dichas condiciones.

⁴⁷ Ana Olguín, “La Familia: Naturaleza y Régimen Jurídico en el siglo XXI”. Comunicación corta presentada en las Jornadas Internacionales de Derecho de Familia, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Chiclayo, Perú. Octubre del 2007.

Las posibles técnicas que tácitamente serían aceptadas según nuestra regulación jurídica vendrían a ser las: (1) intracorpóreas, (2) extracorpóreas; en donde se encuentra clasificada la fecundación *in vitro*, y (3) homólogas, en cualquier caso, será siempre y cuando la madre gestante sea la misma que la madre biológica.

En el caso de las TRA heterólogas, según nuestra única regulación jurídica al respecto, no podrían ser aceptadas debido a que no se cumpliría con la condición de que la madre genética y la madre gestante sean la misma persona. Cabe agregar que, actualmente, se conoce que existen casos en el Perú de maternidad subrogada, una situación que vendría a ser no aceptada por la regulación jurídica peruana, ya que nuevamente, en este caso, no se cumple con la condición del artículo 7° de la Ley General de Salud, puesto que la madre gestante no sería la misma que la madre genética.

Debe tenerse en cuenta, que no existe un control por parte del Estado a las clínicas que practican las técnicas de reproducción asistida, lo que constituye un grave riesgo, por cuanto, si bien es cierto la norma prescribe que la madre genética y gestante deben ser la misma, no tenemos ningún procedimiento o protocolo que garantice el cumplimiento de la disposición citada.



Capítulo 2

Estatuto jurídico del embrión

En este Capítulo 2 nos centraremos en analizar la situación jurídica del embrión como resultado de la práctica de la llamada fecundación *in vitro*, tanto a nivel nacional como a nivel internacional, enfocándonos en su regulación proteccionista.

2.1 Derecho Nacional

Para poder analizar la posición del derecho nacional sobre el objeto del presente trabajo es necesario iniciar planteándose lo siguiente: ¿Las técnicas de reproducción asistida se encuentran reguladas en el Perú? ¿Existe algún tipo de reconocimiento y protección del concebido obtenido a través de la fecundación *in vitro*?

Si bien, en la actualidad, la práctica de técnicas de reproducción asistida se ha vuelto cada vez más frecuente debido a que representa una solución ante el problema que representa la infertilidad, en el Perú no hay regulación específica para dicha materia. A pesar de ello, no se puede afirmar una ausencia absoluta de ella.

2.1.1 Constitución Política peruana: Constitución Peruana de 1993

Dicha norma suprema reconoce y protege una serie de derechos fundamentales que son inherentes a la persona humana, entre ellos y como más importante encontramos el derecho a la vida.

Artículo 2° de la Constitución Política peruana.- Derechos fundamentales de la persona

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.

Dicho artículo menciona y reconoce, de manera expresa, el derecho a la vida, siguiendo la mención al concebido y reconociéndose como sujeto de derecho. Ahora, como cuestión importante para aclarar el panorama debemos preguntarnos. ¿Se puede considerar al embrión sujeto de derecho?

Para responder dicha interrogante se debería mencionar las diversas posturas que tienen bases en las ciencias médicas, filosóficas y biológicas, ya que es un tema muy controvertido. No obstante, lo relevante aquí es resolver las cuestiones en el plano legislativo, es por ello que, se puede afirmar que, si adoptamos la “teoría de la fecundación” (o concepción como lo llaman algunos) el embrión es considerado como concebido y, por tanto, protegido como sujeto de derecho, lo que va de la mano con la definición de concebido que Enrique Varsi-Rospigliosi nos ofrece, siendo el concebido, aquel ser humano que se encuentra en un estado de desarrollo

biológico primario, sea in útero, estado gestacional o ex útero, por implantarse o criopreservado⁴⁸.

2.1.2 Código Civil peruano

El Código Civil peruano dispone al respecto que, la existencia de las personas comienza desde la concepción en el seno materno, y desde ese momento son sujetos de derecho, así lo dispone en el texto de su artículo 1°.

Artículo 1° del Código Civil peruano: “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”.

El actual Código reafirma que la vida humana comienza con la concepción y recalca que el concebido siempre es considerado sujeto de derecho para todo cuanto le favorezca.

Sumado a ello se encuentra que el resto de la legislación también reconoce y protege el derecho a la vida indubitadamente. Sin embargo, el concepto de persona humana al que hace referencia, según De la Fuente, R, advertirá una separación entre existencia legal de la persona y existencia natural: la primera se refiere al momento del nacimiento y la segunda se refiere a un plano más biológico, en específico a la concepción. La correcta interpretación sistemática de la normativa nacional mencionada en el presente trabajo nos deja afirmar que el *nasciturus*, es decir, el que está por nacer, es considerado un ser humano y, por ello, será una persona con derecho a la vida, no con un simple interés o bien jurídico⁴⁹.

2.1.3 Código del niño y adolescente: Decreto Ley N° 26102

Al presente Código se le puede definir como aquella agrupación sistemática de normas que tienen la finalidad de brindar la correcta protección del niño y adolescente, donde se le reconoce al menor como sujeto de derecho acreedor de principios y garantías que se deben respetar de manera estricta.

El Código de los Niños y Adolescentes, inspirado por la doctrina de la Protección integral y los requerimientos que la Convención de los Derechos del Niño hace a los estados parte (entre los cuales se encuentra el Perú), contiene en su libro cuarto la estructura y mecanismos de esa justicia especial de la que hablamos. En este sentido nos encontramos pues

⁴⁸ Enrique Varsi. *Tratado de Derecho de las personas*. 1° edición. (Gaceta Jurídica S.A., 2014), p. 108. https://repositorio.ulima.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12724/5355/Varsi_Tratado_derecho_personas.pdf

⁴⁹ Rosario De La Fuente. “La protección de la vida y la dignidad de la persona humana en el Derecho peruano”, comunicación corta presentada en el II Congreso Internacional de Bioética. Chiclayo-Perú, noviembre del 2011.

en el campo del Derecho Procesal de Menores⁵⁰.

Es así que, dicho cuerpo legal señala en su título preliminar que:

Artículo I.- Definición

Se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad y adolescente desde los doce hasta cumplir los dieciocho años de edad.

El Estado protege al concebido para todo lo que le favorece. Si existiera duda acerca de la edad de una persona, se le considerará niño o adolescente mientras no se pruebe lo contrario.

Al igual que el Código Civil, el Código del niño y adolescente resalta el momento de la concepción para considerarlo ser humano. Siguiendo bajo la misma postura el Art. 1 del Código mencionado a su vez expresa:

Artículo 1° del Código del niño y adolescente.- A la vida e integridad

El niño y el adolescente tienen derecho a la vida desde el momento de la concepción.

El presente Código garantiza la vida del concebido, protegiéndolo de experimentos o manipulaciones genéticas contrarias a su integridad y a su desarrollo físico o mental.

Con ello se afirma que, el sistema jurídico peruano brinda protección absoluta al concebido.

Y de esta manera, se concluye que, el Código civil peruano, la Constitución política peruana, el Código de los niños y adolescentes, además de otras leyes, deben interpretarse de forma sistemática para así guiar la debida protección que le corresponde al derecho a la vida del concebido. El Derecho civil debe mantener su orientación humanística en cuanto a la protección jurídica de la persona, desde el momento de la concepción, hasta su fin natural. No existen seres humanos que no sean personas. Ser persona no es una cualidad accidental del ser humano⁵¹.

2.1.4 Ley General de Salud: Ley N° 26842

La Ley General de Salud (Ley Nro. 26842) reconoce el derecho a la salud reproductiva de la persona mediante el uso de las técnicas de reproducción asistida, siendo esta la única norma jurídica que trata de manera implícita sobre las TRA:

⁵⁰ Raffo, H. A.; Rodríguez, M. V. y Vázquez Berrosteguieta, J., citando a Rafael Sajón en Nueva Teoría Procesal del Derecho de Menores. Uruguay: Instituto Interamericano del Niño, 1973.

⁵¹ Rosario De La Fuente. "La protección de la vida y la dignidad de la persona humana en el Derecho peruano", comunicación corta presentada en el II Congreso Internacional de Bioética. Chiclayo-Perú, noviembre del 2011.

Artículo 7 de la Ley General de Salud:

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.

Es oportuno en este estado, precisar que en los últimos años en el Congreso de la República se han venido presentando diversos proyectos de ley, los que pasaremos a detallar. Si bien dichos proyectos no han prosperado, no han sido archivados, encontrándose a nivel de diversas comisiones. Consideramos que constituyen una potencial amenaza, pues pretenden regular las técnicas de reproducción asistida, siendo así se tiene:

El Proyecto de Ley 03313/2018-CR, que tiene por finalidad ofrecer confianza y asegurar para que toda persona mayor de edad acceda integralmente a las técnicas de reproducción humana asistida que reconozca la Organización Mundial de la Salud (OMS)⁵².

El Proyecto de Ley 03404/2018-CR, el cual declara que ser madre es un derecho humano. No admite la comercialización de embriones y gametos, pero sí regula la transferencia en propiedad a título de donación de seres humanos en etapa embrionaria⁵³.

Y, por último, el Proyecto de Ley 35042/2018-CR, el cual busca regular el acceso a las TRA para toda la población al subrayar la custodia de los derechos reproductivos de los ciudadanos⁵⁴.

De lo expuesto, podemos concluir que, aunque existe un vacío normativo, la ley reconoce el derecho a recurrir al uso de técnicas de reproducción asistida, si así lo deciden los futuros progenitores, siempre y cuando se respeten las condiciones especificadas en el artículo 7 de la Ley General de Salud. Por lo que, ante el hecho de no existir una prohibición los casos de fecundación *in vitro* en Perú van en aumento cada año, siendo realizados de 2000 a 2500 procedimientos anualmente, siendo registrado el primer nacimiento en la Amazonía peruana a través de la fecundación *in vitro* en el año 2006⁵⁵.

La preocupación consiste en que no existe una norma que regule o supervise la fecundación *in vitro* en el Perú. La única norma que precisa sobre las técnicas de reproducción

⁵² Olga Llerena y Sergio Tapia. “Tendencias en los Proyectos de Leyes del 2018, para regular las técnicas de reproducción artificial en el Perú”. *Apuntes de Bioética*, vol. 1, N° 1 (2018), pp. 90 – 109.

⁵³ Idem.

⁵⁴ Idem.

⁵⁵ Raúl Arroyo et al., “Primer niño logrado por fertilización *in vitro* en la Amazonia del Perú”, *Revista Peruana de Ginecología y Obstetricia*, vol. 67, N° 1 (2021), p. 1.

asistida, en la práctica deviene en un articulado meramente declarativo, puesto que, no hay ningún control a los centros médicos que las practican, tanto en el caso de los donantes de óvulos y espermatozoides, así como embriones, nos encontramos frente a la cosificación de la persona, que además se ha convertido en una actividad lucrativa. Creemos que urge establecer lineamientos que pongan límites a estas prácticas.

2.2 Tratados Internacionales

2.2.1 Declaración Universal de Derechos Humanos

Ha de tomarse en consideración que, la Declaración Universal de Derechos Humanos, es el primer documento mediante el cual se reconocieron de forma universal, tal y como lo dice su nombre, los derechos humanos. Se ha tomado en cuenta dicha Declaración, porque al realizar un análisis de los diferentes ordenamientos jurídicos de los diversos países, se puede encontrar que, los derechos y libertades recogidos en este documento se encuentran incorporados en muchos de ellos.

Por otro lado, respecto a la problemática en concreto, esta Declaración señala en su artículo 2: “Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa de una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía”.

De lo cual, podemos resaltar que, se le reconoce a toda persona derechos y libertades, sin ningún tipo de distinción, por lo que, al mencionar “toda persona”; donde ya sabemos que persona se considera a todos desde la concepción, es que significa que cada uno de nosotros, a pesar de encontrarnos en nuestras distintas etapas de vida, contamos con derechos humanos, que son propios e inherentes y deben ser reconocidos y respetados.

Para reforzar ello, se encuentra parte del artículo 3 de esta Declaración, que señala: “Todo individuo tiene derecho a la vida (...)”, en donde “individuo” se puede tomar como término relacionado al término “persona”; como ya se ha podido explicar en el Capítulo 1 del presente trabajo, y es porque la persona cuenta con una naturaleza individual, y dicha individualidad supone la identidad de la persona. Es decir, lo que la hace ser ella misma, separada y diferenciada de otros individuos. Y si con ello, se señala que todo individuo tiene derecho a la vida, se estaría reconociendo el derecho base de todo individuo, pues depende de

la existencia de la persona para que los demás derechos existan, he ahí la importancia de proteger la vida humana.

2.2.2 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Volviendo al enfoque de los tratados internacionales, resalta en primer lugar, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; que viene a ser un tratado multilateral adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre del año 1966, y que entra en vigor el 23 de marzo de 1976. Además, es un tratado que el Perú firmó en 1977, adoptó el 28 de marzo de 1978 mediante Decreto Ley N° 22128 y que ha ratificado el 28 de diciembre de 1978. Por lo que, se encuentra obligado a cumplir el contenido de dicho tratado, en el sentido de que los juristas que se encarguen de la elaboración o modificación de las normas jurídicas deben tomar en cuenta los derechos reconocidos y protegidos en este tratado.

Respecto a la problemática que aborda el presente trabajo sobre los derechos de los embriones congelados y su situación jurídica, podemos aludir el inciso 1 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ubicado en la Parte II del contenido de dicho tratado.

Artículo 2 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos

1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Esto implica que, las normas del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos son normas imperativas para todo aquel país que haya firmado y ratificado dicho tratado internacional, y ello a fin de que, los derechos humanos regulados ahí puedan ser utilizados como instrumentos efectivos para garantizar y proteger las vidas de las personas en cada estado. El artículo 2 de este tratado internacional nos señala que todos los derechos reconocidos en su cuerpo normativo deben ser cumplidos por cada Estado adherido a él, por lo que, es obligación de dichos estados el usar como base los derechos humanos regulados este tratado para elaborar su propio sistema normativo nacional. En ese sentido, en el mismo artículo, también se recalca que dichos derechos se deben cumplir “para todos los individuos” y “sin distinción alguna”, y para complementar ello, está el artículo 26 del mismo tratado internacional:

Artículo 26 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos

Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto la ley prohibirá toda discriminación y garantizará

a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

De lo que, para la problemática que se está analizando en el presente trabajo, es muy relevante, ya que garantiza explícitamente “protección igual y efectiva” para todas las personas. Por lo tanto, se puede interpretar que los embriones congelados obtenidos por medio de la fecundación *in vitro* merecen también de protección y garantía de sus derechos; regulados en el mismo tratado internacional, al ser estos individuos, seres humanos, y personas.

Sumado a ello, en la Parte III del contenido del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos encontraremos al inciso 1 del artículo 6:

Artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.

En esta parte del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se enuncia una nutrida lista de derechos, y en el artículo 6, en específico, se hace referencia al derecho a la vida, donde se recalca que este derecho es inherente a la persona y que debe estar protegido por la ley. Enunciado que encaja y respalda la vida de los embriones congelados obtenidos por medio de la fecundación *in vitro* en el sistema jurídico de cualquier estado adherido a este tratado internacional.

Queda evidenciado que existe regulación jurídica obligatoria que respalda y protege el derecho a la vida y demás derechos derivados que tienen los embriones congelados obtenidos por medio de la fecundación *in vitro*, por lo que, no existe fundamento suficientemente válido para desestimar que son considerados también dentro de este tratado internacional imperativo, a pesar de su forma de origen.

2.2.3 Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)

Otro tratado internacional relevante e imperativo de cumplimiento es la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o también llamada Pacto de San José, y ha de aclararse que es imperativo de cumplimiento para el Perú debido a que se encuentra adherido a dicho tratado internacional desde el 12 de julio de 1978.

Al analizar el cuerpo normativo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se ha identificado al inciso 2 del artículo 1 como relevante respecto al tema de investigación del presente trabajo: “Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”, por lo que, se puede deducir que los embriones congelados obtenidos por medio de la fecundación *in*

vitro son considerados como personas, y por ello, sus derechos también han de merecer protección.

Sin embargo, existe cierto grupo de juristas que cuestionan el momento en el que se debe considerar al ser humano como persona, y, por tanto, ser merecedor de contar con derechos y de su protección. A pesar de ello, se debe dejar en claro que, el legislador no puede elegir el momento específico del desarrollo humano para comenzar a conceder dicha protección normativa respecto del derecho a la vida, ya que, el estado peruano firmó la Convención Americana sobre Derechos Humanos el 27 de julio de 1977 y la ha ratificado el 12 de julio de 1978, y como se sabe, todo estado que se encuentre adherido y haya firmado dicho tratado internacional se encuentra obligado a cumplirlo.

A esa idea como base, se le adhiere el inciso 1 del artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: “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”, lo cual declara la personalidad del *nasciturus*, y su protección por ley a partir del momento de la concepción, pues se interpreta que el derecho a la vida ya existe desde ese momento, y que se reconoce expresamente, no solo que el no nacido tiene derecho a la vida, sino que también reconoce su calidad de persona. Por lo tanto, tanto el derecho a la vida como los demás derechos inherentes a la persona a partir de él también deben ser reconocidos para los embriones congelados obtenidos por medio de la fecundación *in vitro*.

2.2.4 Convención sobre los Derechos del Niño

Otro tratado internacional relevante es la Convención sobre los Derechos del Niño, firmada el 20 de noviembre de 1989, entrando en vigor desde el 02 de septiembre de 1990. Esta Convención tiene especial relevancia, ya que, es el primer tratado internacional que reconoce a los niños como sujetos de derechos, ya que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño: “El niño, por su falta de madurez física y mental necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes, como después del nacimiento”, y es claro que, con dicha afirmación, los embriones congelados obtenidos por medio de la fecundación *in vitro* están siendo considerados para ser protegidos por esta Convención.

De modo que, sobre el tema de embriones congelados obtenidos por medio de la fecundación *in vitro*, que vienen a ser concebidos, seres humanos, individuos y personas, por todos los argumentos previamente señalados, encontramos relevante en la Parte I de la Convención sobre los Derechos del Niño, su artículo 1, que señala: “Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad,

salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”, se puede interpretar que los embriones congelados obtenidos por medio de la fecundación *in vitro* calzan en esta categoría. Por tanto, ya que el Perú ha firmado y ratificado este tratado internacional en 1990, se encuentra obligado a respetar y cumplir con todo lo que se exige en el contenido de esta Convención, y en este caso, los derechos del concebido obtenido a través de fecundación *in vitro* deben ser considerados, respaldados y protegidos por el sistema jurídico nacional peruano.

Para complementar lo señalado en el artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, se encuentra su artículo 6:

Artículo 6 de la Convención sobre los Derechos del Niño

1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida.
2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.

Dicho ello se evidencia que el derecho a la vida es intrínseco al niño, y que se debe garantizar su supervivencia, siendo niño todo aquel menor de 18 años de edad, incluso antes del nacimiento. Siendo así, es evidente que la protección del concebido abarca desde el momento de la concepción, independiente se dé esta fuera o dentro del cuerpo de la madre, es decir, desde el preciso momento de la concepción. Lamentablemente, para un sector -como la Corte Interamericana en el fallo Artavia-Murillo- la protección es desde el momento de la implantación, lo que constituye un despropósito y desconocimiento de la protección integral de la vida desde su etapa inicial.

Normas como las ya señaladas pretenden marcar un antes y un después, como ya se ha explicado, desprotegiendo a los embriones congelados por el hecho de no estar implantados en el útero materno.

Es importante precisar que Naciones Unidas (ONU) el 18 de febrero de 2005 emitió una declaración en la que insta a los estados miembros a implementar medidas legales orientadas a prohibir la manipulación de embriones e incluso la reproducción asistida, es cierto que ya han pasado casi 20 años y lamentablemente vemos con preocupación que esta recomendación no ha sido totalmente implementada.

Es menester indicar que, si bien es cierto, los instrumentos internacionales mencionados reconocen el derecho a la vida, no existe precisión en todos ellos sobre el momento a partir del cuál esta es protegida, dejan a salvo que cada estado a través de sus normas determine la protección, así cada país adopta una postura, debemos resaltar la protección en el Perú del concebido, claro está que cuando se promulgó el Código civil aún no existían en el Perú las

técnicas de reproducción asistida. Sin embargo, consideramos que la protección como ya se ha venido sosteniendo a lo largo de la presente investigación, es desde el momento de la concepción, independiente si es intra o extracorpórea.

2.3 Derecho Comparado

2.3.1 Legislación Española

Como se sabe, la regulación de las Técnicas de Reproducción Asistida (TRA) ha logrado mayor desarrollo en países europeos, donde cada vez es más frecuente la práctica de dichas técnicas, generando un crecimiento en los índices de casos con resultado exitoso. Por tanto, en el presente apartado, analizaremos la postura española relacionada al tema propuesto en el presente trabajo de investigación.

La Constitución Española reconoce el derecho a la vida y expresa:

Artículo 15 de la Constitución Española. Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra.

Dicho cuerpo normativo utiliza la expresión “todos tienen derecho a la vida” sin embargo, podríamos interpretar esta amplia expresión de diversas maneras, incluso permitiría afirmar que dicho derecho se extiende hasta los no nacidos.

Ahora, refiriéndonos al Código Civil Español, en sus Art. 29 y 30 hacen referencia a la personalidad, pero recalcando que el concebido se entiende por nacido para todos los efectos que le sean favorables.

Por otro lado, a través de la Ley 14/2006 se ha regulado de manera autónoma las técnicas de reproducción humana asistida. Precisa que su finalidad es determinar la aplicación legal en torno a su uso, regulando las condiciones de los centros médicos que se encuentran autorizados para realizar tratamientos reproductivos.

Dicha norma, en su artículo 6.1 permite que las mujeres mayores de 18 años y con plena capacidad de obrar puedan ser usuarias de las técnicas de reproducción asistida reconocidas por la ley.

Asimismo, además de las disposiciones generales, la ley ha considerado hacer mención en su Capítulo 2 a los donantes y contratos de donaciones, autorizando la práctica de ellos siempre y cuando no sean contrarios a lo que se encuentra estipulado por la ley. Es decir, los contratos deben cumplir estrictamente ciertas formalidades, entre ellas y una de las más importantes es descartar el carácter comercial y lucrativo de los contratos mencionados. Sin embargo, en la práctica no existe un control al respecto, y no es menos cierto que este tipo de

procedimientos tienen un carácter lucrativo, el que muchas veces se presenta como una donación que finalmente siempre va a tener costos elevados, así como reconocimiento de estipendios o beneficios económicos a favor de las donantes y de las clínicas.

Otro punto importante que no podemos dejar de mencionar viene dado por la filiación de los hijos nacidos mediante las técnicas mencionadas, la ley remite esta regulación a las leyes civiles.

Respecto al capítulo 3, en el inciso 3 de su artículo 11, nos da un mayor alcance al centro de la investigación: los embriones obtenidos por la práctica de las técnicas de fecundación *in vitro*. ¿Cuál es su tratamiento? La ley aprueba para ellos la llamada crio conservación hasta el momento en que se considere necesario por los profesionales médicos de la salud. Seguido de ello la ley menciona en una lista taxativa cuales pueden ser los destinos aprobados por dicha ley para ellos:

Artículo 11 de la Ley 14/2006 de España. Crioconservación de gametos y pre embriones.

4. Los diferentes destinos posibles que podrán darse a los preembriones crioconservados, así como, en los casos que proceda, al semen, ovocitos y tejido ovárico crioconservados, son:
 - a. Su utilización por la propia mujer o su cónyuge.
 - b. La donación con fines reproductivos.
 - c. La donación con fines de investigación.
 - d. El cese de su conservación sin otra utilización. En el caso de los preembriones y los ovocitos crioconservados, esta última opción sólo será aplicable una vez finalizado el plazo máximo de conservación establecido en esta Ley sin que se haya optado por alguno de los destinos mencionados en los apartados anteriores.

Pero sin duda, uno de los temas más preocupantes es la citada norma incluye conceptos como preembriones, término que no tiene ninguna base biológica y que ha sido incorporada para justificar legalmente la manipulación y, por ende, cosificación del embrión humano. La citada norma constituye una amenaza para la defensa de la vida, es un peligro y desconoce el inicio de la vida que es un concepto único y que merece una protección absoluta.

Esta norma es bastante liberal, sin duda su fundamento es la libertad, dando la espalda a la dignidad humana y el derecho a la vida desde su preciso instante de inicio. El hombre no puede modificar el origen de la vida, como lo hace en el fallo Artavia Murillo y con la norma citada.

2.3.2 *Legislación de Costa Rica*

Costa Rica es un país que respeta los derechos humanos, y así lo demuestra en su Constitución Política. En 1995, ante los problemas de reproducción de las parejas conyugales, se emitió el Decreto Ejecutivo N° 24029-S el 03 de febrero; el cual reguló la técnica de reproducción asistida conocida como fecundación *in vitro* (FIV), que de por sí era restrictiva, pues sólo podía aplicarse a parejas conyugales con problemas para concebir y establecía reglas para su implementación. Además, prohibía la fertilización de más de seis óvulos por ciclo de tratamiento y exigía que todos los óvulos fertilizados en un ciclo de tratamiento fueran transferidos a la cavidad uterina de la paciente, también prohibía desechar o eliminar embriones o preservarlos para su transferencia a ciclos subsecuentes, y cualquier manipulación del código genético del embrión, así como cualquier forma de experimentación sobre este⁵⁶.

Posterior a ello, se interpuso una acción de inconstitucionalidad contra dicho Decreto, que fue presentada y acogida por la Sala Constitucional en abril del mismo año -exactamente dos meses después de emitido el decreto citado-, donde se argumentó que dicho Decreto vulnera el derecho a la vida y la dignidad del ser humano. Sin embargo, durante el tiempo en que dicho proceso se resolvía; esto fue entre 1995 y 2000, se continuaron practicando procedimientos de fecundación *in vitro*, de los que nacieron 15 niños⁵⁷. Finalmente, en marzo del año 2000, la técnica de fecundación *in vitro* fue declarada inconstitucional en la sentencia N° 2000-02306, concluyendo que, dichas prácticas atentaban contra la vida y la dignidad del ser humano.

De manera que, a partir de la declaración de inconstitucionalidad de los procedimientos de fecundación *in vitro* y demás técnicas de reproducción asistida en Costa Rica, algunas parejas conyugales tuvieron que buscar someterse a dichos procedimientos en el extranjero, perjudicándolos con incremento en los costos y situaciones discriminatorias. Siendo así, en el año 2001, se presentó una petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y en 2004, dicha Comisión aprobó el informe de admisibilidad sobre la petición planteada previamente, para en el 2010, aprobar el informe de fondo N° 85/10, llegando a elevar el caso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Finalmente, el 28 de noviembre de 2012, la Corte Interamericana de Derechos Humanos emite la sentencia de Artavia Murillo y otros (fecundación *in vitro*) vs. Costa Rica, donde falló a favor de los demandantes por la vulneración de los artículos 5.1, 11.2 y 17.2, en relación con

⁵⁶ Decreto Ejecutivo N° 24029-S, de 03 de febrero de 1995.

⁵⁷ Ingrid Brena. La fecundación asistida ¿Historia de un debate interminable?, 2012, Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Anuario Mexicano de Derecho Internacional, México D.F, vol. XII, pp. 25-45.

el artículo 1.1 de la Convención Americana. Dispuso que el estado de Costa Rica adopte las medidas apropiadas para dejar sin efecto la prohibición de practicar la fecundación *in vitro* en la mayor celeridad posible e identifique los aspectos necesarios para implementar la regulación jurídica de la fecundación *in vitro* en su país.

Con el objetivo de cumplir con el contenido de la sentencia del 28 de noviembre de 2012, el Poder Ejecutivo de Costa Rica emitió el Decreto N° 39219-MP-S, denominado “Autorización para la realización de la técnica de reproducción asistida de fecundación *in vitro* y transferencia embrionaria”, garantizando el acceso a la fecundación *in vitro*, el derecho a la vida privada y familia, el derecho a la integridad personal, la autonomía personal reproductiva, la salud sexual, el derecho a disfrutar de los beneficios científicos y tecnológicos de la más alta calidad, así como el principio de igualdad y no discriminación.

Para las acciones de inspección y control de esos procesos de fecundación *in vitro* se consignó al Ministerio de Salud, así como de llevar un registro nacional de donantes en el caso de la fecundación *in vitro* heteróloga, estableciendo los lineamientos pertinentes para llevar a cabo estos procesos, la conservación de los gametos, y la habilitación y funcionamiento de los centros de salud de Costa Rica que lleven a cabo dicha técnica de reproducción asistida.

A partir del fallo Artavia-Murillo, el gobierno de Costa Rica promulgó la Norma para Establecimientos de Salud que realizan la Técnica de Reproducción Asistida de Fecundación *in vitro* y Fecundación Embrionaria, ello constituye uno de los riesgos que en la presente investigación queremos evidenciar.

Por lo tanto, podemos afirmar que, aunque la decisión de la Corte es jurídicamente válida, por ser un tribunal, lamentablemente la postura asumida contraviene la naturaleza humana (pretendiendo modificar un dato biológico como es el inicio de la vida) y, lo más grave, al tratarse de un tribunal cuya decisión podría ser asumida por los estados parte, vulnerando los valores morales, culturales y agravando la dignidad humana. Este fallo además es peligroso por cuanto queda a discreción, como ya se ha afirmado que se ha tomado como referencia en sentencias o normativas.

Es así que podría ocurrir que, ante una eventual disputa por embriones congelados, como el que se presentó entre la actriz colombiana Sofia Vergara y su ex esposo, el litigio versaba sobre el pedido del ex esposo para poder acceder a los embriones y vía un vientre de alquiler ser padre, ella por otro lado solicitaba la destrucción de los mismos. Luego de una larga batalla legal, el fallo resultó a favor de la actriz, evidentemente ambas posturas son cuestionables ética

y jurídicamente, cosificando a los embriones⁵⁸. Los tribunales podrían eventualmente, amparándose en el fallo Artavia-Murillo, argumentar que al no estar implantados en el útero materno aún no hay vida, como se ha visto en el caso anteriormente detallado.

2.3.3 Legislación Argentina

A nivel regional debemos referir que, el Código Civil argentino, en su artículo 63, precisa que “son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno”. El término seno materno no resulta casual, pues su interpretación nos lleva a distinguir entre la fecundación corpórea y extracorpórea.

A su vez, el artículo 70 del mismo cuerpo normativo señala lo siguiente: “Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre”. A lo que debemos agregar que el indicado país promulgó en junio de 2013 la ley 26.862, ley de Reproducción médicamente asistida.

Siendo así, podemos apreciar que el ordenamiento jurídico argentino no protege la vida del embrión congelado. Esta distinción del concebido en el seno materno o fuera de él no hace sino colocar en riesgo inminente su vida. Consideramos que estas normas están alineadas a la postura ya asumida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través del fallo Artavia-Murillo.

Es bastante valiosa para la presente investigación la demanda que en 1993 presentara en Buenos Aires el abogado Ricardo Rabinovich. Él pretendía que las clínicas informaran sobre la cantidad real de embriones crioconservados y ovocitos pronucleados, que se limite el número de embriones y que se le designe como tutor de los embriones congelados⁵⁹.

La figura del *curator ventris*, que tiene sus raíces en el Derecho Romano⁶⁰, constituye una propuesta innovadora, y si bien el proceso judicial no tuvo un desenlace favorable por cuanto el fallo que admitió la demanda no pudo implementarse por las negativas de los centros

⁵⁸ Agencia Reforma. “Sofía Vergara gana batalla legal por sus embriones congelados”. *Los Angeles Time*, 01 de abril de 2021. <https://www.latimes.com/espanol/entretenimiento/articulo/2021-04-01/sofia-vergara-gana-batalla-legal-por-sus-embriones-congelados>

⁵⁹ Ricardo Rabinovich-Berkman. “Embriones congelados: Un desafío surrealista, hoy”. *Revista Electrónica Persona*, N° 40 (2005). <https://www.revistapersona.com.ar/Persona40/40Rabinovich.htm>

⁶⁰ Juan Bueno. “Algunas consideraciones en torno a la figura del *curator ventris* en derecho romano y en el derecho actual. *Revista General de Derecho Romano*, N° 1 (2018) <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6740647>

de criopreservación⁶¹, quienes cuestionaban la legitimidad del censo de embriones y bajo el argumento de vulneración de diversos derechos fundamentales, sumado al desistimiento del abogado Rabinovich, cabe resaltar que constituye una iniciativa que podría ser válidamente aplicada en cualquier país que defienda la vida desde el preciso instante de su formación.



⁶¹ Ricardo Rabinovich-Berkman. “Embriones congelados: Un desafío surrealista, hoy”. *Revista Electrónica Persona*, N° 40 (2005). <https://www.revistapersona.com.ar/Persona40/40Rabinovich.htm>

Capítulo 3

Tratamiento de los embriones congelados

3.1 Proceso de Obtención de los Embriones

Respecto al proceso de obtención de los embriones, se llevará a cabo cuando los futuros progenitores decidan iniciar el desarrollo de la llamada fecundación *in vitro*; el cual es un proceso que tiene por finalidad fusionar los gametos reproductivos óvulo y espermatozoide para así, posteriormente obtener como resultado los embriones que buscarán conseguir un embarazo una vez transferidos al útero materno⁶².

Pero, ¿cómo se consigue ello? Para resolver cierta cuestión acudiremos a términos médicos que serán expuestos a continuación:

1. Estimulación ovárica, primera etapa en la cual la madre recibe medicación mediante hormonas con la finalidad de estimular el desarrollo folicular, y así conseguir que los óvulos que van a iniciar su crecimiento lleguen a su maduración final. Posterior a ello, solo uno llega a dicho estado y será liberado en la fase ovulatoria. Este periodo puede tener una duración entre 6 a 10 días, que serán controlados de manera estricta por el profesional competente.
2. Punción folicular, segunda etapa del proceso que tiene como objeto obtener los óvulos mediante punción ovárica, es un procedimiento equiparado a una intervención quirúrgica para extraer el líquido folicular.
3. Recogida y preparación del semen, una vez obtenida la eyaculación del futuro progenitor se llevará a cabo la capacitación espermática para eliminar dichos espermatozoides que no cumplan con las condiciones necesarias, conservando aquellos que presenten movilidad progresiva.
4. Fecundación o fusión de gametos, etapa mediante la cual se realiza la fusión de los gametos dando lugar a un nuevo ser con un ADN individualizado. Sin embargo, posterior a ello se debe comprobar si el óvulo ha sido debidamente fecundado.
5. Cultivo de embriones, los cigotos continúan su desarrollo pasando por el estado de embrión, mismos que serán incubados a una temperatura adecuada para continuar con el crecimiento embrionario hasta el momento de la transferencia al útero materno.

⁶² Alicia Francos et al., “¿Cómo es el proceso de la fecundación *in vitro* paso a paso?”, *Revista Médica Reproducción Asistida ORG* (2025). <https://www.reproduccionasistida.org/el-proceso-de-la-fecundacion-in-vitro/>

6. Más adelante, se procederá a estimular el endometrio buscando que se encuentre apto para interactuar con el embrión y se dé inicio al embarazo⁶³.

Es de importancia mencionar que el número de embriones que se obtiene mediante el proceso previamente explicado puede ser superior al que muchas leyes permiten. Por esta razón existen ciertos destinos para aquellos embriones que se implantarán en el útero materno, uno de es la criopreservación de ellos para futuras transferencias embrionarias.

3.2 Consecuencias Jurídicas

Teniendo claros los conceptos principales y la realidad jurídica del tema en concreto, se pueden identificar ciertas consecuencias jurídicas a partir del vacío legal y la falta de regulación de la situación en concreto.

3.2.1 Dignidad humana

Desde el momento de la concepción, el embrión humano adquiere plena dignidad humana, y, por tanto, este viene a ser un derecho fundamental a la vida, el cual merece la correspondiente protección⁶⁴. Esta dignidad se encuentra en la misma naturaleza humana que surge de la propia ley natural, todo ello crea la necesidad de proteger la vida, dirigida a conservar el ser y evitar todo aquello que la obstaculiza⁶⁵.

De ese modo, si lo importante para el derecho es el ser humano realmente existente, cada uno de nosotros tendría que encontrar protección jurídica por el simple hecho de ser un ser humano. Es menester precisar que la dignidad persiste a todo concebido o embrión desde su concepción, independientemente de las circunstancias de su origen, proteger la vida de la persona es un compromiso de la sociedad y del Estado.

3.2.2 Derecho a la vida

El derecho a la vida, como ha sido mencionado reiteradas veces en la presente investigación, es aquella base donde se fundan todos los derechos de la persona, y a este le secundan los derechos fundamentales reconocidos en los distintos cuerpos legales a nivel mundial. Una sociedad que no proteja la vida desde su etapa inicial está desconociendo un derecho que por naturaleza corresponde a la persona.

Nuestro ordenamiento jurídico protege la vida humana empieza desde la concepción, lo que se encuentra expresamente recogido en nuestros cuerpos legislativos como la Constitución Política, el Código Civil y el Código de los Niños y Adolescentes mencionados anteriormente,

⁶³ Idem.

⁶⁴ Robert Spaemann. *Personas. Acerca de la distinción entre "algo" y "alguien"*. 2º edición. (EUNSA, 2010) p. 100.

⁶⁵ Javier Hervada, *Introducción crítica al derecho natural*. 11º edición. (EUNSA, 2011) p. 166.

seguidos de un documento que ha servido y todavía sirve como plan de acción global para la protección de los derechos de todas las personas en los diferentes lugares que existen, y este es la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la cual en su Capítulo 1, el artículo 1, expresa:

Artículo 1

Derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad e integridad de la persona.

Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

Asimismo, contienen gran relevancia jurídica y son de carácter imperativo, los Tratados Internacionales de los que Perú es parte, los cuales brindan protección efectiva a los derechos humanos, dentro de este grupo se encuentra el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en su artículo 6° establece: “El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará amparado por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida injustamente”.

Además, por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dispone en el inciso 1 de su artículo 4° que: “Toda persona posee derecho a que se respete su vida. Este derecho quedará amparado por la ley y debe otorgarse desde el momento de la concepción”.

Por su lado, el Pacto de San José de Costa Rica, también hace referencia al derecho a la vida en el inciso 1 de su artículo 4°, e indica que, “toda persona goza del derecho a que se respete su vida, este derecho estará amparado por la ley y desde el instante de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida injustamente”.

Por tanto, del análisis de la biología, la doctrina y la normativa, queda claro que el inicio de la vida se produce con la fusión de los gametos masculino y femenino, instante a partir del cual se debe proteger la vida, conforme se ha sustentado a lo largo de la presente investigación.

3.2.3 Derecho a la integridad

El derecho a la integridad es uno de los principales soportes del derecho a la vida, puesto que, trasciende a un ámbito no solo físico, sino psíquico y espiritual de la persona, puesto que la persona es un todo, alma y cuerpo.

Así, en el caso de los embriones congelados, se vulnera la integridad, pues se les está impidiendo la oportunidad de continuar con el ciclo vital, ya que no todos los embriones son implantados, algunos son desechados, y otros quedan a la espera de la voluntad de las personas.

Del derecho a la vida se desliga los derechos a la integridad, a la salud, las que se encuentran íntimamente unidas, este derecho implica la conservación incólume del

organismo⁶⁶, quedando descartada toda práctica que traiga menoscabo, lesiones, o atente contra la integridad de la persona.

Por su parte, la integridad física hace referencia a la plenitud corporal de forma tal que la persona está protegida contra agresiones que puedan afectar su salud corporal⁶⁷, y la salud psíquica protege el bienestar psíquico o emocional.

La jurisprudencia constitucional peruana sostiene que, el derecho a la integridad se encuentra vinculado a la dignidad de la persona y con los derechos a la vida, a la salud y a la seguridad⁶⁸.

En la sentencia N° 2333-2004-HC-TC⁶⁹, el Tribunal Constitucional peruano precisa el contenido de este derecho y hace referencia a sus clases, así la integridad física presupone el derecho a conservar la estructura orgánica del cuerpo humano, garantizando su salud.

Respecto a la integridad moral señala que, esta vertiente defiende los fundamentos y convicciones del obrar de una persona tanto en el plano individual como en el social, todo ello en conformidad con los valores que se derivan de la libertad de conciencia y el libre albedrío que tiene cada ser humano.

En cuanto a la integridad psíquica, la misma sentencia señala que, se expresa en la preservación de las habilidades motrices, emocionales e intelectuales, asegurando la forma de ser de cada persona, su personalidad, su carácter, su temperamento y lucidez para conocer y enjuiciar su esfera intrapersonal y exterior, buscando el equilibrio de la persona⁷⁰.

Los embriones congelados pueden verse afectados en su ámbito de integridad física porque la criopreservación prolongada puede afectar su viabilidad y calidad biológica, alterando su estructura celular, también afecta este ámbito el descarte o destrucción de embriones sin un marco legal claro y la manipulación excesiva o experimental sin fines terapéuticos ni consentimiento informado.

Por otro lado, en cuanto a su integridad moral, aunque los embriones no tienen conciencia ni voluntad, por su condición de ser humano y poseer dignidad, se ven afectados en el caso de ser manipulados o utilizados con fines diferentes a la procreación, la sociedad y el Estado deben proteger a través de normas y principios a los embriones de cualquier tipo de estas prácticas.

⁶⁶ Facultad de Derecho de la Universidad Santo Toribio de Mogrovejo, *La persona en el Derecho Peruano: Un análisis jurídico contemporáneo. Libro homenaje a Carlos Fernández Sessarego*. (USAT eds., 2010). p. 27.

⁶⁷ María Afanador. "El derecho a la integridad personal – Elementos para su análisis", *Reflexión Política*, vol. 4 N° 8. (2010). DOI: <https://doi.org/10.29375/01240781.778>

⁶⁸ Tribunal Constitucional peruano, sentencia N° 2333-2004-HC-TC, emitida el 12 de agosto del 2004, p. 4.

⁶⁹ Ibidem p.5.

⁷⁰ Ibidem, p. 6.

Finalmente, respecto a su integridad psíquica, a pesar de que se podría decir que los embriones aún no poseen capacidad psíquica desarrollada, cualquier acto que impida el desarrollo futuro de dichas facultades supondría la vulneración a su integridad psíquica, pues se le despoja de realizar su proceso de desarrollo, recordemos que, la vida es un proceso que inicia desde la concepción y en cada una de las etapas de esta, se debe respetar la integridad en todas sus vertientes, en tanto se trata de un sujeto de derecho.

Nuestra Constitución Política reconoce al derecho a la integridad de manera expresa, dentro del inciso 1 de su artículo 2; artículo que enlista los derechos fundamentales de la persona:

Artículo 2 de la Constitución Política peruana.- Derechos fundamentales de la persona
Toda persona tiene derecho:

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

Respecto a la conservación de la integridad física que, como ya mencionamos, se encuentra relacionada con la conservación de la estructura orgánica de la persona humana, el Código Civil peruano se pronuncia limitando los actos de disposición que vulneren dicho derecho, por lo que, solo serán admisibles cuando se encuentre presente el llamado estado de necesidad.

Artículo 6 del Código Civil peruano.- Actos de disposición del propio cuerpo

Los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física o cuando de alguna manera sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres. Empero, son válidos si su exigencia corresponde a un estado de necesidad, de orden médico o quirúrgico o si están inspirados por motivos humanitarios.

Los actos de disposición o de utilización de órganos y tejidos de seres humanos son regulados por la ley de la materia.

Podemos afirmar que la persona es alma y cuerpo, es decir, posee una integridad física y psíquica que debe ser protegida a fin de garantizar el respeto de su dignidad y su libre desarrollo, no hacerlo constituye un agravio a su condición humana.

3.2.4 Derecho a la salud

El derecho a la salud es reconocido y protegido como un derecho humano fundamental a nivel internacional mediante diversos tratados internacionales de carácter obligatorio para todo aquel estado que se haya adherido y lo haya firmado, y, respecto al sujeto en evaluación

en el presente trabajo de investigación, la Convención sobre los Derechos del Niño, regula en los incisos 1, 2 d y 4 de su artículo 24:

Artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño.-

1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios.
2. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para:
 1. (...)
 2. (...)
 3. (...)
 4. Asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres;
 - iii. (...)
 - iv. Los Estados Partes se comprometen a promover y alentar la cooperación internacional con miras a lograr progresivamente la plena realización del derecho reconocido en el presente artículo. A este respecto, se tendrán plenamente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.

Cada Estado parte está obligado a “brindar el más alto nivel posible de salud y asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios”. Como ya se ha visto, el ordenamiento jurídico cuando se refiere al término niño incluye al concebido, sin hacer alusión a si este concebido lo ha sido de forma natural o a través de una fecundación *in vitro*. Siendo así, el respeto y la protección a su vida es en igualdad de condiciones sin distinción de origen.

Como ya se ha afirmado, debemos interpretar que cuando el ordenamiento jurídico reconoce como niño al concebido, se incluye a los embriones congelados, tal como lo hemos sostenido. En ese sentido, al señalar que se debe “asegurar la atención sanitaria prenatal”, resulta evidente que, debe considerar y garantizar el derecho a la salud del concebido en nuestro sistema jurídico, en específico respecto al presente trabajo; del embrión congelado obtenido por medio de la fecundación *in vitro*, puesto que, el estado peruano se encuentra adherido a la Convención que regula este artículo. Es así que podemos afirmar que existe una protección jurídica integral para el concebido y, por ende, a los embriones congelados.

3.2.5 Identidad

La identidad de una persona se refiere a la suma de las características y cualidades que la hacen única y distinta de otros individuos. En ese sentido, se incluyen aspectos físicos, psicológicos, emocionales, culturales y sociales que contribuyen para definir quién es esa persona. De modo que, para determinar la identidad de una persona existen componentes clave:

- Identidad personal: Esta se refiere a la percepción que una persona tiene de sí misma. Incluye su autoconcepto, autoestima, valores, creencias y experiencias personales. La identidad personal se forma a lo largo de la vida y puede cambiar con el tiempo.
- Identidad cultural: Esta se relaciona con la herencia cultural y étnica de una persona. Incluye aspectos como la lengua, las tradiciones, la religión, la historia y las costumbres de un grupo cultural al que pertenece. La identidad cultural suele ser un aspecto importante de la identidad de una persona⁷¹.
- Identidad religiosa: Esta implica la adhesión de una persona a una religión o sistema de creencias espirituales. En ese sentido, puede influir en la moral, los valores y las prácticas de una persona⁷².
- Identidad social y de roles: Esta faceta de la identidad se relaciona con los roles sociales que una persona desempeña en la sociedad, como lo son: el rol de padre, madre, estudiante, trabajador, amigos, entre otros.

A pesar de haber identificado ciertos componentes que podrían determinar la identidad de la persona, esta es compleja y evoluciona a lo largo de su vida. Por tanto, únicamente vamos a afirmar que cada individuo tiene una identidad única y multifacética que contribuye no solo para definir quiénes son como persona sino también cómo se ubican en la sociedad a la que pertenecen.

El embrión congelado, en tanto es sujeto de derecho y persona, posee derecho a la identidad, y la que es única e irreplicable, específicamente su identidad genética se encuentra en riesgo, no solo porque potencialmente puede ser manipulado a través de prácticas científicas, sino porque el solo hecho de que se le mantenga congelado ya implica la vulneración de su identidad.

⁷¹ Jacinto Chozá. "Identidad cultural e identidad humana.". *Revista Berceo*, N° 153 (2007). pp. 65-79.

⁷² Alfonso Pérez. "La religión como identidad colectiva: Las relaciones sociológicas entre religión e identidad". *Papeles de Identidad. Contar La Investigación de Frontera*. N° 2 (2016) p. 10. DOI: <https://doi.org/10.1387/pceic.16178>

3.3 Posibles alternativas de solución

Como ya ha quedado claro, el embrión congelado goza de protección desde el preciso instante de su existencia. Podemos afirmar ello a partir de la interpretación sistemática del artículo 2° de la Constitución Política del Perú, del artículo 1° del Código Civil peruano, del artículo I del Título Preliminar del Código de Niños y Adolescentes, y de la Ley N° 31935; ley que reconoce los derechos del concebido.

Asimismo, la Ley General de Salud, en su artículo 7, señala que la reproducción solo se puede realizar con fines reproductivos y además que la madre genética y la madre gestante deben ser la misma. En la actualidad este enunciado normativo viene siendo sistemáticamente vulnerado por cuanto existen muchísimas clínicas de fertilización en el Perú, quienes sin ningún control realizan estas prácticas. Es decir, no existe una norma que prohíba y, por otro lado, no existen lineamientos que regulen el actuar de los profesionales que las realizan.

Es así que en este estado formulamos las siguientes propuestas:

1. El Estado podría nombrar un tutor para los embriones congelados tomando como referencia el caso argentino de Ricardo Rabinovich, que haciendo uso de la figura del Derecho Romano del *curator ventris* fue designado por un juez como tal. Independientemente de que el tutor finalmente renunció por las trabas que encontró de parte de las clínicas y el poco apoyo que recibió de las autoridades estatales, consideramos que es una experiencia muy interesante y podría ser asumida por el estado peruano.
2. Que el Estado implemente lineamientos que se encarguen de ejercer control y supervisión de las clínicas que realizan estas prácticas. Ello a fin de evitar que estas, de forma indiscriminada, los lleven a cabo, y lo que es peor, ofrecen compra de óvulos y espermatozoides, cosificando no solo a los embriones congelados, sino también a mujeres y hombres, quienes por obtener dinero aceptan estas ofertas.
3. Promover la adopción de los embriones congelados a fin de evitar que estos sean desechados y así asegurar al menor la posibilidad de crecer dentro de una familia. Aclaramos que no estamos de acuerdo con este tipo de prácticas, pero no podemos negar que es una realidad a la que el derecho debe dar respuestas, y en tanto no exista una norma que prohíba la fecundación *in vitro*, consideramos que es una posible solución. La abogada Herrera criticando la Ley argentina 26.862; la cual permite criopreservar, donar embriones y revocar el consentimiento antes de su implantación, afirma que las clínicas de fertilización asistida no deberían dedicarse a criopreservar embriones si consideran que ellos son personas, y que es cuestión de ética no manipularlos justamente

por su condición de tal y que lucrar con ellos contraviene los principios éticos. El cuestionar el inicio de la vida no requiere mayor análisis ni interpretación, puesto que, se produce en el preciso instante de la unión de gametos⁷³.

Otro ejemplo de ordenamiento que regula estos procedimientos, como ya se ha indicado, es España, en el que se autoriza que dichos embriones congelados que no tengan un fin reproductivo puedan ser donados a otras parejas o a la ciencia para investigación y su destrucción en caso de no ser utilizados ni por las parejas ni por la ciencia. Queda así en evidencia otro caso de cosificación de los embriones congelados.



⁷³ Arlen Buchara, "La Corte Suprema y el debate por los embriones congelados: hay 24 mil que tienen más de 10 años", *elDiarioAR*, 22 de febrero de 2023. https://www.eldiarioar.com/sociedad/corte-suprema-debate-embriones-congelados-hay-24-mil-10-anos_1_9969994.html

Conclusiones

Primera.- La concepción es un dato de la biología y es el punto de partida del inicio de la vida humana cuando el óvulo es fecundado por el espermatozoide; parte de este proceso es la implantación del embrión en el útero materno. El embrión independiente que se haya obtenido a través de fecundación *in vitro* o de forma natural merece una protección integral.

Segunda.- El concebido es persona, así está reconocido del análisis sistemático de las normas nacionales y supranacionales, en tanto es un sujeto de derecho privilegiado el embrión congelado goza de protección. Lamentablemente en los últimos años a través de fallos como el de Artavia-Murillo y la interpretación de la Corte Interamericana del inicio de la vida, se ha venido amenazando de forma constante a este ser vulnerable.

Tercera.- La fecundación *in vitro* es una técnica de reproducción asistida a la que recurren muchas parejas en el Perú y sobre la que no existe ningún control. Urge tomar medidas que garanticen la protección de la vida y de la dignidad del embrión congelado, así como todos los derechos fundamentales que posee por su condición de persona, de no regular soluciones de forma sistemática se está cosificando al embrión congelado. Resulta necesario el compromiso del Estado y de la sociedad, reflejada en los ciudadanos y los profesionales médicos, a través de políticas, así como la toma de conciencia del inicio de la vida.

Cuarta.- Frente a esta realidad de la fecundación *in vitro* y la manipulación de embriones, así como la situación jurídica de los embriones congelados, proponemos algunas medidas destinadas a garantizar la dignidad y el derecho a la vida de estos, entre ellas: la incorporación de la figura jurídica del *curator ventris*, lineamientos que permitan que el Estado supervise y controle estas prácticas a fin de evitar la cosificación de la persona, adopción de los embriones congelados como una medida para enfrentar la probabilidad de que sean desechados.

Referencias

- Afanador, María. “El derecho a la integridad personal – Elementos para su análisis”. *Reflexión Política*. Vol 4, N° 8 (2010). DOI: <https://doi.org/10.29375/01240781.778>
- Agencia Reforma. “Sofía Vergara gana batalla legal por sus embriones congelados”. *Los Angeles Time*, 01 de abril de 2021. <https://www.latimes.com/espanol/entretenimiento/articulo/2021-04-01/sofia-vergara-gana-batalla-legal-por-sus-embriones-congelados>
- Arévalo, Carmen. “La maternidad subrogada en la reproducción humana asistida”. *Ius Inkarri*. Vol. 11, N° 11 (2022): pp. 87-125.
- Arroyo, Raúl, Giselle Córdor, Lizeth Padilla, Mauro Díaz, José Gonzales y Jonathan Vásquez. “Primer niño logrado por fertilización *in vitro* en la Amazonia del Perú”. *Revista Peruana de Ginecología y Obstetricia*. Vol. 67, N° 1 (2021): pp. 11-16.
- Bautista, Pedro, y Jorge Herrero. *Manual de Derecho de las Personas*. Ediciones jurídicas, 2016.
- Buchara, Arlen. “La Corte Suprema y el debate por los embriones congelados: hay 24 mil que tienen más de 10 años”, *elDiarioAR*, 22 de febrero de 2023. https://www.eldiarioar.com/sociedad/corte-suprema-debate-embriones-congelados-hay-24-mil-10-anos_1_9969994.html
- Bueno, Juan. “Algunas consideraciones en torno a la figura del *curator ventris* en derecho romano y en el derecho actual”. *Revista General de Derecho Romano*. N° 1 (2018). <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6740647>
- Calderón, Ana, y Guido Águila. *ABC del Derecho Civil*. Editorial San Marcos, 2003.
- Calvo, Alberto. “El *nasciturus* como Sujeto del Derecho. Concepto Consitucional de Persona frente al concepto Pandectista-Civilista”. *Revista Cuadernos de Bioética*. Vol. 15, N° 54 (2004): p. 291-298. <https://aebioetica.org/rtf/06BIOETICA54>
- Carpio, Marcos. *La Interpretación de los Derechos Fundamentales*. Palestra Editores, 2004.
- Chávez - Fernández, José. *Persona humana y derecho: un diálogo sobre la filosofía jurídica de Javier Hervada*. Porrua, 2014.
- Choza, Jacinto. “Identidad cultural e identidad humana”. *Revista Berceo* N° 153 (2007): pp. 65-79.
- Cívico, Y., B. Hernández y S. Cívico. “Selección de embriones en los tratamientos de fecundación *in vitro*”. *Revista Clínica e Investigación en Ginecología y Obstetricia*. Vol. 49, N° 1. (2022). DOI: 10.1016/j.gine.2021.100709

- De la Fuente, Laura y Zaira Salvador. “¿Qué es la fecundación y cuáles son sus etapas?”. *Revista Médica Reproducción Asistida ORG.* (2024). <https://www.reproduccionasistida.org/como-se-produce-la-fecundacion/>
- De la Fuente, Rosario. “La protección de la vida y la dignidad de la persona humana en el Derecho peruano”. Comunicación corta presentada en el II Congreso Internacional de Bioética, Universidad Católica de Santo Toribio de Mogrovejo, Chiclayo-Perú, noviembre del 2011.
- Domingo, Aitziber, Eric Saucedo y Zaira Salvador. “Las diferencias entre cigoto, embrión y feto”. *Revista Médica Reproducción Asistida ORG* (2024). <https://www.reproduccionasistida.org/diferencias-entre-cigoto-embrión-y-feto/>
- Facultad de Derecho de la Universidad Santo Toribio de Mogrovejo. *La persona en el Derecho Peruano: Un análisis jurídico contemporáneo. Libro homenaje a Carlos Fernández Sessarego.* Editado por USAT, 2010.
- Fernández, Carlos. *Derecho Privado. Homenaje a Alberto J. Bueres.* Editorial Hammurabi, 2001.
- Francos, Alicia, et al. “¿Cómo es el proceso de la fecundación *in vitro* paso a paso?”. *Revista Médica Reproducción Asistida ORG* (2025). <https://www.reproduccionasistida.org/el-proceso-de-la-fecundacion-in-vitro/>
- George, Robert y Christopher Tollefsen. *Embryo: A Defense of Human Life.* Editorial Doubleday, 2008.
- Gómez, Emilio, José de Pablo, María Muñoz, et al. “¿Cuándo hacer la transferencia embrionaria? ¿En día 3 o en día 5? *Reproducción Asistida ORG: Revista Médica especializada en embarazo, fertilidad humana y reproducción asistida* (2024) ¿Cuándo hacer la transferencia de embriones? ¿En día 3 o en día 5? (reproduccionasistida.org)
- Gonzales, Maricela y Claudia Morán. “Los Acuerdos de Maternidad Subrogada en el Perú. A propósito del primer caso de Maternidad Subrogada resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la República”. *Revista Jurídica Thomson Reuters.* N° 7 (2013): pp. 41-63.
- Gonzales, Maricela. *La verdad biológica en la determinación de la filiación.* Editorial Dykinson S.L, 2013.
- Gonzales, Maricela. “Madres de alquiler y técnicas de reproducción asistida. Análisis jurisprudencial en el Perú”. *Gaceta Civil & Procesal Civil.* N° 23 (2015): pp. 159-172. <https://biblioteca.amag.edu.pe/cgi-bin/koha/opac-detail.pl?biblionumber=28197>
- Gutierrez Miguel, et al. “Derechos del concebido”. *Revista Peruana de Ginecología y Obstetricia.* Vol. 68, N° 2 (2022): p. 1. DOI: <https://doi.org/10.31403/rpgo.v68i2414>

- Hervada, Javier. *Introducción crítica al derecho natural*. 11° Edición. Editorial EUNSA, 2011.
- Llerena Olga y Sergio Tapia. “Tendencias en los Proyectos de Leyes del 2018, para regular las técnicas de reproducción artificial en el Perú”. *Apuntes de Bioética*. Vol 1, N° 1 (2018): pp. 90-109.
- Misari, David. *Teoría General del Derecho: Manual Práctico*. Editado por la Asociación Peruana de Ciencias Jurídicas y Conciliación-APECC, 2013.
- Morales, Juan. “El estatus del concebido y la problemática de la fecundación asistida”. *Revista Derecho PUCP*. N° 58 (2005): pp. 412-412. DOI: 10.18800/derechopucp.200501.015
- Olgún, Ana. “La Familia: Naturaleza y Régimen Jurídico en el siglo XXI”. Comunicación corta presentada en las Jornadas Internacionales de Derecho de Familia, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Chiclayo, Perú, octubre del 2007.
- Osorio, Manuel y Florit et al. *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Editorial Omeba, 2004.
- Paraíso, Blanca, Manuel Muñoz, Marta Barranquero, Sara Salgado y Zaira Salvador. “¿Qué es la implantación del embrión y cuando se produce?”. *Revista Médica Reproducción Asistida ORG* (2024). <https://www.reproduccionasistida.org/implantacion-embionaria/>
- Paúl, Álvaro. “Estatus del No Nacido en la Convención Americana: Un ejercicio de interpretación”. *Ius et Praxis*. Vol. 18, N° 1 (2012): pp. 61-112.
- Pérez, Alfonso. “La religión como identidad colectiva: Las relaciones sociológicas entre religión e identidad”. *Papeles de Identidad. Contar La Investigación de Frontera*. N° 2 (2016): p. 10. DOI: <https://doi.org/10.1387/pceic.16178>
- Rabinovich-Berkman, Ricardo. “Embriones congelados: Un desafío surrealista, hoy”. *Revista Electrónica Persona*. N° 40 (2005). <https://www.revistapersona.com.ar/Persona40/40Rabinovich.htm>
- Ruiz, Alfonso, y Alejandra Zúñiga. “Derecho a la vida y constitución: Consecuencias de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Artavia Murillo vs. Costa Rica”. *Estudios Constitucionales*. Vol. 12, N° 1 (2014): pp. 71-104.
- Saénz, Luis. “Las dimensiones del derecho a la vida”. En *Los derechos fundamentales: estudios de los derechos constitucionales desde las diversas especialidades del Derecho*, coordinado por Juan Sosa. Editorial Gaceta Jurídica S.A., 2010.
- Salinas, Ramiro. *Derecho Penal Parte Especial*. 8° Edición. Editorial Iustitia, 2019.
- Sapena, Josefina. “Adecuación del Derecho Paraguayo a los nuevos paradigmas del Derecho de Familia”. *Revista Jurídica Universidad Americana*. Vol 2, N° 2 (2011): pp. 215-236.

- Sar, Omar. “Derecho a la integridad personal en el Perú. Aspectos constitutivos y limitaciones. El caso de las personas privadas de libertad”. *Cuestiones Constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. N° 19 (2008): pp. 1-24.
- Saucedo, Eric, Gorka Barrenetxea, Gustavo Carti, Marta Barranquero, Silvia Azaña y Zaira Salvador. “La fecundación in vitro (FIV) - ¿Qué es y cuál es su precio?”. *Revista Médica Reproducción Asistida ORG* (2024). <https://www.reproduccionasistida.org/fecundacion-in-vitro-fiv/#definicion-de-fecundacion-in-vitro-fiv>
- Spaemann, Robert. *Personas. Acerca de la distinción entre “algo” y “alguien”*. 2° Edición. Editorial EUNSA, 2010.
- Starck, Christian. “El Estatuto moral del embrión”. *Revista de Derecho y Genoma Humano: Genética, Biotecnología y Medicina Avanzada*. N° 15 (2001): pp. 139-152.
- Ten, Jorge. *Embrión blastocisto: Qué es, ventajas, tipos y clasificación conforme a su calidad*. Editado por la Unidad de Embriología del Instituto Bernabeu, 2019. <https://www.institutobernabeu.com/es/foro/embrion-blastocisto-tipos-y-clasificacion-conforme-su-calidad/>
- Theas, María. “La Bioética y el destino de los embriones congelados”. *Biophronesis*. Vol. 6, N° 2 (2011): pp. 1-4.
- Varsi, Enrique. *Tratado de Derecho de las Personas*. 1° Edición. Editorial Gaceta Jurídica S.A., 2014. https://repositorio.ulima.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12724/5355/Varsi_Tratado_derecho_personas.pdf
- Velayos, José y Luis Santamaría. “Consideraciones en torno al comienzo de la vida humana”. *Revista Cuadernos de Bioética*. Vol. 7, N° 25 (1996): pp. 1-9.
- Zambrano, Pilar. “El derecho a la vida”. En *Los derechos ius-fundamentales como alternativa a la violencia: entre una teoría lingüística objetiva y una teoría objetiva de la justicia*. *Revista Persona y Derecho*: p. 293, editado por C.I. Massini y P. Serna. Editorial Eunsa 1998.
- Zambrano, Pilar y William Saunders eds. *Unborn Human Life and Fundamental Rights: Leading Constitutional Cases Under Scrutiny*. 1° Edición. Editorial Peter Lang GmbH, Internationaler Verlag der Wissenschaften, 2019.
- Zavala, Matilde. “Aborto, personas por nacer y derecho a la vida”. *Revista Jurídica Argentina La Ley*. 1983.