

# EL ESTATUTO JURÍDICO DEL EMBRIÓN HUMANO O CONCEBIDO EN EL PERÚ: A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LA PÍLDORA DEL DÍA SIGUIENTE.

Alberto González Cáceres, abogado  
Presidente de la Sociedad Peruana de Derecho Médico.

**E**n junio de 2004<sup>1</sup> denunciábamos el peligro que significaba para la vida del concebido la comercialización de la denominada Píldora del Día Siguiente (PDS). En dicha oportunidad, no sólo poníamos en evidencia el tercer efecto anti-implantatorio, acusado por las propias bulas de los fármacos, sino también la forma como fue introducida: **sin mayor información pública** de sus efectos farmacológicos, violando de esta forma el derecho constitucional a la información de las peruanas pobres y privilegiadas económicamente<sup>2</sup>. Casi un año después<sup>3</sup>; esta vez amparados en el principio de precaución que obliga a actuar preventivamente, comentábamos el mismo asunto, a propósito de la sentencia de la Novena Sala de Apelaciones de Santiago de Chile, que desestimaba una acción de amparo que procuraba impedir su comercialización en el país vecino y como fundamento negatorio reseñaba que la protección al no nacido supone tener "la certeza previa de que existe un ser de esa naturaleza a quien proteger", situación que a decir de la Sala no ocurriría por cuanto "... no se ha dirimido científicamente la circunstancia fundante y primaria sobre el tema, consistente en saber en qué momento se produce la concepción, esto es, si en el acto de la fecundación o en la implantación".

Esta es la tercera vez que nos pronunciaremos sobre el tema, sin embargo en esta oportunidad lo haremos doblemente motivados. La primera de ellas por la satisfacción de conocer que nuestra interpretación jurídica fue oportunamente acogida por el máximo intérprete de la Constitución y la segunda, con la intención de tratar de conocer algunos alcances legales en el Perú surgidos (o mejor dicho consolidados) a partir del reconocimiento constitucional del estatus jurídico del embrión humano o concebido.

---

<sup>1</sup> **El Aborto como quien no quiere la cosa: La Píldora del Día Siguiente** en Legal Express N° 42, Junio 2004, Editorial Gaceta Jurídica, p. 5.

<sup>2</sup> Véase la R.M. N° 399-2001-SA/DM. De su lectura se podrá apreciar que contrariamente a la amplia información que se brinda sobre los mecanismos de acción y características de los métodos anticonceptivos propuestos por la R.M. 465-99-SA/DM, por el contrario no señala absolutamente nada sobre los mal llamados "Anticonceptivos Orales de Emergencia".

<sup>3</sup> **El Principio de Buena Fe y el Derecho a la Vida... Nuevamente sobre la píldora del día siguiente.** Diálogo con la Jurisprudencia, Número 80, Mayo 2005, Año 10, p.105, Editorial Gaceta Jurídica.

En efecto para la primera motivación obedece que de la lectura de la extensa sentencia formulada por nuestro Tribunal Constitucional<sup>4</sup>; entre otros se desprende en primer lugar **el derecho constitucional a recibir información**; en este caso sobre los distintos métodos anticonceptivos, derecho que se encuentra consagrado en el artículo 6° de nuestra Constitución Política del Estado que “obliga al Estado a brindar la información necesaria para que tanto la paternidad y la maternidad se desarrollen en condiciones de responsabilidad, obligando a que las personas asuman a conciencia las implicancias y la trascendencia de traer un hijo a la sociedad”, derecho que además **“constituye una forma de concretizar el principio de dignidad de la persona humana y forma parte de los elementos esenciales de una sociedad democrática”**. En segundo lugar, **el derecho a la vida como derecho fundamental**, derecho que no sólo supone o **“aparece desde el reconocimiento positivo sino, quizá con mayor fuerza, a partir de la connotación ética y axiológica de los derechos fundamentales, en tanto manifiestas concreciones positivas del principio-derecho de dignidad humana, preexistente al orden estatal y proyectado en él como fin supremo de la sociedad y del Estado”**. Y en tercer lugar la apelación al Principio de Precaución al caso concreto de la duda científica sobre los posibles efectos anti anidatorios acusados por los mismos fabricantes de la Píldora del Siguiendo contra el concebido, que a decir del Tribunal Constitucional obliga a su aplicación ante “la falta de certeza científica, aún cuando no sea imprescindible demostrar plenamente la gravedad y realidad del riesgo”, sustentada ciertamente en “indicios razonables y suficientes de su existencia y que su entidad justifique la necesidad de adoptar medidas urgentes, proporcionales y razonables”.

Para la segunda motivación, debemos citar los fundamentos jurídicos doctrinarios expresados en el fallo constitucional (esencialmente los fundamentos 5 y 6), por cuanto a nuestro entender el máximo intérprete de la Constitución de nuestro país “positiviza jurisprudencialmente” en una sentencia **“el estatuto jurídico del embrión humano”**, reconociendo que si bien no corresponde al colegiado “zanjar las dudas de la ciencia o definir desde esa perspectiva cuándo es que la vida comienza, si le corresponde “identificar los contenidos valorativos dispuestos en la carta fundamental”, así como señalar cuáles son “los fundamentos axiológicos de la Constitución –cuyo presupuesto ontológico es la dignidad de la persona humana (artículo 1°); razones por la cuales el Colegiado **“se decanta por considerar que la concepción de un nuevo ser humano se produce con la fusión de las células materna y paterna con lo cual se da origen a una nueva célula que, de acuerdo con su configuración e individualidad genética completa y que podrá de no interrumpirse su proceso vital, seguir su curso hacia su vida independiente.”** Posición que desde otra perspectiva, resulta incluso siendo respaldada por el voto singular del magistrado Mesía Ramírez, quien al parecer con desazón, pero con honestidad, señala que “el nasciturus, en el marco de la Constitución, posee dignidad humana y, por ende, es también titular de derechos. Nuestra Constitución – a diferencia de otros países- declara expresamente que el concebido es sujeto de derechos. **Esta**

---

<sup>4</sup> STC 02005-2009-AA

posición principista obliga a que se establezca un trato de igualdad entre el nasciturus y la mujer. Otorgarle al concebido el *status* de sujeto con derechos implica que éste no es un proyecto de vida o vida potencial. Es un sujeto con derechos”<sup>5</sup>, que no es un bien jurídicamente protegido sin derechos fundamentales (como así es entendido en España) y que nuestra Constitución no otorga a la mujer el derecho de abortar de un modo libre; en ese sentido la permisión para el uso de la Píldora del Día Siguiente implicaría “una profunda reforma constitucional, toda vez que la Constitución expresa con absoluta claridad su voluntad de que el Estado y la sociedad protejan la vida humana en todas las etapas de su desarrollo. A ese mandato no podemos oponernos los jueces, independientemente de la posición que tengamos en relación con el aborto y los efectos de la PDS.”

Ahora bien, sobre el concebido o nasciturus, los más importantes pronunciamientos filosóficos, bioéticos y la jurisprudencia comparada han mantenido distinta posición dependiendo sus conclusiones del punto de partida genético o embriológico realizado, y el consecuente reconocimiento jurídico y ontológico que sobre él se han delineado. Así tenemos por ejemplo, que para Jürgen Habermas, el concebido expresa la manifestación de un derecho prepersonal, cuya vida si bien es “indisponible”, en razón a la “dignidad de la vida humana”, éste no es inviolable, toda vez que aún no ha nacido, no habiendo devenido por lo tanto en persona, cuya vida en este caso si es “inviolable” en razón a su “dignidad humana” pasible en consecuencia de toda protección y sujeción de derechos<sup>6</sup> “en cuanto hace posible la integración de un ser humano en un espacio comunicativo recíproco de personas autónomas”. Para Habermas, en conclusión, la relevancia del nacimiento no radica en ser un hecho natural, sino el significado que el hecho adquiere para los demás<sup>7</sup>. En posición contraria, Angelo Serra señala que “la concepción de un individuo humano es el punto final de un proceso complejo llamado proceso de fertilización, cuyo curso consta de sucesivas etapas en un orden obligado. En este proceso están

---

<sup>5</sup> Contrario Sensu, Cfr. Jennifer Llanos en Cuerpos de Delito, cuando las leyes se ensañan con las peruanas más desfavorecidas: “Esta información (abortos clandestinos para las económicamente privilegiadas) no tiene de ninguna manera la intención de sugestionar a alguna lectora (pues a juzgar por los encrespamientos que se vienen produciendo parecería que la sola mención de la palabra aborto enajena a las mujeres al punto de empujarlas a salir embarazadas solo para poder obedecer el mensaje subliminal de “matar una vida inocente”), sino simplemente dar a conocer a las potenciales víctimas de una violación y a las compatriotas que desafortunadamente porten un feto con riesgo de malformaciones la realidad que las espera mientras ministros, congresistas y acollerados no atinan a decidir **si es más importante proteger una vida o un conjunto de células con posibilidades de vida**. En Revista Somos N° 1193. 17/10/09.

<sup>6</sup> Para Habermas existe diferencia entre vida prepersonal y vida personal. Dicha diferencia reside en que mientras la primera está referida a la dignidad de la vida humana que alude a la indisponibilidad de la dotación genética de un ser humano, la segunda remite a la inviolabilidad de la persona que únicamente tiene significado en las relaciones interpersonales de reconocimiento recíproco, en el trato que las personas mantienen entre ellas. Conferir, **Roberto Germán Zurriarán** en El Concepto de la vida “Prepersonal” en el futuro de la naturaleza humana de J. Habermas, Cuadernos de Bioética, Edición Electrónica N° 56. Volumen XVI, 1ª 2005, enero-abril

<sup>7</sup> Op. Cit. Roberto Germán Zurriarán.

implicados dos células extraordinariamente dotadas y teleológicamente programadas: un óvulo y un espermatozoide... La reorganización del nuevo genoma, que representa el principal centro de información para el desarrollo del nuevo ser humano y para todas sus funciones ulteriores, es la más importante entre las muchas otras actividades de esta nueva célula que actúa desde la singamia como un ser ontológicamente unitario y con una precisa identidad<sup>8</sup>” A nivel normativo y jurisprudencial, las diferencias han surgido dependiendo de los modelos normativos existentes. Así tenemos que para el common law (sistema norteamericano, Canadá y parcialmente el Reino Unido) la problemática del estatuto del concebido resulta consistente con el principio de autodeterminación o autonomía de las personas que prevé el derecho a la *privacy* (no intromisión del Estado en los asuntos de los particulares) y que entiende la dignidad humana como un derecho, y no como un deber, que protege al embrión a partir de la formación de la denominada “estría” o “núcleo neurológico” del embrión que surge recién al décimo quinto día después de la fertilización del óvulo por el espermatozoide humano (Informe Wornok)<sup>9</sup>. De otro lado para el sistema romano germánico (Francia, Italia, Alemania) la protección del embrión ha sido considerada primordialmente a nivel legislativo mediante la promulgación de una serie de normas restrictivas a su instrumentalización teniendo en consideración que las mismas no procuran hacer distinción entre embrión y pre-embrión y que éste es sujeto de protección jurídica en mérito a respetar su **dignidad humana** entendida esta vez como un deber, y no como un derecho, que evoca a la solidaridad con los más vulnerables conforme los postulados propuestos en la declaración de Barcelona de 1998<sup>10</sup>.

Mencionado lo anterior, cabe señalar que nuestro Tribunal Constitucional no ha sido sino coherente con nuestra tradición jurídica normativa romanista que en su fallo torna cierta y tangible un homogéneo horizonte cultural latinoamericano relevado anterior y perspicazmente por el maestro de Pisa Francesco D. Busnelli cuando nos informa que “quizás puede sorprender, pero ciertamente es significativo el enfoque monumental del código argentino de Vélez Sarsfield de 1871 cuando afirma el principio de que <<todos los entes que presentasen signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidad o accidentes son personas >> (art. 51º), para después agregar – iniciando la disciplina de las <<personas antes del nacimiento>>, que <<desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de la persona>> (artículo 70º). Postura compartida por el Esboço de código civil de Texeira de Freitas que dispone que <<a personalidade civil da Pessoa comença do

---

<sup>8</sup> **Francisco Ramírez García**, La contribución de la Biología al Estatuto Jurídico del embrión, en [www.bioeticaweb.com](http://www.bioeticaweb.com).

<sup>9</sup> Posición asumida por la OMS. En este sentido se entiende la postura asumida por el Colegio Médico del Perú, La Defensoría del Pueblo, La Academia Peruana de Salud y demás organismos no gubernamentales que consideran a la PDS como no abortiva. Cfr. La Sentencia AOE, Ernesto Álvarez Miranda, Correo, 06/11/2009, p.8; y Nuestra Sentencia Sobre la Píldora del Día Siguiente, El Comercio, 10/11/2009, p. A5.

<sup>10</sup> Cfr. Luizella Battaglia, La Declaración de Barcelona y los nuevos principios de la bioética. <http://www.sodeme.org/Dra.%20Battaglia.pdf>

nascimento com vida, mas a ley põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro >> (art. 2), y <<reconhecen a realidade assemelhando o nascituro ao filho já nascido >>, doctrina que se uniformiza posteriormente con el código civil peruano de 1984 –que ha introducido la distinción entre persona y sujeto de derecho atribuyendo al concebido esta última calificación<sup>11</sup>”

Señalado lo anterior cabe finalmente mencionar cuáles son las consecuencias jurídicas sobre el concebido, que consideramos han sido consolidados esta vez a propósito del fallo del pildora del día siguiente. En primer lugar, cabe reafirmar que en nuestro país el Concebido entonces es un sujeto de derecho, como bien lo ha señalado expresamente Mesía Ramírez, a quien le corresponde primordialmente gozar plenamente del derecho constitucional a la vida desde el momento de la fecundación; en ese sentido objetivamente debe ser protegido de cualquier intromisión externa que amenace su existencia. En consecuencia, consideramos que quedan constitucionalmente proscrita en nuestro país la clonación humana, sea esta en su modalidad terapéutica o reproductiva, ya que ambas técnicas exigen la preexistencia de un embrión humano a ser manipulado; queda proscrita la destrucción de cigotos o embriones cultivados y no anidados; así como la producción de células stem (totipotenciales) a partir de embriones humanos. En el mismo ámbito la crioconservación (o criopreservación) de embriones, por cuanto se paraliza su proceso vital a la espera de ser implantado en el momento que la voluntad de la madre o del médico tratante lo determine. La obtención de embriones por lavado uterino, la modificación artificial y la selección embrionaria (eugenesia), sea intra o extra utero<sup>12</sup>. Ahora bien en el marco de las Técnicas de Reproducción Asistida la fecundación extracorpórea deberá realizarse sin “producir” embriones sobrantes, realizando la correspondiente transferencia embrionaria de todos aquellos que hayan sido concebidos artificialmente. Se consolida la prohibición de la ovodonación (fecundación supraconyugal) establecida en artículo 7° de la Ley General de Salud, por cuanto se viola el derecho constitucional del concebido a una plena identidad, además de generar el desarraigo del tronco filial que importa el derecho constitucional a nacer dentro de una familia y el derecho a conocer su estirpe u origen biológico.

Finalmente corresponderá evaluar las consecuencias de la positivización jurisprudencial en el marco del derecho penal, civil y en particular del derecho de familia (licitud o no de la fecundación heteróloga, fecundación en mujeres solteras, donación de semen) en aras de una debida protección jurídica y práctica del Concebido, sin embargo dicha tarea será materia de labor para otra oportunidad.

Noviembre 2009.

---

<sup>11</sup> Cfr. Francesco D. Busnelli, *Bioética y Derecho Privado*, Editorial Grijley, Lima 2003.

<sup>12</sup> Cfr. Enrique Varsi Rospigliosi, *Derecho Genético*, Editorial Grijley, Lima 2001, pp. 136 y ss.