



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL
PIRHUA

EL USO DE LAS TERAS Y EL DERECHO A LA REPRODUCCIÓN

Alexis Saavedra-Díaz

Piura, enero de 2018

FACULTAD DE DERECHO

Área Departamental de Derecho

Saavedra, A. (2018). *El uso de las TERAS y el derecho a la reproducción* (Tesis de licenciatura en Derecho). Universidad de Piura. Facultad de Derecho. Programa Académico de Derecho. Piura, Perú.



Esta obra está bajo una licencia

[Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)

[Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura](https://repositorio.institucional.pirhua.edu.pe/)

ALEXIS ALONZO SAAVEDRA DÍAZ

**“EL USO DE LAS TERAS Y EL DERECHO A LA
REPRODUCCIÓN”**



UNIVERSIDAD DE PIURA

FACULTAD DE DERECHO

Tesis para optar el título de abogado.

2018

APROBACIÓN

Tesis titulada “El uso de las TERAS y el derecho a la reproducción”, presentada por Alexis Alonzo Saavedra Díaz en cumplimiento con los requisitos para optar el Título de Abogado, fue aprobada por la Directora Dra. Maricela del Rosario Gonzáles Pérez.

Directora de Tesis

DEDICATORIA

La presente tesis va dedicada, en primer lugar, a Dios, por ser quien guía mi camino día tras día y quien me ha otorgado una familia maravillosa.

A mis padres, William y Edith; y a mis segundos padres Juan Carlos y Edith (+), por su amor, trabajo y compañía incondicional, porque han fomentado en mí el deseo de superación y de triunfo en la vida.

A mis hermanas, por su apoyo y confianza en todo lo necesario para cumplir mis objetivos como persona y profesional.

A todo el resto de mi familia que de una u otra manera me han llenado de sabiduría para terminar esta tesis.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I: NOCIONES GENERALES	3
1.1. Concepto	3
1.2. Clasificación	6
1.2.1. Técnicas de reproducción humana asistida intracorpórea	6
1.2.1.1 Relaciones Sexuales Dirigidas	6
1.2.1.2 Inseminación Artificial	6
1.2.2. Técnicas de reproducción humana asistida extracorpórea	7
1.3. Causas que originan el sometimiento a las técnicas de reproducción asistidas (TERAS)	11
CAPITULO II: EL DERECHO A LA REPRODUCCIÓN	15
2.1. El derecho a la reproducción como derecho autónomo	15
2.2. El derecho a la reproducción como derecho derivado de otro derecho	19
2.2.1. Los derechos implícitos	20
2.2.2.1. Aspectos generales	20
2.2.2.2. Justificación para la explicitación del derecho a la reproducción	22
2.2.2.3. Criterios para la determinación del derecho a la reproducción como derecho implícito	30

A.	Criterios extraídos de la jurisprudencia constitucional (desde la estructura interna de los derechos fundamentales).....	31
B.	Criterios doctrinales de reconocimiento de los derechos implícitos	43
2.3.	Derecho a la reproducción como contenido de un derecho reconocido (derecho al libre determinación de la personalidad)	49
2.3.1	El libre desarrollo de la personalidad en el constitucionalismo contemporáneo	49
2.3.2.	Concepto.....	53
2.2.3.	La libertad reproductiva.....	56
2.4.	El derecho de reproducción derivado de otros derechos fundamentales.....	61
2.4.1.	Derecho a la reproducción como derecho a fundar una familia	61
2.4.2.	Derecho a la reproducción como manifestación del derecho a la salud	66
2.5.	¿Derecho a la reproducción o derecho al hijo?.....	66

CAPÍTULO III: CONTENIDO Y TITULARIDAD DEL DERECHO A LA REPRODUCCIÓN.....	73
3.1. Titularidad del derecho a la reproducción	74
3.1.1.El derecho de reproducción en las personas homosexuales	74
3.1.2.El uso de las TERAS en el ejercicio del derecho a la reproducción.....	75
3.2. Contenido derecho a la reproducción	78
3.2.1.Contenido positivo del derecho a la reproducción.....	79
3.2.2.Contenido negativo del derecho a la reproducción	83
3.3. Análisis del art. 7 de la ley general de salud (LGS)	84
3.3.1.Naturaleza de la norma contenida en el art. 7 de la ley general de salud.....	85

CAPÍTULO IV: LAS TÉCNICAS DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL: LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS – CASO	87
4.1. Antecedentes: sentencia de la corte constitucional de Costa Rica	87
4.2. El Caso Artavia	91
4.3. Crítica a la sentencia del Caso Artavia y postura personal	94
CONCLUSIONES	103
BIBLIOGRAFÍA	105
JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA	115
JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	117
JURISPRUDENCIA EXTRANJERA	121

INDICE DE ABREVIATURAS

CADH	Convención Americana sobre los Derechos Humanos
CDN	Convención sobre los Derechos del Niño
CETFDCM	Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
COIT	Convención de la Organización Internacional de Trabajo
CONA	Código de Niños y Adolescentes
Const.	Constitución Política del Perú
DIDH	Derecho Internacional de los Derechos Humanos
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
TC	Tribunal Constitucional

INTRODUCCIÓN

En el Génesis 1, 28 está contenido el famoso mandato bíblico “creced y multiplicaos”, dado por Dios a la creación, el cual los hombres han seguido al pie de la letra, al punto que han jugado a ser “dioses” a fin de lograr a toda costa este deseo de perpetuación de la especie inscrito en la naturaleza humana.

La presente investigación tiene por finalidad determinar hasta qué punto es permitido para el Derecho la intervención del hombre para la obtención de descendencia. En tal sentido, éste trabajo ha sido dividido en cuatro capítulos, que va de lo general a lo particular lo que permitirá tomar una postura a favor o en contra.

En el primer capítulo se aborda el tema de las Técnicas de Reproducción Asistida (TERAS) desde una visión general, partiendo de sus aspectos técnicos, permitiendo al lector situarse en la problemática sobre la cual se basa la presente investigación, para lo cual realicé, someramente, una conceptualización y clasificación en relación a lo propuesto por la Técnica y la Medicina.

El segundo capítulo analiza propiamente el *quid* de la existencia del derecho a la reproducción y si éste puede ser utilizado para invocar el derecho al uso de las TERAS. Para ello se parte de un doble análisis. El primero de ellos enfocando el derecho a la reproducción como un derecho autónomo y el segundo análisis propuesto, versa si éste derecho puede predicarse de otros derechos ya constitucionalizados, a fin de determinar el contenido que atañe a la presente investigación.

En el tercer capítulo se determina si dentro del contenido al derecho a la reproducción puede invocarse el uso de las TERAS, analizando especialmente su contenido y ejercicio en parejas homosexuales, delimitando para tal caso la verdadera faz positiva y negativa de dicho derecho.

Finalmente, el cuarto capítulo, estudia el derecho de reproducción desde el punto de vista de la jurisprudencia, en especial la de Derechos Humanos por medio de la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, conocida como el Caso Artavia, donde analizo a la misma, asumiendo una postura personal en base a las conclusiones arribadas en los capítulos precedentes.

CAPÍTULO I: NOCIONES GENERALES

1.1. Concepto

Las Técnicas de Reproducción Asistida o TERAS, desde la perspectiva jurídica son definidas como *“aquellos métodos técnicos que se utilizan para suplir en la persona o pareja la infertilidad que pudieran padecer y así posibilitar que lleguen a tener descendencia. En ningún caso podemos decir que representan una terapia, puesto que nada curan, solamente paliar los efectos de la esterilidad”*¹. Similar concepción acoge la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia al señalar que *“son métodos supletorios para la procreación, más no alternativos, pues buscan superar una deficiencia biosíquica que impide a la pareja tener descendencia cuando otros métodos han fracasado”*².

Las definiciones citadas, coinciden en conceptualizar a las TERAS como métodos alternativos de carácter paliativo, que no implican una cura a una enfermedad o condición, como la esterilidad o la infertilidad humana. Por lo que, la definición tomará vital importancia al momento de determinar si las personas estériles tienen derecho que el Estado financie los tratamientos reproductivos, en especial la *fecundación in vitro*, arguyendo su derecho a la reproducción derivado del derecho de la salud reproductiva.

¹ Varsi Rospigliosi, E. *Derecho Genético. Principios Generales*. Trujillo: Editora Normas Legales, 1995. Pág. 62.

² Cas. N° 4323-2010-LIMA, publicada el 31 de agosto de 2010 en el Diario Oficial El Peruano.

Partiendo de este punto de vista, nace el debate para determinar si la esterilidad debe o no ser considerada una enfermedad y las consecuencias que esto traería consigo como, por ejemplo, demandar al Estado para que cubra en su totalidad o subsidie al menos en parte los altos costos que implican las TERAS. Si se acogiera tal postura, en realidades como la nuestra, entraría en conflicto con las carencias en los sistemas de salud para atender las necesidades básicas de la población, ya que la aplicación de éstas técnicas entraña no sólo conocimientos especializados sino instrumentos *ad hoc*, los cuales tiene un alto costo.

Sobre al particular, la Asociación Médica Mundial sostiene que *“la concepción asistida es distinta del tratamiento de una enfermedad, ya que la imposibilidad de ser padres sin intervención médica no siempre es considerada una enfermedad. Aunque puede tener profundas consecuencias psicosociales y médicas no es un limitante para la vida en sí. Sin embargo, es una importante causa de enfermedad psicológico y su tratamiento es evidentemente médico”*³. La Asociación no considera *per se* a la esterilidad como una enfermedad, basándose en que tal condición no afecta la vida o no es limitante de ésta, como lo podrían ser las ETS, el cáncer, la tuberculosis entre u otras. Empero, deja abierta la posibilidad que se le considere como tal, ya que estima que las consecuencias de la esterilidad causan afectaciones en la salud de índole psicológica, las cuales deben ser atendidas. Podría interpretarse que, lo tratable deben ser las consecuencias secundarias de la esterilidad, como las afectaciones psicológicas, por lo que la atención especializada no sería exclusivamente la aplicación de las TERAS. Lo mismo piensa Varsi Rospigliosi, al definir a las TERAS, sostiene que *“[l]as técnicas de reproducción asistida son aquellos métodos técnicos que sirven para suplir la infertilidad en la persona, brindándole la posibilidad de tener descendencia. En ningún caso podemos decir que representan una terapia puesto que nada curan, solamente palian los efectos de la esterilidad. De esta manera se dice que las TERAS son métodos supletorios, no alternativos. Supletorios pues buscan superar una deficiencia biológica o psíquica que impide tener descendencia cuando otros métodos han fracasado o resultado ineficaces (...) No es*

³ Asociación Médica Mundial. *Resolución de la Asociación Médica Mundial sobre las Técnicas de Reproducción Asistida* [en línea]. <<http://www.wma.net/s/policy/r3htm>> [Consulta: 21 de abril de 2015].

alternativo, pues siendo la finalidad directa la procreación, esta no puede ser supeditada a la mera voluntad de la persona”⁴.

En la jurisprudencia comparada, distinto es el panorama. En Argentina se ha perfilado jurisprudencia que no solo ha considerado a la infertilidad como una dolencia, sino que en atención a la protección constitucional del derecho a la salud, el derecho de formar una familia e inclusive la protección del interés superior del menor estiman que los tratamientos reproductivos deben ser cubiertos en su totalidad o parcialmente por los servicios médicos sociales, pese a que los Planes Médicos Obligatorios no incluya a la fertilización asistida⁵. La justicia argentina entendió que la infertilidad es una enfermedad y más en específico una discapacidad, para lo cual ordenó “*cubrir todos los intentos que sean necesarios hasta lograr el embarazo*”. Puede citarse la sentencia emitida a fines de 2008 donde se ordena a una Obra Social la cobertura del tratamiento de fertilización *in vitro* hasta lograr un embrión histocompatible que pueda ser donante de célula progenitoras⁶. Del mismo modo, el fallo emitido por el Tribunal en lo Contencioso de Costa Rica, ampara una petición que obliga a la Caja Costarricense de Seguro Social a cubrir un tratamiento de fertilidad, por considerarla una “*discapacidad reproductiva*”⁷.

Finalmente, en el caso peruano, puedo referir que hasta la fecha sólo se han planteado ante los tribunales cuestiones relacionadas con la ovodonación⁸, y maternidad subrogada y destino de embriones crioconservados⁹, sin que hasta el momento se haya demandado la cobertura de las TERAS. Desde el punto de vista legislativo, sólo existe una mención al tema en el art. 7° de la Ley General de Salud (LGS), el cual establece que “*toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida*”. Nada nos dice el legislador acerca de considerar

⁴ Varsi Rospigliosi, E. “*Derecho Genético*”. Lima: Editorial Grijley, 2001. Pág. 253.

⁵ Sentencia del fuero Contencioso Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Citado por: Siverino Bavio, P. *Revista Peruana de Ginecología y Obstetricia*, 58. Pág. 214.

⁶ *Ibíd.*

⁷ Siverino Bavio, P. *Revista Peruana de Ginecología y Obstetricia*, 58. Pág. 217.

⁸ Cas. N° 5003-2007-Lima, publicada el 6 de mayo de 2008 en el Diario Oficial El Peruano.

⁹ Exp. 18355-2006-0001137

a la infertilidad como una enfermedad que debe ser abordada por el Estado, más bien define al acceso a las TERAS como un derecho de toda persona, lo cual llevaría a pensar que el Estado se encuentra en la obligación de financiarlas o incluirlas en sus planes de salud como los tratamientos para el cáncer o la tuberculosis, en base a derechos de cuarta generación como el derecho a procrear, cuestión que se dilucidará más adelante.

1.2. Clasificación

Las TERAS pueden ser clasificadas en dos grandes grupos, tomando en consideración el lugar de la fecundación, así tenemos:

1.2.1. Técnicas de reproducción humana asistida intracorpórea¹⁰

1.2.1.1. Relaciones Sexuales Dirigidas

Corrigen los desórdenes coitales de la pareja, dirigiendo su actividad sexual reproductiva a los días ovulatorios y así poder coincidir la aproximación de ambos gametos. Se realizan ecografías seriadas para indicar el día exacto de la ovulación y sugerir la realización del coito para obtener el fin deseado. Ésta técnica es la más simple de todas y sólo puede ser aplicada a ciertos tipos de parejas, sin embargo, ha sido desfasada por métodos modernos y efectivos, podía decirse que fue uno de los primeras TERAS en atención a los avances tecnológicos insipientes de la década de los 60.

1.2.1.2. Inseminación Artificial

Noriega Hoces la define como *“el depósito de forma no natural de espermatozoides en el tracto reproductivo de la*

¹⁰ En el presente acápite se han tomado dos criterios clasificadores más conocidos, no obstante, ésta clasificación no se agota en aquellos. Para mayor referencia vid.: Gutiérrez Camacho, W. *Código Civil comentado. Tomo II- Derecho de familia*. Lima: Gaceta Jurídica, 2003. Pág. 264.; y Gómez Sánchez, Y. *El derecho de reproducción asistida*. Madrid: Marcial Pons, 1994. Pág. 136.

mujer con el fin de conseguir la gestación”¹¹. En esa misma línea, Rodríguez Cadilla Ponce refiere que “por inseminación artificial se entiende la intervención médica, mediante la cual se introduce el semen en el organismo femenino, no a través de un acto sexual normal, sino de manera artificial, a fin de producir la fecundación”¹². Lo que hace artificial éste procedimiento es la intervención del hombre para el encuentro de los gametos, más no en la fusión de los mismos, diferenciándose de la fecundación *in vitro*.

La inseminación artificial es un procedimiento de baja complejidad que se lleva a cabo en el mismo consultorio del médico ginecólogo. Consiste en la introducción de una muestra espermática previamente mejorada¹³ dentro del útero de la mujer, por medio de una cánula. Se trata, de una técnica de reproducción asistida intrauterina o intracorpórea, que en los casos que los gametos masculinos sean de la propia pareja y no de un donante, no trae consigo problemas de índole jurídico, aunque sí ético

1.2.2. Técnicas de reproducción humana asistida extracorpórea o extrauterina o fecundación in vitro (FIV)

Es la modalidad de reproducción asistida por la cual la unión del gameto femenino y masculino se realiza en condiciones extracorpóreas, llevándose la fecundación en un tubo de ensayo o crisol en un laboratorio, posteriormente el ovulo es implantado luego en el útero de la mujer para continuar la gestación.

Varsi Rospigliosi, refiere que éste tipo de TERAS presenta varias modalidades¹⁴:

¹¹ Noriega Hoces, L. *Fertilización Asistida. Una esperanza de vida*. Citado por: Seijas Rengifo, T. *Estudios sobre los aspectos jurídicos de la biotecnología reproductiva humana en el Perú*. Lima: Editorial San Marcos, 1998. Pág. 103.

¹² Rodríguez-Cadilla Ponce, M. *Derecho Genético. Técnicas de Reproducción Humana Asistida, su trascendencia jurídica en el Perú*. Lima: Editorial San Marcos, 1997. Pág. 23.

¹³ Notas del Autor: Conocido en el mundo médico como selección eugenésica.

¹⁴ VARSÍ ROSPIGLIOSI, E. (2001). *Derecho Genético*. Lima: Editorial Grijalbo. Pág. 40 y ss.

- Transferencia de embriones, es el método por el cual se coloca el cigoto directamente en la pared uterina.
- Transferencia intratubárica de gametos, que consiste en colocar ambos gametos en la trompa de Falopio, a fin de que sea allí donde se realice la concepción. Su uso es aconsejable cuando las trompas de Falopio están abiertas u otras técnicas de fertilización no han funcionado. Se recomienda su uso cuando el hombre tiene un número bajo de espermatozoides, o cuando la mujer tiene problemas de ovulación o en el cuello del útero.
- Transferencia intratubárica de embriones. Es una combinación de las técnicas anteriormente descritas, en la que se practica la fecundación *in vitro*, pero el embrión se transfiere directamente a la trompa de Falopio.
- Microinyección intracitoplasmática de espermatozoides. Es una técnica de reproducción asistida muy similar a la fecundación *in vitro*, en la que se busca la fecundación del óvulo con un espermatozoide previamente seleccionado, lográndose una fecundación totalmente dirigida.
- PDZ, supone la realización de un corte en la zona pelúcida del óvulo para facilitar el ingreso de espermatozoides.
- Transferencia oplásmica. Es una técnica aplicable sólo en caso la mujer padezca de una grave caso de infertilidad. Consiste en unir el óvulo de la paciente con el óvulo de una donante y el espermatozoide de la pareja de la primera, para conseguir la fecundación *in vitro* de un ovocito completo, por lo que el nuevo ser tendrá la carga genética de tres personas distintas.
- Hatching asistido: consiste en el adelgazamiento y apertura de un pequeño agujero en la zona pelúcida del embrión, con el fin de promover su implantación en la pared uterina.
- Transferencia de óvulos fertilizados por medio de la microinyección intracitoplasmática de espermatozoides directamente a la trompa de Falopio. Se trata de una técnica creada en el Perú y consiste en transferir a las trompas de Falopio, ovocitos que han sido microinyectados justo antes de la transferencia.

Ahora bien, es conveniente reseñar que ésta técnica puede ser llevada a cabo a través de un vientre de alquiler, lo que ha sido conocido en la doctrina como maternidad subrogada¹⁵.

Es de anotar, además, que dicha técnica puede hacerse aún más compleja, toda vez que pueden intervenir gametos de terceros o los propios. Así, por un lado, la Inseminación Homóloga o conyugal consistente en la fertilización de los cónyuges o convivientes (con una relación *mor uxorio*¹⁶) con el semen del marido o conviviente respectivamente. El material genético se circunscribe al ámbito de la pareja matrimonial o convivencial, por lo que respecto del hijo por nacer existirá un indiscutido nexo biológico entre el marido de la madre y el nacido, siendo la técnica de reproducción asistida que en apariencia trae consigo menos problemas jurídicos y éticos. Sin embargo, lo anotado no es tan preciso, ya que puede hacerse uso abusivo de esta técnica, como la inseminación *post mortem* realizada con el semen de la pareja previamente criopreservada, lo que trae aparejo una serie de problemas jurídicos tales como la determinación de la filiación del menor y su carácter como heredero. Situaciones que la normativa civil no está preparada para afrontar, tales como la determinación de la filiación, problemas hereditarios, entre otros¹⁷.

Finalmente, por otro lado, tenemos a la inseminación heteróloga cuya diferencia sustancial con la anterior radica fundamentalmente que el componente genético masculino o femenino proviene de un donante o tercero ajeno a la pareja.

¹⁵ En tal sentido, utilizaré una definición bastante general que la define como “*aquel acuerdo en el cual una mujer carga a un niño en su vientre hasta el momento del parto, con la intención que otra mujer sea la madre social de éste. Son mujeres que prestan su vientre y comprometen sus óvulos para concebir un hijo por encargo con semen de un donante conocido. Estas madres genéticamente hablando son madres verdaderas ya que de ellas conciben su propio hijo con su óvulo y lo cargan en su vientre, es un hijo que está prometido y encargado. Al momento de su nacimiento esta madre, de honor su compromiso o contrato, lo tiene que entregar luego del parto al padre biológico y a su esposa o compañera*”. En De Miguel Beriain, I. (2008). *¿Existe un derecho a la identidad genética?* ARBOR: Ciencia, Pensamiento y Cultura. N° CLXXXIV. Pág. 261.

¹⁶ N.A.: Unión de hecho, sea ésta propia o impropia.

¹⁷ Para una mayor profundización en el tema vid.: González Pérez, M. *La verdad biológica en la determinación de la filiación*. Madrid: Dykinson, 2013.

En esta técnica de reproducción supraconyugal el semen utilizado en la fecundación in vitro no es el del cónyuge sino de un tercero. Esta técnica puede aplicarse a mujeres solteras, viudas o divorciadas, el hijo concebido tendrá ante la legislación civil la calidad de hijo extramatrimonial, es así que la mujer podrá inscribirlo ante el registro civil como suyo, dándole sus apellidos. Nacen entonces los cuestionamientos tales como: ¿qué sucede con el derecho de identidad del menor?, o si ¿los bancos de esperma se encuentran en la obligación de revelar datos del donador? Otros de los problemas es determinar si la madre puede, posteriormente reclamar al donador alimentos para el hijo. O, qué sucedería si uno de los cónyuges o convivientes no prestó su consentimiento para la inseminación supraconyugal, ¿se le puede reputar la paternidad?

La inseminación heterológica es un de las TERAS que más conflictos éticos y jurídicos trae aparejada, tomando en consideración en qué circunstancias y a qué tipo de pacientes les será aplicada. Algunos autores son de la idea que pesar de los conflictos, se les debe brindar cierto tipo de permisibilidad en base a la verificación de ciertas circunstancias precedentes. Varsi Rospigliosi citando a Luigi Lombardi, señala que debe verificarse: *“la infecundidad de la pareja, la existencia de un grave riesgo de transmisión hereditaria, que la pareja sea capaz de adoptar y que precisamente haya realizado de manera infructuosa un procedimiento de adopción”*¹⁸.

Empero, estas causas deben ser vistas y analizadas a la luz del principio del interés superior del menor y el respeto de los derechos fundamentales, ya que no es lo mismo, que se aplique la inseminación o fecundación heterológica en una pareja de esposos o convivientes a que se aplique a una persona soltera o incluso a una homosexual.

¹⁸ Varsi Rospigliosi, E. *Derecho Genético. Principios Generales*. Trujillo: Editora Normas Legales S.A., 1995. Pág. 63.

1.3. Causas que originan el sometimiento a las técnicas de reproducción asistidas (TERAS)

Boza Dibós sostiene que “los crecientes problemas de esterilidad que afectan al hombre tornan cada vez más imperiosa la intervención médica en la reproducción humana. En muchas ocasiones las técnicas de reproducción asistida representan la única solución para los caso en que la naturaleza por sí sola no alcanza”¹⁹. Con la autora comparto la idea que las TERAS deben ser utilizadas como *ultima ratio* al problema de la esterilidad (o en palabras de Varsi Rospigliosi, con carácter supletorio²⁰), sin embargo, es de precisarse que en primer lugar deberán agotarse previamente los recursos médicos y en segundo lugar se utilizaran aquellas TERAS que no pongan en peligro la vida del *nascituri*, respetando su dignidad y derechos, y que además el material genético sea propiamente de la pareja tratante (inseminación homóloga).

Dentro de las causas que originan la infertilidad se encuentran las de índole fisiológica, es decir, la imposibilidad biológica de concebir naturalmente, manifestándose a través de la esterilidad o infertilidad²¹. Como causa no biológica, tenemos a los deseos o necesidades personales de procrear y dejar descendencia en este mundo, naciendo aquí el discutido derecho a la procreación del cual me encargaré líneas abajo.

Otras causas más frecuentes pueden ser:

A. Cuando es imposible mantener relaciones sexuales con normalidad:

A.1. Por impotencia en el hombre la cual puede ser *coeundi* o *generandi*. El primer caso, supone la imposibilidad de

¹⁹ Boza Dibós, B. Los adelantos de las ciencias y la permeabilidad del Derecho. Reflexiones en torno a la reproducción humana asistida. *Revista de Derecho. Pontificia Universidad Católica del Perú*, 45. Pág. 72.

²⁰ Varsi Rospigliosi, E. *Óp. cit.* Pág. 253.

²¹ Puedo definir a la esterilidad como la incapacidad de una pareja para lograr un embarazo luego de periodo de tiempo, generalmente de un año, sin medidas anticonceptivas. Mientras que la infertilidad es aquel problema en el que las parejas llegan a concebir un hijo, no obstante, los *nasciturus* no alcanzan viabilidad. Así pues, mientras la esterilidad, sea masculina o femenina, supone la imposibilidad definitiva de no poder concebir naturalmente un hijo por motivos de anomalías fisiológicas, sean estructurales o funcionales de los órganos reproductivos; la infertilidad no implica necesariamente la existencia de anomalías irreversibles.

realizar el coito o unión carnal por incapacidad de erección del miembro viril. La doctrina la denomina “impotencia absoluta” y puede tener sus causas a nivel orgánico o local como la agnesia peneana, malformaciones congénitas del pene, la impotencia orgánica que se presenta en casos de parapléjicos; a nivel interno o patológico ocasionadas por intoxicaciones graves de toxicomanía, alcoholismo crónico, etc. y a nivel psicológico con la denominada impotencia psíquica.

El segundo caso, consiste en la imposibilidad de procrear, a pesar que el individuo tiene la capacidad de realizar el coito, la doctrina lo ha denominado esterilidad siendo algunas de sus causas la hipospermia²², oligospermia²³ entre otras.

- A.2. Cuando el hombre adolezca de eyaculación precoz.
- A.3. Cuando la mujer adolezca de vaginismo o la vagina tenga alguna malformación.
- B. Cuando la mujer presenta acidez vaginal que no favorece a la ascensión de los espermatozoides.
- C. Cuando la mujer sufre a anovulación, por causas como la hiperprolactinemia²⁴, déficit de estradiol²⁵, enfermedad poliquística del ovario, anorexia, bulimia entre otras.
- D. La Infertilidad femenina por causa tubárica, es decir, la obstrucción física o funcional de las trompas de Falopio.
- E. La infertilidad femenina por endometriosis²⁶.

²² Bajo volumen en la producción de espermatozoides.

²³ Supone un bajo número de espermatozoides en el semen.

²⁴ Es el desorden hormonal, en el cual se produce una excesiva secreción de la prolactina, lo cual evita la ovulación.

²⁵ Hormona esteroide encargada del crecimiento y revestimiento de los órganos reproductivos femeninos.

F. La esterilidad o infertilidad idiomática femenina²⁷.

Los supuestos mencionados son tomados por muchas parejas para justificar el uso de las TERAS, a las cuales se les atribuye un aparente carácter terapéutico para la consecución de la descendencia. Generalmente, se utilizan técnicas de fertilización homólogas.

Ahora bien, cabría cuestionarse qué sucede en los casos en que es imposible obtener material genético o gametos viables de la pareja, tales como:

1. La esterilidad irreversible como la inmunológica,
2. Azoospermia,²⁸
3. Radiaciones o intervenciones quirúrgicas que ocasionen esterilidad total y definitiva, y
4. Factor RH incompatible, entre otros.

En éstos supuestos, se recurrirá a las TERAS heterológicas, es decir, que el material genético sea masculino o femenino será de un tercero donante, el cual puede ser fresco o criogenizado, manteniendo el anonimato del donante.

²⁶ Se trata de una enfermedad en la que aparece el tejido endometrial fuera del útero, usualmente en el peritoneo que recubre la pelvis, en las Trompas de Falopio o en los ovarios.

²⁷ Se denomina así, a la esterilidad para la cual no se encuentra ninguna causa responsable, toda vez que los análisis realizados resultan normales.

²⁸ Ausencia total y definitiva de espermatozoides.

CAPITULO II: EL DERECHO A LA REPRODUCCIÓN

Mucho se ha discutido si existe un derecho a la reproducción o a tener hijos y si en dicho derecho puede incluirse como parte de su contenido el uso de las TERAS. En el presente capítulo trataré de conceptualizar dicho derecho y ahondaré en las distintas posturas que lo defienden y la critican.

La doctrina no es pacífica al momento de tratar el tema, existiendo no sólo autores con criterios dispares, sino también jurisprudencia disímil en el ámbito del derecho comparado. Por tal motivo, en el presente capítulo tratará los siguientes puntos a fin de dilucidar una postura: a) determinar la existencia del derecho a la reproducción como derecho autónomo en base a la teoría de los derechos implícitos; b) determinar el contenido del derecho a la procreación y c) si las técnicas de reproducción asistida suponen parte del contenido protegido de dicho derecho.

2.1. El derecho a la reproducción como derecho autónomo

No existe consenso al momento de definir si el derecho a la procreación²⁹, reproducción o tener hijos³⁰ tiene un carácter autónomo o

²⁹ Morán de Vicenzi señala que “*en la literatura jurídica se suele empelar el término en plural “derechos reproductivos” para comprender diversos aspectos relaciones con el fenómeno de procreación, vinculados con los derechos de la mujer: anticoncepción, aborto, esterilización, planificación familiar*”. En Morán De Vicenzi, C. *El concepto filiación en la fecundación*. Lima: Ara Editores, 2004. Pág.162.

si depende de otro tipo de derecho, e incluso algunos autores, como se verá más adelante, sostienen que referido derecho supone un nuevo contenido del clásico derecho a la libre determinación de la personalidad.

En el presente acápite abordaré los distintos puntos de vista a fin de tomar posición sobre la autonomía o dependencia del derecho a la reproducción.

Desde una breve visión histórico-jurídica, partiendo de la legislación internacional de Derechos Humanos, algunos doctrinarios como Zarraluqui, sostienen que el derecho a la reproducción tiene su génesis en la Conferencia Mundial sobre Población y Desarrollo y en la IV Conferencia de la Mujer y en la Conferencias Mundiales sobre el Desarrollo celebradas en el Cairo en 1993, donde se reconoció el derecho a las parejas, y también a los individuos a decidir libremente sobre el número de hijos, así como el espaciamiento para procesar, proscribiéndose cualquier tipo de discriminación o coacción. No obstante, se puede encontrar un germen mucho más remoto en la Primera Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1968, llevada a cabo en Teherán, cuyo art. 16 señala que *“los padres tienen el derecho humano fundamental de determinar libremente el número de sus hijos y los intervalos de sus nacimientos”*. Si bien este documento no reconoce expresamente el derecho a la reproducción como tal, es de resaltar que se considera a la procreación como una manifestación de la libertad o autonomía de los padres.

En el ámbito europeo³¹, no se cuenta con una regulación específica ni se hace referencia expresa a los derechos reproductivos en los

³⁰ Notas del Autor: Utilizaré el término de manera indistinta, toda vez que la doctrina lo así lo hace.

³¹ Desde el punto de vista de la jurisprudencia, el desarrollo ha sido mayor. Como uno de sus exponentes se puede citar el caso *Evans vs. The U.K.*, donde la peticionaria alega que la ley de fertilidad y embriología británica es manifiestamente injusta ya que no contempla excepciones y no permite que en ciertos casos se permitan ponderar los interés y derechos en juego, toda vez que el marido no dio su consentimiento para que sea fecundada con los embriones previamente congelados. En este caso el Tribunal Europeo de Derechos Humanos resolvió que el consentimiento es un requisito de validez para conseguir la dignificación y control del propio material genético y cuyo objetivo es asegurar la continuidad y vigencia del consentimiento de ambas partes desde el comienzo del tratamiento hasta la implantación de los embriones. En Alkorta Idiákez,

documentos emanados del Consejo Europeo hasta la fecha. Sin embargo, desde el nacimiento de esta institución, en el año 1949, ha tenido preocupación con los temas relacionados al progreso tecnológico-científico en el ámbito reproductivo, en especial en el campo de las TERAS, cito como ejemplo el fallido intento de obtener una regulación europea de biomedicina plasmada en la Recomendación sobre los problemas derivados de las técnicas de procreación artificial de 1979 y la Recomendación 934 sobre ingeniería genética, donde se expresa la preocupación sobre las futuras aplicaciones en la manipulación del ADN.

En el derecho nacional, la Constitución Política de 1993, siguiendo el estilo de las Conferencias precitadas, sólo se hace referencia de manera indirecta al derecho de decidir el número de hijos, plasmando su art. 6 la directriz general de una Política Nacional Poblacional. En el ámbito jurisprudencia, como se verá más adelante, existe un pronunciamiento del Tribunal Constitucional, donde se esboza someramente una definición del derecho a la reproducción como derivado de la libertad sexual³².

Desde la perspectiva acotada, daría la impresión que el derecho a la reproducción se enmarca dentro del “macro derecho” de los derechos reproductivos de la mujer, cuya génesis la ubico en las reivindicaciones surgidas en la década de los años setenta del pasado siglo³³, como

I. El caso Evans y el derecho a no ser forzado a procrear. *Revista de Derecho Genético*, 24. Págs. 129-153.

Otro caso que se puede citar es el fallo del caso Dickson vs. UK, en la cual Kirk Dickson, condenado a 15 años de prisión por homicidio y sin hijos, contrae matrimonio en el año 2001 y solicita junto con su mujer las facilidades a la administración carcelarias poder concebir un hijo por medio de inseminación artificial. Su petición fue rechazada en todas las instancias inglesas, violentando el derecho a la intimidad regulado en el art. 8 y el derecho a contraer matrimonio y fundar una familia contenido en el art. 12 de la Convención Europea de Derechos Humanos. La Gran Sala resolvió que rehusar el otorgamiento de facilidades para la realización de la inseminación artificial no era una consecuencia de la detención que afectaba al Sr. Dickson, ya que sólo la libertad es restringida a través de una sentencia condenatoria, donde toda restricción del ejercicio de otros derechos debe ser justificada por el Estado.

³² Vid. STC Exp. N.º 02005-2009-PA/TC.

³³ La lucha de los derechos de la mujer impulsada por el feminismo, la que tal como señalé en el punto anterior, entendida que el estatus jurídico de la mujer dependía de su derecho a actuar como un adulto independiente, en iguales condiciones que los varones, es decir, a participar como un ciudadano en su comunidad, a ganarse la vida, a tener y controlar propiedades, a ser libre de discriminaciones de género entre otras.

respuesta las rapaces políticas demográficas instauradas por Estados superpoblados³⁴, como China y los países del tercer mundo.

Es así que, se acuñó el principio de libertad reproductiva, que comprende el derecho básico a decidir libre y responsablemente el momento del nacimiento de los hijos. Inspirándose en la idea que los derechos humanos priman sobre las políticas demográficas estatales así como los valores societarios o familiares³⁵. De tal manera que, derecho de salud reproductiva no es otra cosa que un concepto elaborado a partir de derechos preexistentes y relacionados entre sí, cuyo contenido dependerá del contenido de cada derecho. A tal conclusión se arriba en base a lo referido en el párrafo 94 de la propia Plataforma de Acción de la Conferencia de Beijing donde “*los derechos reproductivos comprenden derechos humanos reconocidos ya en los ordenamientos jurídicos nacionales, tratados internacionales*”. No obstante, anoto, que dicha declaración no identifica los derechos de los cuales depende la existencia de los derechos reproductivos.

Al respecto, Moro Almaráz³⁶ ha identificado que los derechos implicados son el derecho a la dignidad, a la intimidad personal y familiar, a fundar una familia, la salud reproductiva, la igualdad³⁷. No

³⁴ Para poder entender esta visión, he tomado en consideración que en la década de los setenta del siglo pasado, la población mundial se encontraba estimada en un promedio de tres mil millones de habitantes, lo que puso sobre el tapete la aplicación de la teoría malthusiana sobre crecimiento de la población y su relación con la economía. Lo cual impulsó que los países superpoblados, especialmente en los denominados países del tercer mundo, implementaran una serie de políticas estatales que influyeron en las decisiones reproductivas de sus habitantes, restringiendo la facultad de decisión en torno a los hijos, de modo que muchos hablaron de la necesidad de reconocer la existencia de derechos demográficos, lo cual supone un insipiente antecedente del nacimiento de los derechos reproductivos.

³⁵ Alkorta Idiákez, I. Nuevos límites del derecho a procrear. *Derecho Privado y Constitución*, N° 20. Pág.14.

³⁶ Moro Almaráz, M. Las nuevas técnicas de fecundación artificial y el derecho al matrimonio canónico. *Separata de Curso de Derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del foro (IX)*”, Salamanca, 1994, 364. Citado por Gómez de la Torre, M. *La fecundación in vitro y la filiación*. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1993. Pág. 41.

³⁷ Amador Jiménez al referirse al derecho a la reproducción como derivado del derecho a la vida y al desarrollo a la personalidad sostiene que puede ser posible siempre y cuando se encuentre circunscripto al proceso reproductivo natural tradicional, excluyéndose así a las técnicas de reproducción asistida y con ello la maternidad subrogada. Lo cual toma en consideración la naturaleza humana, dejando de lado

obstante, visto desde ese panorama general, podría tener cabida la existencia del derecho al hijo o el uso de las TERAS, como manifestación de una deformada concepción de los derechos precitados, basándose en una amplia interpretación de la libertad de actuar. Por tal motivo, el tema se torna complejo toda vez que al no estar recogido el derecho a la reproducción en instrumentos internacionales reafirmados por los Estados, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, éstos Conferencias no pasan de ser simples recomendaciones o directrices de derechos reconocidos que no generan nuevas normas de observancia internacional³⁸, pudiendo ampliar su contenido de modo ilimitado, sin tomar en cuenta la dignidad de las personas, tal como ocurre en el mal llamado “derecho al hijo”.

De lo expuesto, concluyo que el derecho a la reproducción no existe de modo autónomo como otros derechos fundamentales, ya que desde el punto de vista formal no ha sido recogido en los distintos instrumentos internacionales de derechos humanos ni mucho menos en las constituciones del Civil o Common Law, e incluso algunos han llegado a referir, que propiamente no es un derecho, sino la manifestación del ejercicio de otro derecho, en específico, del de fundar una familia o el de la libre determinación, tal como lo señalan los fallos internacionales citados. En ese orden de ideas, será conveniente determinar, de qué derecho o derechos se puede desprender éste, o simplemente la manifestación del ejercicio de otro.

2.2. El derecho a la reproducción como derecho derivado de otro derecho

Al haberse determinado el panorama del derecho a la reproducción, será conveniente determinar el modo como dicho derecho puede ser explicitado e invocado para su defensa.

En tal sentido, en el presente acápite, en base a la teoría de los derechos implícitos, trataré de determinar el alcance del derecho a la reproducción y si de éste puede predicarse el uso de las TERAS.

cualquier modo de artificial de llevar a cabo la capacidad reproductiva. En Amador Jiménez, M. *Biopolíticas y Biotecnologías: Reflexiones sobre la maternidad subrogada en la India*. CS. Colombia, N°6. Pág. 209.

³⁸ Alkorta Idiákez, I. *Óp. cit.* Pág. 16

2.2.1. Los derechos implícitos

2.2.1.1. Aspectos generales

Las Constituciones al momento de regular los derechos que protegen han establecido una cláusula de *numerus apertus* conocida en la doctrina como Derechos Constitucionales Implícitos³⁹. Por medio de dicha cláusula se quiso dejar en evidencia que los derechos esenciales del hombre son previos a toda norma e incluso a la Constitución misma, con lo que queda claro que la proclamación de algunos de éstos sólo tiene un carácter declarativo, tomando como base el *iurisnaturalimo*⁴⁰.

En el constitucionalismo peruano la incorporación de los derechos implícitos es de reciente data. El antecedente más remoto lo se encuentra en el art. 4 de la Constitución de 1979, el cual tiene una redacción similar al actual art. 3 de la Constitución de 1993, “[l]a enumeración de los derechos reconocidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que derivan de la dignidad del hombre, del principio de soberanía del pueblo, del Estado social y democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”⁴¹.

Para poder definir qué es un derecho implícito habrá que partir de la premisa que la Constitución encarna las aspiraciones de las personas y que ella misma *per se* no puede eruirse como un límite irracional a éstas. De tal modo, que los bienes jurídicos constitucionales que protege no pueden limitarse por la falta de regulación explícita de la

³⁹ Su génesis puede encontrarse en la IX enmienda de la Constitución de los Estados Unidos la cual señala que “no por el hecho de que la Constitución enumera ciertos derechos ha de entenderse que niega o menosprecia otros que retiene el pueblo”

⁴⁰ Carpio Marcos. E. *Los derechos no enumerados en la Constitución y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Gaceta Constitucional, N° 5. Pág. 17.

⁴¹ Entre ambos artículos simplemente ha existido una pequeña variación terminológica, en el sentido que la actual redacción la enumeración de los derechos se realiza a título de “establecidos” y no como “reconocidos” como lo estableció la anterior Constitución. En Carpio Marcos. E. *Óp. cit.* Pág. 20.

Carta Constitucional⁴². Así, puedo definir a los derechos implícitos como “*el conjunto de bienes humanos reconocidos y garantizados por la norma constitucional a fin de permitir a la persona alcanzar cuotas de perfección humana en la medida que logra satisfacer necesidades o exigencias propias y efectivamente humanas, que no están reconocidas en el texto de la Constitución, sino que se concluyen de una argumentación justificativa suficiente*”⁴³.

Finalmente afirmo que, éstos derechos tienen sentido y justifican su existencia en la esfera jurídica, ya que al no estar positivizados, encarnan las aspiraciones primigenias de la Carta Fundamental. Por tal motivo, éstos encuentran, como lo ha anotado la doctrina⁴⁴, una doble justificación. Por un lado, una de carácter intrasistémica, que se basa en alguna cláusula que los reconozca, como ocurre en el art. 3 de nuestra Constitución. Por otra parte, una extrasistémica, es decir, que cuando se carezca de una cláusula ad hoc, pueden invocarse en base a los principios que inspiran el cuerpo constitucional, tales como la dignidad y la protección y desarrollo supremo de la persona humana. Lo cual tiene consonancia con la finalidad ontológica de la Norma Fundamental, de tal modo que en base a ésta teoría se podrían acoger aquellas manifestaciones humanas no reguladas, que revisten un carácter de preponderancia, siempre que los mismos no atenten contra la dignidad humana, como el derecho a la reproducción.

⁴² Apoya nuestra postura Sáenz Dávalos al señalar que “*un derecho es fundamental porque se reviste de una cierta dosis de trascendencia o repercusión en relación con el desarrollo o realización de ser humano, lo que supone que aquél no se autocalifica como tal, sino que ratifica su importancia a partir de la constatación que el propio individuo realiza de los beneficios que para sí mismo supone el atributo respectivo o los elementos que lo integran*”. En Sáenz Dávalos, L. *La cláusula de los derechos no enumerados y su aplicación en la jurisprudencia del tribunal constitucional*. Revista Peruana de Jurisprudencia, N° 13. Pág. XXV.

⁴³ *Ibíd.*

⁴⁴ Para una mayor profundización vid. Castillo Córdova, L. *Óp. cit.* Págs. 35-40.

2.2.1.2. Justificación para la explicitación del derecho a la reproducción

En presente acápite, analizaré la justificación desde la doctrina y la jurisprudencia constitucional nacional.

Desde el punto de vista doctrinario, tomo en consideración algunos conceptos esbozados por Contreras Vásquez⁴⁵ las cuales reproduzco a continuación, por lo que propongo una doble lectura atribuible a los denominados derechos implícitos o no positivizados, así tenemos que:

- a) La primera lectura estaría dada por la constatación de la falta de una norma constitucional que recoja la potestad subjetiva iusfundamental que se pretende. Se entenderá como potestad subjetiva, a aquella legítima expectativa de toda persona de trascender en el tiempo a través de su descendencia, lo cual se traduce en el acto reproductivo. Sin embargo, es de anotar, que no toda legítima expectativa puede dar origen a un nuevo derecho, sino sólo aquellas que tienen un cariz de tal envergadura que permite el desarrollo pleno no sólo de una persona en particular, sino que es común a todo el género humano, como lo es la reproducción. Como se ha visto en el acápite anterior, esta manifestación humana no ha sido recogida expresamente en la legislación internacional ni mucho menos en la interna, más aún cuando existe un desarrollo tecnológico vertiginoso que le atañe, tal como el uso de las TERAS.

Desde este punto de vista, la explicitación del derecho a la reproducción tiene una doble justificación, la primera de ellas basada en la concepción histórica de la existencia del hombre en el tiempo; y la segunda en el fundamento antropológico de la Constitución, cuyo principio y fin es la persona, buscando por medio de sus dispositivos y

⁴⁵ Contreras Vásquez, P. *¿Derechos implícitos? Notas sobre la identificación de normas de derecho fundamenta* [en línea] < http://www.pcontreras.net/uploads/9/6/2/1/9621245/contreras_2011_derechos_implicitos_.pdf > [Consulta: 07 de julio de 2015] Pág. 156.

regulaciones su desarrollo, de tal manera que al acoger el derecho bajo análisis completa aquel interés legítimo de trascender en el tiempo, siendo una expectativa general y no reducida a una persona o grupo de personas por lo que se habla de un interés legítimo general y objetivo.

De ese modo se salvaguarda que cualquier expectativa legítima sea reivindicada como derecho

Así, estas nuevas circunstancias y las consecuencias sociales que de ella se deriven exigen la protección de nuevos bienes humanos protegibles y el direccionamiento de los ya existentes.

En resumidas cuentas, los derechos implícitos, según éste primer significado, no requerirán de normas constitucionales o iusfundamentales para constituir un límite de la acción estatal, siendo la positivización una mera técnica de protección de derechos, pudiendo ser invocados por las personas en el momento que consideren han sido vulnerados.

No obstante, lo que puede criticarse de ésta postura es que no ofrece ningún método que permita la identificación y determinación del contenido, pudiendo producirse abusos, como invocar el derecho a la reproducción para que se permita el uso de las TERAS en homosexuales, o “crear” hijos a la medida.

- b) La segunda perspectiva es de índole argumentativa. A diferencia de la anterior, se entenderá que si bien el derecho a la reproducción no está expresamente recogido en la Norma Fundamental, puede derivarse de una interpretación (teleológica).

Si bien la norma constitucional no prescribe de manera originaria que al sujeto le corresponde un determinado derecho (como la reproducción), sino que, a través de la interpretación de la norma constitucional se obtiene una formulación que manda, prohíbe o permite algo al titular del derecho. Un ejemplo claro lo encontraría en los nuevos

contenidos de los derechos constitucionalizados, que no están sancionados explícitamente. Sin embargo, a base de una labor interpretativa pueden explicitarse.

Cítese el caso del derecho de objeción de conciencia derivado del derecho de libertad de pensamiento reconocido por el Tribunal Constitucional⁴⁶. En el caso que nos ocupa, puede derivarse la explicitación del derecho a la reproducción desde el derecho al libre desarrollo de la personalidad, con un basamento ontológico en la dignidad humana y las expectativas legítimas de la persona de trascender en la historia.

En resumida cuenta, de las interpretaciones señaladas, por Contreras Vásquez, se aprecia que no son excluyentes, por el contrario, puede hacerse una lectura conjunta de ellas, con que se obtendría un sistema de fuentes del derecho a la reproducción. Las que estarían dadas, en primer lugar, por la misma cláusula contenida en el art. 3 de la Constitución, la que se funda insoslayable en la dignidad, la soberanía, el estado democrático de derecho y la forma republicana de gobierno y; en segundo lugar, en los nuevos contenidos de los derechos positivizados⁴⁷.

Desde la perspectiva jurisprudencial, el Tribunal Constitucional ha realizado una distinción, que merece la pena tomar en cuenta, respecto a los derechos reconocido por la cláusula del art. 3 de la Constitución⁴⁸. Así el Colegiado distingue

⁴⁶ Vid. STC. Exp. N.º 0895-2001-AA/TC

⁴⁷ En atención al principio de progresión de los derechos fundamentales y de la búsqueda de su máxima eficacia y protección, cuentan con una norma expresa o cláusula que permite extraer derechos no reconocidos en el ámbito interno desde el derecho internacional, los que también disfrutaban de amparo constitucional, en los mismos términos en que son protegidos aquellos derechos expresamente reconocidos; el mismo que se pueden encontrar en la parte in fine del art. 3º de la Carta Magna.

⁴⁸ Vid. STC. Exp. N.º 0895-2001-AA/TC, en la que el demandante vía proceso de amparo demanda al Seguro Social de ESSALUD por obligarlo a cumplir turnos laborales los días sábados, días en que su confesión religiosa no le permite trabajar, alegando la afectación de los derechos constitucionales a la libertad de conciencia y a la libertad de religión, y a no ser discriminado por motivo de religión. En dicha sentencia,

- i) **Los contenidos implícitos de derechos viejos**, son aquellos contenidos de derechos positivizados, que siempre se han encontrado presentes, sin embargo han adquirido autonomía propia individualizándose como derechos particulares e independientes, toda vez que no fueron precisados en su momento o fueron consagrados de modo muy genérico⁴⁹⁵⁰, donde dependerá de las circunstancias y las valoraciones la existencia de aquellos nuevos contenidos. De una idea contraria es Castillo Córdova al señalar que *“el contenido implícito viejo de un derecho fundamental viene conformado por todos los elementos del contenido constitucional no que son fruto de nuevas circunstancias o valoraciones, sino que se reconocen como confortantes del contenido del derecho desde que este es reconocido como tal”*⁵¹.
- ii) **Los contenidos nuevos de los derechos escritos**, en palabras del Alto Colegiado, se trataría de aquellos nuevos contenidos cuyo nacimiento obedece a *“desarrollo normativo, de las valoraciones sociales dominantes, de la doctrina y, desde luego, de la propia jurisprudencia constitucional”*, es así que nacerían de las reivindicaciones de grupos sociales que se hicieron constantes en el tiempo⁵². Así, el contenido del derecho se va adecuando en función a la realidad y

el tribunal constitucional desarrolla el contenido del art. 3 de la Constitución y explicita el derecho a la libertad de conciencia.

⁴⁹ Sáenz Dávalos, L. *Óp. cit.* Pág. XXIV

⁵⁰ De una idea contraria es Castillo Córdova quien sostiene que *“el contenido implícito viejo de un derecho fundamental viene conformado por todos los elementos del contenido constitucional no que son fruto de nuevas circunstancias o valoraciones, sino que se reconocen como confortantes del contenido del derecho desde que este es reconocido como tal”*. En Castillo Córdova, L. *Óp. cit.* Pág. 41. Sin embargo, no concuerdo con dicha postura, ya que la necesidad de independización y protección nace de reclamaciones que en muchos casos son históricas o sociales, es decir, la historicidad se predicaría no del derecho mismo sino de la necesidad de protección.

⁵² Sáenz Dávalos, L. *Óp. cit.* Pág. XXVI. En ese mismo sentido Castillo Córdova sostiene que *“una de las consecuencias que puede producir el cambio de las circunstancias es el redimensionamiento de un bien humano, y por tanto, el reconocimiento de nuevos elementos conformadores del contenido jurídico del derecho humano que a él va unido”* En Castillo Córdova, L. *Óp. cit.* Pág. 40.

toma forma a través de los encargados de realizar la interpretación vinculante de la Constitución, es decir, el Tribunal Constitucional⁵³.

- iii) Por último, existen los **derechos nuevos**, definidos como *“atributos, facultades y libertades que, en principio, carecen de conexión o vínculo directo con los derechos objetivos o escritos que aparecen expresamente incorporados a la Constitución. Su reconocimiento, en otras palabras, es totalmente novedoso, importando una autentica creación por parte del operador jurídico”*⁵⁴. Son situaciones novísimas que no tienen respaldo en cualquier derecho o contenido positivizado, es decir atributos, facultades y libertades que, en principio, carecen de conexión o vínculo directo con los derechos objetivos o escritos que aparecen expresamente incorporados a la Constitución⁵⁵, su reconocimiento, en otras palabras, es

⁵³ Castillo Córdova, señala que esta reformulación del contenido constitucional de un derecho, no supone el reconocimiento o nacimiento de un nuevo derecho, sino del mismo derecho preexistente, el cual sólo reformula su contenido en base las circunstancias objetivas que así lo reclamen. Estos nuevos elementos, reconocerían un nuevo bien humano, sino que es el mismo bien humano ya reconocido por la Norma Fundamental que se reformula y ensancha su contenido en base a las necesidades y exigencia humanas que debe satisfacer. En Castillo Córdova, L. *Óp. cit.* Págs. 40-41

⁵⁴ Sáenz Dávalos, L. *Óp. cit.* Pág. 29.

⁵⁵ Se pueden citar dos casos, el primero el reconocimiento del Derecho al Agua en el que el Supremo interprete de la constitución considera que *“[e]n el caso específico del derecho al agua potable, este Colegiado considera que aunque dicho atributo no se encuentra considerado a nivel positivo, existen no obstante una serie de razones que justifican su consideración o reconocimiento en calidad de derecho fundamental. Asumir dicha premisa supone perfilar su individualización dentro del contexto que ofrecen algunas de las perspectivas anteriormente enunciadas. A tales efectos, atendiendo a que no existe norma expresa que contenga dicho reconocimiento a nivel interno y a que a nivel internacional aún se encuentran pendientes de desarrollo muchos de los ámbitos que comprendería dicho atributo, puede acudirse primeramente a la opción valorativa o principialista y a la cláusula de los derechos implícitos que le permite servir de referente. Así las cosas, la utilización de la fórmula de individualización permitiría legitimar la existencia de un derecho al agua potable en calidad de atributo fundamental no enumerado. Su reconocimiento se encontraría ligado directamente a valores tan importantes como la dignidad del ser humano y el Estado social y democrático de derecho”*. Vid. EXP. N.º 06534-2006-PA/TC; F.J. 17.

totalmente novedoso, importando una auténtica creación por parte del operador jurídico⁵⁶. Esto sucede existe un bien humano que no se encuentra contenido ni protegido en ningún derecho constitucionalizado, es decir, es de nueva data, por lo que necesita ser acogido en el ordenamiento para una mejor protección.

Desde este punto de vista, el derecho a la reproducción puede predicarse desde el contenido implícito de un derecho viejo, desde un contenido nuevo de un derecho escrito o como un derecho de nueva formulación. Al respecto, será conveniente determinar cómo se puede explicitar el derecho a la reproducción en base a lo señalado. Si afirmo que el derecho a la reproducción puede predicarse de un contenido explícito de un derecho viejo, entonces en qué derecho tiene su génesis. Si se revisa la Carta Magna, el capítulo general de derechos nos puede ofrecer una solución. Así, el art. 1 señala

El segundo caso es el reconocimiento del Derecho a la Verdad, “*Así, el derecho a la verdad, aunque no tiene un reconocimiento expreso en nuestro texto constitucional, es un derecho plenamente protegido, derivado en primer lugar de la obligación estatal de proteger los derechos fundamentales y de la tutela jurisdiccional. Sin embargo, el Tribunal Constitucional considera que, en una medida razonablemente posible y en casos especiales y novísimos, deben desarrollarse los derechos constitucionales implícitos, permitiendo así una mejor garantía y respeto a los derechos del hombre, pues ello contribuirá a fortalecer la democracia y el Estado, tal como lo ordena la Constitución vigente. El Tribunal Constitucional considera que, si bien detrás del derecho a la verdad se encuentra comprometidos otros derechos fundamentales, como la vida, la libertad o la seguridad personal, entre otros, éste tiene una configuración autónoma, una textura propia, que la distingue de los otros derechos fundamentales a los cuales se encuentra vinculado, debido tanto al objeto protegido, como al telos que con su reconocimiento se persigue alcanzar. Sin perjuicio del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la verdad, éste también ostenta rango constitucional, pues es una expresión concreta de los principios constitucionales de la dignidad humana, del Estado democrático y social de derecho y de la forma republicana de gobierno. Es un derecho que se deriva directamente del principio de dignidad humana, pues el daño ocasionado a las víctimas no sólo se traduce en la lesión de bienes tan relevantes como la vida, la libertad y la integridad personal, sino también en la ignorancia de lo que verdaderamente sucedió con las víctimas de los actos criminales. El desconocimiento del lugar donde yacen los restos de un ser querido, o de lo que sucedió con él, es tal vez una de las formas más perversamente sutiles, pero no menos violenta, de afectar la conciencia y dignidad de los seres humanos.*” Vid. STC Exp. N.º 2488-2002-HC/TC; F..Js. 13-16.

⁵⁶ Sáenz Dávalos, L. *Óp. cit.* Pág. 29.

que “(...) *toda persona tiene derecho a (...) su libre desarrollo*”. En ésta cláusula abierta de libre desarrollo de la personalidad, como se verá más adelante, puede abarcar cualquier manifestación humana que sea digna de atención, entre ellos las reproductivas. Lo mismo también puede decirse acerca del art. 6 de la Constitución, donde se regulan las Políticas Nacionales de Población. De una lectura conjunta de estos dos artículos podría explicitarse el derecho a la reproducción y parte de su contenido.

Ahora bien, respecto al contenido nuevo de derechos escritos, el razonamiento me parece muy similar, toda vez que sean contenidos nuevos o implícitos de derecho escritos, suponen en ambos casos situaciones novedosas que salen a la luz de acuerdo a las circunstancias sociales. Lo que en el derecho a la reproducción responde a las legítimas expectativas de la trascendencia humana y al desarrollo de las TERAS por parte de la biotecnología.

Respecto a los derechos nuevos, creo que es poco probable que pueda predicarse el derecho a la reproducción como *ex novo* ya que existen otros derechos y contenidos del cual pueden derivarse, tal como se verá más adelante y además se podría establecer una cláusula de ultima ratio para dicho tipo de formulación. Así, de ese modo, es posible hablar de una limitación de tipo formal, ya que sólo se podrá recurrir a la técnicas de explicitación de derechos, cuando de las interpretaciones de los derechos explicitados no puedan derivarse una protección adecuada a una determinada situación, o cuando dicha interpretación sea insuficiente. Por otra parte, también existirá una limitación de tipo material, donde sólo se podrán acoger aquellas legítimas expectativas de carácter objetivo que atañen a todo un grupo humana, es decir, tendrá además una característica de generalidad.

En el caso que nos ocupa, obsérvese que, de la interpretación del derecho al libre desarrollo de la personalidad, o de la salud, o de algún derecho relacionado con la reproducción, no basta para regular todas las manifestaciones del campo reproductiva, el cual con el

avance tecnológico (TERAS) se ha hecho sumamente complejo, por lo que desde el punto de vista formal conviene su explicitación. Desde la perspectiva material, la reproducción va más allá de una simple libertad, donde el Estado tiene un papel pasivo de abstención, esta sobrepasa los simples anhelos de las personas en particular. Su carácter de generalidad lo hace complejo y digno de atención, ya que no es lo mismo libertad de portar tal o cual vestimenta, corte de pelo, etc. que el hecho natural de reproducirse.

Finalmente, lo dicho *ut supra* coincide con lo señalado por el Tribunal Constitucional cuando refiere que se debe invocar la cláusula de los derechos implícitos sólo en casos especiales, que supongan una necesidad imperiosa de reconocimiento, por lo que insta que se traten de subsumir los nuevos derechos o contenidos en los derechos ya enunciados. Sin embargo, el Tribunal no ha sido tan uniforme al momento de determinar nuevos derechos, ni ha invocado la excepcionalidad de la cláusula *in commento*, lo cual se observa cuando preconiza la existencia del derecho a la verdad o el derecho al agua, que son posteriores al derecho de objeción de conciencia, donde no hace ni la más mínima referencia a dicho punto, por lo que no existe inconveniente legal que no permita la explicitación del derecho a la reproducción, siempre que ésta no sea usada para como instrumento de apertura indiscriminada de un derecho⁵⁷ o su contenido. En el caso que ocupa la presente investigación podría configurarse dicho derecho de un modo tal que permita, por un lado, la aplicación indiscriminada de las TERAS, así como el acceso de éstas para fines no reproductivos, sino de manipulación e investigación científica, e inclusive el aborto.

⁵⁷ Sosa Sacio, J. M. *Derechos constitucionales no enumerados y derecho al libre desarrollo de la personalidad* [en línea]. <http://www.academia.edu/3827691/Derechos_constitucionales_no_enumerados_y_derecho_al_libre_desarrollo_de_la_personalidad> [Consulta: 07 de julio de 2015] Págs. 109-110.

2.1.2.3. Criterios para la determinación del derecho a la reproducción como derecho implícito

Como se ha visto, dentro del término de derechos implícitos se engloban dos supuestos muy bien definidos donde podría encontrar cabida el derecho a la reproducción. El presente acápite lo dedicaré al análisis y determinación de los criterios que permitan la identificación de los derechos implícitos en un sentido amplio.

Tal como lo he anotado en los párrafos anteriores, las constituciones latinoamericanas, en especial la peruana, prevé en su artículo 3 una cláusula de derechos no enumerados. Dicha disposición señala la existencia de derechos fundamentales que van más allá de lo estipulado en el Capítulo I del Título Primero de nuestra Constitución, con lo que encontramos derechos fundamentales a lo largo de la Carta Fundamental y también en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos signados por el Perú⁵⁸.

Sosa Sacio⁵⁹ ha recogido tres criterios rectores, partiendo de la estructura de los derechos implícitos y de la jurisprudencia constitucional, que nos permitirán verificar si se está ante un derecho constitucional no positivado, siendo éstos: a) contenido protegido y ausencia de disposición iusfundamental; b) sustento constitucional directo de los derechos fundamentales no enumerados y c) validez de la norma implícita de derecho fundamental; además de los clásicos criterios de fundamentalidad, especificidad normativa, conformidad o adecuación constitucional; los cuales pasaré a explicar y subsumir si el derecho a la procreación cumple con éstos requisitos, en especial el derecho a la procreación por técnicas de reproducción asistida (TERAS).

⁵⁸ Para un mayor análisis vid.: Carpio Marcos, *Óp. cit.*

⁵⁹ Sosa Sacio, M. *Óp. cit.* Págs. 111-129.

A. Criterios extraídos de la jurisprudencia constitucional (desde la estructura interna de los derechos fundamentales)

a.1. Contenido protegido y ausencia de disposición iusfundamental

Sosa Sacio parte de un análisis analítico de los derechos fundamentales, en base a su estructura interna, tomando como modelo los derechos positivizados, lo cual presupone la existencia de una disposición de derecho fundamental, es decir, una *lex scripta* de la que se derivan normas y posiciones obtenidas de discurso interpretativo por los operadores jurídicos.

En tal sentido, para poder entender la estructura del derecho a la reproducción, será necesaria aclarar ciertos conceptos. Así pues, se entenderá por disposición fundamental⁶⁰ a los enunciados lingüísticos de la Constitución que tipifican los derechos fundamentales (*verbi gratia* los derechos recogidos no sólo en el catálogo de derechos recogidos en el art. 2, sino todos los que se deriven de la Carta Magna), o como lo he llamado líneas arriba *lex scripta*. Por su parte las disposiciones de derecho fundamental son los significados válidamente atribuidos a las disposiciones de derecho fundamental que nacen de la interpretación hecha por los operadores de derecho, entre ellos el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional. Finalmente, las posiciones de derecho fundamental son las relaciones jurídicas concretas establecidas por las normas de derecho fundamental, es decir, los derechos que se pueden extraer de las diversas interpretaciones atribuibles a las personas de acuerdo a su contenido.

Así pues, en la presente investigación, puede observarse que en el caso al derecho a la reproducción, en *strictu sensu* se carece de una disposición fundamental, ya

⁶⁰ Vid. Exp. N° 1417-2005-AA/TC.

que no ha sido recogida expresamente por la Constitución⁶¹, como sí ocurre en otros derechos, como el de la vida, la salud, etc. Por lo que, al no existir una disposición fundamental, por ende también es inexistente un significado atribuible y mucho menos la creación de relaciones jurídicas. En resumidas cuentas, lo que existe es un bien jurídico que merece protección, el cual viene configurado por la reproducción humana, tanto en su vertiente positiva como negativa, tal como se verá más adelante. Así puede explicitarse el derecho por dos modos (en el caso peruano) a través del contenido explícito de un derecho positivizado o el nuevo contenido de un derecho. Para las legislaciones, en los que no sea posible utilizar lo anterior, queda la opción de la creación de un derecho *ex novo*.

Desde este punto de vista, se tendrá que construir el texto o enunciado del derecho a la reproducción, de tal modo que corresponderá al juez (sea civil o constitucional) enunciar el derecho *ex novo*. Pero, cabe preguntarse, en base a qué fundamento podría basarse el juez para explicitar el contenido. Junto con Sosa Sacio⁶² soy de la idea que, al no existir una norma de derecho fundamental que sirva de base al derecho a la reproducción, entonces no quedará más salida que recurrir a las cláusulas de derechos fundamentales de la cual se derivan todos los demás derechos, esto es: dignidad de la persona, soberanía del pueblo, Estado democrático de Derecho y forma republicana de gobierno (art. 3 de la Constitución). De este modo se busca salvaguardar que lo neo derechos, en general, sean simples *flatus vocis* nacidos de exigencias subjetivas como el derecho al uso de las TERAS, el derecho al hijo, el hijo a la medida entre otros.

En la jurisprudencia peruana, si bien el derecho a la reproducción ha sido mínimamente desarrollado⁶³, no es

⁶¹ Aunque no se debe olvidar que se recoge una aparente manifestación de este derecho en el art. 7 de la Ley General de Salud que será materia de análisis en la presente investigación.

⁶² Sosa Sacio, M. *Óp. cit*, pp. 114.

⁶³ “El derecho a la autodeterminación reproductiva es un derecho implícito contenido en el más genérico derecho al libre desarrollo de la personalidad. Este derecho

descabellado que en un futuro pueda realizarse un análisis y explicitación más profunda, como ha sucedido en el caso del reconocimiento del derecho al agua⁶⁴⁶⁵ donde el Tribunal Constitucional señaló “17. (...) Así las cosas, la utilización de la fórmula de individualización permitiría legitimar la existencia de un derecho al agua potable en calidad de atributo fundamental no enumerado. Su reconocimiento se encontraría ligado directamente a los valores tan importantes como la dignidad del ser humano, el Estado Social y democrático de derecho. 18. El derecho al agua, a la luz del contexto descrito, supondría primariamente un derecho de naturaleza positiva prestacional, cuya concretización correspondería promover fundamentalmente al Estado. Su condición de recurso natural lo convierte en un derecho básico para el mantenimiento y desarrollo no sólo de la existencia y calidad de vida del ser humano, sino de otros derechos tan elementales como la salud, el trabajo y el medio ambiente (...)”. El Alto Colegiado considera que el reconocimiento del derecho al agua a nivel constitucional no sólo se basa en el hecho que es un elemento mínimo vital para la supervivencia de ser humano, sino que va más allá, al sostener que está relacionado con los derechos a la vida y a la salud, incidiendo en el desarrollo social y económico del Estado en todos los sectores. Similar argumento puede ser utilizado para el reconocimiento del derecho a la reproducción, toda vez que éste sirve de base tanto al derecho

consiste en la autonomía de decidir en los asuntos que sólo atañen a la persona. Pero también puede afirmarse que el derecho a la autodeterminación reproductiva se desprende del reconocimiento de la dignidad de la persona humana y del derecho general de libertad que le es inherente. Dignidad y libertad concretizadas a partir de la necesidad de optar libremente y sin ninguna interferencia en el acto de trascender a través de las generaciones. La libertad para decidir como ser racional con responsabilidad sobre: 1) el momento adecuado u oportuno de la reproducción; 2) la persona con quién procrear y reproducirse y 3) la forma o método para lograrlo o impedirlo”. En STC Exp. N° 02005-2009-PA/TC, de fecha 16 de octubre de 2009, Voto particular de Mesía Ramírez, F.J. 6. Es necesario precisar, que la conceptualización del derecho es demasiado pobre, ya que no se hace un análisis profundo que nos permita comprender la razón o justificación de su existencia, como sí ha ocurrido en la explicitación de otros derechos.

⁶⁴ Exp. N° 06534-2006-PA/TC, F.J. 17

⁶⁵ Cítese además el reconocimiento del derecho a la verdad. Vid.: Exp. N° 2488-2002-HC/TC.

fundamental a la vida, ya que supone la perpetuación de la especie humana y la trascendencia en el tiempo de las personas, lo que deviene en la satisfacción de la persona y su respeto a la dignidad.

Por último, en base a la estructura citada por Sosa Sacio, afirmo que en el caso del derecho a la reproducción el derecho fundamental es propiamente el derecho que tiene toda persona a decidir sobre su reproducción (el número de hijos, con quién se reproducirá, si hará uso del derecho, etc.); las disposiciones fundamentales vienen dadas por las interpretaciones sobre este neo derecho, por ejemplo, si formaría parte de su contenido el uso de las TERAS, o si existe un derecho al hijo.

A.2. Sustento constitucional directo de los derechos fundamentales no enumerados: la dignidad como fundamento del derecho a la reproducción

El Tribunal Constitucional ha señalado, muy sucintamente, que el derecho a la reproducción o autodeterminación reproductiva puede encontrar su fundamento en la dignidad⁶⁶. Por lo que, será necesario desarrollar en qué manera se puede subsumir este neo derecho en el principio señalado. Para lo cual, será necesario, *prima facie*, determinar en qué consiste el sustento constitucional de los derechos.

La doctrina lo ha conceptualizado como “*el arraigo, fundamento u origen de los derechos, tanto explícitos como implícitos, está en la Constitución. En ese orden de ideas, un derecho tendrá un sustento constitucional cuando su contenido se desprenda de las normas constitucionales, lo cual supone, que pueda ser adscrito de todos los sentidos interpretativos posibles*”⁶⁷, es decir, “*que pueda ser concretizado por el juez a través de la interpretación hecha de las normas (lo que vendría a ser el contenido nuevo de*

⁶⁶ Vid. STC Exp. N° 02005-2009-PA/TC.

⁶⁷ Sosa Sacio. M. *Óp. cit.* Pág. 114.

derechos ya reconocidos) o actualizados por el poder político”⁶⁸. Pueden citarse, a modo de ejemplo, las interpretaciones hechas por los distintos tribunales, entre ellos, el Constitucional, sobre el derecho al trabajo, el pago de pensiones, la seguridad social entre otros⁶⁹.

Lo dicho se predica de los derechos positivizados, toda vez que los implícitos no cuentan con una disposición específica a la cual pueden adscribirse. Entonces, su fundamento constitucional se encuentra en los valores supremos que fundan y cimientan la Constitución, tales como la dignidad, el Estado Social Democrático de Derecho y la Forma Republicana de Gobierno, con lo que se evitaría que los derechos, en especial, sean simples enunciados lingüísticos (*flatus vocis*).

Sin embargo, para la presente investigación es conveniente determinar cómo el derecho a la reproducción se subsume dentro del valor supremo de la dignidad humana

En las siguientes líneas trataré de explicar el fundamento de éste neo derecho desde los principios acotados, en especial desde la dignidad humana.

Para determinar de qué modo se puede desprender el derecho a la procreación de la dignidad humana, será necesario realizar algunas aproximaciones conceptuales respecto a su definición.

Al referirnos a la dignidad humana supone abordar un tema muy complejo, debido a que el término dignidad posee muchos significados en atención a la realidad en que se sustenta, la persona. Por lo que, trataré de conceptualizarla desde un punto de vista jurídico.

⁶⁸ Bernal Pulido, C. *Óp. cit.* Pág. 114-115

⁶⁹ Vid. STCs Exps. N° 01473-2009-AA; 00405-2008-AA; 00014-2007-AA; 03601-2007-AA; 0206-2005-AA, entre otros.

Desde una perspectiva formal, las diversas Declaraciones de Derechos Humanos⁷⁰, señalan a la dignidad como una dimensión intrínseca de la persona, por lo que posee un carácter ontológico, posición que parece remontarse a lo sostenida por Santo Tomás de Aquino, al referir que el término dignidad es algo absoluto y que pertenece a la esencia⁷¹. En esa misma línea encontramos al filósofo D'Agostino quien sostiene que *“es un hecho que en nuestro tiempo actúe una conciencia colectiva que percibe la subjetividad humana no puede ser cosificada, porque ser sujetos lleva consigo una identidad que no admite equivalentes funcionales. En realidad, la apelación a la dignidad remite a un presupuesto esencial, el valor que todo ser humano tiene en sí mismo, con independencia de cualquier otro factor, lo cual lo hace merecedor de un respeto incondicionado”*⁷². De ese modo, puedo decir que la dignidad de la persona nos remite a una cualidad exclusiva, indefinida y simple del ser humano, que designa su superioridad frente al resto de seres, independientemente del modo de comportarse moral o amoralmente, por lo que la dignidad humana no dependerá de conductas o hechos externos. Bastará entonces, pertenecer al género humano, para ser dignos, tal como lo especifica la Declaración Universal de Derechos Humanos⁷³.

⁷⁰ Vid. La Carta de las Naciones Unidas (1945), el preámbulo de la Declaración de Derechos Humanos (1948), la Declaración Universal del Genoma Humano y los Derechos Humanos (1997), el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del ser Humano del Consejo de Europa (1999), entre otros.

⁷¹ Tomás de Aquino. *Summa Theologica*. Madrid: Edición de Biblioteca de Autores Cristianos, 1993. Pág. 411

⁷² D'agostino, F. *La dignidad humana, tema bioético*. En Aparisi Miralles, A. *El principio de la dignidad humana como fundamento de un bioderecho global*. Cuadernos de Bioética XXIV. Págs. 206-207.

⁷³ Para una mayor profundización en el tema vid.: Rebollo Delgado, L. *Constitución y técnicas de reproducción asistida*. *Boletín de la Facultad de Derecho*, N°16. Pág. 113; Spaemann, R. *Sobre el concepto de dignidad humana*. Madrid: Edersa, 1998. Pág. 25.; y Martínez Morán, N. *La dignidad de la persona ante el desafío de la biotecnología*. *Misión Jurídica Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, N° 1. Págs. 163-165.

Por su parte, en la jurisprudencia constitucional nacional, de las de las sentencias revisadas no existe una definición exacta de dignidad, haciendo referencia a ésta como valor supremo soporte de los derechos⁷⁴. Sin embargo, se puede hallar una definición muy similar al concepto anteriormente esbozado en la sentencia de la Corte Constitucional colombiana “[l]a dignidad, como es sabido, equivale al merecimiento de un trato especial que tiene toda persona por el hecho de ser tal. Equivale, sin más, la facultad que tiene toda persona de exigir de los demás un trato acorde con su condición humana”⁷⁵. En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal Constitucional español, donde “la dignidad es un valor espiritual moral inherente a la persona, que se manifiesta regularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás”⁷⁶.

Así pues, se podrá concluir que una persona es digna *per se*, donde la dignidad se predica de un valor intrínseco por el hecho de pertenecer al género humano, donde la razón y la libertad de autodeterminación son manifestación de tal pertenencia y no elementos determinantes de su dignidad, en atención a las razones expuestas *ut supra*.

De lo expuesto, se entrevé que la dignidad tiene una doble faz, por un lado, una negativa, es decir, que la persona

⁷⁴ Vid. STCs Exps.N.º 02273-2005-PHC/TC, F.J. 10; N.º 0030-2005-PI/TC, F.J. 40; N.º 417-2005-PA/TC, F.J. 21; N.º 0042-2004-AI/TC, F.J. 1-5; N.º 02273-2005-PHC/TC, F.J. 05-07; N.º 0050-2004-AI/TC, 0051-2004-AI/TC, 0004-2005-AI/TC, 0007-2005-AI/TC, F.J. 38, 43, 46, 49 y 107; N.º 1417-2005-PA/TC F.J. 2; N.º 1417-2005-PA/TC F.J. 27. b; N.º 1417-2005-PA/TC, F.J. 13-19; N.º 1417-2005-PA/TC, F.J. 3-5; N.º 0034-2004-AI/TC F.J. y 0007-2005-AI/TC, F.J. 121.

⁷⁵ Corte Constitucional Colombiana, Sentencias T-395 del 3 de agosto de 1998, T-389 del 17 de abril de 2001 y T-576 del 16 de julio de 2003, entre otras. En Restrepo Ospina, A. M. *Acercamiento conceptual a la dignidad humana y su uso en la Corte Constitucional colombiana* [en línea] <<http://tesis.udea.edu.co/dspace/bitstream/10495/1982/1/Aceramiento%20conceptual%20a%20la%20dignidad%20humana%20y%20su%20uso%20en%20la%20Corte%20Constitucional%20en%20Colombia.pdf>> [Consulta: 8 de octubre de 2015]

⁷⁶ STC español 53/1985, fundamento 8.

no puede ser objeto de ofensa y humillaciones en atención que ésta es un fin en sí misma y bajo ninguna circunstancia puede ser rebajada ni siquiera excepcionalmente, por lo que no puede ser pasible de ningún tipo de vejación. Por otra parte, la vertiente positiva o dinámica viene dada por el pleno desarrollo de la personalidad de cada individuo, lo cual supone, el reconocimiento de la total autodisponibilidad, sin interferencia o impedimentos externos de las posibilidades de actuación propias de cada hombre desde todos sus ámbitos; y la autodeterminación que surge de la libre proyección histórica de la razón humana⁷⁷.

Partiendo de esto último, el desarrollo pleno de cada persona será digno de ella, cuando son respetados íntegramente los requerimientos propios de su naturaleza, entre ellos la reproductiva (física), así como la emocional, y espiritual⁷⁸. Desde esa línea argumentativa la relación entre dignidad y reproducción se origina en la propia exigencia humana de perpetuación de la especie, donde conformaría parte del pleno desarrollo de la personalidad la total autodisponibilidad de las posibilidades de actuación propias de cada hombre y mujer.

De ese modo, el Ordenamiento Constitucional ha concebido un sistema de protección de los individuos, de su dignidad y de sus derechos, siendo su función primordial el garantizar y favorecer el desarrollo integral, que abarca todas las manifestaciones del hombre, entre ellas la reproducción. Ésta protección permite la defensa de ámbitos de decisión internos y personales, como la formación de una familia, el

⁷⁷ Pérez Luño, J.A. *Derechos Humanos, Estado de Derechos y Constitución*. Madrid: Tecnos, 1986. Pág. 318

⁷⁸ En el orden físico y biológico, que corresponde a la existencia natural de la persona, derivarían el derecho a la vida e integridad física, a contraer matrimonio y fundar una familia (derecho a reproducirse), a llevar una existencia digna, a usar y disponer los bienes necesarios para estos fines; en el orden psíquico abarca la actividad espiritual, intelectual y moral del hombre destacando el derecho a la libertad de conciencia, de religión, de libre expresión de opinión, a la educación, etc.; en el ámbito de la vida social, el derecho a la seguridad social, al trabajo y su remuneración a la libertad física o de tránsito, a la inviolabilidad de su intimidad, a la libre asociación en todos aspectos, entre otros.

tener un hijo, determinar el número de hijos, casarse, permanecer en soltería, etc. En tal caso la dignidad “*se manifestaría singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida humana y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás*”⁷⁹, lo cual avala el desarrollo de todas las potencialidades y posibilidades de cada identidad individual, incluidas las proyecciones reproductivas y familiares, tomando en cuenta que los medios naturales de la reproducción, evitando cualquier tipo de instrumentalización de la persona, ya que al ser un fin en sí mismo, no cabría un reproducirse a toda costa o precio.

Que, como lo señalado en los acápite anteriores, los cambios culturales y de políticas demográficas, el desarrollo sostenible de las economías en vías de desarrollo promovió el reconocimiento de los derechos reproductivos, aunque no de manera tan explícita como se ha visto *ut supra*. La protección del derecho a la reproducción se vio ligada a la dignidad misma, ya que ninguna persona podría ser sometida a ningún trato vejatorio producto de las políticas demográficas⁸⁰ y económicas ni tampoco limitar su libertad de autodeterminación reproductiva, lo cual sólo puede decidir el propio titular, ya que afecta su esfera más privada (su proyecto de vida).

Entonces, concluyo que la conexión entre la dignidad y el derecho a la reproducción se encontraría en sus dos facetas, la positiva y negativa, especialmente en la libertad de autodeterminación reproductiva, ya que la decisión de procrear tiene efectos no sólo en la vida particular de la persona, sino que se proyecta en el futuro a terceros, esto es los hijos y la familia. La protección de este espacio íntimo, libre y persona para decidir cuándo, cómo o con quién

⁷⁹ STC español 53/1985, del 16 de abril de 1985, se pronuncia sobre el derecho a la reunión y las condiciones de su ejercicio por parte de extranjeros, sin embargo, he extraído los razonamientos e ideas relacionados con la dignidad que son aplicables a la presente investigación.

⁸⁰ En el caso peruano, la política de esterilizaciones llevadas a cabo en poblaciones rurales de la sierra en el gobierno de Alberto Fujimori.

procrear o no hacerlo, es una cuestión relacionada con la dignidad y la naturaleza humana, que encuentra protección en la Constitución. Donde el mandato de prohibición de instrumentalización de las personas se manifiesta en sus ambas vertientes, tanto la persona misma no puede cosificarse o cosificar a terceros para el anhelo natural de su perpetuación de su especie, ni el Estado puede limitar dicho derecho como si de las personas se tratasen de ganado a esterilizar.

A.3. Validez de la norma implícita de derecho fundamental

Sosa Sacio⁸¹ señala que el carácter abstracto, abierto, de las disposiciones positivadas que reconocen derechos, plantea innumerables quebraderos de cabeza al momento de determinar su significado y alcance. Ahora bien, si esto ocurre con normas explícitas, entonces, cuán difícil será determinarlo para los derechos implícitos, más aún cuando el vertiginoso desarrollo tecnológico ha creado un sinfín de posibilidades tal como ocurre en el derecho a la reproducción y las TERAS.

El autor sostiene que, en el caso de los derechos explícitos, existen niveles para el reconocimiento de normas de derecho fundamental, siendo el primero la determinación de las normas directamente instituidas, es decir, el sentido interpretativo que se desprende inmediatamente y sin mayor esfuerzo hermenéutico. En caso no sea posible, se hará referencia a las normas adscritas a enunciados constitucionales⁸².

En los derechos no enunciados, como el derecho a la reproducción, resulta un poco más difícil explicitar su contenido, toda vez que no existe un enunciado positivo. El autor, citando a Alexy, “*no bastaran los argumentos*

⁸¹ Sosa Sacio, M. *Óp. cit.* Pág. 117.

⁸² Para un mayor estudio vid.: Alexy, R. (1997). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centros de Estudios Constitucionales.

*institucionales vinculados a la autoridad del Derecho positivo, pues precisamente se tratan de derecho sin reconocimiento normativo expreso*⁸³, ganando fuerza los argumentos sustantivos derivados de la corrección de su contenido. Entonces, se arriba a la conclusión que el criterio especificador de los derechos implícitos es la corrección de contenido. Es así que, desde esta perspectiva queda proscrita el derecho a reproducirse entendido como un deseo desmedido de conseguir la prole por cualquier medio tecnológico posible, y que incluso el Estado pueda financiar dichos tratamientos como las TERAS.

De ese modo, el derecho a la reproducción deberá tener una corrección de contenido. Así la doctrina entiende por correcto aquello que es justo; Alexy realiza el siguiente razonamiento, que lejos de críticas nos parece para la presente investigación el más correcto, *“quien afirma que algo es justo afirma siempre, al mismo tiempo, que es correcto. Quien afirma que algo es correcto, da a entender que es fundamental. De este modo, la justicia como corrección conduce, directamente, a la justicia como fundamentalidad”*⁸⁴. Es así que, la argumentación de la existencia del derecho a procreación se basará en una razón de justicia que viene dada por la dignidad de la persona, que se basa indiscutiblemente en su naturaleza, la cual se manifiesta dentro de los anhelos internos de perpetuar la especie, pretensiones que deben ser acogidos y reguladas en específico por el Derecho y no quedarse en simples declaraciones, como las dadas por ejemplo por el Tribunal Constitucional.

Ampliando este concepto, Bernal Pulido⁸⁵ sostiene que *“toda concreción de derechos fundamentales se presente a sí misma como una decisión correcta que pretende ser*

⁸³ Sosa Sacio, M. *Óp. cit.*. Pág. 117.

⁸⁴ *Ibíd.*

⁸⁵ Bernal Pulido, C. *“El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador”*. Madrid: Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. Pág. 58.

reconocida de este modo, no solo por provenir de la jurisdicción constitucional, sino ante todo por estar respaldada por una fundamentación correcta". Desde esta óptica, pienso que la correcta fundamentación de los derechos, en especial del derecho a la reproducción, se encuentra en los valores enunciados por el art. 3 de la Constitución, con lo cual se evitarían, como lo he señalado anteriormente, derechos privados de contenido que respondan pretensiones subjetivas y argumentaciones antojadizas, discrecionales, aparentes o falaces⁸⁶. Para lo cual el neo derecho deberá hundir sus fundamentos en estos criterios para ser considerado como un derecho con pretensión de corrección. De tal modo se deberá acudir al núcleo del neo derecho a la reproducción, delimitado objetivamente por la naturaleza humana, en tal sentido, asumo lo expresado por Massini al sostener que *"existe en el Derecho un núcleo último de juridicidad no construida por la razón o convención humanas, cuyo resguardo compete en especial a los juristas, y que se funda en la dignidad humana, para cuya realización práctica existe el derecho"*⁸⁷.

Por lo tanto, desde éste punto de vista, el derecho a la procreación sería una norma válida del ordenamiento constitucional, toda vez que la pretensión de justicia tiene como basamento indiscutible la dignidad humana y la protección que de ésta se deriva al ser una pretensión que obedece a un interés humano relevante, como es la reproducción. La cosa justa, vendría a ser dada por el bien jurídico de reproducirse respetando el orden natural de las cosas, con lo que se llevaría a cabo el fin de la norma constitucional, que es el desarrollo integral de las personas

⁸⁶ En tal sentido Massini expresa que *"la fundamentación completa y suficiente de un núcleo de indisponibilidad en el derecho, ha de revestir carácter objetivo, en el sentido, de remitir a una realidad completamente otra respecto del sujeto (...) hablar de objetividad en sentido fuerte hace referencia al conocimiento de algo propio o inherente al objeto mismo y por esta misma razón, independiente e indisponible por el sujeto"*. En Massini Correas, C. *El derecho natural y sus dimensiones actuales*. Buenos Aires: Editorial Abaco de Rodolfo de Palma, 1988. Pág. 124

⁸⁷ *Ibíd.*

las cuales son vistas como un fin en sí mismo y no un medio por el cual se pueda obtener el fin reproductivo.

B. Criterios doctrinales de reconocimiento de los derechos implícitos

En los apartados precedentes he analizado el derecho a la procreación desde la estructura interna de los derechos fundamentales, concluyendo su existencia y configuración. Ahora será conveniente determinar cómo encaja éste neo derecho desde los criterios expuestos por la doctrina, toda vez que no se pueden enunciar nuevos derechos basados solamente en criterios pre-jurídicos como la naturaleza o especie humana y su reivindicación. Dentro de los criterios tenemos⁸⁸:

B.1. Fundamentalidad

El requisito exige que el derecho implícito deberá tener sustentos que lo hagan fundamental, no obstante, cabría determinar qué hace a un derecho fundamental o qué se entiende por fundamental. Sosa Sacio⁸⁹, expone algunas posturas de las cuales se puede predicar la fundamentalidad de los derechos implícitos. Señala que, si se partiera que la fundamentación de los derechos tuviese asidero solo en el Derecho natural o el consuetudinario o las demandas sociales, implicaría aceptar que pueden existir derechos sin respaldo constitucional, un claro ejemplo el matrimonio entre homosexuales o la adopción de niños por parte de éstos. Si se quisiese dar a estos bienes jurídicos los mecanismos de tutela de los derechos constitucionales, tendría que recurrirse a criterios *extra constitutionem* o *contra constitutionem* para su defensa y definición de contenido. Ahora bien, por tal motivo la fundamentalidad de los derechos se deberá predicar desde la misma Carta Constitucional.

⁸⁸ Para tal efecto véanse los trabajos de Carpio Marcos, E. *Óp. cit.*; y Sáenz Dávalos L., *Óp. cit.*

⁸⁹ Sosa Sacio. *Óp. cit.* Pág. 121.

En el caso peruano, la fundamentalidad de los derechos se puede predicar desde la misma cláusula del art. 3 de la Constitución, al consagrar los principios de dignidad humana, soberanía popular, Estado social y democrático de Derecho y forma republicana de gobierno que en sí son los principios rectores que inspiran no sólo a los futuros derechos implícitos sino a la Carta Fundamental misma, recogiendo con corrección de justicia exigencias venidas de la moral, del derecho natural y algunas reivindicaciones sociales.

Desde este punto de vista, el derecho a la procreación basa su fundamentalidad, como lo he expresado en los apartados anteriores, en la dignidad humana, por lo cual no supone un derecho nacido de una convención social o de cualquier pretensión subjetiva, siendo merecedora de la protección constitucional a través de los mecanismos allí establecidos, lo cual será preponderante al momento de determinar su contenido, como se verá más adelante.

B.2. Especificad y singularidad normativa

Se hace referencia a la estructura y alcances que debe tener todo derecho implícito que se reconozca. Puede ocurrir que, al momento de explicitar el derecho, se haga de manera desordenada por lo que es necesario establecer algunas pautas para determinar su extensión.

En primer término, el derecho implícito debe tener una estructura de un derecho fundamental, es decir, hacer referencia a las proposiciones que protege, en tal sentido, será necesario explicitar el titular o titulares del derecho, el sujeto o sujetos obligados en la relación iusfundamental a proteger y el objeto o mandato específico que obliga dicho derecho. De éste será posible saber si los nuevos derechos declarados como auténticos derechos fundamentales en manos del juez común o constitucional, son tal y no meros *flatus vocis* o como los denomina Gustini “*derechos de papel*”⁹⁰.

⁹⁰ Gustini, R. *Derechos. Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*. Barcelona. Págs. 185-186.

En segundo término, sobre los alcances del derecho, al concretizarlos el operador jurídico no deberá hacer alusión a ámbitos demasiado particulares o detallados concerniente al objeto del derecho. Alexy sostiene que se deberán describir supuestos de hechos protegidos de modo relativamente general, como ocurre en la estructura de los derechos expresos⁹¹.

Desde los puntos acotados, la estructura del derecho a la reproducción se encuentra claramente delimitada por la doctrina, es así que el titular del derecho será para algunos el individuo y para otros la pareja, al respecto volveré a este punto en el apartado correspondiente. Por otro lado, los sujetos obligados en la relación iusfundamental vendrían a ser el Estado y la sociedad misma, quienes verían delimitado su actuación a través del contenido positivo y negativo del derecho; y finalmente el mandato constitucional estribaría en la protección irrestricta del bien humano de la reproducción humana, evitándose conductas que lo restrinjan. Respecto a los alcances del derecho, este vendría dado por el contenido del derecho donde se desarrollan los ámbitos generales de protección y sus alcances, los cuales serán analizados en su oportunidad. Sobre este punto, en la definición dada por el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Exp. N° 02005-2009-PA/TC, no se ha especificado la titularidad del derecho, ni mucho menos se han establecido las funciones del Estado, simplemente se han limitado a señalar escuetamente su contenido “*la libertad para poder decidir como ser racional, con responsabilidad, sobre: 1) el momento adecuado u oportuno de la reproducción; 2) la persona con quién procrear o reproducirse, y 3) la forma o método para lograrlo o impedirlo*”⁹². Sorprende que, en el caso citado, no se haya hecho un desarrollo del derecho a la reproducción, lo cual hubiese coadyuvado en la fundamentación jurídica respecto del Anticonceptivo Oral de Emergencia.

⁹¹ Alexy, R. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centros de Estudios Constitucionales, 1997. En Sosa Sacio. *Óp. cit.* Pág. 124.

⁹² Vid. F.J. 6.

B.3. Conformación o adecuación constitucional

El contenido del derecho fundamental explicitado debe estar conforme con la Constitución, por lo que no deben tratarse de contenidos que se encuentren proscritos por el ordenamiento constitucional, es decir, que no sólo no sean contrarios a la dignidad humana y no obedezcan a reivindicaciones personales, sino que además no se opongan a la *Lex Suprema*. Una norma explicitada no tendrá conformación constitucional cuando: a) exista una disposición que indubitablemente se oponga; b) cuando las disposiciones legales cuya constitucionales estén fuera de duda y c) el contenido no sea contrario a las interpretaciones judiciales vinculantes.

Respecto al primer punto, si el contenido explicitado es contrario a una disposición constitucional explícita se deberá descartar *a limine*. Esta disposición no limitaría la existencia de algún ámbito de acción o expectativa humana no reconocida formalmente, sino que preconiza el principio de Supremacía Constitucional en el sentido que cualquier mandato, prohibición, excepción e inclusive una declaración⁹³ de la cual se desprenda una imposibilidad absoluta de considerar al derecho explícito como nuevo derecho fundamental, bastará para ser descartado. Es así que no cabría reconocer como nuevos derechos, aquellos que nieguen el disfrute o la existencia total o parcial de otros derechos ya reconocidos.

Y, ¿qué sucedería en el caso que el neo derecho no sea contrario a una norma constitucional, no obstante, su contenido o alcances colisiones con otro derecho? La doctrina señala que tal aparente conflicto deberá resolverse en atención al principio de ponderación de derechos, por lo que el aparente conflicto de derechos no es óbice para la negación del derecho explicitado.

⁹³ Sobre el particular se hará referencia a aquellas disposiciones que de modo indubitable sean contrarios a los nuevos derechos a explicitar, es decir, son aquellos contenidos que proscriban expresamente tal o cual neo derecho, sin necesidad de realizar una interpretación del enunciado.

En el caso que nos ocupa, si se analiza el contenido objetivo⁹⁴ del derecho a la procreación, no existe una contradicción con algún mandato expreso de la carta constitucional, por el contrario, éstas vienen a completar y fundamentar su contenido, por lo que se cumple con éste primer requisito. Para tal efecto me remito al acápite correspondiente, donde se analizará el contenido del derecho a la reproducción.

Sobre el segundo criterio, hay que partir del hecho que las leyes provenientes de legislador se encuentran recubiertas de una presunción de constitucionalidad, por lo que para el reconocimiento de un nuevo derecho no bastará simplemente que exista una ley en contra (la cual puede ser material o formalmente inconstitucional). En tal caso para frenar la construcción del neo derecho la norma deberá ser indubitablemente válida. Con Sosa Sacio creo que *“la constitucionalidad [de las normas] esta[n] fuera de duda[s] por ejemplo, aquellas que desarrollan (o reproducen) disposiciones expresas y claras de la Constitución, normas cuyo constitucionalidad ha sido ratificada por el Tribunal Constitucional en proceso de inconstitucionalidad o tratados internacionales de derechos humanos”*⁹⁵. De ese modo, el contenido de las normas indubitablemente constitucionales puede limitar la explicitación de bienes iusfundamentales no enumerados. En el caso del derecho a la procreación, no existe una norma expresa que se oponga a su existencia, toda vez que no ha sido desarrollado legislativamente. Sin embargo, será merecedora de análisis el art. 7 de la Ley General de Salud en la cual propugna el derecho al uso de las TERAS, para lo cual me remito al acápite respectivo.

Por último, el criterio referido a la jurisprudencia vinculante de Tribunal Constitucional. Es la propia Constitución que dota al Tribunal Constitucional con la facultad de ser su Supremo Intérprete, en ese sentido véanse

⁹⁴ Sobre si las TERAS forman parte del contenido del derecho a la procreación, me ocuparé en el acápite respectivo, volviendo a tomar el tema de su colisión con otros derechos.

⁹⁵ Sosa Sacio. J. *Óp. cit.* Pág. 128.

el art. 201 de la carta magna que lo denomina “*órgano de control de la Constitución*” y el art. 1 de su Ley Orgánica lo reconoce además como “*el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad*”. En ese orden de ideas, el Tribunal será competente, como todos sabemos, para conocer en última instancia los procesos de amparo y habeas corpus e instancia única los procesos de inconstitucionalidad y contienda de competencia de las diferentes entidades del Estado, por lo que se pronunciará, mediante sentencias, de los contenidos interpretativos jurídicamente ajustados a la Constitución. No obstante, todos sus pronunciamientos no tienen carácter vinculante, sino aquellos que puedan provenir de las resoluciones que constituyan doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional (art. VI del título preliminar del Código Procesal Constitucional), precedentes vinculantes en los alcances normativos precisados por el Colegiado (art. VII de la norma citada) y las sentencias de inconstitucionalidad en los extremos que constituyan *ratio decidendi* (art. 82 de la norma citada). De tal modo, que al ser los contenidos interpretativos de una sentencia parte de los derechos fundamentales, toda vez que lo desarrollan y precisan, también pueden limitar la existencia de los derechos implícitos, cuando sean manifiestamente contrarios a dichas interpretaciones y no puedan ser salvados por el test de ponderación de derechos. Como lo señalado líneas arriba, hasta la fecha no existe un pronunciamiento del Tribunal constitucional sobre el derecho bajo análisis, ni mucho menos de la jurisprudencia revisada exista alguna disposición que se oponga a él.

Del análisis antes propuesto, puedo propugnar la existencia y explicitación de un derecho a la procreación autónomo, el cual puede ser invocado en base a la dignidad de la persona basado en su legítima aspiración a la perpetuación de la especie y desarrollo de su proyecto de vida el cual es merecedor de un futuro desarrollo legislativo y por supuesto de protección constitucional. Por su parte, Morán de

Vicenzi⁹⁶ es de la idea que el derecho a la reproducción no existe como tal, y se trata de una simple facultad o manifestación proveniente del libre desarrollo de la personalidad, lo cual disiparé en el siguiente acápite a fin de poder tomar una postura.

2.3. Derecho a la reproducción como contenido de un derecho reconocido (derecho al libre determinación de la personalidad)

2.3.1. El libre desarrollo de la personalidad en el constitucionalismo contemporáneo

En el presente acápite esbozaré de modo breve la evolución del libre desarrollo de la personalidad en el constitucionalismo contemporáneo, lo que permitirá más adelante poder determinar su relación con el derecho a la reproducción y el uso de las TERAS.

Las Constituciones contemporáneas, al momento de regular el derecho al libre desarrollo de la personalidad toman como parangón o referente próximo⁹⁷ el art. 2.1 de la Ley Fundamental de Bohn la que estipula que “[t]oda persona tiene el derecho al libre desarrollo de su personalidad siempre que no viole los derechos de otros ni atente contra el orden constitucional o la ley moral”. La jurisprudencia teutona es muy rica al respecto. A través

⁹⁶ Morán De Vicenzi, C. *El concepto filiación en la fecundación*. Lima: Ara Editores, 2004. Pág. 162.

⁹⁷ Se puede citar un referente aún más antiguo en la Constitución italiana de 1947 la cual fue la primera en incluir en su texto dos artículos donde expresamente se menciona el libre desarrollo de la personalidad y su importancia, siendo inclusive anterior a la Declaración Universal de los Derechos Humanos. El art. 2 señala que “[l]a República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, tanto en cuanto tal como en las formaciones sociales donde aquél desarrolla su personalidad y exige el cumplimiento de los deberes inderogables de la solidaridad política, económica y social”. En esta norma, el legislador italiano reconoce, por un lado, como inviolables los derechos sociales y colectivos de las personas, además de tomar como medio a la sociedad para el desarrollo de la personalidad de los ciudadanos y además impone deberes a los individuos para con la sociedad, a manera de contraprestación de los primeros respecto a la segunda. Por lo cual, concluyo entonces, que el contenido de esta norma gira en torno a la ineludible relación entre el individuo y la sociedad, toda vez que el Estado procura el desarrollo personal como fin primordial”. En Miranda Bobadilla, H. *La dignidad humana en la jurisprudencia de la corte constitucional italiana*. Revista de Ciencias Jurídicas, N°119. Pág 46.

del Tribunal Federal Alemán, se han emitido un sinnúmero de pronunciamientos⁹⁸ que han desarrollado el contenido y limitaciones del derecho *sub analise*. Puedo citar la histórica sentencia conocida como el caso Elfes (Sentencia –1 BvR 253/56)⁹⁹. En ella el Tribunal Federal Alemán sostuvo que sólo es posible el respeto a la esfera interna de la persona siempre y cuando se permita su exteriorización, es decir, que la voluntad interna se traduzca en la dación de sus propias reglas de vida, de tal modo que, no será posible predicar su salvaguarda sino se permite su materialización en la esfera externa del comportamiento humano¹⁰⁰. De ese modo, se estipuló como núcleo irreductible de este derecho a la libertad general de actuar, que como verá más adelante tiene un carácter residual, regulando aquellas libertades que no se encuentran recogidas en los catálogos de derechos fundamentales de las constituciones modernas. Así mismo se estableció como limitación a este derecho el respeto a los derechos de terceros, que no se violen las buenas costumbres y además que su limitación tenga fundamento en el orden constitucional¹⁰¹.

El derecho Constitucional español, tiene la particularidad de enunciar el derecho al libre desarrollo de la personalidad como un

⁹⁸ Para un mayor abundamiento véase Schwabe, J. (Compilador). (2009). *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán: Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe*. Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2009. Págs. 56-114.

⁹⁹ En 1953 Wilhelm Elfes solicitó la renovación de su pasaporte ante las autoridades respectivas en Mönchengladbach, ésta le fue negada el 6 de junio de 1953, con base en el §7, párrafo 1, lit. a, de la ley sobre pasaportes del 4 de marzo de 1952, sin justificación alguna. En Schwabe, J. *Óp. cit.*

¹⁰⁰ “Con el concepto de “libre desarrollo de la personalidad”, la Ley Fundamental quiso significar no sólo el desarrollo al interior del núcleo de la personalidad humana –que distingue la esencia del ser humano como una persona de carácter moral y espiritual–, sino también en su conducta externa. De otro modo, no sería comprensible que el desarrollo al interior de este núcleo interno pudiese ir en contra de las buenas costumbres, los derechos de otro o incluso en contra del orden constitucional de una democracia libre. Precisamente esta restricción impuesta al individuo, como miembro de la sociedad, señala antes bien, que la Ley Fundamental en el Art. 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental se refirió a la libertad de actuar en sentido amplio”. En: Tribunal Federal Alemán, Sentencia –1 BvR 253/56– punto resolutivo A, 16 de enero de 1957.

¹⁰¹ *Ibíd.*, punto resolutivo B.

principio¹⁰² irradiador de toda la Constitución. El art. 10.1 de la Constitución española dispone que “[l]a dignidad de la persona, lo derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”. Tal como se encuentra redactado el artículo, en la práctica los ciudadanos españoles no podrán invocar directamente la lesión de éste derecho vía amparo. Por lo que, el libre desarrollo de la personalidad, en su calidad de principio, sólo podría invocarse como refuerzo de un derecho fundamental específico que haya sido lesionado, y no de manera independiente. De ese modo, comparto la opinión de Canosa sobre el particular, “[l]a invocación al libre desarrollo de la personalidad sirve como pauta interpretativa en la medida en la que el ejercicio del derecho fundamental conecta más estrechamente a tal desarrollo”¹⁰³.

Por su parte, en el derecho nacional, el derecho al libre desarrollo de la personalidad no ha sido recogido expresamente por la actual Constitución, como sí lo estuvo, en su momento, en la de 1979 cuyo art. 2 inc. 1 señala que “*toda persona tiene derecho a la vida, a un nombre propio, a la integridad física y al libre desenvolvimiento de su personalidad*”. Si bien es cierto, que no existe una regulación expresa, en la actual Carta Fundamental en el art. 2. inc.1 se puede apreciar un atisbo de dicho derecho cuando se señala que “*toda persona tiene derecho a la vida, a la identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y*

¹⁰² En las constituciones contemporáneas al libre desarrollo de la personalidad se le ha dado distinto tratamiento, según sea el caso. Así existen tres “regulaciones” al respecto. En primer término, existen constituciones que lo han recogido como un derecho constitucional, para tal caso véase la Ley Fundamental de Bohn de la República Federal Alemana (numeral 2, primer párrafo), la Constitución de Colombia (art. 16), la anterior constitución de Grecia de 1972 (art. 5.1), la de Portugal (art. 26.1), la de Venezuela (art.20), la Paraguay (art. 25), entre otros. En otro grupo encontramos a aquellas que la han recogido como principio constitucional, destacan el caso de la Constitución de España (art. 10.1), la italiana (art. 2 y 3). Finalmente, en el tercer grupo están las Cartas Magnas que no la han regulado de manera explícita, ni como principio rector ni como derecho fundamental, es decir, se encuentra reconocido a través de formulaciones explícitas realizadas por sus órganos constitucionales; entre ellas ubicamos aquí la Constitución del Perú, Costa Rica, Bolivia, Chile y México.

¹⁰³ Canosa Usera, R. *El derecho a la integridad personal*. España: Editorial Lex Nova, 2006. Pág. 88.

bienestar”, el cual será objeto de explicitación por parte de los tribunales competentes a fin de regular su contenido, desplegar sus efectos y establecer sus limitaciones.

En el ámbito jurisprudencial, el desarrollo del derecho *sub analise*, me atrevo a decir conjuntamente con Sosa Sacio¹⁰⁴, ha tenido tres estadios o etapas, las cuales explicaré a continuación:

- a) En la primera de ellas, el Tribunal Constitucional sólo se limitó a señalar su existencia. De las sentencias revisadas, obsérvese que el libre desarrollo de la personalidad es concebido como un bien jurídico de gran preponderancia encontrándose vinculado con los derechos fundamentales recogidos en el catálogo de derechos respectivo¹⁰⁵
- b) En una segunda fase, el estudio es mucho más profundo. En esta etapa, el Tribunal Constitucional considera al libre desarrollo de la personalidad como un verdadero derecho constitucional, señalando que se trata de una libertad humana genérica, es decir, que todas aquellas libertades que no se encuentran expresamente reguladas en Constitución pueden reducirse a ésta y encontrar su protección¹⁰⁶.
- c) Finalmente, la tercera etapa, se encuentra referida al reconocimiento del derecho al libre desarrollo como derecho fundamental, es decir además de delimitar sus alcances y contenido, se precisó que se trataba de un derecho constitucional no enumerado¹⁰⁷. El Supremo Intérprete de la Constitución, va un paso más allá al de la STC N° 0007-2006-PI/TC, ya que no sólo regula el contenido del derecho, sino que además define su objeto, siendo esta la conducta humana, la cual se manifiesta a través de la libertad general de actuación, sin que exista la necesidad que esté dirigida al desarrollo o bienestar, es decir, la conducta humana se protege en su sentido objetivo, por el simple hecho de derivar

¹⁰⁴ Sosa Sacio, J. *Óp. cit.* Págs. 140-144.

¹⁰⁵ Vid. STC Exp. N° 0895-2001-AA/TC, Exp. N° 03046-2007-PHC/TC, Exp. N° 0976-2001-AA/TC

¹⁰⁶ Vid. STC Exp. N° 2868-2004-AA/TC.

¹⁰⁷ Vid. STC Exp. N° 0007-2006-PI/TC

de la persona. Al parecer, con esta sentencia, se amplía el campo de protección, ya que si con la sentencia anterior, se limitaba solo protección a las conductas que fueran fructíferas al desarrollo intrapersonal, ahora se refiere a toda conducta humana sin distinción, existiendo más que las limitaciones establecidas por la Constitución y la Leyes.

Ahora bien, después de haber analizado brevemente el íter jurídico-histórico del derecho al libre desarrollo de la personalidad, será necesario pues, conceptualizar dicho derecho a fin de poder determinar si el derecho a la reproducción puede calzar dentro de éste macro-derecho.

2.3.2. Concepto

Como ya lo he expresado, el derecho al libre desarrollo de la personalidad no se encuentra recogido expresamente en nuestra Carta Constitucional, siendo un derecho objeto de desarrollo por parte de la doctrina jurisprudencial nacional, en base a la Teoría de los Derechos Implícitos, que como he analizado, ha determinado el contenido, límites y alcances del derecho en la medida en que cada caso recurrido antes sus altas instancias¹⁰⁸. Sin embargo, en el ínterin de desarrollo y explicitación de referido derecho, el Tribunal Constitucional no ha enunciado un concepto que lo abarque, como sí ha ocurrido, por ejemplo, en el caso de la jurisprudencia constitucional de Colombia.

En este punto, es preciso señalar que doctrinalmente no existe una definición del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Así, nos lo recuerda Marrades al señalar que *“no existe una clara definición de libre desarrollo de la personalidad, especialmente una definición jurídica, ya que en el concepto de personalidad confluyen factores extra jurídicos tanto psicológicos como éticos”*¹⁰⁹. Como explica la autora, la complejidad del concepto se basa principalmente en lo que se entiende por personalidad, es decir, que si bastará la personalidad jurídica contenida en la ley

¹⁰⁸ Vid. STC N° 0895-2001-AA/TC; N° 03046-2007-PHC/TC; N° 2868-2004-AA/TC, N° 0007-2006-PI/TC entre otras.

¹⁰⁹ Marrades Puig, A.I. *Luces y sombras del derecho a la maternidad: Análisis jurídico de su reconocimiento*. Valencia: Editorial Universitat de Valencia, 2003. Pág. 83.

común o el Derecho se agenciará de ciencias auxiliares como la psicología o la antropología para definirla, no obstante esto no es materia de la presente investigación¹¹⁰.

Partiendo desde la premisa acotada, tendré que construir un concepto de derecho al libre desarrollo de la personalidad en base a los pronunciamientos de la jurisprudencia comparada, ya que la jurisprudencia nacional es muy pobre al momento de emitir definiciones conceptuales. Para tal efecto, basaré las siguientes notas en los pronunciamientos realizados por Corte Constitucional de Colombia¹¹¹.

Como ya lo mencionado, el primer esbozo de conceptualización del derecho al libre desarrollo de la personalidad fue realizado por el Tribunal Constitucional Federal Alemán, quien a través de la sentencia BverfGE 253/56¹¹² lo definió como una “*libertad general de acción*” estableciendo que este derecho es el “*ámbito último de la libertad humana*”¹¹³. En la sentencia citada, se establece por primera vez una aproximación conceptual del derecho *sub analise*, definiéndolo como una libertad general de actuación¹¹⁴. No obstante, no nos brinda más alcances sobre dicho concepto, sino que se centra en desarrollar las limitaciones que debe tener esa libertad y la actuación del Estado¹¹⁵.

¹¹⁰ Para un mayor análisis vid. Moral Ferrer, A. El libre desarrollo de la personalidad en jurisprudencia constitucional Colombia. *Cuestiones Jurídicas Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta*, VI, N°2. Pág. 69.

¹¹¹ He basado las siguientes notas en el trabajo de Moral Ferrer, A. *El libre desarrollo de la personalidad en jurisprudencia constitucional Colombia*. *Cuestiones Jurídicas Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta*, N° VI. Pág. 2

¹¹² Esta sentencia es conocida como el caso Wilhelm Elfes. Éste ciudadano alemán solicitó la renovación de su pasaporte ante las autoridades respectivas en Mönchengladbach, lo cual fue denegado el 6 de junio de 1953, con base en el §7, párrafo 1, lit. a, de la Ley sobre pasaportes del 4 de marzo de 1952, sin justificación alguna, razón por la cual interpone un recurso de amparo.

¹¹³ Tribunal Federal Alemán, Sentencia –1 BvR 253/56– punto resolutivo A y B, 16 de enero de 1957.

¹¹⁴ Donde tienen asideros todas aquellas manifestaciones no reguladas por los demás derechos.

¹¹⁵ En ese sentido, la citada sentencia señala “*con el concepto de “libre desarrollo de la personalidad”, la Ley Fundamental quiso significar no sólo el desarrollo al interior del núcleo de la personalidad humana –que distingue la esencia del ser humano como una persona de carácter moral y espiritual–, sino también en su conducta externa. De otro*

Caso distinto, es el suscitado en la jurisprudencia constitucional colombiana, en la sentencia T-222/92 por primera vez la Corte Constitucional propuso una aproximación al concepto de libertad general, entendida como la facultad que toda persona tiene para hacer o no hacer lo que considere conveniente, inscribiéndose en el amplio campo de la libertad y en todas aquellas manifestaciones en que el ser humano se proponga realizar autónomamente las más diversas metas. De la misma manera, la sentencia C-1176/93 ratifica la idea contenida en la sentencia acotada, señalándola como la libertad que toda persona tiene de actuar o no según su arbitrio para lograr la realización humana, es decir, para adoptar la forma y desarrollo de vida que más se ajuste a sus ideas, sentimientos, tendencias y aspiraciones, sin más restricciones que las que imponen los derechos ajenos y el ordenamiento jurídico¹¹⁶. Sin embargo, dicho concepto es demasiado peligroso, toda vez que no establece una limitación a la actuación humana, la cual es calificada con un carácter de absoluto, entendiéndose como libertad general la facultad de realizar todo lo que se crea conveniente sin tener un parangón que lo limite como la Constitución y las leyes, el derecho de los terceros, la costumbre, la moral y las buenas costumbres. Concebida la libertad general de actuar de ese modo, se deja abierta la posibilidad de amparar cualquier deseo humano por irrisible o imposible que parezca, entre ellos, el derecho a tener un hijo al precio que sea.

De los pronunciamientos citados, me atrevo a definir al derecho al libre desarrollo de la personalidad como aquella libertad general que permite a las personas actuar de acuerdo a sus propias convicciones y reglas de comportamiento interno¹¹⁷, con el fin de alcanzar el desarrollo pleno de su vida teniendo como límite la

modo, no sería comprensible que el desarrollo al interior de este núcleo interno pudiese ir en contra de las buenas costumbres, los derechos de otro o incluso en contra del orden constitucional de una democracia libre. Precisamente esta restricción impuesta al individuo, como miembro de la sociedad, señala antes bien, que la Ley Fundamental en el Art. 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental se refirió a la libertad de actuar en sentido amplio”

¹¹⁶ Del Moral Ferrer, A. *Óp. cit.* Págs. 68-69.

¹¹⁷ Villalobos Bobadilla, K. *El libre desarrollo de la personalidad como fundamento universal de la Educación. (Obra colectiva)*. San José de Costa Rica: CNPPPK-UNFPA, 2011. Pág. 141.

dignidad humana, así como la naturaleza de las cosas, la constitución las leyes, la moral y buenas costumbres.

2.3.3. La libertad reproductiva

Hay que partir del hecho que en la reproducción humana las personas crean un ámbito de actuación íntima, en la que se encuentra implicada la voluntad derivada de la autonomía, que diferencia de los seres irracionales, no es producto de los instintos, sino que se encuentra ajustado a la razón, lo que implica que los hijos son consecuencia, en la mayoría de los casos, de la decisión responsable de los padres, en consonancia de su propia situación personal y familiar.

La procreación se muestra como un acto racional y voluntario, por lo que la configuración de este derecho se manifiesta como una libertad, es decir, como una facultad de todas las personas para autodeterminarse en esta materia; para decidir no sólo el número de hijos que desean tener¹¹⁸, sino el hecho mismo de procrearlos o no. No obstante, no debemos olvidar que este acto voluntario no puede ser ejercitado de manera omnímoda e ilimitada, poniendo al ser humano como un simple objeto para la consecución de fines que, aunque sean válidos, deben atenerse a la naturaleza de las cosas. Por tal motivo, no puedo coincidir con lo sostenido por Gómez Sánchez cuando señala que *“en materia de reproducción asistida, además, el acto procreativo no deriva de la relación sexual, es en sí mismo y directamente un acto de autodeterminación y autonomía del sujeto (...) El derecho a la reproducción así entendido comprende una vertiente positiva que permite decidir libremente, si no se encuentra limitado sus derechos por otro motivo, sobre su reproducción, y una vertiente negativa, que le habilita a no reproducirse”*¹¹⁹. El verdadero sentido de la reproducción deberá ser tomado como una decisión libre y consciente de optar por reproducirse, respetando la dignidad propia y de los terceros (pareja, esposo e inclusive el *nasciturus*)

¹¹⁸ Lo cual ha sido recogido en varios instrumentos citados *ut supra*.

¹¹⁹ Gómez Sánchez, Y. *El derecho de reproducción asistida*. Madrid: Marcial Pons, 1994. Págs. 48-51.

Todo esto se reduce a la adopción de una decisión, que viene a ser, la expresión racional de nuestra autonomía individual, que como se ha visto en el capítulo precedente, por el accionar del avance científico, los cambios sociales¹²⁰ (tales como la revolución femenina, la revolución sexual acaecidas en los años 80's) se perfila como un ámbito de desarrollo específico de la personalidad humana, que impone obligaciones al Estado y a terceros, siempre con el irrestricto respeto a la dignidad humana, evitando manipulaciones que afecten tanto a los procreadores como al fruto de su unión.

Lema Añón, citando a Larrea, señala que *“el respeto de esta libertad supone que el individuo pueda tomar sus decisiones familiares sin injerencia del Estado o de terceros, pero no supone reconocer un derecho subjetivo a tener descendencia”*¹²¹. Concuero con lo acotado, ya que el derecho a la reproducción no es un derecho al hijo, donde el sujeto pueda exigir al Estado como contraprestación su descendencia, lo cual cosificaría a la prole. Prosigue el autor, respecto a la cabida de este derecho dentro del derecho español, que *“(…) el mismo no encaja en la estructura legal del derecho subjetivo puesto que nadie puede ser constreñido a satisfacer el derecho de procreación de otra persona (…)* Por lo tanto, *la procreación no es un derecho, sino una simple libertad”*¹²². Ahora, bien concebir el derecho a la reproducción como una simple libertad jurídica no protegida o no definida expresamente, significa limitarlo a una simple perspectiva negativa, de tal modo que no nos permitiría amparar jurídicamente la protección de los intereses individuales y colectivos que hay en

¹²⁰ Como he anotado líneas arriba, la libertad general acoge a todas aquellas manifestaciones no reguladas expresamente en la Carta Fundamental. Empero, cabe señalar, que por ejemplo libertades tales como la de expresión, la de asociación, trabajo, religión, entre otras, tuvieron una regulación y atención especial en el Ordenamiento Constitucional debido a la coyuntura social que reclamaba la especial atención por parte del Estado, en parte por los abusos de éste o por parte de terceros. Es así que, propugnar la existencia de un derecho a la reproducción, actualmente tiene asidero, toda vez que el avance tecnológico en el campo reproductivo así lo reclama.

¹²¹ Lema Añón, C. *Óp. cit.* Pág. 154.

¹²² *Ibíd.*

juego, es decir, simplemente no constituiría un derecho subjetivo¹²³.

Como ya se ha visto, autores como Gómez Sánchez¹²⁴ defienden la postura que el derecho a la reproducción tiene como objeto exclusivo el derecho al hijo y las exigencias contraprestacionales relacionadas con este objeto. Sin embargo, han olvidado que el verdadero objeto del derecho es la libertad de elección de tener descendencia que puede traducirse tanto en actos de abstención del Estado así como el despliegue de una serie de políticas que la promuevan. Cítense las Observaciones Generales dictadas por el Comité de Derechos humanos, Órgano de vigilancia del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) Así pues, en la Observación General 19 señala que el derecho a la reproducción forma parte del derecho a fundar una familia, por lo que las políticas de planificación que adopten los estados no deben ser discriminatorias ni obligatorias¹²⁵. En ese mismo modo, la Observación General N° 28 en el numeral undécimo, *pars in fine*, sostiene que “[l]os Estados Partes deberán asimismo presentar al Comité información acerca de las medidas para impedir el aborto o la esterilización forzados. Los Estados Partes en que exista la práctica de la mutilación genital, deberán presentar información acerca de su alcance y de las medidas adoptadas para erradicarla. La información proporcionada por los Estados Partes acerca de todas estas cuestiones deberá referirse también a las medidas de protección que existan, incluyendo los recursos judiciales para

¹²³ Para el concepto de derecho subjetivo, tomaré la definición dada por Kelsen, por considerarla la más acorde al tema desarrollado en la presente investigación. Citado autor, a pesar de rechazar los derechos subjetivos y limitarse sólo a aceptarlos como medios o instrumentos procesales para la consecución de un *deber* en clara alusión a su concepción liberal del Estado, los conceptualiza como “*el deber jurídico para hacer cumplir un deber existente*”. En Legaz y Lecambra, L. *Filosofía del Derecho*. Barcelona: Bosch, 1979. Pág. 738.

¹²⁴ Gómez Sánchez, Y. *El derecho de reproducción asistida*. Madrid: Marcial Pons, 1994. Págs. 48-51.

¹²⁵ Comité De Derechos Humanos. *Observación General N° 19: La familia*, aprobada en el 39° Periodo de Sesiones.

*proteger a la mujer cuyos derechos en virtud del artículo 7 hayan sido vulnerados*¹²⁶.

En esa misma línea, las Recomendaciones Generales emanadas del Comité para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación en contra de la Mujer, da un tratamiento muchos más específico respecto a la salud reproductiva de la mujer, reconociendo que el derecho a la reproducción es un derecho básico cuyo cumplimiento depende directamente del bienestar de las mujeres, su descendencia y también de la comunidad. Por tal motivo, se exige a los Estados que reconozcan la función social de la maternidad y que además las políticas, en específico los programas sanitarios cuenten con una perspectiva de género. Entre los deberes públicos a los cuales se encuentra sujeto el Estado se encuentran la toma de las medidas legislativas que proscriban las esterilizaciones, el aborto forzado y la coacción en relación a la reproducción¹²⁷.

El espectro de protección jurídica del derecho *sub analise* es mucho más amplio y no se agota en una simple libertad, donde sólo existe una actividad negativa del Estado. Su configuración como derecho subjetivo prestación, justifica la conducta activa del Estado, la que viene dada por la implementación de políticas económicas, sanitarias y sociales que procuren a las personas no sólo poder tomar libremente la decisión de procrear, sino que, además, que ésta pueda ser llevada a cabo de manera natural, en consonancia con su propia dignidad y el de la futura prole. Por esto, el accionar fáctico y normativo del Estado procurará todas las etapas del íter reproductivo, desde la toma de la decisión responsable de procrear, la gravidez de la mujer y el desarrollo del

¹²⁶ Comité de Derechos Humanos. *Observación General N° 28: La igualdad de derechos entre Hombres y Mujeres*, de 29 de marzo de 2000, aprobado en el 68° Periodo de Sesiones.

¹²⁷ El Comité de Derechos Humanos. *Observación N° 19: La violencia contra la mujer*, aprobado en el 11° Periodo de Sesiones; *Recomendación N° 21: La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares*, aprobado en el 13° Periodo de Sesiones, *Recomendación General N° 24: Artículo 12 de la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer: La mujer y la salud*, aprobado en el 20° Periodo de Sesiones.

menor, no agotándose, como erradamente se cree, en una simple abstención de determinados comportamientos.

Desde las consideraciones expuestas (acciones positivas del Estado), el derecho a la reproducción puede ser configurado como un derecho prestacional¹²⁸ *in strictu sensu*, y no una simple libertad, esto es el derecho a exigir, no que el Estado le proporcione los medios para que pueda tener un hijo (por ejemplo que se exija la implementación y financiación estatal de las TERAS) sino que implemente los medios necesarios para poder tomar de manera libre dicha decisión. El cual viene a estar dado por los deberes positivos de planificación familiar, protección de la familia y de la infancia que se traducen en políticas como la organización de un sistema sanitario público que abarque todos los aspectos de la salud sexual-reproductiva, tanto desde un aspecto preventivo (atención pre y post natal).

Por último, tendría cabida lo sostenido por Peces Barba, cuando se refiere a que la libertad implica tres sentidos: la libertad de elección, la libertad moral y la libertad social, política y jurídica. Al referirnos a la libertad de elección, implica que la persona puede optar por tener descendencia o no, así como tener un hijo natural o adoptar, e inclusive realizar tratamientos de fertilidad que no traigan consigo el peligro a la madre ni a los *nascituri*, respetando la dignidad de ambos. Esta fase de la libertad se encuentra relacionada con el derecho a la intimidad, ya que la decisión se encuentra relacionada con la esfera más privada de la persona, donde sólo tiene intervención la persona misma decidiendo si procreará o no, con quién y cuándo.

¹²⁸ Los derechos de prestación o prestacionales son aquellos que facultan a su titular para exigir determinados deberes u obligaciones al poder público, que pueden consistir en omitir conductas violatorias o impeditivas del ejercicio de derecho o cumplir una prestación positiva de dar o hacer algo, y en tanto derechos subjetivos, dan lugar a acciones positivas de naturaleza fácticas o jurídico- normativo. En Bidart Campos, G. *Óp. cit.* Pág.18, y en Alexy, R. *Óp. cit.* Págs. 194-196.

2.4. El derecho de reproducción derivado de otros derechos fundamentales

Como lo he expresado en su oportunidad, algunos autores, son de la idea que puede predicarse el derecho a la reproducción y el uso de TERAS para la consecución de tales fines desde otros derechos, como el de la salud o a fundar una familia. En el presente acápite, se analizará dicha postura a fin de determinar la conveniencia de dichos argumentos.

2.4.1. Derecho a la reproducción como derecho a fundar una familia

El derecho a la familia no ha sido recogido de modo expreso en nuestra Carta Magna, sólo existen regulaciones de carácter tuitivo, como las contenidas en el art. 4, 6 y 7¹²⁹. Sin embargo, si se ha regulado en varios instrumentos internacionales de Derechos Humanos, entre los que se puede citar el art. 16.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos¹³⁰, el art. 23. 2 del Pacto

¹²⁹ Artículo 4°.- Protección a la familia. Promoción del matrimonio

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

Artículo 6°.- Política Nacional de población. Paternidad y maternidad responsables. Igualdad de los hijos. La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir. En tal sentido, el Estado asegura los programas de educación y la información adecuada y el acceso a los medios, que no afecten la vida o la salud.

Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. Los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres.

Todos los hijos tienen iguales derechos y deberes. Está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y sobre la naturaleza de la filiación en los registros civiles y en cualquier otro documento de identidad.

Artículo 7°.- Derecho a la salud. Protección al discapacitado

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

¹³⁰ Artículo 16.1.- Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar

Internacional de Derechos Civiles y Políticas¹³¹, el art. 17.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹³², de los cuales es signatario el Estado Peruano y constituyen fuente de Derecho.

Sin entrar a polémicas, recojo el concepto de familia como *“el conjunto de personas entre las que median relaciones de matrimonio o parentesco, a las que la ley les reconoce un efecto jurídico”*¹³³. Por lo que, el derecho a la familia, viene dado por la posibilidad de poder llegar a fundar o forma una familia. Es de anotar la relativización del concepto de familia e inclusive el de matrimonio, lo que ha traído resultados pocos favorables que atentan contra el Derecho Natural. A modo de ejemplo, cítese la STC 116/1999¹³⁴, emitida por el Tribunal Constitucional español, señala que *“«no ha identificado la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio», ni existe ninguna «constricción del concepto de familia a la de origen matrimonial, por relevante que sea en nuestra cultura —en los valores y en la realidad de los comportamientos sociales— esa modalidad de vida familiar. Existen otras junto a ella, como corresponde a una sociedad plural (...)» (STC 222/1992, fundamento jurídico 5.o, reiterada en la STC 47/1993, fundamento jurídico 2.o). Igualmente obvio resulta, pese a la rotundidad de alguna de las afirmaciones vertidas en el recurso, que, como es normal y arraigado en nuestra cultura, la noción constitucional de familia incluye relaciones sin descendencia (STC 222/1992, fundamento jurídico 4.o”*. Dependiendo del tipo de regulación de cada realidad jurídica, pueden resultar amparadas el derecho a fundar una familia (y también a casarse) de parejas homosexuales lo cual supone además

una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.

¹³¹ Artículo 23.1.- La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

¹³² Artículo 17. 2.- Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.

¹³³ Isles Soto. E. Aproximación y alcances del derecho a la procreación [en línea]. <http://www.redalyc.org/pdf/3600/360033192008.pdf>. [Consulta: 16 de noviembre de 2015]. Pág. 5.

¹³⁴ Recurso de inconstitucionalidad promovido por los Diputados contra la Ley 35/1988 sobre técnicas de Reproducción Asistida.

el uso de las TERAS para su consecución de los hijos como “plenitud de su relación”.

Señala Morán de Vicenzi¹³⁵ que la interpretación amplia y relativa (como lo expresé en el párrafo precedente) de este derecho ha permitido la protección de intereses que tienen todas las personas en la vida familiar, incluso el de tener hijos, constituyéndose en una caja de sastre para cualquier reivindicación personal. Es así que, si algún miembro de la pareja que conforma la familia es estéril puede invocar este derecho para poder acceder al uso de las TERAS, con lo cual no concuerdo, ya que como se verá más adelante, estas técnicas no conforman parte del contenido del derecho a la reproducción, toda vez que no existe un derecho al hijo.

Resulta interesante anotar que un sector de la doctrina ofrece otra perspectiva del derecho a la familia justificando el uso de TERAS. Así sostiene Vega Gutiérrez¹³⁶ *“la legislación comunitaria e internacional se han hecho eco explícito del derecho a la reproducción asistida desde esta otra óptica, defendiendo no sólo el derecho del embrión a la vida desde la concepción, sino también subrayando el derecho del embrión a la familia, así como al cuidado de sus padres y a crecer en un ambiente familiar idóneo. Por tanto, junto a los innegables derechos de los padres, se encuentran los no menos reconocidos derechos del hijo”*. Como podrá apreciarse, el análisis se enfoca no desde la perspectiva de los derechos del ser humano por nacer, los cuales son sobrepasados por el mal denominado “derecho al hijo”, que será materia de análisis en el acápite posterior. Así, los defensores de la fecundación artificial alegan que la paternidad biológica es irrelevante, ya que el amor y la atención que el niño recibe o recibirá es lo que importa¹³⁷.

Es necesario formular dos críticas. Por un lado, resulta incongruente buscar el bienestar del concebido por medio de ésta técnicas, cuando de la interpretación de varios instrumentos

¹³⁵ Morán de Vicenzi, C. *Óp. cit.* Pág. 181.

¹³⁶ Vega Gutiérrez A. M. *Óp. cit.* Pág. 712.

¹³⁷ Vega Gutiérrez A. M. *Óp. cit.* Pág. 715.

internacionales, se ha proscrito cualquier tipo de acciones que lesionen la dignidad de los menores, toda vez que la protección conlleva a no tener una familia con patologías, la protección de sus identidad y desarrollo, lo cual abarca desde su concepción hasta el inicio de su etapa adulta, esto es antes de los 18 años¹³⁸. Algunos ordenamientos, consideran con mayor preponderancia la defensa absoluta del derecho al libre desarrollo de la personalidad (libertad reproductiva) sobre el derecho de quien no puede decidir, olvidando la interpretación *pro debilis* y *pro homine* de los derechos fundamentales. Pareciere, que los deseos personales han encontrado asidero en los Tribunales a través de una interpretación absoluta de los derechos, con el mismo fervor que son defendido también son violentados. Hay quien considera que la valoración del interés del hijo, como interés prevalente a la hora de reglamentar a procreación asistida no pasa de ser una declaración de buenos principios, que encierra un escaso contenido¹³⁹. Olvidándose el verdadero contenido del derecho a la reproducción, el cual consiste en la capacidad de poder decidir la consecución de la prole, en base a la propia naturaleza humana (capacidad reproductiva), proscribiéndose cualquier instrumentalización, como sucede en el uso de las TERAS.

La segunda crítica, se encuentra relacionada con las consecuencias en los menores del uso de las TERAS, que van desde el potencial daño al derecho a la vida, en el momento de la implantación de los óvulos fecundados en la inseminación artificial, pasando por la manipulación genética y la privación de sus derechos de identidad o verdadera filiación. Señala Vega Gutiérrez que *“las circunstancias lesivas, en cuanto no elegidas, condicionan ab initio el libre desarrollo de su personalidad [la del menor], por lo que ya no se puede hablar de libertad”*¹⁴⁰. La autora cita como ejemplo *“el hijo de una mujer soltera al que su madre decidió privarle de un padre desde el principio; o el hijo nacido de un donante anónimo al que se le niega el derecho a conocer a su padre biológico; o el hijo diseñado en su sexo hasta su morfología por su padres; o el obligado a crecer entre una*

¹³⁸ Vid. la Declaración de Derechos del Niño, la Convención sobre los Derechos del Niño, entre otras.

¹³⁹ Vega Gutiérrez A. M. *Óp. cit.* Pág. 713.

¹⁴⁰ Vega Gutiérrez A. M. *Óp. cit.* Pág. 714.

pareja de homosexuales”¹⁴¹. Como podrá apreciarse la invocación del uso de las TERAS como parte del derecho a la reproducción y a formar una familia, no sólo se limita a daños en la dignidad humana por la instrumentalización de la vida humana, sino que éstos se ven plasmados en todas las etapas del desarrollo humano, desde la fecundación hasta el desarrollo de la emocional y social del ser humano, privándole de tener una familia normalmente constituida.

En un lado opuesto se encuentran quienes sostienen que “*el derecho a fundar una familia incluye implícitamente, aunque no de manera imprescindible, la función procreativa. Este es uno de los derechos inherentes de la personalidad que como tal, participa de la dignidad de la persona siempre que su ejercicio responsable y respetuoso de los derechos de los demás se realice dentro del matrimonio o de una relación de pareja heterosexual*”¹⁴². Esta postura, toma en cuenta en primer lugar la constitución natural de la familia, conformada por un hombre y una mujer y por otro que la perpetuación de este grupo humano es lícita siempre y cuando se haga a través de sus cauces naturales.

En conclusión, puedo afirmar que el derecho a la reproducción puede predicarse del derecho a fundar una familia, toda que ambos tiene una génesis común en el derecho al libre desarrollo de la personalidad. No obstante, se debe tener en cuenta que éste derecho no significa la consecución de los deseos o intereses legítimos a toda costa, sino que se deberá tomar en cuenta la dignidad humana y las limitaciones dadas por la naturaleza. En tal sentido, el uso de las TERAS, configurada como la forma de obtener un hijo a través de la manipulación tecnológica, no tiene cabida como contenido del derecho a la reproducción, porque supone un deseo subjetivo (egoísta) que el Derecho no puede amparar.

¹⁴¹ *Ibíd.*

¹⁴² Morán de Vicenzi, C. *Óp. cit.* Pág. 183.

2.4.2. Derecho a la reproducción como manifestación del derecho a la salud

Esta postura tiene una doble justificación. Por un lado, la esterilidad o infertilidad es vista como una enfermedad, la cual debe ser tratada y cuyo costo debe ser asumido por el Estado como si se tratase de cualquier padecimiento. Sobre el particular, he determinado, líneas arriba, que tal justificación no puede ser atendible, toda vez que tanto la infertilidad como la esterilidad no califican como enfermedades, toda vez que no ponen en riesgo la salud de quien la padece.

Además, en el caso de América Latina los sistemas de salud a duras penas cubren las necesidades básicas de salud de la población, siendo presupuestariamente imposible cubrir los costosos procedimientos de las TERAS, lo que no sólo incluyen la tecnología, sino también la infraestructura y la especialización médica.

La segunda justificación, está relacionada con la selección eugenésica, la cual justifica el uso de las TERAS, ya que con ellas se podrían evitar taras o deficiencias físicas y psíquicas en los concebidos. Debe descartar la derivación de la reproducción en el derecho a la salud, porque lejos de proteger y desarrollar el contenido del derecho fundamental, lo viola. Se hablaría de un derecho del hijo a la medida, atentando contra su dignidad, instrumentalizando a la persona como un bien de mercadeo.

2.5. ¿Derecho a la reproducción o derecho al hijo?¹⁴³

En los puntos anteriores he señalado la existencia del derecho a la reproducción derivado como un contenido de la libertad a la reproducción.

No obstante, existe un sector doctrinal todavía renuente a aceptar su existencia, entre los cuales se encuentra a Vidal García¹⁴⁴, quien

¹⁴³ Notas del autor: De la doctrina revisada, concluyo que la mayoría de autores evita la utilización del término “derecho al hijo” y opta por el de “reproducción humana” o inclusive el “derecho al acceso de las TERAS”

¹⁴⁴ Morán de Vicenzi, C. *Óp. cit.* Pág. 175.

basando su postura en la función filosófico-ético-jurídico del concepto de derecho humano y considerando a la reproducción como un hecho natural, afirma que ésta no puede ser un derecho humano por estar fuera del campo de la libre determinación. Sin embargo, considero que el autor yerra al afirmar que un proceso natural no puede ser objeto de un derecho humano, por ejemplo, la vida es un hecho natural y es el derecho con mayor protección en el constitucionalismo moderno, como también lo es la libertad.

Por otro lado, desde la perspectiva de la función de los derechos humanos, el autor sostiene que estos tienen como función la de explicitar, proteger y dar cauce a los bienes exigidos por la condición humana. Aunque la procreación pueda considerarse como un bien, su contenido no es el acto considerado aisladamente, sino en la medida que se encausa dentro de las circunstancias que lo humanizan. Por tal motivo, dentro de la categoría de derecho humano no se comprende la procreación como un hecho natural sino como un ejercicio responsabilizado de la función reproductiva. Concluye que, por tal razón, no existe un derecho a la procreación sino un “*un derecho a las condiciones que hagan posible el ejercicio humanizado y humanizador de la procreación*”.

Al parecer, su postura va en el sentido que por ser la reproducción un hecho natural que necesita ciertas particularidades para poder encausarse (como la participación de otra persona para poder llevarse a cabo el *coitus*) no puede considerarse como un derecho humano en *strictu sensu*, sino que se habla de un derecho que procure las condiciones para que se lleve a cabo, lo que en nuestra opinión es lo mismo, ya que todos los derechos humanos procuran el desarrollo del derecho. Siguiendo ésta concepción, entonces se estaría hablando por ejemplo del derecho que haga posible las condiciones de trabajo o de salud, etc.; lo que no hace más que afirmar el carácter prestacional¹⁴⁵ del derecho a la reproducción anotado líneas arriba. Entonces, estamos ante una legítima aspiración o expectativa más que un auténtico derecho.

¹⁴⁵ Morán de Vicenzi siguiendo a Vega Gutiérrez tiene nunca postura distinta en cuanto “*sostiene[n] la existencia de un derecho a procrear, pero no como una prestación de tipo positivo frente a los poderes públicos, sino más bien, como una libertad cuya efectividad es suficiente una conducta de abstención o no intervención en las elecciones individuales*”. En Morán de Vicenzi, C. *Óp. cit.* Págs. 180-181.

De lo anotado, considero que las expectativas legítimas pueden ser reguladas como derechos cuando su envergadura supere al de una simple libertad, como sucede en el caso que nos ocupa, ya que está en juego la dignidad no sólo de los procreadores, sino de la prole así como el desarrollo tecnológico y el uso de las TERAS. Se debe partir de la idea que, como se verá más adelante, el derecho a la reproducción no comprende el legítimo interés de tener un hijo o descendencia a costa de todo, sino el derecho a tomar la decisión de reproducirse en base al cauce natural de la biología humana. Con lo cual toma sentido lo afirmado por Ramiro García al señalar que en el caso de la frustración de una expectativa no supone la quiebra de ningún derecho¹⁴⁶ ya que el objeto no es el hijo sino el mismo acto de poder reproducirse y que si este aboca en la concepción de un hijo es un tema distinto.

En la postura contraria se encuentran quienes aceptan indiscutiblemente la existencia del derecho a la reproducción como un hecho innegable, sin embargo, lo identifica con el uso de las TERAS para la consecución de la descendencia. Lo que ha sido conocido en la doctrina italiana como “*diritto alla scelta reproductiva*”¹⁴⁷ derecho al hijo. Esta postura se base en una justificación sociológica, al señalar que la esterilidad frustra la autorealización personal, por lo que las TERAS son la válvula de escape de la pareja estéril quien acude al médico para la consecución del ansiado hijo¹⁴⁸.

La crítica que formulo a esta postura es que la procreación ya no es entendida como un fin en sí mismo, expresión de la humanidad y deseo de natural de transcendencia temporal, sino como un medio para la

¹⁴⁶ Ramiro García, F. J. *Técnicas de Reproducción Asistida a la Reproducción Humana*. Bilbao: Grafite Ediciones, 2000. Pág.157. En Isler Soto, E. *Óp. cit.* Pág. 10.

¹⁴⁷ Mengarelli señala que “[l]a generazione é un pieno diritto dell’individuo, suo corollario per il pieno compimento di tale diritto l’accesso alle tecnologie sostitutive del concepimento di cui la scienza dispone. In questo caso, come appare, le coppie italiane sterili que rappresentate si collocano in piena cultura del “diritto alla scelta reproductiva”, ci sembra essere proprio questa la determinante culturale, la característica omogenizzante delle done e degli uomini qui discritti, per il quali si é quindi gia compiuto il passaggio dal figlio-dono, frutto della selezione naturale, al figlio-sceltae diritto”. En Vega Gutiérrez A. M. *Ética, legalidad y familia en las técnicas de reproducción humana asistida* [en línea]. dadun.unav.edu/bitstream/10171/17211/1/IC_XXXV-70_09.pdf. [Consulta: 30 de octubre de 2015], Pág. 68.

¹⁴⁸ Vega Gutiérrez A. M. *Óp. cit.* Pág. 709.

consecución de una finalidad egoísta, donde el hijo vendría a configurarse como un bien más de consumo. Entonces el hijo es un bien de consumo, que se aúna a la larga lista de necesidades de una pareja o persona (viviendas, vehículos, vacaciones, etc.¹⁴⁹ A estas nuevas conductas, podrían denominarse proyectos subjetivos procreativos, donde la falta del hijo no es un problema interrelacional o conyugal sino un deseo desmedido por el hijo, así las parejas no ven a las Técnicas de Reproducción Asistida como la *última ratio*, sino como la primera opción, dirigiéndose directamente a los especialistas sin la necesidad de un análisis fisiológico - psicológico profundo y mucho menos prevén el bienestar de la prole.

Puedo arribar a la conclusión que, desde las perspectivas acotadas, no encuentro cabida al uso de las TERAS como parte del derecho a la reproducción, toda vez el “derecho al hijo” como contenido del derecho de reproducción humana, no ha sido recogido en ningún instrumento internacional (tratados o convenios internacionales de derecho humano), ya que el uso de las TERAS trae consigo dificultades en la determinación de la filiación, el derecho a la identidad del menor, violación a la dignidad de la prole, instrumentalización, entre otras. En ese sentido, la libertad reproductiva, derivada del derecho a la reproducción, no puede concebirse como omnímoda¹⁵⁰, ya que existen limitaciones puestas por la naturaleza humana, por la moral, la ética y sobre todo por Derecho y su irrestricto respeto a la dignidad humana

En resumidas cuentas, a lo largo de la presente investigación, puedo concluir con la existencia del derecho a la procreación, el mismo que puede predicarse por medio de dos vías constitucionales. Será necesario distinguir que en las Constituciones donde se haya regulado expresamente el derecho al libre desarrollo de la personalidad, puede el derecho de la reproducción regularse como una libertad independiente (libertad reproductiva) tal como en su momento se hizo con otras libertades, tales como la de expresión, religión, reunión, trabajo etc. En tal sentido, la técnica legislativa elegida sería la explicitación de un nuevo derecho en base al contenido de un derecho viejo. La justificación de ésta explicitación vendría dada, en las reivindicaciones históricas plasmadas en las distintas Conferencias Mundiales sobre la igualdad y la

¹⁴⁹ *Ibíd.*

¹⁵⁰ Vega Gutiérrez A. M. *Óp. cit.* Pág. 711.

mujer, así como las Recomendaciones de los Comités veedores del cumplimiento de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos. Aunado, al vertiginoso avance tecnológico que no sólo genera un desarrollo científico sino también trae aparejado un sinfín de problemas jurídicos y vulneración de derechos fundamentales.

Por otra parte, en el caso de los ordenamientos constitucionales, donde no se haya regulado expresamente el derecho al libre desarrollo de la personalidad, existen dos opciones. La primera de ellas que se explicita referido derecho por medio del contenido nuevo de un derecho viejo o que éste nazca como un derecho *ex novo*, basando en una actividad interpretativa que puede hacerse desde la dignidad humana fundamento último de cualquier derecho. Por lo que, dependerá del sistema constitucional y del catálogo de derechos regulados para determinar que técnica interpretativa utilizar.

Entonces, habiendo determinado su existencia, así como su naturaleza prestacional y contenido, se propugnaría el derecho a la reproducción como la libertad que poseen las personas para poder determinarse en el campo reproductivo¹⁵¹, lo cual no implica que el mismo responda a intereses egoístas como el derecho al hijo o al uso de las TERAS para su consecución. Cupis¹⁵² sostiene que es un derecho a fecundar y a ser fecundado, a dar vida, aunque no necesariamente a conseguirla. El derecho a la reproducción vendría a estar dado por todos aquellos actos naturales para la consecución de la prole, más no un derecho de conseguirlo a cualquier precio, sacrificando derechos y libertades, por lo que su primer límite, no vendría dado por la ley sino por la naturaleza misma. La ley jugaría un papel primordial, porque defiende y regula lo dado por la propia naturaleza humana.

Si bien es cierto, que la reproducción constituye una de las tantas manifestaciones de autonomía personal, esta debe efectuarse en condiciones que la humanicen, es decir, que no deberá comprender cualquier opción médico-científica que instrumentalice a los procreadores ni mucho menos a la descendencia. De ese modo,

¹⁵¹ Algunos autores sostienen que este derecho además de que se haga partícipe a la dignidad de la persona, debe ejercitarse responsablemente dentro del marco del matrimonio o dentro de una pareja heterosexual. En Morán de Vicenzi, C. *Óp. cit.* Pág. 183.

¹⁵² Morán de Vicenzi, C. *Óp. cit.* Pág. 176.

propugnar la existencia del derecho al hijo supondría que ni el Estado ni la sociedad podrían tener injerencia en la toma de decisiones que tengan como producto la consecución de una nueva vida, lo que resulta erróneo. Coincido con lo sostenido por Gorossini cuando señala que *“la intervención legislativa en materia de procreación debe efectuarse en ámbitos bastantes limitados. Considerar el derecho a procrear como un principio fundamental puede resultar peligroso en la medida en que este puede legitimar, indirectamente formas de procreación rodeada de nuevas y complejas interrogantes”*¹⁵³. Así, no bastará con un simple explicitación del derecho por medio de la vía constitucional, sino que, además, será necesario la elaboración de la legislación respectiva, que no sólo establezca la titularidad del derecho, sino sus límites y contenidos los cuales deben ser acordes a la naturaleza humana y a la dignidad.

¹⁵³ Morán de Vicenzi, C. *Óp. cit.*, p. 164.

CAPÍTULO III: CONTENIDO DEL DERECHO A LA PROCREACIÓN O REPRODUCCIÓN

Los derechos fundamentales, al igual que las normas de distinto rango, se encuentran dirigidas a determinados sujetos- sean propiamente el Estado o las personas- pudiendo ser unos los destinatarios del mandato contenido en ellos y otros los obligados en procurar su cumplimiento y las exigencias que de ellas emanen.

Conviene a la presente investigación analizar el derecho a la reproducción desde estas dos perspectivas. Por un lado, desde el punto de vista de los beneficiarios del derecho, debo partir del hecho que todas las personas son titulares del derecho a la reproducción, pudiendo ejercitarlo de acuerdo a sus circunstancias personales (madurez biológica y psicológica). No obstante, enfocaré la presente investigación en el análisis del ejercicio de dicho derecho en homosexuales y personas solteras, a fin de determinar el uso y abuso de las TERAS.

Por otro lado, nuestro análisis también abarcará a los obligados en el cumplimiento de las exigencias devenidas de este derecho como también propiamente su contenido.

3.1. Titularidad del derecho a la reproducción

3.1.1.El derecho de reproducción en las personas homosexuales

Para el ejercicio del derecho a la reproducción, muchos podrían alegar que la orientación sexual no puede ser óbice para el ejercicio de este derecho fundamental, puesto que su restricción no tiene asidero constitucional, ya que el art. 2 inc. 2 de la Constitución así lo establece. Sin embargo, se deberá tener en cuenta la naturaleza de las cosas, ya que la reproducción al ser un acto natural, sólo es posible por la unión voluntaria de un hombre con una mujer, por lo que cualquier acto contrario a esto debe ser desestimado. Desde ese modo, el uso de las TERAS quedará proscrito porque no atiende a la naturaleza del acto reproductivo y además no es el producto de un acto de amor, sino de uno egoísta, basado en un inexistente derecho al hijo.

En algunos ordenamientos jurídicos, como el español, se ha postulado que la reproducción es inherente a las parejas homosexuales, en razón del reconocimiento del matrimonio, debido a que no puede limitárseles los derechos derivados de éste sólo a la asistencia y solidaridad mutua. Desde ese punto de vista, dicha postura se basa en evitar cualquier tipo de discriminación con las parejas heterosexuales. Pero, se olvida la naturaleza de las cosas, ya que al tener el matrimonio un fin reproductivo por medios naturales, éste es reemplazado por el uso de las TERAS, utilizando sus propios gametos en una tercera persona gestante o gametos de terceros en otro tercero. Así pues, se estará aplicando de modo incorrecto el principio de no discriminación e igualdad, ya que no se pueden trasladar las circunstancias, responsabilidades y consecuencias de una unión natural al de una institución jurídica artificial que ha reemplazado sus imposibilidades biológicas con ayuda de la tecnología por medio del uso de las TERAS. Los partidarios de las TERAS podrían alegar, también a su favor, el libre desenvolvimiento de la personalidad y la dignidad. Respecto al primer derecho, puedo sostener que, si bien el derecho a la reproducción o procreación nace de la libertad reproductiva, esta debe estar en consonancia con la naturaleza del acto sexual. Tampoco, les asistiría la invocación del principio-derecho de dignidad, ya que recurrir al uso de las TERAS supondría la

cosificación tanto de los donantes como del hijo, los cuales no son vistos como un fin en sí mismo, sino como objetos.

Desde este punto de vista, puedo concluir que el derecho a la reproducción tiene una limitación natural, ya que sólo puede ser llevada a cabo por un hombre y una mujer, por lo que la proscripción de dicho derecho en los homosexuales no puede conllevar a una discriminación. En ese sentido, Tribunal Constitucional peruano ha señalado en abundante jurisprudencia que los derechos fundamentales no son de carácter absoluto¹⁵⁴ “[...] *Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática*”; y en su artículo 30 sostiene que *“Las restricciones permitidas, de acuerdo con ésta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a las leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”*. A lo cual se debe agregar, que cuando corresponda, como en el caso del derecho a la reproducción, se deberá analizar según la naturaleza de las cosas y las finalidades de las instituciones naturales positivizadas, como el matrimonio y las uniones de hechos. No obstante, esto no basta para predicar la limitación del derecho a la reproducción en homosexuales, en el sentido del uso de las TERAS, por lo que limitación viene dada la propia dignidad de la persona, lo cual no permitiría su instrumentalización de terceros (vientres subrogados) y embriones para la consecución de fines personales.

3.1.2.El uso de las TERAS en el ejercicio del derecho a la reproducción

Habrà que partir en determinar si el derecho a la reproducción tiene un ejercicio individual o compartido, toda vez que de esto dependerà la justificación para el uso de las TERAS.

¹⁵⁴ Para un mayor abundamiento véanse: STC Exp. N° 0007-2006-PI/TC (Asociación de Comerciantes San Ramón y Figari), STC Exp. N° 0010-2002-AI/TC (Caso sobre la legislación contra el terrorismo), STC Exp. N° 04677-2004-PA/TC (Caso Trabajadores del Perú (CGTP), entre otros.

Así pues, es menester señalar que la doctrina se encuentra dividida al respecto. Por un lado, encontramos a aquellos que propugnan el ejercicio individual del derecho a la reproducción justificando el uso de las TERAS y, por otra parte, a los que defienden su ejercicio compartido respetando la naturaleza de las cosas (acto reproductivo). Será conveniente, entonces, plasmar dichas posturas a fin de tomar una posición.

Encabezando la primera postura, Gómez Sánchez señala que *“es un derecho de titularidad y ejercicio individual, salvo las limitaciones derivadas de la propia naturaleza o impuestas por las normas jurídicas, según se trate de un varón o de una mujer”*¹⁵⁵. Las limitaciones a las que alude la autora vienen dadas por la necesidad de los gametos del sexo opuesto para poder procrear, así pues el varón necesitará de la colaboración de la mujer para que pueda llevar adelante la gestación y la mujer al varón para que la insemine¹⁵⁶. No obstante, para la autora, esto no es óbice para que no se lleve a cabo la reproducción, ya que existen las TERAS que permiten suplir dichas limitaciones venidas del acto reproductivo. De esa manera, el acto procreativo, ya no es un acto de amor entre dos personas, sino un acto individual realizado en un laboratorio. Esta postura ha sido acogida por la legislación comparada. Por ejemplo, en España, mediante la Ley de Reproducción asistida de 1988 (35/1988) establece que *“(…) desde el respeto a los derechos a la mujer a fundar su propia familia en los términos que establecen los acuerdos y pactos internacionales de igualdad de la mujer, la Ley debe eliminar cualquier límite que socave su voluntad de procrear y constituir la forma de familia que considere libre y responsable”*, posteriormente en ley 14/2006 actualiza el anterior concepto y agrega que *“toda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas por esta ley”*¹⁵⁷; además de señalar que *“[L]a mujer podrá ser usuaria o receptora de las técnicas reguladas en esta Ley con independencia de su estado civil y orientación sexual”*¹⁵⁸. Como puede observarse, la legislación citada va

¹⁵⁵ Gómez Sánchez, Y. *El derecho de reproducción asistida*. Madrid: Marcial Pons, 1994. Pág. 62.

¹⁵⁶ Gómez Sánchez, Y. *Óp. cit.* Pág. 40

¹⁵⁷ Art. 6.1

¹⁵⁸ *Ibíd.*

dirigida a los derechos reproductivos de la mujer, señalando de modo implícito el ejercicio individual de dicho derecho toda vez que no existe limitación alguna (inclusive la natural) para que pueda procrear y fundar una familia. Así mismo, en el caso que desee ser madre, tampoco se le limita a ser receptora de las TERAS.

En una postura contraria tenemos la postura sostenida por Morán de Vicenzi quien explica que “[c]omo argumento se alega que el derecho a la reproducción se asemeja, en principio, a otros derechos que como el derecho al matrimonio son de titularidad individual pero que requieren la concurrencia de otro sujeto. Sin embargo, los recientes avances en técnicas de crioconservación y la creación de bancos de gametos permiten que las personas puedan determinar su propia procreación sin consentimiento de otro sujeto que también aporta sus gametos”¹⁵⁹. Anota la autora que los avances tecnológicos en el campo reproductivo han modificado el ejercicio del derecho a la reproducción, que sus inicios siempre estuvo ligado a la naturaleza humana y al concurso de voluntades que, sin embargo, con la revolución tecnológicas, ya no es necesario aquella otra voluntad, toda vez que puede ser sustituida por un banco de gametos o embriones. Entonces, en palabras de la autora, “ya no es un derecho a procrear sino a también a procrearse”¹⁶⁰. En tal sentido, concuerdo con la crítica hecha por la citada autora, al señalar que “el derecho a la reproducción supone la participación voluntaria biológica y/o genética en la paternidad y maternidad que no puede realizarse recurriendo a otros sujetos. Por tanto, no se puede invocar la existencia de un derecho a la fecundación artificial heteróloga o a la maternidad subrogada como parte del derecho a la reproducción”¹⁶¹. Dicha postura tiene su base en el principio-derecho de la dignidad humana, ya que concebir de tal modo a la reproducción supondría una instrumentalización de la persona donante, del receptor y del producto de este acto, el hijo.

¹⁵⁹ Morán de Vicenzi, C. *Óp. cit.* Pág. 187.

¹⁶⁰ *Ibíd.*

¹⁶¹ *Ibíd.*

De las posturas expuestas, puedo concluir que resulta peligroso concebir el ejercicio del derecho a la reproducción como un derecho de ejercicio individual (derecho a procrearse), atentando contra la naturaleza del hombre, el cual por el uso de las TERAS se ve instrumentalizado como un objeto donante de gametos (óvulos y espermatozoides) o contenedor de un embrión (vientre subrogado). Por tal motivo, soy de la idea que la postura correcta es la sostenida por Morán de Vicenzi, ya que es acorde al acto reproductivo, donde es necesario el concurso de voluntades nacidas del amor (en la mayoría de los casos). De ese modo, el derecho a la reproducción tiene una titularidad individual como todos los derechos, pero necesita de un tercero para ejercitarse, tomando en cuenta el cauce natural del acto reproductivo. Es de señalar, que no resulta extraño que existan derechos de titularidad individual, pero de ejercicio compartido, a a modo de ejemplo tenemos el derecho a contraer matrimonio, también del derecho a contratar. De ese modo, el derecho a la reproducción no es un derecho a procrearse sino un a “procrear con”, ya que la efectividad del derecho está condicionada a la concurrencia de otro voluntad y a la aportación de otro gameto para llevar a cabo la fecundación¹⁶². Desde esta perspectiva, queda proscrita la utilización de cualquier TERA, ya que el derecho a la reproducción tiene una base natural que, si bien requiere una voluntad y aporte genético, este debe realizar a través del acto sexual natural.

3.2. Contenido derecho a la reproducción

Como he señalado en su oportunidad, varios Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos señalan que el derecho a la reproducción implica la libertad de determinar el número de hijos y en el espacio que se van a tener, sin embargo, el contenido del derecho no se agota en esto. En el siguiente acápite corresponderá el análisis del derecho a la reproducción desde dos perspectivas, la positiva y la negativa.

¹⁶² *Ibíd.*

3.2.1. Contenido positivo del derecho a la reproducción

Desde una perspectiva positiva, el derecho a la reproducción implica la facultad que tienen las personas para decidir libremente sobre los actos vinculados a su reproducción, es decir: a) determinar el momento propicio, según las circunstancias personales para poder tener descendencia y asumir los derechos y obligaciones que devienen de la prole; b) decidir el número de hijos y el espacio de tiempo en que se tendrán; c) los medios adecuados que coadyuvan a la toma de la decisión reproductiva, donde se manifiesta la actividad prestacional del Estado; y d) autores como Gómez Sánchez son de la idea que también formaría parte del derecho la determinación del medio que se utilizaría para procrear¹⁶³.

Los puntos a y b dependerán de las circunstancias personales de cada persona, las cuales se pueden ver influenciadas por tradiciones familiares, sociales, económicas o religiosas, siendo en la mayoría de los casos una decisión pensada y tomada en pareja. Todo este cúmulo de decisiones tiene que darse dentro de un amplio ámbito de información, es aquí donde el carácter prestacional del derecho se activa, manifestándose por intermedio de la Planificación familiar¹⁶⁴. Es en este punto donde las políticas reproductivas pueden ser utilizadas por los Estados para limitar, por ejemplo, el número de hijos de la población a fin de tener una tasa de natalidad sostenible¹⁶⁵ con la implantación de esterilizaciones

¹⁶³ Dicha autora recoge que formaría parte del contenido al derecho de la reproducción la adopción. Sobre el particular, soy de la idea que la adopción no puede formar parte de su contenido, ya que propiamente no supone un acto natural para procrear, partiendo de la definición misma de procreación o reproducción. En este aspecto, la adopción debe ser visto como una solución a la esterilidad o infertilidad humana, ética y jurídicamente permitida, ya que no se pone en juego ningún derecho fundamental ni la integridad de las personas.

¹⁶⁴ Dentro de los Instrumentos internacionales que consagran la Planificación Familiar cito: Arts. 10, 12 y 14 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación en la Mujer; el Capítulo VII del Programa de Acción acordado en la Conferencia Internacional sobre la Población y Desarrollo celebrado en El Cairo entre otros.

¹⁶⁵ En el Perú, en la década de los 90's, en el gobierno de Alberto Fujimori se estableció una política de esterilizaciones forzosas contra la población de bajos recursos, en especial, en las zonas de la serranía peruana. Para un mayor abundamiento véase en Comisión Interamericana De Derechos Humanos. *Informe No 71/03[1], Petición*

forzadas o multas sumamente onerosas para quien supere el número legal de hijos, atentando contra la libertad, integridad física y dignidad de las personas

Para efectos de la presente investigación, es conveniente detenernos en el punto d. Sobre el particular, existen dos posturas al respecto.

Encabezando la primera¹⁶⁶, Gómez Sánchez propugna que *“la libertad personal, la autonomía, y la intimidad de las decisiones familiares consideradas como valores de rango superior permiten afirmar la existencia del derecho a procrear, sea mediante reproducción artificial. Desde esta perspectiva, la libertad del sujeto es la regla, mientras que cualquier limitación debe ser considerada como una excepción. Por este motivo, el ejercicio de la libertad personal no sólo permite elegir cuando y con quien sino también como hacerla”*¹⁶⁷. En esa misma línea de pensamiento Roberston sostiene que las deficiencias biológicas para tener hijos no pueden suponer una negación a que las personas puedan hacer uso de tratamientos reproductivos, existiendo a su criterio el derecho a procrear por cualquier medio¹⁶⁸.

Para los autores, formaría parte del contenido del derecho a la reproducción, además de la fecundación natural, la artificial, ya que a su criterio no existirían diferencias sustanciales entre una y otra

12.191, *Solución Amistosa María Mamérita Mestanza Chávez – PERÚ*, del 10 de octubre de 2003 [en línea]. <<https://www.cidh.oas.org/women/Peru.12191sp.htm>> [Consulta: 23 de agosto de 2015].

¹⁶⁶ Esta postura es compartida además por PARKER al señala que *“el contenido del derecho a la procreación en el derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos y el espacio de tiempo entre hijos, el derecho a acceder a la información y educación sobre planificación familiar, el derecho a acceder a los métodos y servicios relacionados con el tratamiento de la esterilidad, incluida la fecundación artificial”*. En Morán de Vicenzi, C. *Óp. cit.* Pág. 168.

¹⁶⁷ Gómez Sánchez, Y. *Algunas reflexiones jurídico-constitucionales sobre el derecho a la reproducción humana y las nuevas técnicas de reproducción asistida* [en línea]. <<http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:Derechopolitico-1988-26-BF8B B2B2&dsID=PDF>>. [Consulta: 23 de julio de 2015]. 92 p.

¹⁶⁸ Méndez Raíguez, V. *Las relaciones entre bioética y derecho. Revista de Bioética y derecho* [en línea]. <<http://www.raco.cat/index.php/RevistaBioeticaderecho/article/view/124426/172420>> [Consulta: 23 de junio de 2015]. Pág.156.

que justifiquen su diferenciación en su tratamiento legal¹⁶⁹, por lo que ambos modos servirían para generar hijos, así como constituir y mantener una familia. Desde la posición citada, negarle por lo tanto el acceso a las TERAS sería establecer una forma de discriminación no amparada en los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos ni en las Constituciones. Por su parte, Robertson¹⁷⁰ fundamenta su posición al asemejar una persona ciega a una estéril, en el sentido que, un ciego tiene el mismo derecho a adquirir información de un libro que una persona normal, ya que la incapacidad no puede impedir a la persona utilizar el método braille, grabaciones o recurrir a una persona capacitada para adquirir la información contenida en el libro.

Sobre este punto es de señalar, que no se puede comparar una limitación física como la ceguera con la condición de la esterilidad, ya que los métodos para superar la primera no llevan consigo manipulaciones a embriones, ni mucho menos violentan la dignidad de las personas. Así pues, disiento lo expuesto por Robertson, ya que existen razones jurídicas (constitucionales) para un tratamiento legal distinto de las TERAS, lo cual limitaría su aplicación e inclusive su prohibición. A modo de ejemplo cítese la maternidad subrogada la cual ha traído más quebraderos de cabeza que soluciones. Además de atentar contra el derecho a la dignidad del *nasciturus*, el cual es cosificado y no visto con un fin en sí mismo. Agréguese las constantes violaciones al derecho a la vida con la destrucción y manipulación de los embriones congelados, el tráfico de gametos tanto masculino y femenino; y los casi irresolubles problemas para determinar la paternidad o maternidad

¹⁶⁹ Dicha postura ha sido acogida en la legislación española en especial en las leyes que regulan el uso de las TERAS. Es así que, en la Exposición de Motivos de la fenecida Ley 35/1988: “[l]as técnicas de reproducción asistida tienen como finalidad la actuación médica ante la esterilidad humana, para facilitar la procreación cuando otras terapias se hayan descartado por inadecuadas o ineficaces”. Lo que también fue recogido en la actual Ley 14/2006, aunque de modo no tan explícito: “[l]a aparición de las técnicas de reproducción asistida en la década de los 70 supuso la apertura de nuevas posibilidades de solución del problema de esterilidad para un amplio número de parejas aquejadas de esta patología”

¹⁷⁰ Roberston, J. *Children of Choice: Freedom and the new reproductive Technologies* [en línea]. <https://books.google.com.pe/books?id=YxGONrvqMgsC&pg=PA3&source=gbs_toc_r&cad=3#v=onepage&q&f=false> [Consulta: 23 de julio de 2015]. Pág. 39.

de los nacidos en base a la legislación vigente, recurriendo los jueces a intrincadas interpretaciones extensivas en beneficio del menor. Resulta imposible hacer un parangón con los derechos de las personas con discapacidades físicas o análogas, toda vez que el ejercicio de su derecho no supone la violación de otros

En el lado contrario, se ubican aquellos que propugnan la exclusión del uso de las TERAS como parte del contenido del derecho a la reproducción. En esa línea de pensamiento comparto la postura de Morán de Vicenzi quien propugna que *“en realidad sí existen diferencias sustanciales entre ambos modos de procreación, ya que la procreación asistida supone la manipulación de procesos de fecundación, de la que carece la natural. Además, el desarrollo de una técnica que permita superar una limitación física no la convierte en objeto de un derecho fundamental, más aún que en este caso, en el que se pueden ver afectados los derechos de los nacidos”*.

Partir de la errónea idea que las TERAS son técnicas que pueden “solucionar” la condición de esterilidad de las personas no las convierte en objeto protegible de un derecho, ya que atenta no sólo contra otros derechos fundamentales, sino también contra los principios que inspiran la Constitución, esto es la dignidad. Nótese, que si bien puede existir una aparente colisión de derechos esto es aparente, ya que los intereses personales desmedidos no pueden erigirse como bienes jurídicos de protección, toda vez que un deseo personal no puede mover a todo un aparato legal a fin que sean satisfechos, más aún cuando se arriesgan bienes jurídicos de primer orden, como el derecho a la vida, a la identidad y el principio-derecho de la dignidad.

Entonces, visto de ese modo, compartiendo la opinión de Lema Añón, el derecho a la reproducción es la expresión máxima de la voluntad y libertad personal, a lo que debo agregar, se encuentra basado en un acto de amor, cuyo objeto es tutelar la capacidad natural de procrear y no los actos tendentes a la procreación¹⁷¹. De ese modo se reafirma lo dicho *ut supra*, es el derecho a “procrear con” y no simplemente a “reproducirse o

¹⁷¹ Lema Añón, *Óp. cit.* Pág. 295.

procrearse". De tal manera que, no puede ser manipulado porque están en juego la dignidad de los procreadores, así como la del ser procreado. Ésta postura, tiene dos puntos resaltantes, la primera de ellas es que el autor se basa en el derecho natural, tomando a la procreación como un acto natural no manipulado ni manipulable, que es merecedor de protección en base a la dignidad del hombre que sostiene su libertad. Por otro lado, el autor es de la idea, que el derecho a procrear no supone un derecho en sí mismo, sino una manifestación del derecho de libertad personal o de la libre configuración de la personalidad, que para ser ejercido no necesita más que una actividad negativa del Estado, sin embargo, como se ha visto en el capítulo anterior, sobrepasa la categoría de libertad y se configura como un derecho prestacional en atención a las circunstancias sociales y tecnológicas que los rodean.

Desde esa perspectiva, puedo afirmar que al ser la reproducción fruto de un acto natural entre una pareja heterosexual (en atención al orden natural de las cosas), y el objeto que regula el derecho viene dado determinado por "procrear con" y no simplemente "procrearse" al ser uno de titularidad compartida, en tal sentido el uso de las TERAS en dicho ámbito viene a desnaturalizar e instrumentalizar las relaciones humanas, desoyendo el mandato propio de la dignidad del hombre.

3.2.2. Contenido negativo del derecho a reproducción

Los titulares del derecho a la reproducción, como seres libres, pueden decidir su ejercicio y ejercer un control sobre éste. Así se puede hablar de un contenido negativo del derecho a la reproducción el cual, a mi criterio, está compuesto por a) la decisión de no procrear, lo que lleva aparejo b) la utilización de métodos anticonceptivos existiendo una tendencia cuestionable a que el Estado por medio de una actuación prestacional los distribuya.

Esta faceta se encuentra relacionada intrínsecamente con la Planificación Familiar¹⁷², lo cual tiene un doble beneficio tanto

¹⁷² Para un mayor abundamiento del tema, me remito al STC Exp. N° 02005-2009-PA/TC, de fecha 16 de octubre de 2009, donde el Tribunal Constitucional declara

para la persona que los utiliza, ya que con ello puede planificar su descendencia (familia) en base a sus proyectos personales e ingresos económicos; y otra para el Estado, ya que puede mantener, sin abusos ni violación de derechos de los ciudadanos, una política demográfica que haga sostenible la viabilidad del país, donde el tema de las TERAS no tiene una relación directa con dicha parte del contenido.

3.3. Análisis del art. 7 de la ley general de salud (LGS)

En el derecho nacional no existe una normativa *ad hoc* que regule en su totalidad las TERAS, como sí ocurre en otras latitudes, tales como España, Argentina o Italia.

La única mención a esta realidad, se encuentra contenida en el art. 7 de la Ley General de Salud, la cual dispone que “[t]oda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida se requiere el 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”.

Lo que se puede destacar de la norma, y que ha sido materia de análisis, es que en primer lugar se establece como derecho el recurrir al uso de las TERAS, dejando abierta la posibilidad que cualquier ciudadano pueda demandar su atención en hospitales del Seguro Social, sin que hasta la fecha se haya reportado algún proceso o procedimiento sobre esta materia. En segundo lugar, se permite (no se puede afirmar que regula, lo que se desprende de la lacónica redacción del texto normativo) tanto la fecundación homóloga como heteróloga, con la condición que las persona de la madre genética y gestante coincidan.

fundada la Acción de Amparo interpuesta por la ONG “Lucha contra la Corrupción” a fin que el Ministerio de Salud se abstenga de repartir la Píldora del día siguiente, por no tener la certeza que ésta sea de carácter abortivo. Del mismo modo, véase Díaz Muñoz, O. La vida del concebido ante el Tribunal Constitucional. Comentario a la Sentencia 02005-2009-PA/TC sobre la píldora del día siguiente. *Revista de Derechos Humanos*, vol. 1: 51.

Desprendiéndose que sólo se permitiría la fecundación con material genético masculino, obtenido de alguna donación o banco de esperma (si lo hubiese). Algunos pudiesen alegar una discriminación por razón de género, ya que se ha excluido a las mujeres con deficiencias ováricas puedan acceder a este tipo de técnicas¹⁷³. En tercer lugar, esto da pie a que pueda llevarse a cabo la maternidad por subrogación, ya que no existe una prohibición expresa. Por otro lado, la madre genética y la subrogada no pueden coincidir, configurándose un fraude de Ley, de tal modo, existiría una contradicción, ya que por un lado se prohíbe tácitamente la ovodonación, por otro mediante la técnica de maternidad subrogada, de la cual tampoco se dice nada, puede darse lo primero.

Por último, en cuarto lugar, llama la atención, además del silencio sobre maternidad subrogada y ovodonación, el legislador no se pronuncia acerca de la embriodonación¹⁷⁴, lo que permitiría, en apariencia, dar alternativas a la adopción de parejas infértiles mediante tratamientos menos costosos y que permitan una experiencia de la gestación, consolidando su vínculo filial, utilizando embriones congelados¹⁷⁵. Finalmente, nada se dice acerca del estatuto ontológico del embrión, existiendo una prohibición respecto a la fecundación para fines diferentes a la procreación y clonación de seres humanos. Finalmente, existe un silencio acerca de la crioconservación de gametos y embriones.

3.3.1. Naturaleza de la norma contenida en el art. 7 de la ley general de salud

Desde esa perspectiva, será necesario determinar la naturaleza de norma acotada, por lo que de manera sucinta basaré parte de estas notas en el trabajo de Prado Herrera¹⁷⁶.

El art. 38 del Código Procesal Constitucional señala que “[n]o procede el amparo en defensa de un derecho que carece de

¹⁷³ Siverino Bavio, P. *Óp. cit.* Pág. 216.

¹⁷⁴ Es el procedimiento mediante el cual se transfieren al útero embriones congelados donados de manera anónima

¹⁷⁵ *Ibíd.*

¹⁷⁶ Prado Herrera, J. C. *El contenido esencial de los derechos fundamentales según el Tribunal Constitucional* [en línea]. www.raejurisprudencia.com.pe/data-jurisprudencial/descargas.php%3Fp%3D93+%&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=pe [Consulta: 12 de enero de 2016]

sustento constitucional directo o que no está referido a los aspectos constitucionalmente protegidos del mismo". El sustento constitucional hace referencia a lo que se ha denominado por la doctrina como "el bloque de constitucionalidad" que está conformado propiamente por la Constitución como Norma Fundamental, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, tanto a nivel positivo (art. 55 de la Const.) como a nivel interpretativo (Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución), así como las disposiciones legales que desarrollan directamente el contenido de los derechos fundamentales, tanto explícitos como implícitos¹⁷⁷. De ese modo, se distingue que, en el Bloque Constitucional, existen dos tipos de disposiciones, la norma regla y las normas principio. Las primeras hacen referencia a mandatos concretos de carácter autoaplicativo, como por ejemplo la dignidad del hombre, el derecho al trabajo, reunión, etc., los mismos que son judicializables. Las segundas, son normas abiertas de eficacia diferida, es decir, que requieren de la intermediación de la labor legislativa para su concreción, es decir, la determinación de su contenido protegido, haciéndose susceptibles de judicialización.¹⁷⁸

Dentro de este último grupo puedo incluir al dispositivo *in commento*. Sobre el particular, es necesario señalar, que el bien jurídico que desarrolla dicho artículo, no es propiamente el derecho a la reproducción, como puede creerse a *prima facie*. Bajo el principio de "libre configuración de la ley por el legislador", este ha desarrollado en cierto sentido, una manifestación del derecho a la salud. Esta conclusión se desprende del, que la norma se ubica en el Título I denominado "DE LOS DERECHOS, DEBERES Y RESPONSABILIDADES CONCERNIENTES A LA SALUD INDIVIDUAL". De ese modo, el legislador peruano apoyaría la postura del derecho a la reproducción, y en concreto el acceso a las TERAS es una manifestación directa del derecho a la salud, lo que nos hace pensar que el legislador considera a la infertilidad como una enfermedad, que debe ser tratada y atendida por el aparato de salud del Estado. En ese sentido, me remito a los argumentos que desvirtúan dicha postura señalados *ut supra*.

¹⁷⁷ Prado Herrera, J. C. *Óp. cit.* Págs. 139-140

¹⁷⁸ *Ibíd.*

CAPÍTULO IV: LAS TÉCNICAS DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL: LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS – CASO ARTAVIA VS. COSTA RICA

En la jurisprudencia internacional existe un caso de especial relevancia para la presente investigación donde se aborda el tema del uso de las TERAS, para lo cual será necesario explicar los antecedentes de dicho proceso y las implicancias jurídicas de la sentencia.

4.1. Antecedentes: sentencia de la corte constitucional de Costa Rica

La sentencia *in commento*, la cual he denominado como Caso Artavia, tiene como origen la Acción de Inconstitucionalidad¹⁷⁹ interpuesta por un ciudadano costarricense contra el Decreto Supremo N° 24029-95, que regulaba la Fecundación In vitro y la Transferencia de embriones¹⁸⁰.

¹⁷⁹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Exp. 95-001734-0007-CO, del 15 de marzo de 2000. <http://www.nacion.com/ln_ee/2000/octubre/12/sentencia.html> [Consulta: 21 de noviembre de 2015]

¹⁸⁰ Dicha acción iba dirigida en especial contra los siguientes artículos:

Artículo 9.- En casos de fertilización in vitro, queda absolutamente prohibida la fertilización de más de seis óvulos de la paciente por ciclo de tratamiento.

Artículo 10.- Todos los óvulos fertilizados en un ciclo de tratamiento, deberán ser transferidos a la cavidad uterina de la paciente, quedando absolutamente prohibido

Los argumentos de la referida acción pueden dividirse en dos tipos. El primero de ellos de índole formal, toda vez que, a criterio del accionante, sólo por ley formal, emanada del Poder Legislativo puede restringirse derechos y libertades fundamentales, dentro las limitaciones constitucionales aplicables¹⁸¹, en razón a que el dispositivo cuestionado limita el derecho a la vida de los embriones. La segunda razón, que interesa a la presente investigación, se basa principalmente en las violaciones al art. 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos, al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, a la Convención de los niños y adolescentes y al art. 31 del Código Civil costarricense, ya que se parte del fundamento que la vida comienza desde la fecundación, por lo que cualquier impericia del médico voluntaria o derivada de la inexactitud de la técnica utilizada deviene en una violación de los citados instrumentos legales.

La Corte Constitucional declaró fundada la acción de inconstitucionalidad, y por ende prohibió el uso de las TERAS (en específico: la fecundación *in vitro* y transferencia de embriones) en base a los siguientes argumentos:

Primero, la Corte Constitucional parte de la premisa de acoger la teoría de la fecundación como inicio de la vida, otorgándole el estatuto jurídico de persona al embrión desde su concepción, así señala que “(...) [a]l describir la segmentación de las células que se produce inmediatamente después de la fecundación, se indica que en el estadio de tres células existe un minúsculo ser humano y a partir de esa fase todo individuo es único, rigurosamente diferente de cualquier otro. En resumen, en cuanto ha sido concebida, una persona es una persona y

desechar o eliminar embriones, o preservarlos para transferencia en ciclos subsecuentes de la misma paciente o de otras pacientes.

Artículo 11.- Quedan absolutamente prohibidas las maniobras de manipulación del código genético del embrión, así como toda forma de experimentación sobre el mismo.

Artículo 12.- Queda absolutamente prohibido comerciar con células germinales -óvulos y espermatozoides- para ser destinados a tratamiento de pacientes en técnicas de reproducción asistida, sean éstas homólogas o heterólogas.

Artículo 13.- El incumplimiento de las disposiciones aquí establecidas faculta al Ministerio de Salud para cancelar el permiso sanitario de funcionamiento y la acreditación otorgada al establecimiento en el que se cometió la infracción, debiendo remitirse el asunto en forma inmediata al Ministerio Público y al Colegio Profesional respectivo, para establecer las sanciones correspondientes.

¹⁸¹ *Ibíd.*, F.J. III

estamos ante un ser vivo, con derecho a ser protegido por el ordenamiento jurídico, según se demuestra de seguido. Esta segunda posición es acorde con las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos vigentes en Costa Rica” ¹⁸²¹⁸³. Por lo que, a los embriones en su calidad de seres humanos les asiste la protección de los instrumentos internacionales¹⁸⁴, declarando que no existen seres humanos de distinta categoría, es decir, la diferenciación de la vida *intra* y *extra* uterina no es óbice para el sacrificio de los derechos de unos sobre otros.

Segundo, desde esa perspectiva, analizando el uso de la FIV (fecundación *in vitro*) conjuntamente con el derecho a la vida y a la dignidad de las personas, concluye que se da una instrumentalización de la vida humana, en especial de los *nascituri* toda vez que estos son sujetos de derecho y no objetos. Así sostiene que “*el desarrollo de las técnicas de reproducción asistida ha posibilitado que muchas parejas estériles alrededor del mundo consigan tener hijos. Sin embargo, es preciso cuestionar si todo lo científicamente posible es compatible con las normas y principios que tutelan la vida humana (...) y hasta qué punto, la persona humana admite ser objeto o resultado de un procedimiento técnico de producción*”. Sin embargo, “*cuando el objeto de la manipulación técnica es el ser humano, como en la Técnica de Fecundación In vitro y Transferencia de Embriones el análisis debe superar el plano de lo técnicamente correcto o efectivo. Debe prevalecer el criterio ético que inspira los instrumentos de Derechos Humanos (...): el ser humano nunca puede ser tratado como un simple medio, pues es el único que vale por sí mismo y no es en razón de otra cosa*”¹⁸⁵. Desde

¹⁸² *Ibíd.*, F.J. V.

¹⁸³ En otras latitudes y en años posteriores el mismo razonamiento fue realizado por el Tribunal Constitucional en la STC EXP. N° 02005-2009-PA/TC, de fecha 16 de octubre de 2009.

¹⁸⁴ a) El art. I de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre el cual afirma que “*todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad a la seguridad de su persona*”; b) por el art. 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de igual redacción al instrumento anterior; c) el art. 6.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos el cual señala que “*el derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente*”; d) el art. 4 del Pacto de San José de Costa Rica donde la protección a la vida en palabras de la Sala costarricense es mucho más elaborada. Así el art. 1.2 regula que *persona es todo ser humano* y el art. 3 que toda persona “*tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica*”.

¹⁸⁵ *Ibíd.*

este punto de vista el embrión *“es un sujeto de derecho y no un mero objeto, debe ser protegido igual que cualquier otro ser humano”*¹⁸⁶. Concluyendo que *“la tesis contraria permitiría admitir que [el concebido] sea congelado, vendido, sometido a experimentación e, incluso, desechado”*.

Tercero, tomando en cuenta el principio precautorio, la Corte Constitucional concluye que las TERAS, en especial la FIV, son altamente invasivas, ya que la manipulación de los embriones para su implantación puede traer consigo su muerte, aunado a las secuelas que pueden producirse por la crioconservación de los embriones. Señala que *“el embrión humano es persona desde el momento de la concepción, por lo que no puede ser tratado como 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 constitucionalmente que sea expuesto a un riesgo desproporcionado de muerte. Ha quedado claro a este Tribunal que durante la ejecución de la técnica FIVET, se transfieren al útero los embriones previamente fecundados en laboratorio a sabiendas de que la mayor parte de ellos está destinada a no generar un embarazo: no van a seguir una gestación normal, pues no se implantan, o bien se implantan pero su desarrollo se interrumpe a causa de un aborto espontáneo (...) 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. No es de recibo tampoco el argumento de que en circunstancias naturales también hay embriones que no llegan a implantarse o que aun logrando la implantación, no llegan a desarrollarse hasta el nacimiento, sencillamente por el hecho de que la aplicación de la FIVET implica una manipulación consciente, voluntaria de las células reproductoras femeninas y masculinas con el objeto de procurar una nueva vida humana, en la que se propicia una situación en la que, de antemano, se sabe que la vida humana en un porcentaje considerable de los casos, no tiene posibilidad de continuar”*¹⁸⁷.

¹⁸⁶ *Ibíd.*

¹⁸⁷ F.J. IX

De lo acotado, es rescatable que la Corte Constitucional de manera implícita define parte del contenido del derecho a la reproducción al excluir de él el uso de las TERAS. Así, sostiene que la expectativa legítima a tener un hijo (o como lo referí líneas arriba a procrearse) no es justificación para el uso de cualquier técnica o avance tecnológico, más aún cuando pone en peligro la integridad de los embriones. De ese modo, la Corte apostaría por la reproducción entendida como aquel acto natural que perpetúa la especie, donde quedan proscritas cualquier tipo de manipulaciones por medios de las TERAS, a pesar que se pretenda lograr como un noble fin la dación de nueva vida. De ese modo, existe un derecho a reproducirse y no un derecho al hijo, descartando los intereses personales que pretenden ser logrados a toda costa.

4.2. El Caso Artavia¹⁸⁸

A consecuencia de la sentencia emitida por la Corte Constitucional de Costa Rica (en adelante CIDH) donde se declaró inconstitucional el uso de las TERAS (FIV y transferencia embrionaria) nueve parejas demandan internacionalmente al Estado de San José de Costa Rica debido a que la sentencia acotada afectaba su derecho a la integridad personal, libertad personal y vida personal y familiar, aunado al daño moral ocasionado.

La Corte Interamericana falla a favor de los demandantes, para lo cual recojo los argumentos pertinentes a esta investigación.

Primero, lo que trata de dilucidar la CIDH es que si el fallo de la Corte Constitucional costarricense es acorde a los instrumentos internacionales, tales como el art. 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos¹⁸⁹ (en adelante CADH). Parte de la misma forma de raciocinio que la Corte Costarricense, al realizar todo un estudio jurídico sobre la personalidad del *nascituri* y si la utilización de las TERAS puede afectarles. En este punto, la CIDH arriba a una conclusión distinta a la de

¹⁸⁸ Para una mayor comprensión y profundización del tema, se puede consultar el resumen oficial de la sentencia en: http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia/ficha.cfm?nId_Ficha=235&lang=es

¹⁸⁹ Artículo 4.1.- Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

la Corte costarricense¹⁹⁰. Así señala que, desde el sentido corriente, el término concepción ha cambiado ya que al momento en que se redactó la CADH se tenía un criterio distinto en atención a los avances científicos que determinaron el momento exacto del inicio de la vida. En tal sentido acoge la teoría de la implantación¹⁹¹ de embrión en el vientre materno, concluyendo que antes de dicha implantación no puede hablarse de una personalidad jurídica, ya que no existe certeza de la viabilidad del embrión. Así realiza una distinción, antes de la implantación los embriones (o pre-embryones¹⁹²) son simplemente bienes jurídicos¹⁹³ que necesitan ser protegidos, los cuales pueden ser sacrificados a favor de la consecución de otros derechos como el del uso de las TERAS para la obtención del deseado hijo. Posterior a ellos, se puede hablar de propiamente se puede hablar de un ser humano con personalidad jurídica.

Segundo, partiendo de esa premisa, la CIDH señala que el derecho a tener hijos biológicos a través del acceso a las TERAS forman parte del ámbito (o contenido) de los derechos a la integridad personal, la libertad personal y la vida privada y familiar¹⁹⁴ (o como lo mencioné líneas

¹⁹⁰ En el párrafo 176 señala que “*para efectos de la interpretación del art. 4.1, la definición de persona está anclada en las menciones que se hacen en el tratado respecto a la concepción y al ser humano, término cuyo alcance debe valorarse a partir de la literatura científica*”.

¹⁹¹ El párrafo 181 recoge la opinión del perito Zegers acerca de la implantación del embrión, el cual fue acogido por la CIDH, desoyendo las opiniones en contra. Así se señala que “*que cuando se firmó la Convención Americana en 1969, la Real Academia de la Lengua Española definía concepción como “acción y efecto de concebir”, “concebir” como “quedar preñada la hembra” y “fecundar” como “unirse el elemento reproductor masculino al femenino para dar origen a un nuevo ser. La Corte observa que el Diccionario actual ha mantenido las definiciones casi por completo las definiciones de las palabras anteriormente señaladas. Asimismo, el perito indicó que una mujer ha concebido cuando el embrión se ha implantado en su útero [...]. [L]a palabra concepción hace referencia explícita a la preñez o gestación [, que] comienza con la implantación del embrión [...] ya que la concepción o gestación es un evento de la mujer, no del embrión. Sólo hay evidencias de la presencia de un embrión, cuando éste se ha unido celularmente a la mujer y las señales químicas de este evento pueden ser identificadas en los fluidos de la mujer. Esta señal corresponde a una hormona llamada Gonadotropina Coriónica y lo más precoz que puede ser detectada es 7 días después de la fecundación, con el embrión ya implantado en el endometrio*”

¹⁹² El término fue acuñado en la doctrina francesa y es recogido por la CIDH para distinguir a los embriones implantado de los que aún se encuentran por implantar. Vid. Párrafo 184.

¹⁹³ Vid. Párrafo 165.

¹⁹⁴ Vid. Párrafo 273.

arriba al libre desarrollo de la personalidad y a fundar una familia). Así, sostener la absolutidad del derecho a la vida para la limitación de los derechos acotados no tiene sustento en la CADH. Respecto a la afectación de la intimidad, señalan que al haberse prohibido la practicas de las TERAS (FIV) en el país de origen de los demandantes trajo consigo que expongan su intimidad en los países extranjero donde realizaron los tratamientos¹⁹⁵; en relación a la afectación de la autonomía personal y del proyecto de vida, la prohibición afecto en gran medida los planes de vida de las parejas demandantes ya que no se les permitió en su país seguir los tratamientos (TERAS) para superar la infertilidad, por lo que tuvieron que cambiar toda su organización personal e irse a otras latitudes a realizarse dichos tratamientos¹⁹⁶; finalmente en atención al derecho a la integridad psicológica, al negárseles el uso decayeron en una profunda depresión sumado a un “torbellino de dolor” por no permitirles ser padres¹⁹⁷. Concluyendo en ese punto, que se ha producido una discriminación indirecta por discapacidad ya que al encontrarse en una situación de vulnerabilidad los demandantes son titulares de una protección especial, por lo que no basta un deber de abstención del Estado. Se parte del hecho que la CIDH considera a la infertilidad como una enfermedad, por lo que cualquier limitación a su superación o tratamiento supone una violación de los derechos de las personas que lo padecen y por ende una discriminación.

Tercero, finalmente respecto a la “controversia” alegada por la Corte Constitucional costarricense acerca de la pérdida innecesaria de embriones en el uso de las TERAS (FIV), la CIDH señala que la pérdida embrionaria se produce tanto en los embarazos naturales como en los que se utilizan la FIV por lo que considera desproporcionado pretender una protección absoluta del embrión respecto a un riesgo inherente incluso en los procesos donde no interviene las FIV¹⁹⁸, a pesar que existan debates sobre el tema. Enunciando como única salvaguarda que corresponde a las instituciones que apliquen las TERAS provean “a las estructuras celulares” las mejores condiciones para que se pueda desarrollar la potencialidad de ser persona¹⁹⁹.

¹⁹⁵ Vid. Parágrafo 279.

¹⁹⁶ Vid. Parágrafo 281.

¹⁹⁷ Vid. Parágrafos 282-284

¹⁹⁸ Vid. Parágrafo 321

¹⁹⁹ *Ibid.*

4.3. Crítica a la sentencia del Caso Artavia y postura personal

Como se ha visto a lo largo de la presente investigación, un sector doctrinal ha defendido el uso de las TERAS como un derecho de las personas a tener un hijo por el medio que sea, con tal de satisfacer las necesidades personales disfrazadas de una aparente enfermedad (esterilidad e infertilidad). Tal como se observa en la sentencia de la CIDH *in commento*, se ha defendido el derecho de las parejas a su integridad, y libertad, no obstante, se ha olvidado al ser humano por nacer o *nasciturus*. En tal sentido, recojo las principales implicancias de las TERAS en los no nacidos, las cuales han sido ignoradas por la sentencia de la CIDH.

En primer lugar, es de resaltar que la CIDH sigue una estructura parecida a la de la sentencia de la Corte Constitucional de Costa Rica, en el sentido que parte de la premisa básica y fundamental de determinar qué es lo que se protege. Empero, como se observa a lo largo de la sentencia de CIDH, se aparta de los criterios dados por la Corte Constitucional costarricense. Así pues, hace una distinción innecesaria, a mi criterio, de los embriones implantados de lo no implantados, denominando a éstos pre-embryones. Acto seguido, señala que éstos no tienen la calidad de personas, en el sentido jurídico, en base a la adopción de la polémica postura de la implantación. De ese modo concluye que a los embriones no implantados no les alcanza la protección del art. 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, siendo considerados bienes jurídicos de preponderante protección.

Desde esa perspectiva, aunque la CIDH no lo diga de manera explícita, acepta que sobre estos “bienes jurídicos” se puedan aplicar o practicar cualquier tipo de experimentación, además de las TERAS. De ese modo, la CIDH ha creado todo un armatoste legal para la permisión del uso de las TERAS no solo en el país demandado, sino que sus argumentos pueden ser utilizados por cualquier ciudadano en cuyo país las CIDH tenga competencia.

Así pues, se ha producido una completa degradación de la dignidad humana, estableciéndose de modo legal a partir de tal o cual momento se es persona. Es de criticar que la CIDH acoge como postura la teoría de la implantación, la cual en el ámbito científico no se encuentra exenta de críticas. Yerra al obviar que existen posturas como la de la concepción,

que son menos restrictivas en derechos para los embriones. El mismo razonamiento es acogido al momento de analizar la pérdida embrionaria por el uso de las TERAS (FIV), limitándose simplemente exhortar una salvaguarda a quien utilice dichas técnicas, dejando en una simple advertencia en el papel.

Como puede apreciarse, en ambos criterios mencionados, existe una total desprotección de los derechos de los *nascituri*, ya que la pretensión de la CIDH ha sido en todo momento proteger los “derechos” de los padres a tener una hijo de lo cual se derivará su bienestar conyugal y moral (psicológico)²⁰⁰. De ese modo, se protege a quien puede realizar una labor de defensa de sus derechos, dejando de lado a la parte más débil. Así la CIDH ha omitido, al parecer adrede, las interpretaciones *pro debilis*, *pro homine* y el principio precautorio de los derechos humanos, para preferir la justificación de un inexistente derecho al hijo por medio del uso de las TERAS derivados del derecho a la libertad y a la salud. En una situación similar, hace unos años se encontró nuestro Tribunal Constitucional cuando realizó el análisis de la constitucionalidad de la distribución del Anticonceptivo Oral de Emergencia (AOE), del cual recojo algunos fundamentos que son relevantes para la presente investigación.

En la STC EXP. N.º 02005-2009-PA/TC, analiza el hecho que si la distribución del AOE y su uso trae consigo efecto abortivo o lesivos en los embriones, similar situación a la analizada por el Corte Constitucional de Costa Rica, análisis que fue obviado convenientemente por la CIDH. Desde ese punto de vista, para la defensa de las embriones frente al uso

²⁰⁰ Paul Díaz al referirse a la interpretación según el sentido corriente de los términos del art. 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos realiza una crítica al señalar que la interpretación hecha sobre el derecho a la vida de los embriones no viene dada por el modo como se ha interpretado los términos en devenir del tiempo, ni por el modo cómo han sido utilizado por los países signatarios de la Convención, sino que responden a criterios subjetivos de los jueces. Por ejemplo, el presidente de la Corte, Diego García Sayán, así como la jueza Margarete May Macaulay manifestaron en su oportunidad opiniones pro-aborto, por lo cual no llama la atención que se hayan emitido pronunciamientos de esta envergadura en favor de la limitación al derecho a la vida. En Paul Díaz, A. *La Corte Interamericana In vitro. Comentarios sobre su Proceso de Toma de Decisiones a Propósito del Caso Artavia* [en línea]. <https://www.academia.edu/3754483/La_Corte_Interamericana_in_Vitro_Comentario_sobre_su_Proceso_de_Toma_de_Decisiones_a_Prop%C3%B3sito_del_Caso_Artavia_Murillo>[Consulta: 29 de diciembre de 2015]. Pág. 303.

de AOE, se acoge la teoría de la concepción²⁰¹ no por convicciones religiosas, sino por fundamentos jurídicos que atañen a los derechos fundamentales, tales como el art. 1 del Código Civil peruano y el mismo art. 4.1 de la CADH, la cual es clara sobre al particular²⁰². Similar razonamiento debió ser acogido por la CIDH al momento de analizar la implicancia iusfundamental del uso de la TERAS en embriones. Por el contrario, realizó una interpretación completamente restrictiva, que lejos de afianzar la protección de quienes no pueden defender sus derechos, los rebajó a una categoría de bienes jurídicos por el simple hecho de no haber completado una etapa dentro del desarrollo humano.

A criterio de la CIDH se es persona y, por tanto, ser humano cuando nos implantamos en el vientre materno, antes de esto sólo somos bienes jurídicos, se olvida que en la etapa pre-implantatoria sé es tan persona y ser humano como en la post-implantatoria, por lo que la protección nos atañe desde el principio mismo de la concepción, por ser ésta una postura que amplifica la protección del derecho a la vida. En tal sentido, si bien la CIDH realiza un análisis *pro homine* de los derechos fundamentales, los hace simplemente en relación a la parte demandante y no en un sentido totalizador de las partes implicadas. Como puede verse a lo largo de toda la sentencia, se habla del derecho del derecho a los padres al uso de las TERAS, al derecho al hijo, al derecho al bienestar, a la libertad, etc.; pero nunca se enuncia ni un solo análisis positivo acerca del derecho de los embriones, los cuales son la piedra en el zapato para la CIDH. Entonces, ¿dónde está la aplicación *pro homine* de los derechos?, si la misma señala que ante interpretaciones o posiciones contradictoria, se deberá favorecer a aquella que sea menos restrictivas. Si tal como se

²⁰¹ El F.J. 38 de la STC EXP. N.º 02005-2009-PA/TC señala que “(...) este Colegiado se decanta por considerar que la concepción de un nuevo ser humano se produce con la fusión de las células materna y paterna con lo cual se da origen a una nueva célula que, de acuerdo al estado actual de la ciencia, constituye el inicio de la vida de un nuevo ser. Un ser único e irreplicable, con su configuración e individualidad genética completa y que podrá, de no interrumpirse su proceso vital, seguir su curso hacia su vida independiente. La anidación o implantación, en consecuencia, forma parte del desarrollo del proceso vital, mas no constituye su inicio. Por lo demás, aun cuando hay un vínculo inescindible entre concebido-madre y concepción-embarazo, se trata de individuos y situaciones diferentes, respectivamente; pues es la concepción la que condiciona el embarazo y no el embarazo a la concepción, y es el concebido el que origina la condición de mujer embarazada, y no la mujer embarazada la que origina la condición de concebido”

observa, se invitaron como *amici curiae* a una serie de peritos que postulaban cada uno la defensa de la teoría de la concepción e implantación, entonces por qué no se evaluaron a la luz del bienestar del *nascituri*, el cual no puede agenciarse de una defensa técnica que defienda sus intereses.

Siguiendo la línea argumentativa del Sentencia del Tribunal Constitucional peruano, la CIDH no ha realizado un análisis de las implicancias de las TERAS desde el punto de vista del principio precautorio. Dicho principio señala que “[e]ntre ellos: a) la existencia de una amenaza, un peligro o riesgo de un daño; b) la existencia de una incertidumbre científica, por desconocimiento, por no haberse podido establecer evidencia convincente sobre la inocuidad del producto o actividad aun cuando las relaciones de causa-efecto entre éstas y un posible daño no sean absolutas, o incluso por una importante controversia en el mundo científico acerca de esos efectos en cuestión; y, c) la necesidad de adoptar acciones positivas para que el peligro o daño sea prevenido o para la protección del bien jurídico como la salud, el ambiente, la ecología, etc.”²⁰³ Aplicando los supuestos enumerados al Caso Artavia, tenemos que con respecto:

- a) La existencia de una amenaza o peligro o daño, en un primer momento la Corte Constitucional costarricense señaló que el uso de las TERAS (FIV) trae inevitablemente la elevada pérdida embrionaria, toda vez que en la transferencia de los embriones al útero materno muchos no llegan a implantarse o algunos son rechazados por el organismo de la mujer. De ese modo, la pérdida embrionaria es causa directa de la manipulación hecha por terceros por el uso de las TERAS, es decir, es una consecuencia, aunque buscada y conocida, no sólo por los profesionales de la salud, sino también por los “pacientes”. La CIDH, en su defensa acoge que esta no es una razón suficiente, ya que también existen pérdidas embrionarias en los embarazos donde se han practicado las TERAS. A lo que puedo realizar una crítica, que la CIDH no repara que la causa de las pérdidas, en los embarazos “normales” son producto de la propia naturaleza y biología del cuerpo de la mujer, mientras que en las fecundaciones artificiales (TERAS) la razón de ser tiene relación directa por la aplicación de un método científico

²⁰³ F.J. 49

que introduce al útero de 4 a 6 embriones (óvulos fertilizados) de los cuales existen probabilidades que al menos uno pueda implantarse y desarrollarse²⁰⁴. Entonces, no se puede realizar un mismo tratamiento a los “*acti dei*” y a los “*acti principis*”, ya que en éstos últimos existe una voluntad deliberada de manipular y se conocen las consecuencias de dicha manipulación: la muerte de los embriones que no se implantaran.

- b) Existencia de una incertidumbre científica sobre la inocuidad del uso de las TERAS. En este punto, conviene traer a colación que la incertidumbre o duda razonable fue uno de los fundamentos pilares para declarar inconstitucional la distribución del AOE en el caso peruano, toda vez que no existía certeza de su carácter abortivo. Ahora bien, en el caso que nos ocupa existieron dos pronunciamientos periciales contradictorios al respecto, los cuales pueden generar una duda razonable. Por un lado, el perito Zergers-Hochschild quien expresa que la pérdida de embriones no es consecuencia de la manipulación devenida del uso de la técnica (TERA), sino del proceso natural del cuerpo humano²⁰⁵. Por su parte los peritos Garza y Caruso afirman que en el caso del uso de las TERAS (FIV) la pérdida embrionaria es más alta que la de un embarazo natural. Por lo que se aprecia, los peritos especializados no se ponen de acuerdo sobre los efectos abortivos del uso de las TERAS, lo mismo que ocurrió en el caso del AOE, por lo que se debió proceder del mismo modo que en el caso peruano, ante una duda razonable se deberá favorecer la situación menos restrictiva, esto es la prevalencia del derecho a la vida de los embriones sobre un inexistente derecho al hijo y al uso de las TERAS, no por la absolutidad del primero sino que se debe preponderar además los intereses de la parte más débil (*pro debilis*) sobre simples expectativas que bien pueden o no llevarse a cabo, como lo son el deseo de ser padres. Para mi sorpresa, pudiendo salvaguardar el derecho a la vida de los embriones la CIDH va por una salida poco aplaudible, señalando que “*no le corresponde analizar a profundidad cuál perito tiene la razón en estos temas que son*

²⁰⁴ Véanse las posturas contradictorias de los peritos Zergers-Hochschild y Garza. En párrafo N° 308 de la Sentencia del Caso Artavia.

²⁰⁵ Párrafo 308

*ajenos a la experiencia de la Corte*²⁰⁶ parcializándose por la postura de la parte demandante.

- c) Sobre la necesidad de realizar salvaguardas al derecho lesionado, al haberse determinado la probabilidad de lesión en el derecho a la vida de los embriones por la existencia de una duda razonable, la CIDH debió seguir los argumentos de la Corte Constitucional costarricense que, en el mismo sentido del Tribunal Constitucional peruano, salvaguardó el derecho a la vida de los embriones sobre los de la libertad de autodeterminación reproductiva. Debió confirmar la prohibición de la práctica de las TERAS, hasta que se compruebe con un grado máximo de certeza que éstas no producen lesiones en los embriones o en su defecto se apliquen nuevas técnicas que reduzcan *ad minimun* dichos riesgos²⁰⁷.

En segundo lugar, se critica los efectos no regulados por la CIDH, que trascienden propiamente a la aplicación directa de las TERAS pero que se derivan como consecuencia.

Como he referido en los capítulos precedentes tanto las TERAS homólogas como heterólogas tienen aparejas una serie de consecuencias jurídicas que no son del todo fácil de resolver.

Así, en apariencia, en el caso de las TERAS homólogas no existiría problemática alguna ya que se utiliza el material genético de los pacientes (esposos o convivientes). Sin embargo, a medida que las relaciones interpersonales entre los pacientes se van tornando más complejas (separaciones, divorcios o muerte de alguno de ellos) los resultados de la aplicación de las TERAS también adquieren dicha calidad. Cito algunos ejemplos en el caso que las parejas se divorcien o separen, así tenemos: a) cuando las parejas deciden congelar sus gametos, y a pesar de la separación uno de ellos decide fertilizarse sin la autorización del otro; b) en el mismo supuesto anterior, pero uno de las personas fallece y el cónyuge o pareja superviviente decide fecundarse; c) cuando existen embriones crioconservados y al separarse la pareja se

²⁰⁶ Parágrafo 309

²⁰⁷ Para un mayor abundamiento sobre el tema de interpretación de derechos véase: Castillo Córdova, L. F. *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*. Lima: Palestra Editores, 2009.

disputan “la propiedad” de dichos embriones; d) en el mismo supuesto anterior, se solicita la destrucción de dichos embriones.

Como puede apreciarse, los problemas derivados de este tipo de técnicas se encuentran relacionados con el tema de determinación de la paternidad que se hace mucho más complejo ya que no ha existido voluntad de “ser padre” por parte de uno de los cónyuges o pareja. Del mismo, el problema se acrecienta en el caso de los embriones criopreservados, los cuales se encuentran en un letargo indeterminado hasta que exista una resolución judicial que decida sobre ellos, que en muchos casos se opta por la destrucción de los mismos. Finalmente, respecto a la fecundación *post-mortem*, a la problemática de la filiación se le debe agregar las dificultades sucesorias, ya que la fecundación puede darse antes o después de la dilación de la herencia²⁰⁸.

En relación a las TERAS heterológicas, donde los gametos son de un tercero o el portador del embrión es una madre sustituta, es aún mucho más complejo, ya que en la mayoría de los casos los problemas que surgen se encuentran relacionados con la determinación de la filiación del menor, ya que en la mayoría de los ordenamientos legales se rige por el principio *mater certa semper est*. En lo que se distinguen algunos supuestos: a) cuando los gametos son de los cónyuges o pareja de convivientes, pero el portador del embarazo es un tercero; b) cuando los gametos pertenecen a uno de los cónyuges y aun tercero y el portador del embarazo es una tercera; c) cuando los gametos pertenecen a unos terceros y el portador del embarazo es otra tercera; d) cuando uno de los gametos pertenece a uno de los cónyuges o pareja de convivientes y el otro pertenece a la tercera que porta el embarazo. En tales casos, estos supuestos han sido un partidero de cabeza para los jueces quienes decidirán ya no en base a los principios del derecho común, sino a los del interés superior del menor.

²⁰⁸ Para una mayor profundización del tema véanse: Gómez De La Torre, M. *La fecundación in vitro y la filiación*. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1993; Morán de Vicenzi, C. *El concepto filiación en la fecundación*. Lima: Ara Editores, 2004 y Gonzales Pérez, M. *La verdad biológica en la determinación de la filiación*. Madrid: Dykinson, 2013.

La jurisprudencia nacional ha sido muy pobre al respecto, si bien se emitió la Casación N° 5003-2007²⁰⁹ la cual tenía un trasfondo relacionado con la inseminación artificial y ovodonación, la Corte Suprema perdió la oportunidad de pronunciarse sobre el particular y establecer o precisar las reglas aplicables al presente caso. La Casación en mención se limitó a resolver temas procesales relacionados con la legitimidad de la demandante, a pesar que la parte material del proceso tenía relación con la filiación e identidad del menor²¹⁰.

En conclusión, me atrevo a afirmar que las TERAS lejos de solucionar una aparente enfermedad y ser la panacea a todos los padecimientos reproductivos posibles, no hacen más que violentar los derechos fundamentales de aquellos hijos deseados a todo precio. Como se ha visto, para la permisión de su aplicación se cuestiona la humanidad y personalidad de los embriones, desoyendo el mandato del respeto de su dignidad. Acto seguido, se hace oídos sordos de las daños directos y queridos derivados del uso de dichas técnicas como los abortos espontáneos que rechazan los embriones sobreimplantados. Ahora, las lesiones no se agotan en la vida intrauterina, sino que éstas trascienden a la vida independiente, ya que no sólo se discutirá el derecho a la vida del embrión, sino su identidad biológica y civil. Entonces ¿de qué técnica curativa se habla? Desde esa perspectiva, concuerdo con la prohibición decretada por la Corte Constitucional costarricense, no obstante, los argumentos pudieron ser mejores en el sentido del carácter absoluto del derecho a la vida, con el fin que no pudieran ser rebatidos ante la CIDH, que lejos de ser un órgano supranacional de protección de derechos, ha demostrado que priman sobre los fundamentos jurídicos criterios meramente personales, desoyendo inclusive pareceres científicos.

²⁰⁹ Casación N° 5003-2008, publicada el 3 de septiembre de 2008 en el Diario Oficial El Peruano.

²¹⁰ A modo de resumen el caso es el siguiente: Mnica Cedina Oblitas Chicoma en representación de su menor hijo Olsen Fabricio Quispe Oblitas demanda la impugnación de reconocimiento de maternidad contra María Alicia Alfaro Dávila por el reconocimiento efectuado por esta a la menor Beatriz Alicia Alvarado Dávila. El argumento se centra en que la demandante alega que la demandada no es la madre biológica de la menor, toda vez que fue fecundado con óvulo de una tercera y el semen de su esposo, quien no prestó consentimiento para dicho acto, utilizando la ovodonación prohibida en la Ley General de Salud.

CONCLUSIONES

1. El desarrollo tecnológico ha permitido al hombre que, por medio de las Técnicas de Reproducción Asistida, pueda ver concretizado su más grande anhelo, el de perpetuar su especie. Sin embargo, el abuso de éstas técnicas ha permitido un sinnúmero de atentados contra los derechos de los nascituri, en afán de tener al bebe perfecto.
2. Las Técnicas de Reproducción Asistida, no pueden ser medios permitidos por el Derecho para poder tratar aquellos casos de esterilidad o infertilidad u otra pretensión personal o social, a pesar que se argumente un aparente derecho a la reproducción o la mínima lesividad en los derechos fundamentales del no nacido
3. En la legislación internacional, en especial la de Derechos Humanos, no existe una regulación del derecho a la reproducción de modo explícito, en su lugar se habla de la “libertad reproductiva”, en el sentido de decidir libremente el número de hijos que se desea tener, sin desarrollar propiamente su contenido y alcances.
4. Se puede predicar la existencia del derecho a la reproducción desde dos vías constitucionales. Será necesario distinguir, que en las Constituciones donde se haya regulado expresamente el derecho al libre desarrollo de la personalidad, puede el derecho de la reproducción regularse como una libertad independiente (libertad reproductiva) tal como en su momento se hizo con otras libertades, tales como la de expresión, religión, reunión, trabajo etc. En tal sentido, la técnica legislativa elegida sería la explicitación de un

nuevo derecho en base al contenido de un derecho viejo. En el caso de los ordenamientos constitucionales, donde no se haya regulado expresamente el derecho al libre desarrollo de la personalidad, existen dos opciones, la primera de ellas que se explicita referido derecho por medio del contenido nuevo de un derecho viejo o que éste nazca como un derecho ex novo, basando en una actividad interpretativa que puede hacerse desde la dignidad humana fundamento último de cualquier derecho. Por lo que, dependerá del sistema constitucional y del catálogo de derecho regulado, para determinar que técnica interpretativa utilizar.

5. El derecho a la reproducción no puede ser reducido a una simple libertad, toda vez que existe una actividad positiva y negativa por parte del Estado, que no necesariamente entraña el establecimiento de TERAS
6. El derecho a la reproducción vendría a estar dado por todos aquellos actos naturales para la consecución de la prole, más no un derecho de conseguirlo a cualquier precio, sacrificando derechos y libertades, por lo que su primer límite, no vendría dado por la ley sino por la naturaleza misma.
7. A pesar de los pronunciamientos de la jurisprudencia internacional, se ha logrado determinar la personalidad jurídica de los nascituri, toda vez que el derecho a la vida protege todas las etapas de formación del ser humano, tanto intra como extra uterinas.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

ALAEZ CORRAL, B. (2003). Minorías de edad y derechos fundamentales. Madrid: Tecnos.

ALEXY, R. (1993). Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

BASTIDA FREIJEDO, F. J. (2004). Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución de 1978. Madrid: Tecnos.

BIDART CAMPOS, G. (1989). Teoría General de los Derechos Humanos. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México.

CANOSO USERA, R. (2006). El derecho a la integridad personal. España: Editorial Lex Nova

CASTAÑEDA, M. (2014). El principio por persona. Experiencias y Expectativas. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

CASTILLO CÓRDOVA, L. F. (2005). Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general. Lima: Palestra Editores.

ESPINOZA ESPINOZA J. (1990) Estudio de Derecho de las personas. Lima: (S/N).

- GARCIA SAN MIGUEL, L. (1995). El libre desarrollo de la personalidad. Madrid: Publicaciones de la Universidad de Alcalá.
- GÓMEZ DE LA TORRE, M. (1993). La fecundación in vitro y la filiación”. Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. (1994). El derecho de reproducción asistida. Madrid: Marcial Pons.
- GONZÁLES PÉREZ, M. (2013). La verdad biológica en la determinación de la filiación. Madrid: Dykinson.
- GUTIERREZ CAMACHO, W. (Coordinador) (2003). Código civil comentado por los 100 mejores especialistas. Lima: Gaceta Jurídica.
- GUTIÉRREZ CAMACHO, W. (2003). Código Civil comentado. Tomo II- Derecho de familia. Lima: Gaceta Jurídica.
- HÜBNER GALLO, J. (1993). “Los Derechos Humanos, Historia - Fundamento – Efectividad”. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- LEGAZ Y LECAMBRA, L. (1979). Filosofía del Derecho. Barcelona: Bosch.
- LLEDÓ YAGÜE, F. (1988). Fecundación Artificial y Derechos. Madrid: Tecnos.
- LOPEZ MARTÍN, G. et CARNERERO CASTILLA, R. (2008). Textos de Derecho Internacional Público. Madrid: Iustel.
- MARRADES PUIG, A.I. (2002). Luces y sombras del derecho a la maternidad: Análisis jurídico de su reconocimiento. Valencia: Editorial Universitat de Valencia.
- MILLÁN PUELLES, A. (1976). Sobre el hombre y la sociedad. Madrid: Rialp.
- MORÁN DE VICENZI, C. (2004). El concepto filiación en la fecundación. Lima: Ara Editores.

- PASTOR RIDRUEJO, J. A. (2007). Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales. Madrid: Tecnos.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. (2004). Lecciones de Derechos Fundamentales. Madrid: Dykinson.
- PÉREZ LUÑO, A. (1997). Teoría del derecho: una concepción de la experiencia jurídica. Madrid: Tecnos.
- RENGIFO, T. (1988). Estudios sobre los aspectos jurídicos de la biotecnología reproductiva humana en el Perú. Lima: Editorial San Marcos.
- RODRÍGUEZ-CADILLA PONCE, M. (1997). Derecho Genético. Técnicas de Reproducción Humana Asistida, su trascendencia jurídica en el Perú. Lima: Editorial San Marcos.
- RUBIO CORREA, M. (1995). El Ser Humano como Persona Natural. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- SÁNCHEZ AGESTA, L. (1991). Sistema político de la Constitución española. Madrid: Edersa.
- SÁNCHEZ FERRIZ, R. (1989). Estudio sobre las Libertades. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- SCHWABE, J. (Compilador). (2009). Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán: Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe. Montevideo: Fundación Konrad Adenauer.
- SERRANO RUÍZ-CALDERÓN, J.M. (1993). Bioética, poder y derecho. Madrid: Universidad Complutense.
- SPAEMANN, R. (1980). Lo natural y lo racional: Ensayos de antropología. Madrid: Rialp.
- SPAEMANN, R. (1988). Sobre el concepto de dignidad humana. Madrid: Edersa.

VARSÍ ROSPIGLIOSI, E. (1995). *Derecho Genético. Principios Generales*. Trujillo: Editora Normas Legales.

VARSÍ ROSPIGLIOSI, E. (2001). *Derecho Genético*. Lima: Editorial Grijley.

VILLALOBOS BOBADILLA, K. (2011). *El libre desarrollo de la personalidad como fundamento universal de la Educación*. (Obra colectiva). San José de Costa Rica: CNPPPK-UNFPA.

YEPES STORK, R. (1979). *Fundamentos de antropología: un ideal de excelencia humana*. Pamplona: EUNSA

ZARRALUQUI SÁNCHEZ EZNARRIAGA, L. (1988). *Procreación asistida y derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos.

REVISTAS

ALKORTA IDIÁKEZ, I. *El caso Evans y el derecho a no ser forzado a procrear*. *Revista de Derecho Genético*, N° 24.

ALKORTA IDIÁKEZ, I. *Nuevos límites del derecho a procrear*. *Derecho Privado y Constitución*, 20.

AMADOR JIMÉNEZ, M. *Biopolíticas y Biotecnologías: Reflexiones sobre la maternidad subrogada en la India*. *CS. Colombia*, 6.

BISCARO BEATRIZ, R. *El Desconocimiento o Impugnación de la Paternidad en los casos de Inseminación Artificial Heteróloga*. *Revista Jurídica Argentina La Ley*, Tomo 1987-B.

BOZA DIBÓS, B. *Los adelantos de las ciencias y la permeabilidad del Derecho. Reflexiones en torno a la reproducción humana asistida*. *Revista de Derecho*. Pontificia Universidad Católica del Perú.

CARPIO MARCOS, E. *Los derechos no enumerados en la Constitución y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. *Gaceta Constitucional*, 5.

- CASTILLO CÓRDOVA L. *Justificación y significación dos derechos constitucionales implícitos*. Gaceta Constitucional, 5.
- DE MIGUEL BERIAIN, I. (2008). *¿Existe un derecho a la identidad genética?* ARBOR: Ciencia, Pensamiento y Cultura, CLXXXIV.
- DEL MORAL FERRER, A. *El libre desarrollo de la personalidad en jurisprudencia constitucional Colombia*. Cuestiones Jurídicas Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta, VI, 2.
- DÍAZ MUÑOZ, O. *La vida del concebido ante el Tribunal Constitucional. Comentario a la Sentencia 02005-2009-PA/TC sobre la píldora del día siguiente*. Revista de Derechos Humanos, vol. 1.
- GUSTINI, R. *“Derechos”. Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*. Barcelona.
- MARTÍNEZ MORÁN, N. *La dignidad de la persona ante el desafío de la bioéctecnología*. Misión Jurídica Revista de Derecho y Ciencias Sociales, 1.
- MARTÍNEZ SOSPEDRA, M. *La seriedad de los derechos*. Revista de derecho público, 48-49
- MIRANDA BOBADILLA, H. *La dignidad humana en la jurisprudencia de la corte constitucional italiana*”. Revista de Ciencias Jurídicas, 119.
- NOGUEIRA ALCALÁ, H. *Los derechos Contenidos en los Tratados de Derechos Humanos como Parte del Parámetro de Control de Constitucionalidad: La Sentencia Rol N° 786 – 2007*. Tribunal Constitucional. Estudios Constitucionales, Vol. 5, 2.
- REBOLLO DELGADO, L. *Constitución y técnicas de reproducción asistida*. Boletín de la Facultad de Derecho, 16.

RODRÍGUEZ LÓPEZ, D. *Nuevas Técnicas de Reproducción Humana: El útero como objeto de contrato*. *Revista de Derecho Privado Nueva Época*, año IV, 11.

SÁENZ DÁVALOS, L. *La cláusula de los derechos no enumerados y su aplicación en la jurisprudencia del tribunal constitucional*. *Revista Peruana de Jurisprudencia*, 13.

SIVERINO BAVIO, P. *Revista Peruana de Ginecología y Obstetricia*, 58.

RECURSOS ELECTRÓNICOS

ALAEZ CORRAL, B. *El ejercicio de los derechos fundamentales por el menor de edad* [en línea]. Disponible en: <http://www.redalyc.org/pdf/2932/293222932011.pdf>.

ASOCIACIÓN MÉDICA MUNDIAL. *Resolución de la Asociación Médica Mundial sobre las Técnicas de Reproducción Asistida* [en línea]. Disponible en: <http://www.wma.net/s/policy/r3htm>

CARRANZA LATRUBUSSE G. *Las perplejidades de los Derechos Humanos (A propósito del fallo de la Corte IDH en el caso “Artavia Murillo y otros c. Costa Rica”)* [en línea]. Disponible en: https://www.google.com.pe/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&ved=0ahUKEwjT6OaUsJvKAhXJwiYKHRbZD70QFggtMAI&url=http%3A%2F%2Fwww.psi.unc.edu.ar%2Fadarc%2Fflas-perplejidades-de-los-derechos-humanos-a-proposito-del-fallo-de-la-corte-idh-en-el-caso-artavia-murillo-y-otros-vs.-costa-rica%2Fat_download%2Ffile&usg=AFQjCNGQ6wEVk8jLoL1WVgBIOIR5HZvrEw&sig2=EUF_XV4ZzgrUFVfrq7pKEg.

CASTILLO CÓRDOVA. L. *La persona jurídica como titular de derechos fundamentales* [en línea]. Disponible en: http://pirhua.udel.edu.pe/bitstream/handle/123456789/2073/Persona_juridica_como_titular_derechos_fundamentales.pdf?sequence=1

- CHÍA, E. et CONTRERAS P. *Análisis de la Sentencia Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) Vs. Costa Rica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* [en línea]. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002014000100015&script=sci_arttext.
- CONTRERAS VÁSQUEZ, P. *¿Derechos implícitos? Notas sobre la identificación de normas de derecho fundamenta* [en línea]. Disponible en: http://www.pcontreras.net/uploads/9/6/2/1/9621245/contreras_2011_derechos_implcitos_.pdf.
- FEMENÍA LÓPEZ, P. J. *Status jurídico civil del embrión humano, con especial consideración al concebido "in vitro"* [en línea]. Disponible en: <http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/3491>.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. *Algunas reflexiones jurídico-constitucionales sobre el derecho a la reproducción humana y las nuevas técnicas de reproducción asistida* [en línea]. Disponible en: <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:Derechopolitico-1988-26-BF8BB2B2&dsID=PDF>.
- ISLES SOTO, E. *Aproximación y alcances del derecho a la procreación* [en línea]. Disponible en: <http://www.redalyc.org/pdf/3600/360033192008.pdf>.
- MÉNDEZ RAÍGUEZ, V. *Las relaciones entre bioética y derecho. Revista de Bioética y derecho* [en línea]. Disponible en: <http://www.raco.cat/index.php/RevistaBioeticaderecho/article/view/124426/172420>.
- MIR CANDAL, L. *La maternidad intervenida. Reflexiones en torno a la maternidad subrogada* [en línea]. Disponible en: http://www.unesco.org.uy/ci/fileadmin/shs/redbioetica/revista_1/Leila.pdf.
- PAUL DÍAZ, A. *El estatuto del no nacido en la Convención Americana: Un Ejercicio de Interpretación* [en línea]. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122012000100004.

PAUL DÍAZ, A. *El estatuto del no nacido en la Convención Americana: Un Ejercicio de Interpretación* [en línea]. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122012000100004.

PAUL DIAZ, A. *La Corte Interamericana In vitro. Comentarios sobre su Proceso de Toma de Decisiones a Propósito del Caso Artavia* [en línea]. Disponible en: https://www.academia.edu/3754483/La_Corte_Interamericana_in_Vitro_Comentario_sobre_su_Proceso_de_Toma_de_Decisiones_a_Prop%C3%B3sito_del_Caso_Artavia_Murillo.

PRADO HERRERA, J. C. *El contenido esencial de los derechos fundamentales según el Tribunal Constitucional* [en línea]. Disponible en: www.raejurisprudencia.com.pe/data-jurisprudencial/descargas.php%3Fp%3D93+%&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=pe.

RESTREPO OSPINA, A. M. *Acercamiento conceptual a la dignidad humana y su uso en la Corte Constitucional colombiana* [en línea]. Disponible en: <http://tesis.udea.edu.co/dspace/bitstream/10495/1982/1/Acercamiento%20conceptual%20a%20la%20dignidad%20humana%20y%20su%20uso%20en%20la%20Corte%20Constitucional%20en%20Colombia.pdf>.

ROBERSTON, J. *Children of Choice: Freedom and the new reproductive Technologies* [en línea]. Disponible en: https://books.google.com.pe/books?id=YxGONrvqMgsC&pg=PA3&source=gbs_toc_r&cad=3#v=onepage&q&f=false.

ROMERO CASANOBA, C. M. *El estatuto Jurídico del Embrión Humano* [en línea]. Disponible en: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20151108_03.pdf.

SANTILLÁN SANTA CRUZ, R. *Goce de los derechos vs. Capacidad de goce. Hacia una correcta interpretación del artículo 3 del Código Civil* [en línea]. Disponible en: <http://www.itaiusesto.com/wp-content/uploads/2015/06/SANTILLAN-SANTA-CRUZ.pdf>

SILVA IRARRÁZAVAL, L. A. *La protección de la vida humana entre paréntesis. Comentario Crítico a la sentencia Artavia Murillo y Otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica, de la corte Interamericana de Derechos Humanos* [en línea]. Disponible en: http://www.udp.cl/descargas/facultades_carreras/derecho/pdf/anuario/2013/016_Silva.pdf.

SOSA SACIO J. M. *Derechos constitucionales no enumerados y derecho al libre desarrollo de la personalidad* [en línea]. Disponible en: http://www.academia.edu/3827691/Derechos_constitucionales_no_enumerados_y_derecho_al_libre_desarrollo_de_la_personalidad.

VEGA GUTIÉRREZ A. M. *Ética, legalidad y familia en las técnicas de reproducción humana asistida* [en línea]. Disponible en: dadun.unav.edu/bitstream/10171/17211/1/IC_XXXV-70_09.pdf.

ZÚÑIGA, F. *Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en caso Artavia Murillo y otros (Fecundación un vitro) Vs. Costa Rica* [en línea]. Disponible en: <http://docplayer.es/4496726-Sentencia-de-la-corte-interamericana-de-derechos-humanos-en-caso-artavia-murillo-y-otros-fecundacion-in-vitro-vs-costa-rica.html>.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

- Cas. N° 4323-2010, publicada el 31 de agosto de 2010 en el Diario Oficial El Peruano.
- Cas. N° 5003-2007, publicada el 6 de mayo de 2008 en el Diario Oficial El Peruano.
- Cas. N° 5003-2007, publicada el 6 de mayo de 2008 en el Diario Oficial El Peruano.
- Cas. N° 0563-2011, publicada el 6 de diciembre de 2011 en el Diario Oficial El Peruano.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STC Exp. N° 2488-2002-HC/TC.
- STC Exp. N° 06534-2006-PA/TC.
- STC Exp. N° 3771-2004-HC/TC.
- STC EXP. N° 02005-2009-PA/TC.
- STC Exp. N° 00008-2012-PI/TC.
- STC Exp. N° 00008-2012-PI/TC.
- STC Exp. N° 0004-2005-AI/TC.
- STC Exp. N° 0007-2005-AI/TC.
- STC Exp. N° 0007-2006-PI/TC.
- STC Exp. N° 0051-2004-AI/TC.
- STC Exp. N° 02005-2009-PA/TC.
- STC Exp. N° 03046-2007-PHC/TC.
- STC Exp. N° 0895-2001-AA/TC.

- STC Exp. N° 0895-2001-AA/TC.
- STC Exp. N° 0895-2011-AA/TC.
- STC Exp. N° 1257-2000-AA/TC.
- STC Exp. N° 1797-2002-HD/TC.
- STC Exp. N° 2064-2004-AA/TC.
- STC Exp. N° 2868-2004-AA/TC.
- STC Exp. N° 4124-2004-HC/TC.
- STC Exp. N° 7435-2006-PC/TC.
- STC Exp. N°1158-2007-PHC/TC.
- STC Exp. N°2915-2004-HC/TC.
- STC Exp. N° 0004-2005-AI/TC.
- STC Exp. N° 0007-2005-AI/TC.
- STC Exp. N° 0030-2005-PI/TC.
- STC Exp. N° 0034-2004-AI/TC.
- STC Exp. N° 0042-2004-AI/TC.
- STC Exp. N° 0050-2004-AI/TC.
- STC Exp. N° 0050-2004-AI/TC.
- STC Exp. N° 0051-2004-AI/TC.
- STC Exp. N° 02273-2005-PHC/TC.

- STC Exp. N° 02273-2005-PHC/TC.
- STC Exp. N° 04677-2004-PA/TC.
- STC Exp. N° 1417-2005-PA/TC.
- STC Exp. N° 417-2005-PA/TC.
- STC Exp. N° 0895-2001-AA/TC.

JURISPRUDENCIA EXTRANJERA

- Sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Exp. 95-001734-0007-CO, del 15 de marzo de 2000 [en línea]. Disponible en: http://www.nacion.com/ln_ee/2000/octubre/12/sentencia.html.
- Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia C-176/93, del 6 de mayo de 1993
- Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-1086/10, del 10 de abril de 2010
- Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-532/92, del 23 de setiembre de 1992.
- Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana, T-395/98, del 3 de agosto de 1998.
- Sentencia del Tribunal Federal Alemán, Sentencia –1 BvR 253/56
- Sentencia del Tribunal Federal Alemán, Sentencia –1 BVerfGE 90,145; 09