

UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO

FACULTAD DE DERECHO



**EL "USO" DE LOS BEBÉS MEDICAMENTO A TRAVÉS DE LA DONACIÓN:
APECTOS ÉTICOS-JURÍDICOS**

TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO DE ABOGADO

DELGADO VILLENA, CHRIS ALMENDRA

DEZA HUAMÁN, ROCÍO DEL MILAGRO

CHICLAYO, 29 DE OCTUBRE DEL 2015

DEDICATORIA

A mis padres Edilberto y Rosaura, a mis hermanas Belén y Andrea. Por ser el pilar fundamental en todo lo que soy, en toda mi educación, tanto académica, como de la vida, por su incondicional apoyo perfectamente mantenido a través del tiempo.

Chris

A mis padres Víctor y Milagros, a mis hermanos Valeria y Víctor; con todo mi cariño y dedicación; por su infinito apoyo y amor; así como por motivarme y ser mi más grande orgullo y mi mejor ejemplo a seguir, a ustedes por siempre mi agradecimiento.

Rocío

AGRADECIMIENTO

A Dios, por habernos permitido llegar hasta este punto y habernos dado salud para lograr nuestros objetivos, además de su infinita bondad y amor, porque sin Él nada hubiese sido posible.

A nuestra asesora temática, Mgr. Erika Valdivieso López, por su paciencia, apoyo incondicional y su tiempo compartido en este trabajo; así como por impulsar el desarrollo de nuestra formación profesional con mucha dedicación.

RESUMEN

Por “bebé medicamento” se entiende un niño concebido bajo técnicas de reproducción asistida que ha sido manipulado y “seleccionado” para ser genéticamente compatible con su hermano enfermo, a fin de proporcionarle un trasplante que no será rechazado. También puede ocurrir que aquel niño sea procreado naturalmente después del diagnóstico de la enfermedad de su hermano y, por azar, nazca genéticamente compatible con aquel por lo que terminaría sirviendo como medio para salvarlo. En este caso, el niño sería igualmente un “bebé medicamento”.

En el presente trabajo, titulado “El uso de los bebés medicamento a través de la donación: Aspectos ético-jurídicos”, se analizó ***¿Cómo debería abordar nuestro ordenamiento jurídico el tema de la existencia de los bebés medicamento ya que no se cuenta con regulación expresa?***

Con esta investigación se pretende demostrar que la existencia de los bebés medicamento es una práctica ilícita, ya que mediante ella se instrumentaliza al ser humano. Asimismo, su principal objetivo es contribuir a la recuperación de su hermano, quedando siempre supeditado a lo que éste necesite, lo que le impediría desarrollarse plenamente. Lamentablemente, en la realidad esta práctica se lleva a cabo disfrazada bajo la figura de la donación de órganos y/o tejidos.

Hemos abordado la investigación basada en la dignidad del ser humano como condición que le da su carácter ontológico, también en los derechos que posee el

concebido por su condición de persona, así como en el principio fundamental del interés superior del niño que constituye un parámetro por el cual siempre se debe actuar procurando el bienestar del menor, en las implicancias y límites de la patria potestad, y también en la donación de órganos de menores de edad como medio velado de instrumentalización.

Nuestro propósito en esta investigación, además de analizar los aspectos bioéticos, es modificar el artículo 9° inc. 2 de la Ley General de Donación de Órganos y/o Tejidos, referido a los requisitos para la donación de menores de edad; como remedio legislativo para esta situación.

Palabras Clave: Bebés medicamento, manipulación genética, concebido, donación e interés superior del niño.

ABSTRACT

The "baby medicine", is child conceived with techniques of reproduction assisted and who was manipulated and selected for be genetically compatible with his ill's brother and provide in this way a transplant won't be rejected. Also could be happen that not be selected, or will be created with this techniques, but that he was born for natural reproduction, genetically compatible with his brother, after the diagnosis of the disease of that one; this one is the motive for the one that can be used to save it.

In this investigation work called "The 'used' of the babys medicine through of donation: Aspects ethical-juridical", is analyzed how should our order legal to approach the topic of the existence of the babys medicine that not exist with regulation express?

With this investigation was pretended demonstrate that the technique of the babys medicine is a unlawful practice, because that maice the human an instrument, also it's main objective would be to help the recuperation of his brother in this case the subject always stay for the his brother need and this not permit develop like a normal human. Also in the reality, this process is make under the figure of the donation of organ and woven.

In this way, we make this investigation based in the dignity of the human with the condition that give his character ontological, also in the right that has the conceived for this condition of person, also in the fundamental beginning of high interest og the child that constitute a parameter which always have to follow for take care his welfare in the

implications and limits of the native legal authority, and also in the donation of organ in childrens, used they like objects or instruments.

So our proposal, in this investigation addition of analyze every bioethic aspect of the topic, is to modify the article 9.2 of the General Law of Donation of Organs, referred to the requirements for the donation of minors, because they aren't the only solution for this problem.

ÍNDICE

CAPÍTULO 1	16
ASPECTOS JURÍDICOS DEL BEBÉ MEDICAMENTO	16
1.1. Bebés Medicamento	16
1.1.1 Reflexiones preliminares: Bebés medicamento.....	16
1.1.2. El bebé medicamento y su tratamiento jurídico nacional e internacional	19
1.2. Manipulación Genética como presupuesto del bebé medicamento.	21
1.2.1. Manipulación genética: Aspectos generales.	21
1.2.2. Legislación en el Derecho comparado sobre manipulación genética	26
1.2.3. La manipulación genética como presupuesto de los bebés medicamento	33
1.3. Donación como presupuesto del bebé medicamento	35
1.3.1 Reflexiones preliminares: Donación y trasplante de órganos	35
1.3.2. Legislación en el derecho comparado sobre donación de órganos y tejidos ...	38
1.3.3. La donación de órganos y tejidos como presupuesto de los bebés medicamento	44
CAPÍTULO 2	47
DEFENSA DE LA PERSONA HUMANA DESDE EL INICIO DE LA VIDA.	47
2.1. El concebido como sujeto de derecho	47
2.2 La dignidad de la persona humana	55
2.3. El interés superior del niño	59
2.4. Protección del menor	66
2.4.1. Patria potestad.....	66
2.4.2. Límites a la Patria Potestad	69
2.4.3. Marco Jurídico Nacional.....	72
CAPITULO 3	76

LA RESPUESTA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO FRENTE AL “USO” DE LOS BEBÉS MEDICAMENTO	76
3.1. Causas justificantes para la práctica de los “bebés medicamento”	76
3.1.1. Causas éticas	77
3.1.2. Causas de seguridad	79
3.1.3. Causas naturales	80
3.1.4. Causas Subjetivas	82
3.1.5. Causas pragmáticas	85
3.1.6. Causas económicas.....	87
3.2. La donación como “disfraz” para la práctica ilícita de los bebes medicamento	88
3.3. El ordenamiento jurídico frente a esta realidad	99
3.3.1. Regulación aplicable a la protección del concebido y la manipulación genética	100
3.3.2. Legislación aplicable a la protección del menor de edad donante de órganos	104
3.3.3. Necesidad de una propuesta legislativa	106
CONCLUSIONES	109
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	111

TABLA DE ABREVIATURAS

CDN	-----	Convención sobre los Derechos del Niño
DGP	-----	Diagnóstico Genético Preimplantatorio
DP	-----	Diagnóstico Prenatal
FIV	-----	Fecundación in vitro
PIDESC	-----	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

INTRODUCCIÓN

El mundo contemporáneo se encuentra atravesando un período de gran incertidumbre, inmerso en las visiones individualistas y mezquinas. Estas divisiones han puesto en peligro los progresos alcanzados tras años de esfuerzo, particularmente en el orden de los Derechos Humanos.

Hoy en día podemos observar como desde la etapa inicial del desarrollo humano se vulnera el principio de igualdad y no discriminación, debido a la selección arbitraria e injusta de los padres, que en base a “estándares de calidad” buscan los “mejores hijos” mediante una práctica ilimitada de controles de calidad genética, eliminando los embriones defectuosos a través de la manipulación para dejar solo los que tendrían características genéticas óptimas.

Uno de los fines que se persiguen por medio de esta selección de embriones es el de buscar descendencia que pudiera ser donante¹, de un hermano ya nacido aquejado

¹Al respecto cabe precisar que para que el embrión llegue a convertirse en donante no puede ser portador del gen responsable de alguna enfermedad de los padres, incluso con compatibilidad inmunológica en algún caso. LOZANO MARTÍNEZ, Julia; GÓMEZ PÉREZ, Ignacio y AZNAR LUCEA, Justo. “¿Es Necesaria la Producción de Bebés Medicamento?”, THERAPEIA 4, Julio 2012, pp. 13-25 [ubicado el 17.V 2014] Obtenido en <http://www.observatoriobioetica.org/wp-content/uploads/2014/02/25.-es-necesaria-la-producci%C3%B3n-de-beb%C3%A9s-medicamento.pdf> p. 17.

de una dolencia genética grave (anemia de Fanconi o Talasemia² por ejemplo). Originándose de esta manera la creación de los famosos “Bebés Medicamento”.

El bebé medicamento “es un niño que ha nacido, con técnicas de reproducción asistida y ha sido “seleccionado” para ser genéticamente compatible con su hermano enfermo y proporcionarle así, un trasplante que no será rechazado”³.

Cabe mencionar que haciendo una interpretación extensiva del término “bebé medicamento”, éstos no solo serían aquellos niños creados a través de técnicas de reproducción asistida sino también aquellos procreados de manera natural después del diagnóstico de la enfermedad de su hermano, teniendo como finalidad principal el salvar a éste y se encontraría supeditado a sus necesidades.

Ahora bien, es importante precisar que la concreción de esta práctica tiene como mecanismo de acción la figura de la donación de órganos. La donación de órganos es la institución regulada por el Código Civil y “contemplada como aquel acto de liberalidad, por la cual una persona dispone gratuitamente de un órgano en favor de otra, que lo acepta. Ésta, se produce siempre y cuando no genere ningún perjuicio para el donante”⁴.

² La anemia de Fanconi es una grave enfermedad que fue descubierta en el año 1927 por un pediatra suizo llamado Guido Fanconi. Esta enfermedad se manifiesta principalmente en niños a través de anemias y episodios infecciosos y hemorrágicos que suelen ser persistentes y severos. La causa por la cual aparecen estos síntomas es la desaparición progresiva de las células sanguíneas que participan en estos procesos, los enfermos de anemia de Fanconi poseen también una elevada predisposición al cáncer, principalmente leucemia. Asociación Española de Anemia de Fanconi ubicado en <http://www.asoc-anemiafanconi.es/quees.html>.

³ RAPOSO, Vera Lucía. “Se busca embrión en buenas condiciones para la aplicación del Diagnóstico Pre-Implantacional y el Bebé medicamento”, 2009, pp. 1-14 [ubicado el 02.VI 2014] Obtenido en http://www.vda.pt/xms/files/Publicacoes/Se_Busca_Embrion_en_Buenas_Condiciones_para_la_Aplicacion_del_Diagnostico_Preimplantacional_y_el_Bebe-Medicamento_-_artigo.pdf p. 7.

⁴ FERNÁNDEZ ELIZATE, Carlos Pedro. *Sociología y trasplante de órganos, tejidos y células. Subtítulo: A 10 años del Programa Federal de Procuración políticas públicas y trasplante*, Criterios encontrados en repositorio institucional de la Universidad Nacional de la Plata, 2012, pp. 409-471 [ubicado el 14.VI 2014] Obtenido en <http://www.aebioetica.org/revistas/2012/23/78/301.pdf>.

En el caso de la donación de órganos de los menores de edad, se tiene como requisitos que se cuente con certificación médica de ausencia de riesgos para su vida y salud; así mismo, que cuenten con el consentimiento de los padres⁵ por lo que podríamos pensar que éstos podrían extralimitarse con las facultades que tienen sobre su menor hijo, conferidas por la patria potestad, y hacer que éste se convierta en donante sin tener el deseo de hacerlo; con lo cual, su dignidad y derecho al libre desarrollo de la personalidad adecuado se reduciría al tener un fin netamente utilitarista, vulnerándose así el Principio del Interés Superior del Niño.

Vistas estas consideraciones, podemos precisar que la importancia del presente trabajo se investigación radica en la necesidad de hacer efectiva la protección del concebido, niño y/o adolescente, ya que en estos últimos años, como ya se ha mencionado, con determinadas técnicas biomédicas y la figura lícita de la donación se les ha ido originando un sin número de afectaciones, ignorando así que se está frente un ser digno que no puede ser utilizado como medio para conseguir un fin ajeno a su propio bien.

Dicho todo esto, cabe preguntarnos *¿Cómo debería abordar nuestro ordenamiento jurídico, el tema de la existencia de los “bebés medicamento” ya que no se cuenta con regulación expresa?*

Para resolver dicha interrogante, es necesario establecer como objetivos de la presente investigación el debatir si es correcta la creación de los “bebés medicamento” para determinar sus aspectos ético- jurídicos, así como demostrar que la manipulación genética es una práctica biomédica que vulnera los derechos del concebido para poder establecer los parámetros que permitan el cese de prácticas que tengan como finalidad la creación de un “bebé medicamento”.

⁵ Ley N° 29471- Ley que Promueve la Obtención, la Donación y el Trasplante de Órganos o Tejidos Humanos, establece en su artículo 9 inc. 2 que “los menores de edad o incapaces, pueden ser donantes siempre que los padres o tutores otorguen la autorización correspondiente y no perjudiquen la salud o reduzcan sensiblemente el tiempo de vida del donante”.

Por otro lado, se pretenderá demostrar que mediante la figura de la donación se disfraza el fin utilitarista que tienen los “bebés medicamento”, por último, establecer la forma en que debería abordar nuestro ordenamiento jurídico la mencionada práctica, ya que no existe regulación expresa que la prohíba.

Para ello, hemos dividido la investigación en tres capítulos. Con el desarrollo del primer capítulo se define a los “bebés medicamento” y se desarrolla la manipulación genética y a la donación de órganos y/o tejidos como presupuestos de los “bebés medicamento”.

El segundo capítulo tendrá como objeto la defensa de la persona humana desde el inicio de la vida, para lo cual se abordará el tema del concebido como sujeto de derecho, los principios fundamentales del interés superior del niño y la dignidad de la persona, que constituyen un parámetro por el cual siempre se debe actuar procurando el bienestar del menor, así como las implicancias y límites de la patria potestad.

Finalmente, en el tercer capítulo se tratará las causa justificantes para la creación de los “bebés medicamento”, la explicación de la donación como “disfraz” de esta práctica y cómo es que se encuentra nuestro ordenamiento jurídico frente a esta realidad.

El objetivo central de la tesis es demostrar que si bien es cierto existe regulación que proteja a los concebidos y menores de edad, no existe en nuestro ordenamiento jurídico una regulación específica que acoja o en todo caso límite la figura de los “bebés medicamento”; por lo que, pese a su fin utilitarista, en la práctica se presentan casos de este tipo bajo la figura de la donación. Por ende, si se modificara el artículo 9 inc. 2 de la Ley General de Donación de Órganos y/o Tejidos referido a los requisitos para que un menor de edad done, se podría reducir la utilización de los “bebés medicamento”.

LAS AUTORAS

CAPÍTULO 1

ASPECTOS JURÍDICOS DEL BEBÉ MEDICAMENTO

El propósito de este capítulo es orientar al lector acerca de la práctica de los “bebés medicamento”, debido a que esta es una tendencia que se presenta en la actualidad con mucho eco social por la controversia ético-jurídica que se genera en torno a ella.

Es por ello que en este primer capítulo abordaremos cuestiones preliminares respecto de los “bebés medicamento”, así como la manipulación genética y la donación de órganos como presupuesto de los mismos. De la misma manera, para comprender cuál es la presencia de estas figuras en el Ordenamiento es que desarrollaremos el tratamiento jurídico nacional e internacional de cada una de ellas.

1.1. Bebés Medicamento

1.1.1 Reflexiones preliminares: Bebés medicamento

El “bebé medicamento” es aquel niño que ha sido concebido con el único propósito de salvar a su hermano que sufre de una enfermedad que necesariamente requiere de un trasplante. Según LOZANO, “las denominaciones con las que se designan a estos niños son varias pero las más utilizadas son: bebés medicamento, niño diseño, niños donantes, hermanos salvadores o niños amados”⁶.

⁶ LOZANO MARTÍNEZ, Julia; GÓMEZ PÉREZ, Ignacio y AZNAR LUCEA, Justo. *¿Es Necesaria la Producción de Bebés Medicamento?*, THERAPEIA 4, Julio 2012, pp. 13-25 [ubicado el 17.V 2014] Obtenido en <http://www.observatoriobioetica.org/wp->

En palabras de RAPOSO, el hermano salvador (o comúnmente llamado “bebé medicamento”) es un “nuevo ser que es creado específicamente para salvar a su hermano enfermo, fruto de un doble proceso de selección: No solamente elegir un embrión saludable sino, también, certificar su histocompatibilidad en relación a la persona enferma”⁷. Es necesario hacer mención que en este proceso se presenta más de un problema, ya que no solo estamos frente a la instrumentalización del hermano salvador, sino que para llegar a él se descarta un sinnúmero de embriones por considerarlos innecesarios.

Para ARANGO y otros, el bebé medicamento “es aquel niño que ha nacido, con técnicas de reproducción asistida y ha sido “seleccionado” para ser genéticamente compatible con su hermano enfermo y proporcionarle así, un trasplante que no será rechazado”⁸. Frente a ello cabe mencionar que no siempre es así, en tanto que, si hacemos una interpretación extensiva de la definición referida, “bebé medicamento” no solo serían aquellos niños creados a través de técnicas de reproducción asistida, sino también aquellos procreados de manera natural después del diagnóstico de la enfermedad que su hermano y que por coincidencia resulten genéticamente compatibles con aquel, teniendo como finalidad principal el salvarlo, encontrándose supeditado a sus necesidades.

Por lo tanto, el término “bebé medicamento” incluye a aquellos niños que han sido creados de manera artificial o procreados de manera natural pero con la finalidad de

[content/uploads/2014/02/25.-es-necesaria-la-producci%C3%B3n-de-beb%C3%A9s-medicamento.pdf](http://www.vda.pt/xms/files/Publicacoes/Se_Busca_Embrion_en_Buenas_Condiciones_para_la_Aplicacion_del_Diagnostico_Preimplantacional_y_el_Bebe-Medicamento_-_artigo.pdf) p. 15.

⁷ RAPOSO VERA, Lucía. *Se busca embrión en buenas condiciones para la aplicación del Diagnóstico Pre-Implantacional y el Bebé medicamento*, 2009, pp. 1-14 [ubicado el 02.V 2014] Obtenido en http://www.vda.pt/xms/files/Publicacoes/Se_Busca_Embrion_en_Buenas_Condiciones_para_la_Aplicacion_del_Diagnostico_Preimplantacional_y_el_Bebe-Medicamento_-_artigo.pdf p. 6.

⁸ ARANGO RESTREPO, Pablo; SÁNCHEZ ABAD, Pedro José y PASTOR, Luis Miguel. Diagnóstico genético preimplantatorio y el bebé medicamento: Criterios éticos encontrados en la literatura biomédica y bioética, Cuaderno de Bioética, XXIII, 2012, 2da Edición, pp. 301-320 [ubicado el 15.V 2014] Obtenido en <http://www.aebioetica.org/revistas/2012/23/78/301.pdf>. p. 303.

salvar a su hermano enfermo, evitando así que el “hermano salvador” alcance su desarrollo en plenitud; negándole de esta manera el carácter ontológico de su ser, que exige no ser tratado como un objeto para conseguir un determinado fin. La concreción de esta práctica ilícita puede llevarse a cabo a través de una figura reconocida por nuestro ordenamiento jurídico, como es la donación de órganos

En diversos países del mundo, esta técnica ya está siendo empleada desde hace algún tiempo. Así, por ejemplo los primeros casos de bebés de diseño se dieron en Estados Unidos, Australia e Inglaterra. “El primer bebé medicamento generado fue Adam Nash, producido por un equipo del Instituto de Genética Reproductiva de Chicago, Adam fue creado para obtener de él, el material hematopoyético⁹ para tratar a Molly, su hermana de seis años, que padecía anemia de Fanconi”¹⁰.

En el 2001, en Inglaterra, dos familias los Hashmos y los Whitsker expresaron su deseo de conseguir un bebé medicamento. Los Hashmos tenían un hijo, Zain que padecía de talasemia mayor. Después de una serie de trámites legales, en mayo del 2003 los tribunales autorizaron la producción de éste. El embrión producido por Fecundación In vitro fue transferido a la señora Hashmos, pero desafortunadamente abortó en diciembre del 2003¹¹.

La segunda familia inglesa los Whitaker, tenían un niño de tres años que padecía una anemia de Diamond- Blackfan, por el cual decidieron tener a un hijo que sirviera para donar el material hematopoyético para tratar a su hermano, lo que lograron en junio del 2004¹².

⁹ La Hematopoyesis es aquel proceso por el cual se forman nuevas células sanguíneas. En la médula ósea hay unas células madre pluripotenciales que generan las distintas estirpes de células sanguíneas: los glóbulos rojos, los glóbulos blancos y las plaquetas. Las células que contiene la sangre están en constante renovación ya que su vida útil es limitada. Enciclopediasalud. Com. [ubicado 04. VI de 2014], <http://www.enciclopediasalud.com/definiciones/hematopoyesis>

¹⁰ Cfr. MEJÍA, Orlando. *El diagnóstico de preimplantación genética, el caso Nash y las indicaciones no médicas de la transgresión del imperativo kantiano a las advertencias de Habermas*, Revista Scielo, Número 30, diciembre del 2005, p.2.

¹¹ Cfr. LOZANO; GÓMEZ y AZNAR, Op. Cit., p. 15.

¹² Cfr. LOZANO; GÓMEZ y AZNAR, Op. Cit., p. 16.

Ahora bien, la existencia de los “bebés medicamento” se ha tratado de justificar bajo la promoción de una finalidad humanitaria, que tiene como objeto salvar al hermano enfermo y este fin justificaría los medios utilizados; frente a ello es necesario precisar que aunque el fin sea bueno, no podemos justificar esta práctica dado que necesariamente se instrumentalizará a un embrión humano, que como tal, merece el mismo respeto debido a cualquier persona.

En resumidas cuentas, podemos decir que existen muchos casos de “bebés medicamento”, los cuales no se puede justificar ya que, aunque el fin podría ser bueno, dicho acto no debe aceptarse; porque esto implica necesariamente instrumentalizar al ser humano, anteponiendo de esta manera, una utilidad práctica a la propia persona que como tal, merece respeto.

1.1.2. El bebé medicamento y su tratamiento jurídico nacional e internacional

La aceptación del procedimiento del “bebé medicamento” se ha producido de forma paulatina en nuestra cultura occidental llegando a ser legalizada en algunas legislaciones.

En algunos países la legislación regula la creación de “bebés medicamento”, como es el caso de Reino Unido dónde la *Human Fertilization and Embryology Authority* lo permite; regulando la investigación sobre los embriones, utilizando el criterio de someter cualquier actividad de investigación o experimentación sobre embriones a la concesión de la correspondiente autorización, que expresará el proyecto de investigación, en consideración a la cual se permiten aquellas prácticas. Pero, al mismo tiempo, el artículo 3° prohíbe, entre otras actuaciones, la conservación o utilización de embriones después de aparecer en ellos la línea primitiva¹³, entendiéndose que dicha manifestación aparece antes del decimocuarto día a contar

¹³ Cfr. VALVERDE MORANTE, Ricardo. *Derecho Genético: Reflexiones Jurídicas Planteadas por las Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Lima, Editorial Gráfica Horizonte S. A., 2001, p. 125.

desde la unión de los gametos, sin computar el tiempo que el embrión haya podido estar congelado.

En Australia el uso del diagnóstico genético preimplantatorio para encontrar un embrión histoinmunológicamente compatible está regulado por la *Infertility Treatment Authority* que se encarga de revisar cada solicitud. Entre sus recomendaciones más importantes se prohíbe la producción de embriones humanos con el único propósito de destinarlos a la investigación, así como el uso de embriones sobrantes con este fin; pero si permiten la creación de embriones con fines terapéuticos¹⁴.

En Suiza, en el 2004, la Autoridad Nacional de Ética Médica autorizó la producción de “bebés medicamento”, pero acordó que el método solamente podría ser utilizado en casos en los que hubiera que salvar la vida de un niño que no pudiera ser tratado de otra manera. Esta decisión fue legalizada en julio del 2006.

En España, la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida contempla, en el capítulo III, la crioconservación de gametos y “preembriones”, el diagnóstico genético preimplantacional y las técnicas terapéuticas en el embrión preimplantado, que en dicho documento legal es denominado preembrión, aunque dicho término es biológicamente inaceptable. En la referida Ley se cita este término en más de veinte ocasiones, lo que sin duda refleja el componente ideológico que subyace en el fondo de esta¹⁵. Así mismo, en la Disposición Adicional Cuarta, se contempla la creación y existencia de un Banco Nacional de Líneas Celulares. Con la aprobación de esta ley desaparecen los obstáculos legales para poder intervenir los embriones y seleccionar aquellos genéticamente compatibles con los hermanos que requieran un trasplante de material hematopoyético, es decir, se autoriza la utilización de bebés medicamento.

¹⁴ Cfr. *Ibidem*, p. 140-141.

¹⁵ Cfr. LOZANO; GÓMEZ y AZNAR, Op. Cit., p. 17.

Por otro lado, en cuanto al ámbito nacional, si bien es cierto que existe regulación acerca de la manipulación genética y de la donación de órganos, como se verá en los apartados que abordaremos con posterioridad, también lo es, que no contamos con regulación específica que recoja la figura de los bebés medicamento; por lo que podríamos afirmar que nos encontramos ante la existencia de un vacío legal en este aspecto.

1.2. Manipulación Genética como presupuesto del bebé medicamento.

1.2.1. Manipulación genética: Aspectos generales.

Para adentrarnos en el tema de la manipulación genética, es necesario desglosar primero el término y conocer su significado. Según PALOMEQUE, CARRILLO Y LORITE manipulación es la acción y efecto de manipular que permite operar con las manos, especialmente ciertas sustancias para obtener un resultado; esta acepción aunque inexacta, se acerca algo a lo que hoy entendemos por manipulación genética¹⁶.

De esta manera, abordaremos un análisis general de la manipulación genética como uno de los principales y novedosos formas de instrumentalizar al embrión, violando no solo sus derechos, sino supeditándolo a la libre conveniencia de aquellos que ostentan poder sobre los mismos.

Así pues, la manipulación genética es, para MARTÍNEZ, la técnica de ingeniería genética, mediante la cual se transfieren porciones del patrimonio hereditario de un organismo viviente a otro o se operan nuevas combinaciones de genes¹⁷. Se impulsa la utilización del término manipulación genética para aquellas experiencias en las cuales el objetivo es crear nuevas formas de vida o alterar el patrimonio genético de las especies vivientes.

¹⁶ Cfr. PALOMEQUE MESSÍA, Teresa; CARRILLO ÁVILA, Jose Antonio y LORITE MARTÍNEZ, Pedro. *Introducción: Concepto de Manipulación Genética y su Importancia en el Momento Actual*, Madrid, 2003, pp. 1-25 [ubicado 04. VI de 2014], Obtenido en http://www.ujaen.es/investiga/cvi220/Formicidos/publicaciones_pdf/Capitulo_libro_UNED.pdf

¹⁷ MARTÍNEZ, Stella. *Manipulación Genética y Derecho Penal*, Buenos Aires, Editorial Universidad S.R.L., 1994, p. 32.

Por su parte, VARSÍ ROSPIGLIOSI nos brinda dos definiciones de manipulación genética, una técnica y otra ética. Técnicamente, es aquel procedimiento que intenta modificar, perjudicial y negativamente, el patrimonio genético de un ser viviente, sea en su integridad como en sus sustancias o componentes; es la intervención o instrumentalización directa para dirigir o alterar un organismo, trayendo consecuencias dañinas y variando su esencia natural. Éticamente, es aquella investigación que sin implicar una variación en el genoma, atenta contra las leyes de la naturaleza y los principios vitales¹⁸.

Los sectores a favor de este procedimiento recurren a justificaciones erróneas que niegan la naturaleza humana para realizar actos que vulneran su dignidad, ya sea mediante el aborto, experimentación, crioconservación, manipulación genética o eliminación.

ARROYO SALDÍAS nos dice que la manipulación genética, puede ser entendida como el conjunto de intervenciones genéticas, realizadas por el hombre, con el objeto de lograr una mejora o transformación en los procesos de la reproducción y de la herencia humana¹⁹.

Las intervenciones genéticas, en palabras de ROMEO CASABONA²⁰, presentan facetas ambivalentes por su potencialidad modificadora de ciertas características biológicas de los individuos, modificaciones que a su vez pueden ser transmitidas por los mecanismos de la herencia biológica. Estas técnicas son muy variadas, pues pueden consistir en la modificación de genomas o de genes aislados, bien en células

¹⁸ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Derecho y Manipulación Genética, Perú, Fondo de Desarrollo Editorial, 1996, p. 40-41.

¹⁹ Cfr. ARROYO SALDÍAS, Norma. *Diagnóstico Prenatal, Manipulación Genética y Eugenesia*, Chile, Universidad de Chile, 2001, p. 18-19. Como dato histórico conviene hacer mención que en el año 1990 por primera vez seres humanos recibieron genes con el fin de modificar su patrimonio genético y curar ciertas enfermedades. Este hecho corresponde a la primera manipulación genética realizada en los seres humanos. SANTOS ALCANTARA, Manuel. *Manipulación Genética en Seres Humanos*, en Publicaciones del Departamento de Biología Celular y Molecular y de Pediatría de la Universidad Católica de Chile; [ubicado el 13.V del 2012]. Obtenido en <http://escuela.med.puc.cl/publ/arsmedica/arsmedica13/ManipulacionGenetica.html>

²⁰ ROMEO CASABONA, Carlos María. *Genética y derecho: Responsabilidad Jurídica y mecanismos de control*, Buenos Aires, Editorial ASTREA, 2003, p.12.

ya diferenciadas, bien en los gametos o en el embrión en sus primeras fases, cuando sus células son todavía indiferenciadas o “totipotentes”²¹; en la selección de cromosomas, en el intercambio o transferencia de ADN nuclear o mitocondrial; en la actuación sobre agentes infecciosos a partir del propio ADN.

De esta manera, no pueden dejarse de lado los objetivos perseguibles con estas diversas técnicas, pues pueden pretender tanto fines terapéuticos o preventivos (adelantándose a la manifestación de la enfermedad), como otros perfectivos o de mejora del individuo nacido o por nacer.

Inferimos entonces, que la manipulación genética busca detectar genes defectuosos y esto traería como consecuencia que se elimine al embrión que viene en camino, justificándose en que es mejor interrumpir el desarrollo de ese ser humano en formación. La manipulación genética busca el rechazo a la enfermedad, pero optan por el camino más rápido y muchas veces no conveniente, pues la erradicación del defecto se hace extensivo al portador del mismo, a la persona; por ello, las prácticas eugenésicas poseen una importante carga de criminalidad que lesionan la dignidad humana, tal es así, que la selección genética preimplantatoria y la detección de un genoma correcto se eleva a la condición indispensable para poder llegar a vivir.

De lo dicho anteriormente, caben distinguir dos términos que, al encontrarse íntimamente relacionados con la manipulación genética, resulta necesario desglosarlos y tratarlos por separado para entender la magnitud de la complejidad de dicha práctica; estos términos son: eugenesia y diagnóstico genético preimplantatorio (o selección genética preimplantatoria).

²¹ La totipotencia es la capacidad de una célula de dirigir el desarrollo total de un organismo. [ubicado el 28 de mayo 2014]. Obtenido en http://cienciaysalud.laverdad.es/10_2_6.html

a) Eugenesia:

Por eugenesia se entienden los procedimientos capaces de mejorar la especie humana. La protección de la especie humana y la mejora de las condiciones sociales del ser humano y de la colectividad han sido la justificación del pensamiento eugenésico.

La eugenesia puede verse entonces, como la manipulación con fines de mejorar la raza o especie humana²², diferenciándose a su vez en eugenesia positiva y negativa.

- ✓ La eugenesia negativa, busca que personas con genes portadores de cargas genéticas problemáticas no se reproduzcan, es así como algunos hacen propuestas como la esterilización de los subnormales y castración química.

Este tipo de eugenesia pretende evitar la trasmisión de caracteres apreciados como no deseables, valiéndose para ello de procedimientos mucho más eficaces hasta el presente, como han sido tradicionalmente la prohibición del matrimonio, la esterilización, la contracepción y, en casos aislados, el aborto y la muerte del recién nacido²³.

- ✓ En cambio, la eugenesia positiva consiste en que una vez identificados los genes portadores de cargas problemáticas, se corrijan o se descarten los óvulos, los espermatozoides, los embriones o en última, los fetos²⁴. Siendo técnicamente viable manipular genes, embriones, fetos y también personas para introducir cambios en sus procesos de conformación y desarrollo.

En otras palabras, consiste en favorecer la transmisión de caracteres estimados deseables, manipulando los genes “dañados”, cambiándoles parte mala por una buena (obtenida de un gen en buenas condiciones). La clonación de personas con

²²Cfr. CASTRO DE ARENAS, Rosa Herminia. *La Revolución Genética y sus Implicaciones ético- jurídica*, Bogotá Ediciones Doctrina y Ley LTDA, 1999, p. 27.

²³ Cfr. ROMEO, Óp. Cit., p. 141.

²⁴ En los supuestos de selección embrionaria se parte del supuesto de que para prevenir la enfermedad y, en definitiva, mejorar la especie, es aceptable la eliminación del sujeto enfermo. Este es el fundamento de la nueva y hasta ahora ignorada, modalidad de eugenesia. BALLESTEROS LLOMPART, Jesús; y FERNANDEZ, A. *Encarnación, Biotecnología y Posthumanismo*, Pamplona, Editorial Aranzadi, 2007, p. 180.

rasgos físicos o intelectuales considerados como óptimos, puede ser un procedimiento de la eugenesia positiva.

Si bien es cierto, cada tipo de eugenesia incluye técnicas determinadas, existen también técnicas que tanto pueden servir para una como para la otra clase de eugenesia; dentro de ellas encontramos el diagnóstico genético preimplantatorio y la selección posterior de embriones, así como el diagnóstico preconcepcivo y la selección posterior de gametos (que consideramos que no es relevante jurídicamente, en tanto que en este procedimiento aún no hay fecundación; ya que esta técnica consiste en la selección de los óvulos y espermatozoides óptimos para recién ser fecundados; con lo cual, podría tener cuestionamientos éticos, si se quiere, pero no jurídicos). En esta investigación, abordaremos sólo la primera técnica, por considerarla relevante para el desarrollo de esta tesis.

b) Diagnóstico Genético Preimplantatorio:

El diagnóstico preanidatorio, preimplantatorio o preimplantacional, se realiza en embriones obtenidos *in vitro* antes de proceder a su transferencia a la mujer, con el fin de comprobar previamente si son portadores de alguna anomalía genética o cromosómica causante de alguna enfermedad o malformación que podría padecer el futuro hijo²⁵.

El diagnóstico genético previo a la implantación (DGP) se desarrolla por primera vez en Inglaterra en 1990, como parte del progreso de la medicina reproductiva y la biología molecular; permite seleccionar aquel embrión que reúna el mayor número de características deseables, desechando los restantes pues no se implantarán, ya que su destino será la muerte.

Esta tecnología permite seleccionar los embriones generados *in vitro*, mediante la técnica de inyección intracitoplasmática de un espermatozoide, que posean

²⁵ Cfr. CASTRO DE ARENAS Óp. Cit., p. 99

determinadas características, antes de llevar a cabo la transferencia al útero para continuar el desarrollo embrionario, y rechazar los que pudieran heredar un defecto genético, una predisposición genética o un sexo no deseado. La biopsia se realiza generalmente el día 3 de vida, cuando el embrión alcanza el estado de ocho células antes de su compactación²⁶.

El diagnóstico genético previo a la implantación (DGP), ofrece la imagen de la persona con discapacidad como un individuo a excluir de la sociedad. Supone una experimentación humana directa, sin fines terapéuticos ni para el embrión que se manipula, se elige o descarta según el diagnóstico, ni para avance de la medicina perinatal. Dado que estas técnicas permiten disponer de varios embriones, se ha generado además una eugenesia «positiva», que busca seleccionar unos embriones en función de terceros, por tener unas determinadas características, sexo, o carecer de posibles predisposiciones a enfermedades.

En conclusión, después de todo lo mencionado, podemos notar hasta aquí que el mayor contenido de la manipulación genética es negativa para el hombre y la vida humana, al atentar contra los principios y leyes de la naturaleza, caracterizándose por 1) ser un fin para la técnica en donde se utiliza al hombre como medio; 2) ser una intervención no terapéutica; y 3) lesionar los derechos del ser humano, tales como la vida, identidad, integridad, individualidad y sobre todo la dignidad humana.

1.2.2. Legislación en el Derecho comparado sobre manipulación genética

En este apartado abordaremos el tratamiento de la manipulación genética dentro del derecho comparado; citando en este caso la regulación de ordenamientos jurídicos como el de Chile, Argentina, Alemania y España; ello porque prohíben expresamente en su legislación penal la manipulación genética eugenésica, asumiendo una postura

²⁶LÓPEZ MORATALLA, Natalia; LAGO FERNÁNDEZ PURÓN, Marta y SANTIAGO, Esteban. *Selección de Embriones Humanos. Diagnóstico Genético Preimplantación*, Universidad de Navarra, Cuaderno de Bioética, XXII, 2da Edición, 2011, pp. 243-258, [ubicado el 10. VI de 2014] Obtenido en <http://www.aebioetica.org/archivos/07-BIOETICA-75.pdf> p. 245.

proteccionista a favor del embrión; sin embargo, la legislación Española es un poco contradictoria, porque pese a prohibir la manipulación genética, cuenta con legislación especial que permite donación y experimentación con embriones.

➤ **Argentina:**

En la Provincia de Buenos Aires la Ley 11.044, prescribió que toda investigación relacionada con seres humanos deberá ajustarse a criterios de respeto de su dignidad y protección de sus derechos y bienestar, y ser fundada en parámetros éticos y científicos, lo que queda a consideración de comités de ética. Uno de sus pronunciamientos legislativos relacionados con la manipulación genética es Decreto Nacional 200/97: Decreto de necesidad y urgencia sobre prohibición de los experimentos de clonación humana²⁷.

Este decreto manifiesta que los avances científicos que son de conocimiento público posibilitan la realización de experimentos de clonación humana que plantean problemas éticos y morales que se contraponen a las pautas y valores culturales. Ergo, resultaría necesario reglamentar, controlar y fiscalizar todas las actividades relacionadas con los experimentos de clonación, en particular con seres humanos²⁸, el cual estaría encargado al Ministerio de Salud y Acción Social que, previa consulta con la Comisión Nacional de Bioética, que funciona en el ámbito de ese Ministerio, elabore un anteproyecto de ley para prohibir cualquier utilización del ser humano, como la clonación y manipulación genética²⁹.

➤ **Chile:**

En la doctrina chilena, se establece que el mejoramiento o perfeccionamiento genético de los seres humanos, denominado eugenesia, actualmente se ha

²⁷ Decreto Nacional 200/97 *Decreto de necesidad y urgencia sobre prohibición de los experimentos de clonación humana*, Buenos Aires, 7 de marzo de 1997.

²⁸ *Ibidem*, p. 2.

²⁹ En el Decreto Nacional 200/97 *Decreto de necesidad y urgencia sobre prohibición de los experimentos de clonación humana*, el Presidente de la Nación Argentina decreta: Artículo 1: Prohíbanse los experimentos de clonación relacionados con seres humanos. *Ibidem*, p. 3.

convertido técnicamente en una realidad, motivando una profunda reflexión de tipo ético. Esta es una postura proteccionista que asume el país vecino de Chile en cuanto a las técnicas de manipulación genética, criticando las bases científicas del mejoramiento genético de los seres humanos, y se plantean los cuestionamientos éticos más relevantes derivados de esta manipulación.

Chile no ha sido ajeno al debate legal internacional de la manipulación genética, ha planteado el Proyecto de Ley B119-11 “Sobre la investigación científica en el ser humano, su genoma y que prohíbe la clonación humana”, teniendo un amplio y largo debate parlamentario.

En términos de manipulación genética, este proyecto prohíbe toda práctica eugenésica, permite la terapia génica somática y prohíbe toda forma de clonación humana. En noviembre de 2005 este proyecto de ley fue aprobado en el Parlamento chileno³⁰. En su primer artículo señala: Esta ley tiene por finalidad proteger la vida de los seres humanos desde el momento de la concepción, su integridad física y psíquica, así como su diversidad e identidad genética, en relación con la investigación científica biomédica y sus aplicaciones clínicas, y es precisamente la frase “desde la concepción”, la que ha creado gran controversia y crítica por parte de grupos que tienen concepciones erróneas sobre el inicio de la vida; sin embargo, este es uno de los países que por fortuna insisten en su planteamiento de defender la vida desde el momento de la concepción³¹, tal como apreciamos en la literalidad del artículo 1°.

➤ **Alemania:**

Una de las legislaciones que denota la protección de la vida prenatal ante las técnicas de manipulación genética, clonación humana y técnicas de reproducción asistida es la Ley Alemana de Protección al Embrión N° 745-90 del 13 de diciembre de 1990³², en

³⁰ Cfr. GONZÁLES FERNÁNDEZ, Rocío del Pilar. *Límites Biojurídicos de la libertad de investigación, respecto a la manipulación genética en la vida prenatal*, Tesis para optar el título de abogada, Lambayeque, USAT, 2013, p. 129.

³¹ Cfr. SANTOS, Óp. Cit. p. 32.

³² Ley Alemana de Protección al Embrión N° 745-90 del 13 de diciembre de 1990.

la que se prohíbe la práctica de las madres de alquiler y las manipulaciones del patrimonio genético humano.

Dicha Ley que entró en vigor en enero de 1991, prohíbe: a) la selección de embriones en función del sexo, salvo casos de enfermedades hereditarias graves ligadas al sexo; b) la modificación artificial del patrimonio hereditario de una célula embrionaria humana; c) la fecundación de óvulos con un fin distinto al del embarazo de la mujer de la que procede el óvulo; así como la creación de embriones mediante FIV para la experimentación; d) Se prohíben las manipulaciones genéticas que puedan conducir al nacimiento de un embrión dotado del mismo patrimonio hereditario que otro embrión, feto o cualquier otro ser vivo humano o difunto. Estableciéndose como castigo una sanción con pena de prisión de hasta 5 años o con multa³³.

➤ **España:**

En la actualidad, este país que tiene una Ley específica respecto a la investigación biomédica en seres humanos, Ley 14/2007 en la que ha permitido las diversas técnicas de investigar en seres humanos. Sin embargo, su legislación Penal en el artículo 159 señalaba³⁴: “1) Serán castigados con la pena de prisión de dos a seis años e inhabilitación especial para empleos a cargo público, profesión u oficio de siete a diez años a los que, con finalidad distinta a la eliminación o disminución a taras o enfermedades graves, manipulen genes humanos de manera que se altere el genotipo”.

Nos hallamos ante un delito de resultado consistente en la manipulación de genes humanos de tal manera que, a consecuencia de ella, resulte alterado el genotipo. La norma permite una sola clase de manipulación que entonces resultará atípica: la que tenga como finalidad la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves; los restantes supuestos son punibles. Se tiende a proteger, por tanto, la singularidad

³³ Cfr. VALVERDE MORANTE, Ricardo. *Derecho Genético: Reflexiones Jurídicas Planteadas por las Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Perú, Editorial Gráfica Horizonte S. A., 2001, p. 136.

³⁴ Código Penal español- 2011 Actualizado- TÍTULO V- Delitos relativos a la Manipulación Genética, Art. 159°

genética o incolumidad del patrimonio genético individual. Este bien u objeto jurídico protegido, se corporeiza en el genotipo como objeto material de delito, señalando JUDEO PRIETO y RUIZ ALARCÓN³⁵ que es indiferente cuál sea el desarrollo embrionario, dado que la manipulación puede ejecutarse sobre gametos, pre-embriones, embriones, fetos e incluso sobre nacidos. Es un delito en el cuál será sujeto pasivo aquel cuyo genotipo hay sido manipulado.

Del mismo modo, el artículo 161, en su apartado 2 y 3 nos señala que: “ 2) Serán castigados con la pena de uno a cinco años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de seis a 10 años quienes fecunden óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana. Y 3) Con la misma pena se castigará la creación de seres humanos idénticos a través de clonación o de otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza”.

Este dispositivo, nos muestra una protección más específica ante la vida prenatal, pues prohíbe tajantemente la manipulación con fines eugenésicos o mejoramiento de raza; y la protección se refiere a embriones creados extracorpóreamente, por lo que sancionaba con pena privativa de libertad el hecho de crear, crioconservar embriones con fines diferentes a la posterior implantación, o que no tengan la finalidad de eliminar o disminuir enfermedades. Es decir, crear embriones mediante las técnicas de reproducción asistida sólo sería factible si su destino es la implantación; caso contrario, manipular, experimentar, investigar y eliminar serían actividades prohibidas y sancionadas por su sistema Penal.

Sin embargo, actualmente la realidad española en esta materia es otra debido a la puesta en vigencia de la Ley 14/2007 referente a la Investigación Biomédica en seres humanos. Fue emitida como resultado de la enorme relevancia de la obtención, utilización, almacenaje y cesión de las muestras biológicas con fines de diagnóstico y de investigación, que son cada vez más frecuentes. Investigaciones que implican

³⁵ Citado por SUÁREZ, Carlos; RODRÍGUEZ, Mira; JUDEO PRIETO, Ángel; y PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Tomo II, Navarra, Editorial Aranzadi S. A., 2005, p. 89-90.

procedimientos invasivos en seres humanos; así como la investigación con gametos, embriones o células embrionarias que se han hecho imprescindibles en el ámbito de la terapia celular y la medicina regenerativa³⁶.

El preámbulo de esta Ley dice textualmente: “La Ley prohíbe explícitamente la constitución de preembriones y embriones humanos exclusivamente con fines de experimentación, de acuerdo con la concepción gradualista sobre la protección de la vida humana sentada por nuestro Tribunal Constitucional...”; sin embargo, posterior a este enunciado manifiesta “... pero permite la utilización de cualquier técnica de obtención de células troncales embrionarias humanas con fines terapéuticos o de investigación que no comporte la creación de un preembrión o de un embrión exclusivamente con ese fin”³⁷.

Podemos inferir entonces, que la Ley 14/2007, si bien prohíbe crear exclusivamente preembriones y embriones para fines de experimentación, al mismo tiempo, permite que se experimente con embriones creados masivamente por técnicas de reproducción asistida; por lo que, consideramos que no se podría tener esta Ley como garantista de los Derecho Fundamentales de la persona.

➤ **Perú:**

Nuestro país no ha sido ajeno a los avances biotecnológicos; dado que desde la década pasada se vienen realizando, por lo cual ha sido necesaria su regulación. Dentro de esta encontramos:

a) Constitución Política del Perú:

Si bien es cierto no regula específicamente la manipulación genética, protege la vida desde sus instancias primeras. Así tenemos que en el art. 2° señala: “La vida humana es inviolable”, este argumento es extensible para todo individuo de la persona humana, independientemente del estadio en que se encuentre, por el contrario, la

³⁶ Véase en Preámbulo de la Ley 14/2007, *Ley de Investigaciones Biomédicas en seres Humanos de España*.

³⁷ ALKORTA, Itziar. *Nueva Ley de Investigación Biomédica*, [Ubicado el 04.VI de 2014], Obtenido en <http://www.euskonews.com/0410zbnk/gaia41003es.html>

protección se da desde su existencia en la forma más primigenia que sea³⁸. Podemos observar entonces que pese a la omisión de una protección específica del genoma humano y del embrión frente a todo experimento genético, nuestro ordenamiento jurídico reconoce la vida de todo ser humano, y dentro de ello, la del concebido³⁹.

b) Código de los Niños y Adolescentes:

Que en su Artículo 1°-A la vida y a la integridad- expresa: “El niño y adolescente tienen derecho a la vida desde el momento de la concepción. El presente Código garantiza la vida del concebido protegiéndolo de experimentos o manipulaciones contrarias a su integridad y desarrollo físico o mental”

Con este artículo, el Código de los Niños y Adolescentes, Ley 27337, se presenta como el primero en nuestro medio en prohibir la manipulación genética de manera taxativa y expresa, siguiendo la orientación *in extenso* de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Del análisis del referido artículo apreciamos que es estricto en lo referente a la protección del concebido de las experimentaciones contrarias a la integridad y desarrollo físico o mental del ser humano, no estableciendo límite alguno a la práctica de aquellas intervenciones técnicas cuyos fines sean terapéuticos. El límite está en la realización de aquellos procedimientos genéticos que, en vez de ser aplicados en beneficio del ser humano, sirven fundamentalmente para definir o fomentar el desarrollo de las técnicas biomédicas sin considerar la violación y el atentado contra la unidad sicosomática cometida contra el sujeto de derecho⁴⁰.

³⁸ Cf. GONZÁLES FERNÁNDEZ, Rocío del Pilar. *Límites Biojurídicos de la libertad de investigación, respecto a la manipulación genética en la vida prenatal*, Óp. Cit., p. 139.

³⁹ Cfr. BERMUDEZ TAPIA, Manuel. *La Constitución de 1993 a través de las sentencias del Tribunal Constitucional*, 2da Edición, Lima, Ediciones Legales San Marcos, 2008, p. 7.

⁴⁰ Cfr. VARSÍ ROSPLIGLIOSI, Enrique. *Derecho Genético*, Perú, 4ta Edición, Editorial Grijley E.I.R.L., 2001, p. 348.

c) Código Penal:

En nuestra legislación penal, el delito de manipulación genética está incorporado desde el 16 de enero del 2002 por la Ley 27636, en el art. 324° donde se señala: “Toda persona que haga uso de cualquier técnica de manipulación genética con la finalidad de clonar seres humanos, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis meses, ni mayor de ocho años e inhabilitación”⁴¹. En un sentido biotecnológico la genética humana comprende el análisis de genomas y el diagnóstico prenatal, pasando por la fertilización in vitro y la transferencia de embriones, hasta llegar a la manipulación genética mediante la clonación o la recombinación de genes.

d) Ley General de Salud.

La presente ley regula en el primer párrafo de su artículo 7° que “toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona”.

Ahora bien, es cierto que la ley no regula específicamente la manipulación genética, pero si regula las técnicas de reproducción asistida. En el caso de los “bebés medicamento” es necesario utilizar dichas técnicas para lograr que el embrión creado nazca compatible con su hermano enfermo y esto se consigue a través de la manipulación genética; por lo que, indirectamente, esta práctica sería permitida.

1.2.3. La manipulación genética como presupuesto de los bebés medicamento

Nadie se opone a que nazca un niño. Un niño es siempre una bendición, un regalo que la naturaleza brinda a los padres. El problema es que ese niño no nazca así, como un valor en sí mismo, sino que haya sido creado artificialmente para ayudar a su hermano.

Este caso plantea, a nuestro juicio, dos graves problemas. En primer lugar, se crea un ser humano, saltándose las barreras del azar, para forzar la existencia de una

⁴¹Código Penal peruano, art. 324°, referente a los delitos contra la humanidad.

persona con una determinada carga genética que cumple con unos requisitos previos. Por otro lado, el ser humano al que se le da la oportunidad de vivir es literalmente “creado” de forma artificial en un laboratorio y sometido a un complejo “proceso de control de calidad”, para garantizar su plena compatibilidad genética.

Así, frente a las relaciones de igualdad existentes entre todos los seres humanos, los bebés creados artificialmente saltan todos estos obstáculos para nacer con determinadas características genéticas, buscadas en todos los casos con fines terapéuticos.

Un gran problema ético se plantea al necesitarse la creación de un número importante de embriones humanos para poder seleccionar entre ellos y tener mayores posibilidades de encontrar al menos uno que cumpla con los criterios de selección. Los demás hermanos que no cumplan con los requisitos cromosómicos exigidos serán descartados por padecer la enfermedad o, incluso aún no estando enfermos, por no tener un patrimonio genético compatible con los fines médicos para los que son buscados. Resulta muy comprensible la angustia de los padres que buscan desesperadamente la solución al grave problema de salud de un hijo, a los que estas técnicas se les presentan como la única alternativa posible. Pero en ninguna manera nos parece justificable destruir muchas vidas para salvar otra.

Un bebé, un niño, un adulto, no pueden nunca ser tratados como un objeto para conseguir un fin. Cada vida humana es valiosa por sí misma y no debe ser tratada como un medio sino un fin en sí misma⁴². Por lo tanto, hablar de que un bebé ha sido concebido como un instrumento para ser donante de un hermano aquejado de una enfermedad, por muy noble que nos parezca la causa, es anteponer una utilidad práctica al valor que en sí mismo tiene la vida del recién nacido.

⁴² En este sentido, afirma Kant, **el hombre es un fin en sí mismo, no un medio para usos de otros** individuos, lo que lo convertiría en una cosa. Los seres irracionales, como los animales, pueden ser *medios para*, por ejemplo, la alimentación, en cambio la existencia de las personas es un **valor absoluto** (recuerda el apartado 2.2) y, por ello, son merecedoras de todo el respeto moral mientras que la discriminación, la esclavitud, etc. son acciones moralmente incorrectas, porque atentan contra la dignidad de las personas. Ubicado en DEL VECCHIO, Giorgio. *Filosofía del Derecho*, Barcelona, 9na edición, Editorial BOSCH S.A., 1960, pp. 91-92.

1.3. Donación como presupuesto del bebé medicamento

1.3.1 Reflexiones preliminares: Donación y trasplante de órganos

La donación de órganos y tejidos, se ha presentado desde siempre como una alternativa para todas aquellas personas que padecen de alguna enfermedad que anulan la función de un órgano o la reducen. Ahora bien, en palabras de MERINA la donación de órganos y tejidos “es la actividad humana consistente en extraer órganos o tejidos de un donante humano, vivo o cadáver, para implantarse en un receptor, con el propósito de mejorar su salud o su condición de vida”⁴³. Con ello podemos determinar que el trasplante tiene como objeto la sustitución de una parte del cuerpo humano por otra, que ha sido extraída de otro cuerpo y que cumple con las mismas funciones.

Existen dos grandes grupos de trasplante que se han venido realizando desde hace algunos años atrás, estos son: El trasplante de órganos y el de tejidos⁴⁴:

- Trasplante de Órganos, son aquellos que precisan de intervenciones quirúrgicas complejas, como por ejemplo el trasplante de riñón, hígado, pulmones, páncreas, córnea, corazón, etc.
- Trasplante de tejidos, se caracterizan por que el procedimiento es simple, como por ejemplo el trasplante de médula ósea, células endocrinas.

Ahora, según FERNANDÉZ, en virtud a las relaciones genéticas entre el donante y el receptor, existen cuatro clases de trasplantes:

- “Autoinjerto: El donante y receptor son el mismo sujeto.
- Isoinjertos: Donante y receptor son individuos genéticamente idénticos de la misma especie (injertos entre gemelos homocigóticos).

⁴³ MERINA, Pablo. *El trasplante de órganos y Tejidos Humanos. Un reto jurídico y ético para el siglo XXI*, España, Navarra Gráfica Ediciones.2005, p. 18.

⁴⁴ Cfr.K ABBAS, Abul, H. LITCHMAM y PILLAI Shiv. *Inmología celular y molecular*, Sexta edición, España, Editorial Elsevier, 2008, p. 375.

- Homoinjerto: Injerto realizado con un tejido de otro individuo de la misma especie que el sujeto que lo ha de recibir. Se opone a heteroinjerto.
- Heteroinjerto: Donante y receptor son individuos de distintas especies⁴⁵.

Entonces, se llama trasplante a las transferencias de órganos, tejidos o células vivas de un individuo a otro, con el objetivo de mantener la integridad funcional del tejido trasplantado en el receptor.

Es necesario precisar, que la donación de órganos se ubica social y culturalmente en el ámbito de las cosas que no son susceptibles de transarse como mercancías, de manera que solo pueden ser obtenidas a través de la acción altruista del donante⁴⁶. Por tanto, la donación de órganos y tejidos humanos implica un acto moral que expresa generosidad, una conducta de carácter altruista que se inscribe fuera de la lógica del mercado.

El trasplante de órganos se ha convertido en una práctica habitual, que se ha realizado desde hace muchos años atrás y uno de los primeros casos de trasplante en el mundo, se llevo a cabo el 23 de diciembre de 1954 que consistió en un trasplante de riñones entre gemelos, que terminó con gran éxito⁴⁷, esto significa que este medio terapéutico se ha realizado continuamente transformando la vida de millones de personas, brindándoles una esperanza de vida⁴⁸.

⁴⁵ FERNÁNDEZ ELIZATE, Carlos, Pedro. *Sociología y trasplante de órganos, tejidos y células*. Subtítulo: A 10 años del Programa Federal de Procuración políticas públicas y trasplante, Criterios encontrados en repositorio institucional de la Universidad Nacional de la Plata, 2012, pp. 409-471 [ubicado el 14.VI 2014] Obtenido en <http://www.aebioetica.org/revistas/2012/23/78/301.pdf>, p. 411.

⁴⁶ Cfr. OSORES FALLA, María Victoria y ZAVALA FERNÁNDEZ, Claudia Yanina. *Eficacia en la manifestación de voluntad expresada en el DNI para la donación de órganos*. Ley N° 28189 Chiclayo 2010-2011, tesis para optar el título de Abogado, Facultad de Derecho de la Universidad Señor de Sipan, 2012, p. 48.

⁴⁷ Cfr. MERINA, Óp. Cit., p. 11

⁴⁸ Sobre el particular, podemos acotar que los primeros trasplantes de órganos se han realizado en países desarrollados como por ejemplo en República Federal de Alemania en 1990 fueron trasplantados 2 358 riñones, 485 corazones, 329 hígados. En España, en 1992 se realizaron 1 452 injertos renales, y 254 de corazones. GARZÓN VALDÉS, Ernesto. *Algunas consideraciones éticas sobre el trasplante de órganos*, en VASQUEZ RODOLFO. *Bioética y Derecho. Fundamentos y problemas actuales*, 2da edición, México, Instituto Tecnológico Autónomo de México, 2002, p 214.

Entonces, la donación como ya lo mencionamos con anterioridad es aquel procedimiento médico mediante el cual, se extraen tejidos de un cuerpo humano y se reimplante en otro. Ahora bien, para que se efectúe la donación, es preciso contar con un donante, es decir una persona que voluntariamente brinde sus propios tejidos u órganos para su utilización por otras personas⁴⁹. En resumidas cuentas, se entenderá como donante al sujeto que pone al servicio de otros sus órganos o tejidos sin esperar nada a cambio, en virtud a su generosidad.

Existen dos tipos de donantes, el donante vivo que puede donar un órgano o parte de éste siempre y cuando tengan la capacidad de regeneración, y el donante cadavérico que es el caso de un individuo fallecido, en el cual los órganos a trasplantar son mantenidos con vida hasta el trasplante, manteniendo la irrigación de los órganos a ser trasplantados.⁵⁰

En resumidas cuentas, el trasplante de órganos y tejidos se constituye como aquella acción altruista que trae consigo la vida, es por ello que NAZARIO VARGAS, citando al papa Juan Pablo II determina que la donación es un acto de amor, y además, que el cuerpo humano no puede ser considerado únicamente como un conjunto de tejidos, órganos y funciones si no que es parte constitutiva de la persona⁵¹. Es relevante destacar que la persona que done los órganos sea adecuadamente informada ya que solo así estaremos frente a una donación o trasplante válido.

⁴⁹ Cfr. ALBUJAR CHING, Neiyiu Merice. *Vivencias de familias frente a la aceptación-rechazo en la donación de órganos-unidad de procura hospital nacional Almanzor Aguinaga Aesio Chiclayo-Perú*. Tesis para optar el título de licenciada en enfermería, Facultad de Medicina de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Chiclayo, 2011.

⁵⁰ Cfr. FERNÁNDEZ ELIZATE, Carlos, Pedro. *Sociología y trasplante de órganos, tejidos y células. Subtítulo: A 10 años del Programa Federal de Procuración políticas públicas y trasplante*, Criterios encontrados en repositorio institucional de la Universidad Nacional de la Plata, 2012, pp. 409-471 [ubicado el 14.VI 2014] Obtenido en <http://www.aebioetica.org/revistas/2012/23/78/301.pdf>, p. 413.

⁵¹ NAZARIO VARGAS, Zarela Victoria. *“Actitudes y creencias de los adultos jóvenes frente a la donación de órganos- Chiclayo 2010”*. Tesis para optar el título de licenciada en enfermería, Facultad de Medicina de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Chiclayo, 2011.

Según MERINA, “la donación, tanto de órganos como de tejidos humanos, para trasplante, supone en esencia la producción de terminados efectos jurídicos a lo largo del proceso”⁵², por lo cual un elemento esencial es la manifestación de la voluntad, ya que con ellas se puede ejercer el derecho que tiene todo ciudadano de manifestar su deseo respecto al destino de sus órganos y tejidos.

En todos los casos, el registro expreso de la voluntad de las personas debe efectuarse por escrito, al igual que su revocatoria. De este modo, cada ciudadano puede decidir en vida acerca de la donación de órganos manifestando su voluntad afirmativa o su oposición.

1.3.2. Legislación en el derecho comparado sobre donación de órganos y tejidos

➤ Perú

a) Ley General de Donación y Trasplante de órganos y/o Tejidos Humanos: Ley N° 28189.

Actualmente el proceso de donar está regulado por la Ley General de donación y trasplante de órganos y/o tejidos humano Ley N° 28189, en la que se señala que la extracción de órganos y/o tejidos procedentes de donantes vivos o donantes cadavéricos solamente se realizara con la finalidad de favorecer o mejorar sustancialmente la salud, la expectativas o las condiciones de vida de otra persona. Y además garantiza la confidencialidad de la información, así como la gratuidad de la donación entre otros aspectos⁵³.

Ahora bien, los requisitos y condiciones para los donantes vivos de tejidos regenerables están recogidos el artículo 9 de la presente ley; éste establece que será necesario la existencia de una certificación en la se verifique que no se presenten

⁵² Cfr. MERINA, Óp. Cit., p. 27

⁵³ Véase al respecto la Ley General de Donación y Trasplante de órganos y/o Tejidos Humanos: Ley N° 28189.

riesgos para la vida, salud y desarrollo del donante, como segundo requisito tenemos que los menores de edad e incapaces tendrán la calidad de donante siempre que los padres o tutores brinden la autorización correspondiente, para que así la donación tenga validez.

Para la disposición de órganos y tejidos no regenerables es necesario el consentimiento que tiene que constar por escrito ante notario. Los representantes de los menores de edad e incapaces, comprendidos dentro de los alcances de esta ley, carecen de la capacidad para otorgar dicho consentimiento; el consentimiento es de gran importancia ya que es la expresión de la voluntad del deseo de ceder un órgano para ayudar a otro ser humano sin onerosidad, de no ser así se estaría frente a un delito de intermediación oneroso de órganos y tejidos, sancionado como pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años⁵⁴.

La presente ley, regula el traslado nacional e internacional de los órganos (artículo N°14 y N°15) y determina que tendrá que constar con una autorización y además tendrá que presentar garantía éticas y sanitarias mínimas, para llevar a cabo un procedimiento adecuado, conforme a derecho.

Por lo tanto, es necesario señalar que la donación, tanto de órganos como de tejidos humanos, para trasplante, supone en esencia la producción de terminados efectos jurídicos a lo largo de un proceso que transcurre desde el momento en que surge la necesidad de un órgano y/o tejido en el receptor, hasta que, una vez extraído, se logra su implantación, es por ello que la presente ley trata de establecer cuáles son las reglas mínimas en las que se desenvolverá dicho procedimiento.

b) Código Civil peruano de 1984.

La persona humana tiene derechos reconocidos por nuestro ordenamiento jurídico como el derecho a la vida, integridad física a la libertad, etc. Estos derechos son irrenunciables y no pueden cederse ya que pertenecen a toda persona en virtud a su

⁵⁴ Véase al respecto el artículo 318°-A del Código Penal Peruano.

naturaleza, ahora bien, el ejercicio de estos derechos no puede limitarse salvo en lo dispuesto en el artículo 6 y siguiente referentes a la donación de órganos y tejidos.

El Código Civil de 1984, es su artículo 6 y 7⁵⁵, referido a la prohibición de actos de disposición del propio cuerpo y las limitaciones de órganos y/o tejidos respectivamente, permite las donación de órganos y/o tejidos regenerables y no regenerables en tanto que no generen perjuicio grave a la salud o que reduzcan el tiempo de vida del donante, entonces estos actos quedan prohibidos cuando es su ejercicio generen repercusiones a la integridad física del donante o cuando de alguna u otra manera, sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres.

Los actos de disposición del cuerpo (donación de órganos y tejidos) pueden ser ejecutados en vida y es revocable antes de su consumación, nuestro código también establece como válidos los actos por los cuales una persona dispone altruistamente de su cuerpo para que sea utilizado, después de su muerte, con fines de interés social o para la prolongación de la vida humana. Esta disposición favorece a las personas designadas como a las instituciones científicas, hospitales o bancos de órganos o tejidos que no persigan fines de lucro.

➤ **España.**

a) La ley 30/1979 del 27 de Octubre.

La ley 30/1979 del 27 de Octubre, determina que la cesión, extracción, conservación, intercambio y trasplante de órganos humanos, para ser utilizados con fines

⁵⁵ Véase al respecto el Código Civil su artículo 6 establece que “los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física o cuando de alguna manera sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres. Empero, son válidos si su exigencia corresponde a un estado de necesidad, de orden médico o quirúrgico o si están inspirados por motivos humanitarios. Los actos de disposición o de utilización de órganos y tejidos de seres humanos son regulados por la ley de la materia”, así mismo el artículo 7 precisa que “La donación de partes del cuerpo o de órganos o tejidos que no se regeneran no debe perjudicar gravemente la salud o reducir sensiblemente el tiempo de vida del donante. Tal disposición está sujeta a consentimiento expreso y escrito del donante”.

terapéuticos⁵⁶, se llevaran a cabo bajo el principio de solidaridad y altruismo hacia los demás, ya que este tiene un indudable carácter social.

Ahora bien, para que el trasplante de órganos sea válido es necesario que se cumplan con determinados requisitos como⁵⁷: i) Que el donante sea mayor de edad y que otorgue su consentimiento de forma libre ii) Que el trasplante tenga una finalidad terapéutica, iii) Que el destino del órgano extraído sea para mejorar sustancialmente la esperanza o condiciones de vida del receptor, iiiii) Que se trate de un órgano cuya extracción sea compatible con la vida del donante y que no disminuya gravemente su capacidad funcional, etc.

Dado que sólo pueden ser donantes los mayores de edad, quedan prohibidas las donaciones que pudieran efectuar los menores, aún con el consentimiento de sus padres, salvo que se trate de tejidos regenerables y siempre que no pongan en peligro la vida del menor, ni se le produjera una disminución en su desarrollo.

La presente ley determina que existe el donante vivo y el donante cadavérico, y precisa que de tratarse de un donante vivo el consentimiento debe ser expreso, libre y consciente por lo que tendrá que realizarse por escrito ante el Juez del Registro Civil y en presencia de determinados testigos. Por último, el consentimiento es reversible en cualquier momento, sin sujeción a formalidad, ni derecho a indemnización de ningún tipo.

La ley señala en su artículo N° 5 que “La extracción de órganos u otras piezas anatómicas de fallecidos podrá realizarse con fines terapéuticos o científicos, en el caso de que éstos no hubieran dejado constancia expresa de su oposición”⁵⁸. Por

⁵⁷ Al respecto, Ley de España del 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos.

⁵⁸ Al respecto, Ley de España del 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos.

constancia expresa deberá entenderse aquella manifestación de voluntad realizada por escrito que permita probar la voluntad del fallecido.

Para finalizar en este apartado debe indicarse que la Ley de 1979 ha favorecido notablemente la extracción de órganos cadavéricos, por lo que el recurso al donante vivo se ha reducido en la práctica, lo cual viene confirmado por la evolución de las estadísticas de este país.

b) Decreto 426/1980, del 22 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos.

El decreto del 22 de febrero, determina en su artículo N° 1 que el trasplante de órganos y tejidos solo podrá llevarse a cabo en los centros sanitarios previamente autorizados por el Ministerio de Sanidad y Consumo, es necesario hacer mención en virtud al artículo N° 2 que para la obtención de órganos de un donante vivo, solo podrá realizarse siempre y cuando se cumplan determinados requisitos⁵⁹.

Para que una persona tenga la calidad de donante es imprescindible que tenga conocimiento de las consecuencias que generarían ser donador, ahora bien, es necesario mencionar que no se podrá recibir compensación por la donación ya que esta tiene un carácter altruista, no tiene como fin incrementar nuestro patrimonio económico⁶⁰.

En el presente decreto, en su artículo N°6, se hace mención a las extracciones que se realizaran a los donantes fallecidos, y establece que se llevarán a cabo en los centros sanitarios autorizados; éstas tendrán que adoptar las medidas necesarias para garantizar que todos los ciudadanos tengan pleno conocimiento del procedimiento, que podrá tener fines terapéuticos o científicos. Cuando se trate de órganos que

⁵⁹ Los requisitos para la obtención órganos según en el artículo 2 del Decreto 426/1980, del 22 de febrero de España son: a) Que el donante sea mayor de edad, goce de plenas facultades mentales, b) Que se trate de un órgano compatible con el donante, c) Que el donante haya sido informado por último c) Que el destino del órgano extraído sea con el propósito de mejorar sustancialmente su esperanza o sus condiciones de vida.

⁶⁰Al respecto, el Artículo N° 5, N° 6 y N° 7 del Decreto 426/1980, del 22 de febrero de España

provengan de una persona fallecida, es esencial la comprobación de la muerte cerebral.

Por último, para que pueda realizarse el trasplante de algún órgano es necesario el conocimiento del receptor, o sus representantes legales y que expresen su consentimiento por escrito, el documento en el que se manifieste el consentimiento también tendrá que ser firmada por el médico que realizó la información y por la unidad médica en la que se llevara a cabo la intervención.

➤ **Argentina**

a) Ley N° 24193 de Trasplantes de Órganos y Materiales Anatómicos

La donación y el trasplante de órganos y tejidos en el territorio Argentino se encuentran regulado por la Ley 24193, que desde el 22 de enero del 2006 incorporo determinadas modificaciones a través de la ley 26006.

Ahora bien, la presente ley determina en su artículo N° 2 que “La ablación e implantación de órganos y materiales anatómicos podrán ser realizadas cuando los otros medios y recursos disponibles se hayan agotado, o sean insuficientes o inconvenientes como alternativa terapéutica de la salud del paciente. Estas prácticas se considerarán de técnica corriente y no experimental”.⁶¹ Esto significa, que este procedimiento se llevara a cabo en última ratio, cuando ya no exista otra alternativa médica que ayude a la mejora del paciente.

En el artículo N°15 de la presente ley se determina que estará permitida la ablación de órganos cuando se trate de una persona capaz mayor de 18 años quien podrá autorizarla cuando el receptor sea su pariente consanguíneo o por adopción hasta el cuarto grado, o su cónyuge, o una persona que, sin ser su cónyuge, conviva con el donante en relación de tipo conyugal no menos antigua de tres 3 años, en forma inmediata, continua e ininterrumpida, salvo que sea un trasplante de medula ósea no se aplica estas restricciones

⁶¹Al respecto la Ley N° 24193 de Trasplantes de Órganos y Materiales Anatómicos de Argentina.

Todas las personas mayores de 18 años en virtud del artículo N°19 pueden manifestar en forma expresa su voluntad afirmativa o negativa respecto a la donación de los órganos y tejidos de su propio cuerpo, pero de no existir dicha manifestación la ley presume que la persona es donante. En el caso, en el que una persona fallezca, el organismo responsable solicita testimonio a la familia sobre la última voluntad del fallecido respecto a la donación de sus órganos y tejidos.

La expresión afirmativa o negativa puede ser revocada en cualquier momento por el manifestante, pero no podrá ser revocada por persona alguna después su muerte, así lo establece el artículo.

En todos los casos, el registro expreso de la voluntad de las personas debe efectuarse por escrito, al igual que su revocatoria. De este modo, cada ciudadano puede decidir en vida acerca de la donación de órganos manifestando su voluntad afirmativa o su oposición.

Por lo tanto, en el ordenamiento jurídico argentino se establece que el acto de donación de órganos y tejidos, en cuanto a su naturaleza, consiste en un derecho personalísimo y expresar la voluntad respecto a la donación es ejercer el derecho que tiene todo ciudadano de manifestar su deseo respecto al destino de sus órganos o tejidos antes o después de su muerte.

1.3.3. La donación de órganos y tejidos como presupuesto de los bebés medicamento

El “bebé medicamento”, es aquel niño que ha sido concebido con el propósito de salvar a su hermano⁶², pero como ya lo hemos mencionado con anterioridad, un hermano salvador no es solo aquel que ha nacido bajo técnicas de reproducción asistida ya que lo son también aquellos que han sido procreados de manera natural cuya finalidad también es el de utilizarlo en pro del hermano enfermo.

Si deseamos precisar, hay casos en que la sangre del cordón umbilical que se obtiene al nacer el bebé medicamento es suficiente, ya que puede satisfacer las necesidades

⁶² Cfr. ARANGO, Óp. Cit., p. 306

de un trasplante para regenerar el tejido hematopoyético defectuoso, como ocurre en la mayoría de las enfermedades debidas a defectos de la producción de las células sanguíneas. Pero también hay otros casos en que el “bebé medicamento” sigue siendo necesario después del nacimiento, bien porque la muestra de sangre utilizado ha sido insuficiente o porque fracasó el trasplante por alguna otra razón. En estos casos el “bebé medicamento” pasa a convertirse en un donante permanente.

Si bien es cierto, los requisitos para la donación en virtud a lo establecido por nuestro ordenamiento jurídico son que el donante sea mayor de edad y que tenga conocimiento y voluntad para hacerlo⁶³, pero existe la posibilidad de que los menores de edad puedan donar tejidos renovables siempre y cuando cuenten con la autorización de sus padres, originándose así la inquietud de que si en verdad estos niño tienen la voluntad de querer hacerlo.

Por otro lado, es importante mencionar que la donación de órganos y/o tejidos podría ser utilizada como un “disfraz” para la práctica de los “bebés medicamento”, en tanto que, consideramos que las exigencias que establece la Ley General de Donación y Trasplante de Órganos y/o Tejidos Humanos no son lo suficientes restrictivas por lo que permitiría a los padres autorizar que su hijo menor de edad done las veces que el crea necesarias; sin embargo, éste es un aspecto que abordaremos con amplitud posteriormente.

En resumidas cuentas, la donación se convierte en un presupuesto ya que mediante esta figura, los padres podrán utilizar a uno de sus hijos para salvar al otro con los trasplantes que sean necesarios, teniendo como respaldo la patria potestad que les da la facultad de llevar a cabo determinados actos en nombre de sus menores hijos.

Después de lo desarrollado en el presente capítulo podemos precisar que la manipulación genética y la donación de órganos y/o tejidos, pueden ser presupuestos para la concreción de la práctica de los “bebés medicamento”; en tanto que, ambas permiten su materialización. Por un lado, la manipulación genética puede facilitar la

⁶³ Véase al respecto la Ley General de Donación y Trasplante de órganos y/o Tejidos Humanos: Ley N° 28189.

creación de los “bebés medicamento” ya que gracias a ella se podría alcanzar la compatibilidad genética entre ambos hermanos (el enfermo y el que nace para salvarlo); por otro, la donación permite que se lleve a cabo la práctica de los “bebés medicamento”, ya que a través de ella se hará efectivo el trasplante que ayudara a la mejora de la enfermedad.

CAPÍTULO 2

DEFENSA DE LA PERSONA HUMANA DESDE EL INICIO DE LA VIDA.

La finalidad del presente capítulo es precisar desde cuando se inicia la vida, si el concebido es sujeto de derecho y cuáles son los mecanismos de protección que los seres humanos poseen.

Para estos efectos, este capítulo se divide en cuatro apartados: una primera parte, donde se examina la protección que se le debe brindar al concebido considerándosele como persona desde su fecundación; en una segunda parte, hacemos mención a la dignidad como principio intrínseco de todo ser humano, la cual le otorga un carácter especial; como tercer apartado desarrollamos la relevancia del Principio del Interés Superior del Niño, como límite para la toma de decisiones en la que se encuentre inmerso el menor; y por último, desarrollamos la protección del menor en el ámbito nacional e internacional, abarcando como un mecanismo de protección la institución de la patria potestad.

2.1. El concebido como sujeto de derecho

Hoy en día, no hay duda que la vida se inicia desde la concepción. Desde ese momento el derecho participa activamente para brindar protección al concebido, quien

se constituye como sujeto de derecho en virtud a lo establecido por nuestro ordenamiento jurídico⁶⁴.

Es evidente que el ser humano debe gozar de derechos tan importantes e imprescindibles como el derecho a la vida, a la integridad física, así como derechos relacionados con la personalidad, pero en el aire flotan preguntas tan importantes como “si el embrión debe ser digno de protección, de si es aconsejable considerar al embrión como un concepto unitario o por el contrario, se ajusta más a la realidad tratarle como una transición continua e ininterrumpida de estadios desde la fecundación hasta fases avanzadas de la segmentación; o si las distintas etapas del desarrollo embrionario deben corresponderse con diferentes grados de protección.”⁶⁵

Ahora bien, para dar respuestas a las preguntas antes planteadas se originaron algunas teorías, que pretendían establecer que no se podía hablar de vida por la simple fusión del pro núcleo del espermatozoide y del pro núcleo del óvulo, las teorías más difundidas fueron: a) Teoría de la fecundación y b) Teoría de la anidación.⁶⁶

La teoría de la fecundación sostiene que la concepción se produce desde el instante en que el espermatozoide penetra en el óvulo, ya que desde que estos se fusionan se genera una nueva célula llamada cigoto; según la teoría, desde este momento puede hablarse de la concepción de un nuevo ser dotado de características únicas e irrepetibles, diferenciándose así de la madre y el padre⁶⁷.

⁶⁴ Véase al respecto el Artículo 2 “La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo” en Código Civil, 6ª edición, Lima, Grijley, 2005.

⁶⁵ FEDERICO BLASI, Gaston. *¿Cuál es el estatuto jurídico del embrión humano? en Persona, derecho y libertad nuevas perspectivas. Escritos en homenaje al profesor Carlos Fernández Sessarego*, Lima, Motivensa editora jurídica, 2009, p. 97

⁶⁶ Cfr. SÁENZ DÁVALOS, L. *Las dimensiones del derecho a la vida*, en SOSA SACIO, J. (coord.), *Los derechos fundamentales. Estudio de los derechos constitucionales desde las diversas especialidad del derecho*, Gaceta Jurídica, Lima, 2010, p. 46.

⁶⁷ Al respecto, si se quiere hacer extensivo el desarrollo de estas teorías puede consultarse a: Cfr. *Ibidem*, p. 46, Cfr. SÁNCHEZ BARRAGAN, Rosa de Jesús. *El tratamiento jurídico del derecho a la vida en relación al concebido desde el pensamiento de Carlos Fernandez Sessarego en La persona en el derecho peruano: Un análisis*

Por otra parte está presente la teoría de la anidación, esta propone que se podría afirmar el inicio del ser humano a partir de la adherencia del óvulo fecundado en la parte interior del útero materno. En otras palabras, solo podría hablarse de concepción cuando el óvulo fecundado obtiene las condiciones naturales que le permitan asegurar su desarrollo lo que se produce a los siete días de la fecundación, demorando otros siete más, para quedar totalmente concluido.⁶⁸

jurídico contemporáneo, Chiclayo, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, 2010, p. 49 y el EXP. N.º 02005-2009-PA/TC sobre la demanda de amparo interpuesto por la ONG “Acción de Lucha Anticorrupción” contra el Ministerio de Salud en su fundamento N.º 14, publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 16 de Octubre de 2009. [ubicado el 03.XII 2014] Obtenido en http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_int/doc29102009-221324.pdf

⁶⁸ En este sentido se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Artavia Murillo y otros (Fecundación In Vitro) Vs Costa Rica del 28 de Noviembre de 2012. [ubicado el 20.V 2015] Obtenido en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf. En el presente caso se relaciona los efectos de la Sentencia emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica del 15 de marzo de 2000, mediante la cual se declaró inconstitucional el Decreto Ejecutivo N.º 24029-S, en el cual se regulaba la Técnica de Fecundación In Vitro (FIV) en el país. Esta Sentencia implicó que se prohibiera la FIV en Costa Rica, y en particular, generó que algunas de las víctimas del presente caso debieran interrumpir el tratamiento médico que habían iniciado y que otras se vieran obligadas a diferentes países para poder acceder a la FIV.

La Corte consideró que es procedente definir, de acuerdo con la Convención Americana, cómo debe interpretarse el término “concepción”. Al respecto, la Corte resaltó que la prueba científica concuerda en diferenciar dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación. El Tribunal observó que sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción. Teniendo en cuenta la prueba científica presentada por las partes en el presente caso, el Tribunal constató que, si bien al ser fecundado el óvulo se da paso a una célula diferente y con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un ser humano, lo cierto es que si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas. Si un embrión nunca lograra implantarse en el útero, no podría desarrollarse pues no recibiría los nutrientes necesarios, ni estaría en un ambiente adecuado para su desarrollo.

En este sentido, la Corte entendió que el término “concepción” no puede ser comprendido como un momento o proceso excluyente del cuerpo de la mujer, dado que un embrión no tiene ninguna posibilidad de supervivencia si la implantación no sucede. Prueba de lo anterior, es que sólo es posible establecer si se ha producido o no un embarazo una vez que se ha implantado el óvulo fecundado en el útero. En resumidas cuentas, el Tribunal entendió el término “concepción” desde el momento en que ocurre la implantación, razón por la cual consideró que antes de este evento no procede aplicar el artículo 4 de la Convención Americana. Véase también, Cfr. SÁENZ DÁVALOS, L. Ob. Cit., p. 47; SANTILLÁN SANTA CRUZ, Romina. *La situación jurídica del concebido en el derecho*

En lo que concierne al derecho peruano, el legislador civil adopta una postura clara sobre el inicio de la vida humana. El segundo párrafo del Artículo 1 del Código Civil vigente, se apertura con el enunciado “La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece”; este es el punto de partida para la protección jurídica de la vida humana⁶⁹.

Como se puede observar, el Código Civil peruano, concede al concebido la categoría de sujeto de derecho sin designarlo formalmente como persona, lo cual consideramos es erróneo, en tanto que, ambas describen una misma realidad (el ser humano), por la cual se puede apreciar la estrecha relación que existen entre ambos términos; frente a ello consideramos de interés, antes de afrontar el tema relativo a la relación entre “sujeto de derecho” y “persona”, apreciar sintéticamente como se ha tratado por los juristas el problema referente a la naturaleza de la persona para el derecho. Así pues, se han propuesto tres teorías que definen a la persona i) Teoría formalista, ii) La teoría realista y iii) la teoría ecléctica.

Por la teoría formalista, la persona es una construcción lógico-formal, lo que significa que el tema relativo a la persona tiene que desarrollarse en el mero campo de la normatividad⁷⁰; en palabras de Hans Kelsen la persona es “una expresión unitaria personificadora para un haz de deberes y facultades jurídicas, es decir, para un complejo de normas”⁷¹.

Por otro lado la teoría realista, considera que la persona no es un producto o resultado del ordenamiento jurídico positivo, es decir, una categoría abstracta y

civil peruano. Una interpretación histórico- legislativa y teleológica, Lima, Motivensa Editora Jurídica, 2014, p. 80

⁶⁹ Cfr. SANTILLÁN, Op. Cit., p. 75.

⁷⁰ Dentro de los autores que aceptan la teoría formalista sobre la persona podemos citar a Josserand, De Diego, De Cupis, Gangi, Rotondi, Barassi, Salvat, entre otros. todos ellos, o casi todos, desarrollan sus trabajos jurídicos en la primera mitad del siglo XX o en los últimos del siglo XIX.

⁷¹ KELSEN, Hans, *La teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, segunda edición, 1946 . [ubicado el 04.XII 2014] Obtenido <http://cvperu.typepad.com/files/libro-teoria-pura-del-derecho-hans-kelsen.pdf> en p. 83.

formal, sino que ella se constituye como una realidad natural⁷². Esto quiere decir que la calidad de persona no se adquiere gracias al reconocimiento del Ordenamiento Jurídico, sino que ésta es una realidad preexistente propia del ser humano por misma naturaleza.

Una tercera teoría es la ecléctica, para los autores que se afilian a esta posición resulta necesario armonizar los puntos de vista parciales del realismo y del formalismo con el propósito de lograr una visión completa y no fragmentaria de una misma realidad. En otras palabras, persona es el sustrato con la aptitud que le atribuye el ordenamiento jurídico⁷³.

Expuestas estas tres teorías, cabe anotar que, particularmente, nos adherimos a la segunda; en vista de que no se puede considerar la condición de persona como producto del Ordenamiento Jurídico, ya que hacerlo implicaría admitir que ésta es una mera construcción legal, negándose de esta manera una condición que le corresponde por la propia naturaleza de su ser. Dicho de otra manera, si asumiéramos que la condición de persona le es otorgada por el Ordenamiento Jurídico, indirectamente estaríamos afirmando que si éste no la reconociera como tal, el ser humano podría ser calificado como un objeto, olvidando su condición de superioridad frente a los demás seres.

Una vez estudiadas las tres teorías de la naturaleza de la persona, podemos empezar a establecer la relación que existe entre “sujeto de derecho” y “persona”, en tanto que la persona obtiene esta condición por su propia naturaleza de ser humano; y es por esta misma naturaleza que se convierte en sujeto de derecho.

De esta manera, se puede afirmar que toda persona es sujeto de derecho, en tanto que es ser humano en cualquiera de las manifestaciones en las que se presente: a) El

⁷² En el pensamiento de Borell, “la persona es el hombre, el ser humano en cuanto tal, con independencia del reconocimiento del derecho objetivo”. BORELL, Antonio, *Derecho Civil Español*, Tomo I, Parte General, Barcelona, Bosch Editores, 1955, p. 105, para ampliar la información doctrinaria puede revisarse COLIN, Ambrosio y CAPITANT, H., *Curso Elemental de Derecho Civil*, Tomo I, Madrid, Editorial Reus, 1941, p. 132.

⁷³ ORGAZ, Alfredo, *Personas Individuales*, Buenos Aires, Depalma, 1946, p. 11.

ser humano no nacido (concebido), b) Ser humano nacido (Persona natural), c) Personas no inscritas y d) Persona inscrita (Persona jurídica)⁷⁴.

En síntesis, el concepto de sujeto de derecho tiene siempre como correlato en la realidad al ser humano, a todos los seres humanos sin excepción. Sólo el ser humano, en cualquiera de sus cuatro “maneras de ser”, es sujeto de derecho. Es decir, individual o colectivamente considerado. Ningún otro ente de la naturaleza es sujeto de derecho.

Conviene observar, sin embargo, que dentro de nuestro código Civil las categorías jurídicas de sujeto de derecho y de persona, a pesar de describir una misma realidad (el ser humano), no se identifican, rompiendo la tradicional identidad y unidad entre estos términos, el legislador peruano, apoyándose en la doctrina y legislación italiana, establece entre ellos una distinción “de carácter lingüístico” y los coloca en una relación de género a especie.

El problema radica en la clasificación que se tiene de persona en la Constitución peruana, ya que de un estudio general de ésta se puede deducir que se clasifica a la persona en dos vertientes : Natural y Jurídica; dentro del cual, se entiende que la persona natural es solo aquel ser que ha nacido dado que desde su artículo 2, inciso 1⁷⁵ se expresa textualmente que el concebido es sujeto de derecho; negándole así la categoría de persona en tanto que, no cumple con el requisito de “nacer” que la legislación peruana establece.

Es así, como se diferencia formalmente el concebido de la persona humana, en cuanto al primero, el ser humano *antes de nacer* y, la segunda, ser humano “después

⁷⁴ Cfr. FERNÁNDEZ SESSAREGO Carlos. *¿Qué es ser persona para el derecho ?*, El artículo ha sido publicado en el volumen “Derecho Privado”, Libro en Homenaje a Alberto J. Bueres, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2001 y en “Derecho PUC”, N° 53, Universidad Católica, 2002., pp. 1-34 [ubicado el 04.XII 2014] Obtenido en http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_13.PDF p. 21.

⁷⁵ Artículo 2: Derecho de la persona. “Toda persona tiene derecho: 1) A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo en cuanto le favorece”.

de nacido⁷⁶; pese a ello, consideramos que no hay entre ambos distinción ontológica alguna, ya que se trata de un mismo ser en dos momentos del proceso de su existencia. La entidad ontológica del humano concebido o después de nacido comporta en que ambos instantes de la existencia merezcan igual consideración axiológica, por lo que la vida humana, en cualquier etapa de su discurrir, es digna de la máxima protección jurídica.

LACADENA citado por FERNANDEZ SESSAREGO precisa que la vida humana es un proceso continuo desde la concepción hasta la muerte que no admite interrupciones; supone que a partir del momento en que empieza a funcionar el primer gen en dicha célula inicial única, la programación genética conducirá inexorablemente a la formación del individuo merecedor de respeto⁷⁷, en tanto que donde hay vida, hay persona y donde hay persona el derecho debe estar presente.

Por todo lo dicho, podemos llegar a la conclusión, que el ser humano es persona desde el momento de su concepción, y por lo tanto, tiene derecho a la tutela de la vida, de la salud, de la identidad, de la dignidad.

Sin embargo esta afirmación no parece ser tan clara, cuando se trata del ejercicio de distintos avances tecnológicos y practicas derivadas de estos, como por ejemplo en el tema de los “bebés medicamento”, los cuales son instrumentalizados con la finalidad de salvar o darle mejor calidad de vida a su hermano enfermo, por resultar genéticamente compatible con él. Esta práctica afecta física y psicológicamente al menor, menospreciando así su dignidad.

En estos casos, para lograr la compatibilidad genética, se requiere de la práctica del Diagnostico Génico Pre-implantatorio, que se logra a través de la manipulación genética; lo que genera un problema importante y no resuelto, que es el destino de los embriones sobrantes cuando ya no son de utilidad.

⁷⁶ Cfr. FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. *El derecho de las personas (En el umbral del siglo XXI)*, Lima, Ediciones Jurídicas, 2002, p.245

⁷⁷ Cfr. FERNANDEZ SESSAREGO, Op. Cit., p.247

Como se mencionó en el primer capítulo, en el apartado referente a la “manipulación genética”; en lo que respecta a los embriones sobrantes, producto de las técnicas de reproducción asistida, éstos se “crioconservan” en los Bancos autorizados, por un periodo determinado mientras se decida que uso darles (transferirlos, donarlos sin ánimo de lucro, con fines reproductivos a otras parejas que lo soliciten, consentir que su estructura biológica obtenida en el momento de la “descongelación” pueda ser utilizada con fines de investigación), o simplemente desecharlos si no se les encontrara “uso” alguno⁷⁸; lo que nos llevaría sin duda, a la desnaturalización del ser humano; ya que se le estaría tratando como si fuese un objeto cualquiera que puede instrumentalizarse.

Por esto, la elección por el respeto de la esencia humana no puede dejar de orientar al legislador en una decisión muy importante: aquella concerniente a la admisibilidad y los límites del recurso a los nuevos instrumentos de intervención en la vida humana ofrecidos por el progreso de la ciencia y de la técnica, sobre todo en el campo de la medicina y de la genética. Así, deberán ser permitidos, y oportunamente alentados, los nuevos instrumentos de intervención que se colocan para socorrer la vida humana, y en particular sus fronteras “naturales”; en cambio, no deberán permitirse los nuevos instrumentos de intervención que atentan contra tales fronteras, o incluso apuntan a su destrucción⁷⁹.

Por tanto, resulta inadmisibles practicar investigaciones científicas sobre el ser humano, teniéndolo como un mero objeto de experimentación (aún cuando esté en formación e incluso fuera de su natural ubicación)⁸⁰. El respeto que merece la persona

⁷⁸ Cfr. ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las personas*, 5ta edición, Lima, Editorial RODHAS SAC, 2008, p. 129.

⁷⁹ Cfr. DONATO BUSNELLI, Francesco. *Bioética y derecho privado. Fragmentos de un diccionario*, Lima, Editora Jurídica GRIJLEY E.I.R.L., 2003, p. 408.

⁸⁰ Al respecto, podemos hacer mención a los antecedentes del Caso Artavia Murillo por guardar estrecha relación con el asunto en cuestión; así tenemos que el 7 de abril de 1995 se presentó una Acción de Inconstitucionalidad contra el Decreto Ejecutivo N°24029-S emitido en Costa Rica por el Ministerio de Salud. El 15 de marzo de 2000 la Sala Constitucional costarricense emitió una sentencia declarando la inconstitucionalidad de tal Decreto; y uno de sus principales argumentos esgrimidos fue que: “El embrión humano es persona desde el momento de la concepción, por lo que no puede ser tratado como

es independiente de sus condiciones biológicas. Antes o después de su nacimiento, la protección que se le debe brindar es la misma, en su inescindible e irreductible visión ontológica⁸¹.

En resumidas cuentas, el comienzo de la vida humana no es un dato legal, sino primariamente un dato biológico. La vida humana debe ser protegida desde que biológicamente existe; y es desde este momento que, como se mencionó, el ser humano ya es persona y por tanto, merecedor de respeto.

2.2 La dignidad de la persona humana

Referirnos a la dignidad humana supone abordar un tema sumamente complejo que ha sido tratado por la doctrina a lo largo de los años. Ahora bien, en palabras de PÉREZ “la dignidad refiere a algo excelente, merecedor de respeto”⁸², con ello podemos precisar que al hablar de dignidad humana nos referimos a la cualidad de excelencia que tiene el hombre por ser hombre, en tanto que, esta no ha de ser considerada como una invención ya que la dignidad es una cualidad inscrita en el hombre en virtud de su naturaleza.

Entonces, la dignidad se erige así en una realidad de primer orden y se convierte en el valor supremo del hombre, sin posible equivalencia, y por consiguiente sin precio

objeto, para fines de investigación, ser sometido a procesos de selección, conservado en congelación, y lo que es fundamental para la Sala: no es legítimo o constitucional que sea expuesto a riesgo de muerte [...] La objeción principal de la Sala es que la aplicación de la Técnica importa una elevada pérdida de embriones que no puede justificarse en el hecho de que el objetivo de ésta es lograr un ser humano, dotar de un hijo a una pareja que de otra forma no podría tenerlo. Lo esencial es que los embriones cuya vida se procura primero y luego se frustra son seres humanos y el Ordenamiento Constitucional no admite ninguna distinción entre ellos” [ubicado el 20.V 2015] Obtenido en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_257_esp.pdf

⁸¹ Cfr. ESPINOZA, Op. Cit., p. 127.

⁸² Un resumen doctrinal de esta figura, con amplias referencias bibliográficas, se encuentra en PÉREZ CURCI, Juan Ignacio. *Los derechos humanos en Latinoamérica*, Buenos Aires, Editorial de la Universidad Católica Argentina, 2010, p 27 y CHÁVEZ FERNÁNDEZ, José. *La dignidad como fundamento de los derechos humanos en las sentencias del tribunal constitucional peruano. La tensión entre la mera autonomía y la libertad ontológica*, Lima, Palestra, 2012, p 177.

alguno⁸³, constituyéndose así en un valor irrenunciable por excelencia, en tanto que acompaña al hombre desde el inicio de su vida hasta la muerte.

Ahora bien, el ser humano al ser el único ente que posee dignidad, es anterior al Estado y al ordenamiento jurídico que lo sustenta⁸⁴, por lo tanto el respeto y reconocimiento de la dignidad en la sociedad debe encontrarse en primer nivel normativo ya que esta se constituiría como la base de los valores y derechos fundamentales, con lo cual el ordenamiento jurídico de un Estado no quedará legitimado, sino mediante el reconocimiento de la persona humana como poseedora de dignidad.

Es necesario precisar entonces que el reconocimiento de la dignidad dentro de nuestro ordenamiento jurídico significa que la persona humana es el centro de nuestra sociedad y como tal merece respeto, esto implica tratar al hombre como un fin en sí mismo y no como un medio, ya que como lo menciona SESSAREGO, “la dignidad misma del ser humano es el fundamento de su protección, aun en el caso de la no existencia en el ordenamiento jurídico de una norma específica que tutela un determinado derecho subjetivo”⁸⁵.

En el sistema jurídico actual la garantía de la dignidad humana ocupa la posición de una norma fundamental de nuestra constitución y norma básica de nuestro ordenamiento jurídico y esto se refleja en el contenido del Artículo 1 de la Constitución Política al manifestar que “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”⁸⁶, esto significa que el hombre en virtud a su carácter ontológico jamás podrá ser instrumentalizado, pero a pesar de lo reprochable que resulta esta situación, hoy en día se presentan determinadas situación que tienen como objeto “utilizar” a las personas, como por

⁸³ Cfr. JUNQUERA DE ESTÉFANI, Rafael. *Bioética y bioderecho. Reflexiones jurídicas ante los retos*, Granada, Editorial Comares, 2008, p. 159.

⁸⁴ Cfr. FERNÁNDEZ ARCE, Cesar. *Anticoncepción oral de emergencia: Enfoque crítico desde la dignidad humana*, Perú, Pontificia Universidad Católica del Perú Dirección Académica de relaciones con la iglesia, 2002, p. 10.

⁸⁵ FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, *Nuevas Tendencias en el derecho de las personas*, Lima, Universidad de Lima, 1990, p. 56.

⁸⁶ *Constitución Política del Perú*, 4ª ed, Lima, Editora Perú, 2001.

ejemplo la existencia de los “bebés medicamento”⁸⁷, que tienen un fin meramente práctico.

Como ya lo hemos mencionado en el capítulo anterior, los bebés medicamento tienen como finalidad salvar a un hermano enfermo, frente a ello cabe precisar que por más benéfico que sea el fin que se persigue, esta no puede justificar esta práctica dado que no se puede anteponer una utilidad práctica a un embrión humano, niño y/o adolescente que como tal, merece respeto.

Entonces, es en virtud de la dignidad humana que se censura todo acto que implique la instrumentalización, ya que esta supone excelencia, eminencia y grandeza del hombre, es por ello que el ordenamiento jurídico internacional reconoce su indiscutible rol de principio motor. Así, mientras el Preámbulo la Declaración Universal de los Derechos Humanos considera que “(...) la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca (...)”, el Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce no sólo que “(...) la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables” sino que “(...) estos derechos derivan de la dignidad inherente a la persona humana”⁸⁸.

⁸⁷ El hermano salvador (o comúnmente llamado bebé medicamento) es un nuevo ser que es creado específicamente para salvar a su hermano enfermo, fruto de un doble proceso de selección: No solamente elegir un embrión saludable sino, también, certificar su histocompatibilidad en relación a la persona enferma. RAPOSO, Vera Lucía. *Se busca embrión en buenas condiciones para la aplicación del Diagnóstico Pre-Implantacional y el Bebé medicamento*, 2009, pp. 1-14 [ubicado el 02.V 2014] Obtenido en [http://www.vda.pt/xms/files/Publicacoes/Se Busca Embrion en Buenas Condiciones para la Aplicacion del Diagnostico Preimplantacional y el Bebe-Medicamento - _artigo.pdf](http://www.vda.pt/xms/files/Publicacoes/Se_Busca_Embrion_en_Buenas_Condiciones_para_la_Aplicacion_del_Diagnostico_Preimplantacional_y_el_Bebe-Medicamento_-_artigo.pdf) p. 6.

⁸⁸ En este sentido se ha pronunciado expresamente el Tribunal Constitucional, como consta en el EXP. N.º 2273-2005-PHC/TC del recurso de agravio constitucional interpuesto por Karen Mañuca Quiroz Cabanillas en su fundamento N.º 6, publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 20 de abril de 2006. 22 [ubicado el 20.IX 2014] Obtenido en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/02273-2005-HC.html>, así mismo esta misma sentencia en su fundamento N.º 10 determina que la dignidad es un principio, en tanto que actúa e lo largo del proceso de aplicación y ejecución de las normas por parte de los operadores constitucionales como: a) criterio interpretativo, b) Criterio para la determinación del contenido esencial constitucionalmente protegido de determinados

De ahí que la dignidad del ser, es el principio fundante que irradia todo lo demás; y que en la escala axiológica constituye la esencia y la razón de ser de los derechos fundamentalmente, en términos de GIL la sociedad que se estime y que aspire a ocupar un sitio en la civilización, en la cultura y en la democracia, debe mantener en alto el respeto que merece la persona humana⁸⁹.

Para HERVADA “La dignidad es la perfección o intensidad de ser que corresponde a la naturaleza humana y que se predica de la persona, en cuanto esta es la realización existencial de la naturaleza humana”⁹⁰.

Por tanto, la apelación a la dignidad humana remite a un presupuesto esencial, el valor que todo ser humano tiene en sí mismo, con independencia de cualquier otro factor, lo cual le hace merecedor de un respeto incondicionado. En este sentido, para KANT, “lo que se halla por encima de todo precio y, por tanto, no admite nada equivalente, eso tiene una dignidad”⁹¹.

En este contexto, la dignidad es una cualidad exclusiva del ser humano que refleja su superioridad frente al resto de los seres, con independencia del modo de comportarse, MILLÁN PUELLES citado por HOYOS, sostiene que “la dignidad que todo hombre tiene, constituye una determinación axiológica formal, independiente de los contenidos de la conducta”⁹².

derechos y c) Criterio que comporta límites a las pretensiones legislativas, administrativas y judiciales; e incluso extendible a los particulares.

⁸⁹ Cfr. GIL OLIVERA, Numas Armando. *Filosofía del derecho y filosofía social. Asociación Colombiana de filosofía del derecho y filosofía social*, Colombia, Grupo Editorial Ibañez, 2004, p. 20.

⁹⁰ La dignidad tiene tanto un carácter absoluto como un carácter relativo: La primera es la dignidad radical que corresponde a todo ser humano; la segunda es la dignidad referida al ser realizado o en vías de realización en RIVAS, Pedro. *Natura, ius, ratio. Estudios sobre la filosofía jurídica de Javier Hervada*, Piura, Piura Ara Editores, 2005, p. 97.

⁹¹ Cfr. APARISI MIRALLES, Ángela. *El principio de la dignidad humana como fundamento de un bioderecho global*, Navarra, Editorial Universidad de Navarra, 2013, p. 1-22 [ubicado el 20.IX 2014] Obtenido en <http://www.aebioetica.org/revistas/2013/24/81/201.pdf> p. 20.

⁹² HOYOS, Ilva Myrian. *De la dignidad y de los derechos humanos*, Bogotá, Editorial Temis S.A Universidad de la Sabana, 2005, p. 92.

En consecuencia, al referirnos a la dignidad de la persona, no admitimos, en ningún caso, superioridad de un ser humano sobre otro, sino de todo ser humano sobre el resto de los seres que carecen de razón. En esta línea, HERVADA mantiene que la dignidad implica, o significa, una excelencia o eminencia en el ser humano, que no sólo lo hace superior a los otros seres, sino que lo sitúa en otro orden del ser.⁹³ Con ello podemos precisar que la dignidad es la perfección o intensidad del ser que corresponde a la naturaleza humana de los hombres, por tanto es deber de todos los poderes públicos respetarla y protegerla.

En resumidas cuentas, la dignidad humana debe ser la directriz y el motor de los derechos⁹⁴, en tanto que esté es un carácter distintivo del hombre y exige tratarlo como fin en sí mismo desde el inicio de su vida (concepción) hasta su muerte, ya que la dignidad humana está inscrita en el hombre, es por ello que pretender utilizar a una persona (bebé medicamento), para salvar a otra es un conducta que no puede ser aceptada ya que con ello se está vulnerando la naturaleza del hombre, que exige velar por su bienestar y esto implica una protección efectiva que va mas allá de la mera positivación de normas.

2.2. El interés superior del niño

Uno de los principios rectores en materia de los Derechos del Niño es el principio de “interés superior del niño”; este principio goza de reconocimiento internacional y ha adquirido el carácter de norma de Derecho Internacional general.

La rica normativa que ha venido a reemplazar a las antiguas leyes de menores se funda en que los derechos del niño derivan de su condición de persona; en

⁹³ RIVAS, Pedro. *Natura, ius, ratio. Estudios sobre la filosofía jurídica de Javier Hervada*, Piura, Piura Ara Editores, 2005, p. 97.

⁹⁴ Cfr. ESPEZÚA SALMÓN, Boris. *La protección de la dignidad humana (principio y derecho constitucional exigible)*, Arequipa, Editorial Adrus, S.R.L, 2008, p. 84, así mismo Sergio Cotta establece que la dignidad humana viene dado por el mero hecho de su propia existencia, haciéndola merecedora de respeto y rechazando toda idea de violencia. CABALLERO, Jesús. *Sergio Cotta y los retos del siglo XXI*, [ubicado el 05.XII 2014] Obtenido en <http://dadun.unav.edu/bitstream/10171/19032/1/32473742.pdf> p. 27.

consecuencia, se establece que los dispositivos de protección de los derechos de la infancia son complementarios -nunca sustitutivos- de los mecanismos generales de protección de derechos reconocidos a todas las personas. Los niños gozan de una supraprotección o protección complementaria de sus derechos que no es autónoma, sino fundada en la protección jurídica general⁹⁵.

El principio de protección especial del niño se erige en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos como un principio fundamental. Fue inicialmente enunciado en la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño, que parte de la premisa de que los niños son lo mejor que tiene la humanidad, razón por la cual deben ser especialmente protegidos. De una manera más amplia y precisa, este principio fue reconocido en la Declaración de los Derechos del Niño, que en su Principio 2 señala que el niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad⁹⁶.

A su vez en sus principios 7 y 8 se determina que el interés superior del niño deber ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres, ya que los niños deberán ser quienes reciban en protección⁹⁷.

En sentido similar, el texto del artículo 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño, ahora con rango constitucional, dispone que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar

⁹⁵ Extraído de la Sentencia del Tribunal Constitucional, expediente N.º 01817-2009-PHC/TC del recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Shelah Allison Hoefken. En su fundamento N° 4 publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 07 de octubre 2009 [ubicado el 05.XII 2014] Obtenido en http://www.tc.gob.pe/tcaldia_sentencias/magistrado_mesia/Interes_superior_nino_cmesia.pdf p. 4.

⁹⁶ Véase la Declaración de los Derechos del Niño

⁹⁷ Declaración de los Derechos del Niño Ob. Cit., p.3

social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño⁹⁸.

De este modo, el Principio del Interés del Niño y Adolescente se constituye como aquel valor especial y superior según el cual los derechos fundamentales del niño, tienen fuerza normativa superior no solo en el momento de la producción de normas, sino también en el momento de la interpretación y de aplicación de estas, las mismas que no pueden ser sino, las más favorables al pleno ejercicio de derechos de la niñez y adolescencia.

El calificativo *superior* hace pensar en lo absoluto, se ha equiparado a prevalente. Según el Diccionario de la Real Academia Española, prevalecer es sobresalir; en este caso, se trataría de los intereses del menor que prevalecen.

Pensamos que con el calificativo “superior” se ha querido poner de manifiesto que al niño le asiste un verdadero y auténtico poder para reclamar la satisfacción de sus necesidades esenciales⁹⁹. Simboliza la idea de que ocupa un lugar importante en la familia y en la sociedad y que ese lugar debe ser respetado. No debemos olvidar que cuando se defiende el interés superior del niño ello implica la protección y defensa de un interés privado, pero, al mismo tiempo, el amparo de un interés social.

El interés del niño ligado al ejercicio de sus derechos fundamentales representa el imperioso deber de respetar las diferentes etapas evolutivas de la niñez con sus propias demandas y expectativas, entiéndase, el respeto desde su nacimiento hasta alcanzar la mayoría de edad. En todas las etapas el menor requiere de cuidados y además de un ambiente propicio que le permita desarrollarse plenamente.

Por lo tanto, el interés superior del niño es un instrumento jurídico que tiene como finalidad principal el asegurar el bienestar del infante, esto implica brindarle una

⁹⁸ Declaración sobre los Derechos del Niño Ob. Cit., p.10

⁹⁹ZERMATTEN, Jean. *El interés Superior del Niño Del Análisis literal al Alcance Filosófico*, 2003. [Ubicado 07 XII del 2014] Obtenido en http://www.childsrighs.org/documents/publications/wr/wr_interes-superior-nino2003.pdf p. 7.

protección efectiva en el plano físico, psíquico y social originando así el deber de examinar si este criterio se ve realizado en el momento en el que una decisión debe ser tomada para la solución de conflictos de interés entre un niño o un adolescente y otra persona¹⁰⁰. En otras palabras, debe servir como unidad de medida cuando varios intereses entran en convergencia.

Esto en virtud de que por encima de cualquier norma procesal se encuentra el interés superior del niño¹⁰¹ y la razón de esto tiene una sola explicación particular: el estado de vulnerabilidad y de indefensión en que se encuentra la persona cuando es niño y agregado a ello que uno de los objetivos del estado y de la sociedad es el correcto desarrollo de la personalidad del infante y el respeto al libre ejercicio de sus derechos fundamentales, determinado por su intrínseca condición de ser sujeto de derecho, esto justifica brindarle al niño una protección especial y preferenciada del resto de grupos sociales, que necesariamente debe ser respetada por todas las autoridades en instancias judiciales.

Así, tanto niños, niñas, como adolescentes poseen además de los derechos atribuibles a todo ser humano, unos específicos en consideración de su condición especial y natural; por lo cual, cuando las prerrogativas humanas llegasen a contraponerse, entre sí, se hará primar necesariamente aquella cuya titularidad recayere sobre la persona menor de dieciocho años.

Por lo tanto, la aplicación de este principio es directa, es decir su inobservancia no puede justificarse por la falta de normativa expresa o ambigüedad de la existente, “constituyéndose así en un principio de ineludible materialización para el estado, la

¹⁰⁰ Cfr. TORREBLANCA GONZALES, Luis Giancarlo. “*El interés superior del niño, ¿Puede modificar los acuerdos contenidos en una conciliación judicial?*”, Actualidad Jurídica, N° 182, Setiembre 2009, p. 129-131

¹⁰¹ Véase al respecto, JUSTICIA DE FAMILIA E INFANCIA. Interés Superior del Niño y Jurisprudencia peruana, 2008. [Ubicado 07 XII del 2014] Obtenido en <http://justiciadefamilia.blogspot.com/2008/10/inters-superior-del-nio-y.html>

sociedad en su conjunto y la propia familia, incluidos, claro está, el padre, la madre o quien sea el responsable de velar por sus derechos fundamentales”¹⁰².

Lamentablemente, en la actualidad, el ejercicio de distintos avances tecnológicos y prácticas derivadas de éstos, generan en la mayoría de casos, una clara trasgresión a este principio, ya que se ve menoscabado el interés del niño; esto es lo que sucede por ejemplo, en el caso de los “bebés medicamento”, ya que éstos son “creados o usados” para salvar a un hermano que adolece de alguna enfermedad, a través de la donación. Aquí podemos notar claramente que el interés familiar, es decir, el que beneficia a toda la familia prima sobre el interés del niño; puesto que son los padres, quienes aprovechando su poder sobre el menor, concedido por la patria potestad, convierten a uno de sus hijos (menores de edad) en donante de otro.

No dudamos que el fin que se persigue con esta técnica es benéfico, pues lo que se busca es salvar a un hijo enfermo; sin embargo, para lograrlo es necesario someter a su hermano a tratamientos y procedimientos que no le resultarán nada cómodos, ya que no solo es el hecho de pasar por un proceso quirúrgico, sino que también tendrá que estar sujeto a cuidados pre y post operatorios, impidiéndosele de esta manera, tener el desarrollo pleno que todo niño debe tener.

Como se puede observar, esta no es una situación irrelevante, sino que por el contrario, resulta un problema de gran magnitud; y éste, se origina a raíz del conflicto de intereses existentes dentro del ámbito familiar, puesto que, por un lado, tenemos el interés de los miembros de querer salvar a su hijo enfermo y su posibilidad de hacerlo a través de otro de sus hijos que resulta genéticamente compatible con aquel; y por otro, tenemos el interés del menor que tiene derecho a desarrollarse plenamente, sin que este desarrollo se vea limitado por ninguna situación.

¹⁰² Para mayor información léase, AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. *El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2008. [Ubicado 07 XII del 2014] Obtenido en http://www.cecoch.cl/htm/revista/docs/revistaano_6_1.htm/Elprincipio11.pdf

Ahora bien, ante la situación descrita y con relación al principio en mención; en palabras de MARÍA J. MÉNDEZ, “la calificación de superior, en modo alguno, implica desconocer los intereses de los otros componentes del grupo familiar, pues los requerimientos del niño deben armonizarse con las necesidades de toda la familia dentro de una lógica de integración”¹⁰³.

Así pues en el caso de una madre que tiene a un hijo enfermo y a otro sano que puede convertirse en su donante; lo que ayudaría a equilibrar los intereses en conflicto sería el Principio de Interés Superior del Niño, en vista de que no por resultar compatible se le puede instrumentalizar; en todo caso lo que podría hacerse para equilibrar los intereses sería buscar la salvación del menor enfermo a través otros medios que no impliquen perjudicar al hijo sano.

El llamado interés superior del niño debe ser entendido como un término relacional o comunicacional¹⁰⁴, y significa que en caso de conflicto de derechos de igual rango, el derecho de prioridad del interés superior del niño prima sobre cualquier otro que pueda afectar derechos fundamentales. Así, ni el interés de los padres, ni el de la sociedad, ni el del estado pueden ser considerados prioritarios en relación a los derechos del niño o niña; en otras palabras, no podría prevalecer el anhelo de los padres por salvar a su hijo enfermo si esto implica perjudicar a su hijo sano.

En este sentido, al momento de presentarse una confrontación de intereses familiares, todo ejercicio de ponderación que se realice entre los mismos no puede ser peyorativo al pleno ejercicio de los derechos de la niñez que implica, entre otros, su desarrollo sin obstaculizaciones¹⁰⁵.

¹⁰³ Revisar, Cfr. MÉNDEZ COSTA, María Josefa. Los principios jurídicos en las relaciones de familia, Buenos Aires, Rubinzal- Culzoni Editores, 2006, p. 320.y GROSAN; CHAVANNEAU; POLAKIEWICZ y otros. *Los derechos del niño en la familia. Discurso y realidad*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1998, p. 38.

¹⁰⁴ Para mayor información revisar, Cfr. TORREBLANCA GONZALES, Luis Giancarlo. “*El interés superior del niño, ¿Puede modificar los acuerdos contenidos en una conciliación judicial?*”, Actualidad Jurídica , N° 182, Setiembre 2009, p. 127.

¹⁰⁵ Cfr. ZAMBRANO ÁLVAREZ, Diego. *Interés superior del niño y de la niña*, 2008. [Ubicado 08 XII del 2014] Obtenido en

Este desarrollo pleno del menor incluye el derecho a expresar su opinión libremente en las cuestiones que le afecten conforme a su edad y madurez; pero este derecho no debe quedar en una mera expresión, sino que las personas a cargo del menor deben tomarla en cuenta, sin embargo esto no será determinante, en tanto que el límite al momento de tomar una decisión deberá estar constituido por el bienestar del menor.

En el caso de los “bebés medicamento”, son los padres quienes, brindan su autorización para que el niño done un órgano renovable a su hermano enfermo para poder salvarlo o darle mejor calidad de vida, sin tener en cuenta muchas veces la opinión del menor donante acerca de someterse a las correspondientes transfusiones, procedimientos quirúrgicos y cuidados pre y post operatorios; con lo cual se vería claramente afectado su interés.

Es aquí, cuando el niño podría convertirse en un objeto dependiente de la decisión de sus padres, quienes con una autoridad arbitraria llegarían a instrumentalizar muchas veces al menor. Por esto, es importante que se tome en cuenta el principio del interés superior del niño; ya que mediante el, se resalta al niño su calidad de persona; en consecuencia, el principio debe ser un mecanismo eficaz para oponerse a la amenaza y vulneración de los derechos reconocidos a los niños y promover su protección igualitaria¹⁰⁶.

En definitiva, el interés superior del niño se constituye como un instrumento jurídico que tiende a asegurar el bienestar de estos a fin que estas puedan contar con el sustento necesario para labrar y edificar, su propio plan de vida, sin que ello fuese un menoscabo a sus necesidades e intereses presentes.

<http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechodelaninezylaadolescencia/2008/09/02/interes-superior-del-niNo-y-de-la-niNa> p. 5

¹⁰⁶ Cfr. AMEGHINO BAUTISTA, Carmen Z. *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y funciones normativas sobre el interés superior del niño*. Perú, p.6. [Ubicado el 15. X 2014] obtenido en <http://www.uss.edu.pe/uss/RevistasVirtuales/ssias/ssias2/pdf/AmeghinoBautistaCarmenZoraida.pdf>

2.4. Protección del menor

2.4.1. Patria potestad

El predominante aspecto moral que las instituciones del Derecho de familia presentan en general, se manifiesta de modo muy acusado en las relaciones paterno filiales que una vez constatadas legamente, producen para los padres numerosos deberes que tienden a la protección de los hijos mientras dura su menor edad.

CORNEJO CHÁVEZ, refiere que el estado por el que atraviesa el ser humano durante la primera etapa de su vida, más o menos prolongada, en que no se halla en aptitud de proveer a su propia subsistencia, ni de cautelar sus intereses, ni de defender sus derechos, ni de formar su propia personalidad, explica; esto fundamenta la figura jurídica de la patria potestad. Enfatiza que el derecho, al confiar a ciertas personas el amparo de los menores, se ha limitado a gobernar un fenómeno que viene impuesto por la misma naturaleza¹⁰⁷.

Por consiguiente, el niño, desde que nace hasta que alcanza la plenitud de su capacidad jurídica con la mayoría de edad, queda adscrito a relaciones jurídicas de autoridad que, tradicionalmente, se contienen en la institución de la patria potestad.

La patria potestad no es una creación de la ley, sino de la naturaleza¹⁰⁸. La ley solo cumple con regularla, mas no es ella la que confiere los derechos e impone los deberes a los padres, sino que los declara, pues ellos vienen impuestos por la naturaleza, por el hecho mismo de la procreación.

No obstante el aspecto natural de la patria potestad, en cuanto que por la debilidad humana, se puede desvirtuar esa esencia, se hace precisa así la intervención del

¹⁰⁷ Cfr. CORNEJO CHAVEZ, Hector. *Derecho Familiar Peruano*, Perú, Gaceta Jurídica, 1999, p. 520

¹⁰⁸ Ibidem, p. 307-308, Ahora bien, la patria potestad también es definida como aquel conjunto de derechos y deberes que poseen los padres frente a sus hijos, pero estos no deben entenderse exclusivamente como derechos propios de los padres respecto de sus hijos, sino como una mezcla de derechos y deberes donde la finalidad principal deberá ser la protección del niño, en tanto que este cuenta con un tratamiento especial. Cfr. AGUILAR LLANOS, Benjamín. *La familia en el Código Civil peruano*, Lima, Ediciones Legales, 2008, p. 307 y Cfr. CHUNGA LAMONJA, Fermin. *Derecho de Menores*, Perú, Editorial Grijley, 2001, p, 298

Derecho y por ello, surge ya la institución, como figura jurídica que tiende a la defensa y protección de esas relaciones naturales entre padres e hijos.

De esta manera, LÓPEZ DEL CARRIL, pone de relieve que “la patria potestad es una institución ética y altruista fundada en el derecho natural biológico, propia y absoluta del derecho de familia como integrante del derecho privado, y es un derecho moral aunque desencadene derechos y obligaciones patrimoniales, pero su existencia y sustento están fundadas en principios más elevados, más puros, sin descender a la condición contractual propia del egoísmo y no del altruismo”¹⁰⁹.

DÍEZ PICAZO, expresa que la patria potestad es “el conjunto de poderes en los cuales se actúa orgánicamente la función social confiada a los progenitores de proteger, educar e instruir a los hijos menores de edad en consideración a su falta de madurez psíquica y de su consiguiente falta de capacidad de obrar”¹¹⁰.

En singular manera, ROYO MARTÍNEZ, citado por LÓPEZ DEL CARRIL, califica a la patria potestad como “el conjunto de derechos y deberes que corresponden a los padres sobre las personas y el patrimonio de cada uno de sus hijos no emancipados como medio de realizar la función natural que les incumbe de proteger y educar a la prole.

La patria potestad, contiene relaciones jurídicas basadas en el reconocimiento de la autoridad paterna y materna sobre sus hijos menores. Es decir, no se trata de relaciones cuyo objeto presupone la igualdad jurídica de sus sujetos; por el contrario, los fines que satisfacen, implican que tanto el padre como la madre ejercen una potestad, un poder¹¹¹.

¹⁰⁹ LÓPEZ DEL CARRIL, Julio. *Derecho de Familia*, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 1984, p. 339 y Cfr. BAUTISTA TOMA, Pedro. *Manual de Derecho de Familia*, Lima, Ediciones Jurídicas, 2006, p. 289

¹¹⁰ DÍEZ- PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*, Madrid, Vol. IV, Tecnos S.A., 2002, p. 354.

¹¹¹ Cfr. BAUTISTA TOMA, Pedro. *Manual de Derecho de Familia*, Lima, Ediciones Jurídicas, 2006, p. 283.

Se trata de un poder reconocido por la ley, como medio de actuar el cumplimiento de un deber. En otras palabras, el poder paterno o materno en cuanto a los fines, no es una mera prerrogativa disponible del padre o de la madre. Ellos están obligados a ejercerlo; y es más, están obligados a ejecutarlo personalmente ya que ese ejercicio es indelegable a terceros.

Del concepto de la patria potestad, aparece su carácter de oficio, sin que se la pueda considerar como facultad de los padres, ni solamente como obligación sino el derecho-deber que a los padres corresponde, para la debida protección de la incapacidad del menor¹¹².

Nuestra Constitución en su artículo 6° consagra como deber y derecho de los padres el alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos¹¹³. Estas facultades propias de la patria potestad únicamente pueden ser ejercidas por los progenitores, éstos no pueden celebrar convenios dirigidos a disminuir o alterar las normas establecidas en nuestro ordenamiento, porque los mismos serán nulos, pues esta institución es de orden público. Igualmente los derechos inherentes a la patria potestad son intransmisibles e irrenunciables.

De todo ello se deriva las especiales características que presenta el moderno instituto: como el ser de orden público, intransmisibilidad, irrenunciable, imprescriptible y temporalidad.¹¹⁴

Cuando precisamos que la patria potestad es de orden público, significa que sus normas son de orden público y como tal de obligatorio cumplimiento, por eso los

¹¹² Cfr. GALLEGOS CANALES, Yolanda y JARA QUISPE, Rebeca. *Manual de Derecho de Familia*, Lima, Jurista Editores E.I.R.L., 2008, p. 317.

¹¹³ Constitución Política del Perú, 4ta Edición, Lima, Editora PERÚ, 2001.

¹¹⁴ PERALTA ANDÍA, Javier R. *Derecho de Familia en el Código Civil*, Lima, 4ta edición, IDEMSA, Editorial Moreno S.A., 2008, p. 523. En similar sentido, GALLEGOS estima que la patria potestad posee las características ya mencionadas pero agrega que la patria potestad es unipersonal e indivisible en tanto que corresponde a uno de los padres y no se puede ejercer en forma conjunta. GALLEGOS CANALES, Yolanda. *Manual de derecho de familia*. Lima, Jurista Editores, 2008, p. 319.

convenios que celebran los progenitores dirigidos a disminuir o alterar de algún modo la normatividad que las rigen son nulas de pleno derecho.

Otra de las características de esta institución, es que la patria potestad es intransmisible tanto por acto inter vivos como mortis causa, en este sentido, esta fuera del comercio de los hombres, como tal no puede ser objeto de venta.

Al precisar que la patria potestad es irrenunciable, significa que no cabe la renuncia de esta institución como tampoco puede ser objeto de abandono, ya que se origina responsabilidades que traerían consigo hasta sanciones penales.

La patria potestad es imprescriptible, esto significa que esta institución no puede ser adquirida ni perderse por el mero transcurso del tiempo; ahora bien como última característica tenemos a la temporalidad, la cual consiste en la relatividad en el tiempo en tanto que, la patria potestad no es perpetua por que concluye cuando el hijo ha alcanzado la mayoría de edad.

En consecuencia, nosotros consideramos que la patria potestad es otra institución importante del Derecho de Familia que está constituida por un conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres para cuidar de sus hijos menores. En suma, este instituto beneficia y cautela los derechos de los hijos desde la concepción, la niñez y la adolescencia, teniendo como directriz el principio de Interés Superior del Niño y del Adolescente con la finalidad de que aquellos puedan desarrollarse de manera adecuada en los planos personal, social, económico y cultural¹¹⁵.

2.4.2. Límites a la Patria Potestad

Después de haber mencionado la definición y características de la patria potestad, conviene ahora hablar de los límites de esta figura ante una eventual extralimitación de los padres.

Como expresamos, la patria potestad es una institución natural previa a cualquier norma legal y precisamente por ser natural, es un conjunto de derechos y deberes

¹¹⁵ Cfr. PERALTA, Op. Cit., p. 523.

atribuidos a los padres conjuntamente sobre la persona y los bienes de sus hijos¹¹⁶; frente a ello es importante mencionar que el deber esencial de los padres frente a sus menores hijos es el “deber de protección”, en tanto que ellos serán los responsables directos de su bienestar, ya que estos por si solos son incapaces de atender sus propias necesidades.

En otras palabras, los derechos de los padres tienen carácter instrumental y están destinados a satisfacer los intereses y los derechos intrínsecos de los niños o adolescentes¹¹⁷.

Por tanto, el deber de protección implica brindar un cuidado efectivo, censurando así cualquier acto que implique una obstaculización al desarrollo pleno del niño, como sucede en el caso de los “bebés medicamento”.

Aquí, se tienen como objeto principal la instrumentalización de un niño para salvar a otro. El deber de protección tiene un papel preponderante, en tanto que, pese a los anhelos de los padres por salvar a su hijo enfermo estos tienen el deber de protegerlos, sin que esta protección implique el sacrificio de uno de ellos.

Además, podemos apreciar que esta práctica implicaría una extralimitación de la potestad de los padres, ya que en la mayoría de los casos, por no decir en todos, los padres no toman en cuenta el bienestar de su hijo sano, esto es si puede o no convertirse en donante de su hermano, por el contrario, “utilizan” el poder que tienen sobre ellos para autorizar la donación.

Ante este tipo de conflicto, el Estado debe actuar para hacer efectivos los derechos del niño o del adolescente cuando detrás de un cuidado parental, aparentemente legítimo, se esconde un comportamiento represivo cercenador originado en las particulares creencias o aspiraciones de los padres que debilitan o anulan el parecer del niño o del joven. No debe olvidarse que respetar la pauta del “interés superior del

¹¹⁶ Véase al respecto Cfr. PLACIDO V. Alex F. *Filiación y Patria Potestad. En la doctrina y en la Jurisprudencia*, Perú, Gaceta Jurídica, 2003, p. 436, CHUNGA LAMONJA, Fermín. *Derecho de Menores*, Lima, Editora Jurídica GRIJLEY, 2003, p. 283.

¹¹⁷ Cfr. PLACIDO, Op. Cit., p. 436

niño” en el ejercicio de la autoridad parental implica acordar al niño la posibilidad de decidir y actuar en consonancia con la adquisición de sus diversas potencialidades¹¹⁸.

Entonces, teniendo en cuenta el precepto citado en el considerando anterior, el Interés Superior del Niño, supone la vigencia y satisfacción de todos sus derechos y alude a la protección integral y simultánea de su desarrollo y a una calidad de vida adecuada, debiendo en este aspecto proveerse a los niños y adolescentes de un ambiente familiar favorable que les brinde seguridad siendo el deber de ambos progenitores; entonces los roles parentales no son derechos absolutos, son derechos limitados por los derechos de los propios niños y adolescentes, esto representa su interés superior.

Los controles judiciales a la patria potestad dan lugar a la adopción de las medidas necesarias para la salvaguarda de los derechos tanto de la esfera personal como patrimonial de los hijos. El procedimiento que se sigue para dicho control es un procedimiento sumario, y las medidas pueden adoptarse tanto a nivel personal como patrimonial.

En tanto, la Patria Potestad es un conjunto de deberes y derechos sujeto a temporalidad, es susceptible de ser restringido, y por tanto, la ley establece los supuestos¹¹⁹ en que se manifiesta dicha limitación, evidentemente dichas restricciones estarán determinadas por inadecuadas conductas de quienes son sus

¹¹⁸ Véase al respecto Cfr. BAEZA CONCHA, Gloria. *El interés superior del niño: Derecho de rango constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia*, Chile, Revista Chilena de Derecho, Vol. 28 N°2, 2001, pp. 355-362; ROJAS SARAPURA, Walter. *Comentarios al Código de los Niños Y Adolescentes y Derecho de Familia*, Lima, Editora FECAT E.I.R.L., 2009, pp. 14-20.

¹¹⁹ Dichos supuestos se encuentran regulados en el Código Civil en los artículos 461 sobre causales de extinción de patria potestad, artículo 462 referentes a las causales de pérdida de patria potestad, artículo 463 sobre causales de privación de la patria potestad, artículo 464 acerca de la limitación judicial de la patria potestad y el artículo 466 regula las causales de suspensión de patria potestad

titulares, los padres. La ley además establece que dicha limitación debe ser judicialmente declarada.

Por tanto, la reducción del poder de los padres viene establecida por las legislaciones, pues la función de la patria potestad tiene como límite el interés superior de los hijos y su beneficio, quedando en manos de los poderes públicos la posibilidad de que, velando por los intereses del menor, priven de la patria potestad a los progenitores. Y ello siempre, por supuesto, a través de procedimientos judiciales.

2.4.3. Marco Jurídico Nacional

La búsqueda de defensa de los derechos de ese grupo más vulnerable de nuestra sociedad tiene una premisa fundamental de desarrollo: el interés superior del niño, el cual se traduce en acciones de políticas afirmativas por parte del Estado, en acciones políticas de los órganos estatales, en protección judicial y en deberes de vinculación a los padres quienes deben comprender que los niños requieren más que un sustento económico.

Entre las normas que protegen los derechos de los menores encontramos:

- **Normatividad Constitucional:**

La Constitución de 1993, artículo 1º (dignidad), artículo 2º (vida, igualdad ante la ley, intimidad familiar, identidad étnica, idioma, nacionalidad, integridad personal), artículo 4º (protección estatal), artículo 6º (deberes y derechos producto de vínculo paterno filial)¹²⁰.

- **Normatividad Legal:**

a) Código Civil: Art. 1º, 3º, 18º al 23º, 37º referidos a los derechos de las personas y del niño y adolescente, 418º al 471º referidos al ejercicio del deber derecho de la patria potestad reconocida a los padres de los menores de 18 años de

¹²⁰ Constitución Política del Perú, 4ta Edición, Lima, Editora PERÚ, 2001.

edad, del 472º al 487º, referidos al derecho y deber alimentario, del 502º al 563º, referidos a la tutela de los incapaces menores de edad no sujetos a patria potestad¹²¹.

b) Código de los Niños y Adolescentes: Si bien es cierto, en nuestro ordenamiento jurídico existen normas que regulan la protección del menor como por ejemplo la Constitución Política del Perú, el Código Civil, pero también lo es que, estos menores cuentan con una norma especial que tiene como razón de ser el brindarles protección efectiva que se traduce en la adopción de medidas esenciales de protección que su condición de sujeto en desarrollo exige por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

En el artículo IX del Título Preliminar del presente código recoge al Interés Superior del Niño y del Adolescentes que “en toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los poderes Ejecutivos, Legislativos y Judicial , del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, los Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el principio del Interés Superior del Niño y del adolescentes y el respeto a sus derechos.

2.4.4. Marco Jurídico Internacional

Los instrumentos que conforman el marco internacional, que tienen como propósito la protección del niño y del adolescente en principio son : el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC); la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN).

a) La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN).

En su artículo 3, la Convención sobre los Derechos del Niño, que entró en vigor en 1989, establece que los gobiernos son los máximos responsables de garantizar el reconocimiento y la protección de los derechos fundamentales de los niños y las niñas. Además, establece la norma de que la consideración primordial a que se

¹²¹ Código Civil Peruano, Lima, Jurista Editores E.I.R.L., 2012.

atenderá en todas las medidas concernientes a los menores será “el interés superior del niño”.

Con respecto a las prácticas nocivas, en el artículo 19.1 se exige que los Estados Partes en la Convención adopten “todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental [...] mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo”.

En el artículo 19.2, la Convención también exige a los Estados Partes la creación de “programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial”.

Según el artículo 24.3, los Estados deben “adoptar todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños”.

b) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El presente instrumento internacional establece, en forma específica en su artículo 24 que todo niño tiene derecho sin discriminación alguna a medidas de protección, tanto de su familia, como de la sociedad y el Estado; que todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre, y que todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad.

c) El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Por su parte, el PIDESC señala en su artículo 10, de manera precisa, que se debe conceder especial protección a las madres, antes y después del parto; que se deben de adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de los niños y

adolescentes, sin discriminación alguna, y se deben proteger contra la explotación económica y social. Los Estados Partes deben establecer, también, los límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado el empleo a sueldo, de mano de obra infantil.

d) Declaración de los Derechos del Niño.

Determina en su principio 2 que el niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.

En virtud a lo mencionado en el desarrollo del presente capítulo podemos concluir precisando que el ser humano es persona desde el momento de su concepción, y este es el único ente que posee dignidad ya que está inscrita en su naturaleza por lo que le hace merecedor de respeto e implica tratarlo como un fin en sí mismo y no como un medio para conseguir “algo”.

Ahora bien, la protección del menor abarca desde su concepción hasta que alcanza su mayoría de edad; ya que se le considera perteneciente a uno de los grupos vulnerables de la sociedad por lo que una de las instituciones establecidas para proteger al menor es la de la patria potestad; otro instrumento jurídico que tiende a asegurar el bienestar de estos, en tanto que, representa el deber de respetar las diferentes etapas evolutivas de la niñez con sus propias demandas y expectativas, entendiéndose, el respeto desde su nacimiento hasta alcanzar la mayoría de edad es el principio del Interés Superior del Niño.

CAPITULO 3

LA RESPUESTA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO FRENTE AL “USO” DE LOS BEBÉS MEDICAMENTO

Para concluir con la investigación, en el presente capítulo, daremos respuesta a la problemática planteada. Para esto, primero analizaremos las causas justificantes que algunos doctrinarios deslizan para la creación de los “bebés medicamento”; posteriormente determinaremos cómo es que la figura de la donación actúa como disfraz de los “bebés medicamento” y por último estableceremos la necesidad de una propuesta legislativa.

3.1. Causas justificantes para la práctica de los “bebés medicamento”

La aceptación del procedimiento del “bebé medicamento” se ha producido de forma paulatina, por lo tanto, tal aceptación exige conocer el debate que ha llevado a la justificación de esta práctica.

Para ello, pensamos que es interesante conocer los argumentos que se han manejado en la literatura científica para justificarlas. Al analizar las causas propuestas por diversos autores, proponemos la siguiente clasificación:

3.1.1. Causas éticas

a) *Salvar una vida:*

Esta causa nos dice que usar el Diagnóstico Genético Preimplantatorio para tener un niño sano que pueda salvar al hermano enfermo es ético porque se quiere salvar una vida¹²².

El “bebé medicamento” puede ser la solución para enfermedades que requieran trasplante de células madre hematopoyéticas; ya que éste es seleccionado para que no porte la enfermedad¹²³, con lo cual se llega a la conclusión que su creación está determinada como un acto bueno, puesto que tiene un fin positivo.

Frente a esto cabe señalar que cada vida humana es valiosa y no debe ser tratada como un medio, sino como un fin en sí misma; así lo expresa nuestra Constitución Política del Perú en su artículo 1 referente a la defensa de la persona humana y el artículo 2 inc. 1¹²⁴ que regula el derecho a la vida. Por tanto, que un bebé sea concebido como un instrumento para ser donante de un hermano aquejado de una enfermedad, por muy noble que nos parezca la causa, es anteponer una utilidad práctica al valor inherente que tiene la vida del recién nacido.

Entonces, un embrión humano no debe ser utilizado para un fin que no sea su propio bien. Los bebés medicamento se producen para ser utilizados como material biológico específicamente destinado a tratar a otro niño enfermo, en este caso, su hermano.

¹²² ARANGO, Op. Cit., p. 8

¹²³ Algunas enfermedades que pueden tratarse a través de la “creación de los bebés medicamento” son por ejemplo la beta-talasemia, la anemia de Fanconi y la anemia de Diamond-Blackfan. Cfr. LOZANO MARTINEZ, Julia, GOMEZ PEREZ, Ignacio y JUSTO AZNAR Lucea. ¿Es necesaria la producción de bebés-medicamento?, 2012, p. 1-13 [ubicado el 11.V 2015] Obtenido en <http://www.aebioetica.org/revistas/2012/23/78/301.pdf> p. 7-10

¹²⁴ Véase al respecto el artículo 1 de la Constitución Política del Perú que precisa “ la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado”, por otro lado el artículo 2 inciso 2 establece que “toda persona tiene derecho: 1) A la vida, a su identidad, a su integridad moral psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo en cuanto le favorece”

Este concepto de niño producido “para algo” no parece compatible con la dignidad del ser humano, que siempre debe ser concebido como “alguien”, directamente querido por sus padres, es decir, concebido pensado únicamente en su propio bien¹²⁵.

b) Creación por su fin:

“Si la razón para engendrar es buena, está bien; se trata de la satisfacción de salvar una vida”¹²⁶ Existe pues, un imperativo ético y es el de aliviar un mal aquejado. Esta causa está íntimamente relacionada con la anterior, ya que se sigue teniendo en cuenta el principio maquiavélico “el fin justifica los medios”¹²⁷

Sin embargo, el hecho de utilizar al ser humano en beneficio de un tercero puede ser aceptable en el marco de la “ética utilitarista”¹²⁸ según la cual una acción es buena si conduce a satisfacer necesidades en general; pero consideramos que este pensamiento es inaceptable, porque se cosifica al embrión y se le da una utilidad biológica en razón de un avance científico y médico, lo que viola el segundo imperativo categórico kantiano, que dice: “Obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca como un medio”¹²⁹.

¹²⁵ Cfr. COLLAZO CHAO, Eliseo. *Problemas éticos en la selección de embriones con finalidad terapéutica*, 2010, p. 231-242 [ubicado el 13.V 2015] Obtenido en <https://www.google.com.pe/url?sa=t&rct=j&q=causas%20que%20justifican%20la%20creacion%20de%20bebesmedicamento&source=web&cd=2&ved=0CB8QFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.aebioetica.org%2Frevistas%2F2010%2F21%2F2%2F72%2F231.pdf&ei=UJxWVaDUGcLbsASivlLoAQ&usg=AFQjCNG8dAjo4UfGG> p. 236

¹²⁶ Véase al respecto ARANGO, Ob. Cit., p. 8.

¹²⁷ Nicolás Maquiavelo sostiene en su obra “El Príncipe” que ser un príncipe, tener el poder, implica matar si hay que matar para defender tu patria; de ahí deriva la frase que se le achaca del “fin justifica los medios” que es una frase que él nunca dijo, pero que se ha interpretado como suya porque él dijo que los actos de los hombres deben juzgarse por los resultados; es decir, si al final se logra el fin los medios se tienen que perdonar. Cfr. MAQUIAVELO, Nicolás. *El Príncipe*, 1531, p. 1-58 [ubicado el 14.V 2015] Obtenido en <http://xavier.balearweb.net/get/El%20principe%20MAQUIAVELO.pdf> p. 9

¹²⁸ Cfr. STUART MILL, John. *El utilitarismo, traducido por Alejandro Yacarini Martínez*, Portugal, Porto Editora, 2005, p 9-14.

¹²⁹ Al respecto Cfr. DEL VECCHIO, , Op. Cit., pp. 91-92.

3.1.2. Causas de seguridad

a) **Compatibilidad segura entre ambos niños:**

“Es mejor que buscar una concepción natural que no sea compatible y termine en un aborto”¹³⁰.

Cuando la enfermedad tiene un origen genético se realiza una doble selección: el hermano debe ser compatible inmunológicamente (para evitar el rechazo) y estar además libre de la enfermedad genética. Esto se consigue, tras una fecundación *in vitro*, mediante el procedimiento llamado diagnóstico genético preimplantacional¹³¹.

De forma natural, la probabilidad de gestar un niño compatible con su hermano enfermo es del 25%, disminuyendo esta probabilidad hasta sólo un 19% si esperamos que el niño que nazca se encuentre libre de la enfermedad y sea inmunocompatible para su hermano; es por ello que resulta más seguro crear un niño genéticamente compatible con su hermano a esperar que esta compatibilidad surge por razones de azar¹³².

Frente a ello cabe mencionar que la manipulación genética es reprochable en tanto que esta supone la intervención del hombre en el proceso natural de la procreación, y traer un hijo al mundo debe ser un acto de amor consciente y ajeno a cualquier acto de instrumentalización, además por esta anhelada compatibilidad que buscan los padres, el hombre no puede ser modificado en virtud al carácter ontológico que posee.

¹³⁰ Véase al respecto ARANGO, Ob. Cit., p. 8

¹³¹ Véase al respecto el Diario Destrella Digital publicado el 15 de octubre del 2012. ¿Bebés medicamento o instrumentalización del ser humano?, [ubicado el 20.V 2015] Obtenido en <http://www.estrelladigital.es/articulo/espanha/bebes-medicamento-instrumentalizacion-ser-humano/20121008110744057946.html>

¹³² LOZANO; GÓMEZ y AZNAR, Op. Cit., p. 30

3.1.3. Causas naturales

a) **Libertad reproductiva:**

“Hay que respetar la autonomía de los padres, la libertad reproductiva lo permite, entendida esta como la facultad que tienen los progenitores para decidir en los asuntos que le atañen en su procreación como por ejemplo cuántos hijos tener, con quién tenerlos, cuándo tenerlos y cómo tenerlos”¹³³.

A partir de esta idea, es que muchos padres mal interpretan la facultad que tienen de decidir sobre la forma o el método para su reproducción, entrando a tallar aquí las practicas como manipulación genética mediante el Diagnóstico Genético Preimplantatorio bajo la equivocada idea de que ellos pueden decidir como engendrar a sus hijos.

Sin embargo, el hecho que puedan decidir cómo tener a sus hijos no lleva consigo la facultad de alterar sus características genéticas, porque esto implicaría alterar su carácter ontológico; además, “el embrión constituye un ser humano distinto”¹³⁴ siendo así titular de derechos entre los que se encuentra el derecho a no ser manipulado genéticamente, ya que si se diera lugar a esto los padres se estarían extralimitando en su facultades.

b) **Equiparación de la selección científica con la natural:**

“Se justifica porque ya hay muchos abortos *in vivo* e *in vitro* para preocuparse de desechar estos embriones. Si la naturaleza hace una selección en muchos casos no hay razón para que el científico no pueda hacer el Diagnostico Genético Preimplantatorio”¹³⁵.

¹³³ Ibidem, p. 8

¹³⁴ Cfr. CALVO MEIJIDE, Alberto. *El nasciturus como sujeto del derecho. Concepto constitucional de persona frente al concepto pandectista-civilista*, 2004, p. 283-298 [ubicado el 212.V 2015] Obtenido en <http://www.aebioetica.org/rff/06BIOETICA54.pdf> p. 289-293.

¹³⁵ Véase al respecto ARANGO RESTREPO, Pablo, Ob. Cit., p. 9.

“La probabilidad de que un embarazo natural sea exitoso es de un cincuenta por ciento, dicha porcentaje dependerá de determinadas condiciones como por ejemplo la edad de la madre, la condiciones genéticas e incluso de la cantidad de ácido fólico que consuma la gestante”¹³⁶. Ahora bien, de no presentarse esas condiciones muchas veces se puede suscitar un aborto natural o espontáneo, también llamado *in vivo*.

Respecto a los abortos “*in vitro*”, estos son aquellos que surgen en el laboratorio propiamente dicho, es decir si se fecundaban seis óvulos y de estos por diversas condiciones morían tres cigotos antes de ser implantados, estaríamos frente a un aborto *in vitro*¹³⁷.

Por otro lado, al hacer mención a la selección científica, esta nos remitiría a una muerte provocada por el hombre ya que, es éste quien por su afán de llegar a la “perfecta compatibilidad termina desechando embriones que muchas veces pueden estar en perfectas condiciones de salud, pero que al no servir para los fines que debe cumplir el “bebé medicamento” no le son útiles”¹³⁸.

He aquí, donde radica la gran diferencia entre una selección natural y selección científica puesto que en la primera de estas no ha existido intervención humana alguna para terminar con la vida, mientras que en la segunda sí.

Sin embargo, consideramos que el hombre no está facultado para decidir cuándo dar vida o quitarla ya que, la naturaleza es la única indicada para establecer los estándares de calidad genética para cada ser humano, en tanto que “un embrión ya es un ser humano y por lo tanto es merecedor de respeto y protección efectiva”¹³⁹.

¹³⁶ ALBERTS, Bruce; BRAY, Dennis; entre otros. “Introducción a la Biología Celular”, Madrid, Médica Panamericana, 2da edición, 2006, p. 70.

¹³⁷ Cfr. ALBERTS; BRAY, Ob. Cit., p. 86

¹³⁸ Cfr. LÓPEZ MORATALLA, Natalia; LAGO FERNÁNDEZ PURÓN, Marta y SANTIAGO, Esteban. “Selección de Embriones Humanos. Diagnóstico Genético Preimplantación”, Universidad de Navarra, Cuaderno de Bioética, XXII, 2da Edición, 2011, pp. 243-258, [ubicado el 10. VI de 2014] Obtenido en <http://www.aebioetica.org/archivos/07-BIOETICA-75.pdf> p. 247.

¹³⁹ Cfr. CALVO, Ob. Cit., p. 286

c) *No hay vida antes de los catorce días*

“Son embriones menores de 14 días, el comienzo de la vida humana posiblemente esté relacionado con la formación del cerebro y el final con el daño de éste”¹⁴⁰.

Sin embargo, como se mencionó en el capítulo precedente “la vida se origina desde el instante en que el espermatozoide penetra en el óvulo, ya que desde que estos se fusionan se genera una nueva célula llamada cigoto”¹⁴¹; es en este momento en que puede hablarse de la concepción de un nuevo ser dotado de características únicas e irrepetibles, diferenciándose así de la madre y el padre.

Es por esto, que al manipularse los embriones bajo la concepción que no existe vida antes de los catorce días resultaría una falacia; ya que se estaría transgrediendo su carácter ontológico que lleva consigo por ser portador de dignidad.

Por lo tanto, la naturaleza humana no se puede reducir a meras definiciones científicas. Al destruir embriones, ocultos bajo el eufemismo de preembriones, se desprecia el valor del ser humano individual y el de todos los hombres. “Hay que tener en cuenta que se desechan algunos perfectamente sanos pero al no ser compatibles no sirven, no ya como personas, ni como medicamentos, lo que supone la máxima degradación del ser humano”¹⁴².

3.1.4. Causas Subjetivas

a) *No hay daño para nadie:*

“No se causa daño a nadie y si se hace un bien, con ello se precisa que no se está usando a nadie como comodín”¹⁴³.

“El precisar, que no se causa daño a nadie es un absurdo ya que con la producción de un “bebé medicamento” se está instrumentalizando la existencia de un ser

¹⁴⁰ Revisar al respecto LOZANO; GÓMEZ y AZNAR, Ob. Cit., p. 12 y ARANGO, Ob. Cit., p. 9

¹⁴¹ Revisar Cfr. SÁENZ, Ob. Cit., p. 46 y Cfr. SÁNCHEZ, Ob. Cit., p. 49.

¹⁴² LÓPEZ; LAGO y SANTIAGO, Esteban, Ob. Cit., p. 247.

¹⁴³ Véase al respecto ARANGO, Ob. Cit., p. 9.

humano, se le está cosificando"¹⁴⁴, algo que parece incompatible con la dignidad que todo ser humano tiene por su propia naturaleza, por lo cual con esta instrumentalización se puede afirmar que si esta causa causando daño al hermano salvador, puesto que éste jamás podrá desarrollarse con plenitud dado que vivirá supeditado a las necesidades del hermano enfermo.

b) Hay otras prácticas que eliminan más embriones:

“No es eugenésico, decir que el Diagnóstico Genético Preimplantatorio y la selección de embriones disminuyen la diversidad es una especulación. Se defiende que no es eugenesia diciendo que en el mundo hay otros procedimientos como el diagnóstico prenatal (DP) que discrimina muchísimos más niños”¹⁴⁵.

Ante esto, debemos precisar que “la característica principal de la eugenesia es la discriminación, esta afirmación nos llevaría a concluir que el Diagnostico Genético Preimplantatorio y el Diagnostico Prenatal son prácticas eugenésicas, en tanto que en ambas existe una selección que implicaría discriminar a seres humanos por sus caracteres apreciados como deseables o no deseables”¹⁴⁶.

Por lo tanto, lo cuestionable en este caso no es mediante qué método se eliminen más embriones o cuál es la justificación para hacerlo, sino que lo reprochable es el resultado que se genera con dichas prácticas que es el de matar a un ser humano sin darle la posibilidad de desarrollarse; acontecimiento que sucede en la creación de los bebés medicamento.

c) Satisfacción del niño de ayudar:

“No se está trayendo a un niño como una mercancía, los padres pueden tener diferentes razones para engendrar, el niño donante se sentirá acompañado por el que

¹⁴⁴ Revisar al respecto Cfr. LOZANO; GÓMEZ y AZNAR, Ob. Cit., p. 11 y ARANGO, Ob. Cit., p. 10.

¹⁴⁵ Véase al respecto ARANGO RESTREPO, Pablo, Ob. Cit., p. 9

¹⁴⁶ Cfr. GONZÁLEZ SALVAT, Rosa María y GONZÁLEZ LABRADOR, Ignacio. *Eugenesia y diagnóstico prenatal*, 2012, p. 1-4 [ubicado el 11.V 2015] Obtenido en http://bvs.sld.cu/revistas/gin/vol28_2_02/gin03202.pdf p. 3

se alivió y tendrá la satisfacción de haberle ayudado”¹⁴⁷.

Frente a esto podemos alegar que lo que se tiene en cuenta no es el deseo que el niño tenga ya que lo que prima es su interés superior¹⁴⁸ el que se traduce en alcanzar su bienestar físico y psicológico.

Al hablar de satisfacción en este caso, podríamos decir por ejemplo que también es permisible que el menor, si así lo quiere, consuma sustancias tóxicas ya que eso le produciría un aparente grado de satisfacción; sin embargo como bien sabemos esto es reprochable porque afecta su verdadero bienestar.

d) La dignidad como parte de la religión:

“Apelar a la dignidad es hablar de religión y no son argumentos razonables”.¹⁴⁹

Frente a ello debemos comenzar a definir a la religión como una colección organizada de creencias, sistemas culturales y cosmovisiones que relacionan a la humanidad a un tipo de existencia. Esto implica que tomar a la dignidad como parte de la religión significa que ésta solo se tendría si se cree que se posee y esto sería incompatible con la naturaleza del hombre, por lo que la dignidad se tiene aunque se desconozca porque no es una creación del hombre ni se tiene con consenso de la sociedad.

La dignidad es un argumento razonable en tanto que se refiere a algo excelente, merecedor de respeto¹⁵⁰, con ello podemos precisar que al hablar de dignidad humana nos referimos a la cualidad de excelencia que tiene el hombre por ser hombre, en tanto que, esta no ha de ser considerada como una invención ya que la dignidad es una cualidad inscrita en el hombre en virtud de su naturaleza.

¹⁴⁷ Revisar LOZANO; GÓMEZ y AZNAR, Ob. Cit., p. 12 y ARANGO, Ob. Cit., p. 10

¹⁴⁹ Revisar ARANGO, Ob. Cit., p. 10.

¹⁵⁰ Un resumen doctrinal de esta figura, con amplias referencias bibliográficas, se encuentra en PÉREZ CURCI, Juan Ignacio. *Los derechos humanos en Latinoamérica*, Buenos Aires, Editorial de la Universidad Católica Argentina, 2010, p 27 y CHÁVEZ FERNÁNDEZ, José. *La dignidad como fundamento de los derechos humanos en las sentencias del tribunal constitucional peruano. La tensión entre la mera autonomía y la libertad ontológica*, Lima, Palestra, 2012, p 177.

Por lo cual, afirmamos que la dignidad no es un aspecto que pertenezca a la religión, en tanto que, esta se erige así en una realidad de primer orden y se convierte en el valor supremo del hombre, sin posible equivalencia, y por consiguiente sin precio alguno¹⁵¹.

3.1.5. Causas pragmáticas

a) *Es más fácil:*

“Se va a donar sangre del cordón no un órgano sólido. No es un proceso invasivo; por lo contrario es un procedimiento más fácil; ya que, las células madre del cordón están disponibles fácilmente, y esto resulta menos dañino que la donación de médula ósea. Asimismo, el grado de compatibilidad no es tan exigente como con células de la médula ósea”¹⁵².

Sin embargo, esta afirmación no es cien por ciento exacta; ya que, la extracción de células madre del cordón umbilical no asegura que el niño enfermo quede completamente curado; lo que implicaría que pueda seguir requiriendo donaciones y/o transfusiones”; las mismas que tendrían que provenir de la única persona más compatible con él: su hermano; de esta manera, se aseguraría que no exista rechazo en dicho trasplante; por lo que el “hermano salvador” quedaría de por vida supeditado a las necesidades de su hermano enfermo impidiéndole así que se desarrolle con plenitud.

b) *Es mejor salvar a un niño que a un embrión:*

“Triunfo del sentido común: para salvar a otro se debe hacer algo. Entonces habría que probar por qué es preferible salvar a los embriones antes que salvar a un niño enfermo”¹⁵³.

¹⁵¹ Cfr. JUNQUERA DE ESTÉFANI, Rafael. *Bioética y bioderecho. Reflexiones jurídicas ante los retos*, Granada, Editorial Comares, 2008, p. 159.

¹⁵² ARANGO, Ob. Cit., p. 10

¹⁵³ ARANGO, Ob. Cit., p. 11

Debemos empezar recalcando que un aspecto éticamente muy negativo de la producción de los bebés-medicamento es que, para obtenerlos, ineludiblemente, hay que destruir un elevado número de vidas humanas de embriones.

Ahora bien, la distinción realizada en este argumento acerca del embrión y el niño no tiene cabida, ya que se habla de seres humanos en dos momentos distintos de su proceso de existencia: primero, el ser humano *antes de nacer* y segundo, el ser humano “después de nacido”¹⁵⁴ y como se menciona en el segundo capítulo de la presente tesis no hay entre ambos distinción ontológica alguna, ya que se trata de un mismo ser en dos momentos del proceso de su existencia.

La entidad ontológica del humano concebido o después de nacido comporta en que ambos instantes de la existencia merezcan igual consideración, por lo que la vida humana, en cualquier etapa de su discurrir, es digna de la máxima protección jurídica. Entonces, si de sentido común se habla, lo que éste nos indica es que el respeto que merece la persona es independiente de sus condiciones biológicas.

Por último, es necesario recalcar todo comportamiento que de algún modo pueda constituir una amenaza o una ofensa a los derechos fundamentales del embrión humano antes de su implantación, ha de considerarse gravemente inmoral

c) *No se causa daño a nadie:*

“No se va a afectar el bienestar del niño, con la biopsia del embrión no se ha comprobado que se le cause lesión, no le hace daño a nadie. No afecta el bienestar del niño creado”¹⁵⁵.

Como ya lo hemos mencionado con anterioridad la creación del hermano salvador se inicia con la biopsia del embrión que se realiza generalmente el día tres de vida, cuando el embrión alcanza el estado de ocho células antes de su compactación, de

¹⁵⁴ Cfr. FERNANDEZ, Ob. Cit., p.245

¹⁵⁵ ARANGO RESTREPO, Pablo, Ob. Cit., p. 10

las cuales se le extraen dos para ser analizadas y comprobar la compatibilidad genética con el hermano enfermo¹⁵⁶.

Si bien es cierto a través de los estudios científicos no se ha probado que se cause daño al niño creado a raíz de la extracción de esas dos células en su etapa embrionaria, tampoco se ha confirmado lo contrario por lo que resulta cuestionable aceptar la manipulación genética ya que esto implicaría que el destino de este ser humano creado quede al azar.

3.1.6. Causas económicas

a) Costos menores:

“Ayuda a hacer un uso racional de los recursos económicos al crear a alguien genéticamente compatible con el hijo enfermo, con la finalidad de que se pueda curar antes de tratar a un niño con una enfermedad como por ejemplo la Talasemia que puede acarrear un gasto de unos 295.000 dólares”¹⁵⁷.

No se puede negar que tratar a una persona aquejada con una grave enfermedad lleva consigo un costo elevado, pero esta consideración no justifica la creación de nuevos seres humanos, “ya que el ser humano no tiene un valor económico, porque asignárselo implicaría equiparlo a un objeto transgrediendo de esta manera su dignidad”¹⁵⁸.

No parece importar demasiado que, en muchos casos, haya técnicas más baratas y eficaces o menos agresivas para la madre y respetuosas con la vida no nacida. Solo parece existir la voluntad de crear falsos derechos humanos para satisfacer los intereses ideológicos de algunas minorías muy influyentes.

¹⁵⁶ LÓPEZ; LAGO y SANTIAGO, Ob. Cit p. 245.

¹⁵⁷ Cfr. CASTRO MORENO, JULIO ALEJANDRO. *Eugenesis, Genética y Bioética. Conexiones históricas y vínculos actuales*, 2014, p. 66-77, [ubicado el 24. V de 2015] Obtenido en <http://scielo.isciii.es/pdf/bioetica/n30/original4.pdf> p. 70 y ARANGO, Ob. Cit., p. 10

¹⁵⁸ Al respecto Cfr. DEL VECCHIO, Giorgio. Ob. Cit., p. 91-92.

3.2. La donación como “disfraz” para la práctica ilícita de los bebés medicamento

Después de lo tratado en los capítulos precedentes, podemos afirmar que la práctica de los bebés medicamento es reprochable legal y moralmente, ya que el utilizar a un niño para salvar a su hermano implicaría considerarlo como un "algo" en lugar de "alguien" portador de dignidad.

Sin embargo, pese a su alto grado de reprochabilidad, en la realidad podemos observar que esta práctica no se llevaría a cabo bajo el nombre de "bebés medicamento", sino disfrazada por una figura jurídicamente aceptada; esta es la donación de órganos y/o tejidos.

Nadie niega que la donación de órganos sea un acto generoso y altruista, ya que mediante esta, se salvan vidas. Sin embargo, en el caso de la donación de menores de edad, este "altruismo" puede verse opacado por las facultades que dimanan de la patria potestad, en vista de que en este caso, son los padres quienes otorgan el consentimiento de donación de su menor hijo; con lo cual la voluntad de éste es una mera presunción y lo podría ser también su bienestar.

La donación de órganos y/o tejidos por incapaces fue inicialmente regulada por la Ley Nº 27282- Ley de Fomento de la Donación de Órganos y/o Tejidos humanos del 07 junio de 2000, que en su artículo 13° señalaba:

“Podrán ser donantes las personas incapaces a que se refieren los artículos 43 inc. 1 y 44 inc. 1 del Código Civil¹⁵⁹, siempre que mantengan con el receptor vínculos de parentesco consanguíneo en línea recta o colateral hasta el segundo grado. Se requiere autorización firmada de sus padres o tutores y del juez competente, así como cumplir con los exámenes establecidos y que no exista riesgo para su salud”.

¹⁵⁹ El Código Civil en su artículo 43 inc. 1 establece que son absolutamente incapaces los menores de 16 años, salvo para aquellos actos determinado por la ley; por otro lado dispone en su artículo 44 inc. 1 que son relativamente incapaces los mayores de 16 y menores de 18 años de edad.

Posteriormente se promulgo la Ley N°28189-Ley General de Donación y Trasplante de Órganos y/o Tejidos Humanos, que derogo parcialmente a la Ley 27282 anteriormente citada, por consiguiente, la regulación de donantes vivos se redactó en el artículo 9 de la siguiente manera: “Son requisitos para los donantes vivos: inc. 1) la certificación médica de ausencia de riesgos para su vida, salud o posibilidad de desarrollo del donante y en el inc. 2) que los menores de edad pueden ser donantes siempre que los padres o tutores, con el Juez competente, otorguen la autorización correspondiente”.

Este artículo, básicamente establecía dos filtros para la donación de órganos de los menores de edad; primero: la concurrencia del consentimiento de los padres con la del juez, *contrario sensu*, si no se presentara tal acuerdo la donación no podría llevarse a cabo; y segundo, bajo una interpretación extensiva del artículo en su conjunto, que no exista peligro para la salud del menor.

Sin embargo, con fecha 14 de diciembre del 2009, fue promulgada la Ley N° 29471-Ley que Promueve la Obtención, la Donación y el Trasplante de Órganos o Tejidos Humanos, la cual, mediante su Disposición Modificatoria Única establece que se modifiquen los artículos 4° y 9°; y a la vez se incorpore el numeral 6° al artículo 11° de la Ley N° 28189, Ley General de Donación y Trasplante de Órganos y/o Tejidos Humanos¹⁶⁰.

Respecto a la modificación del artículo 9°, que es el que compete para esta investigación, es necesario mencionar que ésta se realizó solo a lo concerniente al inc. 2. Con lo cual, actualmente, se encuentra redactado de la siguiente manera “los menores de edad o incapaces, pueden ser donantes siempre que los padres o tutores otorguen la autorización correspondiente y no perjudiquen la salud o reduzcan sensiblemente el tiempo de vida del donante”¹⁶¹.

¹⁶⁰ Ley N° 29471- Ley que Promueve la Obtención, la Donación y el Trasplante de Órganos o Tejidos Humanos.

¹⁶¹ Por lo que, el inc. 1 del artículo 9 mantiene su redacción original estipulada en la Ley N° 28189, Ley General de Donación y Trasplante de Órganos y/o Tejidos Humanos.

Bajo una interpretación literal, podemos apreciar que existen dos vertientes de esta modificación, una positiva y una negativa. La positiva, la podemos observar en la última parte del artículo, cuando se agrega la condición de que “la donación no debe afectar o menoscabar la salud del menor que dona”¹⁶², lo que a nuestro entender resulta una disposición completamente atinada ya que, la donación podría constituir una transgresión grave a su bienestar. Además, si se diera cabida a una afectación a la salud del donante, por mínima que esta sea, ello implicaría otorgarle un mayor valor a una persona sobre otra por su condición de salud.

Por otro lado, hablamos de una vertiente negativa por el hecho que esta modificatoria ha suprimido la condición de que el juez competente otorgue la autorización en concurrencia a la de los padres para permitir la donación de menores de edad; esto implicaría que para que se lleve a cabo la donación referida solo sería necesario el consentimiento de los padres quedando al libre albedrío de éstos, sin que exista un filtro imparcial como lo era el Juez competente en la materia.

Expuestas estas dos vertientes, consideramos que el artículo N° 9 inc. 2 de la Ley 29471 acierta en su modificación cuando considera la necesidad de la realización de exámenes médicos; pero a la misma, debería agregársele la existencia de la autorización del Juez competente que brinde también su autorización para proceder a la donación; en tanto que, como ya lo hemos explicado en líneas precedentes esto brindaría una protección más eficaz del menor a quien se le pretende dar la categoría de donante.

Asimismo, de dicho artículo, en análisis conjunto con el artículo 10° inc. 2 de la Ley referida se deduce que los menores de edad solo pueden donar aquellos órganos que tengan la capacidad de regenerarse; puesto que expresamente menciona que los órganos no regenerables sólo podrán ser donados por personas mayores de edad.

En líneas generales, podemos afirmar que estos son los requisitos exigidos para que proceda la donación de órganos en menores de edad; sin embargo, en necesario

¹⁶² La condición referida no se apreciaba en la redacción original de la Ley N° 28189, Ley General de Donación y Trasplante de Órganos y/o Tejidos Humanos

mencionar que la figura de la donación lleva consigo también principios rectores que sirven como directrices para orientar el procedimiento legal de la donación en general.

Dichos principios se encuentran recogidos en la misma ley dentro de su artículo 2º, el cual menciona que son principios y garantías de la donación los siguientes¹⁶³:

- 1.- La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad.
- 2.- La voluntariedad, altruismo, solidaridad, gratuidad, ausencia de ánimo de lucro y el anonimato.
- 3.- La equidad en la selección y el acceso oportuno al trasplante de los posibles receptores.
- 4.- La adopción de medidas necesarias para minimizar la posibilidad de transmisión de enfermedades u otros riesgos a la vida o la salud y asegurar las máximas posibilidades de éxito del trasplante.
- 5.- El establecimiento de sistemas de evaluación y control.

Ahora bien, para lo que concierne a esta investigación, interpretaremos lo referente a la defensa de la persona humana, el respeto de su dignidad, la voluntariedad y el altruismo y así el establecimiento de sistemas de evaluación y control.

Respecto a la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, estos principios presentan una doble manifestación. De un lado, está referido aquel menor de edad que necesita un trasplante; y de otro, está referida también aquel menor de edad que se encuentre en posibilidad de donárselo.

En lo concerniente al menor de edad enfermo, podemos decir que su defensa como ser humano y el respeto de su dignidad está referida a brindarle todos los mecanismos necesarios para salvaguardar sus bienes jurídicos¹⁶⁴, esto significa que

¹⁶³ Véase al respecto la Ley General de Donación y Trasplante de órganos y/o Tejidos Humanos: Ley N° 28189

¹⁶⁴ HOYOS, Ob. Cit., p. 92.

esta persona tiene derecho a que se le brinde la posibilidad de recibir un trasplante de órganos y/o tejidos.

Ahora, respecto al menor de edad donante su defensa como ser humano y el respeto de su dignidad implica que no se menoscabe su salud, no se disminuya su tiempo de vida y sobre todo su no instrumentalización¹⁶⁵, ya que el pretender salvar a otra persona no implica que se pueda "utilizar" a este menor un sinnúmero de veces bajo el esquema del ejercicio de la patria potestad; en tanto que, el hombre por ser un fin en sí mismo es merecedor de respeto.

Es por esto que, el utilizar continuamente o sin un límite preestablecido, a un niño sano para salvar a su hermano enfermo implicaría vulnerar su dignidad otorgándole un valor netamente utilitarista; situación que se presenta en los "bebés medicamento" ya que por pretender salvar al niño enfermo se supedita continuamente al niño genéticamente compatible a las necesidades que éste presente; puesto que nada asegura que el trasplante sea exitoso desde la primera vez que se lleve a cabo.

El hablar de voluntariedad y altruismo como principios rectores de la donación y/o trasplante de órganos significa, en líneas generales, que el donante debe "expresar su consentimiento antes de donar un órgano y constituirá un acto altruista; en tanto que es una entrega generosa, libre de todo beneficio de onerosidad"¹⁶⁶.

En el caso de que menores o incapaces sean cedentes de órganos, se considera en función a nuestro ordenamiento jurídico que podría aceptarse la competencia del encargado de cuidarlos, quien ostenta la patria potestad: padre y/o madre¹⁶⁷. Sin embargo, ya que corresponde a estas personas encargadas de su cuidado, el deber

¹⁶⁵ Véase al respecto el artículo 7 inc. 2 de la Ley General de Donación y Trasplante de órganos y/o Tejidos Humanos: Ley N° 28189

¹⁶⁶ Cfr. ALBUJAR, Ob. Cit., p. 78.

¹⁶⁷ FERNÁNDEZ ELIZATE, Carlos, Pedro. *Sociología y trasplante de órganos, tejidos y células. Subtítulo: A 10 años del Programa Federal de Procuración políticas públicas y trasplante*, Criterios encontrados en repositorio institucional de la Universidad Nacional de la Plata, 2012, pp. 409-471 [ubicado el 15.VI 2015] Obtenido en <http://www.aebioetica.org/revistas/2012/23/78/301.pdf>, p. 411

de velar por los intereses del donante menor de edad; la autorización para donar un órgano regenerable podría constituirse en un abuso del derecho.

De esta manera, consideramos que los menores de edad, no deberían ceder sus órganos y/o tejidos, sino se cuenta con la evaluación médica que certifique que no existirá riesgos para su vida y/o salud; por ende, el representante no debería asumir una voluntad muchas veces inexistente en estos menores¹⁶⁸, en un acto que puede atentar contra su integridad física y psicológica.

En cuanto al principio que obliga adoptar las medidas necesarias para minimizar la posibilidad de transmisión de enfermedades u otros riesgos a la vida o la salud; y asegurar las máximas posibilidades de éxito del trasplante, existen normas que deben considerarse puesto que, disponen requisitos mínimos que deben aplicarse a la donación, con el fin de garantizar altos niveles de calidad y seguridad. Del mismo modo, existen diversas Organizaciones Internacionales que también se han pronunciado al respecto.

Las mencionadas normas incluyen la designación de autoridades competentes, el establecimiento de criterios nacionales de autorización de centros, el desarrollo de un marco de calidad y seguridad que comprenda los protocolos necesarios para el desarrollo efectivo del proceso, la calificación de los profesionales implicados¹⁶⁹, entre otros.

Entre las mencionadas Organizaciones Internacionales encontramos a la Organización Mundial de la Salud quien establece en su Principio Rector N° 10 sobre Trasplante de Células, Tejidos y Órganos Humanos que “es imprescindible aplicar procedimientos de alta calidad, seguros y eficaces tanto a los donantes como a los receptores. Los resultados a largo plazo de la donación y el trasplante de células,

¹⁶⁸ Cfr. NAZARIO VARGAS, Zarela Victoria. “*Actitudes y creencias de los adultos jóvenes frente a la donación de órganos- Chiclayo 2010*”. Tesis para optar el título de licenciada en enfermería, Facultad de Medicina de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Chiclayo, 2011.

¹⁶⁹ Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad.

tejidos y órganos deberán evaluarse tanto en el donante vivo como en el receptor, con el fin de documentar los efectos beneficiosos y nocivos”¹⁷⁰.

Para optimizar los resultados del trasplante de células, tejidos y órganos es preciso aplicar un proceso reglado que englobe las intervenciones clínicas y los procedimientos desde la selección del donante y durante todo el seguimiento a largo plazo; por lo que, se deberá realizar un seguimiento tanto de los donantes como de los receptores para garantizar que ambos reciban los cuidados apropiados e información acerca del trasplante.

En consecuencia, la evaluación de la información sobre los riesgos y los beneficios a largo plazo es esencial para el proceso de obtención del consentimiento y para equilibrar adecuadamente los intereses de los donantes y los receptores.

Para esto debemos tener en cuenta lo estipulado en el segundo párrafo del Principio Rector N° 3, de la Organización anteriormente mencionada que a su tenor establece que la “donación de personas vivas es aceptable si se obtiene el consentimiento informado y voluntario del donante, se le garantiza la atención profesional, el seguimiento se organiza debidamente y se aplican y supervisan escrupulosamente los criterios de selección de los donantes.

Los donantes vivos deberán ser informados de los riesgos, beneficios y consecuencias probables de la donación de una manera completa y comprensible; deberán ser legalmente competentes y capaces de sopesar la información y actuar voluntariamente, y deberán estar libres de toda coacción o influencia indebida”¹⁷¹.

Este Principio subraya la necesidad de que la decisión sea auténtica y se tome con conocimiento de causa, para lo cual es necesario disponer de información completa, objetiva y pertinente, así como excluir a las personas vulnerables que sean incapaces de satisfacer los requisitos que comporta un consentimiento voluntario e informado.

¹⁷⁰ La Organización Mundial de la Salud establece principios rectores sobre trasplante de células, tejidos y órganos humanos.

¹⁷¹ Principios rectores establecidos por la Organización Mundial de la Salud aprobada por la asamblea 63 llevada a cabo el año 2010.

El mencionado Principio, también pone de relieve la importancia de proteger la salud de los donantes vivos durante el proceso de selección, donación y asistencia posterior necesaria, con el fin de velar que la vida del donante no se vea afectada por las posibles consecuencias adversas después de la donación por lo que, el donante y el receptor deberán recibir una atención equivalente, y las autoridades sanitarias serán responsables en igual medida del bienestar de ambos.

Estas exigencias deben aplicarse en todos los casos de donación de manera general; pero en el caso de los menores de edad, deben presentarse mucho más estrictas; ya que se trata de seres con mayor vulnerabilidad, en tanto que no han alcanzado aún un desarrollo pleno; por lo que son más susceptibles a que se genere un mayor daño en su salud y además, no son ellos quienes otorgan el consentimiento directamente, sino sus padres; cuya decisión podría verse condicionada por la presión de tener otro hijo enfermo.

Es necesario precisar, que con los argumentos expuestos nuestro propósito no es satanizar la donación de órganos y/o tejidos, en tanto que muchas veces ésta se convierte en la única esperanza de vida de muchos seres humanos. Por tanto, que un “niño” done un órgano y/o tejido renovable a su hermano no lo convierte en un bebé medicamento; en tanto que, éste ya habría nacido con esa categoría.

Como ya se ha explicado en el primer capítulo de esta investigación, la definición del término “bebé medicamento”, se hace extensiva también aquellos niños que, pese haber sido procreados de manera natural, lo han sido con la finalidad de salvar a su hermano a través de la donación; es decir, después del diagnóstico de la enfermedad que éste tenga; por lo que, se encontraría supeditado una y otra vez a sus necesidades.

Es verdad que en estos casos el derecho no puede poner límites, dado que no regula las intenciones; sin embargo, resulta pertinente establecer un mecanismo necesario para una adecuada protección de los niños concebidos con estos fines; ya que la donación es precisamente la etapa en la que se va hacer efectiva el fin por el que fueron creados.

En otras palabras, es lógico que los padres en su afán por proteger a sus hijos opten por agotar todas las posibilidades y esto incluye que, en el supuesto caso que tengan un hijo enfermo y a otro sano genéticamente compatible con aquel, ellos puedan intervenir para que este hijo sano ayude a salvar a su hermanito, en este caso la intervención se daría al manifestar su consentimiento en la donación de su menor hijo.

En consecuencia, la autorización de los padres o del representante legal no sería suficiente para proceder a la extracción del órgano, porque pueden producirse conflictos de intereses cuando éstos también son responsables del bienestar del receptor. Por ello, consideramos que en esos casos deberá solicitarse el examen y la aprobación de un organismo independiente, como un juez competente.

En cualquier caso, la oposición de un menor a realizar una donación debería tomarse en cuenta para decidir su proceder. El asesoramiento profesional a posibles donantes con el fin de analizar y, de ser necesario, tratar de evitar cualquier presión en la decisión de donar reviste especial importancia en el caso de los donantes menores de edad.

Respecto a esto, consideramos que el consentimiento debe pasar ciertos filtros después de la autorización de los padres; en éstos deben verse implicadas autoridades independientes e imparciales que sean capaces de brindar criterios objetivos para determinar la posible afectación del menor. Entre estas autoridades, deberían encontrarse los médicos reunidos en junta y el juez competente¹⁷²; en tanto que ellos esgrimirían sus argumentos científicos y legales respecto a si sería conveniente o no proceder con la donación.

¹⁷² Si bien desarrollar el tema de las competencias del Juez excede a los fines de este trabajo, puesto que implicaría involucrarnos en temas procesales; consideramos, sin embargo, que como planteamiento inicial se podría proponer el hecho de que se trate de un Juez Especializado en temas de Familia, en la vía de un Procedimiento Sumarísimo. Lo relevante, es que se realice un proceso que garantice la rapidez en la toma de la decisión por tratarse de casos urgentes.

Los médicos por su parte deberán reunirse en una junta¹⁷³, con la finalidad de evaluar al menor y determinar si cuenta con las condiciones físicas y psicológicas suficientes para poder donar un órgano; para lo cual tendrán que realizarle pruebas medicas como por ejemplo la compatibilidad de sangre entre el donante y el receptor, análisis de orina, pruebas cardiacas que incluyen electrocardiogramas y radiografías del pecho¹⁷⁴; del mismo modo, se llevara a cabo una entrevista psicosocial¹⁷⁵ que tendrá como objetivo identificar posibles riesgos emocionales para el donante y asegurar que la donación está libre de presión o circunstancias externas que lo obliguen a realizarla.

Ahora bien, es necesario precisar que el propósito de la evaluación médica de los donantes es asegurarse que la donación no implicará ningún riesgo inusual durante el procedimiento, ni en el futuro; por lo que es de vital importancia que se lleve a cabo, en vista de que esta evaluación permitirá establecer un límite para determinar si el menor puede donar su órgano y respecto también, de las veces que el mismo puede donar.

Por ello, consideramos que esta junta médica es imprescindible, en tanto que, gracias a estas evaluaciones podremos saber cuando las donaciones previstas afectarán el bienestar físico del menor y cuando no; ya que las condiciones óptimas que presentaba el donante en un principio, no se mantendrán siempre, por lo cual es necesario que dicha evaluación se realice cada vez que se pretenda hacerlo donar en vista de que no existe garantía que esta donación sea aceptada desde el inicio.

¹⁷³ Una Junta Médica es la reunión de 3 o más profesionales para efectuar la evaluación de un caso determinado. Véase al respecto el Comité de Protocolos Funciones de la Junta Médica., 2102 pp. 1-3 [ubicado el 17.VI 2015] Obtenido en <http://mibuenosairesweb.gob.ar/sites/default/files/uccop/comunicaciones/anexos/Protocolo-FUNCIONES%20JUNTA%20MEDICA%20-%20Version1%200-Oct2012.pdf>. p. 1

¹⁷⁴ Cfr. PÉREZ, Richard. *Donación de riñón de donantes vivientes*, Centro De Transplantes De UCDAVI, California pp.1-22 [Ubicado el 25.VI.2015], obtenido en http://www.ucdmc.ucdavis.edu/transplant/bealivingdonor/donor_ed_span.pdf. pp. 9-10

¹⁷⁵ Ibidem, p. 8

De esta manera, cuando los padres deban decidir si autorizar o no que uno de sus hijos done al otro, el bienestar del menor donante constituirá un referente objetivo que deberá determinar dicha decisión.

Por su parte el juez, como concedor del derecho, deberá actuar también como un filtro imparcial, en tanto que es el indicado para disponer si se llevará a cabo la donación del menor de edad, teniendo como referentes las evaluaciones médicas realizadas y los motivos expuestos por los padres. Esto en tanto que, es quien legalmente conoce el contenido de principios e instituciones mencionadas en los capítulos precedentes de esta investigación, como la dignidad, el Principio del Interés Superior del Niño, los alcances de la Patria Potestad, el Código del Niño y el Adolescente y la Ley General de Donación, entre otros.

Vistas estas consideraciones, podemos apreciar con claridad la importancia que revisten la existencia de autoridades médicas y legales que sean autónomas e independientes ya que, los padres aprovechan la compatibilidad genética que existe entre sus dos hijos (uno enfermo y otro sano), para utilizarlo como un donante hasta que el procedimiento sea exitoso; por lo que son estas autoridades quienes deberán determinar el límite de donación permitido para el menor.

Expuestas todas estas apreciaciones, podemos afirmar que la donación puede servir como disfraz para la práctica de los “bebés medicamento”, en tanto que a través de ella los padres del menor donante exteriorizan sus intenciones de instrumentalizarlo para salvar a su hermano, cuando lo supeditan a éste.

Ahora bien, esta conducta resulta jurídica y éticamente reprochable, toda vez que por el deseo de los padres de salvar a su hijo enfermo, no se puede supeditar por un tiempo indeterminado al hermano sano a las necesidades que tenga el primero; ya que esto implicaría una continua trasgresión a su dignidad equiparándolo así a un mero objeto que puede ser utilizado para conseguir una determinada finalidad, olvidando así que el hombre es un fin en sí mismo y que por mas benéfico que sea el bien que se pretende conseguir, jamás se justificará su instrumentalización.

De esta manera, la ley de donación deja una carta abierta para la práctica de los “bebés medicamento”, en tanto que no estable el límite respecto de las veces en las que un menor de edad puede ser donante¹⁷⁶, por lo que este hecho podría permitir una extralimitación de la patria potestad, ya que se puede pensar que los padres podrían hacer un uso indiscriminado de esta facultad y otorgar el consentimiento de la donación cuantas veces sean necesarias.

Por estas consideraciones, para evitar que el acto de donación de órganos de menores de edad, autorizados por sus padres, se convierta en un disfraz de los “bebés medicamento” es que consideramos que deben tomarse todos los mecanismos de prevención necesarios.

Por tanto, resulta conveniente que sea el Juez competente quien decida acerca de si se llevará a cabo o no dicha donación; y para ello, deberá regirse por tres principios, como lo son el tener en cuenta, aunque no sea determinante, la voluntad del menor; el tener en cuenta la voluntad y la autorización de los padres ya que no se puede desconocer su patria potestad; así como, considerar la opinión de una Junta médica, respecto de la factibilidad de la donación.

Estos principios, nos pueden garantizar que, sin descuidar la necesidad del niño enfermo y la posibilidad que tiene su hermano de curarlo, no se llegue al extremo de terminar utilizándolo. Por lo que, el límite permitido para que el menor se convierta en donante de su hermano sería la afectación de su bienestar.

3.3. El ordenamiento jurídico frente a esta realidad

La existencia de los “bebés medicamento” se ha presentado en los últimos años con el afán de que un niño pueda salvar a su hermano; sin embargo, como se ha visto en

¹⁷⁶ Cabe precisar al respecto que la instrumentalización del menor, no depende del número de veces que se le someta a una donación, ya que no se trata de una fórmula matemática sino del perjuicio que se le pueda causar; éste puede apreciarse incluso desde la primera donación.

al apartado precedente esta práctica se disfraza a través de la figura de la donación motivo por el cual, es una situación que ha pasado desapercibida por el legislador.

En cuanto al ámbito nacional, si bien es cierto existe regulación acerca de la manipulación genética y de la donación de órganos, también lo es que no contamos con regulación específica que recoja la figura de los “bebés medicamento”; por lo que podríamos afirmar que nos encontramos ante la existencia de un vacío legal en este aspecto. Ahora bien no se puede negar que nuestro ordenamiento jurídico brinda protección al menor desde su concepción, pero esta no ha resultado suficiente para evitar la práctica de los “bebés medicamento”, como lo veremos a continuación.

3.3.1. Regulación aplicable a la protección del concebido y la manipulación genética

Respecto el tema de los bebés medicamento existe regulación para las diversas etapas en las que esta se manifiesta, así pues en lo concerniente a la primera de ellas que comprende su manipulación genética y su concepción la regulación con la que contamos es la siguiente:

a) Constitución Política del Perú:

Es necesario mencionar que nuestra carta magna no regula literalmente la manipulación genética, pero si brinda protección a la persona desde su primera etapa de desarrollo por lo que en su artículo 2° establece: “Toda persona tiene derecho a la vida”. Este argumento es extensible para toda persona humana, en cualquiera de sus manifestaciones.

Este aspecto es de especial relevancia en la manipulación genética en vista de que se sabe que para que el “bebé medicamento” nazca genéticamente compatible con su hermano es necesario manipularlo desde su fecundación y el problema no termina ahí, puesto que, esta manipulación genética lleva consigo un aspecto más grave que es el que surge con los embriones que por presentar alguna anomalía o simplemente por no presentar las características genéticas del hermano enfermo son desechados.

Con ello tenemos que, se estaría atentando contra la vida de estos seres humanos ya que como se menciona en el segundo capítulo de esta investigación, la vida existe desde la fecundación¹⁷⁷, y desde entonces el embrión es considerado persona.

Si bien este artículo defiende a la vida, no lo consideramos suficiente, en tanto que, no estipula que esta defensa debe surgir desde su fecundación, por ende al no establecerse es que los embriones que no son “útiles” son eliminados sin problema alguno.

b) Código de los Niños y Adolescentes:

El artículo 1° del Código referido literalmente dispone: “El niño y adolescente tienen derecho a la vida desde el momento de la concepción. El presente Código garantiza la vida del concebido, protegiéndolo de experimentos o manipulaciones genéticas contrarias a su integridad y desarrollo físico o mental”.

De lo referido en el mencionado artículo, podemos establecer que se le brinda protección a la vida del concebido frente a los actos que impliquen causarles menoscabo a su integridad y desarrollo físico o mental cuando este deriva de experimentos o manipulaciones genéticas;

Sin embargo, bajo una interpretación extensiva de dicho articulado, podemos apreciar que este deja la posibilidad de poder llevar a cabo estas prácticas si el propósito es terapéutico; por lo que bajo esta interpretación sería posible crear a un niño para salvar a su hermano.

c) Código Penal:

El delito de manipulación genética está incorporado desde el 16 de enero del 2002 por la Ley 27636, en el art. 324° donde a su tenor dispone: “Toda persona que haga uso de cualquier técnica de manipulación genética con la finalidad de clonar seres

¹⁷⁷ Cfr. FEDERICO , Op. Cit. , p. 97

humanos, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis meses, ni mayor de ocho años e inhabilitación”¹⁷⁸.

Bajo una interpretación literal del artículo citado podemos precisar que lo sancionable es utilizar estas prácticas si la finalidad perseguida es la clonación de los seres humanos; en otras palabras, lo que constituye el hecho punible es la práctica de la clonación y esta, ineludiblemente, debe realizarse manipulando al embrión.

Sin embargo, lo cuestionable de este artículo es que no considera reprochable el utilizar la manipulación genética siempre que con ella se pretenda salvar al niño enfermo; por lo que generaría como consecuencia el aceptar como válido el hecho de crear a un niño con el objetivo de utilizarlo para salvar a su hermano enfermo, en tanto que se trata de un fin netamente terapéutico.

d) Código Civil Vigente

El legislador peruano establece en su artículo 1° que “La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece”; este es el punto de partida para la protección jurídica de la vida humana¹⁷⁹.

Como se explico en el segundo capítulo de la presente investigación, la redacción de este artículo realiza una diferencia formal en cuanto al ser humano “antes de nacer” y el ser humano “después de nacido”¹⁸⁰. Frente a ello, consideramos que no hay distinción ontológica alguna entre ambos, ya que nos encontramos frente a un mismo ser con la particularidad que se encuentran en dos momentos distintos de su existencia.

Por lo tanto, consideramos que la protección brindada al concebido no sería adecuada, en tanto que existe un déficit en la redacción formal de este artículo, en tanto que al no considerar al concebido como persona y solo otorgarle la condición de sujeto de derecho, podría entenderse que su protección no deriva de su naturaleza

¹⁷⁸ Código Penal Peruano, art. 324°, referente a los delitos contra la humanidad.

¹⁷⁹ Cfr. SANTILLÁN, Op. Cit., p. 75.

¹⁸⁰ Cfr. FERNANDEZ, Op. Cit., p.245.

sino de esta condición de sujeto de derecho reconocida por nuestro mismo ordenamiento.

Esto traería como consecuencia, que si el ordenamiento jurídico no le reconociera esta condición de sujeto de derecho, entonces el concebido quedaría completamente desprotegido, en tanto que al no ser considerado tampoco persona no tendría derechos fundamentales que deriven de esa naturaleza.

e) Ley general de Salud.

La presente ley regula en su artículo 7° que “Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos. Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos”.

Del artículo en mención podemos precisar que toda persona tiene derecho a decidir el medio por el cual concebir a sus hijos, ya que se permite el uso de técnicas de reproducción asistida. Sin embargo lo cuestionable no es de qué manera tendrán a sus hijos sino la finalidad que buscan al tenerlos.

Es importante mencionar que el presente artículo solo prohíbe aquellas fecundaciones que tienen como finalidad la clonación de seres humano, con ello cabría la posibilidad entonces de crear a un niño con la finalidad de que salve a su hermano, ya que como sabemos lo que no está prohibido por el derecho, está permitido.

Sin embargo, pese a la existencia de estas normas consideramos que no es suficiente para abarcar la protección del “bebé medicamento” en su totalidad, en tanto que esta práctica no se agota con la manipulación genética; sino que su principal manifestación se puede apreciar cuando se lleva a cabo en la donación de órganos.

3.3.2. Legislación aplicable a la protección del menor de edad donante de órganos

Ahora bien, vista la protección que ofrece nuestro ordenamiento jurídico respecto del concebido, es necesario revisar también la normatividad establecida para proteger al menor desde su nacimiento; en vista que, para lo que concierne a esta investigación referente a los bebés medicamento, ésta no es una realidad que se agote con la sola manipulación, sino que va más allá y se manifiesta principalmente en la etapa de desarrollo del menor; por lo cual, resulta conveniente analizar la regulación estipulada para él en esta etapa; entre la que encontramos:

a) Código Civil peruano.

El Código Civil reconoce la figura de la patria potestad en el Título III de su sección tercera referida a la Sociedad Paterno- Filial y consideramos importante analizar esta figura en tanto que, a través de ella puede darse carta abierta a la realización de la práctica de los “bebés medicamento” por doble entrada.

Primero, por su artículo 418° que a su tenor establece “por la patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores”

De la redacción del presente artículo se desprende que los padres son los encargados de procurar el bienestar físico y psicológico de sus menores hijos; sin embargo, este cuidado puede verse malinterpretado por ellos, en algunos aspectos, en vista de que, es justamente por procurar ese bienestar que los padres, al ver a su hijo aquejado por alguna enfermedad, deciden crear o procrear a otro niño que sea compatible con su hermano, para “utilizarlo” como su salvador.

Ahora bien, que los padres quieran proteger a sus hijos es completamente comprensible y que para hacerlo se valgan de todos los medios que estén a su alcance también lo es; puesto que el deseo de velar por ellos deriva o está inscrito en su propia naturaleza; lo reprochable es que en el afán de protección y salvaguardia,

ellos pretendan utilizar y sacrificar a su otro hijo, frente a quien también ostentan un deber de protección.

Por otro lado, la segunda posibilidad por la que se puede surgir la práctica de los “bebés medicamento” se aprecia en el artículo 423 inc. 6 que estipula “Son deberes y derechos de los padres que ejercen la patria potestad: Representar a los hijos en los actos de la vida civil”.

Como se puede apreciar, este artículo concede la facultad de los padres a representar a sus hijos en todos los actos permitidos por ley, mientras ostenten la minoría de edad, esto se desprende de que el mismo Código Civil, en su artículo 43° y 44° establece que los incapaces absolutos son aquellos menores de 16 años, y los incapaces relativos son mayores de 16 años pero menores de 18, respectivamente.

Como bien sabemos, para concreción de la práctica de los “bebés medicamento” es necesario que los padres concedan su autorización para que su menor hijo pueda salvar a su hermano a través de la donación; lo cual podría dar pie a que ellos, guiados por subjetivismos y/o emociones, se extralimiten en sus facultades otorgadas por la figura en mención y permitan donaciones tantas veces sean necesarias supeditando al niño que fue “creado” o procreado con la finalidad de salvar a su hermano.

Con esto, no pretendemos satanizar la donación, como se mencionó en el apartado anterior, la donación puede producirse siempre y cuando el bienestar del menor no se vea afectado, como ya se explicó.

b) La Ley N° 28189-Ley General de Donaciones de Órganos y/o Tejidos:

Como ya se ha mencionado en el apartado precedente la Ley N° 29471- Ley que Promueve la Obtención, la Donación y el Trasplante de Órganos o Tejidos Humanos modifico parcialmente los artículos 4° y 9°; y a la vez incorporo el numeral 6 al artículo

11º a la Ley N° 28189, Ley General de Donación y Trasplante de Órganos y/o Tejidos Humanos¹⁸¹.

Producto de estas modificatorias es que el artículo 9 inc. 2 establece: "los menores de edad o incapaces, pueden ser donantes siempre que los padres o tutores otorguen la autorización correspondiente y no perjudiquen la salud o reduzcan sensiblemente el tiempo de vida del donante".

Respecto a este punto, no ahondaremos ni realizaremos un análisis exhaustivo por cuanto dicho análisis ya fue realizado a profundidad en el apartado 3.2 del presente capítulo, referido a la donación como disfraz para la práctica de los "bebés medicamento".

3.3.3. Necesidad de una propuesta legislativa

Después de todo lo desarrollado, podemos llegar a la conclusión que si bien es cierto nuestro ordenamiento jurídico se pronuncia sobre la manipulación génica, la protección del concebido y del menor así como la donación, ninguna de estas normas regulan la práctica de los bebés medicamento en su totalidad puesto que todas recogen solo una parte de esta, en otras palabras no existe en nuestro ordenamiento jurídico una sola norma que recoja todos los aspectos referentes a la práctica de los bebés medicamento por lo que para tratar de evitar dicha práctica se debe recurrir a varias normas por separado incluso sin que todas esta llegaran abarcar esta realidad por completo.

Lamentablemente, el derecho no puede regular o intervenir en la manera de reproducción por la cual los padres tendrán a sus hijos o la finalidad que tienen éstos para traerlos al mundo, ya que los motivos o la finalidad que tengan se encuentran en un plano subjetivo, en el fuero interno.

¹⁸¹ Congreso de la República. Ley N° 29471- Ley que Promueve la Obtención, la Donación y el Trasplante de Órganos o Tejidos Humanos.

Por ende, en el caso de los “bebés medicamento” el derecho no podría intervenir en esta situación desde del inicio, en tanto que, como se ha mencionado repetidas veces el “bebé medicamento” es aquel que se crea por técnicas de reproducción asistida o se procrea de manera natural con la finalidad de que nazca genéticamente compatible con su hermano enfermo, para poder salvarlo a través de la donación y en vista de que todo esto constituye una intensión de los padres no manifestada, el derecho no podría regularla en tanto que esta ciencia no se ocupa de regular intensiones ya que para el derecho lo relevante es la materialización de estas.

Es por ello que donde debe intervenir el derecho es en la donación de órganos, en tanto que, ésta es utilizada como un disfraz para que se lleve a cabo la práctica de los “bebés medicamento”. Aquí se manifestaría y exteriorizaría la intención de los padres de haber tenido a su otro hijo con la finalidad de utilizarlo en pro de su hermano enfermo, gracias a la compatibilidad que este presenta con aquel.

Por todo lo mencionado consideramos necesario modificar un artículo a la ley 28189-Ley General de Donación y Trasplante de Órganos y/o Tejidos Humanos que debería quedar redactado de la siguiente manera:

Artículo 9° inc. 2:

“Podrán ser donantes las personas incapaces a que se refieren los artículos 43 inc. 1 y 44 inc. 1 del Código Civil, siempre que cuenten con autorización firmada de sus padres o tutores y sean sometidos a evaluaciones completas tanto físicas y psicológicas realizadas por una junta de médicos de diversas especialidades para garantizar su bienestar integral. La autorización se tramita ante el juez competente quien deberá otorgar su consentimiento, a través del proceso establecido.

De esta manera, se podría garantizar que los menores de edad que son sometidos a donaciones de órganos y/o tejidos y nacieron con la finalidad de salvar a su hermano

aquejado con alguna enfermedad, convirtiéndose así en un “bebé medicamento”, por lo menos vean garantizados sus derechos a la salud y integridad física y psicológica, así como la protección de su dignidad; evitándose situaciones que puedan transgredirlos. En consecuencia, ésta podría ser la manera más eficaz que tiene el ordenamiento jurídico de responder a la necesidad de protección del menor.

CONCLUSIONES

- El “bebé medicamento”, es aquel niño concebido bajo técnicas de reproducción asistida que ha sido “creado” y seleccionado por contar con características genéticas óptimas y compatibles con las de su hermano enfermo, para salvarlo a través de una donación. Una interpretación extensiva de la definición referida permite afirmar que “bebés medicamento” son también aquellos niños procreados de manera natural después del diagnóstico de la enfermedad de su hermano; y que por casualidad nacen genéticamente compatibles con aquel; motivo por el cual, serían “utilizados” para salvarlo, quedando supeditados a sus necesidades.
- Si bien es cierto nuestro ordenamiento jurídico se pronuncia sobre diversos aspectos referentes a la práctica de los bebés medicamento, ninguna de estas normas regulan dicha práctica en su totalidad. Ahora bien, lamentablemente, el derecho no puede regular la manera de reproducción, ni la finalidad por la cual los padres tienen a sus hijos, porque esto se encuentra en su fuero interno. Es por esto que, donde debe intervenir el derecho es en la donación de órganos, en tanto que, aquí se exterioriza la intención de los padres de haber tenido a su otro hijo con la finalidad de utilizarlo en pro de su hermano enfermo; por ello, es necesario modificar el artículo 9° inc. 2 de la ley 28189- Ley General de Donación y Trasplante de Órganos y/o Tejidos Humanos.

- Los “bebés medicamento” tienen como finalidad salvar a su hermano enfermo; frente a ello cabe precisar que por más benéfico que sea el fin perseguido, éste no puede justificar dicha práctica, dado que no se puede utilizar a un niño para salvar a su hermano, porque esto implicaría considerarlo como un “algo” en lugar de “alguien” portador de dignidad; por tanto, esta práctica resulta ética y jurídicamente reprochable ya que virtud de la dignidad humana se censura todo acto que implique la instrumentalización del hombre.
- La manipulación genética busca conseguir características genéticas determinadas en una persona. Para ello, se debe detectar y eliminar los genes defectuosos, así como los que, pese a no serlo, no reúnan las características genéticas requeridas. Por tanto, el mayor contenido de la manipulación genética es negativo para el hombre y la vida humana, al atentar contra los principios y leyes de la naturaleza, caracterizándose por lesionar los derechos del concebido, tales como la vida, identidad, integridad, individualidad y sobre todo la dignidad humana. Cabe recalcar, que el derecho no puede establecer un parámetro que evite ésta práctica por su fin; en tanto que, no es posible determinar que los padres recurran a ella con el objetivo de crear un “bebé medicamento”.
- La donación sirve como disfraz para la práctica de los “bebés medicamento” en tanto que a través de ella se materializa la intención de los padres de utilizar a su hijo sano en pro del enfermo. Este hecho podría permitir una extralimitación de la patria potestad, ya que se puede pensar que los padres podrían hacer un uso indiscriminado de esta facultad y otorgar el consentimiento de la donación cuantas veces sean necesarias; lo que puede atentar contra el bienestar del menor; que debe presentarse como un límite para el otorgación del consentimiento.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Libros:

- 1) AGUILAR LLANOS, Benjamín. *La familia en el Código Civil Peruano*, Ediciones legales, 2010
- 2) ARROYO SALDÍAS, Norma. *Diagnóstico Prenatal, Manipulación Genética y Eugenesia*, Santiago- Chile, Universidad de Chile, 2001.
- 3) ALBERTS, Bruce; BRAY, Dennis; entre otros. *“Introducción a la Biología Celular”*, 2da edición, Madrid, Médica Panamericana, 2006.
- 4) BALLESTEROS LLOMPART, Jesús; y FERNANDEZ, A. *Encarnación, Biotecnología y Posthumanismo*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2007.
- 5) BAEZA CONCHA, Gloria. *El interés superior del niño: Derecho de rango constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia*, Vol. 28 ,Chile, Revista Chilena de Derecho, 2001.
- 6) BAUTISTA TOMA, Pedro. *Manual de Derecho de Familia*, Lima, Ediciones Jurídicas, 2006
CHÁVEZ FERNÁNDEZ, José. *La dignidad como fundamento de los derechos humanos en las sentencias del tribunal constitucional peruano. La tensión entre la mera autonomía y la libertad ontológica*, Lima, Palestra, 2012.
- 7) BERMUDEZ TAPIA, Manuel. *La Constitución de 1993 a través de las sentencias del Tribunal Constitucional*, 2da Edición, Lima, Ediciones Legales San Marcos, 2008.
- 8) BORELL, Antonio, *Derecho Civil Español*, Tomo I, Parte General, Barcelona, Bosch Editores, 1955
- 9) CASTRO DE ARENAS, Rosa Herminia. *La Revolución Genética y sus Implicaciones ético jurídicas*, Bogotá, ediciones Doctrina y Ley LTDA, 1999.
- 10) CICCONE, Lino. "Bioética historia, principios, cuestiones", Madrid, Ediciones Palabra, 2006.
- 11) CORNEJO CHAVEZ, Hector. *Derecho Familiar Peruano*, Perú, Gaceta Jurídica, 1999.
- 12) COLIN, Ambrosio y CAPITANT, H., *Curso Elemental de Derecho Civil*, Tomo I, Madrid, Editorial Reus, 1991.
- 13) CHUNGA LAMONJA, Fermin. *Derecho de Menores*, Perú, Editorial Grijley, 2003.
- 14) CHÁVEZ FERNÁNDEZ, José. *La dignidad como fundamento de los derechos humanos en las sentencias del tribunal constitucional peruano. La tensión entre la mera autonomía y la libertad ontológica*, Lima, Palestra, 2012.

- 15) DÍEZ- PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*, Madrid, Vol. IV, Tecnos S.A., 2002.
- 16) DONATO BUSNELLI, Francesco. *Bioética y derecho privado. Fragmentos de un diccionario*, Lima, Editora Jurídica GRIJLEY E.I.R.L, 2003.
- 17) ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las personas*, 5ta edición, Lima, Editorial RODHAS SAC, 2008.
- 18) ESPEZÚA SALMÓN, Boris. *La protección de la dignidad humana (principio y derecho constitucional exigible)*, Arequipa, Editorial Adrus, S.R.L, 2008.
- 19) FEDERICO BLASI, Gaston. *¿Cuál es el estatuto jurídico del embrión humano? en Persona, derecho y libertad nuevas perspectivas. Escritos en homenaje al profesor Carlos Fernández Sessarego*, Lima, Motivensa editora jurídica, 2009.
- 20) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *El derecho de las personas (En el umbral del siglo XXI)*, Lima, Ediciones Jurídicas, 2002.
- 21) FERNÁNDEZ ARCE, Cesar. *Anticoncepción oral de emergencia: Enfoque crítico desde la dignidad humana*, Perú, Pontificia Universidad Católica del Perú Dirección Académica de relaciones con la iglesia, 2002.
- 22) FERNÁNDEZ, José. *La dignidad como fundamento de los derechos humanos en las sentencias del tribunal constitucional peruano. La tensión entre la mera autonomía y la libertad ontológica*, Lima, Palestra, 2012.
- 23) GALLEGOS CANALES, Yolanda. *Manual de derecho de familia*. Lima, Jurista Editores, 2008.
- 24) GARZÓN VALDÉS, Ernesto. Algunas consideraciones éticas sobre el trasplante de órganos, en VASQUEZ RODOLFO. "Bioética y Derecho. Fundamentos y problemas actuales.", 2da edición, México, Instituto Tecnológico Autónomo de México, 2002.
- 25) GIL OLIVERA, Numas Armando. *Filosofía del derecho y filosofía social. Asociación Colombiana de filosofía del derecho y filosofía social*, Colombia, Grupo Editorial Ibañez, 2004.
- 26) GROSMAN; CHAVANNEAU; POLAKIEWICZ y otros. *Los derechos del niño en la familia. Discurso y realidad*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1998.
- 27) HIDALGO ORDÁS, Cristina. *Análisis jurídico-científico del concebido artificialmente*, Barcelona, Editorial Bosch S.A., 2002.
- 28) HOYOS, Ilva Myrian. *De la dignidad y de los derechos humanos*, Bogotá, Editorial Temis S.A Universidad de la Sabana, 2005.
- 29) JUNQUERA DE ESTÉFANI, Rafael. *Bioética y bioderecho. Reflexiones jurídicas ante los retos*, Granada, Editorial Comares, 2008.
- 30) K ABBAS, Abul, H. LITCHMAM y PILLAI Shiv. *Inmulogía celular y molecular*, Sexta edición, España, Editorial Elsevier, 2008.

- 31) LÓPEZ DEL CARRIL, Julio. *Derecho de Familia*, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 2006.
- 32) MARTÍNEZ, Stella. *Manipulación Genética y Derecho Penal*, Buenos Aires, Editorial Universidad S.R.L., 1994.
- 33) MEJÍA, Orlando. *El diagnóstico de preimplantación genética, el caso Nash y las indicaciones no médicas de la transgresión del imperativo kantiano a las advertencias de Habermas*", Revista Scielo, Número 30, diciembre del 2005.
- 34) MERINA, Pablo. *El trasplante de órganos y Tejidos Humanos. Un reto jurídico y ético para el siglo XXI*, España, Navarra Gráfica Ediciones.2005.
- 35) MÉNDEZ COSTA, María Josefa. *Los principios jurídicos en las relaciones de familia*, Buenos Aires, Rubinzal- Culzoni Editores, 2006.
- 36) RIVAS, Pedro. *Natura, ius, ratio. Estudios sobre la filosofía jurídica de Javier Hervada*, Piura, Piura Ara Editores, 2005.
- 37) ROJAS SARAPURA, Walter. *Comentarios al Código de los Niños Y Adolescentes y Derecho de Familia*, Lima, Editora FECAT E.I.R.L., 2009.
- 38) ORGAZ, Alfredo, *Personas Individuales*, Buenos Aires, Depalma, 1946.
- 39) PÉREZ CURCI, Juan Ignacio. "Los derechos humanos en Latinoamérica", Buenos Aires, Editorial de la Universidad Católica Argentina, 2010.
- 40) PERALTA ANDÍA, Javier R. *Derecho de Familia en el Código Civil*, Lima, 4ta edición, IDEMSA, Editorial Moreno S.A., 2008.
- 41) PÉREZ CURCI, Juan Ignacio. *Los derechos humanos en Latinoamérica*, Buenos Aires, Editorial de la Universidad Católica Argentina, 2010.
- 42) PLACIDO V. Alex F. *Filiación y Patria Potestad. En la doctrina y en la Jurisprudencia*", Perú, Gaceta Jurídica, 2003.
- 43) SÁNCHEZ BARRAGAN, Rosa de Jesús. *El tratamiento jurídico del derecho a la vida en relación al concebido desde el pensamiento de Carlos Fernandez Sessarego en La persona en el derecho peruano: Un análisis jurídico contemporáneo*, Chiclayo, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, 2010.
- 44) SANTILLÁN SANTA CRUZ, Romina. *La situación jurídica del concebido en el derecho civil peruano. Una interpretación histórico- legislativa y teleológica*, Lima, Motivensa Editora Jurídica, 2014.
- 45) SUÁREZ, Carlos; RODRÍGUEZ, Mira; JUDEO PRIETO, Ángel; y PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Tomo II, Navarra, Editorial Aranzadi S. A., 2005.

- 46) VALVERDE MORANTE, Ricardo. *Derecho Genético: Reflexiones Jurídicas Planteadas por las Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Perú, Editorial Gráfica Horizonte S. A., 2001.
- 47) VARSÍ ROSPLIGLIOSI, Enrique. *Derecho Genético*, 4ta Edición ,Perú, Editorial Grijley E.I.R.L., 2001.
- 48) VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Derecho y Manipulación Genética*, Perú, Fondo de Desarrollo Editorial, 1996.

Libros traducidos:

- 49) STUART MILL, John. *El utilitarismo, traducido por Alejandro Yacarini Martínez*, Portugal, Porto Editora, 2005.

Tesis:

- 50) ALBUJAR CHING, Neiyu Merice. *Vivencias de familias frente a la aceptación- rechazo en la donación de órganos-unidad de procura hospital nacional Almanzor Aguinaga Asensio Chiclayo-Perú*. Tesis para optar el título de licenciada en enfermería, Facultad de Medicina de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Chiclayo, 2011.
- 51) GONZÁLES FERNÁNDEZ, Rocío del Pilar. *Límites Biojurídicos de la libertad de investigación, respecto a la manipulación genética en la vida prenatal*, Tesis para optar el título de abogada, Lambayeque, USAT, 2013.
- 52) NAZARIO VARGAS, Zarela Victoria. *Actitudes y creencias de los adultos jóvenes frente a la donación de órganos- Chiclayo 2010*. Tesis para optar el título de licenciada en enfermería, Facultad de Medicina de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Chiclayo, 2011.
- 53) OSORES FALLA, María Victoria y ZAVALA FERNÁNDEZ, Claudia Yanina. *Eficacia en la manifestación de voluntad expresada en el DNI para la donación de órganos. Ley N° 28189 Chiclayo 2010-2011 tesis para optar el título de Abogado, Facultad de Derecho de la Universidad Señor de Sipan, 2012.*

Revistas:

- 54) TORREBLANCA GONZALES, Luis Giancarlo. *“El interés superior del niño, ¿Puede modificar los acuerdos contenidos en una conciliación judicial?”, Actualidad Jurídica , N° 182, Setiembre 2009.*

Normas:

- 55) Constitución Política del Perú, 4ª ed, Lima, Editora Perú, 2001.
- 56) Código Penal, 6ª edición, Lima, Grijley, 2005.
- 57) Código Civil, 6ª edición, Lima, Grijley, 2005.
- 58) Código del Niño y/o Adolescente del Perú.

- 59) Convención sobre los Derechos del Niño
- 60) Declaración de los Derechos del Niño
- 61) Código Penal Español del 2011
- 62) Decreto Nacional 200/97 Decreto de necesidad y urgencia sobre prohibición de los experimentos de clonación humana, Buenos Aires.
- 63) Decreto 426/1980, del 22 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos.
- 64) Ley N° 26842- Ley General de Salud del Perú.
- 65) Ley N° 29471- Ley que Promueve la Obtención, la Donación y el Trasplante de Órganos o Tejidos Humanos.
- 66) Ley N° 28189- Ley General de Donación y Trasplante de órganos y/o Tejidos Humanos.
- 67) Ley N° 27282- Ley de Fomento de la Donación de Órganos y/o Tejidos humanos
- 68) Ley de Argentina N° 24193 de Trasplantes de Órganos y Materiales Anatómicos
- 69) Ley de España del 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos.
- 70) Ley 14/2007, *Ley de Investigaciones Biomédicas en seres Humanos de España*.
- 71) . Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
- 72) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Recursos Electrónicos:

- 73) ALKORTA, Itziar. *Nueva Ley de Investigación Biomédica*, [Ubicado el 04.VI de 2014], Obtenido en <http://www.euskonews.com/0410zbnk/gaia41003es.html>
- 74) ARANGO RESTREPO, Pablo; SÁNCHEZ ABAD, Pedro José y PASTOR, Luis Miguel. *Diagnóstico genético preimplantatorio y el «bebé medicamento»: Criterios éticos encontrados en la literatura biomédica y bioética*, Cuaderno de Bioética, XXIII, 2012, 2da Edición, pp. 301-320 [ubicado el 15.V 2014] Obtenido en <http://www.aebioetica.org/revistas/2012/23/78/301.pdf>.
- 75) AGUILAR CAVALLO, Gonzalo *El principio del interés superior del niño y la corte interamericana de derechos humano*.2008 p. 223-247 [ubicado el 07.XII 2014] Obtenido en http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_int/doc29102009-221324.pdf
- 76) AMEGHINO BAUTISTA, Carmen Z. *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y funciones normativas sobre el interés superior del*

niño. Perú, p.6. Ubicado en <http://www.uss.edu.pe/uss/RevistasVirtuales/ssias/ssias2/pdf/AmeghinoBautistaCarmenZoraida.pdf>

- 77) APARISI MIRALLES, Ángela. *El principio de la dignidad humana como fundamento de un bioderecho global*, Navarra, Editorial Universidad de Navarra, 2013, p. 1-22 [ubicado el 20.IX 2014] Obtenido en <http://www.aebioetica.org/revistas/2013/24/81/201.pdf>.
- 78) COLLAZO CHAO, Eliseo. *Problemas éticos en la selección de embriones con finalidad terapéutica*, 2010, p. 231-242 [ubicado el 13.V 2015] Obtenido en <https://www.google.com.pe/url?sa=t&rct=j&q=causas%20que%20justifican%20la%20creacion%20de%20bebesmedicamento&source=web&cd=2&ved=0CB8QFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.aebioetica.org%2Frevistas%2F2010%2F21%2F2%2F2%2F231.pdf&ei=UJxWVaDUGcLbsASlVlLoAQ&usq=AFQjCNG8dAjo4UfGG> p.
- 79) CALVO MEIJIDE, Alberto. *El nasciturus como sujeto del derecho. Concepto constitucional de persona frente al concepto pandectista-civilista*, 2004, p. 283-298 [ubicado el 21.IV 2015] Obtenido en <http://www.aebioetica.org/rtf/06BIOETICA54.pdf> p. 289-293.
- 80) CASTRO MORENO, JULIO ALEJANDRO. *Eugenesia, Genética y Bioética. Conexiones históricas y vínculos actuales*, 2014, p. 66-77, [ubicado el 24. V de 2015] Obtenido en <http://scielo.isciii.es/pdf/bioetica/n30/original4.pdf>
- 81) CABALLERO, Jesús. *Sergio Cotta y los retos del siglo XXI*, [ubicado el 05.XII 2014] Obtenido en <http://dadun.unav.edu/bitstream/10171/19032/1/32473742.pdf>
- 82) Diario Destrella Digital publicado el 15 de octubre del 2012. ¿Bebés medicamento o instrumentalización del ser humano?, [ubicado el 20.V 2015] Obtenido en <http://www.estrelladigital.es/articulo/espanha/bebes-medicamento-instrumentalizacion-ser-humano/20121008110744057946.html>
- 83) FERNÁNDEZ ELIZATE, Carlos, Pedro. *Sociología y trasplante de órganos, tejidos y células. Subtítulo: A 10 años del Programa Federal de Procuración políticas públicas y trasplante*, Criterios encontrados en repositorio institucional de la Universidad Nacional de la Plata, 2012, pp. 409-471 [ubicado el 14.VI 2014] Obtenido en <http://www.aebioetica.org/revistas/2012/23/78/301.pdf>
- 84) GONZÁLEZ, Nuria y RODRÍGUEZ, Sonia. *El interés superior del menor. Contexto conceptual*, 2011, p. 1-70 [ubicado el 07.XII 2014] Obtenido en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2961/3.pdf>
- 85) GONZÁLEZ SALVAT, Rosa María y GONZÁLEZ LABRADOR, Ignacio. *Eugenesia y diagnóstico prenatal*, 2012, p. 1-4 [ubicado el 11.V 2015] Obtenido en http://bvs.sld.cu/revistas/gin/vol28_2_02/gin03202.pdf
- 86) Kelsen, Hans, *La teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, segunda edición, 1946. [ubicado el 04.XII 2014] Obtenido <http://cvperu.typepad.com/files/libro-teoria-pura-del-derecho-hans-kelsen.pdf>

- 87) LÓPEZ MORATALLA, Natalia; LAGO FERNÁNDEZ PURÓN, Marta y SANTIAGO, Esteban. *Selección de Embriones Humanos. Diagnóstico Genético Preimplantación*, Universidad de Navarra, Cuaderno de Bioética, XXII, 2da Edición, 2011, pp. 243-258, [ubicado el 10. VI de 2014] Obtenido en <http://www.aebioetica.org/archivos/07-BIOETICA-75.pdf> p. 245.
- 88) LOZANO MARTÍNEZ, Julia; GÓMEZ PÉREZ, Ignacio y AZNAR LUCEA, Justo. *¿Es Necesaria la Producción de Bebés Medicamento?*, THERAPEIA 4, Julio 2012, pp. 13-25 [ubicado el 17.V 2014] Obtenido en <http://www.observatoribioetica.org/wp-content/uploads/2014/02/25.-es-necesaria-la-produccion-de-bebes-medificacion.pdf>
- 89) MAQUIAVELO, Nicolás. *El Príncipe*, 1531, p. 1-58 [ubicado el 14.V 2015] Obtenido en <http://xavier.balearweb.net/get/E!%20principe%20MAQUIAVELO.pdf>
- 90) PÉREZ, Richard. *Donación de riñón de donantes vivos*, Centro De Trasplantes De UCDAVI, California pp.1-22 [Ubicado el 25.VI.2015], obtenido en http://www.ucdmc.ucdavis.edu/transplant/bealivingdonor/donor_ed_span.pdf
- 91) RAPOSO, Vera Lucía. *Se busca embrión en buenas condiciones para la aplicación del Diagnóstico Pre-Implantacional y el Bebé medicamento*, 2009, pp. 1-14 [ubicado el 02.V 2014] Obtenido en http://www.vda.pt/xms/files/Publicacoes/Se_Busca_Embrion_en_Buenas_Condiciones_para_la_Aplicacion_del_Diagnostico_Preimplantacional_y_el_Bebe-Medicamento_-_artigo.pdf p. 6.
- 92) SANTOS ALCANTARA, Manuel. *Manipulación Genética en Seres Humanos*, en Publicaciones del Departamento de Biología Celular y Molecular y de Pediatría de la Universidad Católica de Chile; [ubicado el 13.V del 2012]. Obtenido en <http://escuela.med.puc.cl/publ/arsmedica/arsmedica13/ManipulacionGenetica.html>
- 93) ZERMATTEN, Jean. *El interés Superior del Niño Del Análisis literal al Alcance Filosófico*, 2003. [Ubicado 07 XII del 2014] Obtenido en http://www.childsrighs.org/documents/publications/wr/wr_interes-superior-nino2003.pdf
- 94) ZAMBRANO ÁLVAREZ, Diego. *Interés superior del niño y de la niña, 2008*. [Ubicado 08 XII del 2014] Obtenido en <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechodelaninezylaadolescencia/2008/09/02/interes-superior-del-niNo-y-de-la-niNa>

Sentencias del Tribunal Constitucional:

- 95) EXP. N.º 2273-2005-PHC/TC del recurso de agravio constitucional interpuesto por Karen Mañuca Quiroz Cabanillas en su fundamento N.º 6, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 20 de abril de 2006. 22 [ubicado el 20.IX 2014] Obtenido en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/02273-2005-HC.html>
- 96) Sentencia del Tribunal Constitucional, expediente N.º 01817-2009-PHC/TC, Lima, p. 4. Ubicado en: http://www.tc.gob.pe/tcaldia_sentencias/magistrado_mesia/Interes_superior_nino_cmesia.pdf

