



Universidad Nacional
Federico Villarreal

Vicerrectorado de
INVESTIGACIÓN

ESCUELA UNIVERSITARIA DE POSGRADO

**“EL USO INDEBIDO DE TERAS Y SU AFECTACIÓN A LOS
DERECHOS FUNDAMENTALES, COMO CAUSAL DE FALTA
DE NORMATIVIDAD PENAL A NIVEL LIMA
METROPOLITANA”**

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE:
DOCTOR EN DERECHO**

**AUTOR:
DÍAZ PÉREZ JOSÉ JOAQUÍN**

**ASESOR:
DRA. LIVIA ROBALINO WILMA YECELA**

**JURADOS:
DR. CAMPOS BARRANZUELA EDHIN
DR. BEGAZO DE BEDOYA LUIS HERNANDO
DR. CHAVEZ SANCHEZ JAIME ELIDER**

**LIMA – PERÚ
2019**

ÍNDICE

| | Pp |
|---|----|
| Título | 1 |
| Autor | 1 |
| Asesor | 1 |
| Índice | 2 |
| Resumen (Palabras Claves) | 5 |
| Abstract (Key Words) | 6 |
| | |
| I.- Introducción | 7 |
| 1.1.- Planteamiento del Problema | 10 |
| 1.2.- Descripción del Problema | 12 |
| 1.3.- Formulación del Problema | 28 |
| • Problema General | 28 |
| • Problema Especifico | 29 |
| 1.4.- Antecedentes | 30 |
| 1.5.- Justificación de la Investigación | 44 |
| 1.6.- Limitaciones de la Investigación | 49 |
| 1.7.- Objetivos | 50 |
| • Objetivo General | 50 |
| • Objetivo Especifico | 50 |
| 1.8.- Hipótesis | 52 |
| | |
| II.- Marco Teórico | 54 |
| 2.1. Marco Conceptual | 54 |
| | |
| III.- Método | 91 |
| 3.1.- Tipo de Investigación | 91 |
| 3.2.- Población y Muestra | 95 |
| 3.3.- Operacionalización de Variables | 96 |
| 3.4.- Instrumentos | 97 |

| | |
|------------------------------------|------------|
| 3.5.- Procedimientos | 100 |
| 3.6.- Análisis de Datos | 100 |
| IV.- Resultados | 101 |
| V.- Discusión de Resultados | 112 |
| VI.- Conclusiones | 119 |
| VII.- Recomendaciones | 125 |
| VIII.- Referencias | 127 |
| IX.- Anexos | 129 |

TITULO

**“EL USO INDEBIDO DE TERAS Y SU AFECTACIÓN A LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES, COMO CAUSAL DE FALTA DE NORMATIVIDAD
PENAL A NIVEL LIMA METROPOLITANA”**

AUTOR

JOSÉ JOAQUÍN DÍAZ PÉREZ

LUGAR

LIMA METROPOLITANA

RESUMEN

En la presente tesis de investigación se ha tratado acerca del uso indebido de las TERAS por causa de la falta de normatividad penal específica, y la afectación que genera a los derechos fundamentales del embrión, a la madre tratante y de terceros que participan en los procesos de reproducción asistida; en que habiendo planteado como objetivo central de estudio en cuanto a explicar sobre las implicancias negativas que se vienen generando por la falta de aplicación de penas efectivas contra los responsables por comisión de delitos en torno a la ejecución indebida de las TERAS, y por los efectos consecuentes de vulneración de los derechos humanos de los elementos intervinientes en los procedimientos de fecundación artificial - asistida; habiendo efectuado para ello un estudio investigativo de tipo aplicado, de nivel explicativo - descriptivo con método mixto de análisis tanto cuantitativo como cualitativo mediante encuestas y entrevistas aplicadas a una muestra significativa de 6 elementos especializados, de entre operadores jurídicos y médicos de Lima Metropolitana; habiéndose obtenido una correlación significativa rho de espermatozoides de 0.719 de que existe una alta relación significativa entre las variables de estudio, llegándose a la conclusión principal de que con una aplicación efectiva de penas efectivas y disuasivas para todos aquellos responsables médicos de genética o representantes de clínicas privadas TERAS que empleen indebidamente dichas técnicas; por lo que deben ser castigados punitivamente con prisión efectiva, y de incrementárseles las penas como agravantes, cuando como producto de la mala aplicación de las TERAS se producen daños colaterales o perjuicios a los derechos fundamentales de los embriones humanos, a la mujer tratante o de terceros que resulten perjudicados al respecto.

Palabras Clave: Delito, Derechos Fundamentales, Embriones, Madre tratante, Técnicas de Reproducción Asistida y Uso Indebido.

ABSTRACT

In the present research thesis has been about the misuse of TERAS because of the lack of specific criminal law, and the impact that generates the fundamental rights of the embryo, the mother and third parties involved in the processes assisted reproduction; in which having raised as a central objective of study in terms of explaining about the negative implications that have been generated by the lack of application of effective penalties against those responsible for committing crimes related to the improper execution of TERAS, and for the effects consequential of violation of the human rights of the intervening elements in the artificial - assisted fertilization procedures; having carried out for this a research study of applied type, of explanatory - descriptive level with mixed method of both quantitative and qualitative analysis through surveys and interviews applied to a significant sample of 6 specialized elements, among legal and medical operators of Metropolitan Lima; having obtained a significant correlation spearman rho of 0.719 that there is a significant significant relationship between the study variables, reaching the main conclusion that with an effective application of effective and dissuasive penalties for all those responsible genetics doctors or representatives of clinics TERRAs that improperly use these techniques; therefore, they should be punished punitively with effective imprisonment, and their sentences should be increased as aggravating circumstances, when as a result of the bad application of the TERAS there is collateral damage or damage to the fundamental rights of human embryos, to the woman treating or third parties that are harmed in this regard.

Keywords: Crime, Fundamental Rights, Embryos, Mother Attending, Techniques of Assisted Reproduction and Misuse.

I. INTRODUCCIÓN

La presente tesis de investigación trata sobre uno de los temas más controversiales para la actividad jurídica, médica y científica, no solo de nuestro país sino de todo el mundo, con respecto a la problemática de los delitos de manipulación genética relacionados con el uso indebido de las TERAS; y asimismo en lo que compete extensivamente a los riesgos que implica el desarrollo ejecutable de estas técnicas para los bienes jurídicos de la dignidad humana, derecho a la vida e integridad de los seres humanos concebidos desde su etapa como embriones.

Siendo un tema casi tabú para juristas, médicos y especialistas peruanos que desconocen los verdaderos alcances e implicancias jurídicas - legales y éticas - morales de ejecución de las TERAS; y por sobretodo de que existe un vacío legal existente en el Código Penal Peruano vigente, acerca de la falta de tipificación del delito de la manipulación genética sobre embriones humanos, que representa en sí una problemática actual de relevancia jurídica en el ordenamiento normativo peruano.

Teniendo en cuenta que si bien se llega a tener una determinada regulación jurídica que promueve en cierta forma tácita el reconocimiento de derechos constitucionales a los embriones humanos, en función del reconocimiento del derecho a la vida desde el inicio de la concepción; pero que por la carencia de una normatividad más explícita y garantizadora de los derechos fundamentales de la vida humana desde la etapa de concepción y en relación con la protección constitucional de los embriones humanos.

Y asimismo al tenerse principalmente la carencia de una norma penal que tipifique y sancione todas aquellas modalidades delictivas de la manipulación genética que afecten gravemente la integridad y derechos esenciales de los embriones.

Se tiene que actualmente se viene vulnerando constantemente los derechos constitucionales de los seres preconcebidos en etapa de fecundación asistida, donde generalmente son empleados o destinados para fines indebidos de experimentación, o de ser sometidos bajo procesos de crio-conservación que afectan y deterioran la integridad física – genética de desarrollo formativo del embrión humano; o que en el peor de los casos pasan a ser desechados, sin tenerse consideración por la vida humana que representa todo embrión, ya sea concebido por técnica de inseminación artificial respectiva.

El desarrollo aplicativo de las Técnicas de Reproducción Asistida (TERAS), específicamente tanto las operaciones de fecundación in vitro e inseminación artificial, se están ejecutando con un cierto grado de especialización en el Perú, mediante las clínicas privadas, pero aun así, sin garantizarse que tales procedimientos puedan ser ejecutados con el máximo nivel de garantía técnica sin riesgos; ya que a causa de la ausencia de un marco normativo que permita fiscalizar competentemente la ejecución de las prácticas médicas – genéticas.

Esto ha provocado que se tenga cada vez más una creciente incidencia de prácticas genéticas indebidas que vulneran de manera directa a los derechos fundamentales de los embriones humanos que se deriven de las actividades genéticas de inseminación artificial o de FIV. Se tiene una alta incidencia de delitos de manipulación genética sobre embriones humanos, que se perpetran frecuentemente por malas praxis de técnicos y especialistas privados de TERAS, quedando impunes al no estar tipificados como modalidades delictivas en sí dentro del Código Penal en lo referente a otros delitos de manipulación genética, considerando que el Artículo 324 del Código Penal solamente tipifica y sanciona únicamente la modalidad de manipulación genética por clonación humana.

Finalmente con el desarrollo de esta investigación, he podido aportar un mayor fortalecimiento en cuanto a la fundamentación doctrinaria y jurídica

especializada acerca de las TERAS y de sus riesgos para los derechos fundamentales de los ciudadanos peruanos, como a la vez también he podido abordar aspectos temáticos relacionados con la ejecución de técnicas como el de la Fertilización In Vitro e Inseminación Artificial, sin descuidar de sus aportes que puede tener para la humanidad en cuanto a su finalidad de asegurar una progenie humana saludable y vitalizada que a nivel del Derecho Peruano y de los Operadores Jurídicos Nacionales se desconocen tales aportes de las TERAS.

Igualmente, se propone en plantear propuestas legales para una regulación formal y de control en el ejercicio correcto, legal y ético de las técnicas de reproducción asistida; pero enfatizándose ante todo de los riesgos potenciales que se pueden ocasionar de una manipulación genética indebida de las técnicas y procedimientos de TERAS, esencialmente en torno a la manipulación indebida de los embriones humanos, de lo que se vulneran sus derechos fundamentales más esenciales como la vida, dignidad, salud y la integridad biológica del embrión, no considerándose por muchos especialistas genéticos de clínicas TERAS sobre el valor primordial que tiene el embrión humano como elemento vital de desarrollo de la vida humana.

Además, de poder tipificarse punitivamente a otras modalidades delictivas explícitas asociadas con la aplicación indebida de TERAS; que pueden tender a vulnerar derechos fundamentales de otros elementos participantes como pueden ser la madre tratante, que por una mala praxis genética puede llegar a sufrir daños colaterales en perjuicio de su vida, integridad y/o salud reproductiva; y asimismo las mujeres de vientre de alquiler que pueden resultar engañadas o forzadas negativamente para ser sometidas a prácticas riesgosas de TERAS irregular o negligentemente realizadas.

1.1. Planteamiento del Problema

En el mundo actual del Siglo XXI, la ejecución práctica de las técnicas de reproducción asistida (TERAS) que se vienen desarrollando con mayor profundidad y especialización para asistir a las parejas con infertilidad; siendo los países desarrollados como los Estados Unidos de Norteamérica y países europeos de primer orden (Alemania e Inglaterra).

En estos países, ya se viene brindando servicios procedimentales de TERAS con altos niveles de exigencia y calidad técnica – científica, que aseguran a las parejas infértiles en llegar a tener un hijo producto de la fecundación in vitro con alto grado de salud estable y acorde a las condiciones o requerimientos biológicos como estéticos exigidos por la pareja tratante, y hasta inclusive de poderse crear por FIV parejas de gemelos altamente idénticos y sin problemas colaterales o efectos secundarios.

Además, de que en estos países se disponen de marcos punitivos que tipifican y sancionan drásticamente a todo acto ilícito de procesos derivados y usos indebidos de las TERAS, pero el afán desmedido y exacerbado de la investigación científica - humana en el campo de la genética, viene implicando que aún diversos científicos norteamericanos y europeos sigan incurriendo en realizar experimentaciones indebidas sobre embriones humanos derivados de las operaciones de TERAS, ya que se disfrazan o aparentan realizar actividades de experimentación genética para mejorar supuestamente la atención de salud genética de las parejas con infertilidad.

En nuestro país la aplicación de estas técnicas de reproducción asistida no son extrañas ni novedosas, son propios de la naturaleza humana que consiste en dar solución a problemas de infertilidad e incluso pueden acudir a este tipo de tratamientos, no solo las parejas casadas

y/o las de unión marital de hecho, sino que hoy en día acuden mujeres y hombres solos, que han decidido conformar una familia, sin la necesidad de convivir con una pareja estable, pero sí tener su propia descendencia y, con una igualdad de derechos, también pueden acudir personas del mismo sexo, para asegurar su descendencia.

Estos derechos involucran, tanto a aquellos que acuden al tratamiento, como para aquellos que son terceros que interviene en el proceso, llámese donante, madres que prestan su útero. Dentro de nuestra sociedad no hay mucha información por parte de los medios de prensa sobre la experimentación genética por parte de ciertos sectores de la población de todos los niveles sobre las posibles consecuencias beneficiosas y los posibles riesgos que afectaría a los tratantes o a los terceros que participan en el tratamiento.

Así como la vulneración de los derechos de los embriones humanos al realizar excesivas prácticas de experimentos que pueda suponer la manipulación de células humanas, ha llevado a la discusión y confrontación sobre a partir de qué momento puede entenderse que estamos hablando de un ser humano.

Es necesario que estos procedimientos médicos ponen en riesgo la vida y la dignidad de la persona humana por lo que debería existir una regulación penal normativa para sancionar los posibles excesos que se dé producto de las técnicas de reproducción asistida, actualmente a nivel mundial, no se han dado casos graves o extremos en cuanto al ilícito accionar de la manipulación genética, y sus diversas consecuencias manifestables en delitos genéticos.

Pese a ello aun así se vienen dando una serie determinada de delitos en base a la ejecución de las manipulaciones genéticas con fines ilícitos; de incidencia limitada, pero de graves repercusiones sociales,

jurídicas y éticas; como en lo que refiere a los casos ilegales de tráfico de vientre de alquiler o de prácticas no autorizadas de inseminación artificial con la finalidad de propender al tráfico de órganos, y hasta de embriones para experimentos científicos peligrosos y degradantes, y hasta incluso incidirse en el tráfico de vidas humanas sobre recién nacidos concebidos por técnicas de reproducción asistida.

Esto ha conllevado a la necesidad que la tipificación penal de tales ilícitos en la legislación comparada, en modo preventivo, se sancione de manera drástica y altamente penalizada en las figuras delictivas básicas y de aquellos que se concebirán como resultado de toda manipulación genética indebida; tal como se tiene normado penalmente en las legislaciones de España y México.

1.2. Descripción del Problema

La comisión de delitos genéticos referentes al de la inseminación artificial o de técnicas de reproducción asistida (TERAS), que se ejecutan sin consentimiento de las personas intervinientes en el proceso genético fecundador, especialmente del caso de la mujer que se le aplica la técnica de reproducción, sin conocer los fines indebidos del proceso fecundador.

Lo que puede llegar a agravarse dada la falta de control médico y la ausencia de una legislación penal en nuestro país, se ha venido implicando negativamente por parte de mafias internacionales y en algunos casos la propia mujer ofrece su vientre en alquiler y conciben actos de inseminación artificial, y posteriormente por canjeo económico vendan al ser procreado a las parejas de esposos de otros países, que no tienen capacidad de procrear, suscitándose las consecuencias negativas de que las mujeres que ejercieron la práctica indebida de vientre de alquiler.

Dada la situación crítica en que se viene manifestando la ausencia de una regulación jurídica explícita sobre las diferentes clases de prácticas y métodos procedimentales con que se llegan a ejecutar las TERAS, ha venido implicando que se atenten contra los derechos fundamentales de la vida e integridad de los embriones, dejándose en un margen discriminatorio a un gran número de embriones, al quedar sometidos a un procedimiento de descarte que implica la eliminación o destrucción sistemática de células embrionarias sin considerar que son elementos primordiales para el desarrollo de la vida humana.

El estado peruano a fin de brindar una mayor protección a este tipo de actividades mediante la Ley General de Salud – Ley N° 26842 del 15 de julio de 1997, en su artículo 7º permite la utilización ejecutable de las TERAS, en torno a los procedimientos ejecutables de reproducción artificial, viene implicando principalmente que a falta de un control reglamentario más riguroso y permanente de las clínicas donde se aplican las TERAS.

Aquellas han venido incidiendo en una creación excesiva de embriones que supera al número normal de nacimientos naturales; creándose embriones en exceso de cantidades que a su vez no van a ser empleados, y que solamente se destinarán para fines de experimentación ilegal o para su destrucción por descarte.

Dicha situación problemática en torno a la manipulación y eliminación discriminatoria de los embriones humanos, por un excesivo ejercicio de las TERAS sin control alguno, viene representando una cuestión crítica cada vez más alarmante, ya que al tratarse de los embriones humanos como organismos vitales en el proceso de formación de la vida humana, que se ha venido reconociendo tanto por la doctrina y jurisprudencia constitucional así como por la propia legislación

internacional - supranacional de considerar al embrión o genoma humano como elemento esencial de desarrollo de la vida humana

Y que llega a ser vulnerado en sus derechos fundamentales ya reconocidos como son el de la vida, la integridad y la dignidad humana, al recibir tratos inhumanos en función de la depuración degradante y elevada eliminación por descarte de grandes cantidades de embriones, lo que ha provocado numerosas como constantes discusiones controversiales de índole bioético.

A este respecto Constitución Política de Perú, vigente y en concordancia con el Código Civil peruano de 1984 han regulado acerca del concebido como un sujeto pleno de derechos, desde la etapa de la concepción, en que produciéndose la combinación tanto del espermatozoide masculino y del óvulo femenino, se da ejecución del proceso irreversible de desarrollo de la vida humana.

En base a esta fundamentación sustentada, se requiere que en la legislación penal peruana se tipifiquen las modalidades de uso indebido de las técnicas artificiales de reproducción humana asistida, debiendo estar debidamente tipificadas o reguladas penalmente las modalidades delictivas derivadas de la ejecución ilegal indebida y hasta negligente de las TERAS.

Asimismo, el artículo 7º de la Ley General de Salud es inconstitucional en sí, ya que permite el uso de las mismas, pero no regula de manera más explícita las formalidades y controles en torno a la ejecución de los procedimientos de la inseminación artificial, fecundación extracorpórea o in vitro, fertilización in vitro y transferencia de embriones, intratubarica de gametos, y el de la maternidad subrogada.

En todos estos casos, se ha venido dando una vulneración directa a los más esenciales derechos humanos tanto de la madre, concebido y no nacido, al ser sometidos los embriones a prácticas atentatorias de manipulación cuestionable, y de eliminación tanto sistemática como exacerbada, lo que en sí atenta contra la protección que deberían tener el concebido, desde su origen y en su desarrollo evolutivo como embrión humano, y de que se llegue a afectar a sus derechos humanos que están reconocidos básicamente y generalmente dentro de las normas jurídicas, conforme se analizará a profundidad dentro del desarrollo de la respectiva tesis.

Actualmente en la legislación penal peruana se tipifica como única modalidad delictiva de manipulación genética a la clonación humana en el Art. 324 del Código Penal vigente, cuya práctica no está autorizada ni médica ni científicamente, y que de darse en sí está penalizada con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme al Artículo 36 incisos 4 y 8, para todo aquel profesional médico y especialista en Genética Humana que ejerciese su labor con fines ilegales e indebidos de clonación reproductiva humana.

Si bien se tiene una fundamentación jurídica – penal que prohíbe y rechaza la clonación reproductiva tipificándola como delito de manipulación genética, también se debe tener en cuenta por la doctrina jurídica - penal peruana, acerca de los problemas y hasta actos ilegales que se han venido derivando secundariamente de la ejecución de las prácticas de reproducción asistida y que la ciencia médica ha puesto en abierto descubrimiento, de que se empleen los embriones humanos para fines indebidos de experimentación médica, y de que no se utilicen para las investigaciones de curación de enfermedades.

Teniéndose así que está predominando cada vez más el enfoque científico - experimental con objetivo de obtenerse descubrimientos a costa del perjuicio que se ocasione a los embriones humanos principalmente; en vez de ceñirse la práctica de las TERAS desde un enfoque más utilitarista que pueda tener un aporte muy significativo para el campo de la salud humana.

En el caso de Perú, pese a que se tiene una fuerte posición iusnaturalista en que se viene basando las interpretaciones del Tribunal Constitucional, en cuanto de haber reconocido los derechos humanos de los embriones como parte del proceso del origen constitucional de la vida humana bajo la denominada Teoría de la Fecundación, según los fundamentos del Expediente N° 02005-2009-PA/TC, y a la vez que el derecho positivo peruano tanto el Código penal vigente y la legislación médica – sanitaria se somete al cumplimiento estricto de protección de los derechos fundamentales de los embriones humanos.

Estipulándose asimismo a los convenios y declaraciones internacionales de protección del genoma humano suscritas por nuestro país; pero aún ciertas clínicas TERAS mantienen una determinada contraposición jurídica – legal, dado que siguen operando en cuanto a la ejecución de las técnicas de eliminación o de desecho de embriones, así como en su crio conservación, por lo que se debería regular un mayor control y fiscalización de las clínicas privadas que ejecutan técnicas de reproducción asistida en el Perú.

A efectos de que puedan ejecutar tales prácticas en correlación con el respeto a los derechos fundamentales de los embriones humanos, y sancionándose con penas accesorias, como la clausura definitiva y al pago de fuertes multas como de indemnizaciones, como principales sanciones a imponerse a las clínicas que incumplan con lo exigido por la convención internacional de protección del embrión humano y a la

posición jurisprudencial –constitucional peruana que ampara sus derechos humanos.

Asimismo, a los médicos o especialistas en Genética que sigan realizando operaciones de eliminación de embriones humanos, o que efectúen operaciones indebidas con aquellos, también deben ser penalizados hasta con la privación de libertad en forma ejemplar y disuasiva para impedirse que se sigan ejecutando tales operaciones, y a efectos de que se tenga una mayor consideración por la defensa constitucional de la dignidad y vida en torno a los embriones como parte fundamental e irreversible del proceso de creación de nueva vida humana.

En la sociedad peruana, sería injusto no abordar un adecuado tratamiento jurídico, a fin de poderse encontrar con propuestas legales que permitan autorizar y controlar normativamente este tipo de prácticas sin vulnerar los derechos humanos y las garantías de la reproducción humana, considerando que existe incompetencia por parte de la ciudadanía sobre los avances de la Genética Humana y sus aportaciones para la curación de enfermedades como el cáncer, la diabetes, y entre otras. En el campo de la ciencia médica peruana, se brindaría aportes que podría generar y beneficiar la clonación terapéutica acorde con las necesidades y demandas de la salud pública nacional.

En los procedimientos de fecundación asistida, las clínicas especializadas deben informar, orientar, a los padres que van a participar en el tratamiento a fin de cómo se va a concebir al nuevo ser, usando los diferentes métodos de las técnicas tratamiento de reproducción asistida así como riesgos que se pueden llegar, hay casos en que las parejas que acuden al tratamiento desean obtener un hijo con las mejores condiciones físicas – biológicas, con las mejores

condiciones, sin embargo hay casos que los resultados no son favorables toda vez que el concebido no llegue a presentar las características biológicas solicitadas por los padres, llegando incluso a tener malformaciones genéticas.

En el Perú se han ido incrementando estos centros de tratamiento de reproducción asistida sin las condiciones necesarias y sin el personal médico especializado en biogenética, pudiendo así darse el riesgo de que las parejas de padres pueden ser estafadas con la idea del hijo perfecto concebido e incluso se pueden llegar a generar redes criminales dedicadas al tráfico de células humanas como embriones y fetos derivados principalmente de los concebidos por inseminación artificial que hayan resultado con graves problemas congénitos atentando contra la vida y dignidad del ser humano concebido por fecundación asistida.

Es importante que estas clínicas al aplicar las TERAS, deben considerar que la vida humana se inicia desde la etapa de fecundación, es decir, desde la misma unión de las células reproductoras o de la penetración del espermatozoide en el óvulo femenino.

Relacionado a las repercusiones de incriminación penal se deben sancionar a los padres que acuden a dicho tratamiento con otro fin y a los centros o clínicas que no cuenten con la debida especialización a fin de brindar mayor protección a los derechos del concebido, pareja y madre tratante durante la aplicación de las TERAS; en la legislación penal correspondiente se debe tipificar exclusivamente como delito, la omisión y mal proceder de funciones por parte del médico especializado que llegue a afirmar resultados con alto grado de confiabilidad sin garantizar la obtención justificada de dichos resultados.

De igual manera, estas operaciones se pueden realizar con fines indebidos donde se presume determinados resultados del proceso, para traficar con los embriones humanos u otros ilícitos que se dé como consecuencia de estos métodos, y que, al concluirse el proceso, no se obtiene lo esperado, se puede formular una directa acusación al médico o especialista responsable aparte del delito en cuanto a una modalidad de estafa.

Estos referidos comportamientos delictivos, se requiere adicionar al Código Penal sobre el ejercicio ilegal o ejecución de las Terapias de Reproducción Asistida (TERAS) con fines indebidos o en forma fraudulenta; existentes vacíos legales en la legislación aplicable sobre la regulación de ejercicio de las TERAS y de la sanción respectiva a los delitos derivados de la omisión o negligencia de dicho procedimiento de manipulación genética.

Actualmente solamente se tiene a la legislación sanitaria vigente, en torno a la Ley General de Salud (Ley N° 26842 – 20 de Julio de 1997), que ampara legalmente, en forma generalizada y limitada, la aplicación y el uso indebido de las TERAS y así cumplir con los requisitos y formalidades que demanda este tipo de tratamientos procedimentales de manipulación genética.

Frente a esta amenaza delictiva, muchos países europeos y algunos países latinoamericanos han venido modificando su legislación penal con una tipificación más rigurosa y con penas sancionables drásticamente; con la finalidad de prevenir la comisión de los actos delictivos producto de la mala práctica de las técnicas de reproducción asistida.

España, es la primera nación en poseer una norma penal estricta, completa y disuasiva contra todo aquel sujeto delictivo que ejerza

indebidamente la práctica médica – genética sin autorización y para fines indebidos, como para toda organización criminal, que se dediquen a la comisión de los delitos de manipulación genética. Otras de las naciones latinoamericanas que poseen una legislación penal completa sobre los delitos genéticos es Colombia.

Existe una vulneración a los derechos fundamentales a la dignidad de la persona humana por parte de los médicos especialistas de los Centros de TERAS, quienes realizan tratamientos inconstitucionales de destruir y eliminar los embriones humanos después de ejecutar un procedimiento de reproducción asistida, al considerarlos técnicamente como material genético sobrante o inservible y aun así en la misma ejecución de la técnica de crio-conservación de embriones en que a posterioridad pasarán a ser destruidos los embriones con mayor tiempo de antigüedad o que por el transcurso de tiempo no presenten las condiciones requeridas para la fecundación asistida o inseminación artificial.

Desconociendo de esta manera, el personal especialista en TERAS sobre la condición de seres vivientes de los embriones humanos acorde a la teoría fecundada y que en los casos más graves, de llegarse a conocerse por parte de ciertos médicos especialistas de que la vida humana se concibe plenamente desde la fecundación, tienden a desvalorar la condición humana de dicho ser viviente, al nivel de considerarlo como objeto o cosa, carente de derechos que sí tienden a reconocer por el contrario de manera discriminatoria al recién nacido tras su nacimiento o a la persona humana íntegramente constituida.

No considerando de esta manera la calidad de las células embrionarias que es la principal fuente de manifestación del desarrollo de la vida humana; vulnerándose de manera agravada los derechos fundamentales del embrión humano; dándose la vulneración de

derechos constitucionales en sí, y por otra parte de que las clínicas privadas y la ejecución de las TERAS no tienen una debida regulación normativa lo que no garantiza los derechos fundamentales de los embriones humanos.

Respecto a las técnicas de reproducción asistida, en lo que consiste a la experimentación en embriones humanos, cabe señalar que en algunas legislaciones europeas y latinoamericanas respetan la vida humana desde la fecundación, prohibiendo, la experimentación embrionaria en un sentido amplio.

Se tiene el caso de Alemania, Noruega, siendo Dinamarca uno de los países que su ley dice textualmente que el Consejo Ético "deberá llevar a cabo su trabajo asumiendo que la vida humana comienza en el momento de la fecundación", y somete a moratoria toda experimentación efectuada en embriones humanos, otorga al propio Consejo el poder para elaborar futuras medidas legales sobre esta materia.

En este sentido, hay que señalar que las recomendaciones de 1989 aceptan la experimentación en embriones y fetos humanos siempre que no suponga alteraciones genéticas transmisibles a las futuras generaciones; si no pueden obtenerse resultados de otra manera, y si supone una mejoría en las técnicas de reproducción, España e Inglaterra consideran en sus legislaciones respectivas que la vida humana comienza a partir del día 14 de la fecundación (de forma expresa o implícitamente).

En la ley española se ha dado pleno reconocimiento jurídico al estatus de carácter biológico del embrión humano, en la que conforme se da la culminación del proceso implantador en un embarazo de tipo natural, siendo que dicha etapa de implantación es de obligatoria valoración

biológica - genética, pues anterior a aquel, el desarrollo embriológico tiende a ejecutarse en una situación de incertidumbre permanente, siendo lo cual en que debe basarse la plena realidad de desarrollo biológico, en que se llega a generar el embrión humano".

En el preámbulo de la ley referida se define el término pre embrión como aquella fase del desarrollo embrionario que va desde la fecundación hasta los 14 días, si bien sí se acepta implícitamente, y de hecho a partir del día catorce días la fecundación el embrión humano adquiere, según dicho Informe, el estatuto jurídico.

Esto se traduce en las recomendaciones que prohíben la experimentación en embriones humanos después del día 14 tras la fecundación, o simplemente el mantener un embrión vivo in vitro a partir de esa fecha y luego desecharlos y congelarlos u utilizarlos para otros fines sin la autorización de las personas tratantes, siendo vidente un grave atentatorio contra los derechos fundamentales consagrados por nuestra carta magna y por los organismos internacionales que protegen los derechos humanos de la persona en todos sus niveles.

Entre los antecedentes de investigación que se han podido recopilar al respecto sobre los delitos genéticos producidos por las técnicas de reproducción asistida, se ha tomado como referencia al estudio de proyectos de investigación y tesis efectuadas en Maestría y Doctorado, entre universidades estatales y privadas, que han realizado trabajos de investigación sobre los delitos de manipulación genética en sus diferentes modalidades que no son sancionables porque no hay una legislación penal vigente, lo que da un aporte criminalística sobre el tema referido con una amplia fundamentación doctrinaria-jurídica y de tipificación penal que causan los delitos genéticos en nuestro país.

En el Perú, todavía no se cuenta con una Ley específica que pueda regular el fomento y control de ejecución del procedimiento de las TERAS, sin embargo se tiene a la Ley General de Salud, conforme a lo dispuesto en el Artículo 7, que consiste en una norma jurídica que general y básicamente llega a permitir la ejecución de los procedimientos TERAS como alternativa de opción para las parejas con problemas de infertilidad para poderse asegurar la procreación de hijos con la aplicación de técnicas de reproducción asistida, con pleno consentimiento acordado previamente y formalmente por escrito de parte de los padres biológicos.

Si bien la norma jurídica señalada, se refiere que está prohibido la ejecución de TERAS para fines indebidos de clonación de humanos, pero en sí todavía no se ha contemplado el desarrollo exigido de una regulación jurídica que explícitamente prohíba y sancione aquellos procedimientos biotecnológicos que tiendan a eliminar indiscriminadamente a los embriones humanos; que suelen aplicarse actualmente y de manera constante por las clínicas TERAS que vienen operando.

Al respecto cabe considerar los aportes de la investigación realizada por Herrera (2015), en su tesis de investigación titulada “La tipificación del delito de manipulación genética sobre embriones humanos”, presentada en la Universidad de Tumbes, llegando a la conclusión principal de que es necesario adicionar como Artículo 324 – A al Código Penal sobre delitos genéticos, en cuanto a la tipificación específica de la modalidad delictiva de manipulación genética en embriones humanos, con sanciones punitivas de pena privativa de libertad de cinco (5) a ocho (8) años de prisión efectiva.

Asimismo, se aplicará multa por trescientos sesenta días, y la inhabilitación definitiva de cargo profesional al profesional médico –

genetista que efectúe de manera prohibida y clandestina operaciones de eliminación, experimentos indebidos y de degradación de embriones humanos.

En el país, ha implicado negativamente que se venga dando una incidencia crítica de la problemática de los vientres de alquiler y hasta de mafias internacionales que manipulan a mujeres para que conciban actos de inseminación artificial, y posteriormente por canjeo económico vendan al ser procreado a las parejas de esposos de otros países, que no tienen capacidad de procrear, suscitándose las consecuencias negativas de que las mujeres que ejercieron la práctica indebida de vientre de alquiler, llegan a ser amenazadas, maltratadas y hasta estafadas, o no reciben la promesa económica respectiva y hasta tienden a reclamar a posterioridad al hijo que concibieron por inseminación.

Asimismo por otra parte, se debe tener presente acerca del gran problema que se puede llegar a generar con respecto a los centros o clínicas especializadas en la ejecución de las TERAS, dado que ante la ausencia de una legislación competente y rigurosa que contemple la debida ejecución de los procedimientos de fecundación asistida, así como la garantía de que los médicos especialistas y la entidad respectiva cumplan con sus obligaciones de informar, orientar, capacitar y sobretodo de cumplir con el procedimiento formal requerido en asistencia a los padres que van a participar en el proceso fecundador.

Ya que ellos, proporcionarán sus genes mediante las células reproductoras correspondientes (espermias y óvulos); de que se les brinde con certeza la información y conocimiento requerido, acerca de cómo se va a concebir y de los resultados a esperarse en sí de los concebidos a obtenerse de la fertilización in vitro; esto en consideración

de poner en conocimiento competente a los padres de los resultados positivos como riesgos que se pueden llegar a dar del proceso de inseminación, y de evitarse así que se realicen promesas o aspiraciones médicas de que se obtendrán absolutamente resultados positivos de la fecundación asistida, sin considerarse los riesgos que implica generalmente.

De esta manera haciéndose una mayor protección de los derechos del concebido por reproducción asistida, a fin de evitarse que sea víctima de delitos degradantes como el aborto, de experimentaciones sin fines médicos, o de tráfico ilegal de órganos; se tendrá un fundamento prioritario y contundente en la prevención y represión efectiva de los delitos genéticos, evitándose prospectivamente que a futuro tales delitos lleguen a incidirse gravemente en el Perú.

A pesar de lo sostenido, se tiene contrariamente que, en el caso de la actual legislación penal peruana, no se llega a tipificar exhaustivamente los delitos genéticos, conforme a lo establecido en el artículo 324, ya que se limita a tipificar la comisión delictiva de manipulación genética con fines solamente de clonación humana, más no se hace una tipificación específica de delitos genéticos que pueden atentar directamente contra el concebido en fecundación y contra la misma especie humana.

Como de todas aquellas acciones delictivas concurrentes en cuanto al tráfico de células u órganos de los concebidos por inseminación artificial, del tráfico de fetos humanos como de todo ejercicio ilegal y fraudulento de las TERAS. Asimismo, se debe precisar que la falta de una legislación netamente disuasiva de tipo penal y administrativo fundamentalmente en cuanto al control de ejecución y garantías de las partes, en sus derechos, durante la aplicación de las TERAS.

Ya que no viene asegurando en sí que los procesos de fecundación asistida se lleguen a realizar con las exigencias y requerimientos de calidad y transparencia; trascendiendo la situación actual de que no existe un régimen legal o reglamento concreto en sí que permita un ejercicio competente y de pleno respeto a los derechos propios de los padres participantes en el proceso de inseminación artificial.

La comisión de los delitos genéticos actualmente en nuestro país, aún no tiene una incidencia grave, en lo que corresponde a la manipulación genética para clonar seres humanos, tal como se tipifica en el artículo 324 del Código Penal vigente; pero la situación delictiva frecuente de casos de abortos clandestinos y, de mafias internacionales dedicadas al tráfico de órganos y fetos; propician las condiciones suficientes para que organizaciones clandestinas de médicos informales y reincidentes en casos de la práctica abortiva y del tráfico de órganos, y hasta asociados con el lavado de activos derivado de la actividad ilícita del aborto internacional.

Ya que se puede llegar a realizar prácticas experimentales de manipulación genética. con el apoyo ilícito de médicos y expertos extranjeros en ingeniería y reproducción genética, para no solo clonar seres humanos sino también para ejercer indebidamente las técnicas de reproducción asistida y perpetrar así el tráfico de seres procreados por inseminación o de fecundación in Vitro, todo ello para fines no autorizados y que pueden llegar a afectar el desarrollo y estado natural de la especie humana.

Frente a esta amenaza delictiva, muchos países europeos y determinados países latinoamericanos han venido adaptando y modificando su legislación penal hacia una tipificación más rigurosa y con penas sancionables drásticamente; a efectos de disuadirse la comisión de los actos delictivos de manipulación genética, que se

pueden agravar dado el alto nivel de clandestinidad existente en países latinoamericanos donde las mafias criminales proliferan la actividad ilícita del aborto, el de la inseminación artificial no autorizada y el tráfico de personas/órganos.

Resaltándose el caso del Código Penal del Distrito Federal de México que tipifica extensivamente los delitos genéticos habiendo tenido como base las legislaciones penales europeas, de España particularmente, constituyéndose en la primera nación latinoamericana de poseer una norma penal estricta, completa y disuasiva contra todo aquel sujeto delictivo que ejerza indebidamente la práctica médica – genética sin autorización y para fines indebidos, como para toda organización criminal, que se dediquen a la comisión de los delitos de manipulación genética.

Otras de las naciones latinoamericanas que poseen una legislación penal completa sobre los delitos genéticos es Colombia que también es materia de estudio y análisis jurídico en sí, para considerarse en una tipificación penal más específica y completa que requiere el Código Penal Peruano en la sanción penal drástica sobre la Manipulación Genética y sus modalidades ilícitas derivadas.

A comparación de la legislación penal peruana, que solamente contempla en un artículo único, la tipicidad de los delitos genéticos, en base solamente a la figura ilícita establecida en el artículo 324 del Código Penal vigente, acerca de la manipulación genética para efectos de clonación humana; se tiene que con esta tipificación penal al respecto, introducida por la Ley N° 27636 publicada el 16-01-2002; nuestro país no garantiza una legislación drástica que prevenga y disuada efectivamente la incidencia creciente que se puede llegar a tener peligrosamente de la comisión de delitos genéticos, teniendo una

de las legislaciones penales menos exhaustivas y severas al respecto a nivel latinoamericano.

Además de considerarse la falta de conocimiento actualizado por los juristas penales peruanos, en lo que respecta a la comisión y tipicidad de delitos genéticos, que solamente se han limitado a penalizar la modalidad de manipulación genética para fines de clonación humana, siguiendo solamente el tipo básico del delito tipificado en toda legislación penal actual; y que ante la falta de asesoramiento por médicos o expertos en ciencia genética (que son muy escasos estos especialistas en el Perú).

En este sentido, no se ha llegado a tipificar extensivamente en el código penal otras modalidades delictivas genéticas que se vienen perpetrando actualmente en el país y a manera de actividad ilícita transnacional con el caso referente a las prácticas no autorizadas de técnicas de reproducción asistida y el tráfico ilícito de vientres de alquiler como de los seres procreados que son comercializados ilegalmente hacia el exterior; lo que llega a propiciar condiciones clandestinas y delictivas para un arraigamiento alarmante de la comisión de delitos genéticos en el Perú.

1.3. Formulación del Problema

- **Problema General**

¿En qué medida el uso indebido de TERAS, afectan los derechos fundamentales del embrión humano, mujer tratante y de los terceros que participan en el tratamiento médico, por la falta de normatividad penal vigente, en la ciudad de Lima Metropolitana, entre los años 2018 - 2019?

- **Problemas Específicos**

¿Existe mecanismos jurídicos penales, de cómo calificar el delito de manipulación genética en las diferentes modalidades de Uso indebido de TERAS?

a. ¿Que delitos penales se generaría por el uso indebido de TERAS?

b. ¿Por qué el uso indebido de TERAS, vulneran los derechos fundamentales del embrión humano, mujer tratante y de los terceros que participan en el tratamiento médico?

c. ¿Se vienen aplicando una adecuada fiscalización y control, en los centros especializados y médicos genetistas en el desarrollo de TERAS?

d. ¿La aplicación de las técnicas de reproducción asistida (TERAS), se desarrollan exclusivamente en nuestro país a través de Clínicas Privadas Especializadas, sin una regulación jurídica penal específico?

e. ¿Qué implicancias sociales se tendría con la tipificación penal de las diferentes modalidades ilícitas en el uso indebido de las TERAS?

f. ¿Desde cuándo el ser humano comienza su existencia y cuál es el momento que se le debe atribuir la relevancia jurídica a la vida humana?

g. ¿Desde cuándo se le atribuye el status jurídico del embrión humano?

- h. ¿Por qué la aplicación de la transferencia embrionaria que no corresponde a la pareja tratante debe contar con la autorización de los padres y con autorización judicial?

1.4. Antecedentes

Antecedentes Internacionales

Para Godoy (2013), en su tesis doctoral titulada: “Régimen jurídico de la Tecnología Reproductiva y la Investigación Biomédica con material humano de origen embrionario: protección de los Derechos Fundamentales de los sujetos implicados”, presentado en la Universidad de Vigo.

La autora sostuvo que en los ámbitos de desarrollo operativo – procedimental de la genética-reproductiva y de los aportes de la investigación biomédica, siempre ha existido un debido acuerdo consensual en el Derecho Internacional, de que la ejecución de todo procedimiento biogénético en su sentido amplio, debe concordar siempre en salvaguardar el pleno respeto por la dignidad humana, y la protección jurídica – constitucional de los Derechos Fundamentales de los embriones humanos y de los concebidos por fecundación artificial; y que a su vez implique también el debido desarrollo del equilibrio que debe haber entre la libertad de ejercicio de la investigación biogénética y el respeto a la dignidad y vida humana propia de los embriones.

Proaño (2013), en su trabajo de titulación: “Análisis jurídico a los métodos de reproducción asistida en el Ecuador y la responsabilidad médica”, donde llegó a la conclusión que ante la práctica indebida en la ejecución de las TERAS, se debe determinar la responsabilidad jurídica penal, civil y médica de los profesionales genéticos que lleguen a ejecutar estos procedimientos de manera indebida y que afectan los derechos

humanos de los embriones y concebidos; lo que se constituye en una grave irresponsabilidad médica – genética.

Según, Quincosa (2010); en su investigación referente al “Análisis sobre la importancia de legislar la reproducción asistida en México”; planteó como conclusión que en cuanto que el Derecho de Familia debe estar acorde con los cambios y progresos científicos en torno al ejercitamiento de las operaciones de reproducción asistida, en que se debe considerar los derechos de reconocimiento paternal, de identidad y filiación no solamente para los hijos concebidos por relación natural.

De igual manera, para los concebidos por TERAS, que también implica adecuar los institutos jurídicos del derecho civil de familia a las vicisitudes y nuevas exigencias que la reproducción artificial genera con los concebidos por reproducción asistida, en cuanto a aspectos referentes a su identidad paternal y a la cuestión referente a la maternidad subrogada.

Calcagno (2002), con su investigación titulada: “Protección Jurídico-Penal del Embrión In Vitro”, plantea la problemática existente de una escasa legislación penal existente contra los delitos que afecten los derechos fundamentales de los embriones humanos; teniéndose solamente que en Estados Unidos de Norteamérica y en determinados países europeos como España, Italia y Alemania se llega a tener una legislación jurídica explícita sobre los delitos de TERAS contra los derechos fundamentales de los embriones humanos, de los padres participantes y de la madre interviniente (madre subrogada).

En cambio en América Latina, aún se tienen limitaciones jurídicas a nivel de países como Panamá, Colombia y Perú; donde las investigaciones que se han efectuado sobre las Técnicas de Reproducción Humana Asistida y sus implicancias jurídicas como constitucionales, han aportado principalmente que la normatividad jurídica latinoamericana, cada vez ha venido perdiendo concordancia o relación en el abordaje de problemas reales de la aplicación de las TERAS y de sus efectos negativos consecuentes de su uso indebido con respecto a la afectación de los derechos fundamentales de los embriones humanos y de otros intervinientes en el proceso de fecundación asistida artificial.

Por esto, aun no se ha contemplado el tratamiento del Derecho con los aportes de la ciencia biotecnológica, cuyos cambios o aportes a la sociedad humana, y al reconocimiento de la identidad personal como los derechos civiles de filiación, y de maternidad subrogada se debe llegar a considerar en cuanto a una regulación jurídica explícita para la defensa de los derechos fundamentales de los seres concebidos por técnicas de reproducción asistida.

Cortés (2015), en su Tesis Doctoral: “Aproximación al análisis jurídico de la clonación humana”, investigación de tipo descriptiva y analítica-dogmática como exegética, sostuvo que la manipulación genética con fines de clonación humana es el resultado de una investigación que busca nada menos que hurgar en el ser humano y desentrañar su propio origen, existencia y esencia.

Ésta realidad obligó a desarrollar la investigación abordando opiniones y posiciones de distintos sectores que históricamente

han sido establecidos como fuentes del derecho y en otros casos, motivo de consulta en todos los eventos de magnitud universal; conscientes de la necesidad de analizar y establecer criterios casi inamovibles y protectores de interés común a la humanidad que llamen a la sensatez necesaria ante la realidad derivada en que el ser humano en su constante desarrollo ha enfocado su potencialidad hacia la consecución de un todo que le permita la satisfacción y plenitud de sus proyecciones.

Se debe abocar en comportamientos que en ocasiones representan riesgo para los demás individuos, grupos sociales, comunidad en general ubicados en una misma demarcación territorial e incluso a individuos y comunidades pertenecientes a otras Naciones; aspectos que en ocasiones podrían resultar más importantes que los resultados positivos que se han obtenido bajo esa misma motivación.

También concluye que si bien los avances científicos en materia de investigación genética son esenciales para el desarrollo humano y la lucha contra las enfermedades terminales; pero no se debe hacer uso excesivo de la manipulación genética con fines indebidos de clonar seres humanos, que a posteriori sufrirán la vulneración de sus derechos fundamentales.

Por lo que es necesario como sostiene la autora de que al tenerse finalmente en su totalidad determinante toda la cartografía del genoma humano; situación respecto de la cual, una vez finalizada con exactitud dicho cartograma se debe tratar obligatoriamente en establecerse un listado de opciones, conductas y en consecuencia una más completa tipología de conductas, así como de bienes jurídicos a tutelar.

Antecedentes Nacionales

Dentro de la normatividad jurídica penal peruana, el tratamiento y aplicación de las Técnicas de Reproducción Asistida (TERAS) se viene y se ha venido realizando por clínicas médicas especializadas sin el control por parte del estado, los diferentes métodos de reproducción asistida como son: la Inseminación artificial, la Fecundación in vitro, la transferencia manipulable de embriones, transferencia intratubárica de gametos, el de la maternidad subrogada y entre otros; siendo que en este tipo de prácticas en reiterados casos se tienden a perpetrar excesos que atentan contra los derechos fundamentales de la vida humana.

De esta manera, existe una desprotección por parte del Estado con respecto a las víctimas que buscan soluciones por problemas de infertilidad, pero que al no existir dentro del contexto penal peruano, las normas punitivas específicas que permitan sancionar eficazmente todo acto delictivo de ejecución indebida de las prácticas de TERAS, y sobre todo cuando lleguen a vulnerar derechos fundamentales de todos aquellos intervinientes en los procesos de reproducción asistida, dado que son derechos tutelados por la Constitución Política.

Pese a que los procedimientos y métodos de reproducción asistida se pueden ejecutar en nuestro país, en base a lo normado en el artículo 7 de la Ley General de Salud - Ley N° 26842 del 20 de Julio de 1997, que permite la práctica ejecutable de las TERAS como medio utilitario y efectivo para el tratamiento de las parejas que presenten problemas de infertilidad, por lo que el desarrollo de dichas técnicas deben servir exclusivamente para fines de procreación artificial, y no para el desarrollo de experimentaciones indebidas ni para la manipulación de embriones ni para clonación de humanos.

Poe esto, bajo el amparo del referido dispositivo normativo, se ha venido dando el acrecentamiento del número de clínicas privadas de TERAS en el Perú, que llegan a desarrollar actividades de servicio privado en reproducción asistida, pero sin llegar a tener una mayor fiscalización acerca de cómo se vienen ejecutando los diversos métodos de procedimiento artificial en las clínicas y si el personal con que se cuenta está realmente especializado en Biogenética, y si se están ejecutando debidamente estas prácticas en la actualidad.

A pesar que se efectúan ciertas operaciones residuales o de reciclaje sobre los embriones humanos derivados de los procedimientos de inseminación artificial y/o de fecundación asistida, se suele considerar técnicamente por las clínicas privadas de TERAS, de que tales operaciones de desecho de embriones son de carácter residual, cuando de por sí tales operaciones son en realidad actos ilícitos de manipulación genética no autorizada y hasta de eliminación sistemática sobre embriones fecundados in vitro.

Estos pasan a ser congelados por método de crio conservación para su uso posterior en experimentaciones indebidas, o asimismo para su uso en procesos de inseminación artificial, de los cuales finalmente se procede a desechar por descarte una alta cantidad de embriones, no teniéndose en cuenta los derechos a la dignidad e integridad que los asiste desde el momento de la concepción, tratados como meros objetos biológicos de experimentación, y no como elemento parte de desarrollo de la vida humana.

Asimismo, se tiene que desde el año 2009, la doctrina y jurisprudencia constitucional peruana han venido resaltando acerca de la protección de los derechos fundamentales que tienen los embriones humanos, en cuanto a la vida y su integridad que deben garantizarse durante el proceso de fecundación asistida in vitro, en su calidad como ser viviente y esencial para la reproducción humana.

Han reconocido que las clínicas de reproducción asistida (TERAS) llegan a atentar contra la integridad de los embriones y asimismo atentan contra la vida de aquellos, constituyéndose subsecuentemente en una afectación directa al proceso inicial o de origen de la vida humana; ello al darse la ejecución de determinados procesos técnicos derivados de la reproducción asistida, como la crio conservación y depuración de los embriones que no están acorde con los principios de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos de la UNESCO (1997).

Según Gonzales (2017), en su tesis de investigación titulada “Situación jurídica y jurisprudencial de las técnicas de reproducción humana asistida en el Perú: el caso de la Ovodonación”, presentado para el optar el título de abogado de la Universidad Ricardo Palma.

El autor, refiere que es fundamental una regulación específica y completa de todas las técnicas procedimentales de reproducción asistida – artificial, ya que técnicas como el de la ovodonación, mediante el cual se procede con la fecundación artificial en base a los óvulos femeninos donados por una mujer tratante, siendo un procedimiento TERA que no está prohibida en su aplicación,

y que por lo tanto su no regulación en la legislación peruana se constituye en un vacío normativo – jurídico.

Para la autora Merino (2016), en su tesis titulada “La Tipicidad Penal en Delitos de Manipulación Genética y su incidencia criminal en Centros de Reproducción Asistida en órganos jurisdiccionales de Lima Metropolitana, en el año 2016”; para obtener el título profesional de abogada en la Universidad César Vallejo.

Sostiene que fundamentalmente la comisión de modalidades ilícitas – genéticas, en base al uso indebido, negligente y riesgoso de las TERAS puede constituirse en una actividad amenazante con graves efectos perjudiciales para la vida, integridad y desarrollo de los seres humana, y de incidir en la afectación de los derechos fundamentales de los embriones, concebidos y de los padres intervinientes en las operaciones de reproducción artificial.

En este mismo orden de ideas, Mollar (2010), sostiene que dentro de las sociedades actuales del Siglo XXI existe la falta de consideración reconocible de los derechos fundamentales en torno a los embriones humanos de que la ejecución de técnicas como el de la crio-conservación o de congelamiento de embriones humanos, y entre otras técnicas procedimentales que se aplican en torno a la inseminación artificial, se constituyen en prácticas que vulneran la dignidad y naturaleza humana de los embriones.

Y más aún, de que se siga contemplando por parte de las clínicas de técnicas de Reproducción Asistida acerca de que los embriones no son seres vivientes, a los cuales se los degrada a

la condición como células manipulables para su uso indebido en experimentaciones prohibidas, o de hasta resultar en ser eliminadas por simple descarte, lo que en sí se constituye en una forma de grave manipulación y de degradación de la dignidad de una forma elemental en el desarrollo de la vida humana de futuros seres humanos que no podrán ser concebidos por las TERAS.

De esta forma, es necesario considerar la falta de responsabilidad del Estado Peruano por no haber regulado definitivamente el control jurídico penal y administrativo sobre el ejercicio de las TERAS que efectúan las clínicas privadas existentes desde el año 2005; a pesar de haberse elaborado proyectos de ley al respecto: Proyectos de Ley N° 03034/2013-CR del 05/12/2013 y el 01722/2012-CR del 15/11/2012 acerca de la Ley que pueda regular el desarrollo de las Técnicas de Reproducción Humana Artificial Asistida y en cuanto también para el control de las clínicas TERAS.

Estos proyectos de ley han quedado pendientes de debatir hasta el momento, en los dos últimos años, aún no se han elaborado proyectos de ley para una tipificación específica de modalidades ilícitas derivadas del ejercicio indebido de las TERAS o de la ejecución de prácticas prohibidas de manipulación sobre embriones humanos, que generen daños o lesiones graves a la dignidad humana la vida e integridad de los embriones.

En Perú, no se ha venido desarrollando la tipificación punitiva requerida sobre todas las modalidades ilegales derivadas de las TERAS, habiéndose contemplado de manera limitada en la legislación penal peruana en lo referente al delito de manipulación genética con fines exclusivos de clonación

humana, introducida por la Ley N° 27636 del 16/01/2002, habiendo resultado hasta el momento como tipificación limitada de la Manipulación Genética en el Capítulo V incorporado dentro del Título XIV-A sobre Delitos contra la Humanidad que se introdujo en el Código Penal vigente.

Sin embargo, las clínicas de reproducción asistida vienen operando hasta el momento sin una regulación jurídica de control, realizando una diversidad de prácticas y actos manipulables que afectan la integridad y dignidad humana de los embriones humanos, de manera sistemática y hasta excesiva, al nivel de hasta incurrir en prácticas discriminatorias en la selección de embriones humanos supuestamente aptos para operaciones de inseminación artificial.

Al hacerlo, no consideran los riesgos secundarios de los embriones que llegan a perder su calidad genética y sus condiciones saludables por estar un mayor tiempo en crio-conservación, y con el riesgo potencial de generarse daños irreversibles que puedan causar en las mujeres que resulten inseminadas con embriones defectuosos, sin asumirse los defectos que puedan tener los embriones tras su descongelamiento.

También puede darse la eliminación crítica por desecho de cantidades ingentes de embriones, y en que los mismos especialistas genéticos de las clínicas privadas TERAS no tienen ninguna ética ni remordimiento por la destrucción de formas elementales de vida humana que llegan a eliminar o de considerarlos como meros objetos desechables.

En este orden de ideas, la regulación jurídica - penal sobre la tipicidad penal de la manipulación genética en embriones humanos, el Código Penal Peruano ha estado quedando desfasado desde el año 2002 en que, si bien se introdujo la tipificación de la manipulación genética pero solamente con fines de clonación humana, mientras que las normas jurídicas – penales de determinados países latinoamericanos y en la mayoría de países de Europa ya han venido contemplando desde los años 1995 al 2002.

En sus legislaciones penales correspondientes acerca de la punibilidad del delito de manipulación genética sobre embriones humanos, y de sus modalidades ilícitas específicas que pudiesen atentar contra la dignidad e integridad de los embriones, teniéndose así los casos de Colombia y México que introdujeron en los años 2000 y 2002 respectivamente, la penalización de las figuras delictivas de manipulación genética en sus modalidades que lleguen a alterar negativamente el genotipo humano, así como hasta de haber tipificado prácticas ilícitas de manipulación derivables en sí.

Según Ontaneda (2013), en su Tesis de pregrado en Derecho: “La fecundación in vitro y el estatuto del embrión humano en el sistema jurídico peruano”. Presentado en la Universidad de Piura. Facultad de Derecho. Programa Académico de Derecho. Piura, Perú. La autora mencionada desarrolló una investigación jurídica de tipo descriptiva con análisis exegético – interpretativo de la legislación nacional existente sobre la ejecución de TERAS.

En forma integrada con el análisis de la jurisprudencia judicial y de la emitida por el Tribunal Constitucional al respecto sobre las

TERAS y de sus implicancias jurídicas penales; la cual llega a resaltar propiamente que el Estado Peruano solamente se ha limitado en regular sobre el permiso ejecutable de las técnicas de reproducción asistida, pero sin haberse llegado a conocer a profundidad sobre los riesgos e implicancias negativas de la ejecución desmedida y sin control alguno de dichas técnicas.

Considerando que varios de los procedimientos bio-genéticos que se ejecutan en torno a la fecundación in vitro y de la inseminación artificial, todavía no son garantizables al 100% para asegurarse el concebimiento de seres humanos en buenas condiciones de salud o de buena progenie a través de la referida procreación por medio artificial, y más aún de que se esté procediendo generalmente por la gran mayoría de las clínicas TERAS en eliminar embriones humanos por desecho o de hasta utilizarlos para fines experimentales indebidos.

Ante ello se denota que en la legislación peruana existe un vacío jurídico – normativo que no penaliza las conductas ilícitas por prácticas prohibidas de manipulación genética en TERAS, y el incumplimiento de normas de control y de no hacerse una correcta ejecución de dichas técnicas de reproducción asistidas-artificiales por parte de clínicas privadas y de sus especialistas genéticos, y que deberían ameritar en recibir las sanciones punitivas necesarias acorde al grado de ilícito que lleguen a perpetrar, y de los actos atentatorios que se cometan contra la integridad, vida y dignidad de los embriones humanos.

A la vez también cuando se causen daños consecuentes en perjuicio de la salud de las mujeres inseminadas, o que hasta se puedan poner en riesgo al genotipo humano con alteraciones

genéticas indebidas, como atentado contra la misma naturaleza de la humanidad.

Según Cruz (2011), con su artículo titulado: “Genoma Humano: Implicación Bioética”, de carácter descriptivo y de análisis jurídico – normativo con tendencia explicativa en modo de haber sustentado una propuesta para la tipificación punitiva de todas aquellas modalidades que deriven de prácticas indebidas en torno a la manipulación ilegal del genoma humano, que puedan resultar atentatorios y muy negativos para la integridad de los embriones humanos en su calidad como parte de elementos de la formación de la vida humana.

Y, además, que ante el accionar de centros especializados de TERAS sin control alguno y que incurran en la comisión de prácticas de manipulación que atenten contra la vida de los embriones resultantes de la fecundación in vitro, y de que por hasta malas praxis genéticas se generen daños agravados por manipulaciones no consentidas, y por casos de operaciones negligentes que afecten la salud e integridad de las mujeres sometidas a dichas técnicas artificiales.

A este respecto, existen tratamientos de técnicas de reproducción asistida con fines de experimentación no autorizada sobre embriones fecundados artificialmente, vulnerándose gravemente sus derechos fundamentales de su vida e integridad; frente a dichas prácticas ilícitas de manipulación genética que se estén perpetrando, la legislación penal peruana no está preparada para sancionar dichos actos, resultando por ende que no se está garantizando la protección requerida de los embriones humanos desde el enfoque del derecho penal vigente, ante las malas prácticas de las TERAS.

Otro antecedente considerado es el trabajo de Vilcahuamán (2011) en su Tesis: “La Filiación en la Reproducción Humana Asistida”. Esta tesis se relaciona con lo que se propone en la investigación; en cuanto a la necesidad de tipificarse toda modalidad delictiva de uso de las TERAS, que pueda generar efectos negativos en los derechos fundamentales civiles de los concebidos por reproducción asistida, durante el proceso de filiación; en cuanto al reconocimiento de la identidad personal, al nombre y apellido, y vínculo paternal del concebido artificial con sus progenitores y la madre subrogada interviniente.

Antecedentes Conceptuales

Por el avance insostenible tecnológico y científico de la sociedad moderna, los delitos genéticos representan una de las modalidades delictivas que se viene dando desde finales del siglo pasado y del presente siglo XXI, con un descontrol indebido de las técnicas de reproducción asistida en sus diversos métodos.

Esto en la actualidad constituye una actividad delictiva peligrosa, que puede conllevar a resultados graves o consecuencias aberrantes en perjuicio de la integridad y formación de la especie humana, así como en contra la constitución biológica del ser humano y su normal desarrollo, lo que causaría un grave peligro para la existencia misma de nuestra especie.

La aplicación de las diferentes técnicas de reproducción asistida (TERAS) concretamente de la fecundación in vitro e inseminación artificial, se viene desarrollando de manera técnica y especializadamente en nuestro país, a través de clínicas privadas, pero que no llegan a tener un marco normativo propicio

para regular y formalizar debidamente la ejecución de tales prácticas médicas – genéticas; lo que ha causado una alta incidencia en la comisión de actos atentatorios contra los embriones humanos que hayan sido fecundados externamente al cuerpo materno de la madre.

1.5. Justificación de la Investigación

Justificación Teórica

Con el desarrollo de esta investigación, se ha podido desarrollar doctrinariamente desde el enfoque del Derecho Punitivo, la forma en que se deben tipificar los diferentes tipos de uso indebido de TERAS y según los derechos fundamentales de los embriones, concebidos, pareja interviniente y otros que intervengan en los procesos artificiales de fecundación asistida; habiéndose sustentado para ello, los fundamentos doctrinarios requeridos tanto de carácter doctrinario constitucional, penal y civil para poderse establecer las modalidades delictivas específicas de vulneración de la vida e integridad de los embriones humanos y de otros elementos participantes, por uso delictivo de las TERAS.

En cuanto se podrá desarrollar ampliamente los fundamentos doctrinarios y jurídicos - penales sobre los delitos genéticos de acuerdo a lo que considera la doctrina y legislación penal peruana y esencialmente la extranjera, de España y Colombia preferentemente; teniéndose así el propósito de incrementarse el debate al respecto sobre el conocimiento penal que se tiene en nuestro país acerca de los delitos genéticos, y de lograrse así aportarse nuevos fundamentos primordiales hacia una mayor criminalización de estos delitos.

Debe de concientizar y prevenir a los actuales y futuros juristas peruanos de tipificar rigurosamente dichos delitos en la actual normatividad del Código Penal, estableciéndose sanciones penales drásticas que aseguren su control punitivo y represión efectiva, para que no llegue a tenerse efectos delictivos sumatorios de los que el país actualmente afronta en relación con casos derivados de malas praxis genéticas, de ejecución indebida y hasta ilegal de las TERAS que en algunos casos se da el tráfico ilícito de embriones humanos.

Justificación Práctica

Con el desarrollo de esta investigación, a partir del análisis profundizado sobre la actual tipicidad penal que se viene aplicando sobre la manipulación genética (solamente para la modalidad de clonación humana), se tiene todavía insuficiencia normativa en la legislación penal peruana, que aunado con la falta de regulación jurídica de control de los procedimientos aplicados por las clínicas TERAS, se han venido diversificando y ejecutando indebidamente diferentes métodos procedimentales que inciden directamente en la eliminación indiscriminada de embriones humanos.

Asimismo, tampoco se ha tipificado otros ilícitos con TERAS como las negligencias que se pueden producir por deficientes operaciones de reproducción asistida; y de hasta irregularidades que se pueden producir con las operaciones de vientres de alquiler; por lo que ante todo ello se ha propuesto una regulación jurídica – punitiva de tipificarse penalmente las diferentes modalidades ilícitas de TERAS con las respectivas sanciones penales que ameritan aplicarse respectivamente.

En cuanto a la situación actual de funcionamiento y desempeño que vienen teniendo los centros o clínicas dedicadas a la ejecución de las TERAS, es que si garantizan el ejercicio de estas técnicas considerando los derechos de los padres intervinientes en el proceso, así como de las obligaciones que deben cumplir al respecto los especialistas genéticos, para asegurar los resultados previstos y diagnosticados en el concebimiento del nuevo ser humano; y de esta manera poder detectar e identificar problemas de informalidad, de ilicitud o de negligencia en el ejercicio de las TERAS, por determinadas clínicas.

Justificación Metodológica

Esta investigación, se ha desarrollado metodológicamente en cuanto con la ejecución del análisis doctrinario – jurídico de los principales fundamentos jurídicos – penales que se requieran para sustentarse acerca de tipificarse punitivamente a todos los delitos derivados del uso indebido de TERAS; enfatizándose a la vez en torno a los bienes jurídicos constitucionales de la vida e integridad de los embriones humanos, y de los derechos civiles fundamentales de los concebidos por reproducción asistida; en que conforme al grado de vulneración de cada derecho fundamental mencionado, se aplicarán sanciones punitivas correspondientes según la gravedad del ilícito TERA perpetrado.

Justificación Social

Con el desarrollo de esta investigación es de gran relevancia, ya que existen graves implicancias sociales que pueden llegar a generar los delitos genéticos en nuestro país; lo que se busca lograr es que la sociedad peruana, se concientice socialmente en la actualidad de las graves repercusiones que se tendrá de estos delitos sino se aplican medidas preventivas y disuasivas al

respecto por parte de las autoridades competentes desde el plano jurídico – penal ya que dichos delitos que se cometen en el país por inescrupulosos sujetos de profesión médica y otros que hacen ejercicio indebido de dicha profesión.

Además de tenerse organizaciones delictivas implicadas en sí, lo que resulta propicio para el arraigamiento de la comisión ilícita de los delitos genéticos. Asimismo, se debe tener en cuenta, acerca de la trascendencia y repercusión que vienen teniendo las clínicas especializadas de TERAS, a efectos de determinarse precisamente el aporte genético que vienen realizando a favor de las familias peruanas que no pueden concebir naturalmente hijos.

Y que conlleve esta investigación a precisar si hay una problemática creciente o de tendencia a la informalidad por parte de clínicas clandestinas o no autorizadas, que ejecutan las TERAS para fines ilícitos como tráfico de vientres de alquiler, tráfico de concebidos por inseminación artificial o de células / órganos, o hasta para experimentos médicos prohibidos.

Esto, con la finalidad de plantearse y aplicarse las medidas jurídicas – penales y administrativas necesarias, que evite la repercusión social y el ejercicio ilegal de las TERAS en perjuicio del ser humano, de la familia y de la sociedad peruana.

Justificación Legal

El objetivo del presente trabajo de investigación es hacer una propuesta de reforma legislativa en el Art 324 del código penal peruano, “toda persona que haga uso de cualquier técnica de manipulación Genética con la finalidad de clonar seres humanos” siendo necesario señalar que dicha norma penal se

tipifica en forma general, ya que el uso de tales prácticas genéticas conlleva a diferentes modalidades de delito quedando en la impunidad por la falta de normativa penal.

De esta manera, se vulneran algunos derechos fundamentales amparado por la constitución de 1993 en el Art 1 y 2, Inciso 1, Art 4 y 7 y otros, determinando que el estado mediante la política nacional de salud no supervisa la aplicación responsable de tales prácticas, en el Art 1 del Código Civil determina que el concebido es “sujeto de derecho” y la atribución de derechos patrimoniales es que nazca vivo.

Importancia de la Investigación

La importancia en el desarrollo de esta investigación se centra específicamente en cuanto a desarrollarse un estudio exhaustivo de conocimiento y fundamentación doctrinaria, jurídica – constitucional, penal y ética – social sobre las técnicas de reproducción asistida, dado que existe el poco tratamiento jurídico – penal, sobre las graves implicancias que la comisión de dichos delitos puede llegar a generar para la sociedad peruana.

A efectos de fomentarse una conciencia preventiva y de promoverse la aplicación de una normatividad penal sancionadora que llegue a evitar la proliferación de los estos delitos genéticos, teniéndose en cuenta que son delitos que pueden vulnerar gravemente el desarrollo normal de la especie humana, y que sus efectos son muy colaterales pudiendo afectar negativamente los derechos humanos de los seres humanos, llegando a vulnerar determinados bienes jurídicos protegidos.

Por otra parte, la investigación extenderá la importancia de su desarrollo hacia el campo especializado de la ejecución de las TERAS por centros o clínicas especializadas, que vienen ya funcionando en el país, a fin de determinar su real aporte a las familias peruanas para el concebimiento de hijos.

Al igual, se detectarán los problemas existentes o vacíos legales que no dan la debida garantía a las personas tratantes que acuden a estos métodos médicos y evitar el surgimiento de clínicas clandestinas como de la informalidad en la práctica ilegal de las TERAS constituyéndose en un delito genético agravado contra los bienes jurídicos esenciales de la preservación de la especie humana, así como contra el derecho a la vida y dignidad del concebido por reproducción asistida, y en forma generalizada que puede llegar a afectar en sí a la sociedad humana.

1.6. Limitaciones de la Investigación

El desarrollo de esta investigación se centra específicamente a la poca legislación penal que existe en nuestra legislación y el alarmante crecimiento de este tipo de delitos sin tener las medidas preventivas mediante la aplicación de una normatividad penal sancionadora que llegue a evitar la mala praxis médica.

Debe considerarse que vulneran gravemente el desarrollo normal de la especie humana, y afectan negativamente los derechos fundamentales de los seres humanos, por lo que no se puede pasar desapercibido a estos delitos como ilícitos comunes o limitados, toda vez que se tratan de delitos globales y altamente amenazantes para la vida humana en general.

Las limitaciones de la investigación son todas aquellas restricciones del diseño de esta y de los procedimientos utilizados para la recolección,

procesamiento y análisis de datos, así como los obstáculos encontrados en la ejecución de la investigación, en el presente caso existe pocas fuentes bibliográficas nacionales que traten sobre el estudio exhaustivo de tipificación penal de los delitos genéticos, producidos por las técnicas de reproducción asistida, teniéndose un mayor aporte bibliográfico de fuentes extranjeras.

En nuestra legislación existe un limitado aporte de juristas penales peruanos sobre los delitos tratados; por lo que en el desarrollo del marco doctrinario de esta investigación sobre los fundamentos acerca de la tipificación penal, determinación del bien jurídico protegido, como del aspecto subjetivo y otros aspectos referentes de tipicidad de los delitos genéticos.

1.7. Objetivos

- **Objetivo General**

Determinar y explicar si el uso indebido de TERAS afectan los derechos embrión humano, mujer tratante y de los terceros que participan en el tratamiento médico, por la falta de normatividad penal vigente, en la ciudad de Lima Metropolitana, entre los años 2018 – 2019.

- **Objetivos Específicos**

- a. Determinar si existen mecanismos jurídicos penales, de cómo calificar las diferentes modalidades del uso indebido de TERAS.
- b. Determinar que delitos penales se generaría por el uso indebido de TERAS.

- c. Evaluar si se vienen aplicando una adecuada fiscalización y control, en los centros especializados y médicos genetistas en desarrollo de las TERAS.
- d. Determinar si la aplicación de las técnicas de reproducción asistida (TERAS), se desarrollan exclusivamente en nuestro país a través de Clínicas Privadas Especializadas, con una regulación jurídica penal específico.
- e. Determinar por qué el uso indebido de TERAS, vulneran los derechos fundamentales del embrión humano, mujer tratante y de los terceros que participan en el tratamiento médico.
- f. Determinar qué implicancias sociales se tendría con la tipificación penal de las diferentes modalidades ilícitas en el uso indebido de las TERAS.
- g. Analizar desde cuándo el ser humano comienza su existencia y cuál es el momento que se le debe atribuir la relevancia jurídica a la vida humana.
- h. Determinar desde cuando se le atribuye el status jurídico del embrión humano.
- i. Realizar un estudio, si la aplicación de la transferencia embrionaria que no corresponde a la pareja tratante debe contar con la autorización de los padres y con autorización judicial.

1.8. Hipótesis

- **Hipótesis General**

Mediante el uso indebido de TERAS, afectan los derechos fundamentales del embrión humano, mujer tratante y de los terceros que participan en el tratamiento médico, por la falta de normatividad penal vigente, a nivel de la ciudad de Lima Metropolitana, entre los años 2018 – 2019

- **Hipótesis Específicas**

- a. Existen mecanismos jurídicos penales, de cómo calificar el delito de manipulación genética en las diferentes modalidades de Uso indebido de las TERAS.
- b. Se tiene una alta incidencia de delitos penales que se generan del uso indebido de TERAS.
- c. El uso indebido de TERAS, vulneran gravemente a los derechos fundamentales del embrión humano, mujer tratante y de los terceros que participan en el tratamiento médico.
- d. La falta aplicativa de una adecuada fiscalización y control, en los centros especializados y médicos genetistas, propenden a que se efectúen actos ilícitos con uso indebido de las TERAS.
- e. La aplicación de las técnicas de reproducción asistida (TERAS), se desarrollan exclusivamente en nuestro país a través de Clínicas Privadas Especializadas, con una regulación jurídica penal específico.

- f. Se tienen implicancias penales y sociales muy negativas con la tipificación de las diferentes modalidades ilícitas en el uso indebido de las TERAS.
- g. El ser humano comienza su existencia desde el momento en que se desarrolla la fecundación artificial – asistida, lo que le atribuye la relevancia jurídica a la vida humana.
- h. Se le atribuye el status jurídico del embrión humano, desde que se inicia el desarrollo del proceso irreversible de creación de una nueva vida humana; después de la fecundación del óvulo femenino por el espermatozoide masculino donado.
- i. La aplicación de la transferencia embrionaria que no corresponde a la pareja tratante, debe contar obligatoriamente con la autorización de los padres y con la autorización judicial correspondiente.

II. MARCO TEÓRICO

2.1. Marco Conceptual

a) Teoría de la Fecundación

Esta teoría se constituye en la principal doctrina biológica especializada en que se ha basado el Tribunal Constitucional a través de la sentencia del Expediente N° 02005- 2009-PAT, para proteger los derechos fundamentales de la vida e integridad de los embriones humanos como de los concebidos finales por reproducción asistida artificial; en que se tiende a considerar que la vida humana comienza desde la unión combinatoria de las células reproductoras tanto del sexo masculino (espermatozoide) con el óvulo femenino.

Creándose al embrión humano como parte o elemento inicial de la vida humana, cuya eliminación o degradación atentan directamente contra la existencia humana, en todos los aspectos de carácter biológico y físico como psico-biológico del embrión humano, atentándose a por ende contra la dignidad humana en tal sentido.

El Embrión Humano, es el elemento viviente que tiene derecho a la vida y dignidad humana durante el proceso de fecundación, y por ende al término de dicho proceso, ya se tiene un ser humano en desarrollo evolutivo hasta su concebimiento, teniendo plenamente derechos fundamentales acreditables como se puede reconocer a todo ser viviente humano; siendo esta noción considerada a nivel de la doctrina constitucional latinoamericana, y que el TC ha desarrollado a través de la doctrina constitucional pertinente.

Asimismo, se ha concordado debidamente con lo contemplado en el Artículo 1 de la Constitución Política de 1993 y el propio Art. 1 del Código Civil de 1984, que han reconocido que la vida humana se considera desde la concepción del nuevo ser viviente, que se origina desde la fase de fecundación, y que a partir de ese momento requiere de la protección jurídica – constitucional del Estado Peruano.

Existen diversos nombres con que se puede denominar e identificar al embrión humano, tal como señala Coll (2006), quien considera que “en cuanto que se le puede conocer como cigoto, mórula, pre-embrión, blastocito y/o feto”; los cuales vienen a ser solamente fases temporales en el desarrollo evolutivo de un ser humano individual y único.

De la teoría mencionada, trasciende desde que se da tanto el origen de la célula embrionaria en torno a un óvulo fecundado, hasta que llega a alcanzar un cierto grado de madurez del ser fetal, ya desde dicho estado llegan a tener plena vida y dignidad humana, y que a pesar de que tales elementos vivientes se conciban por prácticas de TERAS, ya se tratan de elementos humanos vivientes con la suficiente dignidad existencial en que se les debe reconocer los derechos constitucionales y por ende todo acto de manipulación y eliminación de dichos seres es una afectación grave al proceso de desarrollo de la vida humana.

b) Teoría de la Anidación

Esta teoría que sostiene acerca de que la vida humana comienza desde la anidación o colocación del óvulo fecundado en el útero materno, y que por lo cual se debe considerar como origen biológico de la vida humana, lo que resulta científicamente limitado de que el embrión anida o adherido al útero femenino,

al término del 7^{mo} día, sea considerado como el momento en que se inicia la vida humana.

En este momento, el embrión surge desde la fecundación propiamente dicha, y el traspaso al útero es solamente un procedimiento natural o hasta artificial que se pueden realizar con las TERAS de fecundación in vitro; ya que en sí la célula embrionaria va desarrollándose desde la plena fecundación, y solamente continúa el proceso evolutivo con la anidación.

c) Teoría de la Formación del Sistema Nervioso Central

La teoría referida se basa en que la vida humana comienza con la primera demostración de existencia de vida y reacción cerebral en el embrión humano, que se debe dar tras cuarenta y ocho días después de la fecundación; tratándose así de otra teoría que tiende a no reconocer que el proceso de la vida humana comienza desde la misma fase de fecundación, y que por ende se tienda a reducir la capacidad de existencia de la vida humana del embrión desde que adquiriera una primera capacidad de desarrollo cerebral, sin tenerse en cuenta que el proceso de la vida de todo ser humano viviente comienza desde la misma fecundación.

A este respecto, por lo que considerarse que la vida comienza desde que el embrión desarrolle una primera acción cerebral, es desconocer que la vida se origina desde la fecundación, y por ende se resta o limita la importancia de los derechos fundamentales de la vida y dignidad humana del elemento viviente que se origine del proceso inicial de fecundación.

Estatuto Ontológico del Concebido

Hoy en día, pese a tenerse diversas teorías acerca del concebido, estas no llegan a basarse en una perspectiva integral, ya que meramente se tiende a considerar que se trata de un conjunto de elementos celulares, al nivel que se le aprecia como una célula fecundada, sin derechos fundamentales e inalienables, sobre los cuales se pueden realizar cualquier tipo de manipulación o afectación a la integridad de los embriones humanos.

De esta forma, desde el enfoque ontológico se sostiene que el embrión humano viene a ser el elemento fundamental de la bioética, y que pone en cuestión el carácter universal e inviolable de sus derechos constitucionales. Desde una perspectiva ontológica, si bien al embrión no se le puede denominar directamente como un ser humano, pero se le puede nivelar como un elemento vital para el proceso de desarrollo de la vida.

Por esto, se le debe extender los derechos fundamentales inherentes a una persona humana, como el respeto a la vida, consideración de la integridad y el de la dignidad para efectos de que el embrión humano tenga una existencia digna y garantizable, que asegure plenamente la subsistencia de aquel para la plena consolidación a futuro de la vida de la persona humana que corresponda.

a) La Persona Humana

Si bien desde una concepción ontológica, una persona humana debe integralmente consistir en un ser que contemple los aspectos de carácter racional, psicológico y de plena capacidad física para el desenvolvimiento social requerido; siendo que en el caso del embrión humano, si

bien no puede llegar a expresar la racionalidad requerida, pero posee una cierta integridad física como neuro-psicológica que debe protegerse debidamente para efectos de asegurarse a plenitud el desarrollo evolutivo de la persona en crecimiento.

Asimismo si bien se tiende a considerar que toda persona humana, debe poseer la innata capacidad de dar con el pleno ejercicio del goce de los derechos fundamentales, que puede integrar tanto el cuerpo y la capacidad psíquica, como elementos integrables que se deben desarrollar inseparablemente desde la propia concepción; asimismo el embrión humano también llega a tener plena capacidad de sustantividad propia, en cuanto a cierta integridad física y una determinada calidad de desarrollo personal como psicológica.

b) La Dignidad de la Persona Humana

Se trata de una calidad de dotación intrínseca que debe considerarse en toda persona, y propiamente como una de las características extrínsecas más profundizadas del ser humano, que debe ser manifestable de la persona propiamente dicha, y que la pueda hacer expedita en su relación interactiva con otras personas, dada la relevancia individual que puede llegar a poseer en sí.

La calidad de digno es una capacidad innata que posee todo ser humano viviente, en su propia condición de asegurarse la esencia y existencia del ser humano y en forma simultánea, en llegar a darse con el debido ejercicio del actuar social de toda persona humana, en que se pueda ejercer desde el momento propio de la concepción.

La cual no puede ser contradecida ni afectada; siendo así propiamente extensible para toda persona humana, y por ende también para los elementos humanos determinantes en el desarrollo y consagración de la vida humana por ejercitarse en sí, por lo que es fundamental considerarse al embrión humano como un ser viviente con dignidad humana, a fin de que se pueda llegar a consolidar como una persona con vida íntegra.

c) Concebido y Persona Humana

Si bien en nuestro país, se tiene una fuerte posición doctrinaria de que el concebido sea considerado como un sujeto de derecho, pero no como una persona íntegra; pero al constituirse en un elemento vital para el desarrollo de la vida humana, le es alcanzable el carácter de digno; lo que, en sí el TC peruano, si bien ha considerado una diferencia explícita entre concebido y persona, a través del Expediente N° 4972-2006-PA/TC.

Acá se llega a manifestar que toda persona humana es reconocida como tal tras haber nacido, mientras que el concebido es el individuo que aún está por nacer, siendo que ambos llegan a trascender como titulares principales de ejercicio de los derechos fundamentales; por lo que se debe considerar a todo concebido como sujeto titular de derechos fundamentales, que necesita la protección jurídica requerida para asegurarse su pleno desarrollo antes de su nacimiento, y después de aquel.

Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TERAS)

Según el jurista nacional Varsi Rospigliosi, las TERAS se han venido aplicando de manera intensiva contra la infertilidad en los países desarrollados desde finales del siglo XX, y en el Perú recién se haría conocido desde mediados de la primera década del Siglo XXI hasta la actualidad; habiendo resultado así imposible en regularse las TERAS en el Código Civil Peruano de 1984, ya que no se tenían los fundamentos doctrinarios suficientes, ni las experiencias como la jurisprudencia requerida, y tampoco se tenía la demanda social y jurídica como actualmente se tiene para exigirse su tratamiento y regulación jurídica dentro del código civil o en una ley especial pertinente.

Hoy en día en el Perú, aún no se cuenta con una normatividad especial sobre las técnicas de reproducción asistida, ya que los estudios doctrinarios hasta el momento, y la jurisprudencia desarrollada por el Tribunal Constitucional sobre el reconocimiento de los derechos constitucionales del concebido, y en que se tenía una sentencia judicial que ha resuelto sobre una casuística de maternidad subrogada; se puede llegar a sostener en sí que el desarrollo a nivel doctrinario, jurídico y jurisprudencial en el Perú, es todavía limitado en el Perú.

Conceptos principales sobre los Delitos Genéticos

Entre los conceptos doctrinarios más esenciales sobre los Delitos Genéticos se tiene que vienen a ser el conjunto de modalidades ilícitas que atentan directamente contra el patrimonio de origen genético, el normal desarrollo y formación genética de la especie humana desde su etapa fecundable como embrión y contra el genotipo humano; constituyéndose en modalidades delictivas de ilícito con carácter pluriofensivo que pueden llegar a afectar diversos bienes jurídicos esenciales de

los seres humanos, tales como el derecho a la dignidad humana, vida, la integridad y a la propia personalidad humana.

Más aun tratándose de delitos basados en el mal uso de las TERAS que pueden afectar diversos bienes jurídicos sobretodo de los embriones humanos que sufren desde la etapa de fecundación, al ser vulnerados en sus derechos de la dignidad y vida humana, por haber sido sometidos a métodos procedimentales derivados de las TERAS, como son la depuración, crioconservación y eliminación de grandes cantidades de embriones humanos, tratados en una calidad poco digna como material sobrante de operaciones de fecundación artificial asistida.

De acuerdo a la doctrina jurídica - penal comparada, según Rospigliosi (2001), afirma que: el delito genético viene a ser todo aquel ilícito que llega a implicar la manipulación indebida de los genes humanos, en que pudiéndose dar con la alteración del genotipo humano con fines diferentes al tratamiento eliminable de defectos o enfermedades graves.

Además, para que también se pueda llegar a considerar como otra modalidad delictiva en lo concerniente al uso irregular de las TERAS que pueden afectar a los derechos constitucionales del embrión humano, así como en cuanto a la incidencia delictiva del ilícito de la fecundación de óvulos humanos con fines diferentes a la procreación, además de cometerse actos de clonación orientada en la plena selección discriminatoria de la raza humana y en torno a los casos de reproducción asistida a una mujer víctima que no haya llegado a dar su consentimiento (p. 52).

Consideraciones Importantes de Derecho Genético

La Genética y el Estudio de los Genes: Hablar de genética humana supone adentrarse en un complejo mundo de insólitas consecuencias. Cabe deducir que es y será en el futuro el sector de la Medicina de mayor trascendencia, debido a la repercusión de los experimentos científicos genéticos para la resolución, entre otros, de problemas relacionados con la mayor parte de las enfermedades mortales o de consecuencias inhabilitantes para un perfecto desenvolvimiento de la vida de los seres humanos.

Como señala el jurista europeo Eser (1986), sostiene que "no puede tratarse aquí de dar pábulo a una inocente enemistad frente a la tecnología, sino asegurarse de los posible riesgos y correspondientes precauciones, antes de que nos deslicemos sin darnos cuenta hacia avances científicos que puedan mostrarse como un camino sin retorno" (p. 1140).

Fundamentación e Importancia del Derecho Genético: El Derecho Genético como tal es reciente. En una primera etapa se le consideró como un Derecho de excepción aplicable sólo a los seres humanos, en lo pertinente a su identidad a efectos de determinar una paternidad. Luego amplió su ámbito de aplicación a las técnicas de reproducción humana asistida siendo, posteriormente, utilizado para ceñir los principios del inicio de la vida humana.

Finalmente, la integridad humana se vio fortalecida por las nuevas orientaciones que otorga la ciencia genética. Sin embargo, es de señalar que el derecho genético no se agota en el ser humano sino que tiene una relación esencial con toda la materia viva esto es, dentro de su ámbito de aplicación se

encuentra el estudio de los animales y plantas, a los que les ofrece una protección.

El desarrollo de las prácticas genéticas de TERAS ya no es extraño en el Perú; ya que las clínicas de especialización genética actualmente, ya vienen aplicando instrumentos técnicos para desarrollarse pruebas de identificación biológica a través del examen genético de ADN, y entre otras técnicas aplicativas.

El bien jurídico protegido contra los delitos genéticos, es el genoma humano (cigoto, embrión) frente a toda acción operativa – genética, en que se sea el uso indebido de técnicas manipulables que pueden vulnerar los derechos fundamentales del embrión humano.

La Manipulación Genética

Se trata del conjunto de procedimientos genéticos que siendo prohibitivos pueden afectar perjudicialmente con modificar negativamente el estado y las características genéticas del embrión humano como ser viviente, sea en su integridad como en sus componentes; y que asimismo desde el enfoque moralmente, resultaría contraveniente el concepto de manipulación genética, al ser definido como la intervención o instrumentación directa que puede alterar indebidamente el organismo humano de los seres a ser clonados, trayendo consecuencias dañinas y variando su esencia natural.

La Manipulación Genética sobre las Técnicas de Reproducción Asistida (TERAS), y la Vulneración de los Derechos Constitucionales de los Embriones Humanos

La controversia actual sobre la vulneración de los derechos constitucionales de los embriones, considerados como seres humanos vivientes o en calidad de persona humana desde el enfoque del derecho constitucional peruano y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional; dándose la vulneración de los derechos fundamentales de los embriones.

Estos relacionados con los derechos a la dignidad humana, a la vida como a la integridad; por los efectos consecuentes de las prácticas negativas, deshumanizadoras y anti-éticas de las Técnicas de Reproducción Asistida que se llevan a cabo en Clínicas Privadas Especializadas y por Médicos Especialistas que no llegan a valorar la condición viviente de los embriones humanos

Esto, al someterlos conscientemente a procedimientos de fecundación asistida que implicará técnicamente la muerte de un alto porcentaje de embriones empleados al respecto durante el proceso, así como durante la etapa post – procedimental de la TERA que se haya aplicado, pasando a ser considerados los embriones que hayan sobrevivido al proceso de fecundación artificial, como objetos o material genético manipulable para ser crio-conservados o congelados, a fin de ser empleados para experimentos indebidos o en posteriores prácticas de TERAS.

Conforme a la experiencia peruana, se llega a tener que en la actual práctica médica – genética que realizan las clínicas especializadas en TERAS, al basarse en la legislación sanitaria establecida en el Artículo 7 de la Ley General de Salud que permite el uso de las técnicas de reproducción asistida, para toda persona que recurre a las mismas para el tratamiento de su infertilidad, y para que pueda procrear hijos artificialmente.

Esto sin considerar la fundamentación y protección por parte del derecho constitucional sobre el derecho a la vida desde la concepción, conforme a la Teoría de la Fecundación de que la vida humana comienza desde el proceso de fusión del espermatozoides con el óvulo femenino, dándose inicio al origen de la vida humana con la formación inicial del embrión en etapa como célula cigoto; y sobre la condición de persona del embrión humano que se va desarrollando.

Al respecto, los que los médicos especialistas en TERAS consideran como un objeto carente de derechos, y que son meramente manipulables para las actividades procedimentales de desarrollo de procesos de fecundación artificial, en que los especialistas, con fines lucrativos, usan el mayor número de embriones para lograr hacer una selección discriminatoria de los mejores embriones para una supuesta fecundación in vitro o inseminación artificial que produzca seres humanos o hijos con características biológicas – físicas perfectas y sin ninguna enfermedad.

Aunado a esto, el efecto residual de estas técnicas, es muy grave dado que una alta cantidad de embriones llegan a ser destruidos o mueren a consecuencia de los procedimientos técnicos de fecundación que al ser In Vitro, “en que se crea mediante un proceso físico-químico en tubos de ensayo el ambiente o entorno para la formación del embrión, este tiene altas probabilidades de tener defectos en su estructura fisiológica y de desarrollar enfermedades congénitas; y que al ser insertado artificialmente en el útero materno se tiene la probabilidad negativa al 95% de que no llegue a sobrevivir” (Hidalgo, 2002).

Siendo por ello que se emplean altas cantidades de embriones fecundados artificialmente en las TERAS, para el efecto de asegurarse un descarte de embriones que no sobrevivirán al proceso y que morirán durante la inseminación; siendo esto plenamente conocido por los médicos especialistas que ejecutan dichos procedimientos técnicos – artificiales.

Asimismo se tienen otras situaciones negativas en torno a la indebida manipulación genética sobre los embriones humanos al término y después de la ejecución de las TERAS; teniéndose en cuenta que al culminarse el respectivo proceso de fecundación asistida, y al tenerse una cantidad determinada de embriones residuales o despectivamente llamados por los especialistas genetistas como embriones sobrantes, se induce a las madres genéticas a que dichas células embrionarias deben ser eliminadas, al no ser empleadas durante el desarrollo del procedimiento TERA.

Finalmente, es decidido por parte de ambos sujetos (Médicos Genetistas y Madres pacientes) que los embriones sean destruidos, sin consideración ni preocupación alguna de que son seres vivos y que la legislación constitucional peruana los protege como personas con los derechos fundamentales que compete.

En otros casos se tiene también, que después del desarrollo de la correspondiente operación de fecundación artificial, y al tenerse cantidades sobrantes de embriones que llegan a sobrevivir del proceso de fecundación in vitro o de la inseminación, dichas células son directamente puestas en crio-conservación o en estado de congelación, constituyéndose también en un grave atentado contra la integridad de los embriones.

Ya que estos, son sometidos a altos grados excesivos de congelamiento bajo el supuesto de mantenerse su estado conservable para posteriores servicios y procedimientos de reproducción asistida; pero que en realidad dicha técnica de crio-conservación se constituye en un procedimiento de descarte y eliminación progresiva de embriones, ya que a un plazo de tiempo determinado cuando se necesitan para una actividad de TERA.

Para la aplicación de la técnica, se les extrae del tanque de congelamiento y se evalúa qué embriones están aptos para someterse al proceso respectivo, teniéndose que generalizadamente un menor número de embriones, en razón del 3% o 4%, pueden ser

empleados para el desarrollo de la TERA, mientras que el resto de embriones son automáticamente destruidos.

A posterioridad se seguiría continuando con esta vulneración de los derechos fundamentales de los embriones humanos a nivel de toda práctica médica – genética especializada de TERA, que hasta hoy en día se sigue dando de manera agravada, ya que no solo se trata de la eliminación selectiva de embriones, sino también de que estos sean sometidos a experimentos indebidos.

A pesar que desde 1970 todas las Constituciones Políticas de los Estados en el mundo reconocían el derecho a la vida desde la etapa de concepción, siendo recientemente a partir del año 2009 en que en nuestro país se reconoce de manera más explícita el derecho a la vida e integridad del concebido desde la misma fecundación (de embriones en este caso), conforme a lo aportado por el Tribunal Constitucional en su expediente N° 2005-2009-PA/TC – Lima, en torno a la fundamentación del origen de la vida y la concepción humana, acorde a la Teoría de la Fecundación.

Haciendo un desglose de la problemática general descrita anteriormente, en cuanto a las situaciones críticas o de problemas específicos que se dan en torno a la eliminación sistemática de los embriones humanos por ejecución experimental y deshumanizadora de las TERAS, además de las implicancias negativas que generan; cabe considerar lo siguiente:

- A. El ejercicio del servicio de TERAS, por sí mismo constituye una actividad de riesgo para la concepción humana por medio artificial, considerando los procedimientos y técnicas complejas que se deben realizar al respecto, y que incide en una manipulación de los embriones humanos como meros objetos o material de descarte para los procedimientos de fecundación in vitro o de inseminación artificial.

En el caso peruano de las clínicas privadas dedicadas al servicio referido, se llegan a ejecutar los procedimientos de fecundación asistida con fines y criterios altamente experimentales en el uso y manipulación de los embriones fecundados, sin tenerse en cuenta los patrones y exigencias éticas – constitucionales en la defensa de las células embrionarias como seres vivos; llegándose a tener así que por afán lucrativo y de exacerbo científico de los especialistas genetistas.

Estas tienden a emplear grandes cantidades de 6 a 10 embriones para la fecundación in vitro, conociendo que la mayoría de estos al ser creados por fecundación in vitro tendrán defectos o problemas de enfermedades congénitas, y que, al darse la inseminación en el útero de la madre, se ocasionará la muerte del 62% de estos embriones, además de los riesgos que el concebido a procrearse artificialmente llegará a tener enfermedades congénitas tras el proceso.

- B. La ejecución de las TERAS viene teniendo un creciente desarrollo en la práctica médica en el Perú, y que a pesar que, a nivel internacional del derecho comparado y la jurisprudencia extranjera, ya se ha venido regulando y estableciendo las bases jurídicas – normativas sobre las garantías que debe tener el ejercicio de los procedimientos de fecundación asistida conforme a las exigencias del derecho constitucional, civil, penal y hasta administrativo.

En Perú, es muy incipiente la legislación correspondiente, ya que no existen leyes y reglamentos concretos que regulen la actividad de los centros o clínicas que realizan las TERAS; y mucho más negativo aún a pesar que las disposiciones normativas sobre la protección de los derechos fundamentales contemplados en la Constitución Política vigente de 1993.

Estos deben ser considerados y priorizados por todo ciudadano peruano incluyendo aquellos que ejerzan prácticas médicas especializadas como la inseminación artificial, al momento de darse fecundación a los embriones, así como durante el proceso de trasplante in vitro de la cantidad necesaria de embriones, y tras el término del proceso sobre todo cuando exista la posibilidad de embriones sobrantes, ante lo cual el médico debe priorizar el derecho a la vida e integridad de los mismos.

Los médicos que se dedican a la aplicación de las TERAS deben tener presente que en la Constitución Política de Perú, en su artículo 2 inciso 1 establece en forma general que el concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece; por lo que tienen que aplicar el criterio de que el embrión merece ser considerado como una vida humana en formación, haya sido su origen biológico o artificial, y que como tal se deben aplicar los procedimientos adecuados para asegurar la conservación de los embriones.

Aunque, en la realidad a nivel general de la praxis médica adoptada en las clínicas privadas, no se tiene noción ni consideración de los derechos constitucionales del concebido y se sostiene que el embrión es un producto desechable o carente de derechos esenciales; lo que da un sentido de ejercicio inconstitucional de las técnicas y procedimientos de la reproducción asistida.

- C. Conforme a las experiencias dadas en clínicas privadas de TERAS, según aportes y hasta denuncias por juristas especializados en Derecho Genético, como inclusive por profesionales de intachable ética médica, y por ONG's protectoras de los derechos de la vida; la actividad médica que se realiza generalmente en la ejecución de los procedimientos de fecundación in vitro, consiste en cuanto una vez habiéndose obtenido la fecundación de los embriones.

Se hace el trasplante básico de inseminación al útero materno de entre cuatro a seis embriones para asegurar la formación de un ser con las máximas garantías de salud y procreación; pero que en innumerables casos por criterios científicos y médicos del especialista solamente llega a considerar el uso de cuatro embriones; lo que al darse finalmente el término del proceso.

Para hacerlo, el médico llega a disponer de los embriones sobrantes asumiendo criterios anticonstitucionales como de destruirlos o desecharlos, de conservarlos para someterlos a experimentos indebidos, o hasta de congelarlos en forma temporal para que en un breve plazo de crioconservación, estos embriones sean eliminados definitivamente.

Se cuestiona así consecuentemente el procedimiento de crioconservación que se llega a aplicar en las clínicas privadas, ya que se fijan criterios y reglamentos internos que condicionan la existencia o impiden la conservación a largo plazo de los embriones fecundados, sin considerarse los derechos constitucionales al respecto de la vida del concebido en forma embrionaria.

Además, se tienen las implicancias negativas sobre la falta de una legislación que controle y garantice auténticamente la técnica de crioconservación, en cuanto a que nuestro país aún no posee un Banco Genético o de Reserva de

Embriones, ya que su implementación daría la necesaria promulgación de leyes y reglamentos para los Centros de TERAS, asunto que estas clínicas hasta el momento son muy renuentes a promover y aceptar, ya que ofrecen el servicio con fines lucrativos y les puede afectar sus ingresos.

- D. La falta de una legislación exhaustiva y precisa sobre la administración, garantías y ejercicio formalizado de las TERAS en Clínicas Privadas; mantiene el riesgo latente de que se lleguen a cometer actos de negligencia en la manipulación de los embriones que pueda ocasionar tras el proceso de reproducción asistida, que el concebido llegue a tener diversos males congénitos o graves enfermedades derivadas.

En relación a lo acotado, que la clínica responsable trate de aprovechar el desconocimiento por parte de la pareja de padres acerca del procedimiento efectuado, sustentando haber realizado supuestamente todas las pruebas y presentando la documentación correspondiente, a fin de no asumir responsabilidad por daños y perjuicios causados a la pareja, y principalmente al proyecto de vida del concebido y de sus derechos constitucionales en sí.

Un caso importante a tener en cuenta al respecto, es sobre la controversia y demanda que había presentado el 11 de noviembre del 2010 la pareja de esposos Ana María Rodríguez Idrogo y Walter

Gonzáles, procedentes de la ciudad de Trujillo, contra la Clínica Privada Concebir en Lima.

Quienes demandaron por acto negligente al Dr. Ivo Vlásica al no haber realizado todas las pruebas necesarias de diagnóstico para asegurar que las dos gemelas se concibieran en buen estado de salud y sin problemas congénitos, lo que no se llegó a dar plenamente ya que una de las gemelas tras nacer presentaba síndrome de Down y graves males congénitos.

Enfermedades, que no eran esperadas según el diagnóstico original del médico, quien había acreditado que las enfermedades congénitas en caso de fecundación asistida de gemelos iban a ser los más mínimos posibles. Al respecto los demandantes sostuvieron que el médico Ivo Vlásica, no les había sometido a un "diagnóstico genético preimplantacional", lo que hubiese evitado que su hija de nueve meses, naciera afectada por una diversidad de males congénitos.

En cuanto a la contestación por parte de la Clínica Concebir, el médico especialista sostuvo que el proceso de inseminación artificial no se efectúa por medio de la selección genética de los mejores embriones; sino a partir de la formación de embriones con los cromosomas genéticos de los padres; señalando que se le había planteado a la paciente y a su esposo, la posibilidad de someterse a la referida prueba de diagnóstico, pero que ellos

se negaron por razones que no expusieron, lo que se constata en la historia clínica.

Asimismo, el médico señaló que la pareja firmó un documento en el que uno de sus acápite establecía que en el tratamiento de fertilización in vitro, existía un riesgo de 4 por ciento de posibilidades de que uno de los gemelos naciera con defectos físicos y mentales; especificando así que no hay posibilidades que se pudiera evitar alguna malformación, dado que los embriones vienen con una carga genética.

En un análisis conclusivo del caso referido, se tiene que hay responsabilidades compartidas; por una parte, de la pareja de esposos que no se sometieron a la prueba del diagnóstico genético preimplantacional, y que exigieron que para el proceso de fecundación asistida se seleccionara los mejores embriones para la inseminación que produjera a las hijas gemelas que solicitaban, no llegando a considerar en su debida importancia los padres sobre los riesgos del procedimiento.

Mientras que por parte de la Clínica Concebir llega a tener en cierta forma mayor responsabilidad, ya que no cumplió que una de las gemelas se concibiera con el menor grado de enfermedades congénitas, ya que por el contrario nació con males congénitos muy graves; y que a su vez se había hecho firmar a la pareja de esposos un documento o constancia, sin darse mayor información a los

padres, sobre los riesgos exactos que una de las gemelas llegaría a tener en sí.

Finalmente, como la clínica privada presentó toda la documentación necesaria, y se hizo palpable la falta de una mayor participación de los demandantes en haberse realizado las pruebas de diagnóstico, finalmente la demanda quedó desestimada; resultando mayormente desfavorecida la menor concebida con males congénitos, ya que se afecta su proyecto de vida, y por ende sus derechos fundamentales a una vida sana y digna.

Casuística y Jurisprudencia

Se debe considerar que en el Perú aún no se conocen casos de graves experimentaciones indebidas con TERAS, pero conforme ya se vienen aplicando las técnicas de reproducción asistida donde de manera derivada o hasta por decirse residual se manipulan los embriones humanos sobrantes de las operaciones de inseminación, atentándose contra la integridad y dignidad de dicho elemento humano en desarrollo, mediante técnica de crioconservación y experimentaciones prohibidas.

De igual manera, no se puede descartar de ninguna manera que ya se estén realizando experimentos y pruebas de ensayo de fecundación artificial de células embrionarias con fines de experimentación indebida no autorizada en nuestro país, por parte de clínicas especializadas en TERAS y profesionales de medicina genética que prestan sus servicios para fines indebidos y no acordes con la ética médica.

A. Casuística: Se tienen como casos relacionados al respecto, conforme a lo señalado anteriormente los siguientes:

1. Caso de la primera Bebé Probeta en el Perú, y el reconocimiento de sus derechos civiles

El 27 de Febrero de 1989 en el Perú, se dio nacimiento de la primera bebé peruana concebida por inseminación artificial in vitro homólogo, es decir de la unión de un óvulo y espermatozoide de una pareja de esposos. La concepción se realizó en Bogotá (Colombia), bajo la dirección del especialista Dr. Elkin Lucena, por cuanto la concepción en laboratorio requería de material quirúrgico sofisticado y personal médico altamente calificado, que todavía no se cuenta en el Perú.

Mientras que la gestación y el nacimiento, estuvo bajo la responsabilidad del Dr. Juan Coyoyupa Vega, médico peruano, con estudios especializados en reproducción humana asistida realizados en Estados Unidos. Actualmente la niña llamada Victoria, tiene una vida normal y ha recibido los servicios legales y espirituales debido a que como sostiene el Dr. Héctor Cornejo Chávez, en una entrevista efectuada, la pequeña tiene todos sus derechos, como si hubiera sido concebida normalmente, es decir derecho al nombre, filiación, sucesión, etc.

Este nacimiento sorprendió a la opinión pública nacional y a la propia normatividad jurídica, pues el Código Civil peruano no contempla esta situación, en razón como sostiene el referido jurista nacional, durante la etapa de la elaboración del Código de 1984 no se había presentado casos al

respecto, aunque en el Anteproyecto se hizo una referencia a la inseminación artificial.

La normatividad jurídica peruana no llega a tener una regulación concreta sobre la concepción de seres humanos por inseminación artificial, en razón de que las normas principales como la Constitución Política de 1993 y el Código Civil de 1984, solamente contemplan el derecho a la vida desde la concepción, sin hacer mención específica sobre la forma o momento de origen del ser concebido; siendo que solamente a nivel de la legislación sanitaria se hace un reconocimiento de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida para facilitar a las parejas imposibilitadas de concebir, tener hijos por inseminación artificial.

Por lo que cabe tener presente lo que se contempla fundamentalmente por la Resolución Ministerial N.º 729-2003-SA/DM del 20 de junio del 2003, que aprobó la ejecución del documento denominado “La Salud Integral; Compromiso de Todos – Modelo de Atención Integral de Salud”, que ha regulado en sí acerca del concebido por nacer, desde la fase de fecundación hasta antes de su nacimiento.

Asimismo, se debe tener en cuenta lo regulado en la Ley General de Salud (Ley 26842) y el Reglamento de Ensayos Clínicos aprobado por Decreto Supremo N.º 017-2006-SA que si bien regulan la prohibición de la fecundación de óvulos humanos con uso diferente a la procreación.

Además de la Resolución Ministerial N° 373-2008-TRA dictada en el marco de la Ley 28048 que restringe a aquellos agentes contaminantes de tipo físico, químico, biológico u otro que pueden llegar a generar riesgos críticos durante la ejecución de las operaciones de TERAS, para la salud de la mujer gestante y para la propia vida como desarrollo normal del embrión humano, durante el proceso de desarrollo fetal en pleno embarazo de la mujer bajo reproducción asistida; habiéndose así establecido una protección de concordancia de los embriones humanos durante el proceso de inseminación artificial en función con el derecho al ejercicio de la vida y protección de la integridad de los concebidos desde la fase de fecundación.

No obstante, lo señalado, es de absoluta relevancia puntualizar la no discriminación que el estatus de un embrión fecundado, pero no anidado no se encuentre ligado a un tema concerniente con la vida y tampoco estamos tomando posición respecto al debate de la ciencia respecto de las teorías del inicio de la concepción. Sin embargo, atendiendo a la relevancia de la materia, es que consideramos necesario recomendar que el Estado, a través de sus órganos competentes, estime debatir una legislación que responda al tratamiento que el derecho debe dar al embrión antes de su anidación.

2. Caso de la denuncia en la aplicación de Fecundación in Vitro, contra la Clínica Concebir

El 11 de noviembre del 2010, se dio a conocer públicamente, la denuncia interpuesta por la pareja de esposos, Ana María Rodríguez Idrogo y Walter Gonzáles; sobre el supuesto acto

de negligencia cometido por la Clínica Concebir (en el distrito de San Isidro) al ejecutar el proceso de inseminación artificial para el concebimiento de dos hijas mellizas.

La denuncia trata de que dicha pareja había pagado un monto de US \$15,000 para que se efectuara dicha técnica de reproducción asistida con la selección genética de los mejores embriones, y que el médico a cargo del proceso no cumplió debidamente con las expectativas de los padres, además de que no informó debidamente los riesgos del proceso de inseminación.

La pareja denunció al médico Ivo Vlásica, por no haberles dicho que debían someterse a un "diagnóstico genético preimplantacional", lo que según creen hubiese evitado que su hija, de nueve meses, naciera afectada por una diversidad de males congénitos que ahora le impiden llevar una vida normal, a diferencia de su hermana melliza, quien también nació por fecundación in vitro el pasado 24 de enero.

En cuanto a la declaración de parte de la Clínica Concebir, el médico especialista Ivo Vlásica sostiene que el proceso de inseminación artificial no se efectúa por medio de la selección genética de los mejores embriones; sino a partir de la formación de embriones con los cromosomas genéticos de los padres; además de señalar dicho médico que sí les planteó a la paciente y a su esposo, la posibilidad de someterse a la prueba en cuestión, pero ellos se negaron por razones que no expuso, al indicar que están incluidos en la historia clínica y que solo se revelan por orden judicial.

El galeno sustenta además que Ana María Rodríguez y Walter Gonzáles firmaron un documento en el que uno de sus acápites señala que en el tratamiento de Fertilización in Vitro, existe un riesgo de 4 por ciento de posibilidades de que un niño nazca con defectos físicos y mentales; especificando así que no hay posibilidades que puedan evitar alguna malformación, dado que los embriones vienen con una carga genética. Asimismo, se refirió que la clínica brindó a los pacientes asesoría psicológica y legal, y que por medio de estas, se les había explicado en qué consistía todo el procedimiento de fertilización.

La paciente Ana María ratificó que la Clínica "Concebir" nunca le mencionó la posibilidad de someterse al diagnóstico genético preimplantacional. Afirmó además que no firmó el documento al que alude el especialista, más bien señaló que la clínica no cumplió con lo que habían ofrecido, cuando solicitaron el tratamiento de fertilización in vitro. La madre, de 27 años, asegura que el problema no es que su hija Mariana haya nacido con Síndrome de Down, sino los males congénitos que la aquejan.

Se tiene conforme al análisis de los argumentos referidos, que los pacientes alegan haber pagado por una selección genética que asegurara los mejores embriones y con ello poder concebir dos hijas mellizas en buenas condiciones de salud; pero que en realidad han formulado una denuncia errónea, ya que sí fueron informados acerca del procedimiento de inseminación artificial que se iba a ejecutar, y conocieron de los riesgos del proceso, de que una de las hijas podía tener potencialmente males congénitos o defectos graves.

A la vez de que por decisión propia no decidieron someterse a las pruebas genéticas exigidas considerando que ambos padres ofrecieron sus cromosomas genéticos sabiendo de los problemas que tenían para concebir como de los presuntos males genéticos que tuvieran, y que no llegaron a seguir el proceso hasta su culminación, ya que una vez implantados los embriones decidieron retirarse a su lugar de procedencia (Chiclayo), en espera de los concebidos in vitro.

Pero también cabe considerar que hay responsabilidad al respecto por parte de la Clínica Concebir, dado que si dicha entidad médica se había comprometido y asegurado en garantizar el concebimiento de dos seres humanos en perfectas condiciones de salud, debiendo realizar una selección genética exhaustiva, ha incurrido en la infracción de no haber informado debidamente a los pacientes.

Y además, no ofreció el servicio que prometió a los padres de este caso, debiendo en todo caso realizarse una reparación civil, dado que la clínica estaba en el deber de poder anticipar los riesgos en un ser concebido in vitro, en lo que refiere a los riesgos graves que pudieron haberse detectado y evitado, ya que actualmente la hija afectada, Mariana, sufre una serie de males congénitos muy críticos de lo que el médico había planteado a los pacientes, antes de ejecutar el proceso de inseminación.

Este caso en sí, también denota un grave problema de la falta de regulación legal sobre la ejecución específica del proceso de Fecundación In Vitro de los denominados Bebé Probeta, y en lo que respecta sobretudo de los derechos y

obligaciones de las partes intervinientes en el proceso, tanto de los padres, el médico especializado o clínica, y del concebido por fertilización asistida respectivamente, ya que no hay leyes ni protocolos médicos que regulen las técnicas de reproducción asistida, considerándose que hay normas sanitarias donde se regula generalmente la aplicación y aportes de dichas técnicas sin tratarse el procedimiento en sí.

En el caso de los esposos Ana María Rodríguez (26) y Walter González (40), quienes en mayo del 2010 se sometieron a un proceso de fertilización asistida en la clínica Concebir, según registros médicos de dicho instituto, el procedimiento que se realizó in vitro concluyó sin contratiempos y ambos padres regresaron a su natal Chiclayo para aguardar la llegada de sus mellizas, Silvana y Mariana. Esta última nació con síndrome de Down y afecciones cardíacas y pulmonares congénitas.

El doctor Luis Noriega, director de Concebir, aseguró que en todo momento se informó a la pareja sobre las etapas, diagnósticos necesarios y riesgos del proceso. El embrión es un producto de los cromosomas dados por los padres, posteriormente a la paciente se le implantan los dos únicos embriones que se fecundaron; no habiendo manipulación genética, ni posibilidad de desechar al embrión por alguna discapacidad.

El referido médico sostiene que, como ni las leyes ni los protocolos médicos peruanos regulan métodos como este, su institución sigue los parámetros de la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida, que recomienda

la implantación de no más de tres embriones fecundados, así como la preservación (por congelación) de aquellos embriones que no llegarán al vientre materno.

Para el jurista Carlos Mesía, miembro del Tribunal Constitucional (TC), el problema está precisamente en la falta de regulación para el tratamiento de los bebés probeta. La Constitución protege la vida desde su concepción, pero falta regular el tratamiento de los bebés probeta, resultando ser hasta el momento un conflicto ético y constitucional.

B. Jurisprudencia: A nivel de países desarrollados como Estados Unidos y de Europa principalmente se llega a tener una diversidad de casuísticas jurisprudenciales al respecto en materia de derecho genético sea de ámbito aplicable en su relación con derecho civil, derecho penal, administrativo o sanitario; por lo que a continuación analizaremos las siguientes jurisprudencias principales:

Sentencia del Tribunal Constitucional Español (212/1996, de 19 de diciembre de 1996) sobre el recurso de inconstitucionalidad de la ley de reproducción asistida (42/1988, DE 28 DE DICIEMBRE)

Mediante esta sentencia emitida por el Tribunal Constitucional Español en diciembre de 1996, en que se desestimó la demanda de 79 diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso de España sobre la Ley Nº 42/1988 de Reproducción Asistida; formulándose en los argumentos de inconstitucionalidad sobre dicha ley por su supuesto carácter prioritario de fomentar el uso comercial y de investigación excesiva de material viviente (embriones y

fetos) en proceso de desarrollo genético y de vida para el concebido, para fines no terapéuticos o de no empleo para los procedimientos de reproducción asistida.

Además de la supuesta confusión de los tipos de embriones a emplearse para los fines competentes, dejándose en duda sobre si dicha ley tenía en cuenta una verdadera protección de la vida humana del concebido desde la etapa de fecundación en sí; o se orientaba mayormente a promover las actividades especializadas genéticas con fines solamente de investigación médica.

Definición de Términos Básicos

Delito Genético

Conducta ilícita de sujetos vinculados a la actividad científica y experimentación genética que manipulan técnicas derivadas que pueden atentar contra la integridad y dignidad de la persona y en forma crítica sobre la misma existencia e integridad de la formación de la especie humana.

Clonación

Reproducción exacta de un individuo pluricelular a partir de una célula somática. Se usa en ganadería y en la agricultura. La clonación humana ha sido prohibida por razones éticas; reproducción o copia de servicios, servidores, configuraciones, aplicaciones, etc.

Delito

Es aquella conducta que hace imposible o pone en grave peligro la convivencia y la cooperación de los individuos que constituyen

una sociedad; conducta humana correspondiente al tipo descrito por una norma penal.

Inseminación Artificial

Es un método para tratar la infertilidad de la pareja cuando el varón no es fértil. Se aplica espermatozoides procedente de un donante, en la vagina de la mujer, cerca del cuello uterino, para fertilizar el óvulo.

Manipulación Genética

Formación de nuevas combinaciones de material hereditario por inserción de moléculas de ácido nucleico, obtenidas fuera de la célula, en el interior de cualquier virus, plásmido bacteriano u otro sistema vector fuera de la célula. Al referirse al proceso en sí, puede hablarse de manipulación genética, ingeniería genética o tecnología de ADN recombinante. También admite la denominación de clonación molecular o clonación de genes, dado que la formación de material heredable puede propagarse o crecer mediante el cultivo de una línea de organismos genéticamente idénticos.

Inseminación Artificial (IA)

La Inseminación artificial (IA) viene a consistir en una TERA que consiste en introducir la célula reproductora masculina (espermatozoide) del varón donante, en el óvulo germinal - fecundable femenino por medio de una operación técnica de fecundación asistida.

Inseminación Artificial Homóloga o Interconyugal (IAC)

Técnica mediante la cual, el proceso técnico de fecundación artificial se realiza en función del máximo aprovechamiento del

material genético que puede donar el sujeto masculino de la pareja conyugal, al proporcionar altas cantidades de semen reproductivo para asegurarse la reproducción asistida en la pareja femenina conyugal no generándose problemas conflictivos en torno a la alteración de las funciones paternas correspondientes ni tampoco se tenderá a afectar a la identidad del concebido tras su posterior nacimiento.

Inseminación Artificial Heteróloga o Supraconyugal (IAD)

Se trata del proceso de fecundación asistida que se puede llegar a efectuar con el material genético reproductivo de un tercero ajeno a la pareja conyugal; asumiendo dicho tercero el rol de donante de espermatozoides, o de una mujer tercera que done óvulos para ser fecundados; teniéndose la obligación de establecerse roles determinantes sobre la relación parental de la pareja conyugal con el hijo concebido, y en cuanto a la relación por parte del tercero donante o de la mujer aportante.

Fecundación Extracorpórea o Fertilización In Vitro (FIV)

Se trata del proceso artificial de fecundación en que empleándose la FIV, se basa en la extracción de determinado óvulo de los ovarios de la mujer aportante, para efectuarse subsecuentemente la fertilización con células reproductoras masculinas del varón a través de un medio extracorpóreo; y que de manera subsiguiente se realiza la transferencia de embriones (TE), que contempla el pleno traspaso de uno o más óvulos fecundados en ser insertados por instrumento extracorpóreo al útero femenino para que se pueda dar inicio en dicha forma con el proceso de gestación correspondiente.

Transferencia Intratubárica de Embriones (TE)

Se trata del procedimiento técnico de fecundación asistida que se puede llegar a presentar cuando la transferencia se llega a efectuar no de manera directa al útero, sino se colocan en las trompas de Falopio de la mujer fecundada artificialmente; y que de acuerdo al nivel de desarrollo fecundable del cigoto llega a recibir el nombre denominativo de PROST si se llega a tratar de un embrión creado tras 24 horas; mientras que se puede denominar como ZIFT si se trata de un huevo cigoto surgido después de 36 horas; y de TET si se trata de embriones desarrollados de entre dos a más días.

Transferencia Intratubárica de Gametos (TIG-GIFT)

Es la técnica procedimental de reproducción asistida, en que se procede con la extracción de 2 óvulos fecundables de una mujer, para luego combinarlos con los espermatozoides donantes: e insertarlos de manera inmediata en cada una de las trompas de Falopio, para que se puedan fecundar en las trompas de la mujer inseminada, donde normalmente se debe producir la concepción humana.

Inseminación Intracitoplasmática

Se trata del procedimiento de fecundación asistida que pueda llegar en tratar con la fecundación requerida a los ovocitos, llegándose a inyectar una sola célula reproductora masculina de manera directa sobre del citoplasma del óvulo femenino fecundado, previa acción preparable de los gametos indicados, con el fin de poderse dar con la obtención de embriones que puedan llegar a transferirse al útero de la mujer, dentro de las 24 horas de haberse producido la fecundación en modo extra corporal.

Aspectos de Responsabilidad Social

Hoy en día, se han venido obteniendo grandes aportes científicos que se han venido obteniendo en torno de los campos de la Biomedicina y de la Bio-genética, lo que ha generado una revolución dentro de las sociedades del mundo, toda vez que la ciencia médica ha progresado significativamente con la fecundación de seres humanos en forma de in vitro.

Asimismo, se exige acerca de las implicancias jurídicas que llegan a generarse de la procreación artificial – asistida, que todavía no se ha regulado en la legislación jurídica peruana y que se requiere en cuanto a tipificar los procedimientos de biotecnología que pueden llegar a atentar contra los derechos fundamentales de los embriones humanos.

Si bien se tienen la ejecución de procedimientos de TERAS que han permitido la procreación de concebidos fuera del claustro materno, utilizándose cantidades de embriones humanos, cuyos sobrantes tienden a ser manipulados por métodos de crioconservación o de congelamiento, que solamente tienden a generar la degradación de las células embrionarias.

El derecho penal actual no ha previsto sobre los aportes de la Genética Biotecnológica, y de las implicancias de la problemática del uso excesivo de las TERAS que pueden afectar los derechos fundamentales de los embriones humanos, de los padres intervinientes y hasta de la madre subrogada.

Por esto, se presentan vacíos jurídicos en la legislación penal peruana, más sobretodo cuando el Código Penal vigente tipifica solamente el delito de manipulación genética con fines de

clonación humana, sin tenerse en cuenta los delitos que se pueden perpetrar con el uso de TERAS en perjuicio de los embriones humanos.

En cuanto a la comisión de delitos genéticos referentes al de la inseminación artificial o de otros métodos de técnicas de reproducción asistida (TERAS), en algunos casos se ejecutan sin consentimiento de las personas intervinientes en el proceso genético fecundador, especialmente del caso de la mujer que se le aplica la técnica de reproducción, sin conocer los fines indebidos del proceso fecundador; lo que puede llegar a agravarse dada la falta de control médico y la ausencia de una legislación penal para protegerla.

III. MÉTODO

3.1. Tipo de Investigación

El desarrollo de esta investigación jurídica se ha basado en el tipo aplicado, en cuanto que conforme sostiene el metodólogo Sánchez (2017), consiste en “producirse o proponerse la fundamentación o el desarrollo de conocimientos jurídicos que puedan ser útilmente aplicables para la modificación de algún aspecto de la realidad situacional – jurídica de un objeto de estudio, de plantearse soluciones jurídicas, y a efectos de que se pueda llegar a ejercer eficaz y competentemente el instituto o el asunto de interés jurídico”.

Asimismo, de conformidad con la información jurídica obtenida en base a lo que se aplicó en torno al análisis dogmático – jurídico y jurisprudencial, permitió facilitar en que se determinara y explicara los principales fundamentos tanto dogmáticos/doctrinarios, como los jurídicos - interpretativos de la materia o asunto jurídico abordado, llegándose así a conocer de manera detallada acerca de las modalidades indebidas en que se ha venido dando la utilización ilícita de las TERAS.

Y que a la vez al haberse desarrollado aplicativamente un diseño de investigación de tipo Correlacional - Causal de carácter Explicativo, se ha podido a la vez finalmente formular una propuesta jurídica – penal para poderse dar con la tipificación de penalidad o sancionamiento punitivo que se requiera adicionar al Código Penal vigente, en función de agregarse el nuevo Art. 324 – A, en que se llegue a tipificar explícitamente el delito de uso indebido de las TERAS, en que a la vez se hagan más severas la aplicabilidad de las penas de privación de libertad, conforme a la afectación crítica que tales ilícitos puedan generar, en cuanto a la vulneración de los bienes jurídicos protegidos

esenciales del embrión, del concebido, de la madre tratante y de terceros sujetos.

Asimismo, también se ha efectuado el desarrollo aplicativo del método mixto, en que se abordará tanto el cuantitativo como el cualitativo; en que aplicándose en primer lugar el estudio cuantitativo sobre una muestra significativa de operadores jurídicos y a especialistas médicos, que puedan emitir opiniones determinantes sobre la problemática investigada en función de las variables e indicadores establecidos.

De igual manera, debe complementarse con el desarrollo del análisis cualitativo de carácter interpretativo/jurídico y dogmático, en base a la aplicación del método de análisis crítico sobre los fundamentos doctrinarios-dogmáticos, y de análisis jurídico como jurisprudencial en torno a los principales fundamentos jurídicos – penales relevantes sobre el uso de manipulación ilícita de las TERAS, y del contenido como de la doctrina jurisprudencial en que llega a sustentarse pertinentemente por la sentencia del Tribunal Constitucional basada en el Expediente N° 02005-2009-PA/TC – Lima.

Con relación al diseño investigativo, se ha basado en el correlacional – causal, en que se ha podido determinar sobre el nivel de correlación en causa – efecto que se llega a tener de la problemática manifiesta que se abordado anteriormente.

Estas acciones han permitido coadyuvar en sustentar acreditadamente acerca de la problemática real que viene presentándose en determinada forma con un cierto uso indebido o ilícito de las TERAS, aparte de la manipulación genética de embriones humanos, de los daños que se pueden producir en los concebidos no nacidos, así como de los daños que se puedan producir a la vida e integridad de las mujeres tratantes que se sometan a los procedimientos de TERAS y de

las graves implicancias de percepción negativa que se llegan a ocasionar en desmedro de la calidad jurídica y formal de los procesos genéticos de TERAS.

Evidentemente de que se hayan planteado las recomendaciones pertinentes para poderse evitar una posible incidencia negativa en torno al mal uso de las TERAS, dado que se tiene una proyección muy negativa de que se pueda llegar a perpetrar con alta incidencia en un futuro cercano en nuestro país, ante una posible diversificación informalizada de prácticas ilícitas en torno a las TERAS.

En cuanto como métodos de estudio de investigación aplicados al respecto, se consideró esencialmente acorde a lo aportado por Sierra (1998); de que “el método sirve como un instrumento para alcanzar los fines de la investigación; dado su carácter regular, explícito, perceptible y ordenado para lograr algo; y manteniendo una finalidad estable en la investigación, que se debe seguir para alcanzar un fin. Concluyendo así que el método, es un proceso lógico que a través de él se obtuvieron ciertos conocimientos”.

Se tiene al respecto que el método cualitativo tiene como característica común referirse a sucesos complejos que tratan de ser descritos en su totalidad, en su medio natural. No hay consecuentemente, una abstracción de propiedades o variables para analizarlas mediante técnicas estadísticas apropiadas para su descripción y la determinación de correlaciones. Sin embargo, de manera específica se tomó en cuenta, la aplicación de los siguientes métodos:

- **Método de análisis cuantitativo:** En cuanto que se ha desarrollado esta investigación con el enfoque de análisis descriptivo – cuantitativo, en que se ha podido medir sobre los principales aspectos característicos de cada variable de estudio en

función de sus indicadores y de las relaciones entre aquellos; lo que ha permitido dar una constatación de la validación de las hipótesis formuladas respectivamente.

- **Método Cualitativo – Inductivo:** La metodología cualitativa, no trata de probar o de medir en qué grado una cierta cualidad se encuentra en un cierto acontecimiento dado, sino de descubrir tantas cualidades como sea posible.
- **Método de Análisis – Síntesis:** El análisis, no sólo se limitó en efectuar transcripciones, sino que se realizó una prognosis sobre los temas y conceptos tratados.
- **Método Descriptivo – Explicativo:** Siendo descriptivo por cuanto señala los conceptos, clasificaciones, opiniones o informaciones proporcionados por los especialistas del derecho. Mientras que el explicativo no sirvió para explicar la problemática y poder entender las bases teóricas y desde esa posición explicarlas en las Tesis al margen de las opiniones, conceptos clasificaciones y otros; proporcionando diversas explicaciones y aportes en torno al problema planteado.
- **Método Dogmático:** Permitió dar un tipo de razonamiento deductivo, porque se utilizó las ciencias empíricas, criterios y principios; pero al mismo tiempo permitió la inferencia de soluciones no contenidas en el texto legal.
- **Método Argumentativo:** Consistió en dar una serie de afirmaciones para apoyar otra afirmación, su aceptación generó ciertas dudas. Nos permitió en suplir la falta de las pruebas

cuantitativas y de la verificación no experimental respecto a la veracidad o la falsedad de la afirmación.

- **Método de la Investigación Jurídica:** Se redujo en desentrañar la voluntad del legislador en expresar las normas como han sido mencionadas; se limitó en explicar el estudio lineal de las normas como fueron expuestas en el texto legislativo.

3.2. Población y Muestra

La población de estudio se ha constituido en base al total de Operadores Jurídicos (entre Jueces, Fiscales y Abogados) y médicos especialistas en materia de Investigación y Ciencia Genética, que ejercen sus funciones correspondientes a nivel de Lima Metropolitana.

Se ha seleccionado como muestra específica de estudio un total predeterminado de seis profesionales entre operadores jurídicos y especialistas genéticos, a quienes se les aplicaron las encuestas y las entrevistas personales correspondientes, que fueron los siguientes, en base al siguiente cuadro de distribución:

Cuadro 01: Muestra de sujetos profesionales a entrevistar

| Cargo del sujeto | Total |
|---------------------------------|-------|
| Jueces | 2 |
| Abogados | 2 |
| Médicos/Especialistas genéticos | 2 |

Fuente: Elaboración propia

Se aplicó la técnica del muestreo intencional y predeterminado, para la determinación de una cantidad específica y precisa de especialistas genéticos y operadores jurídicos, que fueron entrevistados y de cuyas opiniones y aportaciones, se efectuó posteriormente la respectiva

evaluación, contrastación y validación final de las hipótesis formuladas en esta investigación.

3.3. Operacionalización de las Variables

Variable Independiente: El uso indebido de TERAS como causal de falta de normatividad penal

Consiste en los excesos que se realizan por las técnicas de reproducción asistida al no haber una adecuada fiscalización y control, por parte del estado a los centros especializados, médicos genetistas y padres tratantes que se someten a las TERAS, infringiendo nuevas modalidades ilícitas que no cuentan con su respectiva descripción típica y sanción en el Código Penal vigente.

Indicadores:

- X1: Ejecución no consentida de técnicas de Reproducción Asistida
- X2: Uso de técnicas de reproducción asistida indebidas sobre embriones humanos
- X3: Aplicación indebida de la maternidad subrogada mediante la inseminación artificial y Fecundación In Vitro
- X4: La falta de normatividad penal para fiscalización y control, en los centros especializados, médicos genetistas y padres tratantes que se someten a las TERAS
- X5: Incidencia criminal
- X6: Nuevos delitos genéticos por los diferentes métodos utilizados en las TERAS.

Afectación a los derechos fundamentales del embrión humano, mujer tratante y de los terceros que participan en el tratamiento médico

Conducta ilícita de sujetos vinculados a la actividad científica y experimentación genética que realizan técnicas genéticas que pueden atentar contra los derechos fundamentales relacionados a la integridad y dignidad de la especie humana.

Indicadores:

Y1: prácticas clandestinas de los delitos genéticos, que atentan contra los Derechos Fundamentales.

Y2: Limitaciones de las normas penales en cuanto a la tipificación y sanción del uso indebido de TERAS.

Y3: Repercusiones Sociales que genera clandestinamente el uso indebido de TERAS

Y4: Embriones humanos desechados por la falta del status jurídico que le corresponde

3.4. Instrumentos

Las técnicas utilizadas para el presente estudio fueron las siguientes:

- a) **Análisis de Fuente Documental:** Esta técnica ha permitido analizar la doctrina nacional sobre las formas de riesgo e implicancias negativas, tanto jurídicas como éticas-morales, que tiene la manipulación genética en sus modalidades de uso indebido de TERAS, para ello se realizó una búsqueda de datos en bibliotecas especializadas en derecho genético, constitucional y derecho penal sobre el tema referido, y asimismo consultándose las bases de datos del internet; todo en torno al análisis de la doctrina procesal penal y de la legislación jurídica nacional y de

derecho comparado sobre la prohibición de las prácticas indebidas de las TERAS

- b) **Entrevista:** A través de esta técnica de recolección de datos, se han formulado las preguntas competentes, que se aplicaron en las entrevistas personales a seis especialistas en la materia, mediante una guía, compuesto por cinco preguntas de tipo abierta que se elaboraron a partir de la formulación de los problemas de investigación y acorde a las hipótesis planteadas, como de las variables e indicadores definidos al respecto, lo que permitió que todas las preguntas tuvieran el correlato exigido con la investigación.

- c) **Encuesta:** En base a un total de 12 preguntas aplicadas al total de los elementos de la muestra determinada, a 6 elementos entre operadores jurídicos (jueces y abogados) y a especialistas médicos – genéticos.

- d) **Análisis de las Normas Nacionales:** Esta técnica ha permitido analizar a profundidad las siguientes normas relacionadas con el tema problema de investigación:
 - La Constitución Política de 1993.
 - El Código Penal de 1991 – Art. 324.
 - Código Civil de 1984.
 - Artículo 7 de la Ley 26842 – Ley General de Salud del
 - El Código Procesal Penal 2004.

- e) **Análisis del Derecho Comparado:** A través de este tipo de técnica se analizará la normatividad extranjera que regula sobre la tipificación penal de la manipulación genética en la modalidad de uso indebido de las TERAS, y asimismo de tenerse en cuenta

las leyes de aquellos países en donde se permite la regulación de determinadas actividades científicas-genéticas del uso indebido de las TERAS.

- f) **Análisis de la Jurisprudencia Nacional:** Esta técnica ha permitido analizar la jurisprudencia pertinente sobre la protección constitucional de los derechos fundamentales de las personas y así mismo en extensión protectora de los embriones humanos; frente al uso indebido de las técnicas genéticas-artificiales, y por ende de consideración aplicable para hacerse frente al caso de los riesgos del uso indebido de las TERAS.

Instrumentos Aplicados

- a) **Ficha de análisis de fuente documental:** Está herramienta ha permitido analizar la doctrina y la regulación jurídica competente sobre la comisión de delitos de manipulación genética con uso indebido de TERAS. El instrumento está compuesto por los rubros correspondientes donde va la opinión de la doctrina, el análisis de la normatividad jurídica competente, y un análisis de los delitos de manipulación con uso indebido de las TERAS, asimismo se efectuó la crítica pertinente y se llegaron a las conclusiones correspondientes del estudio investigativo.
- b) **Guía de preguntas de entrevistas:** Se elaboraron preguntas en forma abierta, para que los entrevistados pudieran con toda libertad plasmar sus ideas y opiniones. Estas se fundamentaron debidamente en función de las respuestas a las preguntas planteadas respectivamente.
- c) **Hoja de Encuesta:** Que se aplicó de manera complementaria a los miembros de la muestra de estudio, para conocerse a profundidad sobre las causas e implicancias de la falta de regulación jurídica –

penal de tipificación de los delitos de manipulación genética con uso indebido de las TERAS.

3.5. Procedimientos

La información se ha obtenido de las respuestas aportadas por los entrevistados, que en base a sus conocimientos y aportes sobre el tema investigado, tratándose de dos jueces, dos abogados y dos médicos especialistas en Genética; sus opiniones de respuestas que han contestado en las entrevistas aplicadas, han sido procesadas y contrastadas debidamente con los fundamentos doctrinarios - dogmáticos, las normas jurídicas pertinentes y los aportes jurisprudenciales, en torno al tratamiento del tema investigado sobre los riesgos y problemas derivados de la manipulación genética en torno al uso indebido de las TERAS; procediéndose así finalmente con la contrastación y validación de las hipótesis de estudio.

3.6. Análisis de Datos

Se utilizó la estadística descriptiva, inferencial, predictivo y explicativo. En la estadística descriptiva se organizaron y resumieron los datos mediante cálculos de los porcentajes, las correlaciones de la media aritmética y otros.

La presentación de los datos se ha efectuado a través de los siguientes instrumentos de apoyo:

- a) **Cuadros estadísticos**, hechos con la finalidad de presentar los datos metódicos y facilitar su lectura y análisis.
- b) **Gráficas de superficie con barras rectangulares y circulares**; se utilizaron cuando se confeccionaron frecuencias relativas, así como los lineales o polígonos de frecuencia.

IV. RESULTADOS

Análisis de los Resultados de las Entrevistas aplicadas a los Operadores Jurídicos y Especialistas Genéticos

De conformidad con las entrevistas aplicadas, se obtuvieron los siguientes resultados de las entrevistas efectuadas a los miembros de la muestra de estudio determinada:

Cuadro 02

Pregunta 1. ¿Se tiene la problemática crítica del Uso indebido de TERAS como causal de falta de tipificación en la normatividad penal peruana?

| OPCIONES | CANTIDAD | PORCENTAJE |
|---------------------|----------|------------|
| Sí | 5 | 83.33% |
| Regularmente | 1 | 16.67% |
| No | 0 | 0.00% |
| TOTAL | 6 | 100.00% |

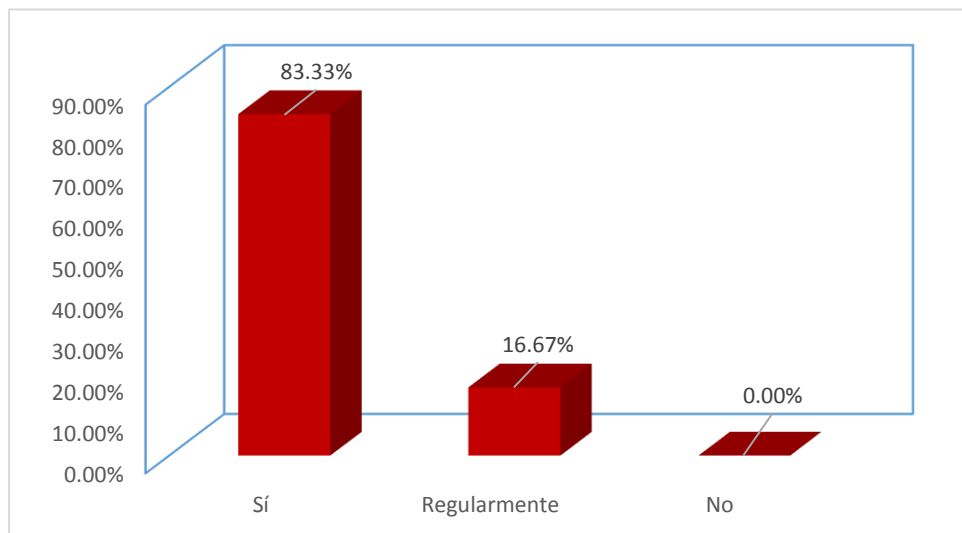


Gráfico 01. Respuesta a la Pregunta 1. ¿Se tiene la problemática crítica del Uso indebido de TERAS como causal de falta de tipificación en la normatividad penal peruana? Fuente: Autor (2018).

Interpretación:

El 83.33% de entrevistados sostuvieron que existe una problemática crítica del Uso indebido de TERAS como causal de falta en la normatividad penal peruana; debido a que solamente está tipificado en el Art. 324 del Código Penal vigente, el delito de manipulación genética con fines de clonación humana; mientras que solo el 16.67% consideró que existe una cierta tipificación de las prácticas indebidas de TERAS en los reglamentos internos de las clínicas de servicio.

Cuadro 03

Pregunta 2. ¿Existe una incidencia crítica de la Ejecución no consentida de técnicas de Reproducción Asistida, y de la vulneración que generan en los derechos fundamentales de las mujeres que no desean someterse a práctica de TERA? ¿Por qué?

| OPCIONES | CANTIDAD | PORCENTAJE |
|--------------|----------|----------------|
| Sí | 1 | 16.67% |
| Regularmente | 4 | 66.67% |
| No | 1 | 16.67% |
| TOTAL | 6 | 100.00% |

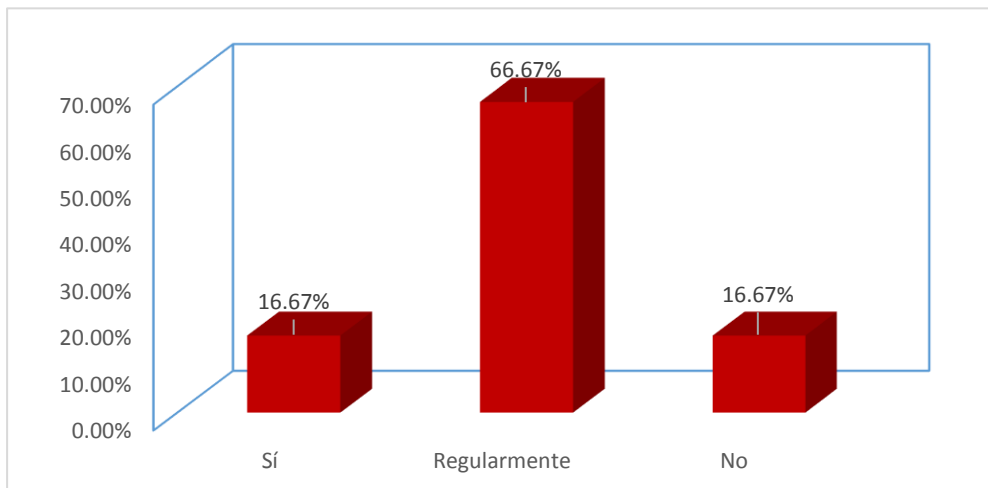


Gráfico 02. Respuesta a la Pregunta 2. ¿Existe una incidencia crítica de la Ejecución no consentida de técnicas de Reproducción Asistida, y de la vulneración que generan en los derechos fundamentales de las mujeres que no desean someterse a práctica de TERA? ¿Por qué? Fuente: Autor (2018).

Interpretación:

El 66.67% de entrevistados sostuvieron que existe una regular incidencia crítica de la Ejecución no consentida de técnicas de Reproducción Asistida, y de la vulneración que generan a los derechos fundamentales de las mujeres que no llegan a desear en someterse a dicha práctica TERA; mientras que solo el 16.67% consideró que no existe una incidencia de tal problemática delictiva, y otro 16.67% consideró que sí.

Cuadro 04

Pregunta 3: ¿Cómo el Uso de técnicas de reproducción asistida indebidas afectan los derechos fundamentales de los embriones humanos? ¿Por qué?

| OPCIONES | CANTIDAD | PORCENTAJE |
|--------------|----------|----------------|
| Sí | 5 | 83.33% |
| Regularmente | 1 | 16.67% |
| No | 0 | 0.00% |
| TOTAL | 6 | 100.00% |

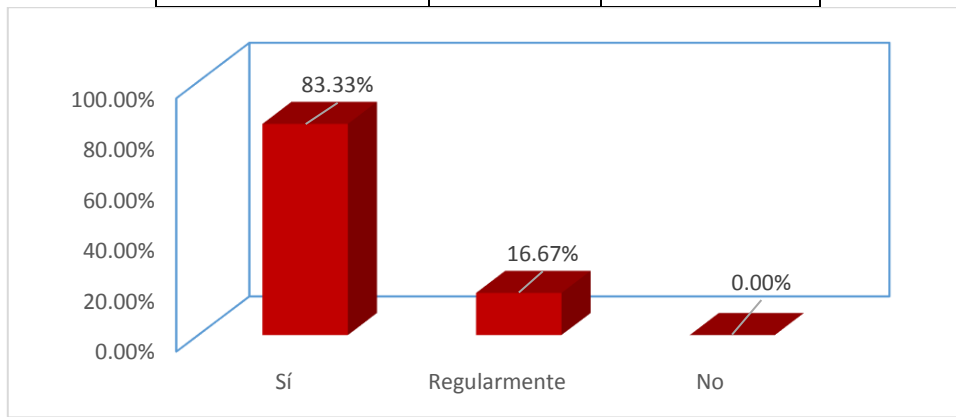


Gráfico 03. Respuesta a la Pregunta 3. ¿Cómo el Uso de técnicas de reproducción asistida indebidas afectan los derechos fundamentales de los embriones humanos? ¿Por qué? Fuente: Autor (2018).

Interpretación:

El 83.33% de entrevistados sostuvieron que existe una grave afectación a los derechos fundamentales de los embriones humanos por el Uso indebido de TERAS, a causa de que se desconoce o desconsidera por los especialistas genéticos de las clínicas de servicio, acerca de la dignidad y el derecho a la dignidad humana que deben tener los embriones; mientras que solo el 16.67% consideró que existe una regular incidencia de prácticas indebidas de TERAS en perjuicio de los embriones, ya que considera que mayormente se afectan los derechos fundamentales de las mujeres tratantes en los casos de vientre de alquiler con uso de inseminación artificial para la producción del concebido, en que la tratante puede ser engañada o sometida indebidamente a la maternidad subrogada.

Cuadro 05

Pregunta 4. ¿Cómo la aplicación indebida de la maternidad subrogada mediante la inseminación artificial y Fecundación In Vitro, llegan a afectar a los derechos fundamentales de los concebidos y de las madres vientre de alquiler? ¿Por qué?

| OPCIONES | CANTIDAD | PORCENTAJE |
|--------------|----------|----------------|
| Sí | 3 | 50.00% |
| Regularmente | 3 | 50.00% |
| No | 0 | 0.00% |
| TOTAL | 6 | 100.00% |

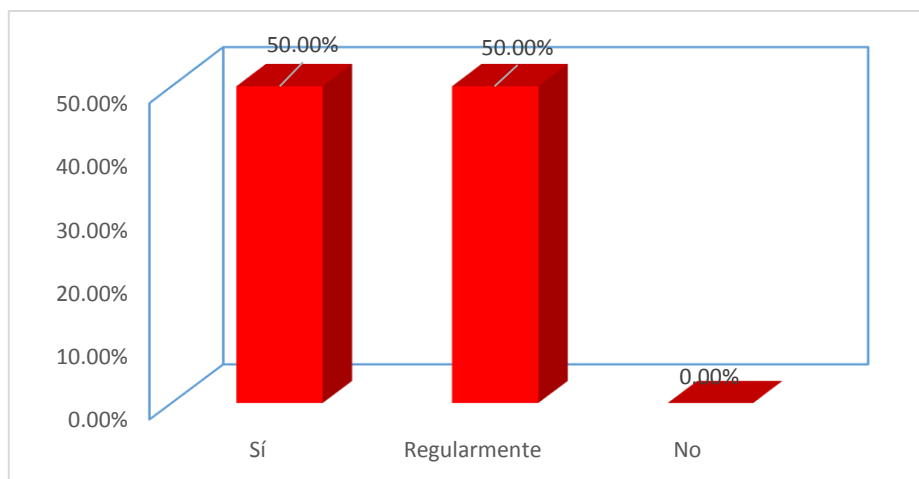


Gráfico 04. Respuesta a la Pregunta 4. ¿Cómo la aplicación indebida de la maternidad subrogada mediante la inseminación artificial y Fecundación In Vitro, llegan a afectar a los derechos fundamentales de los concebidos y de las madres vientre de alquiler? ¿Por qué? Fuente: Autor (2018).

Interpretación:

El 50.00% de entrevistados sostuvieron que la ejecución indebida de la maternidad subrogada puede llegar a afectar el derecho a la identidad genética de los concebidos, y asimismo se tiende a afectar el derecho de libre consentimiento de las mujeres tratantes al resultar ser engañadas o forzadas indebidamente a actos de vientre de alquiler; mientras que otro 50% de entrevistados sostuvo que es regular dicha incidencia negativa.

Cuadro 06

Pregunta 5. ¿Se tiene la falta de normatividad penal para una mayor fiscalización y control en torno a las operaciones y procedimientos ejecutados por los centros especializados, por parte de los médicos genetistas, y en cuanto de que puedan estar acordes con los derechos fundamentales de los padres tratantes que se puedan someter a las TERAS? ¿Por qué?

| OPCIONES | CANTIDAD | PORCENTAJE |
|--------------|----------|----------------|
| Sí | 4 | 66.67% |
| Regularmente | 2 | 33.33% |
| No | 0 | 0.00% |
| TOTAL | 6 | 100.00% |

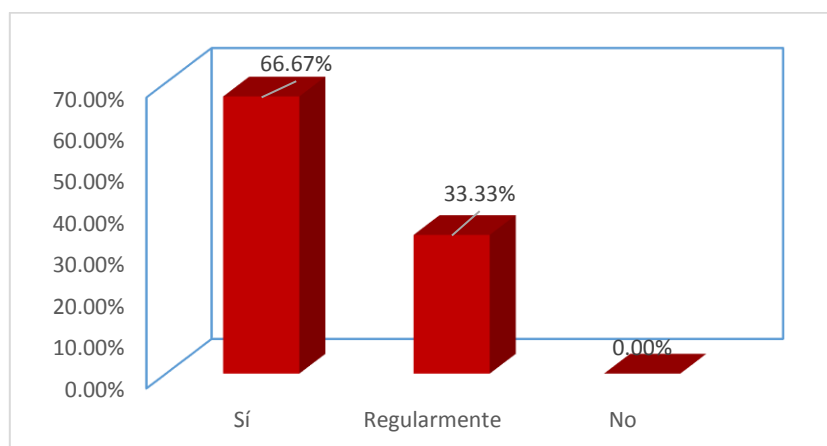


Gráfico 05. Respuesta a la Pregunta 5. ¿Se tiene la falta de normatividad penal para una mayor fiscalización y control en torno a las operaciones y procedimientos ejecutados por los centros especializados, por parte de los médicos genetistas? ¿Por qué? Fuente: Autor (2018).

Interpretación:

El 66.67% de entrevistados sostuvieron que la falta de normatividad penal no favorece hacia una mayor fiscalización y control en torno a las operaciones y procedimientos ejecutados por los centros especializados de TERAS, no llegándose a disuadir a los médicos genetistas que pueden tender a cometer prácticas indebidas de fecundación artificial no acordes con los derechos fundamentales de los padres tratantes; mientras que un 33.33% de entrevistados consideró que es de regular incidencia negativa al respecto.

Cuadro 07

Pregunta 6. ¿Se tiene una creciente incidencia criminal del uso indebido de las TERAS con vulneración de los derechos fundamentales de los embriones, concebidos y de los padres tratantes? ¿Por qué?

| OPCIONES | CANTIDAD | PORCENTAJE |
|---------------------|----------|------------|
| Sí | 5 | 83.33% |
| Regularmente | 0 | 0.00% |
| No | 1 | 16.67% |
| TOTAL | 6 | 100.00% |

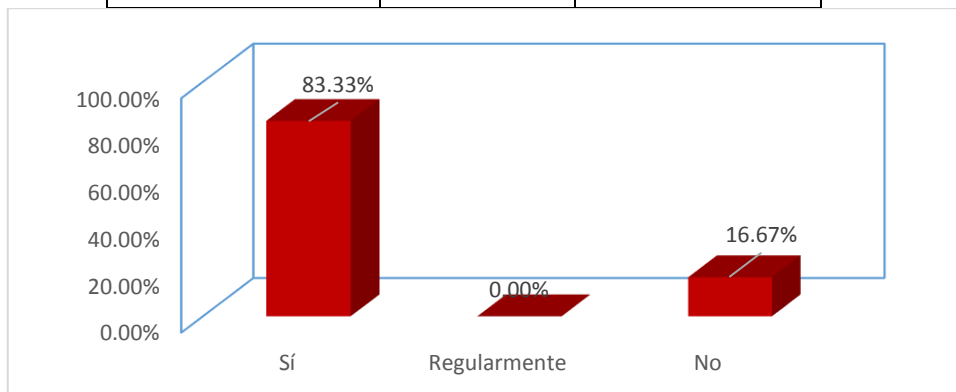


Gráfico 06. Pregunta 6. ¿Se tiene una creciente incidencia criminal del uso indebido de las TERAS con vulneración de los derechos fundamentales de los embriones, concebidos y de los padres tratantes? ¿Por qué? Fuente: Autor (2018).

Interpretación:

El 83.33% de entrevistados sostuvieron que existe una creciente incidencia criminal del uso indebido de las TERAS con vulneración de los derechos fundamentales de los embriones, concebidos y de los padres tratantes, por cuanto que las clínicas TERAS llegan a aplicar mayormente métodos procedimentales de eliminación o descarte de embriones sin considerar su dignidad y vida humana. Y que por constante incidencia de prácticas indebidas de maternidad subrogada se puede tender a afectar cada vez más los derechos fundamentales de los concebidos artificialmente, en lo referente a su identidad genética; y asimismo a los derechos de los padres tratantes, en cuanto a su libre consentimiento para someterse a la ejecución de las prácticas TERAS; mientras que, por otra parte, un 16.67% de entrevistados consideró que no se tiene una incidencia criminal al respecto.

Cuadro 08

Pregunta 7. ¿Se tiene la comisión de nuevos delitos genéticos por la aplicación indebida de diferentes métodos utilizados en las TERAS?
¿Por qué?

| OPCIONES | CANTIDAD | PORCENTAJE |
|--------------|----------|----------------|
| Sí | 4 | 66.67% |
| Regularmente | 2 | 33.33% |
| No | 0 | 0.00% |
| TOTAL | 6 | 100.00% |

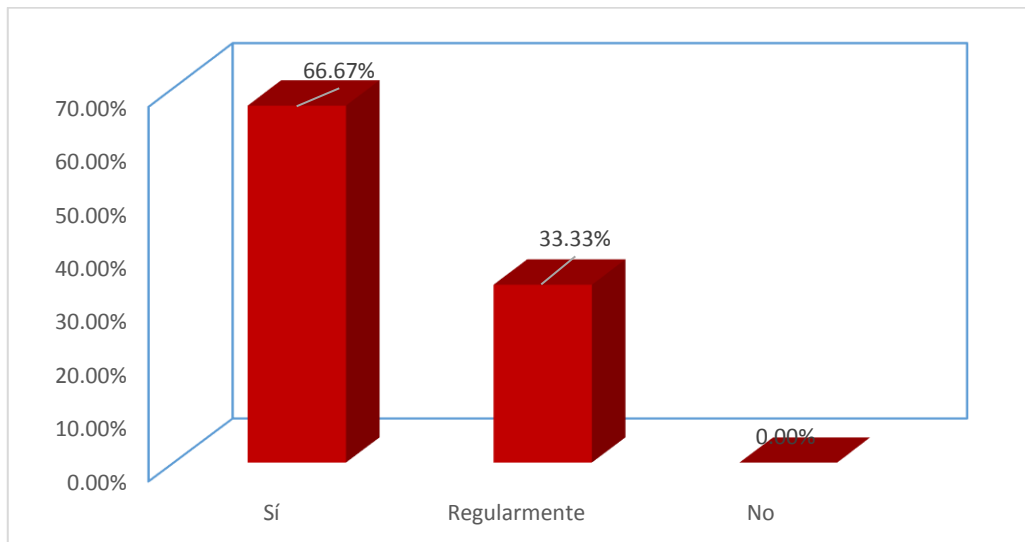


Gráfico 07. Pregunta 7. ¿Se tiene la comisión de nuevos delitos genéticos por la aplicación indebida de diferentes métodos utilizados en las TERAS? ¿Por qué? Fuente: Autor (2018).

Interpretación:

El 66.67% de entrevistados sostuvieron que se tiene una creciente comisión de nuevos delitos genéticos por la aplicación indebida de diferentes métodos utilizados en las TERAS, debiéndose a que no se cuenta con una legislación penal específica que disuada a malos especialistas genéticos ni a aquellas clínicas TERAS que incurran en tales ilícitos; mientras que, por otra parte, un 33.33% de entrevistados consideró que no se tiene una incidencia criminal al respecto.

Cuadro 09

Pregunta 8. ¿Se tiende frecuentemente con la Afectación a los Derechos fundamentales del embrión humano, de la mujer tratante y de los terceros que participan en el tratamiento médico – genético de ejecución de TERAS? ¿Por qué?

| OPCIONES | CANTIDAD | PORCENTAJE |
|--------------|----------|----------------|
| Sí | 5 | 83.33% |
| Regularmente | 1 | 16.67% |
| No | 0 | 0.00% |
| TOTAL | 6 | 100.00% |

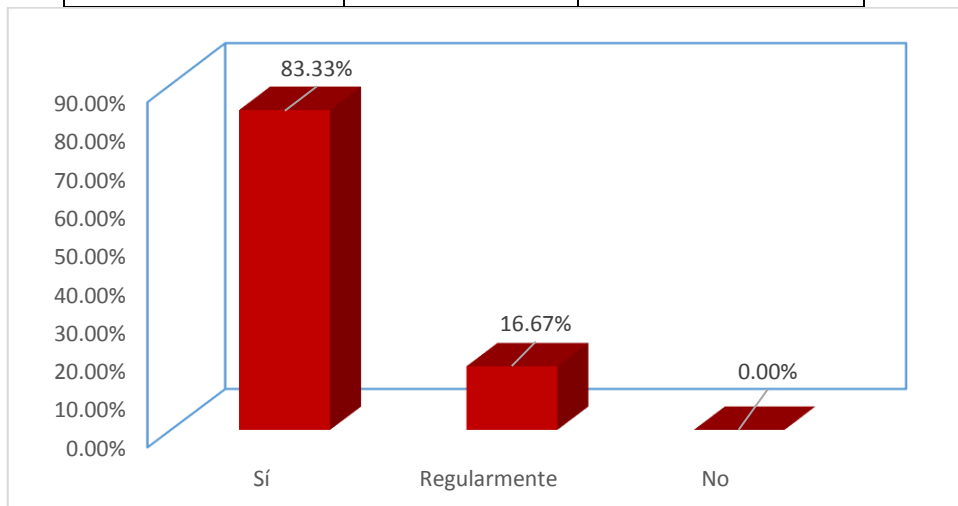


Gráfico 08. Pregunta 8. ¿Se tiende frecuentemente con la Afectación a los Derechos fundamentales del embrión humano, de la mujer tratante y de los terceros que participan en el tratamiento médico – genético de ejecución de TERAS? ¿Por qué? Fuente: Autor (2018).

Interpretación:

El 83.33% de entrevistados sostuvieron que se tiende frecuentemente con la Afectación a los Derechos fundamentales del embrión humano, de la mujer tratante y de los terceros que participan en el tratamiento médico – genético de ejecución de TERAS; mientras que, por otra parte, un 16.67% de entrevistados consideró que es regular la afectación de tales derechos fundamentales.

Cuadro 10

Pregunta 9. ¿Cuáles son las Repercusiones Sociales que genera clandestinamente el uso indebido de TERAS? ¿Por qué?

| OPCIONES | CANTIDAD | PORCENTAJE |
|---------------------|----------|------------|
| Sí | 6 | 100.00% |
| Regularmente | 0 | 0.00% |
| No | 0 | 0.00% |
| TOTAL | 6 | 100.00% |

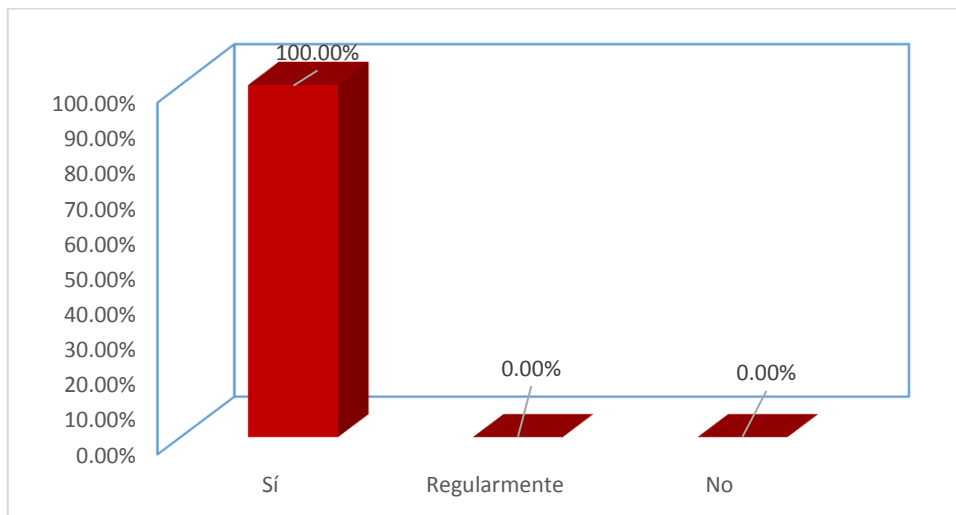


Gráfico 09. Pregunta 9. ¿Cuáles son las Repercusiones Sociales que genera clandestinamente el uso indebido de TERAS? ¿Por qué? Fuente: Autor (2018).

Interpretación:

El 100.00% de entrevistados sostuvieron que se tendrán graves repercusiones sociales negativas con el uso clandestino de prácticas TERAS; en cuanto de que se perciba a las clínicas TERAS como centros donde se vulneran los derechos fundamentales de los embriones humanos, y que a la vez se pueda tender a afectarse a los derechos constitucionales de los concebidos por reproducción asistida artificial, y a los padres tratantes o sometidos a operaciones de fecundación asistida, como asimismo de generarse altos riesgos para los derechos de las mujeres tratantes.

Cuadro 11

Pregunta 10. ¿En el caso de los Embriones humanos desechados por la falta de consideración a su status jurídico que le corresponde, se vulnera críticamente sus derechos fundamentales de la dignidad y vida humana? ¿Por qué?

| OPCIONES | CANTIDAD | PORCENTAJE |
|--------------|----------|----------------|
| Sí | 5 | 83.33% |
| Regularmente | 1 | 16.67% |
| No | 0 | 0.00% |
| TOTAL | 6 | 100.00% |

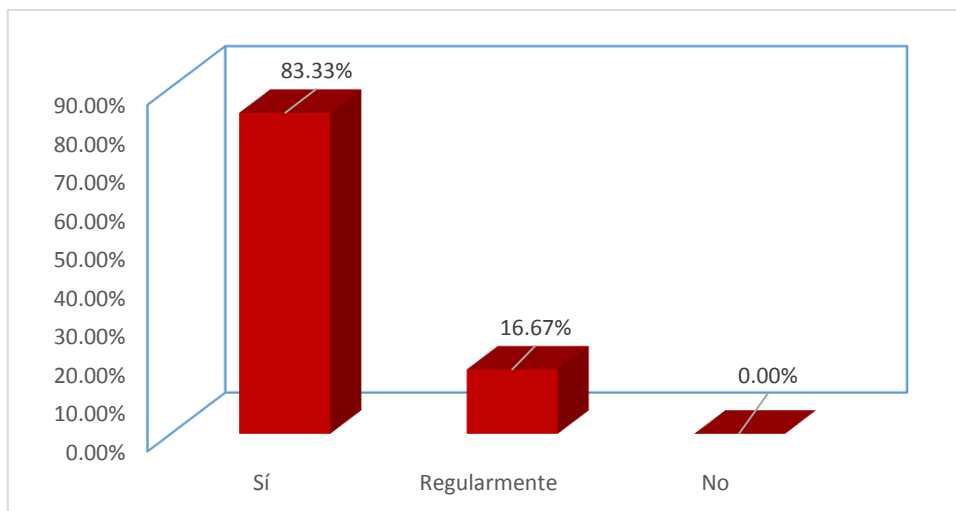


Gráfico 10. Preguntado 10. ¿En el caso de los Embriones humanos desechados por la falta de consideración a su status jurídico que le corresponde, se vulnera críticamente sus derechos fundamentales de la dignidad y vida humana? ¿Por qué? Fuente: Autor (2018).

Interpretación:

El 83.33% de entrevistados sostuvieron que se tiende frecuentemente a afectar los Derechos fundamentales del embrión humano, en cuanto a su dignidad y vida humana, por desconsideración de su status jurídico, de parte de las clínicas TERAS; que siguen aplicando métodos de eliminación de embriones sobrantes, como meros elementos residuales.

V. DISCUSIÓN DE RESULTADOS

Considerando en relación con los objetivos e hipótesis correlacionadas de investigación, en torno a la hipótesis general de investigación que fue validada con un coeficiente Rho Spearman de 0.719, y concordado con el 83.33% de lo sostenido por entre operadores jurídicos y médicos especializados que fueron encuestados al respecto, en haber sostenido de que el uso indebido de las TERAS, vienen afectando gravemente a los derechos fundamentales principalmente del embrión humano, al ser sometidos a prácticas de manipulación genética de eliminación/desecho que atentan contra su vida, integridad y sobretodo contra su dignidad humana.

Esto viene sucediendo porque no existe una normatividad penal vigente que proteja como bien jurídico al status del concebido desde la etapa de fecundación, en torno a la vida y dignidad de los embriones humanos; se propende a que las malas prácticas de TERAS sigan provocando la manipulación indebida y desnaturalizada de los embriones por parte de las clínicas privadas, utilizándolos como meros objetos de experimentación científica, y para finalmente ser destruidos como meros objetos inservibles, llegándose así a disminuirse la consideración de la vida humana y calidad de dignidad que deben tener los embriones.

Asimismo la práctica indebida de las TERAS, pueden llegar a producir negativamente efectos muy críticos para la mujer tratante y de los terceros que participan en los procedimientos genéticos de reproducción artificial; y que por la falta de una punibilidad específica también se transgredan los derechos fundamentales de la vida y salud de la madre tratante y de terceros intervinientes como mujeres vientres de alquiler.

Lo sostenido anteriormente concuerda con lo sostenido por Llauce (2013), al sostener que el Estado Peruano solamente se ha limitado en regular sobre el permiso ejecutable de las técnicas de reproducción asistida, pero sin haberse

llegado a conocer y tratar de conocerse a profundidad sobre los riesgos e implicancias negativas de la ejecución desmedida y sin control alguno de dichas técnicas, considerando que varios de los procedimientos bio-genéticos que se ejecutan en torno a la fecundación in vitro y de la inseminación artificial, todavía no son garantizables al 100% para asegurarse el concebimiento de seres humanos en buenas condiciones de salud o de buena progeñie a través de la referida procreación por medio artificial.

Más aún de que se esté procediendo generalmente por la gran mayoría de las clínicas TERAS en eliminar embriones humanos por desecho o de hasta utilizarlos para fines experimentales indebidos; afectándose la integridad, vida y dignidad de los embriones humanos, y a la vez también cuando se causen daños consecuentes en perjuicio de la salud de las mujeres inseminadas o de las madres tratantes.

Con relación a la segunda hipótesis específica validada, se tiende a dar una propensión a la comisión de diversos delitos derivados del uso ilícito de TERAS, ello en base a la correlación significativa del Rho de Spearman con un alto nivel de 0.853; lo que se concuerda a su vez con lo sostenido por Cortés (2015), de que “no se debe hacer uso excesivo de la manipulación genética con fines indebidos en el uso de las TERAS, ya que consecuentemente generarán la vulneración de los derechos fundamentales de los embriones principalmente y de otros elementos intervinientes en los procesos de fecundación artificial - asistida”.

Considerando las validaciones de las otras hipótesis específicas de investigación se ha podido determinar en referencia a la falta de un mayor control fiscalizador sobre el funcionamiento de las TERAS y de la falta de un mayor reconocimiento del status jurídico de protección del embrión humano, ha venido propendiendo a sostener a que la manipulación genética se tienda a dar cada vez más con la finalidad de experimentar y eliminar indebidamente embriones humanos.

Esto se debe principalmente a la falta de una tipificación penal explícita, así como a la preocupante falta de valores éticos en diversos especialistas y científicos genéticos que pueden llegar a ejecutar operaciones de TERAS de seres humanos, sin considerar los graves riesgos que se ocasionen en sí, en perjuicio de la integridad y dignidad de los embriones humanos; así como de los efectos secundarios y daños colaterales para la misma especie humana.

Por otra parte se tiene que indebidamente se pretenda aparentar que diversas actividades y prácticas de ejercicio de la manipulación se realicen bajo supuestos fines terapéuticos/médicos, cuando en realidad se ejecutan experimentos prohibidos de manipulación de embriones, y hasta se efectúen prácticas carentes de todo valor ético–moral que pueden poner en riesgo a la misma integridad de la individualidad genética de las personas, y hasta para fines degradantes que pueden poner en riesgo crítico la seguridad y estabilidad moral de la misma sociedad humana.

Se tiene así que acorde a lo sostenido por los autores citados como fuentes de investigación y principalmente a lo aportado por la autora Cortés (2015) de que si bien con los avances de la manipulación humana se han podido tener determinados logros significativos en el desciframiento del código genético humano y de sus altas posibilidades para aportar en el tratamiento y curación de enfermedades.

Pero al no tenerse un control regulatorio jurídico y ético estricto sobre las actividades científicas, se viene propendiendo a que se ejecuten procedimientos de manipulación que llegan a vulnerar derechos fundamentales de la dignidad humana, en cuanto al uso indiscriminado de los embriones humanos para experimentos indebidos de manipulación, y asimismo en otros riesgos derivables en sí, teniéndose así que si bien la clonación inicialmente se ha ido desarrollando para fines de investigación genética y actualmente se está enfatizando en su uso para fines terapéuticos.

La falta de aplicación de mecanismos de control jurídico más contundentes al respecto sobre las funciones y actividades que desempeñan los especialistas genéticos, ha venido derivando en que malos profesionales y científicos genetistas hayan estado efectuando prácticas prohibidas de manipulación de embriones humanos y hasta posiblemente de células humanas buscando obtener clones de personas, solamente para fines de investigación, y con una total desconsideración sobre sus derechos fundamentales.

Con respecto a la tercera hipótesis específica se tuvo que ha quedado plenamente comprobada, al tenerse fundamentalmente que el 88.33% promedio de Operadores Jurídicos y el 50.00% promedio de especialistas médicos – genéticos, llegan a sustentar que el actual servicio ofrecido por las clínicas privadas en la ejecución de los procesos de TERAS, vienen vulnerando de manera muy negativa los derechos constitucionales de la vida e integridad de los embriones humanos, principalmente por la situación de peligro de muerte al que se somete a los embriones durante la fecundación in vitro.

En lo que respecta al criterio de eliminación directa que se llega a realizar tras el término del respectivo proceso de fecundación asistida, siendo sometidos los embriones sobrantes al proceso de crio-conservación o de congelamiento, para su posterior descarte o destrucción. Asimismo, se debe tener en cuenta que el 50% de especialistas médicos de Clínicas Privadas de TERAS, reconocen los derechos fundamentales de los embriones humanos.

Esta hipótesis queda validada; ya que el 88% de juristas entrevistados, expertos en derecho constitucional y genético, en corroboración con el 85% promedio de opinión por parte de especialistas médicos; sostienen que los médicos genetistas de clínicas privadas desconsideran generalmente el derecho fundamental a la vida que tienen los embriones humanos, pese a que

tienen pleno conocimiento al respecto; para así llegar a cometer malas prácticas indebidas, durante y tras la ejecución de los procedimientos de reproducción asistida, ocasionando daños agravados a la integridad y atentándose contra la vida de los embriones, vulnerándose su dignidad humana durante todo el proceso de TERA y a posterioridad de dicho procedimiento.

Asimismo el 75.00% promedio de operadores jurídicos entrevistados, así como el total de especialistas médicos – genéticos; llegan a señalar que no hay una regulación legal precisa sobre el procedimiento de crioconservación que se llega a ejecutar en las clínicas privadas después del desarrollo de las TERAS.

No existiendo en sí una reglamentación normativa aplicable en común para todas las clínicas, sino que cada centro especializado llega a ejecutar su propio reglamento privado en cuanto al proceso de congelamiento de embriones sobrantes de los procedimientos de fecundación artificial, y en base a los criterios técnicos de descarte y eliminación que los especialistas médicos apliquen; dándose una mayor tendencia negativa a que se cometan frecuentemente actos atentatorios contra la vida e integridad de las células embrionarias, al no tenerse un control regulatorio y reglamentario sobre la crio-conservación, y de las condiciones y criterios garantizables en que se debe llegar a efectuar para salvaguardar la vida y dignidad del embrión humano.

El 81.98% de entre jueces y abogados encuestados y el 50.00% promedio de entre especialistas médicos - genéticos, llegan a sostener en común que las malas prácticas que se realizan por las clínicas privadas de TERAS, además de estar acorde a la mayor casuística dada de experiencias recopiladas y denuncias que se han dado al respecto; en que por los efectos negativos de la manipulación de cantidades excesivas de embriones y del proceso de crio-conservación con las técnicas de eliminación.

De esta manera, se atenta directamente contra los derechos fundamentales de los concebidos, en sí contra la vida del embrión al ser expuesto a peligro de muerte inminente durante la ejecución de la fecundación in vitro, como al ser destruido por descarte tras el proceso de congelamiento; y en afectación de la integridad de la célula embrionaria por las sustancias químicas y tóxicas que se llegan a aplicar durante su formación artificial en probeta y al momento de descongelamiento para determinarse si está apto para su uso en nuevos procedimientos de fecundación asistida.

La utilización y la aplicación de la manipulación genética en el ser humano no siempre van en provecho directo e inmediato del mismo. En su género sirve para canalizar experimentos negativos, que por su esencia son contrarios a la naturaleza y a la dignidad del ser humano llevando implícita a una presunción de la ilegalidad. Así, los fines y objetivos van a ser atentatorios contra el ser humano buscando fundamentalmente el desarrollo científico.

Asimismo, se advierte que la clonación, al reiterar exactamente el mismo código genético de un individuo al otro, los hace en el fondo más vulnerable, porque reduce la probabilidad de adaptación. En cambio, la reproducción convencional permite el entrecruzamiento del componente genético de madres y padres, por lo cual el nuevo organismo que se crea es completamente diferente a sus ancestros.

Por lo tanto, más allá de la predisposición propia de la herencia, su adaptabilidad al medio ambiente y a nuevas situaciones será propia y distinta a la de otros congéneres. Esta viabilidad genética es la gran ventaja de la reproducción sexual y permite a las especies de animales y vegetales la supervivencia, aun los contextos más desfavorables y en las circunstancias más graves.

En relación al objetivo específico referente, en que se ha podido determinar la posición jurídica peruana a nivel constitucional, civil, penal y médica, en contra de la práctica de la manipulación genética con uso indebido de las TERAS, se basa en las razones justificantes de protección de los bienes jurídicos fundamentales de la vida, dignidad humana y el normal desarrollo de la integridad; siendo esta fundamentación en que han concordado comúnmente los especialistas y juristas entrevistados; y por lo que se propone una tipificación penal de todas aquellas modalidades ilícitas de manipulación genética con uso indebido de las TERAS, determinándose las penas aplicables correspondientes.

VI. CONCLUSIONES

- a. En la medida que el uso indebido de las TERAS, se vayan propagando y cometiendo cada vez más de modo intensificado, no teniéndose una regulación jurídica - penal en nuestro país que las pueda contrarrestar; se tenderá subsecuentemente a afectar gravemente a los derechos fundamentales de la vida y dignidad humana de los embriones humanos al ser sometidos a prácticas indebidas de eliminación por desecho, y a prácticas no autorizadas; y asimismo por otra parte también se tendrá críticamente que se puedan producir graves daños directos y colaterales a los derechos de la vida, integridad física – reproductiva y salud de las madres tratantes o que lleguen a resultar sometidas a procesos negligentes de fecundación artificial; o que hasta también se afecten derechos esenciales de terceras personas intervinientes en los procedimientos genéticos de TERAS, como mujeres vientre de alquiler que resulten afectadas por malas prácticas de fecundación artificial o que sin estar debidamente informadas lleguen a resultar sometidas a indebidas experimentaciones de fecundación asistida, pudiendo ser inseminadas con embriones crioconservados de alto riesgo para su salud y vida.

- b. Ante la falta de mecanismos jurídicos – penales requeridos, dada la ausencia de una regulación jurídica - penal contundente y explícita sobre los delitos que se pueden llegar a perpetrar por el mal uso indebido de las técnicas de Reproducción Asistida (TERAS), y asimismo por la falta de un mayor control de fiscalización por parte del Estado Peruano sobre el funcionamiento operativo que vienen teniendo las clínicas TERAS; por lo que se propicia que se sigan realizando mayormente por médicos especialistas en genética, operaciones de eliminación residual de embriones humanos, y la crioconservación de cierta cantidad de embriones derivados de las técnicas aplicadas de FIV o de inseminación artificial, para ejecutarse experimentaciones no

autorizadas, afectándose gravemente a la dignidad y vida de los embriones, y de que como producto de operaciones reciclada de TERA con embriones mal conservados, degradados y experimentados se puede tender en afectarse a la vida y salud de las madres tratantes que se sometan a procedimientos irregulares y hasta negligentes de reproducción asistida.

- c. Como producto de la carencia de una legislación penal específica sobre la tipificación punitiva de ilícitos relacionados con el mal uso de las TERAS, en el Código Penal Peruano, se ha tendido a diversificar la comisión de tales delitos, por lo que ya no solamente se puede tender a la manipulación genética para la clonación de seres humanos como está tipificado únicamente en el Art. 324 del C. Penal vigente; ya que también se consideran como otros ilícitos de manipulación genética en cuanto a la crioconservación depurada, eliminación residual por desecho y las experimentaciones indebidas sobre embriones derivados de TERAS; además de incurrirse por ciertas clínicas TERAS en efectuar contratos informales de maternidad subrogada y sin llegar a evaluar rigurosamente a las mujeres que presten sus servicios como vientre de alquiler, no garantizándose que los concebidos a obtenerse por FIV tengan el nivel de salud requerido, ni cumplan con los requerimientos biológicos – genéticos exigidos por la pareja infértil; y que asimismo hasta se perpetre modalidades de fraude genético por parte de las mismas clínicas privadas en torno a operaciones genéticas mal efectuadas o por procedimientos de TERAS irregularmente efectuadas.
- d. El uso indebido de TERAS, tienden a vulnerar los derechos fundamentales del embrión humano, de la mujer tratante y de los terceros que participan en el tratamiento médico; cuando se llegan a aplicar más con fines indebidos de experimentación médica no autorizada, y dejándose en un segundo nivel el de aplicarse tales

técnicas con la finalidad de servicio para parejas infértiles; por lo que al realizarse operaciones de TERAS con embriones humanos degradados o reciclados, con la vulneración de los derechos fundamentales de tales células humanas vivientes, y de ser empleados tales embriones con graves taras congénitas, en ser inseminados artificialmente sobre mujeres madres tratantes en perjuicio de su vida, integridad y salud, puede derivar así en que aquellas sufran graves daños reproductivos y perjuicios colaterales en su salud; y por otra parte sobre los casos de mujeres de vientre de alquiler que intervengan como terceros participantes en la ejecución de procedimientos de TERA, que lleguen a resultar engañadas o estafadas al no realizárseles operaciones de TERAS de maternidad subrogada, sino que por el contrario, en contra de su consentimiento inclusive pueden ser sometidas forzosamente a inseminaciones de alto riesgo para su propia vida y salud; por lo que ante tales casos se debería penalizar con sanciones punitivas drásticas a los responsables médicos que efectúen operaciones genéticas indebidas sin conocimiento ni consentimiento de las mujeres tratantes como vientres de alquiler, y de aquellas mujeres que resulten sometidas indebidamente a TERAS no autorizadas.

- e. Actualmente no se está aplicando como debería ser en cuanto a la fiscalización y control requerido sobre los centros especializados y médicos genetistas en el desarrollo de TERAS que vienen operando en la ciudad de Lima Metropolitana, ya que aún no se dispone de una ley y reglamentación específica sobre el control de operatividad y labor médica de las clínicas TERAS en el Perú; y por lo que aquellos centros privados basándose en sus reglamentos internos, y a lo regulado generalizadamente y hasta asumido indirectamente conforme a lo normado en el Art. 7 de la Ley General de Salud - Ley N° 26842 del 20/07/1997, pueden operar las clínicas TERAS para asistir a las parejas con infertilidad; pero que al no ser rigurosamente fiscalizadas,

sus médicos especialistas en genética estarían ejecutando continuamente operaciones indebidas de eliminación o desecho de embriones humanos, sin considerarse la protección constitucional y jurisprudencial peruana, ni lo contemplado en las normas o convenciones internacionales que amparan la defensa de los derechos fundamentales del embrión humano.

- f. La aplicación de las técnicas de reproducción asistida (TERAS), se desarrollan exclusivamente en nuestro país a través de Clínicas Privadas Especializadas, pero que a falta de una regulación específica de control fiscalizador sobre las operaciones técnicas efectuadas por dichos centros privados, sin contar asimismo con una regulación jurídica penal específica que pueda sancionar con penas drásticas de privación de libertad a los responsables médicos y con penas accesorias a sus clínicas TERAS, por comisión incurrente en delitos de mal uso aplicable de las TERAS; y sobre todo cuando se cometan actos de fraude genético, en que las clínicas privadas no lleguen a cumplir con las estipulaciones contractuales establecidas o no cumplen con los requerimientos genéticos de las parejas infértiles en cuanto a los concebidos a producirse por FIV o por Fecundación Artificial, o que los concebidos lleguen a presentar finalmente graves taras o enfermedades, producto de negligencias genéticas al respecto.

- g. Entre las principales implicancias sociales negativas que se tendría con la tipificación penal de las diferentes modalidades ilícitas en el uso indebido de las TERAS, se tiene en cuanto que se generará una repercusión y percepción social negativa de alto cuestionamiento sobre los servicios médicos – genéticos que deben ofrecer las clínicas TERAS al respecto, en cuanto de brindar una fecundación artificial para las parejas infértiles, pero más por el contrario de que se estén ejecutando procedimientos genéticos de lucro con elementos vivientes de creación de vida humana y hasta para realizarse experimentaciones genéticas indebidas que llegan a degradar los derechos fundamentales

de la vida del ser humano desde su proceso de desarrollo como embrión humano; y que a la vez se pueda generar una alta incidencia crítica de actos ilícitos derivables como tráfico ilegal de embriones humanos desechados y de excesiva informalidad genética que puede acrecentarlos actos delictivos de criminalidad organizada al respecto, en perjuicio de la vida, dignidad humana y de la integridad como de la salud de las mujeres tratantes y de los concebidos desde antes de nacer.

- h. Todo ser humano comienza su existencia desde el momento que se dé la fecundación del óvulo femenino por el espermatozoide masculino, llegándose a atribuir la relevancia jurídica a la vida humana desde la formación u origen del embrión humano una vez que el óvulo es cultivado por la célula reproductora masculina, lo que da inicio al proceso irreversible de desarrollo de una nueva vida humana que se va desarrollando evolucionando conforme se va dando con el crecimiento y perfeccionamiento evolutivo del embrión humano respectivamente.
- i. En función de lo señalado anteriormente, se atribuye el status jurídico del embrión humano, como elemento viviente y decisivo en el proceso de desarrollo de origen de la vida humana desde la etapa de la fecundación reproductiva; por lo que siendo parte de desarrollo de la vida humana, tiene el status jurídico extensible de ser protegido por los derechos fundamentales a la vida, integridad y sobretodo en cuanto a su dignidad humana, derechos esenciales que deben ser considerados obligatoriamente durante la ejecución de los procedimientos operativos de TERAS por parte de las clínicas privadas.
- j. El proceso aplicativo de la transferencia embrionaria que no llegue a corresponder a la pareja tratante, obligatoriamente debe contar con la autorización de los padres infértiles y de la mujer vientre de alquiler que

intervenga, a efectos así de poderse contar con la pertinente autorización judicial, en que los padres tratantes puedan obtener hijos concebidos por fecundación artificial en terceras mujeres, en que finalmente los nuevos padres puedan asumir la responsabilidad paternal y genética del hijo concebido por procedimiento TERA, y a la vez de cumplirse con las obligaciones de pago a la mujer tratante como tercera interviniente, por contrato de maternidad subrogada, y de aquella en haber dado su consentimiento para concebir en modo como vientre de alquiler, lo que se debe efectuar formalmente.

VII. RECOMENDACIONES

Se deben adicionar las modalidades agravadas de los delitos con uso indebido de las TERAS, entorno a la manipulación ilegal que se realicen sobre los embriones humanos y asimismo en la tipificación de otras prácticas ilegales que se realicen con fines delictivos, por lo que se sugiere tipificar ampliamente de manera más amplia en torno al Art. 324 – A del C. Penal, y a la vez se puedan incrementar las sanciones punitivas que correspondan, cuando se ocasionen graves daños a los derechos fundamentales de los embriones humanos.

Es fundamental de que se tipifique y penalice todas las conductas delictivas derivadas del uso indebido de las TERAS, de manera gradualizada con penas de entre 6 a 8 años de prisión efectiva, por comisión de los ilícitos de manipulación ilegal de los embriones humanos, de experimentación indebida, de maternidad subrogada y de fraudes genéticos con el incumplimiento de los contratos de TERAS; estableciéndose penas mayores de entre 10 a 15 años, cuando tales ilícitos se perpetren sin consentimiento de la mujer tratante o si ha sido forzada indebidamente.

En cuanto que se debe promulgar una ley específica que sustente y regule la ejecución de operaciones de TERAS, a ejecutarse por las clínicas privadas, acorde con los protocolos internacionales de protección del genoma humano y de las obligaciones como principios éticos de la genética; y asimismo teniendo en cuenta los avances al respecto en la legislación comparada, para priorizarse en el ejercicio utilitario de las técnicas de TERAS que se deben aplicar al respecto en el Perú.

Es necesario que se amplíen los fundamentos doctrinarios y jurídicos sobre las TERAS, teniendo en cuenta los fundamentos médicos, genéticos y éticos – morales, para el efecto de aportarse planteamientos más exhaustivos que amplíen la tipificación penal del delito de manipulación genética contemplado

en el Art. 324 del Código Penal peruano basado en la prohibición de la clonación de seres humanos; ello a fin así de que se tipifique y sancione también otras modalidades como los delitos asociados a la práctica indebida de TERAS.

Se puede proponer la regulación jurídica en la legislación peruana acerca de la utilización indebida de las TERAS, estrictamente avocada con fines asistenciales – médicos, y ello conforme bajo el desarrollo de un estricto control regulatorio e institucional, a fin de evitarse problemas de informalidad y riesgos en la incidencia de delitos genéticos.

Es esencial seguirse la aplicación de la legislación comparada al respecto sobre la tipificación de las diferentes modalidades de riesgo que puede implicar la comisión del delito de usos indebidos de las TERAS, y asimismo tenerse en cuenta acerca sobre los criterios adoptados para la regulación penal que se requiera.

VIII. REFERENCIAS

- Benítez, I. (2003). *El ordenamiento jurídico ante la clonación de células Humanas*. En Cuadernos de Política Criminal, N° 79. Recuperado de: <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/ordenamiento-clonacion-celulas-humanas-186779>
- Bramont, L. (2002). *El delito de Manipulación Genética*. En: Revista Actualidad Jurídica. N° 99.
- Brena, I. (2006). *Análisis genético y manipulación genética en los principales documentos internacionales*. Recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2252/9.pdf>
- Cachay, N. (2005). *Enfoque Penal de la Clonación Humana*. Lima: Revista Teleley.
- Frosini, V. (1999). *Derecho y Genética*. Redín, Bogotá: Themis.
- Hurtado, X. (1999). *El derecho a la vida ¿y a la muerte?*. México D.F.: Porrúa.
- Martínez, S. (1994). *Manipulación genética y derecho penal*. Buenos Aires: Universidad.
- Mosquera, C. (1997). *Derecho y Genoma Humano*. Lima: San Marcos.
- Pantigoso, R. (2011). *El Futuro de la Naturaleza Humana*. Recuperado de: <http://www.chile-hoy.de/.htm>.
- Redondo, Á. (2009). *Breves Anotaciones sobre la Protección del Embrión en el Ordenamiento Jurídico Español*. Fiscalía del Tribunal Supremo. Cuad. Bioét. XX.

- Shapiro, H. (1998). *La clonación de seres humanos: crónica de un ejercicio de 90 días en la ética y la práctica profesional*, en: *Diálogo (Bioética: baluarte del humanismo frente al extravío)*, OPI/LAC-UNESCO, N° 23
- Silva, P. (2000). *Clonación humana y reproducción asistida*. Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico, volumen 61, N° 3, Puerto Rico.
- Varsi, E. (2000). *Derecho Genético: El caso de la Clonación: de ilícito civil a delito*. Lima, Perú: Sociedad Peruana de Derecho Médico.
- Varsi, E. (2001). *Derecho Genético: Principios generales*. Lima: Grijley.
- Velázquez, J. (2008). *El Derecho Internacional ante los Desafíos del Genoma Humano y la Bioética en el Marco de la Organización y las Declaraciones Internacionales*. En *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*. Volumen VIII.

IX. ANEXOS

ANEXO 01

MATRIZ DE CONSISTENCIA

TITULO: EL USO INDEBIDO DE TERAS Y SU AFECTACIÓN A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, COMO CAUSAL DE FALTA DE NORMATIVIDAD

PENAL A NIVEL LIMA METROPOLITANA

AUTOR: DÍAZ PÉREZ JOSÉ JOAQUÍN

| PROBLEMAS | OBJETIVOS | HIPÓTESIS | METODOLOGÍA |
|---|--|---|--|
| <p>Problema General: ¿En qué medida el uso indebido de TERAS, afectan los derechos fundamentales del embrión humano, mujer tratante y de los terceros que participan en el tratamiento médico, por la falta de normatividad penal vigente, en la ciudad de Lima Metropolitana, entre los años 2018 - 2019?</p> | <p>Objetivo General: Determinar y explicar si el uso indebido de TERAS afectan los derechos embrión humano, mujer tratante y de los terceros que participan en el tratamiento médico, por la falta de normatividad penal vigente, en la ciudad de Lima Metropolitana, entre los años 2018 – 2019.</p> | <p>Hipótesis General: Mediante el uso indebido de TERAS y su falta de normatividad penal existe grave afectación a los derechos fundamentales a la vida, salud, integridad física y dignidad de la madre, concebido y no nacido; a nivel de la ciudad de Lima Metropolitana, entre los años 2018 – 2019.</p> | <p>Tipo de estudio y diseño de contrastación de hipótesis. El tipo de Investigación se ha basado en el Aplicado, por cuanto que los resultados obtenidos en base al análisis dogmático – jurídico y jurisprudencial.</p> |
| <p>Problemas Específicos: a. ¿Existen mecanismos jurídicos penales, de cómo calificar el delito de manipulación genética en las diferentes modalidades de Uso indebido de TERAS? b. ¿Que delitos penales se generaría por el uso indebido de TERAS? c. ¿Por qué el uso indebido de TERAS, vulneran los derechos fundamentales del embrión humano, mujer tratante y de los terceros que participan en el tratamiento médico? d. ¿Se vienen aplicando una adecuada fiscalización y control, en los centros especializados y médicos genetistas en el desarrollo de TERAS?</p> | <p>Objetivos Específicos: a. Determinar si existen mecanismos jurídicos penales, de cómo calificar las diferentes modalidades del uso indebido de TERAS. b. Determinar que delitos penales se generaría por el uso indebido de TERAS. c. Determinar si se vienen aplicando una adecuada fiscalización y control, en los centros especializados y médicos genetistas en desarrollo de las TERAS. d. Determinar si la aplicación de las técnicas de reproducción asistida (TERAS), se desarrollan exclusivamente en nuestro país a través de Clínicas Privadas</p> | <p>Hipótesis Específicas: a. Existen mecanismos jurídicos penales, de cómo calificar el delito de manipulación genética en las diferentes modalidades de Uso indebido de las TERAS b. Se tiene una alta incidencia de delitos penales que se generan del uso indebido de TERAS. c. El uso indebido de TERAS, vulneran gravemente a los derechos fundamentales del embrión humano, mujer tratante y de los terceros que participan en el tratamiento médico. d. La falta aplicativa de una adecuada fiscalización y control, en los centros especializados y médicos genetistas, propenden a que se efectúen actos ilícitos con uso indebido de las TERAS.</p> | <p>Desarrollo aplicativo de un diseño de investigación de tipo Correlacional – Explicativo.</p> <p>Técnicas de recolección de datos Las técnicas utilizadas para el presente estudio fueron las siguientes: Análisis de Fuente Documental Encuestas aplicables. Entrevista Análisis de las normas nacionales Análisis del Derecho Comparado Análisis de la Jurisprudencia Nacional</p> |

| | | | |
|---|--|--|---|
| <p>e. ¿La aplicación de las técnicas de reproducción asistida (TERAS), se desarrollan exclusivamente en nuestro país a través de Clínicas Privadas Especializadas, sin una regulación jurídica penal específico?</p> <p>f. ¿Qué implicancias sociales se tendría con la tipificación penal de las diferentes modalidades ilícitas en el uso indebido de las TERAS?</p> <p>g. ¿Desde cuándo el ser humano comienza su existencia y cuál es el momento que se le debe atribuir la relevancia jurídica a la vida humana?</p> <p>h. ¿Desde cuándo se le atribuye el status jurídico del embrión humano?</p> <p>i. ¿Por qué la aplicación de la transferencia embrionaria que no corresponde a la pareja tratante debe contar con la autorización de los padres y con autorización judicial?</p> | <p>Especializadas, con una regulación jurídica penal específico.</p> <p>e. Determinar Por qué el uso indebido de TERAS, vulneran los derechos fundamentales del embrión humano, mujer tratante y de los terceros que participan en el tratamiento médico.</p> <p>f. Determinar qué implicancias sociales se tendría con la tipificación penal de las diferentes modalidades ilícitas en el uso indebido de las TERAS.</p> <p>g. Analizar desde cuándo el ser humano comienza su existencia y cuál es el momento que se le debe atribuir la relevancia jurídica a la vida humana.</p> <p>h. Determinar desde cuando se le atribuye el status jurídico del embrión humano.</p> <p>i. Realizar un estudio, si la aplicación de la transferencia embrionaria que no corresponde a la pareja tratante debe contar con la autorización de los padres y con autorización judicial</p> | <p>e. La aplicación de las técnicas de reproducción asistida (TERAS), se desarrollan exclusivamente en nuestro país a través de Clínicas Privadas Especializadas, con una regulación jurídica penal específica.</p> <p>f. Se tienen implicancias penales y sociales muy negativas con la tipificación de las diferentes modalidades ilícitas en el uso indebido de las TERAS.</p> <p>g. El ser humano comienza su existencia desde el momento en que se desarrolla la fecundación artificial – asistida, lo que le atribuye la relevancia jurídica a la vida humana.</p> <p>h. Se le atribuye el status jurídico del embrión humano, desde que se inicia el desarrollo del proceso irreversible de creación de una nueva vida humana; después de la fecundación del óvulo femenino por el espermatozoide masculino donado.</p> <p>i. La aplicación de la transferencia embrionaria que no corresponde a la pareja tratante, debe contar obligatoriamente con la autorización de los padres y con la autorización judicial correspondiente.</p> | <p>Instrumentos de recolección de datos</p> <p>Formato de encuestas.</p> <p>Ficha de análisis de fuente documental</p> <p>Guía de preguntas de entrevistas</p> |
|---|--|--|---|

ANEXO 02:

INSTRUMENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS

ENTREVISTA APLICADA A JUECES PENALES

Por favor conteste las siguientes preguntas mixtas de manera objetiva y concreta, marcando la opción pertinente entre las siguientes alternativas, 1: Sí – Afirmativo; 2: Regularmente; y, 3: No – Negativo; y de poderse responder por qué de la respuesta correspondiente; considerando que la aplicación de la entrevista será de carácter reservado.

A continuación, se tienen las siguientes preguntas formuladas:

1. ¿Se tiene la problemática crítica del Uso indebido de TERAS como causal de falta en la normatividad penal peruana? ¿Por qué?

Sí ()

Regularmente ()

No ()

Porqué: _____

2. ¿Existe una incidencia crítica de la Ejecución no consentida de técnicas de Reproducción Asistida, y de la vulneración que generan en los derechos fundamentales de las mujeres que no desean someterse a práctica de TERA? ¿Por qué?

Sí ()

Regularmente ()

No ()

Porqué: _____

3. ¿Cómo el Uso de técnicas de reproducción asistida indebidas afectan los derechos fundamentales de los embriones humanos? ¿Por qué?

Sí ()

Regularmente ()

No ()

Porqué: _____

4. ¿Cómo la aplicación indebida de la maternidad subrogada mediante la inseminación artificial y Fecundación In Vitro, llegan a afectar a los derechos fundamentales de los concebidos y de las madres vientre de alquiler? ¿Por qué?

Sí ()
Regularmente ()
No ()

Porqué: _____

5. ¿Se tiene la falta de normatividad penal para una mayor fiscalización y control en torno a las operaciones y procedimientos ejecutados por los centros especializados, por parte de los médicos genetistas, y en cuanto de que puedan estar acordes con los derechos fundamentales de los padres tratantes que se puedan someter a las TERAS? ¿Por qué?

Sí ()
Regularmente ()
No ()

Porqué: _____

6. ¿Se tiene una creciente incidencia criminal del uso indebido de las TERAS con vulneración de los derechos fundamentales de los embriones, concebidos y de los padres tratantes? ¿Por qué?

Sí ()
Regularmente ()
No ()

Porqué: _____

7. ¿Se tiene la comisión de nuevos delitos genéticos por la aplicación indebida de diferentes métodos utilizados en las TERAS? ¿Por qué?

Sí ()
Regularmente ()
No ()

Porqué: _____

8. ¿Se tiende frecuentemente con la Afectación a los Derechos fundamentales del embrión humano, de la mujer tratante y de los terceros que participan en el tratamiento médico – genético de ejecución de TERAS? ¿Por qué?

Sí ()

Regularmente ()

No ()

Porqué: _____

9. ¿Se tiene la incidencia de prácticas clandestinas de delitos genéticos, mediante el uso indebido de las TERAS, que llegan a atentar contra los Derechos Fundamentales de los embriones humanos, concebidos y padres tratantes? ¿Por qué?

Sí ()

Regularmente ()

No ()

Porqué: _____

10. ¿Existen limitaciones en la normatividad penal sobre la tipificación y sanción del uso indebido de TERAS? ¿Por qué?

Sí ()

Regularmente ()

No ()

Porqué: _____

11. ¿Cuáles son las Repercusiones Sociales que genera clandestinamente el uso indebido de TERAS? ¿Por qué?

Sí ()

Regularmente ()

No ()

Porqué: _____

12. ¿En el caso de los Embriones humanos desechados por la falta de consideración a su status jurídico que le corresponde, se vulnera críticamente sus derechos fundamentales de la dignidad y vida humana? ¿Por qué?

Sí ()

Regularmente ()

No ()

Porqué: _____

FORMATO DE ENTREVISTA APLICADA A OPERADORES JURÍDICOS Y A ESPECIALISTAS MÉDICOS – GENÉTICOS DE LA CIUDAD DE LIMA METROPOLITANA

La presente entrevista es de carácter reservada, por favor conteste las siguientes preguntas, de manera objetiva y clara:

1. ¿Qué implicancias negativas se derivan principalmente de la manipulación genética, con la finalidad de realizarse prácticas indebidas de TERAS en perjuicio de los derechos fundamentales de los elementos intervinientes?

2. ¿En la regulación de nuestro ordenamiento jurídico peruano, cómo se calificaría punitivamente el delito de manipulación genética en la modalidad de Uso Indebido de TERAS, cual es el argumento jurídico en contra de dicha práctica prohibitiva, y de qué manera se tipificaría?

3. ¿De qué manera se llegan a vulnerar los derechos fundamentales de los embriones humanos, concebidos y de los padres tratantes; por prácticas delictivas basadas en el uso indebido de las TERAS?

4. ¿Cuál es la incidencia delictiva actual de los delitos de manipulación genética con uso indebido de las TERAS en la ciudad de Lima Metropolitana?

ANEXO 03:

PROPUESTA DE ADICIONAMIENTO COMO ARTÍCULO 324 - A AL CÓDIGO PENAL

Exposición de Motivos

Se tiene actualmente una alta incidencia de actos de manipulación genética que atentan contra los derechos fundamentales de la dignidad, vida e integridad de los embriones humanos, por parte de malas praxis de centros privados de reproducción asistida (TERAS) que realizan mecanismos de manipulación de embriones derivados sobrantes de técnicas de fecundación asistida para eliminarlos o realizar experimentos genéticos indebidos; actuándose de manera impune al respecto por cuanto no se tipifica ni sanciona en el Código Penal vigente el delito de manipulación genética sobre embriones humanos, y no se considera por los especialistas de TERAS de que la vida humana comienza desde la concepción y que el embrión tiene derechos constitucionales propiamente dicho.

Se debe adicionar como Artículo 324 – A al Código Penal sobre delitos genéticos, en cuanto a la tipificación específica de la modalidad delictiva de Manipulación genética en embriones humanos, con sanciones punitivas de pena privativa de libertad de cinco (5) a ocho (8) años de prisión efectiva, y asimismo se aplicará multa por trescientos sesenta días, y la inhabilitación definitiva de cargo profesional al profesional médico – genetista que efectúe de manera prohibida y clandestina operaciones de eliminación, experimentos indebidos y de degradación de embriones humanos.

Se debe adicionar al inciso 1 del Art. 2 de la Constitución Política de 1993, de manera precisa y concreta sobre la extensión de los derechos fundamentales de la vida, integridad y de la dignidad humana para el caso de los embriones fecundados naturalmente o por TERAS.

Propuesta de Ley

CAPÍTULO V.- MANIPULACIÓN GENÉTICA

Artículo 324.- “...”

Art. 324 – A: Manipulación Genética sobre Embriones Humanos por uso indebido de las TERAS

“... El que manipule, discrimine y elimine genes y embriones humanos, alterando el genotipo con finalidad diferente al tratamiento, el diagnóstico, o la investigación científica relacionada con ellos en el campo de la biología, la genética y la medicina, orientándose para fines de experimentación ilícita y en que se llegue a afectar la dignidad, vida e integridad de los embriones, con graves perjuicios derivables para la ética y supervivencia de la especie humana, será sancionado con pena privativa de libertad de seis (6) a ocho (8) años de prisión efectiva, y asimismo se le aplicará multa por trescientos sesenta días, y la inhabilitación definitiva de cargo profesional.

Asimismo se aplicarán penas privativas de libertad de entre 10 a 12 años de prisión cuando se afecten los derechos fundamentales de madres tratantes y de terceros intervinientes en los procesos de TERAS.

Se incrementarán las penas de prisión no menores a 15 años, cuando se perpetren los ilícitos señalados anteriormente, sin consentimiento de la mujer interviniente”.