TESIS PUCP

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
FACULTAD DE DERECHO

La fertilización *in vitro* y el debate sobre el estatuto del no nacido

Tesis para optar el Título de Abogada que presenta la bachillera:

Sarah Lucía Carracedo Uribe

Asesora: Rocío Villanueva Flores

Lima, julio 2015

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

TESIS PUCP

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

INDICE GENERAL

Índice de tabla 5

Índice de figuras 6

Introducción 7

Capítulo 1:

Una aproximación a la bioética en el estado constitucional 15

1. Orígenes de la bioética 15

2. ¿Qué es la bioética? 17

2.1. La bioética y su relación con la filosofía 18

2.2. La teoría de los principios: ¿una teoría bioética o una propuesta metodológica? 21

2.2.1. Nuevos principios a tomar en cuenta 28

3. Bioética y estado constitucional 38

3.1. La dimensión material de la Constitución del estado constitucional y su relación con la bioética 41

Capítulo 2:

Las técnicas de reproducción asistida 47

1. Antecedentes de las técnicas de reproducción asistida 47

2. La fertilización i*n vitro* y la transferencia de embriones 52

3. Las TRA y su relación con los derechos fundamentales de las personas 55

3.1. El derecho a la salud reproductiva 56

3.2. Los derechos sexuales y reproductivos 58

3.3. Los derechos reproductivos y los problemas de fertilidad 65

3.4. Otros derechos fundamentales involucrados en las TRA: la libertad, la vida

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

TESIS PUCP

privada, la familia, la integridad, la información, el progreso científico y la dignidad humana 72

Capítulo 3:

El estatuto del no nacido 88

1. Breves apuntes sobre el estatuto biológico del embrión 91

1.1. Las etapas biológicas iniciales del no nacido 97

2. Algunas teorías sobre la personalidad moral del no nacido 100

3. El estatuto jurídico del no nacido 126

3.1. La jurisprudencia comparada 127

3.2. La jurisprudencia internacional 138

3.2.1. La protección del no nacido en el Sistema Universal de Derechos Humanos 140

3.2.2. La protección del no nacido en el Sistema Europeo de Derechos Humanos 145

3.2.3. Algunas instituciones europeas 155

3.2.4. La protección del no nacido en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos 159

3.3. La jurisprudencia peruana 175

3.4. Las disposiciones jurídicas peruanas en torno a la protección del no nacido 187

3.4.1. Antecedentes del artículo 2.1 de la Constitución peruana de 1993 189

3.4.2. Otras disposiciones jurídicas vigentes 199

4. El estatuto jurídico del embrión en el derecho peruano a la luz de la jurisprudencia de la Corte IDH 201

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

TESIS PUCP

Capítulo 4:

Dos desafíos concretos: los embriones sobrantes y la maternidad subrogada 206

1. Los embriones sobrantes 207

1.1. La crioconservación de embriones 209

1.1.1. La utilización de los embriones crioconservados por la propia mujer o por su cónyuge 216

1.1.2. La donación de embriones crioconservados con fines reproductivos 217

1.1.3. La donación de embriones crioconservados con fines de investigación 218

1.1.4. El cese de la conservación de embriones 221

2. La maternidad subrogada 222

Conclusiones 240

Bibliografía 246

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

TESIS PUCP

Índice de tabla

Tabla 1: Principios de la bioética 34

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

TESIS PUCP

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

Índice de figuras

Figura 1. La fecundación 94

Figura 2. Desarrollo del cigoto desde el estado bicelular hasta el de mórula 95

Figura 3. La implantación 96

Figura 4. Protección jurídica del no nacido en el derecho peruano 203

Figura 5. Los embriones sobrantes 209

Figura 6. Anuncio de vientre de alquiler (I) 222

Figura 7. Anuncio de vientre de alquiler (II) 223

Figura 8. Anuncio de vientre de alquiler (III) 223

Figura 9. Anuncios de vientre de alquiler (IV) 224

Figura 10. Anuncio de vientre de alquiler (V) 224

Figura 11. Anuncio de vientre de alquiler (VI) 225

Figura 12. Anuncio de vientre de alquiler (VII) 225

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

TESIS PUCP

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

Introducción

En el último siglo, los avances científicos en el campo de la medicina se han incrementado notablemente. El aspecto reproductivo de las personas no es ajeno a esta revolución de la ciencia y, actualmente, las técnicas de reproducción asistida son una alternativa útil y eficiente para que lo inimaginable hace algunos años sea hoy realidad: personas infértiles pueden tener hijos biológicos, enfermedades hereditarias pueden ser diagnosticadas y tratadas desde la etapa embrionaria, espermatozoides, óvulos y embriones pueden ser conservados durante mucho tiempo y, posteriormente, utilizados sin inconvenientes, entre otros.

Se calcula que en el mundo existen, aproximadamente, cinco millones de personas gracias a las técnicas de reproducción asistida[1]. Según las estadísticas de la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida, entre los años 1990–2011, en América Latina, 114,279 personas fueron concebidas mediante estas técnicas[2]. Brasil, Argentina y México son los países que encabezan la lista de mayor número de personas nacidas gracias a una técnica de reproducción asistida[3]. Perú ocupa el sexto lugar con 4,927 personas; es decir, con el 4.3% del total de personas concebidas por una técnica de reproducción asistida en América Latina[4]. Pese a ello, las técnicas de reproducción

[1] CORTE IDH. *Caso Artavia Murillo y otros ("Fertilización in vitro") vs. Costa Rica*. Sentencia de 28 de noviembre de 2012, párr. 66.

[2] Para este cálculo se toman en cuenta los datos registrados por diversos centros médicos acreditados ante la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela (ZEGERS-HOCHSCHILD, Fernando. *Registro latinoamericano de reproducción asistida: Primer registro multinacional caso por caso.* Mayo 2013, <http://www.redlara.com/images/arq/RLA%20Panama%20Final.ppt>)

[3] Ibídem. En Brasil, 50,775 personas son producto de una técnica de reproducción asistida. En Argentina, 23,289 y en México, 15,140 personas.

[4] Ibídem. El país con menos personas nacidas gracias a las técnicas de reproducción asistida es Paraguay, con 12 personas.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

humana asistida no son pacíficamente aceptadas y las diversas preocupaciones sobre su uso (o abuso) las convierten en un tema constantemente debatido en todo el mundo.

Las técnicas de reproducción asistida constituyen una realidad compleja que plantea diversos desafíos éticos y jurídicos: ¿Solo las personas infértiles deben someterse a una técnica de reproducción asistida?, ¿cuántos embriones deben transferirse al vientre de la mujer?, ¿pueden elegirse las características físicas del futuro hijo?, ¿qué hacer con los embriones sobrantes?, ¿pueden comercializarse los embriones?, ¿debe prohibirse el vientre de alquiler? Generalmente, todas las interrogantes que la reproducción asistida genera afectan convicciones y creencias de fuerte arraigo emocional y, por ello, encontrar respuestas que satisfagan a todos se torna sumamente difícil, por no decir imposible.

La bioética es la disciplina que, entre otros, se dedica a la reflexión ética sobre las necesidades, beneficios, problemas, riesgos y desventajas de las técnicas de reproducción asistida en la vida de las personas. De esta manera, desde la bioética es posible llegar a conclusiones que, posteriormente, serán el punto de partida para el tratamiento jurídico de este *boom* científico en materia reproductiva al que el Derecho no debe permanecer indiferente.

Las técnicas de reproducción asistida generalmente no son reguladas mediante normas jurídicas. En el Perú, estas técnicas no son objeto de regulación jurídica específica. La Ley General de Salud (Ley N° 26842) solo dedica un artículo a estas intervenciones médicas y dispone que: “Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción humana 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".

La ausencia de normas concretas en torno las técnicas de reproducción asistida es una realidad que muchos países de la región comparten. Aunque en diversos ordenamientos jurídicos latinoamericanos existen algunas disposiciones relativas a ciertas prácticas que dichas técnicas involucran (por ejemplo, sobre la clonación, la maternidad subrogada o la donación de gametos), solo Uruguay regula las técnicas de reproducción asistida de manera puntual[5].

Argentina tiene una ley nacional que garantiza el acceso a la reproducción asistida[6] y un reglamento[7] que, sin embargo, no contienen disposiciones específicas sobre aspectos clave de estas técnicas. ¿Cuántos embriones pueden transferirse al vientre de la mujer en una fertilización *in vitro*?, ¿qué sucede con los embriones sobrantes en los procedimientos?, ¿puede realizarse un diagnóstico genético preimplantacional al embrión?, ¿puede la mujer elegir el sexo del futuro bebé? son algunas cuestiones que no están contempladas en la legislación argentina.

En Costa Rica, luego del pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que declaró que la prohibición absoluta de la fertilización *in vitro*

[5] Ley 19.167, publicada en el diario oficial el 29 de noviembre de 2013 y su reglamento, el decreto 69/014 publicado el 24 de marzo de 2014.
[6] Ley 26.862, publicada en el boletín oficial el 26 de junio de 2013.
[7] Decreto 956/2013, publicado el 23 de julio de 2013.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

en dicho país vulneraba diversos derechos humanos protegidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Poder Ejecutivo costarricense presentó, a inicios de 2013, un proyecto de ley[8]. Actualmente dicho proyecto aún no es aprobado por la Asamblea Legislativa de Costa Rica.

En el Perú, el 15 de noviembre de 2012 se presentó un proyecto de ley que regula la reproducción humana asistida[9]. Dicha iniciativa legislativa tiene como objeto regular de manera específica la aplicación de las técnicas de reproducción asistida. Ahora bien, salvo lo relativo a la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, a las infracciones y sanciones y otras cuestiones que la vigente ley española sobre técnicas de reproducción asistida regula[10], los 16 artículos que el proyecto peruano contiene son copia fiel de la ley de España. Este proyecto fue remitido, para su estudio y dictamen, a las comisiones de Justicia y Derechos Humanos y de Salud y Población. La Comisión de Justicia y Derechos Humanos emitió, en junio de 2014, un predictamen que recomendaba la conformación de una comisión especial con el fin de que se realizara un análisis más riguroso sobre las técnicas de reproducción asistida y se elaborara un anteproyecto de ley[11]. Actualmente, el proyecto de ley N° 1722/2012-CR no está aprobado y según la página web del Congreso de la República su estado es "en comisión".

[8] *Ley de fecundación in vitro y transferencia de embriones humanos* (expediente N° 18738).
[9] Proyecto de ley N° 1722/2012-CR.
[10] Ley 14/2006, de 27 de mayo de 2006, sobre técnicas de reproducción humana asistida. En concreto me refiero a los capítulos V (Centros sanitarios y equipos biomédicos), VI (Comisión nacional de reproducción humana asistida), VII (Registros nacionales de reproducción asistida) y VIII (Infracciones y sanciones). Todos estos no han sido incorporados a la iniciativa legislativa peruana.
[11] El 26 de agosto de 2014 se presentó el proyecto de ley N° 3744/2014-CR que crea la comisión especial encargada de elaborar el anteproyecto de ley de reproducción humana asistida. Actualmente, tal propuesta está a la espera de que la Comisión de Salud y Población emita el dictamen correspondiente.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

El 11 de marzo de 2013 se presentó el proyecto de ley N° 2003/2012-CR mediante el cual se pretende modificar el artículo 7 de la Ley General de Salud en lo referido al uso de técnicas de reproducción asistida. Esta iniciativa legislativa no regula de manera exhaustiva la aplicación de dichas técnicas sino que se limita a establecer, en términos amplios, su acceso. En tal sentido, el proyecto N° 2003/2012-CR dispone que la aplicación de las técnicas de reproducción asistida deben ser autorizadas por el Juzgado de Familia y/o Mixto del domicilio de los solicitantes a través de un proceso no contencioso y que la solicitud para el sometimiento a una técnica de reproducción asistida debe estar acompañada de un informe médico que acredite la infertilidad, así como la conveniencia del tratamiento. Dicho proyecto de ley fue remitido a la Comisión de Salud y Población y actualmente no está aprobado. De acuerdo con la página web del Congreso su estado es "en comisión".

El 30 de octubre de 2013 fue presentado el proyecto de ley N°2839/2013-CR. Aunque esta iniciativa no regula las técnicas de reproducción asistida, está directamente relacionada con estas pues su objetivo es regular la maternidad subrogada. En concreto, dicho proyecto de ley modifica el artículo 7 de la Ley General de Salud en lo relativo al "vientre de alquiler" y autoriza, en términos generales, la maternidad subrogada parcial y sustituta. Según la propuesta de ley, dicha práctica implica que el embrión proveniente de la unión de los gametos de una pareja puede ser implantado en el vientre de otra mujer siempre que ella acepte la gestación de manera altruista. La Comisión de Salud y Población aún no dictamina la mencionada iniciativa legislativa.

Las técnicas de reproducción asistida están directamente relacionadas con diversos derechos e intereses de quienes intervienen en estas. En ese sentido, cuando

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

surge un conflicto de derechos, son los médicos y los privados quienes actualmente lo resuelven según sus parámetros éticos y profesionales y con el riesgo de no atender a los principios vigentes en un Estado constitucional.

Ante el panorama descrito, la presente tesis busca ser un aporte al debate jurídico de las técnicas de reproducción asistida y, en especial, al de la fertilización *in vitro*. En efecto, solo en este tipo de técnica centro mi interés y atención debido a su complejidad y al contacto directo que los especialistas mantienen con el embrión. Así pues, considero necesario partir de un análisis bioético encuadrado en un mínimo ético consensuado: los derechos fundamentales.

El primer capítulo, "Una aproximación a la bioética en un estado constitucional", contiene una introducción teórica a la bioética como disciplina multidisciplinaria orientada a analizar los problemas bioéticos de la ciencia médica, como es el caso de la fertilización *in vitro*. De este capítulo me interesa destacar, sobre todo, dos cuestiones: los principios bioéticos y la noción de una bioética compatible con el estado constitucional.

El segundo capítulo está dedicado a la descripción y explicación de la fertilización *in vitro* y la transferencia de embriones con el fin de dar respuestas a algunas interrogantes como: ¿en qué consiste esta técnica?, ¿cómo es el procedimiento?, ¿cuáles son los procedimientos auxiliares necesarios y optativos para quienes se someten a una? Este capítulo también aborda la relación de la fertilización *in vitro* con los derechos fundamentales de las personas, pues la decisión de ser madre y/o padre en sentido biológico gracias a la ciencia reproductiva implica el ejercicio de

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

diversos derechos y libertades. En ese sentido, desarrollo, en atención a la jurisprudencia peruana, comparada e internacional, los derechos involucrados en la fertilización *in vitro*, otorgando especial relevancia a los derechos reproductivos, así como al problema de la infertilidad como enfermedad.

El tercer capítulo es, sin lugar a dudas, el meollo de la cuestión de la fertilización *in vitro*: el estatuto del no nacido. En una fertilización *in vitro* el embrión nace gracias a los médicos y puede ser manipulado en tanto así lo deseen los futuros padres (se puede vitrificar por años o practicarle una biopsia). ¿Qué valor moral debe atribuírsele al no nacido y qué tratamiento jurídico debe recibir? es la pregunta clave que trato de responder en este capítulo.

En este orden de ideas, explico, en primer lugar, el estatuto biológico del embrión y, con evidencia científica, describo hechos que suceden durante el embarazo y las etapas más iniciales del embrión. En segundo lugar, desarrollo y critico algunas teorías sobre la personalidad moral del no nacido que pretenden determinar desde qué momento este debe ser considerado una persona, optando más bien por una teoría gradualista que considera que la protección del no nacido dependerá del estadio prenatal en que este se encuentre. La última parte del tercer capítulo la dedico al estatuto jurídico del no nacido a la luz de la jurisprudencia comparada e internacional. En consecuencia, reviso cuatro interesantes sentencias de altas cortes de justicia que tratan la despenalización del aborto, pero cuyos argumentos en torno al estatuto del no nacido pueden trasladarse a la discusión de la fertilización *in vitro*: la sentencia N° 53/1985, de 11 de abril de 1985, del Tribunal Constitucional de España; la sentencia C-355/06, de 10 de mayo de 2006, de la Corte Constitucional de Colombia; la sentencia sobre la

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007, de 28 de agosto de 2008, de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, y la sentencia N° 0206/2014, de 5 de febrero de 2014, del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. También analizo ciertos pronunciamientos de instancias internacionales sobre el no nacido y hago hincapié en los del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Para culminar, me detengo en el derecho peruano y evalúo su jurisprudencia en torno a la protección del no nacido e interpreto diversas disposiciones jurídicas con el fin de encontrar una respuesta adecuada a la cuestión del no nacido en el marco de la fertilización *in vitro*.

El último capítulo, el capítulo cuarto, está dedicado a dos desafíos concretos que la fertilización *in vitro* trae consigo: el destino de los embriones sobrantes y la maternidad subrogada. En virtud de los principios de la bioética y de los derechos fundamentales involucrados establezco pautas generales que considero que deben tomarse en cuenta para una eventual regulación jurídica.

La fertilización *in vitro* y todos los desafíos que esta plantea no son temas sencillos de debatir ni de resolver. La discusión en torno a estos no está cerrada y, como lo mencioné, la presente tesis pretende ser un aporte más a la reflexión constitucional sobre el avance científico en el ámbito reproductivo en el contexto peruano.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

TESIS PUCP

Capítulo 1: Una aproximación a la bioética en el estado constitucional

1. Orígenes de la bioética

Todo parece indicar que son las atrocidades cometidas por los científicos y médicos nazis (investigaciones con seres humanos, eutanasias de "débiles" y prácticas eugenésicas realizadas en los campos de concentración) durante la Segunda Guerra Mundial lo que llevó a reflexionar sobre los riesgos del progreso científico. Esta toma de conciencia mundial se tradujo en la adopción de diversos instrumentos internacionales, cuyo objetivo central fue la protección de los derechos humanos de las personas frente al auge de la ciencia. Para citar algunos ejemplos, empiezo por el Código de Nüremberg de 1947, que constituyó "el primer conjunto de reglas internacionales que relaciona ética médica y derechos humanos. Tras él, las Declaraciones de la Asociación Médica Mundial en Helsinki (1964), en Tokio (1975) y en Manila (1980) incidieron en el principio fundamental de que hombres y mujeres no pueden ser un simple objeto para la ciencia" [12].

Las repercusiones sociales del impulso tecnológico y científico llamaron la atención de filósofos, abogados y religiosos, preocupados por los aspectos éticos del uso o mal uso de la ciencia en el ámbito de la salud. Esta preocupación dio origen a la bioética.

En el ámbito de la salud, que es el que aquí me interesa, el quehacer de los médicos está tradicionalmente regido por los códigos deontológicos, en virtud de los cuales ante una

[12]CASADO GONZÁLEZ, María. "¿Por qué bioética y derecho?". *Acta Bioethica*, vol. 8, N° 2, 2002, p. 185.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

eventual infracción, el profesional responsable asume la sanción correspondiente. Estos códigos ya no son suficientes para establecer los "deberes morales" de los médicos frente al progreso tecnológico y científico y los dilemas éticos que este genera[13].

En el Perú, el código de ética y deontología del Colegio Médico vigente cuenta con pocas disposiciones sobre la relación entre la ética y los avances científicos[14]. En el capítulo III, son seis artículos (artículos 27 al 32) los que regulan la actuación médica en el ámbito de las técnicas de reproducción asistida. En realidad, son disposiciones concretas que buscan regular un reducido número de cuestiones como el consentimiento informado; el carácter no patrimonial de los gametos, del material genético y de los tejidos; así como la prohibición de clonación de seres humanos y de la intervención médica en casos de maternidad subrogada.

Asimismo, en el capítulo VI, existen cinco artículos (del 43 al 47) en relación con la investigación con seres humanos. Nuevamente, estos están dirigidos a cuestiones tradicionales como la aprobación de la investigación por un órgano competente o el consentimiento del paciente.

En la actualidad es obvio que los problemas que el avance científico plantea superan altamente lo regulado en el código de ética y deontología del Colegio Médico peruano. Por lo tanto, es imprescindible una reflexión cuyo eje sea la dimensión ética

[13] Al respecto, Marina Gascón y Pablo de Lora sostienen que: "Si hasta entonces la ética médica, expresada en los códigos deontológicos, se ceñía básicamente a asegurar el ejercicio correcto de la medicina en un contexto de problemas más o menos acotado y sobre cuya solución deontológica existía un cierto acuerdo, ese planteamiento se muestra ahora insuficiente ante el aumento cuantitativo y cualitativo de los nuevos problemas éticos que se presentan". (GASCÓN, Marina y Pablo DE LORA. *Bioética. Principios, desafíos, debates*. Madrid: Alianza, 2008, p. 20).

[14] COLEGIO MÉDICO DEL PERÚ. *Código de ética y deontología*, Lima, octubre 2007.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

del ejercicio de aquellas profesiones que, en el marco de las nuevas tecnologías, tienen que lidiar con bienes tan preciados como la vida y la salud.

2. ¿Qué es la bioética?

No existe una definición unívoca de la bioética[15]. Etimológicamente, el término deriva del griego *bios* 'vida' y *ethos* 'costumbre'. El primero en acuñar dicho término fue Potter Van Rensselaer. Según este bioquímico, la bioética puede definirse como la disciplina orientada al "conocimiento de cómo emplear el conocimiento"[16]. En 1978, la primera edición de la Enciclopedia de Bioética de Warren T. Reich, la definió como "el estudio sistemático de la conducta humana en el área de las ciencias de la vida y la atención de la salud, analizadas a la luz de los valores y principios morales"[17]. En 1992, la bioética fue definida como "el examen crítico de los aspectos morales de las decisiones en el sistemático de la conducta humana en el campo de la atención de la salud"[18]. En la segunda edición de la citada enciclopedia, en 1995, Warren propuso una nueva definición: "el estudio sistemático de las dimensiones morales – incluyendo visiones, decisiones, conductas y políticas morales – de las ciencias de la vida y de la atención a la salud, empleando una variedad de metodologías éticas en un contexto interdisciplinario"[19].

[15] Soy consciente de que el campo de estudio de la bioética no se limita a los temas médicos (a la "bioética médica", como suelen llamarla algunos). Ella también reflexiona sobre temas concernientes al medio ambiente o a los animales. En adelante me referiré, exclusivamente, a la bioética en el ámbito de la salud humana y su relación con los avances científicos.

[16] VAN RENSSELAER, Potter. "Bioethics, the Science of Survival". *Perspectives in Biology and Medicine*, N° 14, 1970, 127-153.

[17] WARREN, Reich. *Encyclopedia of Bioethics*, vol. I, Nueva York: MacMillan Free Press, 1978, p. XIX.

[18] GOROVITZ, Samuel. "Bioethics". En: BECKER, Lawrence (editor), *Encyclopedia of Ethics*, Nueva York: Garland Publishing Inc, 1992.

[19] WARREN, Reich. *Encyclopedia of Bioethics*, segunda edición, Londres/Nueva York: Simon & Schuster y Prentice Hall International, 1995, p. XXI.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

Por su parte, la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de 2005, establece en su artículo 1.1 que: "La Declaración trata de las cuestiones éticas relacionadas con la medicina, las ciencias de la vida y las tecnologías conexas aplicadas a los seres humanos, teniendo en cuenta sus dimensiones sociales, jurídicas y ambientales"[20]. Finalmente, el diccionario de la Real Academia Española entiende por bioética la "aplicación de la ética a las ciencias de la vida"[21].

Más allá de los diversos significados del término *bioética*, puedo destacar que todos ellos inciden en la reflexión ética de los avances científicos en el ámbito de la salud.

Ahora bien, dadas las referencias a la ética o la moral en las definiciones mencionadas, es importante dilucidar cuál es el papel que tiene la filosofía en la bioética[22].

2.1. La bioética y su relación con la filosofía

Florencia Luna sostiene que existen dos modos de entender la relación bioética-filosofía. El primero es concebir a la bioética como ética aplicada, mientras que el segundo consiste en entenderla como una disciplina multidisciplinaria, donde la filosofía no cuenta con un rol protagónico[23].

---

[20] ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA EDUCACIÓN, LA CIENCIA Y LA CULTURA (UNESCO), *Declaración universal sobre bioética y derechos humanos*, octubre de 2005.
[21] REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la lengua española, vigésima tercera edición, 2014, <http://lema.rae.es/drae/?val=BIO%C3%89TICA>
[22] En adelante utilizaré los términos *ética* y *moral* indistintamente.
[23] LUNA, Florencia. *Ensayos de bioética. Reflexiones desde el sur*. México D.F.: Distribuciones Fontamara, 2001, p. 20.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

La ética aplicada es, según Peter Singer, aquella disciplina que aplica la ética o la moral a temas prácticos, a cuestiones sociales[24]. En ese sentido, "si la ética se define como filosofía moral y la bioética, en tanto ética aplicada, como una rama de la ética, la bioética es una forma menor de reflexión filosófica"[25]. Esta posición, si bien considera que la bioética tiene un objeto de estudio específico, estima que ella forma parte de la filosofía.

Quienes no están de acuerdo con esta forma de entender la bioética, cuestionan que haya una conexión entre teorías éticas remotas, formuladas con abstracción de circunstancias particulares, y los dilemas reales de la medicina, "dilemas ricos en detalles e inmersos en lo concreto"[26]. Así pues, el rechazo a "ubicar la bioética en el hogar filosófico proviene de la identificación de la filosofía con una actividad distante del quehacer comprometido con la transformación de la realidad"[27]. De ahí también la conocida frase de Stephen Toulmin: la "medicina ha salvado la vida de la ética"[28]. Y ello porque la medicina contribuye a que la filosofía moral se plantee "problemas normativos concretos que han obligado a los filósofos a abandonar el no siempre muy fecundo nivel de la metaética (…)"[29].

La otra posición, la del entendimiento de la bioética como una disciplina multidisciplinaria, la considera como la disciplina en la que todos aportan "sus conocimientos, puntos de vista y bagaje profesional a la construcción conjunta de

[24] SINGER, Peter. *Practical ethics*, tercera edición, Nueva York: Cambridge University Press, 2011, p. 1.
[25] LUNA, Florencia, óp. cit., p.21.
[26] Ibídem.
[27] FERRER, Jorge José. "La bioética como quehacer filosófico". *Acta Bioethica*, vol. 15, N° 1, 2009, p. 38.
[28] TOULMIN, Stephen. "How Medicine Saved the Life of Ethics". *Perspectives in Biology and Medicine*, N° 24, 1982, pp. 736–750.
[29] GARZÓN VALDÉS, Ernesto."¿Qué puede ofrecer la ética a la medicina?". *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, N°8, abril, p. 8.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

pautas que nos permitan tratar los problemas que las biotecnologías nos plantean"[30]. Esta postura propone que "en esta comprensión transdisciplinaria y global, la bioética, en virtud de su inspiración, es una ciencia de interfases; por consiguiente, no es una simple ética aplicada y normativa, como piensan algunos filósofos, y tampoco es correcto desmembrarla en bioéticas sectoriales sin interacción alguna"[31]. Es decir, más que de la filosofía moral, el quehacer de la bioética "exige que se incorporen los aportes de la biología y las demás ciencias de la vida. Pero también son indispensables las perspectivas de las ciencias sociales, el derecho, las filosofías tradicionales y hasta las diversas tradiciones religiosas y espirituales"[32].

De lo mencionado, no se sigue la exclusión de la filosofía de la reflexión bioética. Por el contrario, es importante precisar que "la bioética estudia y examina sistemáticamente los problemas morales en la medicina y, para ello, por medio de una argumentación cuidadosa, un razonamiento secuencial y la definición clara de los términos analiza convicciones, devela supuestos y cuestiona constantemente. En la medida que lo hace, su deuda con la filosofía es clara"[33].

Tal como lo sugiere Florencia Luna, considero que la bioética necesita de un enfoque equilibrado entre las dos posiciones reseñadas, pues "concentrar el discurso bioético solo en lo filosófico lleva a no tomar conciencia de los aportes significativos de otras disciplinas"[34]. Pero, por otro lado, "el papel de la reflexión filosófica es

[30] CASADO GONZÁLEZ, María, óp. cit., p. 184.
[31] CELY, Gilberto. *Bioética global*, Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana, 2007, p. 79.
[32] FERRER, Jorge José,.óp. cit., p. 39.
[33] LUNA, Florencia, óp. cit., p. 25.
[34] Ídem, p. 20.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

fundamental en este discurso"[35]. Por ello, coincido en que el diálogo interdisciplinario no debe "divorciarse" de la reflexión filosófica en los temas bioéticos; sino que, ambos deben complementarse. Comprender la bioética implica, entonces, reconocer que "su actitud y sus métodos de análisis son transdisciplinarios; [y que] su identidad y su hogar epistemológico último se encuentran en la filosofía"[36].

2.2. La teoría de los principios: ¿una teoría bioética o una propuesta metodológica?

Para dar respuestas a casos moralmente controversiales en relación con la vida y la salud (el aborto, la eutanasia, la donación o compra de órganos, los anticonceptivos), la bioética plantea diversos métodos. Entre estos, tiene especial relevancia la teoría de los principios, también conocida por sus críticos como "el principialismo".

En el año 1974, el Congreso de los Estados Unidos creó una comisión nacional con el fin de identificar los principios éticos que debían regir la investigación con personas (*National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research*). El 30 de setiembre de 1978, la mencionada comisión publicó las conclusiones de su tarea. A este documento final se le conoce como el *Informe Belmont sobre los principios éticos y orientaciones para la protección de los sujetos humanos en la investigación*[37]. Este informe establece tres principios éticos: el principio de respeto o autonomía de la persona, el principio de beneficencia y el principio de justicia.

---

[35] Ibídem.
[36] FERRER, Jorge José, óp. cit., p. 40.
[37] NATIONAL COMMISSION FOR THE PROTECTION OF HUMAN SUBJECTS OF BIOMEDICAL AND BEHAVIORAL RESEARCH. *Ethical Principles and Guidelines for the Protection of Human Subjects of Research (Belmont Report)*, 1978.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

Un año más tarde, en 1979, un miembro de dicha comisión estadounidense, Tom L. Beauchamp, junto a James F. Childress, publicó el libro *Principles of Biomedical Ethics*; el mismo que tiene sucesivas ediciones revisadas y corregidas, la última del año 2013[38]. La lectura de esta obra es hasta la actualidad una referencia obligatoria en el ámbito de la bioética. Esta publicación que, según los autores, presenta una teoría ética orientada únicamente a la resolución de cuestiones morales en el campo de la salud, hace suyos los principios del Informe Belmont: autonomía de la persona, beneficencia y justicia, pero añade el principio de no maleficencia.

La aceptación de los principios desarrollados por Beauchamp y Childress es generalizada en el mundo médico. Sus críticos, peyorativamente, llaman a esta obra "el 'mantra de Georgetown', en alusión al lugar de procedencia de sus autores y a la repetición mecánica que se hizo de ella al cansancio"[39]. Como lo he señalado, los cuatro principios son los siguientes:

Principio de autonomía

Según Beauchamp y Childress este principio implica reconocer la capacidad de autogobierno que cada persona tiene sobre sí. Ello significa el reconocimiento de la capacidad individual de todo ser humano de tener sus propias opiniones, convicciones y a elegir y actuar de acuerdo con ellas, sin interferencia de otros.

[38] BEAUCHAMP, Tom L. y James F. CHILDRESS. *Principles of Biomedical Ethics*, séptima edición, Oxford: Oxford University Press, 2013. Las referencias a las distintas ediciones de la obra de estos autores están citadas en: LUNA, Florencia y Arleen L. F. SALLES. *Bioética: nuevas reflexiones sobre debates clásicos*, Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2008, pp. 51 y ss.
[39] Ídem, p. 66.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

Este principio opera, por ejemplo, en el caso de las transfusiones de sangre a los testigos de Jehová quienes, por motivos religiosos, rechazan este tipo de intervenciones. Un médico que respeta el principio de autonomía del paciente no debería transfundir sangre a un testigo de Jehová mayor de edad[40].

Principio de no maleficencia

Este principio está asociado a la máxima *primum non nocere* ("ante todo no dañar" o "lo primero no dañar") utilizada tradicionalmente para determinar las responsabilidades de los profesionales sanitarios. El fin último del principio de no maleficencia es el de no causar daño intencionalmente al paciente. Según Marina Gascón y Pablo de Lora, "en la práctica clínica cualquier intervención produce potencialmente daños físicos y/o psíquicos, lo que el principio de no maleficencia incorpora como exigencia moral no es no dañar, sino no hacerlo innecesaria o desproporcionadamente en relación a los beneficios que se pretende obtener"[41].

Es el caso, por ejemplo, de un paciente cuyo único tratamiento presenta diversos efectos secundarios no conocidos en un 80%; incluyendo la muerte. En atención a este principio, el médico no debería brindar dicho tratamiento al paciente ya que, de lo contrario, se le estaría ocasionando un perjuicio que podría calificarse de intencional.

Principio de beneficencia

El principio de beneficencia se caracteriza por ser de naturaleza positiva. Este principio está orientado a ayudar activamente a hacer el bien, siempre en relación con

[40] Al respecto, pueden revisarse las sentencias T-411/94 de 19 de setiembre de 1994, T-474/96 de 25 de setiembre de 1996, T-659/02 de 15 de agosto de 2002 de la Corte Constitucional de Colombia.
[41] GASCÓN, Marina y Pablo DE LORA, óp. cit., p. 44.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

aquellos actos moralmente exigibles en el ámbito de la medicina, ya que no se trata de un ideal moral.

Por ejemplo, en el caso de producirse una hemorragia no prevista durante una cirugía, el médico tiene, en virtud del principio de beneficencia, la obligación de intervenir activamente para detenerla y mejorar la situación del paciente antes de proseguir con el procedimiento quirúrgico.

Algunos autores consideran que los principios de no maleficencia y beneficencia no son diferenciables. Beauchamp y Childress consideran que estos sí son distintos, a pesar de que no son "fácilmente separables, porque muchas cuestiones, especialmente en la ética biomédica, necesitan que se balanceen ambos conceptos"[42]. Manuel Atienza, al igual que Marina Gascón y Pablo de Lora, considera que son distintas caras de una misma moneda en tanto "ambas exigencias éticas forman más bien un *continuum*"[43].

Principio de justicia

Beauchamp y Childress reconocen que el contenido de este principio depende de la teoría de la justicia que se adopte ya que, en abstracto, este es vacío. Los autores citan así tres teorías: las igualitarias, las libertarias y las utilitaristas y, sin adherir una u otra, Beauchamp y Childress señalan que este principio debe buscar "proveer el mejor cuidado de la salud para todos los ciudadanos según sus necesidades y, simultáneamente, promover el interés a través de programas de contención del costo

[42] LUNA, Florencia y Arleen L. F. SALLES, óp. cit., p. 61.
[43] GASCÓN, Marina y Pablo DE LORA, óp. cit., p. 45. Manuel Atienza señala que "se trata más bien de un continuo, de manera que no hay separación tajante entre uno y otro principio". (ATIENZA, Manuel. *Bioética, derecho y argumentación*, segunda edición ampliada, Lima/Bogotá: Palestra/Temis, 2010, p. 43).

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

(…) igual acceso al cuidado de la salud para todos, incluyendo los indigentes, manteniendo un ambiente de libre mercado y competencia en el cuidado de la salud"[44].

El principio de justicia es aplicado cuando un médico brinda las mismas facilidades de acceso a los tratamientos a pacientes con los mismos diagnósticos; sin discriminación alguna.

La teoría de los principios elaborada por Beauchamp y Childress determina además que los cuatro principios son principios *prima facie*; es decir, estos obligan en la medida que no se contrapongan entre ellos. Si los principios entran en conflicto entre sí, deben ser ponderados según el caso concreto, pues no existe una jerarquía preestablecida entre ellos.

Como es de esperar, la teoría propuesta por Beauchamp y Childress no está exenta de críticas: Albert R. Jonsen y Stephen Toulmin la llaman la "tiranía de los principios"; Bernard Gert y Danner Clouser, el "principialismo" y, en España, Diego Gracia también muestra su insatisfacción[45].

[44] LUNA, Florencia y Arleen L. F. SALLES, óp. cit., pp. 64-65.

[45] Jonsen y Toulmin, también autores del informe Belmont, señalan que no es posible analizar problemas bioéticos a partir de principios "universalmente" aceptados cuando, en la realidad, nadie está de acuerdo sobre la fundamentación de esos principios. En ese sentido, consideran que es más adecuado retornar a la casuística y evaluar los problemas en función al caso concreto (Atienza, Manuel, óp. cit., pp. 44-46). Por otro lado, Bernard Gert y Danner Clouser centran su crítica, en términos generales, en dos cuestiones: la ausencia de una teoría moral en la fundamentación de los principios y la no especificidad de estos. Critican que estos no sean reglas, sino formulaciones muy abiertas e imprecisas. (LUNA, Florencia y Arleen L. F. SALLES, óp. cit., pp. 65-67). Finalmente, Diego Gracia advierte que necesariamente debe existir una jerarquización de los principios pues, al contener los cuatro fundamentaciones distintas, no es posible equiparar sus pesos ni ponderarlos para su aplicación al caso concreto (Atienza, Manuel, óp. cit., pp. 46-47).

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

TESIS PUCP

Un punto de crítica clave en la teoría de los principios es el de su fundamentación. Según los críticos, toda respuesta a un problema bioético debe estar fundamentada en una teoría moral y, ello, no ocurre con la propuesta de Georgetown. Si bien Beauchamp es utilitarista y Childress, un kantiano; sus principios no recogen ninguna teoría moral como fundamento último. Por el contrario, da la impresión de que, frente a cada situación concreta, los autores optan por una u otra teoría moral; incluso hasta el extremo de minimizar los desacuerdos que existen entre estas para tratar de conciliarlas.

La fundamentación de los cuatro principios tiene una gran importancia a nivel práctico como teórico y su ausencia evidencia que estos "no son estrictamente hablando principios de la razón práctica, sino indicaciones normativas genéricas que se pueden utilizar de diversos modos para justificar o rechazar acciones que ya por otras razones se consideran acertadas o desacertadas"[46].

Sin perjuicio de lo anterior, considero que la teoría de los principios de Bauchamp y Childress, tal como es concebida, más que una teoría ética es una propuesta metodológica para la solución de casos en materia bioética. Por ello, no estoy de acuerdo con quienes señalan que la formulación de los principios lleva necesariamente a respuestas infundadas al momento de analizar cuestiones bioéticas. "No se trata, por consiguiente, de que el principialismo, como modelo de discusión bioética que exige argumentar conforme al cuadro de principios aceptados y justificar racionalmente la decisión, no sea válido. Lo que sucede más bien es que la argumentación conforme a principios no cierra por sí sola la respuesta a los problemas

[46] GASCÓN, Marina y Pablo DE LORA, óp. cit., p. 57.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

planteados"[47] pues, es necesario optar por una teoría moral para establecer el contenido de esos principios.

Sin entrar en mayor discusión sobre teoría moral, Manuel Atienza considera que los cuatro principios de la bioética (autonomía, no maleficencia, beneficencia y justicia) guían las respuestas a cuatro problemas generales de la ética: "1) ¿quién debe decidir (el enfermo, el médico, los familiares, el investigador)?; 2) ¿qué daño y qué beneficio se puede (o se debe) causar?; 3) ¿cómo debe tratarse a un individuo en relación con los demás?; y 4) ¿qué se debe decir y a quién?"[48]. Según Atienza, estos cuatro principios a su vez remiten a cuatro principios fundamentales: la dignidad, la autonomía, la universalidad (o igualdad) y la información[49].

Al planteamiento de Manuel Atienza añado que estos principios están también constitucionalmente reconocidos en el Perú[50]. La Constitución Política de 1993 protege la autonomía en el artículo 2.1, la dignidad en el artículo 1, la igualdad en el artículo 2.2 y la información en el artículo 2.5[51].

[47] Ídem, pp. 58–59.
[48] En concreto señala que además estos cuatro problemas responden a la cuestión clásica más general de la ética: ¿qué se debe hacer? (ATIENZA, Manuel, óp. cit., pp. 66-67).
[49] Manuel Atienza considera que estos son principios fundamentales pues están "ligados a ciertos rasgos profundos que caracterizan a las personas". En ese sentido, "reconocemos a otro como persona o somos reconocidos como tales por los demás" cuando estos principios son respetados (Ibídem).
[50] Para mayor información sobre la posición de Manuel Atienza en relación con los principios bioéticos pueden revisarse: ATIENZA, Manuel, óp. cit., pp. 65-71; GASCÓN, Marina y Pablo DE LORA, óp. cit., pp. 40-42 y VÁSQUEZ, Rodolfo. "Teorías y principios normativos en bioética". *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 23, Alicante, 2000, pp. 444–448.
[51] El artículo 1 de la Constitución Política del Perú de 1993 establece que: "La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado". El artículo 2.1 consagra que toda persona tiene derecho "a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar". Asimismo, el artículo 2.2 señala que el "derecho a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole". Y, finalmente, el artículo 2.5 dispone: "Toda persona tiene derecho a solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla (…)".

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

TESIS PUCP

2.2.1. Nuevos principios a tomar en cuenta

He afirmado que la simple enunciación de los principios originales de la bioética no es suficiente para resolver las controversias que se suscitan en el ámbito médico. En esa línea, Marina Gascón y Pablo de Lora proponen que a la lista de Beauchamp y Childress se sumen, de manera explícita e independiente, el principio de información (estrechamente relacionado con el principio de autonomía) y el principio de no instrumentalización (relacionado con los principios de no maleficencia y beneficencia)[52]:

Principio de información

Al describir el contenido del principio de autonomía, señalé que este implica la posibilidad de tomar decisiones de manera independiente, sin interferencias. Sin embargo, ello no es tan sencillo en las relaciones médico-paciente. Estas se caracterizan por ser asimétricas y, dado que los pacientes no conocen toda la información disponible y necesaria sobre su estado de salud o sobre los tratamientos y las consecuencias de estos, el médico debe otorgar información veraz y comprensible para la toma de sus decisiones[53].

El médico aplica este principio cuando proporciona y explica al paciente enfermo los beneficios, los riesgos, los resultados, los costos y los tratamientos

[52] GASCÓN, Marina y Pablo DE LORA, óp. cit., pp. 42–47.

[53] Macario Alemany afirma que "dado que la mayoría de los individuos carecemos de conocimientos médicos, hasta cierto punto todos somos incapaces de adoptar decisiones médicas racionales y es por ello que se nos reconoce el derecho a ser informados de forma completa y relevante. Dicho de otro modo, los médicos están obligados a completar nuestra incapacidad inicial, asegurándose de que tenemos la información necesaria para adoptar una decisión racional" (ALEMANY, Macario. "Las fronteras de la autonomía en el ámbito clínico: el caso de los «Wannabe»". *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, N° 18, 2014, p. 242).

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

alternativos con el objetivo de que este pueda decidir si, por ejemplo, debe o no someterse a cierto procedimiento médico.

Principio de no instrumentalización

Esta máxima puede remontarse a Kant, ya que implica tratar a las personas como fines en sí mismos y no solo como medios[54]. El médico tiene la obligación de proporcionar al paciente todo aquello que es necesario para la satisfacción de sus propios intereses y no los de un tercero, los de la ciencia o los de la sociedad.

El principio de no instrumentalización es vulnerado, por ejemplo, en el caso de las esterilizaciones forzadas. Cuando un Estado adopta como política pública contra la pobreza la esterilización de las mujeres, sin su consentimiento y como única opción de control de natalidad, evidentemente las trata como medios para alcanzar una presunta meta colectiva: reducir la pobreza.

Ahora bien, a estos dos nuevos principios, Manuel Atienza, por su parte, añade otros. Él los denomina principios secundarios y si bien también se derivan de los fundamentos de los principios previamente reseñados (autonomía, información, dignidad e igualdad), sus contenidos son opuestos: principios de paternalismo, del secreto, de utilitarismo restringido y de la diferencia. Estos principios secundarios se

[54] En términos de Kant, la no instrumentalización implica que "todos los seres racionales están sujetos a la ley de que cada uno de ellos debe tratarse a sí mismo y tratar a todos los demás nunca como simple medio sino siempre al mismo tiempo como fin en sí mismo". (KANT, Immanuel. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, decimonovena edición, colección Madrid: Austral, Espasa Calpe, 2008, p. 114).

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

TESIS PUCP

aplican si y solo si se dan ciertas circunstancias, las cuales dependerán siempre del caso concreto[55].

Principio de paternalismo

El paternalismo niega el carácter de autogobierno de las personas. Sin embargo, en ocasiones, es éticamente justificable aplicarlo. Así, es lícito decidir por otro, en el ámbito médico, si: a) existe incompetencia básica, b) la decisión supone un beneficio para el afectado y c) racionalmente el afectado, de no ser incompetente básico, decidiría lo mismo[56].

Un claro ejemplo de la aplicación de este principio se da cuando a un hospital llega una persona en estado de inconciencia, gravemente herida, que requiere una intervención quirúrgica inmediata. Ante esta emergencia, el médico está obligado a operarla lo más pronto posible, a pesar de que no haya autorización del paciente o de algún familiar.

[55] ATIENZA, Manuel, óp. cit., pp. 69–71. En relación con la aplicación de los principios secundarios, este autor también señala que es "plausible establecer en el discurso práctico –por ejemplo, en su utilización en un comité de ética– una cierta prioridad a favor de los primeros (es decir, de los principios bioéticos clásicos consagrados por Beauchamp y Childress), que podría adoptar la forma de una regla de carga de la argumentación: quien pretenda utilizar, para la resolución de un caso, uno de estos últimos principios (los principios secundarios) (…) asume la carga de la prueba, en el sentido de que es él quien tiene que probar que, efectivamente, se dan las circunstancias de aplicación de ese principio".

[56] Ernesto Garzón señala que una persona no tiene competencia básica, por lo menos, en los siguientes casos: "a) cuando ignora elementos relevantes de la situación en la que tiene que actuar (…), b) cuando su fuerza de voluntad es tan reducida o está tan afectada que no puede llevar a cabo sus propias decisiones (…), c) cuando sus facultades mentales están temporaria o permanentemente reducidas (…), d) cuando actúa bajo compulsión (…), e) cuando alguien que acepta la importancia de un determinado bien y no desea ponerlo en peligro, se niega a utilizar los medios necesarios para salvaguardarlo, pudiendo disponer fácilmente de ellos (…)" GARZÓN VALDÉS, Ernesto. *Derecho, ética y política*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 371-372.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

Principio del secreto (secretismo)

El principio de secretismo es contrario al de autonomía y, específicamente, al principio de información. Este consiste en no brindar al paciente toda la información relativa a su estado de salud.

Manuel Atienza afirma que el médico puede ocultar al paciente cierta información si con ello: "se respeta su personalidad, o se hace posible una investigación a la que ha prestado consentimiento"[57]. Sin embargo, dicho autor no desarrolla qué implica "respetar su personalidad" ni explica a profundidad, por ejemplo, qué clase de datos son los que válidamente pueden ocultarse.

Considero que este principio opera si, luego de un balance entre perjuicios y beneficios, el médico decide no otorgar al paciente toda la información sobre su condición médica con el fin de no perjudicar ni agravar su estado general de salud. Ello ocurre, por ejemplo, cuando el médico no le detalla al paciente los resultados de los análisis en atención a su edad, características personales, estadio de la enfermedad, etc. y solo decide compartirlos con los familiares. Esta situación es frecuente en los casos de cáncer terminal.

Principio de utilitarismo restringido

El utilitarismo restringido es la otra cara del principio de no instrumentalización. Según este principio, el médico puede realizar una acción a sabiendas de que esta no le causa un beneficio al paciente, o incluso, lo puede dañar. Este principio es aplicable cuando "se produce (o es racional pensar que podría producirse) un beneficio apreciable

[57] ATIENZA, Manuel, óp. cit., p. 71.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

para otro u otros; se cuenta con el consentimiento del afectado (o se puede presumir racionalmente que consentiría), y se trata de una medida no degradante"[58].

El principio de utilitarismo restringido es el que más dificultades trae al momento de buscar un ejemplo. Manuel Atienza grafica su aplicación en caso de que un paciente necesite un trasplante de un órgano y el médico le trasplanta el de un fallecido sin consultar, previamente, a sus familiares.

Considero que el ejemplo de Manuel Atienza genera dudas, pues se trata de una persona que ya no es un sujeto de derecho porque ha dejado de existir. En la medida que el principio de no instrumentalización puede romper con la regla kantiana (no tratar a otros solo como medios), su aplicación está relacionada con la dignidad de las personas. Por ello, en el ejemplo de Manuel Atienza, asumir que se afecta la dignidad de un fallecido es cuestionable[59].

A mi juicio, una situación que ilustra mejor la aplicación del principio de utilitarismo restringido es la de los "bebés medicamento". Un bebé medicamento es aquel concebido mediante una técnica de reproducción asistida con el objetivo de convertirse en el donante de células madre para su hermano con leucemia. Resulta evidente que, en este caso, los padres están procreando a un ser humano con el fin de salvarle la vida a otra persona (en concreto, a su hermano) y no exclusivamente por el deseo de tener, nuevamente, un hijo. Sin perjuicio de ello, el beneficio para el hermano

[58]Ibídem.

[59] En un caso en donde se interpone una demanda de hábeas corpus a favor de un muerto, contra el director del Hospital donde este falleció por haber retenido el cadáver hasta que se cancele la deuda contraída por los servicios de salud brindados, los familiares alegan la violación de la dignidad personal del fallecido. Entre otros, el Tribunal Constitucional peruano resuelve que "(…) la vida es la condición necesaria para que pueda titularizarse un derecho fundamental (…) Por tanto, no pudiendo los difuntos ser titulares de derechos fundamentales, no podrían resultar lesionados de los mismos" (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia recaída en el expediente N° 0256-2003-HC, de 21 de abril de 2005, párr. 2).

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

enfermo es, a todas luces, alto (él se curará), existe el consentimiento de los padres e incluso es razonable presumir que el futuro bebé estaría de acuerdo con salvar a su hermano. Finalmente, no es una medida degradante que afecte, groseramente la salud o bienestar del bebé.

Principio de la diferencia

Según el principio de la diferencia, es lícito tratar diferente a los pacientes cuando "la diferencia de trato se basa en una circunstancia que sea universalizable, y produce un beneficio apreciable en otra u otras, y se puede presumir racionalmente que el perjudicado consentiría si pudiera decidir en circunstancias de imparcialidad"[60].

Por ejemplo, en el caso de trasplantes de órganos, el médico puede diferenciar entre los pacientes que necesitan uno y llevar a cabo el procedimiento en aquella persona que, según los estudios médicos, cuenta con una mayor posibilidad de compatibilidad[61].

Ahora bien, descritos estos nuevos principios se tiene, en conjunto, un esquema como el de la Tabla 1:

[60] ATIENZA, Manuel, loc. cit.
[61] Ídem, p. 73.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

TESIS PUCP

Tabla 1: Principios de la bioética[62]

Principios de la bioética			
Preguntas éticas	**Fundamento constitucional**	**Principales**	**Secundarios**
¿Quién decide? ¿Qué se debe decir y a quién?	Autonomía (Art. 2.1) Información (Art. 2.5)	Autonomía Información	Paternalismo Secreto
¿Qué daño y qué beneficio se puede/debe causar?	Dignidad (Art. 1)	No maleficencia Beneficencia No instrumentalización	Utilitarismo restringido
¿Cómo debe tratarse a un individuo?	Igualdad (Universalidad) (Art. 2.2)	Justicia	Diferenciación

Resulta interesante precisar que, en el Perú, el decreto supremo N° 011-2011-JUS, regula "los lineamientos para garantizar el ejercicio de la bioética desde el reconocimiento de los derechos humanos". Esta disposición establece una serie de principios bioéticos que debe ser considerada en cualquier "investigación y aplicación científica y tecnológica en torno a la vida humana".

Según dicho decreto, todo uso científico y tecnológico debe tomar en cuenta los principios de: i) respeto de la dignidad humana[63]; ii) primacía del ser humano y de

[62] La Tabla 1 es una versión adaptada de una elaborada por Marina Gascón y Pablo de Lora (GASCÓN, Marina y Pablo DE LORA, óp. cit., p. 50).

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

defensa de la vida física[64]; iii) autonomía y responsabilidad personal[65]; iv) totalidad (o principio terapéutico)[66]; v) sociabilidad y subsidiaridad[67]; vi) beneficencia y ausencia de daño[68]; vii) igualdad, justicia y equidad[69] y viii) tutela del medio ambiente, la biósfera y la biodiversidad[70].

---

[63] Específicamente establece que: "La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad constituyen fin supremo de la sociedad y del Estado y fundamento para el ejercicio que le son propios. La dignidad intrínseca de la persona humana prohíbe la instrumentalización de esta. La persona humana es considerada siempre como sujeto y no como objeto. El valor de la persona humana no depende de factores ajenos a su dignidad. El ser humano es respetado no solo como persona, sino también conforme a su pertenencia a la familia humana. Las diversidades culturales y plurales de nuestro país no pueden representar una justificación para transgredir los legítimos límites que establece el reconocimiento del principio de respeto de la dignidad humana".

[64] "El interés humano debe prevalecer sobre el interés de la ciencia. La investigación y aplicación científica y tecnológica deben procurar el bien integral de la persona humana. Es la ciencia la que se encuentra al servicio de la persona humana y no la persona humana al servicio de la ciencia. Cualquier investigación realizada en personas humanas considerará la aplicación del principio de lo más favorable para la persona humana, buscar hacer siempre el bien y evitar el mal. La vida corporal y espiritual de la persona humana representa un valor fundamental reconocido por el Estado desde la concepción hasta su muerte natural. La tutela de la vida humana considera la protección de la salud, la misma que tendrá en cuenta la vulnerabilidad y la integridad personal. Es deber del médico de la investigación médica proteger la vida, la salud, la privacidad y la dignidad de su paciente".

[65] Según este principio, "la autonomía debe siempre estar orientada al bien de la persona humana y nunca puede ir en contra de su dignidad. En este entendido viene integrada la responsabilidad personal. En el campo médico, en la relación médico-paciente se considerará tanto la autonomía del paciente como la del médico tratante. Toda investigación y aplicación científica y tecnológica se desarrollará respetando el consentimiento previo libre, expreso e informado de la persona interesada, basado en información adecuada. El consentimiento en tales términos supone el reconocimiento del derecho de paciente a ser tratado como persona libre y capaz de tomar sus decisiones. El consentimiento efectuado puede ser revocado en cualquier momento, sin que esto entrañe la desventaja o perjuicio alguno para el paciente. En el caso de las personas que no tienen la capacidad de ejercer su autonomía se tomarán medidas destinadas a salvaguardar sus derechos, velando siempre por lo que le resulte más favorable".

[66] El principio terapéutico dispone que "la corporeidad humana es un todo unitario. Existe una totalidad física, espiritual y psicológica de la persona. Este principio de la totalidad rige la licitud y obligatoriedad de la terapia médica y quirúrgica, de ahí que este principio se conoce también como principio terapéutico. En el caso de una intervención quirúrgica, es lícito lesionar una parte del organismo solo si esto ayudara al mismo organismo en su integridad. Se debe buscar el bien corporal dentro del conjunto del bien espiritual y moral de la persona".

[67] "La vida y la salud no solo corresponden un bien personal sino también social. Toda persona debe comprometerse a considerar su propia vida y salud, así como la de los demás como un verdadero bien. La subsidiaridad comienza por el respeto a la autonomía del paciente, que considera atender a sus necesidades sin sustituirle su capacidad de decidir y actuar. El principio de sociabilidad y subsidiaridad obliga a la comunidad a ayudar donde la necesidad sea mayor, por ello se entiende que la protección de la salud es de interés público y que es responsabilidad del Estado regularla, vigilarla y promoverla".

[68] Este principio establece lo siguiente: "Al fomentar y aplicar el conocimiento científico, la práctica médica y las tecnologías conexas se deberá tener como objetivo el bien del paciente. Ese bien abarca el bien total de la persona humana en su integridad y en su concreta situación familiar y social. Existe la obligación de no producir daño intencionadamente. Aunque el paciente tiene la posibilidad de decidir sobre el tratamiento a seguir, se considerará el daño a ocasionar y el parecer del médico tratante. La investigación y aplicación científica y tecnológica no debe comportar para el ser humano riesgos y efectos nocivos desproporcionados a sus beneficios".

[69] "Toda la investigación y aplicación científica y tecnológica en torno a la vida humana considerará la igualdad ontológica de todos los seres humanos, indistintamente de la etapa de vida por la que estos

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

Salvo el último, los demás principios son o se derivan de aquellos que he desarrollado. En tal sentido, puede afirmarse que los principios de autonomía e información están presentes en el contenido del principio de autonomía y responsabilidad personal que el decreto mencionado contempla. Los principios de beneficencia y no maleficencia se relacionan con los principios de primacía del ser humano y la defensa de la vida física, de totalidad y con el de beneficencia y ausencia de daño. Asimismo, el principio de respeto de la dignidad humana claramente engloba al principio de no instrumentalización y, finalmente, el principio de justicia se identifica con el de sociabilidad y subsidiaridad así como con el de igualdad, justicia y equidad.

Sin embargo, un catálogo de principios no resuelve, en sentido estricto, los dilemas de la bioética ya que solo indica la existencia de valores que deben guiar la discusión. No da una respuesta sobre su aplicación al caso concreto. Al respecto Manuel Atienza señala que "el problema fundamental de la bioética es el de pasar del nivel de los principios al nivel de las reglas; o, dicho de otra manera, construir, a partir de los anteriores principios (…) un conjunto de pautas específicas que resulten coherentes con ellos y que permitan resolver los problemas prácticos que se plantean y para los que no existe, en principio, consenso"[71].

Cuando Manuel Atienza hace referencia a las reglas, alude a una estructura bien conocida en el mundo del derecho: P → Q. Ello quiere decir que, verificado el supuesto

---

atraviesen. De acuerdo a las necesidades sanitarias y la disponibilidad de recursos, se adoptarán las medidas adecuadas para garantizar el acceso a la atención de salud de manera justa y equitativa".

[70] Este dispone que: "se considerará la relación conexa entre la persona humana y las demás formas de vida. Es responsabilidad de toda persona humana el cuidado y la protección del medio ambiente, biósfera y biodiversidad, lo que supone un acceso adecuado a los recursos naturales, la diversidad biológica y genética, su conservación y aprovechamiento sostenible".

[71] ATIENZA, Manuel, óp. cit., p. 72.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

de aplicación P, debe aplicarse Q; siendo Q la norma que señala lo que, exactamente, debe hacerse. Así, el criterio de aplicación de las reglas es "a la manera de todo o nada"[72].

En el caso de los principios la situación es distinta. Los principios son formulaciones abiertas, imprecisas. Estos justifican a las reglas y presentan además "una dimensión de peso" (*dimension of weight*) como criterio de aplicación[73].

Al entrar dos reglas en conflicto, la solución jurídica es dada por los criterios clásicos de jerarquía, de temporalidad y de especialidad. Por consiguiente, solo una de las dos reglas es válida en el ordenamiento jurídico. En el caso de los principios, la solución depende del caso concreto. En abstracto, los principios (así tengan contenidos opuestos: no instrumentalización vs. utilitarismo restringido, por ejemplo) son válidos siempre. Por ello, ante el conflicto entre principios, se recurre a la ponderación y como resultado, se desplaza tal o cual principio, solo para el caso concreto.

En la bioética, al contar con principios como herramientas de solución, se sugiere la construcción de reglas con base en estos. Estas transformaciones de principios a reglas son las soluciones precisas que los problemas prácticos en el ámbito

[72] GASCÓN, Marina y Alfonso GARCÍA. *La argumentación en el derecho*, segunda edición corregida, Lima: Palestra, 2005, p. 247.
[73] Sobre la fórmula del peso puede revisarse: ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica.* Lima: Palestra, 2010, pp. 457–493.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

de la medicina requieren. A esta tarea Manuel Atienza denomina "juridificar la bioética"[74].

3. Bioética y estado constitucional

Los temas bioéticos son generalmente problemáticos ya que, como es evidente, temas como la eutanasia, el aborto, la reproducción asistida o la investigación con seres humanos tienen una carga moral muy fuerte pues las creencias y convicciones más profundas de las personas están involucradas. A modo de ejemplo, puedo señalar que el Tribunal Constitucional español advirtió ello al resolver la cuestión de la despenalización del aborto: "es un caso límite en el Derecho (…) por tratarse de un tema en cuya consideración inciden con más profundidad que en ningún otro ideas, creencias y convicciones morales, culturales y sociales (…)"[75].

Marina Gascón y Pablo de Loran consideran que si bien las concepciones de la bioética no son pacíficas, puede asumirse, en términos generales, dos posiciones: la reglamentista y la consensualista. La primera apuesta por una bioética que de antemano establece parámetros éticos determinantes, concluyentes para todo conflicto bioético. En ese sentido, la bioética reglamentista se caracteriza por ser un discurso prescriptivo capaz "de alcanzar un código bioético al modo de los tradicionales códigos deontológicos (…)"[76]. La segunda concepción, como su nombre lo indica, está orientada a lograr consensos en torno a los problemas bioéticos. Esta ya no pretende establecer una suerte de código bioético incuestionable, pues no cree en la existencia de

[74] Además, para Manuel Atienza el tránsito de principios a reglas puede darse de diferentes maneras (la vía judicial y la vía legislativa, ambas con la participación de los comités de ética). Al respecto puede revisarse: ATIENZA, Manuel, óp. cit., pp. 74–78.
[75] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA, Sentencia N°53/1985, de 11 de abril de 1985, fundamento jurídico 1.
[76] GASCÓN, Marina y Pablo DE LORA, óp. cit., p. 36.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

reglas éticas indiscutibles que gobiernan la acción humana. Por el contrario, la posición consensualista asume que pueden existir diferentes e incompatibles concepciones "que provocan desacuerdos sobre el modo en que deben ser abordados y resueltos los problemas prácticos"[77] (como, por ejemplo, sucede con las técnicas de reproducción asistida). De esta manera, la bioética consensualista es "un método de análisis que, a partir de unos principios aceptados, ayuda a establecer las bases, el procedimiento o las reglas de juego para poder alcanzar esos consensos y resolver problemas prácticos concretos"[78].

Marina Gascón y Pablo de Lora señalan que la bioética consensualista "por cuanto solo aspira a alcanzar acuerdos sobre la base de una discusión racional y abierta, es más flexible (…), y en consecuencia también más apropiada y factible en el marco de sociedades complejas y plurales"[79]. Según tales autores, estas circunstancias no están presentes en una concepción reglamentista que aspira a un código bioético rígido[80].

La propuesta de "juridificar" la bioética de Manuel Atienza es también compartida por Marina Gascón y Pablo de Lora. Ambos autores sostienen que "en el discurso de la bioética y en la práctica clínica se pueden ir construyendo reglas de prioridad para supuestos típicos; reglas que indican, para esos supuestos de conflicto, una prevalencia *prima facie* de uno de los principios en juego y que pueden funcionar como guías para la acción: una especie de «jurisprudencia bioética»"[81].

[77] Ibídem.
[78] Ibídem.
[79] Ibídem.
[80] Ídem, p. 37.
[81] Ídem, p. 53.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

La construcción de reglas bioéticas es crucial ya que, de lo contrario, se deja en las manos de los profesionales de la salud importantes soluciones que, por su especial trascendencia en la vida y salud de las personas, merecen un tratamiento uniforme y coherente con nuestro ordenamiento jurídico. Al respecto, Ramón Martín señala que "es, pues, necesario que el legislador intervenga ordenando conductas y puntualizando extremos no deducibles sin más de las vagas formulaciones de la bioética, lo que puede quedar al libre arbitrio e interpretación de profesionales e investigadores"[82].

¿Pretender que la bioética regule, de manera clara y precisa, cierto problema en el ámbito médico implica abogar por una concepción reglamentista de la bioética? ¿Es acaso contradictorio proponer una jurisprudencia bioética y rechazar la formulación de "reglas claras y concluyentes sobre lo que (éticamente) puede y/o debe hacerse ante cada problema o discusión bioética suscitada"?[83]

Considero que Marina Gascón y Pablo de Lora son contrarios a una concepción reglamentista de la bioética porque la equiparan a una concepción ética de máximos (en concreto, a la ética de la Iglesia Católica). No obstante, desde mi punto de vista, es posible concebir una bioética reglamentista, entendida como un conjunto de reglas, cuyas soluciones respondan a una ética de mínimos.

En ese contexto, la búsqueda de reglas objetivas para la actuación de los médicos en casos como la fertilización *in vitro*, el aborto o la eutanasia no se identifica con la imposición de una moral determinada a la sociedad ni con la preferencia de unas

[82] MARTÍN MATEO, Ramón. *Bioética y Derecho*. Barcelona: Ariel, 1987, p. 75. Citado por ATIENZA, Manuel, óp. cit., p. 53.
[83] GASCÓN, Marina y Pablo DE LORA, óp. cit., p. 35.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

creencias sobre otras, como Marina Gascón y Pablo de Lora lo sugieren. Por el contrario, entiendo, al igual que estos autores, que para la construcción de reglas bioéticas previamente debe existir una deliberación. Las razones a favor y en contra de las distintas posiciones deben ser explicadas y, eventualmente, debe realizarse una ponderación de los principios en juego.

En mi opinión, el problema de la concepción reglamentista de la bioética no radica en su pretensión de solucionar cuestiones bioéticas mediante reglas (por ejemplo, mediante una ley o un reglamento) sino en el contenido que estas incorporan. Por ello, hay que convertir los principios bioéticos en reglas, respetando los derechos humanos garantizados nacional e internacionalmente para no atentar contra "las sociedades complejas y plurales" que son las que caracterizan a los estados constitucionales[84].

3.1. La dimensión material de la Constitución del estado constitucional y su relación con la bioética

Un estado constitucional no se caracteriza solo por tener una Constitución. La Constitución del estado constitucional deber estar orientada a proteger y garantizar los derechos humanos (derechos fundamentales) de las personas; lo que, sumado a la condición de norma jurídica suprema, condiciona el contenido y aplicación del resto de normas jurídicas[85]. Al respecto, el Tribunal Constitucional peruano sostiene que "los derechos fundamentales que la Constitución reconoce son efectivamente derechos

[84] Al respecto, Manuel Atienza establece que no existe contradicción en aceptar una bioética de mínimos y entender que deba existir una regulación detallada sobre cuestiones bioéticas. (ATIENZA, Manuel, óp. cit., p. 52).

[85] VILLANUEVA FLORES, Rocío. "La perspectiva de género en el razonamiento del juez del estado constitucional: el caso de los delitos sexuales". En: *Autonomía y feminismo. Siglo XXI. Escritos en homenaje a Haydée Birgin*, Buenos Aires: Biblos – Equipo Latinoamericano de Justicia y Género, 2012, pp. 247-248.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

subjetivos pero también constituyen manifestación de un orden material y objetivo de valores constitucionales en los cuales se sustenta todo el ordenamiento jurídico. Esta última dimensión de los derechos fundamentales se traduce, por un lado, en exigir que las leyes se apliquen conforme a los derechos fundamentales (efecto de irradiación de los derechos en todos los sectores del ordenamiento jurídico) y, por otro, en imponer sobre todos los organismos públicos un deber de tutelar dichos derechos"[86].

Asimismo, el Tribunal Constitucional del Perú afirma que el constitucionalismo moderno, y en concreto, la Constitución de 1993, se funda en el liberalismo; siendo su eje central la defensa de la libertad humana[87]. Específicamente establece que se parte "de la premisa de que el respeto por la libertad natural del ser humano debe ser el fundamento principal de todo sistema jurídico, de forma tal que el Estado debe proteger ese espacio amplio y esencial de autonomía moral, a menos que, al ejercerse, se afecte el respectivo ámbito de libertad de otro ser humano"[88].

Lo sentenciado por dicho tribunal es el reflejo del pensamiento de John Stuart Mill, quien en 1859 afirmó que "el único fin que autoriza a los hombres, individual o colectivamente, a turbar la libertad de acción de cualquiera de sus semejantes es la propia defensa; la única razón legítima para usar la fuerza contra un miembro de una

[86] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia recaída en el expediente N° 03343-2007-AA, de 19 de febrero de 2009, fundamento jurídico 6.
[87] El Tribunal Constitucional peruano ha sostenido que "el fundamento material del constitucionalismo moderno, presidido por los derechos fundamentales de la persona y que, desde luego, es el mismo que sirve de base dogmática a la Constitución de 1993, hunde sus raíces en la ideología que, con sus respectivos matices, identificó a las revoluciones liberales norteamericana y francesa (…)". (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia recaída en el expediente N° 00032-2010-PI, de 19 de julio de 2011, fundamento jurídico 6).
[88] Ídem, fundamento jurídico 18.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

comunidad civilizada es la de impedirle perjudicar a otros; pero el bien de este individuo, sea físico, sea moral, no es razón suficiente"[89].

Los problemas bioéticos llevan al análisis de dos conceptos que han sido tradicionalmente invocados para limitar la autonomía individual: el paternalismo jurídico y el moralismo legal. El paternalismo alude a "la intervención coactiva en el comportamiento de una persona con el fin de evitar que se dañe a sí misma"[90]; es decir, a "la interferencia en la libertad de acción de una persona justificada por razones que se refieren exclusivamente al bienestar, al bien, a la felicidad, a las necesidades, a los intereses o a los valores de la persona coaccionada"[91]. El moralismo legal o perfeccionismo jurídico, por el contrario, implica la intervención coactiva en la esfera personal para que el individuo "supuestamente, por su propio bien, se adecúe a un concreto ideal de vida o patrón de excelencia humana, que la mayoría social considera moralmente virtuoso"[92]. En un estado constitucional, el paternalismo jurídico puede ser éticamente justificable bajo ciertas circunstancias, mientras que toda medida que exige la realización de comportamientos ideales o heroicos se encuentra absolutamente prohibida[93].

---

[89] MILL, John Stuart. *Ensayo sobre la libertad*, Madrid: Mestas, 2006, pp. 29–30.
[90] GARZÓN VALDÉS, Ernesto, óp. cit., p. 361.
[91] DWORKIN, Gerald. "Paternalismo". En: BETEGÓN CARRILLO, Jerónimo y Juan Ramón DE PÁRAMO ARGÜELLES. *Derecho y moral: ensayos analíticos.* Barcelona: Ariel, 1990, p. 148.
[92] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ, óp. cit., fundamento jurídico 50.
[93] Sobre el paternalismo jurídico y el moralismo legal pueden revisarse: GARZÓN VALDÉS, Ernesto, loc. cit. NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación*. Segunda edición, Buenos Aires: Astrea, 1989, pp. 413-446. MALEM, Jorge. "La imposición de la moral por el derecho. La disputa Devlin-Hart". En: VÁSQUEZ, Rodolfo (compilador), *Derecho y moral. Ensayo sobre un debate contemporáneo*, Barcelona: Gedisa, 2003, pp. 59-79. ALEMANY, Macario. "El concepto y la justificación del paternalismo". *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 28, Alicante, 2005, pp. 265-303. RAMIRO AVILÉS, Miguel. "A vueltas con el paternalismo jurídico". *Derechos y Libertades*, número 14, época II, junio 2006, pp. 211-256. RAMIRO AVILÉS, Miguel. "A vueltas con el moralismo legal". En: HART, H.L.A. *Derecho, libertad y moralidad. Las conferencias Harry Camp en la Universidad de Stanford (1962)*, Madrid: Dykinson, 2006, p. 9-88. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C-309/97de 25 de junio de 1997 (sobre la constitucionalidad de la obligación de llevar cinturón de seguridad). CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

La prohibición del perfeccionismo ético encuentra su fundamento en la libertad personal y está ligada al pluralismo que caracteriza a las sociedades democráticas. El Tribunal Constitucional peruano considera que el pluralismo es "la manera como las sociedades democráticas se ponen a buen recaudo de la aparición de algo así como una 'tiranía de los valores', conforme a la cual una mayoría poderosa, bajo el argumento de haber descubierto una supuesta verdad dogmática, sojuzga el pensamiento y la acción de una minoría que se aparte de ella (…) En el estado constitucional es pues fundamental instaurar algo así como una 'ética de la duda' ejercida al amparo del libre desenvolvimiento de la personalidad y del pensamiento (…)"[94].

Reconocer una sociedad plural equivale admitir que existen individuos con proyectos de vida diferentes, que merecen el mismo respeto y frente a los cuales el estado debe permanecer neutral siempre que no causen daño a terceros. Esta neutralidad se manifiesta en el rechazo de la imposición de ciertos modelos de excelencia o de virtud personal y está relacionada con la laicidad del estado[95].

La laicidad es entendida "como una forma de organización político-social que busca la neutralidad del Estado frente a la religión, garantizando la libertad e igualdad de las personas"[96]. Sobre el principio de laicidad, el Tribunal Constitucional señala que el modelo constitucional adoptado por el Perú no es otro que el típicamente laico; es decir, que garantiza la libertad religiosa sin asumir postura a favor de alguna confesión.

DE LA NACIÓN ARGENTINA, sentencia de 25 de agosto de 2009, causa Arriola, Sebastián y otros s/ causa N° 9080 (sobre la tenencia de drogas para consumo personal).

[94] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ, óp. cit., fundamento jurídico 49.

[95] El artículo 50 de la Constitución peruana establece lo siguiente: "Dentro de un régimen de independencia y autonomía, el Estado reconoce a la Iglesia Católica como elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú, y le presta su colaboración. El Estado respeta otras confesiones y puede establecer formas de colaboración con ellas".

[96] ABAD YUPANQUI, Samuel. *¿Es el Perú un estado laico? Análisis jurídico desde los derechos sexuales y derechos reproductivos*, Lima: Católicas por el derecho a decidir, , 2012, p. 19.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

Este describe al estado peruano como un "ente radicalmente incompetente ante la fe y la práctica religiosa, no correspondiéndole ni coaccionar ni siquiera concurrir, como un sujeto más, con la fe religiosa de los ciudadanos"[97]. Por ende, el principio de laicidad representa una garantía para el pluralismo de una sociedad y, con ello, para la democracia.

Que el estado no imponga una religión implica que sus decisiones no están justificadas en motivos religiosos. De ahí que las personas tengan que argumentar las posiciones que adopten sobre bases racionales y "no ofrecer ciertas verdades como única justificación de las decisiones estatales"[98].

En atención a lo mencionado, un estado constitucional debe encuadrar su actuación en un escenario moral de mínimos. En otras palabras, debe instaurar "los mínimos axiológicos y normativos compartidos por la conciencia de una sociedad pluralista (…) desde los que los miembros de esa sociedad pueden tomar decisiones morales compartidas en cuestiones de ética aplicada"[99]. Según Adela Cortina, "la moral cívica no pretende sino dar un sentido compartido a la vida y decisiones sociales y evitar el totalitarismo intolerante de los incapaces de pluralismo"[100].

De esta manera, es pertinente aclarar ciertas cuestiones sobre las posiciones con sesgo religioso en torno a la bioética. Estas, denominadas también "bioéticas

[97] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia recaída en el expediente N° 06111-2009-PA, de 7 de marzo de 2011, fundamento jurídico 25. Dicha jurisprudencia ha sido recientemente reiterada en la sentencia recaída en el expediente N° 03177-2011-PA de 3 de octubre de 2013, párr. 15.
[98] SELEME, Hugo Omar. "El desafío del católico liberal". *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho,* N° 30, Alicante, 2007, p. 481.
[99] CORTINA, Adela. *Ética aplicada y democracia radical*, tercera edición, Madrid: Tecnos, 2001, p. 204.
[100] Ídem, p. 206.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

religiosas", encuentran sus fundamentos en motivos confesionales que, por su propia naturaleza, no pretenden reconocer otros argumentos morales sino imponer una única verdad, incluso a quienes no son partícipes de la misma. Por lo tanto, si lo que se buscan son respuestas para una sociedad plural, se deben cuestionar y rechazar aquellas posturas que, como la bioética de máximos, no están comprometidas con la búsqueda de consensos en el marco de un debate racional[101].

Mi punto de partida es entonces el de una bioética en el marco de una ética de mínimos que "parte de la distinción entre ética privada y pública" [102], con base en un mínimo ético consensuado. Dado que el Perú es un estado constitucional, ese mínimo ético a partir del cual evaluaré las cuestiones bioéticas son los derechos fundamentales. Es finalmente en este contexto que analizaré los problemas morales y jurídicos relativos a las técnicas de reproducción asistida, en concreto, a la fertilización *in vitro*.

[101] Es interesante la opinión del Comité de Bioética de España de 2009 sobre el proyecto de reforma legislativa que pretendía modificar la regulación de despenalización del aborto en determinados supuestos por una regulación de plazos (que finalmente fue aprobada). En dicho documento, el comité señaló que: "el fin de una sociedad democrática no es el de imponer un único código ético, a través de normas jurídicas, sino el de reconocer que una sociedad plural genera diferentes códigos éticos (especialmente en materias tan estrechamente unidas a la intimidad y libertad ideológica y religiosa) y articular un sistema jurídico que permita la coexistencia de valores y principios plurales e incluso divergentes dentro de un marco de respeto común. Una de las características de la democracia es permitir opciones diferentes e incluso incompatibles bajo la premisa del reconocimiento de la libertad personal y el respeto al conjunto de los derechos fundamentales y de los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos". (COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA. Opinión del Comité de Bioética de España a propósito del proyecto de Ley Orgánica de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo, 2009, punto 5: Sociedades secularizadas y normas universales, p. 20).

[102] GASCÓN, Marina y Pablo DE LORA, óp. cit., p. 38.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

TESIS PUCP

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

Capítulo 2: Las técnicas de reproducción asistida

1. Antecedentes de las técnicas de reproducción asistida

Los avances tecnológicos en el campo de la medicina humana se desarrollaron, aproximadamente, desde los años cincuenta y su impacto es (y seguirá siendo) considerable en los distintos ámbitos de la salud de las personas. Sin duda, uno de especial relevancia es el de la reproducción. Si bien en sus inicios, los avances tecnológicos reproductivos estuvieron relacionados exclusivamente con la planificación familiar (gracias al surgimiento de los métodos anticonceptivos), actualmente abarcan otros aspectos de la salud reproductiva, teniendo un rol protagónico el de las técnicas de reproducción asistida (en adelante "TRA")[103].

Las TRA son practicadas siempre que una persona requiera de un mecanismo científico para lograr tener un hijo biológico. Florencia Luna comparte esta idea ya que llama TRA "a los diferentes procedimientos que, en mayor o menor medida, pueden reemplazar o colaborar en uno o más pasos naturales del proceso de reproducción"[104].

La Organización Mundial de la Salud (OMS) denomina TRA a todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo. Esto incluye, pero no está limitado a la fecundación *in vitro*, la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos, la transferencia intratubárica de zigotos, la

[103] Carlos Lema señala que "los avances en estos campos han sido mayores en estos últimos cincuenta años que en los cincuenta siglos precedentes" (LEMA AÑÓN, Carlos. *Reproducción, poder y derecho. Ensayo filosófico-jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida*. Madrid: Trotta, 1999, p. 30).
[104] LUNA, Florencia. *Reproducción asistida, género y derechos humanos en América Latina*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2008, p. 11.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

transferencia intratubárica de embriones, la criopreservación de ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y embriones, y el útero subrogado. Según esta organización, la inseminación asistida (inseminación artificial), sea homóloga (es decir, utilizando espermatozoides de la pareja) o heteróloga (utilizando espermatozoides de un tercero) no es una TRA[105].

El desarrollo de la medicina reproductiva en humanos tuvo sus orígenes en Londres, entre 1776 y 1779. En aquellos años, el cirujano John Hunter realizó las primeras inseminaciones artificiales de mujeres[106]. En el año 1884, en Filadelfia, el ginecólogo Pancoast intervino en la primera inseminación artificial heteróloga exitosamente. Sin perjuicio de ello, la práctica de dicho procedimiento fue absolutamente reprochable: "Después de examinar numerosas veces a la mujer en cuestión –cuya identidad se desconoce–, para tratar de determinar las causas de su infertilidad, el doctor Pancoast llegó a la conclusión de que ella era fértil, y de que el problema estaba en su marido (…) Pancoast llamó otra vez a la mujer con la excusa de que deseaba examinarla (…) la acostó en la mesa, alrededor de la que también estaban seis jóvenes estudiantes de medicina, y le administró cloroformo para anestesiarla. Después le introdujo semen procedente de uno de los estudiantes en el útero (…) la

[105] ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS) . *Glosario de terminología en técnicas de reproducción asistida (TRA)*, 2010. Cabe precisar que sin bien la OMS no considera a la inseminación artificial como una TRA, considero que esta sí lo es pues es un mecanismo científico que colabora con el proceso reproductivo.

[106] Resulta paradójico sin embargo, que el doctor Hunter, así como otros médicos, se hayan dedicado a realizar esta clase de procedimientos cuando aún no se conocía a cabalidad el funcionamiento del sistema reproductivo. Hasta ese momento, solo se habían descubierto las trompas de Falopio (entre los años 1523–1562, por Gabriel Fallopio), los folículos ováricos (en 1673, por Regnier de Graaf) y los espermatozoides (en 1677, por Anton Leewenhoek). Importantes cuestiones de la reproducción eran todavía inciertas. Por ejemplo, los óvulos fueron descubiertos mucho tiempo después, en 1827, por Karl Ernst Von Baer. En 1866, James Marion Sims describió la supervivencia de los espermatozoides en el moco cervical y vaginal. En 1913, Max Hühner describió el test poscoital y el tratamiento de la esterilidad. Finalmente, no fue hasta 1933 que Ogino y Knaus observaron la relación entre la ovulación y la menstruación, entre otros (BARANY, Arpad. "Historia de la reproducción asistida en Venezuela". En: URBINA, María Teresa y Jorge LERNER BIBER (directores), *Fertilidad y reproducción asistida*, Caracas: Médica panamericana, 2008, pp. 7-12).

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

mujer nunca fue informada de lo que había pasado, ni siquiera cuando nueve meses después tuvo un hijo"[107].

La inseminación artificial fue perfeccionada con el paso del tiempo y, en 1945, las primitivas congelaciones de semen humano fueron un hito importante. En 1953, Bunge y Sherman lograron, mediante la inseminación artificial, tres embarazos con semen congelado.

El desarrollo científico de la fertilización *in vitro* y la transferencia de embriones (en adelante "FIV" o "FIV-TE") fue más lento. Recién a partir de 1970, diversas FIV con gametos humanos ocurrieron en Gran Bretaña, Estados Unidos, Suecia y Australia. Steptoe y Edwards, científicos británicos, tuvieron un especial protagonismo en la consolidación de esta técnica y lograron desde 1978 fertilizaciones de óvulos de mujeres de manera regular. De ese modo, en julio de ese mismo año, en Inglaterra, nació Louise Brown, la primera bebé producto de una FIV-TE ("bebé probeta")[108].

Al igual que la inseminación artificial del ginecólogo Pancoast, en el caso de Louise Brown también se dio un cuestionable actuar de los científicos Steptoe y Edwards: "Lesley Brown (la madre de Louise) justo hasta poco antes del nacimiento de su hija pensaba que ya se habían producido cientos de casos de «bebés-probeta» y que

[107] LEMA AÑÓN, Carlos, óp. cit., pp. 31-32. Es interesante destacar que, en aquellos años, el modo de actuar de este profesional de la salud no fue excepcional. De hecho, fueron el secretismo y la ausencia del consentimiento informado los que primaron en las relaciones médico-paciente. Para citar más ejemplos: "hacia 1890, Dickinson comienza a realizar secretamente y de forma sistemática inseminaciones artificiales con semen de personas distintas del cónyuge de la mujer inseminada" (Ídem, p. 32). Además, las mujeres que se sometieron a estas clases de intervenciones fueron tratadas como "objetos de experimentación de una técnica que nunca antes había dado resultado ni era posible que tuviese éxito (…): desde 1971 a 1977 utilizaron sin éxito a ochenta mujeres en la investigación". (Ídem, p. 34)

[108] "El mundo conoció al primer bebé de probeta". *Diario El País*, 25 de julio de 1978, Uruguay, <http://historico.elpais.com.uy/especiales/aniversario/1970/1978/4.html>

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

se trataba de una práctica casi rutinaria. Desconocía por completo que se trataba del primer caso que se daba en el mundo y que iba a tener tanta repercusión pública"[109].

Otro significativo avance fue la crioconservación de embriones; la misma que se investigó desde 1952 y que se consolidó en 1984, en Australia, con el nacimiento de Zoe Leyland (procedente de un embrión congelado)[110]. Por otro lado, en 1980 se dio la primera maternidad subrogada ("vientre de alquiler") en Estados Unidos y, si bien esta no fue un logro de la ciencia en sentido estricto, sí es una práctica polémica en torno a la reproducción asistida[111].

La medicina reproductiva llegó a América Latina en la década de 1980. En 1986 nació la primera "bebé probeta" en la región, en Colombia[112] y, cuatro años más tarde, en 1989, nació la primera en el Perú[113].

Merece la pena precisar que el sometimiento a una TRA se debe, en la mayoría de casos, a la infertilidad o esterilidad[114]. Según la OMS, la infertilidad es una

[109] LEMA AÑÓN, Carlos, loc. cit.
[110] "Zoe, la niña nacida del frío". *Diario El País*, 7 de octubre de 1984, España, <http://elpais.com/diario/1984/10/07/sociedad/465951609_850215.html>
[111] LEMA AÑÓN, Carlos, óp. cit., p. 35.
[112] "Nace en Colombia el primer 'bebé probeta' latinoamericano". *Diario El País*, 1 de noviembre de 1986, España, <http://elpais.com/diario/1986/11/01/sociedad/531183611_850215.html>. La Corte IDH señala que, en Latinoamérica, el primer bebé producto de una TRA nació en 1984, en Argentina. Sin embargo, no he encontrado registro de dicha información (CORTE IDH, óp. cit., párr. 66).
[113] "Hace 25 años se creó a la primera bebé probeta peruana". *Diario El Comercio*, 26 de febrero de 2014, Perú, <http://elcomercio.pe/blog/huellasdigitales/2014/02/hace-25-anos-se-creo-a-la-primera-bebe-probeta-peruana>
[114] Utilizaré ambos términos como sinónimos, aunque actualmente, es preferible la frase "pérdida gestacional recurrente" para hacer referencia a la infertilidad o esterilidad. (PÉREZ MILÁN, Federico. "Breve explicación de las técnicas reproductivas: ¿cuáles son, en qué consisten, cuándo están indicadas y qué riesgos tienen?". En: ABELLÁN, Francisco y Javier SÁNCHEZ-CARO. *Bioética y ley en reproducción humana asistida. Manual de casos clínicos*, Granada: Comares, 2009, p. 226)

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

enfermedad del sistema reproductivo[115], cuyas causas son de diversa índole y que se puede presentar tanto en hombres como en mujeres[116]. Dependiendo del grado de la infertilidad, una TRA puede ser la única alternativa para lograr tener hijos biológicos.

Se calcula que el 15% de la población en edad reproductiva de los países occidentales es infértil y que, actualmente, este trastorno está aumentando entre las parejas[117]. A pesar de que las razones del incremento de la infertilidad difícilmente pueden determinarse, estas están relacionadas con "la postergación del momento en el que se decide tener hijos; alteraciones de la calidad del semen debido al alcohol, el tabaquismo y factores ambientales; cambios en la conducta sexual; y eliminación de la mayoría de los tabúes sobre la infertilidad, lo cual lleva a consultar más que antaño"[118]. Asimismo, en América Latina, "se registran altos índices de infertilidad secundaria debido a malas condiciones de la salud sexual y reproductiva (infecciones por abortos clandestinos y enfermedades de trasmisión sexual) y una actitud discriminadora hacia las mujeres en general y las mujeres pobres en situación de vulnerabilidad en particular"[119].

En el Perú no existen cifras oficiales sobre el problema de la infertilidad, aunque según la Encuesta Demográfica y de Salud Familiar 2013, el 4.1% de mujeres en unión,

[115] La infertilidad es definida como "una enfermedad del sistema reproductivo definida como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegidas". (ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, loc. cit.). Sobre la infertilidad o esterilidad puede revisarse: BALLESTA BALLESTER, Francisco José. "El equívoco de la esterilidad: ¿enfermedad o manipulación?". *Revista de Bioética y Derecho*, número 23, setiembre 2011, pp. 21–34.
[116] La principal causa de infertilidad es el factor cronológico de las parejas al momento de decidir tener un hijo. (PÉREZ MILÁN, Federico, óp. cit., p. 227).
[117] Ídem, p. 226. Paula Siverino-Bavio señala cifras similares: "en la actualidad la infertilidad afecta de 16 a 20% de las parejas, alrededor de noventa y cuatro millones de personas en el mundo" (SIVERINO BAVIO, Paula. "Una mirada desde la bioética jurídica a las cuestiones legales sobre la infertilidad en el Perú". *Revista Peruana de Ginecología y Obstetricia*, N° 58, 2012, p. 213).
[118] Ibídem.
[119] Ibídem.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

entre los 15 y 49 años, son infértiles[120]. Según una nota periodística de inicios de 2014, las personas infértiles en el Perú son, aproximadamente, un millón[121].

2. La fertilización *in vitro* y la transferencia de embriones

En mi opinión, la FIV-TE es la TRA que más dilemas éticos suscita debido al contacto directo de los médicos con los embriones durante el procedimiento. Se trata, en definitiva, de una intervención compleja, especializada y sensible.

La OMS define a la FIV-TE como aquella TRA que involucra fecundación extracorpórea[122]. A grandes rasgos, consiste en fecundar los óvulos por los espermatozoides, fuera del cuerpo; es decir, en un laboratorio. Para ello, deben extraerse ovocitos de la mujer y depositarlos en una placa de cultivo que imita las condiciones naturales del cuerpo. A este mismo medio los especialistas añaden los espermatozoides y, cinco días después de producida la fecundación, son transferidos uno o más embriones al útero para su implantación.

En la actualidad no es posible llevar a cabo una FIV-TE sin que se pierdan embriones. El grado de especialización de la ciencia aún no logra la posibilidad de practicarla sin que ningún embrión se pierda. Y, si bien se tiende a pensar que ello es producto del contacto directo y la manipulación de los embriones por parte de los médicos, tal idea no es del todo cierta pues "la información científica generada enseña

[120] Las mujeres en unión (casadas o convivientes) son el 56.6% del total de mujeres. La información sobre la infertilidad incluye a las mujeres que actualmente se encuentran embarazadas y a las que ya tienen uno o más hijos. (INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA - INEI. *Perú, encuesta demográfica y de salud familiar 2013. Nacional y departamental*, pp. 75 y 181. <http://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1151/index.html>).
[121] "Se incrementan casos de infertilidad en el Perú". *Diario La República*, 5 de febrero de 2014.
[122] ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS), loc. cit.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

que la muerte embrionaria que ocurre en los procedimientos de FIV no ocurre como resultado directo de la técnica, ocurre como parte del proceso con que se expresa nuestra naturaleza"[123].

Un punto interesante en relación con la transferencia de embriones es el número de embriones a colocar en el útero de la mujer. Un número elevado de embriones supondría un mayor "éxito" de la intervención, pues parece más factible un embarazo. Sin embargo, mientras más elevado es el número de embriones transferidos, mayores riesgos surgen para la salud de la mujer y para el no nacido (embarazos múltiples, abortos, entre otros)[124].

La conclusión de la FIV-TE requiere diversos procedimientos auxiliares. Uno de estos es el de estimulación ovárica al que, previamente a la obtención de óvulos, deben someterse las mujeres. Según la OMS, la inducción de ovulación es un tratamiento farmacológico dirigido a mujeres con anovulación (falta de ovulación) u oligo-ovulación (ovulación irregular que no siempre se produce), con la intención de inducir ciclos ovulatorios normales[125]. Generalmente, en un ciclo ovulatorio normal, la mujer libera solo un óvulo (aunque pueden ser liberados más, esta es la razón por la que nacen los mellizos). En una FIV-TE, la mujer siempre es sometida a la estimulación ovárica (se le aplica una serie de hormonas gonadotrópicas) con el fin de obtener varios ovocitos que recolectar para luego fecundar.

---

[123] ZEGERS-HOCHSCHILD, Fernando. *Descripción y análisis de las técnicas de reproducción asistida (TRA) como tratamiento de la infertilidad, documento preparado para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Costa Rica*, setiembre 2012, pp. 18–19.

[124] FRANCO JÚNIOR, José Gonçalves. "Embarazo múltiple y reproducción asistida". En: URBINA, María Teresa y Jorge LERNER BIBER (directores), óp. cit., pp. 467–470. En el mismo sentido puede revisarse: MEDINA GÓLIZ, Randolfo. "Cultivo, criopreservación y transferencia de blastocistos". En: URBINA, María Teresa y Jorge LERNER BIBER (directores), óp. cit., pp. 500–506.

[125] Ibídem.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

Otro procedimiento auxiliar relevante es la crioconservación (o criopreservación). En términos de la OMS, esta es la congelación o la vitrificación y el almacenamiento de gametos, cigotos, embriones o tejido gonadal[126]. En adelante, me centraré en la crioconservación de embriones.

Al realizar una FIV-TE pueden obtenerse varios embriones más de los que se pueden depositar en el vientre de la mujer. En este caso y, ante la imposibilidad de transferir un alto número de embriones, aquellos no transferidos (o sobrantes) son conservados en una especie de galones con nitrógeno líquido a una temperatura de, aproximadamente, -196° C.

La crioconservación de embriones es conveniente pues si una primera FIV falla o si persiste el deseo de tener otro hijo biológico, la mujer no tiene que someterse, una vez más, al tratamiento de estimulación ovárica para la obtención de ovocitos, ni esperar la fertilización extracorpórea de los gametos para su posterior transferencia. Si se opta por crioconservar embriones, el médico especialista solo recupera y transfiere los embriones al vientre femenino[127]. Se estima que este "descongelamiento" es exitoso en un 99% de los casos.

Un tercer procedimiento auxiliar es el diagnóstico genético preimplantatorio (en adelante "DGI") que posibilita analizar los cuerpos polares, las blastómeras o los trofoectodermos de los ovocitos, cigotos o embriones con el fin de detectar alteraciones

[126] Ibídem.

[127] Carlos Lema señala que "la congelación (de embriones) para su uso posterior es una de las posibilidades existentes, pero también se pueden desechar, donarlos, o utilizarlos como objeto de experimentación. En caso de congelación, que es lo más usual, una vez transcurrido cierto tiempo sin que sean usados, persiste el problema". (LEMA AÑÓN, Carlos, óp. cit., p. 60). El último capítulo está dedicado a este desafío de las TRA.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

específicas, genéticas, estructurales y/o cromosómicas[128]. Este examen permite, a través de una biopsia, conocer las alteraciones presentes en el embrión antes de ser transferido al útero de la mujer. En principio el DGI tiene fines meramente terapéuticos; aunque también existe la posibilidad de que se realice con otros fines. Según Florencia Luna, luego de efectuar un DGI, "puede ser aceptable éticamente transferir un embrión de determinado sexo –para evitar que herede una enfermedad genética (un ejemplo de tal tipo de enfermedad es la distrofia muscular, que se hereda en varones pero no en mujeres)- mientras que no lo es si se elige por capricho o porque se considera que determinado sexo es mejor que otro"[129].

La FIV-TE rompe con un proceso considerado desde siempre "natural" y gracias a la ciencia una nueva vida es creada. Son diversos los problemas bioéticos que la FIV-TE plantea. Ellos están principalmente relacionados con el embrión, aunque claramente no se agotan en estos. Por ello, una de las preguntas que se formula desde la bioética es si la FIV-TE es moralmente correcta. Para contestarla es necesario analizar los derechos fundamentales involucrados así como el estatuto moral y jurídico del no nacido[130].

3. Las TRA y su relación con los derechos fundamentales de las personas

Con el fin de entender los desafíos éticos y jurídicos de la ciencia reproductiva, me interesa primero desarrollar los derechos fundamentales que se ven involucrados cuando las personas deciden someterse a una TRA.

---

[128] ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS), loc. cit.
[129] LUNA, Florencia, óp. cit., p. 45.
[130] En relación con el estatuto del embrión, Marina Gascón y Pablo de Lora señalan que "la reproducción humana asistida ha reavivado el fuego de este debate toda vez que la persona potencial o embrionaria puede existir fuera del cuerpo de la mujer, lo cual suscita el arduo interrogante de si los embriones pertenecen a alguien, como «cosas» u «objetos apropiables», y sobre quién recae la soberanía en cuanto a su destino". (GASCÓN, Marina y Pablo DE LORA, óp. cit., p. 67). Además de ello, las cuestiones "clásicas" en relación con el no nacido (¿es una persona?, ¿desde cuándo se inicia la vida humana?) vuelven a replantearse y a tratar de encontrar respuesta en el debate sobre la FIV.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

TESIS PUCP

3.1. El derecho a la salud reproductiva

El derecho a la salud se encuentra reconocido en la Constitución del Perú y en diversos tratados internacionales[131]. La OMS establece que "la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o

[131] A nivel universal, el derecho a la salud está consagrado en el artículo 25.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos ("Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios (…)") y en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: "1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad". La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial dispone en su artículo 5 e) iv) que: "En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el artículo 2 de la presente Convención, los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes: (…) e) Los derechos económicos, sociales y culturales, en particular: (…) iv) El derecho a la salud pública, la asistencia médica, la seguridad social y los servicios sociales". El artículo 12 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer también reconoce este derecho en relación con la mujer: "1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia. 2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 *supra*, los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia"; entre otros. A nivel interamericano, este está establecido en el artículo XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre ("Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad") y en el artículo 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: "1. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social. 2. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho: a. la atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad; b. la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado; c. la total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas; d. la prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole; e. la educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud y, f. la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables". Finalmente, en el Perú, la Constitución Política de 1993, reconoce el derecho a la salud en su artículo 7 ("Toda persona tiene 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 (…)").

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

enfermedades"[132]. Esta definición es generalizada para los distintos ámbitos de la salud y, en lo relativo a la reproducción, "la salud reproductiva es un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos"[133].

El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (en adelante "Comité CEDAW"), en su Recomendación General N° 24: la mujer y la salud, señala que el acceso a la atención de la salud reproductiva es un derecho básico e insiste en la obligación de los Estados de respetar y garantizar la salud genésica[134].

La Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (el actual Consejo de Derechos Humanos), considera que la salud sexual y la salud reproductiva constituyen "elementos esenciales del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental"[135].

---

[132] Preámbulo de la Constitución de la OMS, en vigor desde 1948. En la misma línea, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su observación general N° 14, afirma que "el derecho a la salud no debe entenderse como un derecho a estar sano. El derecho a la salud entraña libertades y derechos" (COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. Observación general N° 14 de 11 de agosto de 2000, E/C.12/2000/4, párr. 8). El Tribunal Constitucional peruano señala también que "el derecho a la salud implica la facultad que tiene todo ser humano de conservar un estado de normalidad orgánica funcional, tanto física como mental, así como de prevenirlo y restituirlo ante una situación de perturbación del mismo, lo que implica que el Estado debe efectuar acciones de prevención, conservación y restablecimiento, a fin de que las personas disfruten del más alto nivel de bienestar físico y mental (…)" (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia recaída en el expediente N° 03426-2008-PHC de 26 de agosto de 2010, fundamento jurídico 7).

[133] CONFERENCIA INTERNACIONAL SOBRE LA POBLACIÓN Y EL DESARROLLO. *Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo*, El Cairo, 5-13 de setiembre de 1994, párr. 7.2 y CUARTA CONFERENCIA MUNDIAL SOBRE LA MUJER. *Plataforma de Acción*, Beijing, 4-5 de setiembre de 1995, párr. 94.

[134] COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER, *Recomendación General N° 24: la mujer y la salud* (artículo 12), 1999.

[135] COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS. *Resolución N° 2003/28: El derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*, aprobada el 22 de abril de 2003, párr. 6.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante "Comité DESC") establece en su Observación General N° 14: el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que, entre las libertades que configuran el derecho a la salud, está la libertad sexual y genésica[136]. Asimismo, define a la salud genésica como aquella en donde "la mujer y el hombre están en la libertad para decidir si desean reproducirse y en qué momento, y tienen el derecho de estar informados y tener acceso a métodos de planificación familiar seguros, eficaces, asequibles y aceptables de su elección (…)"[137].

La salud reproductiva implica "la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia"[138]. En consecuencia, la salud sexual forma parte de la salud reproductiva[139] y de ella se derivan los derechos sexuales y reproductivos tal como explicaré a continuación.

3.2. Los derechos sexuales y reproductivos

Los derechos sexuales y reproductivos "se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre estos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva"[140]. Y, aunque muchas veces no existen

[136] COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, óp. cit., párr. 8
[137] Ídem, párr. 14. Además, el Comité DESC ha manifestado el deber que tienen los Estados de adoptar medidas en relación con los servicios de salud sexuales y genésicos.
[138] CONFERENCIA INTERNACIONAL SOBRE LA POBLACIÓN Y EL DESARROLLO, loc. cit. y CUARTA CONFERENCIA MUNDIAL SOBRE LA MUJER, loc. cit.
[139] El objetivo de la salud sexual "es el desarrollo de la vida y de las relaciones personales y no meramente el asesoramiento y la atención en materia de reproducción y de enfermedades de transmisión sexual" (Ibídem).
[140] CONFERENCIA INTERNACIONAL SOBRE LA POBLACIÓN Y EL DESARROLLO, óp. cit., párr. 7.3 y CUARTA CONFERENCIA MUNDIAL SOBRE LA MUJER, óp. cit., párr. 95.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

referencias explícitas a los términos "derechos sexuales" o "derechos reproductivos" en las Constituciones ni en los tratados internacionales, estos son derechos humanos[141] protegidos tanto a nivel nacional[142] como internacional[143].

Existe una tendencia a tratar a los derechos sexuales y reproductivos como un mismo género, una misma categoría. "Como señala Alice Miller la conjunción de los derechos sexuales con los derechos reproductivos ha provocado que los derechos sexuales sean considerados como un subconjunto de los derechos reproductivos, aunque con una formulación menos desarrollada"[144]. A pesar de ello, es conveniente distinguir conceptualmente los derechos sexuales de los derechos reproductivos. Aunque vinculados, la sexualidad y la reproducción son dos aspectos de la vida de las personas diferenciables.

Los derechos reproductivos están definidos con mayor precisión. En términos generales, estos comportan la maternidad y paternidad responsables, la planificación familiar; así como el acceso a todo servicio, programa o método que permite una

[141] La Corte Constitucional de Colombia concluye que "los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres han sido finalmente reconocidos como derechos humanos" (CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-355/06 de 10 de mayo de 2006, fundamento jurídico 7).

[142] Por ejemplo, resulta interesante constatar cómo ordenamientos jurídicos de la región incorporan estos derechos entre sus disposiciones de mayor jerarquía: el artículo 32 de la Constitución de 2008 del Ecuador estatuye que: "La salud es un derecho que garantiza el Estado, cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos (…) El Estado garantizará este derecho mediante políticas económicas, sociales, culturales, educativas y ambientales; y el acceso permanente, oportuno y sin exclusión a programas, acciones y servicios de promoción y atención integral de salud, salud sexual y salud reproductiva (…)" (subrayado añadido). Por su parte, el artículo 66 de la Constitución boliviana de 2009, dispone que: "Se garantiza a las mujeres y a los hombres el ejercicio de sus derechos sexuales y sus derechos reproductivos" (subrayado añadido).

[143] Cuando en el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo de 1994 se hace referencia a los derechos reproductivos, se constata que no es la primera vez que estos son reconocidos; sino que los derechos reproductivos ya habían sido consagrados en "las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobados por consenso" (CONFERENCIA INTERNACIONAL SOBRE LA POBLACIÓN Y EL DESARROLLO, loc. cit.).

[144] VILLANUEVA, Rocío. *Protección constitucional de los derechos sexuales y reproductivos*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Costa Rica, 2006, p.399.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

atención integral en temas de salud reproductiva. Por el contrario, el desarrollo conceptual de los derechos sexuales no es del todo claro y está especialmente dirigido "en términos negativos en torno al derecho a una sexualidad libre de coacciones, discriminación y violencia"[145] cuando es pertinente definirlos también desde "una óptica positiva que ponga el énfasis en el derecho a gozar plenamente de la sexualidad"[146]. Rocío Villanueva afirma que los derechos sexuales "garantizan que las personas tengan control sobre su sexualidad (…), los componentes de la sexualidad que deben considerarse protegidos son, cuando menos, la identidad sexual, la orientación sexual, la elección de pareja y la ausencia de actividad sexual coercitiva. De esta forma, se protegen la actividad sexual no procreativa o no heterosexual y se proscriben la violencia sexual, la mutilación genital, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, la discriminación por opción sexual, entre otros. Es preciso recalcar que en virtud de estos derechos, las personas deben recibir educación e información sexual"[147].

La Corte Constitucional de Colombia señala que la separación entre la sexualidad y la reproducción "ha resultado ser una demanda especialmente importante para las mujeres pues el hecho de haber sido identificadas fundamentalmente como madres ha reducido la protección de su sexualidad a la de la maternidad o al menos ha priorizado esta última sobre la primera (…) no se puede negar que los derechos sexuales y reproductivos están indudablemente relacionados pues la autonomía en las decisiones reproductivas contribuye a llevar una vida sexual sin riesgos de embarazos

[145] ÁVALOS CAPÍN, Jimena. "Derechos reproductivos y sexuales". *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, p. 2268, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/8/3568/38.pdf>.
[146] Ibídem.
[147] VILLANUEVA, Rocío, óp. cit., p. 400.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

no deseados, lo que quiere decir que cada una de estas categorías posee una definición y un contenido propio pero parten de una base común"[148].

Es igualmente importante mencionar que, aunque los derechos reproductivos "protegen tanto a hombres como a mujeres, es usual considerarlos como un conjunto de derechos muy especiales para las mujeres"[149]. En el caso de los derechos sexuales, estoy convencida de que sucede lo mismo en relación con las mujeres.

Al respecto, la Corte Constitucional de Colombia considera que "es innegable la particular importancia que tiene para las mujeres la vigencia de los mismos (de los derechos reproductivos) ya que la determinación de procrear o abstenerse de hacerlo incide directamente sobre su proyecto de vida, pues es en sus cuerpos en donde tiene lugar la gestación y, aunque no debería ser así, son las principales responsables del cuidado y la crianza de los hijos e hijas, a lo que se añade el hecho de que han sido históricamente despojadas del control sobre su cuerpo y de la libertad sobre sus decisiones reproductivas por la familia, la sociedad y el Estado"[150]. En el mismo sentido, en la sentencia sobre la despenalización del aborto (sentencia C-355/06), la corte colombiana señala que "(…) respecto de las mujeres es evidente que hay

[148] CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, óp. cit., fundamento jurídico 5. Lamentablemente, no ahondaré más en el tema de los derechos sexuales y el reconocimiento de la sexualidad como un derecho humano. Sin embargo, para mayor información pueden revisarse dos interesantes textos de Alice Miller: "Derechos humanos y sexualidad: pasos iniciales para formular un marco para las demandas sobre derechos y libertades sexuales", <https://www.google.com.pe/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CBsQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.americalatinagenera.org%2Fes%2Findex.php%3Foption%3Dcom_docman%26task%3Ddoc_download%26gid%3D1557%26Itemid%3D&ei=pZ2xU62mLeepsATMqYGICw&usg=AFQjCNEbFtuYWBwbHmOIfHxkc-ymqz-jyg&sig2=Oxoq0W_8pSHCQZR9w-3LPw&bvm=bv.69837884,d.cWc&cad=rjt> y "Derechos sexuales", <http://www.inau.gub.uy/biblioteca/alicemiller.pdf>

[149] VILLANUEVA, Rocío, loc. cit. La autora señala además que ello ocurre "quizá porque los roles socialmente asignados a estas han determinado que la responsabilidad en materia reproductiva recaiga casi exclusivamente en ellas".

[150] CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, óp cit., fundamento jurídico 7.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

situaciones que las afectan sobre todo y de manera diferente, como son aquellas concernientes a su vida, y en particular aquellas que conciernen a los derechos sobre su cuerpo, su sexualidad y reproducción"[151].

Los derechos reproductivos, que son en los que me concentraré en adelante, son ampliamente desarrollados por las Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "Corte IDH") a partir del caso Artavia Murillo y otros ("fertilización *in vitro*") vs. Costa Rica (en adelante "Caso Artavia Murillo"). Antes de este reciente pronunciamiento, la Corte IDH solo había reconocido el derecho a la libre maternidad de las mujeres[152].

En la jurisprudencia comparada, la Corte Constitucional de Colombia señala que los derechos reproductivos "reconocen y protegen la facultad de las personas, hombres y mujeres, de tomar decisiones libres sobre su sexualidad y su reproducción y otorgan los recursos necesarios para hacer efectiva tal determinación"[153]. En ese sentido, contempla el derecho a la salud reproductiva en el marco del derecho a la salud y establece el deber de los Estados de ofrecer servicios de salud sexual y reproductiva sin ninguna clase de obstáculos[154].

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México reconoce la "libertad en la determinación de la forma en la que quieren tener relaciones sexuales y

[151] CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, loc. cit.
[152] CORTE IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*, sentencia de 24 de febrero de 2011, párr. 97.
[153] CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, óp. cit., fundamento jurídico 6. En la sentencia C-355/06 la Corte afirma que uno de los componentes de los derechos sexuales y reproductivos "lo constituye el derecho de la mujer de la autodeterminación reproductiva y a elegir libremente el número de hijos que quiere tener y el intervalo entre ellos, como así han reconocidos las diferentes convenciones internacionales" (CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, loc. cit.).
[154] Ibídem.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

su función reproductiva" y rechaza, por ejemplo, la maternidad forzada, pues considera que interfiere con un proyecto de vida elegido libremente[155].

En el Perú, la Constitución protege parte de los derechos reproductivos a través del artículo 6: "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 (…)"[156]. Pero además, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional considera que la autodeterminación reproductiva está salvaguardada por el derecho al libre desarrollo de la personalidad[157].

La jurisprudencia constitucional peruana sobre los derechos reproductivos es limitada. De hecho, se suele afirmar que "el desarrollo dispensado a los mismos [a los derechos reproductivos] ha sido bastante restrictivo e incluso (…) poco práctico"[158]. Se considera también que, en algunas ocasiones, el Tribunal Constitucional ha podido

[155] SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. Sentencia sobre la acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007 de 28 de agosto de 2008, p. 182.

[156] El Tribunal Constitucional peruano también considera ello: "el derecho a la información sobre los distintos métodos anticonceptivos que se constituye en el presupuesto básico para el ejercicio de los derechos reproductivos de la mujer, consagrados en el artículo 6 de la Constitución" (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia recaída en el expediente N° 02005-2009-PA de 16 de octubre de 2009, fundamento jurídico 5)

[157] Por su parte, Samuel Abad considera que, en el Perú, los derechos sexuales y reproductivos son derechos constitucionales implícitos: "si bien los derechos sexuales y derechos reproductivos no han sido reconocidos por nuestro ordenamiento jurídico en forma expresa, estos son una manifestación de los derechos fundamentales a la libertad, a la salud y a la intimidad de las personas; por lo que deberán ser garantizados a cabalidad. Asimismo, deberán ser tomados en cuenta para la creación de políticas públicas y normas relativas a la sexualidad y reproducción. A nuestro juicio, estamos en realidad ante derechos constitucionales implícitos, que pueden ser calificados como tales al amparo del artículo 3 de la Constitución" (ABAD YUPANQUI, Samuel B, óp. cit., p. 143).

[158] SAÉNZ DÁVALOS, Luis. "Balance del actual Tribunal Constitucional en materia de derechos sexuales y reproductivos". *Gaceta Constitucional*, número 70, p. 260 <http://www.gacetaconstitucional.com.pe/sumario-cons/doc-sum/art.%20Saenz.pdf>.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

pronunciarse con mayor amplitud sobre estos derechos y sin embargo, no lo ha hecho[159].

En su sentencia sobre la anticoncepción oral de emergencia (en adelante "AOE"), el Tribunal peruano considera que el derecho a la autodeterminación reproductiva es un derecho implícito del derecho al libre desarrollo de la personalidad[160]. Según dicho tribunal, el derecho a la autodeterminación reproductiva implica la "libertad para poder decidir como ser racional, con responsabilidad, sobre: 1) el momento adecuado y oportuno de la reproducción; 2) la persona con quién procrear y reproducirse; y, 3) la forma o método para lograrlo o impedirlo"[161].

El Tribunal Constitucional relaciona además la función reproductiva con el derecho a la salud y considera que "algunas de las más importantes manifestaciones del derecho a la salud se relacionan con el ámbito sexual y reproductivo, es decir, con aquellas propiedades, entre otras, que permitan al hombre y a la mujer el ejercicio normal de su actividad sexual, la protección de su integridad física y psíquica, la autodeterminación en cuanto a las posibilidades de reproducción, la atención médica prenatal y postnatal (atenciones de salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos independientemente de su condición social o ubicación geográfica), así como,

[159] Tal es el caso de la sentencias recaídas en los expedientes N° 05652-2007-PA de 6 de noviembre de 2008, N° 05527-2008-PHC de 11 de febrero de 2009. Al respecto puede revisarse: SAÉNZ DÁVALOS, Luis, óp. cit., pp. 5-9.

[160] En concreto, el Tribunal peruano considera que "el derecho a la autodeterminación reproductiva es un derecho implícito contenido en el más genérico derecho al libre desarrollo de la personalidad. Este derecho consiste en la autonomía para decidir en los asuntos que solo le 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" (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ, óp. cit., fundamento jurídico 6).

[161].Ibídem.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

relacionado con los derechos a la información y a la educación, el acceso rápido y eficaz a la información y educación sexual"[162].

En definitiva, al proteger los derechos reproductivos la capacidad de decidir libremente tener o no tener hijos, la opción de recurrir a la tecnología médica para lograr tenerlos forma parte también del contenido de los derechos reproductivos.

3.3. Los derechos reproductivos y los problemas de fertilidad[163]

La infertilidad es catalogada por la OMS como una enfermedad del sistema reproductivo que no permite a las personas tener hijos. Frente a esta, la reproducción asistida es una alternativa que la ciencia ofrece a quienes no pueden ser padres biológicos. Lamentablemente, aun cuando ello es afirmado por la OMS, es decir, por el órgano rector en temas sanitarios, no toda la comunidad médico-científica está de acuerdo. Por ejemplo, la Asociación Médica Mundial señala que "la imposibilidad de ser padres sin intervención médica no siempre es considerada una enfermedad (…)"[164].

El debate no es superfluo, pues si la infertilidad es una enfermedad y las TRA una herramienta terapéutica orientada a paliar tal dolencia[165], una primera consecuencia

[162] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia recaída en el expediente N° 00008-2012-PI de 12 de diciembre de 2012, fundamento jurídico 85.

[163] A partir de ahora trataré, en la medida de lo posible, de desligar los derechos reproductivos de los derechos sexuales. Si bien la infertilidad puede afectar también la sexualidad de las personas, me concentraré solamente en el ámbito de la reproducción.

[164] ASOCIACIÓN MÉDICA MUNDIAL. *Resolución sobre las tecnologías de reproducción asistida, adoptada por la 57 Asamblea General*, octubre 2006, párr. 6. En la misma línea se encuentra el razonamiento de Francisco Ballesta al establecer que la infertilidad no puede ser considerada una enfermedad (BALLESTA BALLESTER, Francisco José, óp. cit., pp. 26 y ss.).

[165] En sentido estricto, una TRA no cura la infertilidad; pero sí es un método que logra lo que, en teoría, es imposible cuando se es infértil: procrear. Al respecto, Íñigo de Miguel ha señalado que "la propia existencia de la FIV tiene un efecto terapéutico, no ya solo porque permite a las parejas infértiles procrear, sino, sobre todo, porque les permite pensar que pueden llegar a procrear. Si en el primer caso, el de la procreación en sí, se puede decir que no existe una curación porque la pareja seguirá siendo infértil, en el segundo, la creación de la posibilidad de procrear, el efecto terapéutico es innegable, ya que se

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

podría ser limitar las TRA a ese fin. Por tanto, mujeres o varones sin parejas, parejas homosexuales no podrían someterse a una[166].

Además, que la infertilidad sea una enfermedad o no "tiene consecuencias muy concretas, tales como la posibilidad de demandar del Estado o de servicios de medicina privada la cobertura de los tratamientos, que son altos y privativos, por sus costos, para muchas personas"[167], lo que también resulta problemático si se atiende a la realidad en materia de salud que vive el Perú y, en general, América Latina[168]. Según el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo de El Cairo, el tratamiento de la infertilidad y, en especial, la FIV debe ser brindada por los Estados en los programas de atención de la salud reproductiva[169].

La Corte IDH afirma que las TRA "son un grupo de diferentes tratamientos médicos que se utilizan para ayudar a las personas y parejas infértiles a lograr un

eliminan de golpe todos los problemas psicológicos que conlleva la sensación de que la reproducción es imposible" (DE MIGUEL BERIAIN, Íñigo. *El embrión y la biotecnología. Un análisis ético-jurídico.* Granada: Comares, 2004, p. 207).

[166] Un análisis crítico sobre el concepto de la infertilidad como fundamento para la aplicación de las TRA ha sido elaborado por Carlos Lema. Según este autor, el discurso médico en torno a la infertilidad como argumento legitimador de las tecnologías reproductivas no es del todo cierto. En tal sentido, analiza y cuestiona las tres proposiciones fundamentales que los médicos tienden a defender: que los problemas de infertilidad van aumentando entre las parejas, que las TRA son la mejor respuesta a la infertilidad y finalmente, que las TRA son una herramienta de doble beneficio. Por un lado, responden adecuadamente las demandas de los pacientes y, al mismo tiempo, representan oportunidades para la investigación científica. Pueden revisarse los argumentos contra estas razones en: LEMA, Carlos, óp. cit., pp. 157–215.

[167] SIVERINO BAVIO, Paula, óp. cit., p. 214.

[168] Al respecto se afirma que "en América Latina surgen tensiones al reflexionar si la fertilización asistida debiera ser admitida como una prioridad social en el difícil contexto de las carencias de los sistemas públicos de salud y la lucha contra la desnutrición, la violencia y las enfermedades relacionadas son la pobreza, en situaciones dentro de países con marcadas disparidades sociales" (Ibídem).

[169] CONFERENCIA INTERNACIONAL SOBRE LA POBLACIÓN Y EL DESARROLLO, óp. cit., párr. 7.6 y 7.17.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

embarazo"[170] (subrayado añadido) y considera, al igual que la OMS, que la infertilidad es una enfermedad[171], aunque agrega que esta es también una discapacidad[172].

La Corte Constitucional colombiana señala que "la infertilidad es una enfermedad que afecta el sistema reproductivo y que interfiere con la capacidad, temporal o permanente, de una pareja heterosexual para alcanzar un embarazo, a pesar de mantener una vida sexual activa por más de un año y sin control anticonceptivo voluntario"[173]. Asimismo, diferencia entre la infertilidad originaria o primaria y la infertilidad secundaria. "La primera de ellas se presenta cuando la persona genéticamente tiene problemas en su aparato reproductor que le impiden cumplir con la función natural de procreación humana, o sencillamente cuando, a pesar de los múltiples intentos sexuales, la pareja no ha logrado nunca un embarazo (…) por su parte, la infertilidad secundaria hace referencia – generalmente – a aquellos pacientes que tienen antecedentes de uno o varios embarazos y luego de un tiempo les resulta imposible concebir (…) es causada por otro tipo de afecciones físicas o enfermedad

[170] CORTE IDH, *Caso Artavia Murillo y otros ("Fertilización in vitro") vs. Costa Rica*…óp. cit., párr. 63.
[171] Ídem, párr. 62.
[172] Según la Corte IDH, "la discapacidad no se define exclusivamente por la presencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, sino que se interrelaciona con las barreras o limitaciones que socialmente existen para que las personas puedan ejercer sus derechos de manera efectiva" (Ídem, párr. 291). En tal sentido, "toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial"; lo cual genera a los Estados obligaciones de abstención y de adopción de medidas (Ídem, párr. 292). Para la Corte IDH, las personas infértiles que enfrentan diversos tipos de barreras en el ejercicio de sus derechos reproductivos (como, por ejemplo, el no poder recurrir a una FIV porque el Estado decidió prohibir este tratamiento médico), deben ser protegidas también "por los derechos de las personas con discapacidad, que incluyen el derecho de acceder a las técnicas necesarias para resolver problemas de salud reproductiva" (Ibídem). Ello se condice además con el artículo 25.1 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que establece que "(…) las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad. Los Estados partes adoptarán las medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a servicios de salud que tengan en cuenta las cuestiones de género, incluida la rehabilitación relacionada con la salud. En particular, los Estados Partes: a) Proporcionarán a las personas con discapacidad programas y atención de la salud gratuitos o a precios asequibles de la misma variedad y calidad que a las demás personas, incluso en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, y programas de salud pública dirigidos a la salud".
[173] Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-890/09 de 1 de diciembre de 2009, párr. 4.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

autónoma que limitan la capacidad de una persona para engendrar (…)"[174]. La Corte colombiana considera que solo en este último caso el ordenamiento puede brindar protección a los afectados[175].

A pesar de ello, la Corte Constitucional colombiana establece que la FIV como tratamiento de infertilidad está excluida del Plan Obligatorio de Salud (POS)[176] debido a tres razones: i) la FIV es costosa[177]; ii) "la concepción constitucional del derecho a la maternidad no genera, en principio, una obligación estatal en materia de maternidad asistida"[178] y iii) "la exclusión del POS de los tratamientos de fertilidad es un ejercicio legítimo de la libertad de configuración normativa"[179].

[174] Ibídem.
[175] Ibídem.
[176] Si bien la jurisprudencia constitucional de la Corte colombiana reitera en diversas ocasiones que "la acción de tutela no procede para solicitar tratamientos de fertilidad, ya que estos se encuentran excluidos del POS y no constituyen una obligación del Estado"; existen tres casos en los que excepcionalmente pueden ordenarse el tratamiento de la infertilidad: "(i) cuando el tratamiento de fertilidad, una vez iniciado, es suspendido sin que medien razones científicas que justifiquen dicho proceder (en estos casos se ha ordenado continuar con el tratamiento iniciado); ii) cuando se requiere la práctica de exámenes diagnósticos para precisar una condición de salud de una mujer asociada a la infertilidad (en estos casos se ha ordenado la práctica del examen diagnóstico no el tratamiento de fertilidad); y iii) cuando la infertilidad es un síntoma o una consecuencia de otra enfermedad que afecta la salud, la vida o la integridad física de la mujer" (Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia T-899/12 de 2 de noviembre de 2012*, párr. 2.2.3.).
[177] Ibídem.
[178] CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentencia T-550/10, de 6 de julio de 2010*, párr. 3. En concreto la Corte Constitucional colombiana señala que "el derecho a la maternidad en la Constitución implica un deber de abstención del Estado de intervenir en las decisiones relativas a la procreación y unas obligaciones positivas, como la protección de la mujer embarazada o la estabilidad laboral reforzada, empero no incluyen el deber de suministrar tratamientos que permitan la procreación (…) el derecho a la procreación (…), mal puede extenderse hasta el punto de constreñir a la administración a garantizar la maternidad biológica de una persona cuyo condicionamiento biológico *per se* no le permite su goce". Entre otras, pueden revisarse también las sentencias T-1104/00 de 23 de agosto de 2000, T-946/07 de 9 de noviembre de 2007, T-870/08 de 5 de setiembre de 2008 y T-899/12 de 2 de noviembre de 2012.
[179] Ibídem. Según la Corte colombiana dicha exclusión "constituye el legítimo desarrollo de la facultad de configuración legal, que es totalmente coherente con la necesidad de implementar un Sistema de Seguridad Social en Salud que se atenga al principio de universalidad y a su garantía a todos los habitantes del territorio nacional". Al respecto, pueden revisarse las sentencias T-752/07 de 21 de setiembre de 2007, T-870/08 de 5 de setiembre de 2008 y T-899/12 de 2 de noviembre de 2012.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

En Argentina, la infertilidad es también considerada una enfermedad. La ley N° 14.208 de la provincia de Buenos Aires, Ley de Fertilización Asistida, tiene como objeto "el reconocimiento de la infertilidad humana como enfermedad, de acuerdo con los criterios internacionales sustentados por la Organización Mundial de la Salud (OMS)"[180]. Ello además está reflejado en la ley N° 26.862, Ley Nacional de Fertilización Humana Asistida, cuyo objeto es "garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida"[181]. A diferencia de Colombia, en Argentina las TRA están incluidas en el Programa Médico Obligatorio (PMO) y a ellas pueden acceder todas las personas, independientemente de su orientación sexual o estado civil[182].

En el Perú, las TRA como métodos para combatir la infertilidad no están consignadas como prestaciones básicas en materia de salud en el Listado Priorizado de Intervenciones Sanitarias ni en el Plan Esencial de Aseguramiento en Salud ni en el listado de las prestaciones de la Capa Simple[183]. Las TRA tampoco están explícitamente

[180] Artículo 1 de la Ley N° 14.208 de la provincia de Buenos Aires de 2 de diciembre de 2010. El artículo 2 de la mencionada ley define a la infertilidad como "la dificultad de una pareja de concebir un niño naturalmente o de llevar un embarazo a término, luego de un año de vida sexual activa".

[181] Artículo 1 de la Ley N° 26.862 de 5 de junio de 2013, publicada el 26 de junio de 2013.

[182] Artículo 8 de la Ley N° 26.862. Por un lado, la legislación argentina considera que la infertilidad es una enfermedad y por consiguiente, las TRA pueden paliar tal dolencia. Por otro lado, al estar prohibida la discriminación por orientación sexual o estado civil al momento de acceder a una TRA, la norma argentina extiende estos procedimientos a personas que no necesariamente son infértiles.

[183] En el Perú el sistema público de salud se encuentra muy fragmentado. El Estado brinda servicios de salud a través del Seguro Integral de Salud (SIS) que agrupa un régimen subsidiado y otro de afiliación. También lo hace a través de la Seguridad Social, específicamente por Essalud o por las Entidades Prestadoras de Salud (EPS) del sector privado (que venden servicios a Essalud), a través de las sanidades de las Fuerzas Armadas y de la sanidad de la Policía Nacional del Perú. En el año 2009, se aprobó la Ley Marco de Aseguramiento Universal en Salud (Ley N° 29344), y con ella, el Plan Especial de Aseguramiento en Salud –PEAS- (Decreto Supremo N° 016-2009-SA) que establece un plan de cobertura mínima que todas las prestadoras de servicios de salud (públicas y privadas) deben garantizar. En el caso del SIS, se apunta a que el PEAS reemplace al Listado Priorizado de Intervenciones Sanitarias (Decreto Supremo N° 004-2007-SA). Por otro lado, la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud (Ley N° 26790) y su reglamento (Decreto Supremo N° 004-2007-SA) ofrecen planes de salud de Capa Simple y de Capa Compleja. El de Capa Simple vendría a resultar ser un plan básico de prestaciones en materia de salud y, el de Capa Compleja, vendría a incorporar todas aquellas que no están incluidas en el primero. Para mayor información al respecto puede revisarse: CASALÍ, Pablo;

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

excluidas de dichos planes[184]. Además, en ninguno de esos documentos figura la infertilidad como una enfermedad que el sistema público de salud debe atender. Sin perjuicio de ello, diversos métodos de reproducción asistida son brindados por el Seguro Social de Salud, EsSalud[185].

Considero que la infertilidad y las TRA deben analizarse en el marco de la salud reproductiva. Tal como lo mencioné, la salud reproductiva es definida en términos amplios y entraña la capacidad, entre otras cosas, de decidir en materia de planificación familiar (es decir, cuándo tener hijos, cuántos hijos y con qué frecuencia tenerlos y cómo tenerlos); lo cual está íntimamente ligado a la posibilidad biológica de hacer efectivas tales decisiones y donde la infertilidad y las TRA entran en juego[186].

Las personas infértiles ven frustrados sus derechos reproductivos por lo que su salud se ve continuamente afectada. Desde esta perspectiva, las TRA son una alternativa para revertir, en muchos casos, tal situación pues están diseñadas para tratar la infertilidad con el fin de posibilitar la maternidad y paternidad biológicas. Las TRA son intervenciones terapéuticas que satisfacen las carencias que ciertas condiciones del sistema reproductivo generan en las vidas de muchas personas[187].

CASANOVA Luis et al. *El Sistema de Salud del Perú: situación actual y estrategias para orientar la extensión de la cobertura contributiva*. Perú: Organización Internacional del Trabajo, 2013.

[184] A diferencia de las TRA, las cirugías estéticas o cosméticas están expresamente excluidas del sistema público de salud. Sucede lo mismo con las consecuencias producto de lesiones autoinfligidas, etc.

[185] *Guías de Práctica Clínica en Reproducción Humana de la Unidad de Reproducción Humana, del Departamento de Obstetricia y Ginecología del Hospital Nacional Edgardo Rebagliati Martins de enero de 2013*. La Unidad de Reproducción Humana del Hospital Rebagliati es la única entidad de la seguridad social que brinda, a nivel nacional, servicios de salud reproductiva a parejas heterosexuales.

[186] Debe recalcarse que cuando se hace referencia a la salud reproductiva se tiene en mente a los servicios de anticoncepción y de planificación familiar responsable, atención durante el embarazo y el parto, prevención de enfermedades de transmisión sexual, entre otros. A pesar de ello, la salud reproductiva engloba la atención de muchos otros servicios.

[187] La naturaleza terapéutica de las TRA para tratar la infertilidad es rechazada por quienes afirman que, en todo caso, la forma más adecuada de tratar la infertilidad sería a nivel psicológico o psiquiátrico, con el fin de que el paciente reconozca y acepte su problema de fertilidad (BALLESTA BALLESTER,

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

TESIS PUCP

En la medida que la salud reproductiva debe comprenderse en un sentido amplio, es en muchos casos oportuno relacionar a las TRA no solo con la medicina de tipo terapéutico (con el objetivo de "curar" la infertilidad), sino también con una idea de medicina "al servicio del ser humano"[188]. En este último caso, no se trata solo de personas infértiles las que recurren a la reproducción asistida, sino de personas que, sin ningún problema aparente en sus aparatos reproductivos, quieren ser padres biológicos y, por razones no médicas, no pueden[189].

En mi opinión, una concepción mercantilista de la medicina, en términos generales, es peligrosa. A pesar de ello, en relación con las TRA, sí defiendo una "medicina de servicios" pues las personas afectadas no solo ven frustrados sus deseos de ser madres y padres biológicos (es decir, el ejercicio de sus derechos reproductivos), sino que también ven vulnerados otros derechos fundamentales si se les prohíbe el acceso a una TRA[190].

Francisco José, óp. cit., p. 27) No tengo conocimiento de investigaciones ni estudios que demuestren que la terapia psicológica o psiquiátrica sea una forma más efectiva de enfrentar la infertilidad. Además, considero que si la ciencia puede brindar exitosamente otra clase de respuesta a la infertilidad, esta no debe descartarse sobre la base de la existencia de un posible mejor tratamiento. Incluso, si la terapia psicológica o psiquiátrica genera resultados positivos frente a la infertilidad, creo más pertinente que sea el mismo paciente quien decida su tratamiento.

[188] Florencia Luna la llama medicina "como servicio al consumidor" (LUNA, Florencia, óp. cit., p. 17).

[189] En este supuesto están las parejas homosexuales o las mujeres y los hombres sin pareja que, sin la ciencia, no podrían tener hijos biológicos. Cabe apuntar que existen diversos cuestionamientos al entendimiento de la medicina en términos de "servicio". Francisco Ballesta la denomina "la medicina de los deseos" y la describe de la siguiente manera: "En este esquema, la curación significa hacer que mi cuerpo responda a mis deseos como sea, sin preguntarse qué tanta necesidad hay de hacer realidad ese deseo, por muy fuerte que sea. Actividad terapéutica es la que responde a mis deseos" (BALLESTA BALLESTER, Francisco José, óp. cit., p. 28). En primer lugar considero que las razones de querer tener hijos biológicos va más allá del simple deseo, es una cuestión de derechos humanos. Asimismo, pretender que dicho "deseo" no responde a una decisión informada, seria y consciente desvalora a las personas que recurren a "la medicina de los deseos".

[190] Vale la pena acotar que ante la imposibilidad de tener hijos biológicos, ya sea por razones médicas o no, se suele argumentar que, antes del sometimiento a una TRA, está la posibilidad de recurrir a una adopción como una forma alternativa (y más deseable) del ejercicio de los derechos reproductivos: "Quizá y frente a la realidad peruana, en la cual existe un alto porcentaje de niños abandonados, que necesitan de un amparo familiar adecuado y, por consiguiente, ser partícipes en la vía legal de la paternidad – concretamente: la adopción – el conflicto de la procedencia, o no, de la inseminación artificial y de la fertilización *in vitro* no pasaría de ser una alternativa de dudosa justificación. Se critica

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

3.4. Otros derechos fundamentales involucrados en las TRA: la libertad, la vida privada, la familia, la integridad, la información, el progreso científico y la dignidad humana

El derecho a la libertad y el derecho al libre desarrollo de la personalidad están expresamente consagrados, respectivamente, en los artículos 2.24 y 2.1 de la Constitución del Perú[191]. La Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante "Convención Americana"), por su parte, no contempla una protección explícita al libre desarrollo de la personalidad, sino que reconoce el derecho a la libertad personal en un sentido general en el artículo 7.1[192]. La libertad también es protegida por otros documentos internacionales[193].

---

esta posición al expresar lo siguiente: 'Una desaprensiva doctrina moderna ha visto en la inseminación artificial un vehículo más aconsejable que la simple adopción'. Entre nosotros, se sostiene que 'resulta aberrante, por decir lo menos, que se utilicen los escasos fondos públicos para crear vidas artificialmente'" (ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las personas. Concebido y personas naturales*. Tomo I, sexta edición, Lima: Grijley, 2012, pp. 97). Rechazo tal planteamiento porque, en primer lugar debe considerarse que los trámites de adopción son largos y complicados. Una adopción puede llegar a durar 17 meses y se calcula que entre enero y octubre de 2013 solo 141 niños fueron adoptados (*"Solo 141 menores fueron adoptados el 2013"*, Diario La República, 7 de noviembre de 2013). Además de ello, existen preocupaciones legítimas en torno a la adopción que muchas personas no pueden dejar de lado por mucho que quieran un hijo (por ejemplo, los antecedentes de enfermedades familiares del adoptado). En una TRA, dichas cuestiones no se presentan. Finalmente, pretender que los derechos reproductivos puedan ejercerse mediante la adopción es cierto. Sin embargo, solo brindar dicha alternativa a las personas que de otra manera no pueden tener hijos, es arbitrario. Los derechos reproductivos entrañan la capacidad de todos de elegir si se quieren hijos biológicos o no. Por ende, decidir que otros solo podrán ser padres no biológicos vulnera *per se* sus derechos reproductivos. Esto último se relaciona con la prohibición de imponer modelos de conducta y de virtud personal a las personas que señalé previamente. Adoptar en un mundo donde muchos niños se encuentran abandonados es definitivamente un acto de infinita generosidad. Por ello debe ser siempre una decisión propia ya que imponerla a quienes no pueden ser padres biológicos equivale a imponer una obligación moral que, en todo caso, también aquellas personas que sí pueden procrear deberían cumplir. No hay razón para imponer tal modelo de conducta solo a unos y no a todos. Ahora bien, quiero recalcar que, con lo anterior no pretendo criticar la adopción ni la decisión de adoptar. Por el contrario, considero que las adopciones deben promoverse dentro de nuestra sociedad (por ejemplo, mediante una reforma del sistema de adopción que haga de este procedimiento uno más sencillo y amigable). Aunque, como lo señalé, soy consciente de que adoptar a un menor es una decisión privada que, exclusivamente, depende de la voluntad de cada uno.

[191] El artículo 2.24 dispone que "toda persona tiene derecho a la libertad (…)". El artículo 2.1 señala que "toda persona tiene derecho (…) a su libre desarrollo y bienestar (…)".

[192] El artículo 7.1 de la Convención Americana estipula: "Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales (…)".

[193] El artículo I de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece que "todo ser humano tiene derecho (…) a la libertad". Tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos determinan en los artículos 3 y 9 respectivamente que: "Todo individuo tiene derecho a la libertad", entre otros.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

La Corte IDH señala que la libertad "constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones"[194]. En ese sentido, "este derecho implica la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia"[195].

El Tribunal Constitucional del Perú establece, por su parte, que el respeto de la libertad del ser humano "debe ser el fundamento principal de todo sistema jurídico, de forma tal que el Estado debe proteger ese espacio amplio y esencial de autonomía moral (…)"[196]. Según dicho tribunal, reconocer la libertad de las personas implica, a su vez, garantizar su derecho al libre desarrollo de la personalidad[197].

Aunque en sus inicios el Tribunal Constitucional peruano estableció que el derecho al libre desarrollo de la personalidad era un derecho implícito (artículo 3 de la Constitución)[198], luego este consideró que el derecho al libre desarrollo de la

[194] CORTE IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, sentencia de 21 de noviembre de 2007*, párr. 52. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*…, óp. cit., párr. 136. *Caso Artavia Murillo y otros ("fecundación in vitro") vs. Costa Rica*…, óp. cit., párr. 142.

[195] CORTE IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*…, óp. cit., párr. 129. *Caso Artavia Murillo y otros ("fecundación in vitro") vs. Costa Rica*…, óp. cit., párr. 142.

[196] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en el expediente N° 00032-2010-PI…, óp. cit., fundamento jurídico 18.

[197] "En el reconocimiento del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad (artículo2, inciso 1, de la Constitución), subyace, a su vez, el reconocimiento constitucional de una cláusula general de libertad, por vía de la cual, la libertad natural del ser humano (…) se juridifica, impidiendo a los poderes públicos limitar la autonomía moral de acción y de elección de la persona humana, incluso en los aspectos de la vida cotidiana que la mayoría de la sociedad pudiera considerar banales, a menos que exista un valor constitucional que fundamente dicho límite, y cuya protección se persiga a través de medios constitucionalmente razonables y proporcionales" (Ídem, fundamento jurídico 23).

[198] "El libre desenvolvimiento de la personalidad constituye un derecho fundamental innominado o implícito que se deriva o funda en el principio fundamental de dignidad de la persona" (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia recaída en el expediente N° 0007-2006-PI de 22 de junio de 2007, fundamentos jurídicos 45 – 47). El artículo 3 de la Constitución peruana señala: "La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, de Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno".

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

personalidad está amparado por el artículo 2.1[199].

Según la jurisprudencia de dicho tribunal, el derecho a libre desarrollo "garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad (…) es decir, de parcelas de libertad natural en determinados ámbitos de la vida, cuyo ejercicio y reconocimiento se vinculan con el concepto constitucional de persona como ser espiritual, dotada de autonomía y dignidad, y en su condición de miembro de una comunidad de seres libres"[200]. Además, señala que no se trata de cualquier ámbito o esfera del ser humano, sino de aquellas que "sean consustanciales a la estructuración y realización de la vida privada y social de una persona (…)"[201].

En atención a lo resuelto por la Corte IDH y el Tribunal Constitucional peruano, el derecho al libre desarrollo de la personalidad protege varios aspectos de la vida reproductiva. Las decisiones y manifestaciones en materia reproductiva son condiciones y consecuencias directas de la libertad de cada ser humano de estructurar autónomamente su vida como mejor lo considere, de autodeterminarse. Por esta razón, cuando los derechos reproductivos son amenazados, el derecho al libre desarrollo de la personalidad también es vulnerado.

[199] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en el expediente N° 00032-2010-PI…, óp. cit., fundamentos jurídicos 21 y 22. El tribunal considera que aunque el artículo 2.1 hace mención al libre desarrollo, ello no establece "el concreto ámbito que libremente el ser humano tiene derecho a desarrollar". Sin embargo, "es justamente esa apertura la que permite razonablemente sostener que se encuentra referido a la personalidad del individuo, es decir, a la capacidad de desenvolverla con plena libertad para la construcción de un propio sentido de vida material en ejercicio de su autonomía moral, mientras no afecte los derechos fundamentales de otros".
[200] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia recaída en el expediente N° 00008-2012-PI…, óp. cit., fundamento jurídico 17.
[201] Ídem, fundamento jurídico 18.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

Los derechos reproductivos y, en especial, la libre elección de ser padre o madre biológicos y de someterse a una FIV para lograrlo, también están relacionados con el derecho a la privacidad. La Corte IDH señala que la autonomía reproductiva involucra el derecho a la vida privada y que, por ejemplo, este derecho es vulnerado "cuando se obstaculizan los medios a través de los cuales una mujer puede ejercer el derecho a controlar su fecundidad"[202].

El artículo 2.7 de la Constitución peruana reconoce que "toda persona tiene derecho: (…) a la intimidad personal y familiar". La Convención Americana prohíbe las injerencias arbitrarias en la vida privada y familiar de las personas[203]. Otros tratados internacionales en materia de derechos humanos también reconocen el derecho a la privacidad[204].

La Corte IDH interpreta el derecho a la vida privada en sentido amplio. En consecuencia, afirma que "el concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal (…)"[205]. A su vez, establece que la vida privada es "una condición indispensable para el

[202] CORTE IDH. *Caso Artavia Murillo y otros ("fecundación in vitro") vs. Costa Rica*…, óp. cit., párr. 146.
[203] El artículo 11.2 de la Convención Americana señala: "Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación".
[204] Por ejemplo, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre estipula en su artículo V: "Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra los ataques abusivos (…) a su vida privada y familiar". El artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos estipula que nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada y su familia. Asimismo establece el derecho de protección de la ley ante estas injerencias. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se pronuncia en el mismo sentido en el artículo 17.
[205] CORTE IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*…, óp. cit., párr. 135. *Caso Artavia Murillo y otros ("fecundación in vitro") vs. Costa Rica*…, óp. cit., párr. 143.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

libre desarrollo de la personalidad"[206]. En ese mismo sentido, la Corte Europea desarrolla el derecho a la privacidad[207].

Tanto la Corte IDH como la Corte Europea consideran que "la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye, (…) la decisión se der madre o padre en el sentido genético o biológico"[208]. La Corte Europea incluso señala, explícitamente, que el acceso a las TRA con el fin de tener un hijo biológico es una decisión protegida por el derecho a la privacidad[209].

La jurisprudencia constitucional peruana sostiene que el derecho a la vida privada "está constituido por los datos, hechos o situaciones desconocidos para la comunidad que, siendo verídicos, están reservados al conocimiento del sujeto mismo y

[206] Ibídem.

[207] CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Pretty vs. Reino Unido, sentencia de 19 de abril de 2002*, párr. 61. *Caso Evans vs. Reino Unido, sentencia de 7 de marzo de 2006*, párr. 71. *Caso S.H. y otros vs. Austria, sentencia de 3 de noviembre de 2011*, párr. 80. En estas sentencias la Corte Europea de Derechos Humanos interpreta el derecho a la vida privada (artículo 8 del Convenio Europeo) en sentido amplio. Por ejemplo, en la sentencia Evans vs. Reino Unido la corte estableció que: *"(...) 'private life', which is a broad term encompassing, inter alia, aspects of an individual's physical and social identity including the right to personal autonomy, personal development (...)".*

[208] CORTE IDH. *Caso Artavia Murillo y otros ("fecundación in vitro") vs. Costa Rica*, loc. cit. CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Evans vs. Reino Unido*…, óp. cit., párrs. 71 y 72. ("*71. (...) 'private life' (...) incorporates the right to respect for both the decisions to become and no to become a parent". (...) 72. (...) the right to respect for the decision to become a parent in the genetic sense, also falls within the scope of Article 8*"). *Caso A, B, C vs. Irlanda, sentencia de 16 de diciembre de 2010*, párr. 212 ("*The Court notes that the notion of "private life" within the meaning of Article 8 of the Convention is a broad concept which encompasses, inter alia, the right to personal autonomy and personal development (...) as well as decisions both to have and not to have a child or to become genetic parents*").

[209] CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Dickson vs. Reino Unido, sentencia de 4 de diciembre de 2007*, párr. 66: "*Article 8 is applicable to the applicants' complaints in that the refusal of artificial insemination facilities concerned their private and family lives which notions incorporate the right to respect their decision to become genetic parents*". *Caso S.H. y otros vs. Austria*…, óp. cit., párr. 82**¡Error! Sólo el documento principal.**: "*The Court considers that the right of a couple to conceive a child and to make use of medically assisted procreation for that purpose is also protected by Article 8, as such a choice is an expression of private and family life*".

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

de un grupo reducido de personas, y cuya divulgación o conocimiento por otros trae aparejado algún daño"[210].

De esta manera, el Tribunal Constitucional peruano considera que el derecho a la vida privada "implica necesariamente la posibilidad de excluir a los demás en la medida que protege un ámbito estrictamente personal, y que, como tal, resulta indispensable para la realización del ser humano, a través del libre desarrollo de su personalidad"[211]. Por ello, este derecho representa "el poder jurídico de rechazar intromisiones ilegítimas en la vida íntima o familiar de las personas"[212].

Someterse a una TRA con el fin de ser madre o padre biológico es la manifestación de una decisión que corresponde a la esfera más íntima de una persona. Tal decisión involucra además, otros ámbitos de la vida privada como por ejemplo, la decisión de constituir o no una familia o la decisión de someterse a tal o cual tratamiento médico. Ello es evidente en el caso Artavia Murillo. En su sentencia, la Corte IDH señala que dicha controversia "trata de una combinación particular de diferentes aspectos de la vida privada, que se relacionan con el derecho a fundar una familia, el derecho a la integridad física y mental, y específicamente los derechos reproductivos"[213].

[210] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia recaída en el expediente N° 00008-2012-PI…, óp. cit., fundamento jurídico 86.
[211] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia recaída en el expediente N° 06712-2005-HC de 17 de octubre de 2005, fundamento jurídico 38.
[212] Ídem, fundamento jurídico 39.
[213] CORTE IDH. *Caso Artavia Murillo y otros ("fecundación in vitro") vs. Costa Rica*…, óp. cit., párr. 144.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

En el caso de la reproducción asistida, el derecho a fundar una familia y el derecho a la privacidad están enlazados. La protección de la familia y el derecho a fundar una están establecidos en la Constitución del Perú, así como en la Convención Americana y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante "Protocolo de San Salvador")[214]. La familia también está protegida por otros instrumentos internacionales[215].

La Corte IDH considera que "el derecho a que se proteja la familia y a vivir en ella, reconocido en el artículo 17 de la Convención, conlleva que el Estado está obligado no solo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar"[216]. Asimismo, afirmar que "el derecho de toda persona a recibir

[214] La Constitución peruana señala en el artículo 4: "La comunidad y el Estado protegen (…) a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad". En el artículo 6 se reconoce, asimismo, el derecho a las familias a elegir ("La política nacional de población (…) reconoce el derecho de las familias (…) a decidir". Por otro lado, la Convención Americana establece en el artículo 17 lo siguiente: "1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a (…) fundar una familia (…)". Además, como lo señalamos previamente, la protección de la vida familiar está garantizada en el artículo 11.2 ("Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia (…)"). Asimismo, el artículo 15 del Protocolo de San Salvador desarrolla el derecho a la constitución y protección de la familia ampliamente.

[215] El artículo VI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre consagra que "toda persona tiene derecho a constituir una familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella". El artículo 16.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos estatuye el derecho de los hombres y las mujeres a fundar una familia. El inciso 3 del mismo artículo dispone además que "la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado". El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos determina en el artículo 23.1 que "la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado". En el artículo 23.2 se reconoce "el derecho del hombre y de la mujer (…) a fundar una familia (…)". El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales también contempla el derecho a la constitución y protección de la familia en el artículo 10.1.

[216] CORTE IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*…, óp. cit., párr. 125. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*…, óp. cit., párr. 169. *Caso Artavia Murillo y otros ("fecundación in vitro") vs. Costa Rica*…, óp. cit., párr. 145.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia, forma parte, implícitamente, del derecho a la protección de la familia"[217].

Lo anterior adquiere particular relevancia si se considera que, dentro del contenido del derecho a fundar una familia, está la posibilidad de procrear. El Comité de Derechos Humanos establece que: "El derecho a fundar una familia implica, en principio, la posibilidad de procrear y de vivir juntos. Cuando los Estados Partes adopten políticas de planificación de la familia, estas han de ser compatibles con las disposiciones del Pacto y sobre todo no deben ser ni discriminatorias ni obligatorias (…)"[218] (subrayado añadido).

De ello se desprende que las decisiones en materia reproductiva son también parte del derecho a fundar una familia y no deben ser objeto de intromisiones ilegítimas. Por ejemplo, no pueden imponerse ni proscribirse políticas de planificación familiar a las personas, los estados deben adoptar medidas orientadas a fortalecer a las familias, etc. Así pues, no es posible que una persona esté obligada a recurrir a una TRA, así como tampoco es válido que las TRA estén absolutamente prohibidas.

En este orden de ideas, es importante recordar que tanto el Tribunal Constitucional peruano como la Corte IDH desarrollan el concepto de familia y establecen que la protección jurídica de la familia no está dirigida solo a un tipo o modelo de familia específico.

[217] CORTE IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*…, óp. cit., párr. 170.
[218] COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. *Observación general N° 19: La familia (artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)*, 1990, párr. 5.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

El Tribunal Constitucional del Perú considera que "desde una perspectiva constitucional, debe indicarse que la familia, al ser un instituto natural, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales. Así, cambios sociales y jurídicos tales como la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia, las grandes migraciones hacia las ciudades, entre otros aspectos, han significado un cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear, conformada alrededor de la figura del *pater familias*. Consecuencia de ello es que se haya protegido familias con estructuras distintas a la tradicional, como son las surgidas de las uniones de hecho, las monopaternales o las que en doctrina se han denominado *familias reconstituidas"*[219]. La Corte IDH señala, por su parte, que "la imposición de un concepto único de familia debe analizarse no solo como una posible injerencia arbitraria contra la vida privada, según el artículo 11.2 de la Convención Americana, sino también, por el impacto que ello pueda tener en un núcleo familiar, a la luz del artículo 17.1 de dicha Convención"[220].

Hago hincapié en dichos pronunciamientos sobre la familia pues de estos surge el deber de protección de los derechos de aquellas personas que, por razones no médicas, quieren establecer una familia recurriendo a las TRA (a la "medicina de

[219] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia recaída en el expediente N° 09332-2006-PA de 30 de noviembre de 2007, fundamento jurídico 7.

[220] CORTE IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*…, óp. cit., párr. 175. Para afirmar ello, la Corte IDH recurre a la jurisprudencia de la Corte Europea sobre la materia. La Corte Europea interpreta el concepto de "familia" en términos amplios: *Caso Schalk y Kopf vs. Austria, sentencia de 22 de noviembre de 2010*, párr. 91 ("*the notion of "family" (...) is not confined to marriage-based relationships and may encompass other de facto "family" ties where the parties are living together out of wedlock. A child born out of such a relationship is ipso jure part of that "family" unit from the moment and by the very fact of his birth (...)*"). *Caso X, Y y Z Vs. Reino Unido, sentencia de 22 de abril de 1997*, párr. 36 ("*The Court recalls that the notion of "family life" (...) is not confined solely to families based on marriage and may encompass other de facto relationships (...) When deciding whether a relationship can be said to amount to "family life", a number of factors may be relevant, including whether the couple live together, the length of their relationship and whether they have demonstrated their commitment to each other by having children together or by any other means (...)*").

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

servicios"), como por ejemplo ocurre con las personas sin parejas o con los homosexuales que deciden tener hijos biológicos.

La decisión autónoma de someterse a un tratamiento de fertilidad para tener hijos biológicos también está relacionada con el derecho a la integridad personal.

La Constitución peruana contempla el derecho a la integridad en el artículo 2.1 ("Toda persona tiene derecho (…) a su integridad moral, psíquica y física"). La Convención Americana dispone en el artículo 5.1 que: "Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral". Si bien el contenido del derecho a la integridad no se agota en lo referido a la salud, haré referencia solo a este extremo por su relación con las TRA.

La Corte IDH señala que "(…) los derechos a la vida privada y a la integridad personal se hallan también directa e inmediatamente vinculados con la atención de la salud. La falta de salvaguardas legales para tomar en consideración la salud reproductiva puede resultar en un menoscabo grave del derecho a la autonomía y la libertad reproductiva. Existe por tanto una conexión entre la autonomía personal, la libertad reproductiva y la integridad física y psicológica"[221].

El Tribunal Constitucional del Perú también relaciona el derecho a la integridad con la salud de las personas[222]. Asimismo advierte que "la salud protegida no es

[221] CORTE IDH. *Caso Artavia Murillo y otros ("fecundación in vitro") vs. Costa Rica*…, óp. cit., párr. 147.
[222] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia recaída en el expediente N° 03426-2008-PHC…, óp. cit., fundamento jurídico 11.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

únicamente la física, sino que comprende, también, todos aquellos componentes propios del bienestar psicológico y mental de la persona humana"[223].

Está ampliamente demostrado que la persona que busca tener un hijo biológico y no puede se ve seriamente afectada psicológicamente[224]. Por tanto, obstaculizar o prohibir el acceso de una persona a una TRA afecta, aún más, su salud y su integridad personal.

La reproducción asistida involucra también el derecho a la información y el derecho al progreso científico. Según la Constitución del Perú, el derecho a la libertad de información está protegido por el artículo 2.4. El artículo 2.5, por su parte, garantiza el derecho de toda persona "a solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal (…)". La Convención Americana también consagra el derecho a la información en el artículo 13.1[225].

Para que los individuos tomen decisiones en materia reproductiva deben estar informados. Solo de esa manera pueden ejercer libremente y de manera adecuada sus

[223] Ídem, fundamento jurídico 8.

[224] ABDALLAH, Daar y Zara MERALI. "Infertility and Social Suffering: The Case of ART in Developing Countries". *Current Practices and Controversies in Assisted Reproduction*, Ginebra: WHO, 2002, p. 16 ("*The experience of infertility causes harsh, poignant and unique difficulties: economic hardship, social stigma and blame, social isolation and alienation, guilt, fear, loss of social status, helplessness and, in some cases, violence*"). Los testimonios de los peticionarios en el caso Artavia Murillo son claros ejemplos de la realidad que las personas infértiles deben afrontar (CORTE IDH. *Caso Artavia Murillo y otros ("fecundación in vitro") vs. Costa Rica*…, óp. cit., párrs. 85-125).

[225] Este artículo establece que: "Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole (…)". El artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Humanos también consagran el derecho a la información.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

derechos reproductivos. Por la especialidad de la reproducción asistida, es importante el contenido, sentido y alcance de la información que se proporciona a quienes deciden ser padres biológicos gracias a las TRA.

Sobre el derecho al avance científico, la Constitución peruana hace referencia a la libertad de creación científica[226] y a la promoción del desarrollo científico y tecnológico del país[227]. El Protocolo de San Salvador reconoce en el artículo 14.1 b) el derecho de las personas a "gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico". Este derecho también está contemplado en otros tratados internacionales[228].

La Corte IDH considera que "el derecho a la vida privada y la libertad reproductiva guarda relación con el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho"[229]. Dado que las TRA son un avance científico cuya repercusión en la vida y la salud de las personas es incomparable, su acceso debe ser amparado por el Estado. Tener la posibilidad de recurrir a métodos cada vez más

[226] El artículo 2.8 dispone que "toda persona tiene derecho a la libertad (…) científica".
[227] El artículo 14 estatuye que: "(…) es deber del Estado promover el desarrollo científico y tecnológico del país".
[228] El artículo XIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece: "Toda persona tiene derecho de participar en la vida cultural de la comunidad, gozar de las artes y disfrutar de los beneficios que resulten de los progresos intelectuales y especialmente de los descubrimientos científicos (…)". El artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dispone lo siguiente: "1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a: a) Participar en la vida cultural; b) Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones; c) Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora. 2. Entre las medidas que los Estados Partes en el presente Pacto deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho, figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura. 3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora. 4. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen los beneficios que derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas y culturales".
[229] CORTE IDH. *Caso Artavia Murillo y otros ("fecundación in vitro") vs. Costa Rica*…,óp. cit., párr. 150.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

seguros y eficaces gracias a la ciencia, con el fin de alcanzar el más alto nivel de salud reproductiva debe estar garantizado a las personas.

Mención especial merece la dignidad humana como fundamento de los derechos reproductivos. La Constitución del Perú señala que "la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado"[230]. El artículo 11.1 de la Convención Americana establece que "toda persona tiene derecho (…) al reconocimiento de su dignidad"[231].

La Corte IDH no define el derecho a la dignidad personal aunque sí invoca este derecho al señalar que "el ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado"[232]. Asimismo, señala, por ejemplo, que las personas detenidas o presas tienen derecho a que se respete su dignidad personal[233], que las desapariciones forzadas gravemente afectan la dignidad humana[234], que la desnudez forzada viola la dignidad de las personas[235], entre otras[236].

---

[230] Artículo 1 de la Constitución del Perú de 1993

[231] Para un análisis detallado de la dignidad humana en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos puede revisarse: GROS ESPIELL, Héctor. "La dignidad humana en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos". *Anuario de Derechos Humanos*, Nueva Época, volumen 4, 2003, pp. 193-203 <http://revistas.ucm.es/index.php/ANDH/issue/view/ANDH030311/showToc>

[232] CORTE IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, sentencia de 29 de julio de 1988*, párr. 154

[233] Ídem, párr. 156. *Caso Neira Alegría y otros vs. Perú, sentencia de 19 de enero de 1995*, párr. 86. *Caso "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, sentencia de 19 de noviembre de 1999*, párr. 166.

[234] Ídem, párr. 158.

[235] CORTE IDH. *Caso Penal Castro Castro vs. Perú, sentencia de 25 de noviembre de 2006*, párr. 306

[236] Un análisis detallado sobre la jurisprudencia de la Corte IDH en torno a la dignidad humana puede encontrarse en: AMEZCUA, Luis. "Algunos puntos relevantes sobre la dignidad humana en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r24334.pdf> y BOHÓRQUEZ MONSALVE, Viviana y Javier AGUIRRE ROMÁN, "Las tensiones de la dignidad humana: conceptualización y aplicación en el derecho internacional de los derechos humanos". *Revista SUR*, volumen 6, número 11, diciembre 2009, <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r24903.pdf>

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

El Tribunal Constitucional peruano señala que la dignidad humana no solamente es "el valor supremo que justifica la existencia del Estado y de los objetivos que este cumple, sino que se constituye como el fundamento esencial de todos los derechos"[237]. En tal sentido, para dicho tribunal, la dignidad humana es "el presupuesto jurídico de la existencia de todos los derechos fundamentales"[238].

Además, según el Tribunal Constitucional, la dignidad humana es un principio-derecho[239]. Ello implica que, como principio, la dignidad humana "actúa a lo largo del proceso de aplicación y ejecución de las normas por parte de los operadores constitucionales, como: a) criterio interpretativo; b) criterio para la determinación del contenido esencial constitucionalmente protegido de determinados derechos, para resolver supuestos en los que el ejercicio de los derechos deviene en una cuestión conflictiva; y c) criterio que comporta límites a las pretensiones legislativas, administrativas y judiciales; e incluso extendible a los particulares"[240]. Como derecho fundamental, la dignidad humana "se constituye en un ámbito de tutela y protección autónomo. En ello reside su exigibilidad y ejecutabilidad en el ordenamiento jurídico, es decir, la posibilidad que los individuos se encuentren legitimados a exigir la intervención de los órganos jurisdiccionales para su protección"[241].

A pesar de la amplia explicación del Tribunal Constitucional sobre la dignidad personal, este no desarrolla el contenido de la dignidad en sentido estricto. Incuso se

[237] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia recaída en el expediente N° 2273-2005-PHC de 20 de abril de 2006, fundamento jurídico 5.
[238] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia recaída en los expedientes N° 050-2004-AI, 051-2004-AI, 004-2005-PI, 007-2005-PI, 009-2005-PI (acumulados) de 3 de junio de 2005, fundamento jurídico 46.
[239] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia recaída en el expediente N° 2273-2005-PHC…, óp. cit., fundamento jurídico 9.
[240] Ídem, párr. 10.
[241] Ibídem.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

llega a afirmar que la dignidad humana es un "concepto jurídico abierto; es decir que su contenido concreto debe irse verificando en cada supuesto de tratamiento o denuncia (…)"[242].

En el caso español, el Tribunal Constitucional señala que "la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás"[243].

La Corte Constitucional de Colombia también establece el contenido de la dignidad humana. La corte considera que este protege: "(i) la autonomía o posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como se quiere), (ii) ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien), (iii) la intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones)"[244].

En este contexto, considero que el acceso a una TRA está directamente relacionado con la dignidad personal, especialmente con el ámbito que protege el "vivir como se quiere". En consecuencia, entender a "la dignidad humana como protectora de un ámbito de autonomía individual y de la posibilidad de elección de un plan de vida"[245], permite, en definitiva, incluir la autodeterminación reproductiva de las

[242] LANDA, César. "La dignidad de la persona humana". *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, número 7, 2002, p. 118.
[243] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. Sentencia N°53/1985…, óp. cit., fundamento jurídico 8.
[244] CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-355/06…, óp. cit., fundamento jurídico 8.1.
[245] CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, loc. cit.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

TESIS PUCP

personas y, con ello, la libre decisión de ser una madre o un padre en sentido biológico, en el ámbito de protección de la dignidad humana[246].

Una vez desarrollados los derechos fundamentales que entran en juego en las TRA, cabe continuar con la cuestión central y más debatida: el estatuto del embrión.

[246] En la misma línea, la Corte Constitucional colombiana señala que "respecto de la mujer, el ámbito de protección de su dignidad humana incluye las decisiones relacionadas con su plan de vida, entre las que se incluye la autonomía reproductiva" (Ibídem). Además, es importante recalcar que el Tribunal Constitucional español puntualizó que "la dignidad está reconocida a todas las personas con carácter general, pero cuando el intérprete constitucional trata de concretar este principio no puede ignorar el hecho obvio de la especificidad de la condición femenina y la concreción de los mencionados derechos en el ámbito de la maternidad". (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA, loc. cit.)

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

TESIS PUCP

Capítulo 3: El estatuto del no nacido

El centro de la discusión en relación con la FIV-TE radica en el estatuto moral del no nacido[247] pues de él depende si el no nacido es considerado una persona o se encuentra en una suerte de estadio moral previo[248]. Voy a partir del planteamiento de que el no nacido cuenta con tres estatutos: el biológico (que describe cómo es empíricamente), el ético o moral (que implica qué es en el plano ontológico y por qué debe tratarse de cierta manera en términos éticos)[249] y el estatuto jurídico (que determina el tratamiento jurídico que el Derecho le debe otorgar a partir de su estatuto moral).

No cabe duda de que un embrión es una entidad biológicamente viva que pertenece a la especie humana. Sin embargo, ¿basta esta premisa para equiparar su estatuto al de una persona? Ser persona no solo implica pertenecer a la especie homo sapiens. En mi opinión, ser persona y considerar a otro como una hace referencia además a ciertas características morales trascendentales, esenciales.

---

[247] Cabe precisar que cuando menciono "no nacido", me refiero tanto al embrión como al concebido y al feto. Algunos autores no consideran al "concebido" y al "embrión" una misma entidad biológica. A pesar de ello, utilizaré ambos términos indistintamente.

[248] Considero que el estatuto del embrión es el planteamiento principal en torno a las FIV-TE. Sin embargo, autores como Ferrajoli señalan que los problemas de la reproducción asistida son distintos a los de, por ejemplo, el aborto, y en específico, a los de la tutela del no nacido. Ferrajoli menciona que la problemática de la FIV-TE radica en el carácter artificial de la reproducción y en la consagración de lo natural como lo exclusivamente moral. Para mayor información puede revisarse: FERRAJOLI, Luigi. "La cuestión del embrión entre derecho y moral". *Revista jueces para la democracia. Información y debate*, N° 44, Madrid, 2002, pp. 9-10.

[249] Mi clasificación sobre los estatutos del embrión parte del enfoque de Íñigo de Miguel Beriain. Este autor establece que "a pesar de que el embrión es una única realidad, las formas de contemplarlo varían ostensiblemente en función del ángulo que utilicemos para enfocar la cuestión. Así, hablaremos de estatuto antropológico del embrión humano cuando queramos referirnos a lo que es, a cuál es su realidad ontológica. El concepto de estatuto ético, por su parte, hará referencia a cómo hemos de tratarlo y por qué hemos de comportarnos así con él. El estatuto jurídico, por fin, se ocupará de mostrarnos lo que el Derecho puede hacer, o no, para asegurar que reciba la atención que merece de acuerdo con su estatuto ético y antropológico. Cada una de estas tres vertientes tiene, por sí misma, una grave importancia, en cuanto que determina un aspecto esencial en la discusión acerca del embrión humano". (DE MIGUEL BERIAIN, Íñigo, óp. cit., p. 67).

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

De la misma manera en que no es posible rechazar la naturaleza humana del embrión, tampoco puede pretenderse negar su potencialidad de convertirse en una persona. Lo complicado surge al establecer si la condición de "persona potencial" determina su estatuto y lo equipara al de una persona nacida; o si por el contrario, el no nacido se encuentra, como señalé, en una suerte de estadio moral previo. Por eso, antes de decidir cuál es el tratamiento jurídico del no nacido hay que determinar "qué rasgos son moralmente relevantes para establecer si estamos frente a una persona"[250].

Algunos autores consideran que del hecho de que el no nacido sea una entidad con vida biológica se deduce instantáneamente su personalidad moral. Otros, en cambio, señalan que la personalidad moral no se deriva de la mera existencia biológica pues debe existir "algo más". El debate es intenso y la posibilidad de alcanzar un acuerdo entre las diversas posiciones es imposible.

En virtud del carácter interdisciplinario de la bioética, empezaré por explicar desde el punto de vista de la ciencia, qué es el embrión en términos biológicos y cómo se desarrolla dentro del vientre femenino a lo largo del tiempo[251]. Asimismo, cabe advertir que no existe acuerdo entre los especialistas de las ciencias médicas sobre el momento exacto del inicio de la "vida" del no nacido (¿ocurre con la fecundación o la

[250] VILLANUEVA, Rocío. "El aborto: un conflicto de derechos humanos". *Derechos humanos de las mujeres. Aproximaciones conceptuales.* Movimiento Manuela Ramos, Lima, 1996, p. 192.

[251] Evidentemente, mi explicación en torno al proceso biológico del desarrollo del no nacido no será altamente especializada. Describiré, en términos generales, las etapas por las que el no nacido atraviesa dentro del cuerpo de la mujer durante las dos primeras semanas; es decir, hasta la implantación. No me detendré en las etapas posteriores a la implantación puesto que son solo las dos primeras etapas biológicas (la fecundación y la implantación) las que adquieren relevancia en la FIV-TE (cabe recordar que el embrión es resultado de una fecundación extracorpórea y que es transferido al útero de la mujer a los cinco días, justo antes de la implantación. A partir de la transferencia, el no nacido continúa con su desarrollo "natural").

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

implantación?)[252]. Sin embargo, la explicación científica es importante en la medida que brinda información que todo análisis sobre el estatuto del no nacido, desde cualquier perspectiva, debe incorporar. Sobre todo si, en muchos casos, los elementos biológicos son un fuerte argumento (incluso el único) para dar respuesta a los dilemas éticos que la discusión sobre el no nacido genera (¿es una persona?, ¿desde cuándo se es persona?).

Además, el derecho debe guiarse de la ciencia para no adoptar regulaciones incoherentes y contradictorias[253]. No obstante, ello no significa, en el caso del estatuto del embrión, que al derecho le corresponda establecer el inicio la vida humana en términos científicos. Su tarea se encuentra limitada a la determinación del alcance de la protección jurídica del no nacido, de aquella "vida" en proceso de formación.

De lo anterior han sido conscientes diversas cortes de justicia. Por ejemplo, en 1973, en el caso *Roe vs. Wade*, la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos señaló

[252]Aunque suele señalarse que el inicio del desarrollo surge con la concepción, no hay acuerdo sobre cuando ocurre esta última: "(…) en el contexto científico se destacan dos lecturas diferentes del término *concepción*. Una corriente entiende *concepción* como el momento de encuentro, o de fecundación, del óvulo por el espermatozoide. De la fecundación se genera la creación de una nueva célula: el cigoto. Cierta prueba científica considera al cigoto como un organismo humano que alberga las instrucciones necesarias para el desarrollo del embrión. Otra corriente entiende *concepción* como el momento de implantación del óvulo fecundado en el útero. Lo anterior, debido a que la implantación del óvulo fecundado en el útero materno faculta la conexión de la nueva célula, el cigoto, con el sistema circulatorio materno que le permite acceder a todas las hormonas y otros elementos necesarios para el desarrollo humano". (CORTE IDH, *Caso Artavia Murillo y otros ("Fertilización in vitro") vs. Costa Rica*..., óp. cit., párr. 180).

[253] Al resolver una cuestión que involucra a un transexual y a su condición de "enfermo", el Tribunal Constitucional del Perú señaló que "el Derecho deberá interpretar sus normas o cambiar su legislación a la luz de lo que aporte la ciencia médica" (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia recaída en el expediente N° 00139- 2013-PA de 18 de marzo de 2014, fundamento jurídico 27). Por otro lado, un ejemplo de pronunciamiento incoherente en torno a temas de carácter médico-científico es el de la AOE en el Perú (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia recaída en el expediente N° 02005-2009-PA de 16 de octubre de 2009). El Tribunal Constitucional peruano declaró, en el año 2009, que las píldoras de AOE (comúnmente conocidas como las "píldoras del día siguiente") podrían tener un efecto abortivo cuando, en el 2005, la OMS, órgano rector en materia de salud en el mundo, había establecido lo contrario (ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS). *Nota descriptiva N° 244*, julio de 2012. <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs244/es/index.htm>).

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

que: "no necesitamos resolver la difícil pregunta de cuándo comienza la vida. Si los que están formados en sus respectivas disciplinas de la medicina, filosofía y teología no logran consenso alguno; la judicatura, en esta etapa del conocimiento del hombre, no está en la posición de especular una respuesta"[254]. Por su parte, el Tribunal Constitucional español estableció en 1985 que "la vida es un concepto indeterminado sobre el que se han dado respuestas plurívocas (…), y en cuya evaluación y discusión no podemos ni tenemos que entrar aquí"[255]. En la misma línea, la Corte Constitucional de Colombia resolvió que "determinar el momento exacto a partir del cual se inicia la vida humana es un problema al cual se han dado varias respuestas, no solo desde distintas perspectivas como la genética, la médica, la religiosa, o la moral, entre otras, sino también en virtud de los diversos criterios expuestos por cada uno de los respectivos especialistas, y cuya evaluación no le corresponde a la Corte Constitucional en esta decisión"[256]. Finalmente, el Tribunal Constitucional peruano consideró que "(…) no corresponde zanjar las dudas de la ciencia o definir desde esa perspectiva cuándo es que la vida comienza, pues la *auctoritas* de este Colegiado no es científica (…)"[257].

1. Breves apuntes sobre el estatuto biológico del embrión

El desarrollo biológico del no nacido no es un evento inmediato en el cuerpo de la mujer. En condiciones adecuadas, el inicio del proceso biológico de la vida ocurre al

[254]La sentencia señala: *"We need not resolve the difficult question of when life begins. When those trained in the respective disciplines of medicine, philosophy, and theology are unable to arrive at any consensus, the judiciary, at this point in the developmente of man's knowledge, is not in a position to speculate as to the answer"*. (CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS. Roe v. Wade, 410 U.S. 113, 1973).

[255] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. Sentencia N°53/1985…, óp. cit., fundamento jurídico 5.

[256] CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-355/06…, óp. cit., fundamento jurídico 5.

[257] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia recaída en el expediente N° 02005-2009-PA…, óp. cit., fundamento jurídico 35.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

término de una relación sexual en período fértil, cuando el semen es depositado en el aparato genital femenino[258]. Aproximadamente, de los 200 ó 300 millones de espermatozoides presentes en la vagina, solo 300 ó 500 llegan al lugar donde se encuentra el óvulo y solo uno lo fecunda[259].

Mientras los espermatozoides realizan el recorrido por el tracto genital femenino, experimentan cambios estructurales y funcionales a través de un proceso de capacitación que luego les permitirá tomar los primeros contactos con el óvulo, así como su penetración[260]. Por su parte, el óvulo culmina su proceso de maduración a la espera de ser fecundado.

Cuando ambos gametos se encuentran en las trompas de Falopio se lleva a cabo la fecundación. La fecundación no es instantánea, "es un evento que toma varias horas, durante las cuales ocurre una serie de procesos en cascada"[261]. Para efectos ilustrativos, la resumiremos de la siguiente manera:

---

[258] Una relación sexual en período fértil implica la existencia de, por lo menos, un óvulo disponible para ser fecundado. Como explicaré más adelante, si no hay un óvulo, la fecundación no se lleva a cabo. Aún así, se debe tomar en cuenta de que no toda relación sexual no protegida en período fértil lleva, inevitablemente, a un embarazo.

[259] SADLER, Thomas W., *Langman embriología médica*, undécima edición, España: Wolters Kluwer Health, 2010, p. 38. Es posible que la mujer libere más de un óvulo por ciclo y que espermatozoides distintos los fecunden. Ello da lugar a embarazos de mellizos, por ejemplo. En concreto, los mellizos "son el resultado del desprendimiento simultáneo de dos ovocitos que son fecundados por distintos espermatozoides. Dado que los dos cigotos tienen una constitución genética totalmente distinta, su parecido no es mayor que el de hermanos de diferentes gestaciones. Pueden ser del mismo sexo o no. Los dos cigotos se implantan por separado en el útero y, generalmente, cada uno se desarrolla en una placenta, un amnios y un saco coriónico propios" (íbid., p. 106).

[260] Ídem, p. 37.

[261] SEPÚLVEDA, Soledad. "Fecundación y desarrollo en mamíferos". En: URBINA, María Teresa y Jorge LERNER BIBER (directores), óp. cit., p. 119.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

1. Los espermatozoides atraviesan la zona pelúcida (la zona que envuelve al óvulo) y solo uno entra en contacto con la membrana citoplasmática del óvulo[262]. De este inicial encuentro, surge el cigoto[263].

2. Los pronúcleos masculino y femenino migran hacia el centro de la célula (cigoto en estado pronúcleo)[264].

3. Ambos pronúcleos se unen y se da la combinación del material genético (singamia). El cigoto ahora cuenta con una combinación de cromosomas distinta a la de los padres y se encuentra en una fase de dos células (cigoto en estado bicelular).

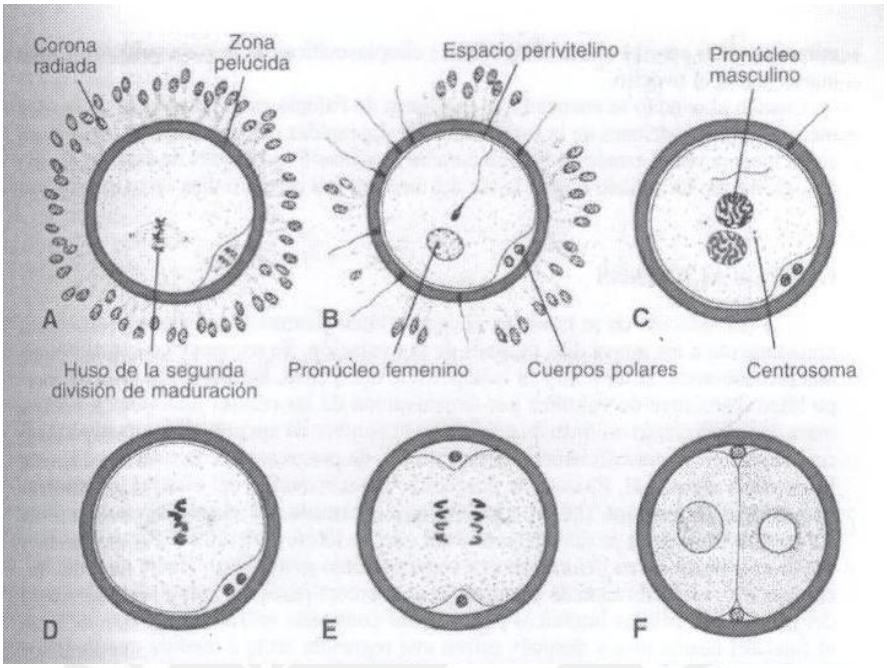
[262] Al entrar en contacto, además de otros eventos, el óvulo responde y hace que ningún otro espermatozoide lo penetre. A esta reacción se le denomina "reacción de zona". (SADLER, Thomas W., óp. cit., p. 38). En caso de que haya más de un óvulo disponible, el proceso biológico es el mismo para cada uno.

[263] Merece la pena recalcar que, en el ámbito de la biología, no se denomina "cigoto" únicamente a aquella entidad celular que resulta de la combinación genética del óvulo y del espermatozoide. Se denomina "cigoto" incluso a la entidad que surge desde la simple unión de los gametos. (SEPÚLVEDA, Soledad, loc. cit).

[264] "Durante el crecimiento de los pronúcleos masculino y femenino (ambos haploides), cada pronúcleo debe replicar su ADN. Si no lo hacen, cada célula del cigoto bicelular poseerá solo la mitad de la cantidad normal de ADN" (SADLER, Thomas W., óp. cit., p. 39).

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

Figura 1. La fecundación



A. Ovocito inmediatamente después de la ovulación. **B.** Un espermatozoide ha entrado en el ovocito. **C.** Pronúcleos masculino y femenino. **D y E.** Los cromosomas se disponen sobre el huso, se separan longitudinalmente y se desplazan hacia polos opuestos. **F.** Estado bicelular[265]

El cigoto en estado bicelular, mientras se desplaza hacia el útero, inicia el proceso de segmentación. Este consiste en la división del cigoto (y el consiguiente aumento de sus células) hasta la formación del blastocisto. "La primera división ocurre 25-27 horas después de la fecundación y las siguientes divisiones ocurren aproximadamente cada 12 horas"[266].

[265] Ídem, p. 38.
[266] SEPÚLVEDA, Soledad. "Fecundación y desarrollo en mamíferos"…óp. cit., p. 120.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

TESIS PUCP

Figura 2. Desarrollo del cigoto desde el estado bicelular hasta el de mórula[267]

Alrededor del quinto día después de la fecundación, el cigoto en estado de mórula (16 células) se transforma en blastocisto. Este estado del cigoto es importante porque se distingue, por primera vez, el trofoblasto y la masa celular interna. El trofoblasto da origen a la placenta y a otros anexos embrionarios; mientras que la masa celular interna (que equivale al 10% del blastocisto) da lugar al embrión propiamente dicho, es decir, a la entidad que luego se implantará en el útero[268].

Al sexto día después de la fecundación, se produce la eclosión del blastocisto para iniciar el contacto con el endometrio. Este contacto tampoco es instantáneo y consta de cuatro pasos[269]:

[267] Ibídem.
[268] ZEGERS-HOCHSCHILD, Fernando. "Algunas reflexiones éticas en el uso de la tecnología reproductiva moderna para el tratamiento de la infertilidad". *Revista médica clínica Condes*, N° 21, 2010, p. 471.
[269] BESERENI, Sadek. "Implantación embrionaria", en: URBINA, María Teresa y Jorge LERNER BIBER (directores), óp. cit., p. 125.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

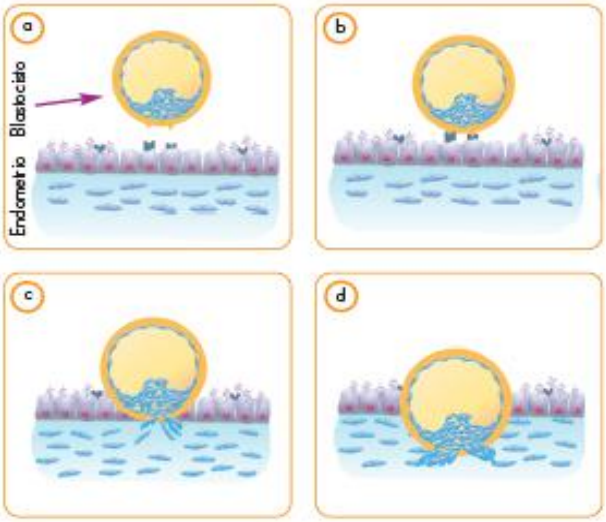
1. Aposición: "el blastocisto orienta su polo embrionario, donde se localiza la masa celular interna, hacia la superficie del epitelio endometrial y se posiciona habitualmente en una zona determinada del útero (tercio medio y superior de la pared posterior)"[270].

2. Adhesión: el blastocisto se adhiere al epitelio endometrial para lo cual es necesario un adecuado ambiente hormonal.

3. Intrusión: el blastocisto empieza a atravesar el epitelio endometrial (que actúa como una barrera).

4. Invasión: Se fija el blastocisto en el endometrio.

Figura 3. La implantación



a. Aposición. **b**. Adhesión. **c**. Intrusión. **d**. Invasión.[271]

[270] Ídem, p. 127.
[271] Ídem., p. 126.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

Aproximadamente, al término de la segunda semana después de la fecundación, la implantación concluye por completo. En consecuencia, si no media complicación alguna, el embrión se convertirá, con el tiempo, en un feto y el parto se producirá al cabo de nueve meses.

Es importante mencionar que el embarazo es clínicamente detectable a partir de la implantación. Antes de esta, no es posible obtener este dato pues el embrión no está unido celularmente a la madre y, por lo tanto, en su organismo no se producen los cambios hormonales con los que se determina científicamente un embarazo[272].

1.1. Las etapas biológicas iniciales del no nacido

A pesar del impactante funcionamiento del aparato reproductivo, existen altas posibilidades de que una mujer no quede embarazada incluso cuando mantiene relaciones sexuales no protegidas en período fértil. Esto se debe, casi en su totalidad, a causas del propio sistema reproductivo, esto es, a causas "naturales" que actúan tanto en el proceso de fecundación de los gametos como en el de la implantación del blastocisto en el útero femenino. Por estas razones, se suele afirmar que la ineficiencia para tener hijos biológicos es producto de un alto nivel de "pérdidas reproductivas ocultas que operan en forma implacable como mecanismo de selección natural"[273].

Lo primero que quiero resaltar es que los espermatozoides solo fecundan un óvulo siempre y cuando uno disponible exista. Si no existe un óvulo, la fecundación

[272] ZEGERS-HOCHSCHILD, Fernando, loc. cit.
[273] ZEGERS-HOCHSCHILD, Fernando. *Consideraciones médicas e implicancias ético-legales de la reproducción asistida en Chile*. Centro interdisciplinario de estudios en Bioética de la Universidad de Chile, p. 4 <http://www.uchile.cl/portal/investigacion/centro-interdisciplinario-de-estudios-en-bioetica/publicaciones/76961/seleccion-de-articulos>.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

nunca ocurrirá, así la pareja mantenga relaciones sexuales no protegidas. Se debe tener en cuenta, además, que el tiempo de vida de los espermatozoides es de cinco a seis días y que el de un óvulo es de tan solo uno. Ello quiere decir que, si se dan las condiciones, la fecundación se puede llevar a cabo entre el primer y sexto día siguientes a la relación sexual[274].

Ahora bien, del total de los cigotos que culminan con éxito el proceso de la fecundación, aproximadamente solo el 20% tiene la posibilidad de convertirse en un embrión clínicamente detectable[275]. En otras palabras, alrededor del 80% de los cigotos se pierde antes de la implantación o a los pocos días de esta sin que la mujer lo note. Incluso, el porcentaje de cigotos que culmina la etapa de la implantación sin inconvenientes es bajo[276]. De ello inevitablemente se desprende que las mujeres pierden embriones imperceptiblemente[277].

Aún sin pérdidas naturales de embriones, la mujer no necesariamente queda embarazada. Por ejemplo, el cigoto de ocho células cuyo desarrollo previsto es el de

[274] VILLANUEVA FLORES, Rocío. *La anticoncepción oral de emergencia: el debate legal en América Latina*, San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2008, p. 24.

[275] El porcentaje de los embriones que no llegan a ser clínicamente detectables es variable y se sitúa aproximadamente entre el 50% y 80%. Al respecto, puede revisarse ZEGERS-HOCHSCHILD, Fernando, "Algunas reflexiones éticas en el uso de la tecnología reproductiva moderna para el tratamiento de la infertilidad"…óp. cit., p. 473; así como SADLER, Thomas W., óp. cit., p. 43.

[276] En cifras puede señalarse que "entre 22% y 24% de los embriones no finaliza la implantación (aborto preclínico o embarazo bioquímico) y, aproximadamente, un 31% de embriones presenta una implantación anormal que culmina en un aborto clínico". (BESERENI, Sadek, óp. cit., p. 125).

[277] Tal como lo adelanté, "estos abortos son un mecanismo natural para eliminar los embriones defectuosos y reducir la incidencia de malformaciones congénitas. Sin este fenómeno, aproximadamente el 12% de los bebés presentarían anomalías congénitas, en lugar del 2% o 3% real" (SADLER, Thomas W., loc. cit.).

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

transformarse en una mórula (y luego en un blastocisto), puede convertirse en un tumor llamado mola hidatiforme o en un tipo de cáncer conocido como el coriocarcinoma[278].

Otra circunstancia que rompe con la idea de que toda unión entre óvulo y espermatozoide (y, por ende, la presencia de toda nueva carga genética) da lugar a un único individuo se observa en los casos de los gemelos monocigóticos y, con menor frecuencia, en los de hibridación. Los gemelos monocigóticos u homocigóticos surgen de un solo cigoto. En concreto, esto ocurre cuando un cigoto de cuatro u ocho células (aunque puede darse también en cualquier estado del cigoto) se divide en otro idéntico; de lo que resultan, si el embarazo llega a término con éxito, dos personas distintas pero con la misma carga genética. De hecho, cuanto más tarde sea la división del cigoto (por ejemplo, si se da cuando este es una mórula o un blastocisto), los dos embriones resultantes pueden incluso compartir "la placenta, saco gestacional, amnios e incluso partes del cuerpo, como en el caso de los siameses"[279].

Por otro lado, en los casos de hibridación (o de quimeras postcigóticas) ocurre lo contrario. Se trata pues de dos cigotos que, en principio, deben dar lugar a dos personas distintas (con carga genética diferente) al final del embarazo. Sin embargo, por múltiples razones, ambos cigotos se fusionan y dan lugar a una sola entidad[280]. Estos dos casos (el de los gemelos monocigóticos y el de la hibridación) demuestran que de

[278] ZEGERS-HOCHSCHILD, Fernando, loc. cit. Las consideraciones clínicas de la implantación anómala son varias y no se reducen a la mola hidatiforme o a un coriocarcinoma. Al respecto puede revisarse: SADLER, Thomas W., óp. cit., pp. 51-52.
[279] ZEGERS-HOCHSCHILD, Fernando, loc. cit.
[280] "(…) las explicaciones a este curioso fenómeno son múltiples. Algunos autores consideran que la fusión de ambas células supone la desaparición de ambos individuos para la formación de un tercero nuevo, mientras que otros consideran que uno de ambos es fagocitado por el otro, o sencillamente, aducen que no puede darse una única explicación a este fenómeno, sino que ha de buscarse una diferente según el tipo de quimerismo que llegue a producirse". (DE MIGUEL BERIAIN, Íñigo, óp. cit., p. 19).

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

todo cigoto no surge, indubitablemente, un único individuo al cabo de nueve meses de embarazo.

Las situaciones mencionadas evidencian que en las primeras semanas de crecimiento del embrión no existe certeza sobre su desarrollo y, por ello, cabe preguntarnos qué debe hacer el Derecho frente a esta incertidumbre biológica sobre el futuro de los embriones.

Establecer el valor que debe otorgársele a la vida desde sus más remotos inicios ha generado posiciones irreconciliables[281]. El problema gira en torno a la personalidad moral del no nacido y para dar cuenta de esta se formulan diversas teorías.

2. Algunas teorías sobre la personalidad moral del no nacido

Son múltiples las teorías sobre la personalidad moral del no nacido. No existe una lista que las clasifique ni un acuerdo sobre la validez de cada una de estas. En algunos casos, los argumentos que sustentan una misma teoría sobre el estatuto moral del no nacido son diferentes. En otros, las teorías se subdividen en varias vertientes[282].

[281] Margarita Valdés advierte que "la discusión entre los conservadores y los liberales es, pues, una discusión en la que los contendientes parten de premisas aparentemente contrarias; para los primeros resulta obvio que el óvulo fecundado es una persona; para los segundos es evidente que ningún feto antes de nacer es persona. Unos y otros están convencidos de la verdad de su tesis y no están dispuestos a cambiarla con base en datos científicos que les pudieran ser suministrados". (VALDÉS, Margarita M., "Aborto y personas". *Controversias sobre el aborto*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México y Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 75).

[282] A modo de ejemplo puedo citar las diferentes clasificaciones y teorías sobre la personalidad moral del no nacido que importantes autores esbozan. Martín Diego Farrell desarrolla la personalidad del embrión en torno a la sensibilidad (capacidad de sufrir), la identidad (sea corporal y/o personal), la potencialidad, entre otros (FARREL, Martín Diego. *La ética del aborto y la eutanasia*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1985, pp. 39–60) Según Rocío Villanueva, la teoría de la animación, de la viabilidad, de la individualización (que se subdivide en la aparición del ADN, la sensibilidad y la autoconciencia) y el argumento de la potencialidad establecen de distintas maneras el estatuto moral del no nacido (VILLANUEVA FLORES, Rocío. "El aborto: un conflicto de derechos humanos", óp. cit., pp. 192–207). Javier Gafo, por su parte, describe siete teorías sobre la personalidad moral del no nacido: la fecundación, la anidación, el fin de la organogénesis, la viabilidad, el nacimiento y los criterios relacionales (GAFO,

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

TESIS PUCP

En muchos casos, dichas teorías atribuyen al no nacido la condición de persona solo en atención a la presencia de algún rasgo biológico que consideran moralmente relevante. Por ello, es importante recordar que el desarrollo biológico del embrión es un asunto empírico; una cuestión de hecho que no es razón suficiente para deducir el carácter moral del embrión. Insisto en ello pues determinar si el no nacido es una persona en sentido estricto, es una discusión moral, un juicio de valor que permite establecer el tratamiento jurídico que el embrión merece. Entonces, tal como afirma, Alfonso Ruiz Miguel, considero que no es correcto "pretender deducir criterios normativos o valorativos a partir de observaciones de hecho, como si el hecho de que algo *sea* permita deducir que ese algo *deba ser* o *sea bueno* que sea (…), los criterios morales, que son los que están en juego cuando hablamos de la personalidad humana, no son ni pueden ser meramente una cuestión de hecho o científica, sino de valor, de actitud hacia la realidad, pues la ética nos dice lo que debe ser, no lo que es"[283].

A continuación desarrollaré solo aquellas teorías sobre la personalidad moral del no nacido que, desde mi punto de vista, son las más conocidas y a las que se suele recurrir con mayor frecuencia para sustentar cierta posición sobre el estatuto del embrión.

Javier. *10 palabras clave en Bioética*, quinta edición, Navarra: Verbo divino, 2000, p. 50). Íñigo de Miguel Beriain divide en tres a las teorías que desarrollan la personalidad del no nacido: las teorías que afirman la equivalencia entre ser humano y persona, las teorías que niegan la equivalencia entre el embrión y el ser humano según criterios internos al ser y las teorías que niegan la personalidad del embrión sobre la base de criterios externos al ser. Este autor subdivide además el segundo grupo de teorías según diversos criterios (DE MIGUEL BERIAIN, Íñigo, óp. cit., pp. 73–123).

[283] RUIZ MIGUEL, Alfonso. "El aborto, entre la ética y el derecho". Coloquio Aspectos éticos y legales del aborto: la despenalización a debate, México D. F., 29 de setiembre de 2003, p. 9.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

TESIS PUCP

A. Teoría de la fecundación

Esta teoría hace referencia al proceso de la fecundación y establece que de todo encuentro entre un óvulo y un espermatozoide surge una persona en sentido estricto. Sus partidarios asumen que el estatuto moral del no nacido es igual que el de una persona desde el momento en que ambos gametos se unen para formar una única entidad. En consecuencia, un cigoto merece la misma protección y tiene los mismos derechos que una persona[284].

Según esta teoría, la fecundación es un evento de significativa importancia debido a tres motivos. El primero de ellos hace alusión a la aparición de una nueva combinación genética en el cigoto como resultado de la singamia. La presencia de un código genético propio lo convierte en una entidad irrepetible. Además, es gracias a esta información genética que el cigoto, de manera independiente, determinará su crecimiento y desarrollo biológico. En síntesis, para la teoría de la fecundación, el ADN del cigoto es motivo suficiente para el reconocimiento de la personalidad moral del no nacido[285].

En segundo lugar, esta teoría le otorga relevancia moral a la fecundación porque plantea que, a partir de esta etapa, el cigoto constituye una realidad biológica humana distinta a la de sus progenitores. No se trata por ende, de una simple unión de los

[284] En concreto, esta posición concluye que "los avances científicos no permiten hoy duda razonable sobre la continuidad real existente en el proceso vital a partir de la concepción. Intentar establecer, dentro del fluir continuado de esa "vida", fronteras artificiales capaces de conferirle o negarle categoría "humana" es empeño notablemente arriesgado que pocos se atreven a asumir. Supone, en efecto, dar por hecho que el carácter "humano" de una vida depende de criterios ajenos a ella misma, cuya apreciación acabará inevitablemente dependiendo de la valoración que merezca a los demás". (OLLERO, Andrés. *Bioderecho. Entre la vida y la muerte*. Navarra: Aranzadi, 2006, p. 84).
[285] GAFO, Javier., óp. cit., pp. 50–52.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

gametos de sus padres ni de una parte del organismo femenino. El cigoto es una entidad autónoma, diferente e individualizada[286].

Finalmente, los defensores de la teoría de la fecundación parten de la idea de continuidad que existe entre el cigoto y un adulto. Según ellos, el desarrollo humano es un proceso lineal en donde no existen importantes diferencias que pueden determinar algún tipo de línea divisoria entre lo que hoy son y lo que alguna vez fueron las personas. La fecundación importa, por ello, el único cambio cualitativo en el desarrollo humano moralmente relevante. A partir de esta, el cigoto solo se dedica a crecer de manera continua[287].

En relación con esta posición quiero precisar que, muchas veces, tras la teoría de la fecundación, existe una concepción moral religiosa; específicamente, la de la Iglesia Católica. Sin embargo, cabe aclarar que ello no significa que esta postura no sea compartida también por personas que no son católicas[288].

Dada la influencia que la religión católica pretende tener en la bioética[289], así como en los diversos ordenamientos jurídicos de la región[290], me ocuparé de las

[286] Ídem, p. 52.
[287] Ibídem.
[288] "(…) la idea de que la persona comienza a existir desde el momento de la concepción no se encuentra necesariamente ligada a un determinado tipo de creencias metafísicas sobre las personas (en particular no implica la aceptación del dualismo que considera que toda persona es un compuesto de dos sustancias, una espiritual y otra corporal), ni supone la creencia en la existencia de Dios y en una vida trascendente, ni se deriva lógicamente a partir de ciertas creencias científicas (…). En efecto, en la historia del debate sobre el aborto voluntario encontramos entre quienes lo condenan por considerar que la persona comienza a existir desde el momento de la concepción a pensadores dualistas y materialistas, a hombres religiosos y laicos, a pensadores científicos y a otros no tan científicos". (VALDÉS, Margarita M., óp. cit., p. 70).
[289] Al respecto Carlos Lema señala que "entre los discursos iusnaturalistas que se han enfrentado con la cuestión de las tecnologías reproductivas, el de la Iglesia Católica tiene una importancia particular. Tanto por el momento temprano en el que aparece, como por la influencia que ha ejercido y por la cantidad de autores que desarrollan esta línea siguiendo más o menos estrechamente la postura oficial expresada por

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

semejanzas entre la teoría de la fecundación y el planteamiento de la Iglesia Católica en torno al no nacido.

La Iglesia Católica y la teoría de la fecundación

La reacción de la Iglesia Católica contra las TRA está centrada en diversos aspectos; sin embargo, me concentraré solo en el extremo referido a la personalidad del embrión[291].

La discusión sobre el embrión en la Iglesia Católica data de mucho tiempo y, probablemente, sus representantes son quienes más fervientemente condenan las prácticas contra el no nacido. No obstante, cabe recordar que en ningún pasaje de la Biblia se puede encontrar referencia explícita sobre el estatuto moral que debe atribuírsele al embrión. Ni el antiguo testamento ni el nuevo testamento hacen mención expresa al no nacido[292].

---

los órganos competentes de la jerarquía católica". (LEMA AÑÓN, Carlos., óp. cit., p. 217). En el mismo sentido, se afirma que en "la historia de la Bioética hay que reconocer que su origen estuvo muy mediatizado por planteamientos religiosos (…)". (LACADENA, Juan Ramón. *Genética y bioética*. Segunda edición, Madrid: Universidad Pontificia Comillas, 2003, p. 44)

[290] Carlos Lema establece que "la significativa influencia ideológica de la Iglesia católica se ha traducido también en incidencia real en las regulaciones jurídicas" (LEMA AÑÓN, Carlos, loc. cit.). Sobre la relación Estado–Iglesia en el ordenamiento jurídico del Perú, puede revisarse: ABAD YUPANQUI, Samuel. *¿Es el Perú un estado laico? Análisis jurídico desde los derechos sexuales y derechos reproductivos*…, óp. cit., pp. 63–101.

[291] La Iglesia Católica se opone a las TRA porque vulneran la unidad del matrimonio y los valores humanos de la sexualidad. Debemos recordar que, para esta religión, en el matrimonio se encuentran necesariamente unidas la sexualidad y la reproducción. Es decir, "la no escindibilidad de los aspectos «unitivo» y «procreativo» del «acto conyugal»" (LEMA AÑÓN, Carlos., óp. cit., p. 232). Además, las TRA vulneran la idea sobre la base biológica de la familia. La instrucción *Dignitas Personae* de la Congregación para la Doctrina de la Fe de 2008 esboza claramente los puntos de desencuentro entre la religión católica y las TRA.

[292] "Es llamativo el constatar cómo la Biblia, el mensaje revelado, no contiene ningún texto en el que, de forma clara y explícita, se condene la práctica del aborto" (GAFO, Javier., óp. cit., p. 60).

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

Por otro lado, la postura de la Iglesia Católica sobre el estatuto del embrión no ha sido la misma a lo largo de la historia, lo que es evidente en su posición sobre el aborto[293].

Es interesante destacar que el magisterio de la Iglesia no incorpora en su doctrina cuestiones relativas a la personalidad del no nacido. Por ejemplo, la prohibición del aborto "es materia de ley eclesiástica relacionada con la penitencia. Esto significa que aunque la práctica del aborto es causa de excomunión –lo cual es una decisión legislativa-, la base teológica para este castigo todavía no se ha establecido adecuada e 'infaliblemente' como enseñanza de la Iglesia"[294].

La Iglesia Católica considera que el cigoto es una persona en sentido moral por una única razón: desde la fecundación ocurre la animación u hominización; lo que quiere decir que "Dios insufla el alma al óvulo desde el primer instante de la fecundación"[295]. A continuación describiré cómo se fue desarrollando esta idea desde sus inicios[296].

[293] Como se verá en las páginas siguientes, "la vieja discusión acerca de si la animación del embrión es inmediata o retardada ha sido prácticamente archivada por la Iglesia Católica a favor de la opinión menos filosófica y más conservadora de que la animación comienza con la concepción". (VALDÉS, Margarita M., óp. cit., p. 72).

[294] HURST, Jane. *La historia de las ideas sobre el aborto en la Iglesia Católica. Lo que no fue contado*, cuarta edición, México D.F.: Católicas por el derecho a decidir, 1998, p. 8. La función legislativa y el magisterio de la Iglesia en el seno de la religión católica son cuestiones distintas. Lo primero implica la determinación de las leyes morales que los católicos deben obedecer a través de los pecados y los castigos. Todo este cuerpo de leyes lo constituye el Código Canónico. Lo segundo, por su parte, se relaciona con la autoridad de la Iglesia Católica para enseñar las verdades reveladas por Dios. En este campo el Papa se considera infalible y, por ello, las materias sobre las que se pronuncia como enseñanzas de la Iglesia gozan de infalibilidad papal.

[295] LAMAS, Marta. "Mujeres, aborto e Iglesia Católica". *Revista de El Colegio de San Luis*, año II, número 4, enero–junio 2012, p. 44.

[296] Jane Hurst describe el desarrollo del pensamiento católico en torno al aborto y al no nacido en cuatro etapas históricas. Utilizaré aquí el mismo esquema.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

Los primeros seis siglos de la cristiandad (hasta 600 d.C.)

El *Didaché*[297] es uno de los primeros escritos cristianos que declaró la ilicitud del aborto. Sin embargo, su condena estuvo relacionada con el pecado sexual antes que con la defensa del embrión. Entre los religiosos de aquella época, no existió un acuerdo sobre el momento exacto de la animación; por lo que no se castigó el aborto por representar un homicidio; sino porque pretendía ocultar "la evidencia de fornicación y adulterio"[298].

La Edad Media (600 – 1500 d.C.)

En este periodo, "los catálogos penitenciales siempre trataban el aborto como un pecado serio, aunque variaban mucho las penitencias impuestas según las costumbres de cada lugar"[299]. En términos generales, suele afirmarse que, si bien el aborto era sancionado, su ilicitud no era equiparable a la de un homicidio. Este era sancionado levemente y la penitencia impuesta era incluso menor a la de otros pecados como el soborno, la adivinación o el hurto[300].

Durante estos años empezó a aceptarse la tesis de la hominización retardada, según la cual los varones son personas cuarenta días después de la fecundación y las mujeres, ochenta días[301]. San Agustín y Santo Tomás de Aquino defendieron esta postura con base en el concepto aristotélico del hilemorfismo. De acuerdo a este, un ser

[297] Este documento, escrito aproximadamente en el año cien de la era cristiana, es conocido también con el nombre de "La doctrina de los doce apóstoles".
[298] HURST, Jane., óp. cit., p. 13.
[299] Cabe señalar que en esta época las penitencias que se imponían a los pecados se daban a nivel local y no eran universales (como en la actualidad) (Ídem, p. 16).
[300] Ídem, p. 17.
[301] Ídem, p. 18.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

viviente se convierte en plenamente humano ante la presencia de dos elementos: el cuerpo y el alma. Y, ello no ocurría hasta algún tiempo después de la fecundación[302].

La era pre moderna (1500–1750)

Con la llegada del papa Sixto V la posición oficial de la Iglesia Católica cambió y se empezó a defender la teoría de la hominización inmediata. En 1588, Sixto V publicó la bula *Effraenatum* según la cual el aborto y la anticoncepción eran pecados mortales sancionados con la excomunión. Dicho papa sostuvo que recurrir a cualquiera de estas prácticas era un homicidio pues el no nacido era una persona humana[303].

Tres años más tarde, Gregorio XIV asumió el papado y reemplazó la bula *Effraenatum* por el *Acta Apostolicae Sedis* (1591). Esta representó una postura más moderada ya que manifestó que "donde no hay homicidio o feto animado, no ha de aplicarse un castigo más estricto que el que prescriben los sagrados cánones o la ley civil"[304].

Sin embargo, años más tarde, el creciente culto de la Inmaculada Concepción de María logró que el papa Clemente XI declare su celebración entre la Iglesia, lo que indirectamente impactó en la idea de la infusión inmediata del alma en el cuerpo del ser humano. En síntesis, "la doctrina de la Inmaculada Concepción enseña que María, aunque nació de padres humanos, recibió la gracia santificante en su alma en el momento de la concepción y nació sin pecado original (…) si María recibió la infusión

[302] Ídem, p. 19.
[303] Ídem, p. 22. ("Esta bula papal sustentaba que el aborto del feto ya sea animado o no animado, formado o no formado, es homicidio, de lo cual queda implícito que la hominización es inmediata").
[304] Ibídem.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

del alma desde el momento de la concepción, entonces quizás sea así para todos los humanos[305]".

La época moderna (1750–hasta la actualidad)

En 1869, Pío IX publicó el *Acta Apostolicae Sedis* mediante la cual se castigaba el aborto en cualquier etapa del embarazo con la excomunión. Ello implicaba que la Iglesia Católica respaldaba la teoría de la hominización inmediata; es decir, la personalidad del embrión desde la fecundación.

En 1917 se promulgó el primer Código de Derecho Canónico (*Codex Iuris Canonici*). Este cuerpo de leyes incorporó también la figura del aborto y prescribió la excomunión como sanción para la madre, médicos, enfermeras y otros involucrados en una práctica abortiva[306]. Evidentemente, la justificación de esta opción legislativa fue la teoría de la hominización inmediata.

Más tarde, en 1930, el papa Pío XII condenó el aborto en su encíclica *Casti Connubii*, sobre el matrimonio cristiano. En este documento Pío XII defendió la teoría de la hominización inmediata[307]. Esta postura se consolidó en los documentos de la Iglesia. En la Constitución Pastoral *Gaudium et Spes* del Concilio Vaticano II, promulgada por el papa Pablo VI el 7 de diciembre de 1965, se condenó el aborto y el infanticidio pues se afirmaba que el derecho a la vida del no nacido existía desde la

[305] Ídem, p. 23.
[306] *Codex Iuris Canonici* 1917, canon 2350.
[307] El papa Pío XII estableció que el aborto era un crimen que atentaba contra el derecho a la vida de un ser vivo inocente e indefenso. Rechazó además la práctica de intervenciones abortivas cuando la vida de la mujer o del no nacido estaban en peligro. (Carta Encíclica *Casti Connubii* (31 de diciembre de 1930), párr. 23).

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

fecundación. Para el papa Pablo VI, no había diferencia entre un embrión y un niño, ambos eran personas en sentido estricto.

Tres años más tarde, Pablo VI, a través de su encíclica *Humanae Vitae*, rechazó, en términos absolutos, la interrupción del embarazo (aún por indicaciones terapéuticas) pues consideraba que el embrión era persona desde sus más remotos inicios[308].

En noviembre de 1974, la Congregación para la Doctrina de la Fe publicó una declaración sobre el aborto. En ella condenó esta práctica por vulnerar el derecho a la vida del no nacido. Resulta particularmente interesante cómo la Congregación proclamó la defensa de la teoría de la hominización inmediata también desde un punto de vista científico: la aparición del código genético[309]. De esta manera, estableció que el no nacido era persona desde la fecundación del óvulo por el espermatozoide no solo porque en esta etapa el alma se insuflaba en el cuerpo, sino también por el ADN, rasgo de identificación individual y única[310].

---

[308] Carta Encíclica *Humanae Vitae* (25 de julio de 1968), párr. 14: "En conformidad con estos principios fundamentales de la visión humana y cristiana del matrimonio, debemos una vez más declarar que hay que excluir absolutamente, como vía lícita para la regulación de los nacimientos, la interrupción directa del proceso generador ya iniciado, y sobre todo el aborto directamente querido y procurado, aunque sea por razones terapéuticas".

[309] Según Margarita Valdés, "si el conservador quiere defender mediante argumentos su posición y entablar con sus oponentes una discusión *razonable*, tiene que ofrecer razones convincentes para sostener que el óvulo fecundado (o tal vez implantado en el útero) es una persona, ya que no es evidente en sí mismo lo que afirma. Generalmente ofrece dos tipos de razones: una razón de índole religiosa según la cual 'el alma' es infundida en el óvulo por Dios en el momento de ser fecundado (o implantado), y otra de índole científica según la cual, al fusionarse los núcleos del óvulo y el espermatozoide en el momento de la concepción, el cigoto formado cuenta con la información genética necesaria para que a partir de él se desarrolle un bebé, una persona". (VALDÉS, Margarita M., óp. cit., p. 74). En ese sentido, considero que la Congregación para la Doctrina de la Fe sustentó su posición sobre el inicio de la vida también en términos científicos con el ánimo de racionalizar sus afirmaciones.

[310] Declaración sobre el aborto de la Congregación para la Doctrina de la Fe (11 de noviembre de 1974), párr. 13: "(…) la ciencia genética moderna aporta preciosas confirmaciones. Ella ha demostrado que desde el primer instante queda fijado el programa de lo que será este ser viviente: un hombre, individual, con sus notas características ya bien determinadas. Con la fecundación ha comenzado la aventura de una vida humana, cada una de cuyas grandes capacidades exige tiempo, un largo tiempo, para ponerse a punto y estar en condiciones de actuar. Lo menos que se puede decir es que la ciencia actual, en su estado más evolucionado, no da ningún apoyo sustancial a los defensores del aborto".

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

Varios años después, en 1983, la Carta de los derechos de la familia, publicada por la Santa Sede, insistió en la protección de la vida del embrión desde la fecundación[311] y, en 1987, la Congregación para la Doctrina de la Fe defendió la misma postura en la Instrucción *Donum Vitae*, sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación en el ámbito de las TRA[312].

El papa Juan Pablo II, en su encíclica *Evangelium Vitae*, de 25 de marzo de 1995, reafirmó la condena de las prácticas que atentaban contra la vida del no nacido y mostró su preocupación por las tecnologías médicas "lesivas". Incluso, llamó a la reproducción asistida y al aborto el "otro género de atentados". Su fundamento principal fue la personalidad del embrión desde la fecundación[313].

Finalmente, en el año 2008, la Congregación para la Doctrina de la Fe se pronunció sobre la moralidad de los avances científicos en el ámbito de la vida y la salud de las personas mediante su Instrucción *Dignitas Personae*. Siguiendo la línea trazada por la Instrucción *Donum Vitae*, abordó el valor personal del no nacido desde la fecundación. Además, con base en el ADN, la Congregación para la Doctrina de la Fe reconoció y defendió la dignidad humana del cigoto[314].

---

[311] Artículo 4 de la Carta de los derechos de la familia de la Santa Sede (22 de octubre de 1983): "La vida humana debe ser respetada y protegida absolutamente desde el momento de la concepción: *a*) El aborto es una directa violación del derecho fundamental a la vida del ser humano".

[312] Específicamente, en este documento se analizaban las cuestiones sobre el avance científico en el marco de la vida del no nacido y la reproducción asistida. En relación con el no nacido, la Congregación continuó la misma línea de argumentación oficial de la Iglesia: "la vida del todo ser humano ha de ser respetada de modo absoluto desde el momento mismo de la concepción (…)" (Instrucción *Donum Vitae*, sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación, 22 de febrero de 1987, p. 5).

[313] Carta Encíclica *Evangelium Vitae* (25 de marzo de 1995), párrs. 11- 14.

[314] Instrucción *Dignitas Personae*, sobre algunas cuestiones de bioética, 8 de setiembre de 2008, párrs. 4 y 5: "4. (…) El cuerpo de un ser humano, desde los primeros estadios de su existencia, no se puede reducir al conjunto de sus células. El cuerpo embrionario se desarrolla progresivamente según un "programa" bien definido y con un fin propio, que se manifiesta con el nacimiento de cada niño. Conviene aquí recordar el criterio ético fundamental expresado en la Instrucción Donum Vitae para valorar las cuestiones morales en relación a las intervenciones sobre el embrión humano: «El fruto de la

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

TESIS PUCP

La conclusión del recuento realizado es evidente: aunque actualmente la Iglesia Católica sostiene la teoría de la fecundación como reflejo de la tesis de la hominización inmediata, esta no siempre adoptó tal postura y por consiguiente no siempre consideró que el no nacido fuera una persona desde la fecundación.

Ahora bien, en términos generales, la primera objeción a la teoría de la fecundación es la idea de continuidad del ser humano que le subyace y lo que se pretende derivar de esta. Si bien nadie niega que el embrión eventualmente será un feto, luego un niño y posteriormente, un adulto (esa potencialidad de convertirse en un individuo es real), de ello no se sigue que el no nacido sea una persona en sentido moral.

Además, al contrastar la teoría de la fecundación con lo que el avance de la ciencia evidencia en el proceso de reproducción, surgen algunas incoherencias. Hoy se sabe que no toda relación sexual lleva a un embarazo (sea por la falta de un óvulo a ser fecundado o por las altas pérdidas naturales de embriones), que no es posible determinar el momento en que se da el primer encuentro entre un óvulo y un espermatozoide (puede ser entre el primer y sexto día después de la relación sexual) y que es imposible la detección del embarazo antes de la implantación. Por ello, es altamente objetable que se atribuya el estatuto de persona a una entidad celular cuyo destino es sumamente incierto.

---

generación humana desde el primer momento de su existencia, es decir, desde la constitución del cigoto, exige el respeto incondicionado, que es moralmente debido al ser humano en su totalidad corporal y espiritual. El ser humano debe ser respetado y tratado como persona desde el instante de su concepción y, por eso, a partir de ese mismo momento se le deben reconocer los derechos de la persona, principalmente el derecho inviolable de todo ser humano inocente a la vida». 5. Esta afirmación de carácter ético, que la misma razón puede reconocer como verdadera y conforme a la ley moral natural, debería estar en los fundamentos de todo orden jurídico. Presupone, en efecto, una *verdad de carácter ontológico*, en virtud de cuanto la mencionada Instrucción ha puesto en evidencia acerca de la continuidad del desarrollo del ser humano, teniendo en cuenta los sólidos aportes del campo científico".

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

Otro punto frágil de esta teoría estriba en la sobrevaloración del código genético. En principio, se debe tomar en cuenta que "cualquier célula de un ser humano lleva el código genético completo e individualizado de su portador sin que ese mero hecho haga valiosa por sí misma a tal célula"[315]. En ese sentido, el criterio genético no parece ser una razón suficiente para otorgarle el estatuto de persona a un no nacido[316].

Además, previamente expliqué que el surgimiento de un cigoto, con una combinación genética única, no determina la existencia de una persona individualmente distinguible. Existen los casos de las molas hidatiformes o coriocarcinomas, de los gemelos monocigóticos o los de la hibridación. Por ello, "no es cierta la presuposición implícita en el argumento del código genético de que la identidad personal esté ya predeterminada en el cigoto"[317].

Hasta este punto he aportado razones para rechazar la equivalencia moral entre un no nacido y una persona que puede defender tanto un creyente católico como un no creyente. Sin embargo, cuando la defensa de la teoría de la fecundación obedece solo a la postura de la religión católica, esta también es criticable[318].

Aceptar que el alma se insufla en el cuerpo cuando el óvulo es fecundado por el espermatozoide como lo estipula la Iglesia Católica, no es una razón universalmente

[315]RUIZ MIGUEL, Alfonso. *El aborto: problemas constitucionales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990, p. 45. Citado por VILLANUEVA FLORES, Rocío. "El aborto: un conflicto de derechos humanos"…, óp. cit., p. 204.
[316] Ibídem.
[317] RUIZ MIGUEL, Alfonso. "El aborto, entre la ética y el derecho"…, óp. cit., p. 9.
[318] Líneas atrás expliqué por qué en la presente tesis solo me remito a la perspectiva religiosa católica sobre el estatuto del embrión. A pesar de ello, son interesantes también las otras posturas religiosas. Una recopilación de las posiciones confesionales sobre la reproducción asistida y el no nacido puede revisarse en: GARCÍA RUIZ, Yolanda. *Reproducción humana asistida: Derecho, conciencia y libertad*, Granada: Comares, 2004, pp. 189-241.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

aceptable. Quienes sostienen esto están basados en una particular idea de fe que no es necesariamente compartida por los demás, ni debe ser promovida por un estado laico[319]. Por ello, "quien crea este tipo de cosas, en una sociedad pluralista no debería considerar apropiado imponer su criterio, aunque, desde luego, tenga todo el derecho a que sus creencias sean respetadas en cuanto se apliquen a su propia conducta (…)"[320].

En ese sentido, considero poco defendible optar por la teoría de la fecundación para establecer el estatuto del embrión por su base confesional y porque, aun suponiendo que aquella es defendida solo por su justificación científica (es decir, por la aparición de una nueva entidad genéticamente distinta), la misma no resulta convincente en la medida que el ADN no es un factor que determina la existencia de un individuo.

B. Teoría de la implantación o anidación

Tal como afirmé, aproximadamente al sexto día después de la fecundación, el embrión (en estado de blastocisto) empieza a tomar contacto con el endometrio para iniciar el proceso de implantación en el útero, el mismo que finaliza alrededor de la segunda semana.

La teoría de la implantación sostiene que a partir de la anidación debe considerarse al embrión una persona en sentido moral. La particular relevancia que se le otorga a esta etapa del desarrollo embrionario se justifica en la imposibilidad de división del no nacido. Asimismo, a partir de la anidación, tampoco hay riesgo de que el

[319] Ferrajoli señala muy bien la posición católica al afirmar que esta tiende a considerar que "si es un pecado debe ser también tratado como delito" (FERRAJOLI, Luigi., óp. cit., p. 3)
[320] RUIZ MIGUEL, Alfonso, loc. cit.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

embrión se convierta en alguna clase de tumor ni que imperceptiblemente se pierda en pleno desarrollo.

Esta teoría destaca también la certeza del embarazo. En la medida en que la implantación importa la unión celular del embrión con la madre, por primera vez ella conoce la existencia de un nuevo ente en su vientre. Antes de la implantación es imposible que la mujer lo sepa.

Los críticos de la teoría de la implantación señalan que, por ejemplo, la división de un cigoto en dos o viceversa, es una cuestión inscrita genéticamente en el óvulo fecundado. Por ello, no resulta oportuno considerar que la implantación del cigoto en el vientre femenino determina el establecimiento de un ser único. Según los críticos de esta teoría, la implantación no es realmente importante para que, por ejemplo, no ocurra tal división o unión del cigoto sino que simplemente es la etapa que permite comprobar lo que el embrión está preconfigurado a desarrollar desde sus estadios más primitivos[321].

C. Teoría de la viabilidad

La teoría de la viabilidad fue el criterio utilizado por los jueces de la Corte Suprema estadounidense en la sentencia del caso Roe vs. Wade[322]. Según esta teoría, el no nacido merece protección siempre que sea viable. Es decir, solo cuando el no nacido

[321] DE MIGUEL BERIAIN, Íñigo., óp cit., pp. 83–87.
[322] En el caso Roe vs. Wade, la Corte Suprema estadounidense declaró inconstitucional una ley de Texas que penalizaba el aborto salvo si este era practicado cuando la vida de la madre estaba en peligro.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

es viable, representa una razón apremiante autorizada a limitar el derecho a la privacidad de la mujer[323].

La teoría de la viabilidad acogida por la Corte Suprema de los Estados Unidos plantea un esquema trimestral del embarazo. Los nueve meses de gestación son divididos en tres trimestres y se considera que el tratamiento del no nacido es distinto en cada período. De esta manera, la Corte Suprema afirma que a partir del tercer trimestre, momento a partir del cual el no nacido es viable, y por ende, tiene la capacidad de vivir fuera del útero femenino, el Estado tiene un interés en proteger la vida humana potencial[324]. En ese sentido, toda norma que restringe la decisión de la mujer sobre el destino del no nacido desde el tercer trimestre de embarazo, es perfectamente compatible con el ordenamiento jurídico estadounidense[325].

[323] La Corte Suprema determinó que "el derecho de la mujer a decidir si interrumpe o no su embarazo, es un derecho fundamental, parte del derecho a la intimidad (*right of privacy*)" (VILLANUEVA FLORES, Rocío. "El aborto: un conflicto de derechos humanos"…, óp. cit., pp. 198–199).

[324] Específicamente, la Corte Suprema estableció que "durante el estadio siguiente a la viabilidad, el Estado, en cuidado y promoción de su interés por la vida humana potencial, puede, si así lo elige, regular e incluso prohibir el aborto excepto cuando este sea necesario, de acuerdo con el apropiado criterio médico, para preservar la vida o la salud de la madre" (SHAPIRO, Ian, DE LORA, Pablo y Carmen TOMÁS-VALIENTE. *La Suprema Corte de Estados Unidos y el aborto*. Madrid-México: Fundación Coloquio Jurídico Europeo-Fontamara, 2012, p. 23).

[325] La jurisprudencia de la Corte Suprema estadounidense en torno al esquema trimestral del embarazo y la viabilidad se ha modificado a lo largo del tiempo. En tal sentido, el contenido del derecho al aborto en los estadios más tempranos del embarazo así como "el razonamiento sobre el que se fundó la decisión original del caso Roe ha sido en gran medida abandonado por la Corte" (Ídem, p. 15). En diversos aspectos, la Corte Suprema amplió el derecho a abortar (al respecto pueden revisarse las sentencias: *Doe vs. Bolton* (1973), *Planned Parenthood of Central Missouri vs. Danforth* (1976), *Colautti vs. Franklin* (1979), *City of Akron vs. Akron Center for Reproductive Health* (1983), *Planned Parenthood Association of Kansas City, Missouri vs. Ashcroft* (1983), *Simopoulos vs. Virginia* (1983), *Thornburgh vs. American Collage of Obstetricians and Gynecologists* (1986), entre otras). En otros, la Corte Suprema decidió limitar tal derecho (al respecto pueden revisarse: *Maher vs. Roe* (1977), *Belloti vs. Baird* (1979), *Harris vs. McRae* (1980), *Webster vs. Reproductive Health Services* (1989), *Hodgson vs. Minnesota* (1990), entre otras). Fue en 1992, en la sentencia del caso *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania vs. Casey* que la Corte Suprema reafirmó el reconocimiento del derecho de las mujeres abortar pero dejó de lado el esquema trimestral de Roe para formular la noción de las cargas indebidas: "La decisión de Casey significaba un rechazo a la lógica subyacente a Roe, no solo porque fue explícitamente abandonado el planteamiento trimestral, sino también porque se sostuvo de manera inequívoca que el interés del Estado en la vida potencial comienza antes del momento en que el feto es viable. El interés estatal es concebido como un interés que va fortaleciéndose a medida que el feto se desarrolla, justificando así el incremento gradual de la interferencia del Estado en los derechos constitucionalmente protegidos de las mujeres embarazadas a lo largo del curso de sus embarazos. Antes del momento de la viabilidad, el test de la

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

A pesar de lo anterior, no resulta claro por qué la viabilidad representa la potencialidad de la vida humana: ¿por qué un no nacido de cuatro meses no es una vida humana potencial y uno de ocho meses sí lo es? Al respecto se considera que "la viabilidad no señala ningún punto de ruptura entre seres humanos potenciales y no potenciales; sino, dentro de los seres humanos potenciales, entre los incapaces y los capaces de vida independiente"[326].

Otra objeción a la teoría de la viabilidad se relaciona con el avance de la tecnología médica. Gran parte de la probabilidad de que un niño prematuro sobreviva depende de la tecnología médica disponible. En la actualidad, la calidad de esta tecnología no es igual a la de hace cincuenta años; así como tampoco es igual en un hospital de alguna capital europea en comparación con uno de la sierra peruana[327]. En esa línea, Peter Singer señala que "un feto de seis meses podría tener una buena posibilidad de sobrevivir fuera si nace en una ciudad donde se utiliza la más reciente tecnología médica, y ninguna en absoluto si nace en un pueblo lejano del Chad o de Nueva Guinea"[328].

D. Teoría de la finalización de la organogénesis

Esta teoría establece que la culminación de la formación de los órganos es un evento moralmente relevante en el desarrollo del embrión. Por ello, considera que el no nacido es una persona desde que el proceso de constitución de los órganos humanos

"carga debida" de la Corte Suprema excluye todas aquellas normas sanitarias (in)necesarias que tienen como objetivo o como efecto constituir un obstáculo sustancial a la voluntad de una mujer de que se le practique un aborto (…)" (Ídem, p. 40).

[326] VILLANUEVA FLORES, Rocío. "El aborto: un conflicto de derechos humanos"…, óp. cit., p. 202.

[327] Además del tiempo y lugar, considero que el estado de la medicina también dependerá de la naturaleza del establecimiento sanitario. Así, una clínica privada puede contar con un mayor grado de tecnología médica en relación con un hospital público o viceversa.

[328] SINGER, Peter., óp. cit., p. 127.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

finaliza[329]. En términos cronológicos, este hecho biológico ocurre a partir de aproximadamente la octava semana desde la fecundación[330].

El tiempo que trascurre entre la tercera y la octava semana después de la fecundación se denomina "el período embrionario"[331] y durante este "las tres etapas germinales, el ectodermo, el mesodermo y el endodermo originan diversos tejidos y órganos específicos"[332]. En definitiva, al término del período embrionario, el no nacido presenta sus principales órganos, su cuerpo tiene una forma redondeada y su cara cuenta con un "aspecto más humano"[333].

Los defensores de esta teoría otorgan especial importancia a la culminación del desarrollo de los órganos del no nacido pues en el tiempo que resta para el nacimiento (aproximadamente, seis o siete meses), no se aprecia ningún otro cambio significativo en su desarrollo. En ese sentido, según esta teoría, desde que están constituidos sus órganos característicos, los tejidos y los órganos del no nacido solo se limitan a madurar y su cuerpo solo se limita a crecer[334].

[329] GAFO, Javier., óp. cit., p. 55.
[330] La octava semana desde la fecundación equivale al tercer mes de gestación.
[331] SADLER, Thomas W., óp. cit., pp. 67.
[332] Ibídem. Por ejemplo, de la capa germinal ectodérmica surgen el sistema nervioso central, el sistema nervioso periférico, el epitelio sensitivo de la oreja, la nariz y los ojos, la piel (incluidas las uñas y el pelo), entre otros. La capa germinal mesodérmica origina el sistema vascular (el corazón, las arterias, las venas, las células sanguíneas, etc.), el sistema urogenital (es decir, los riñones, las gónadas y sus conductos), el bazo y la corteza de las glándulas suprarrenales, etc. Finalmente, de la capa germinar endodérmica nacen el sistema gastrointestinal, el aparato respiratorio, la vejiga urinaria, el hígado, el páncreas, entre otros (ídem, pp. 88 – 90).
[333] Ídem, p. 89.
[334] Ídem, p. 91.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

E. Teoría de la formación del sistema nervioso central

Esta teoría postula que el no nacido es una persona en sentido moral desde la presencia del sistema nervioso central. Según esta teoría, el sistema nervioso central es un rasgo moralmente relevante pues está estrechamente vinculado al cerebro y, por consiguiente, al intelecto humano. A pesar de ello, no hay acuerdo sobre la determinación del momento a partir del cual este sistema se forma. Por un lado, se afirma que se está ante el sistema nervioso central cuando surge la línea primitiva en el embrión. Y, por el otro lado, se sostiene que el sistema nervioso central está configurado desde el instante en que es posible detectar mediante un electroencefalograma la actividad cerebral[335].

i) La aparición de la línea primitiva[336]

La línea primitiva es el primer esbozo del sistema nervioso. Su importancia biológica radica en que su desarrollo origina el sistema nervioso central, es decir, el

[335] Otra vertiente que no desarrollaré en la presente tesis es la de la fase fetal. Según esta teoría, el tránsito de la consideración médica de embrión a feto, aproximadamente a la octava semana, representa el momento en el que el embrión adquiere el estatuto de persona moral. Se afirma ello pues se considera que es solo al inicio de la fase fetal que el sistema nervioso central está configurado. En concreto esta posición señala que en el tránsito de embrión a feto "el proceso de formalización nerviosa es muy elevado y en consecuencia (…) la complejidad estructural y la suficiencia constitucional (del sistema nervioso central) está muy avanzada" (GRACIA, Diego. "El estatuto del embrión". *Dilemas éticos de la medicina actual*, Madrid: UPCO, número 11, 1998, p. 101. Citado al pie de página por DE MIGUEL BERIAIN, Íñigo., óp cit., p. 95).

[336] Entre otros, son partidarios de esta variante de la teoría de la formación del sistema nervioso central autores como Anne MacLaren ("el momento en que yo comencé a ser un individuo humano total y completo fue la fase de estría primitiva, durante la formación del embrión. MACLAREN, Anna. "Prelude to embryogenesis". *Human Embryo Research: Yes or No?* Londres: Tavostok, 1986, p. 33. Citado al pie de página por DE MIGUEL BERIAIN, Íñigo., óp. cit., p. 91) y Norman M. Ford ("*If i am right, the early embryonic human cells could not constitute an actual human individual (...) It seems that the biological evidence leads to the philosophical conclusion that a human individual, our youngest neighbor and member of the human community, begins at the primitive streak stage and not prior to it, but most certainly by the stage of gastrulation when the human embryo's primitive cardiovascular system is already functioning and blood is circulating*". FORD, Norman M. *When did I begin?* Cambridge: Cambridge University Press, 1988, p. 16 <http://assets.cambridge.org/97805214/24288/frontmatter/9780521424288_frontmatter.pdf>)

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

encéfalo y la médula espinal. La línea primitiva no surge hasta después de la implantación; es decir, hacia los 14 ó 15 días después de la fecundación[337].

La particularidad de la línea primitiva en el ámbito moral está ligada a la posterior constitución del cerebro. Al ser la estría primitiva la primera manifestación del cerebro, esta teoría establece que desde este momento el embrión adquiere el estatuto de persona.

ii) La actividad cerebral detectada por el electroencefalograma[338]

Según esta vertiente de la teoría de la formación del sistema nervioso central, existe una persona desde que es posible evidenciar la actividad cerebral del no nacido gracias al encefalograma. En definitiva, esta teoría pretende establecer un paralelo con la determinación de la muerte pues si para reconocer el final de la vida (y por ende, el final de un agente moral) se tiene en cuenta la ausencia de actividad cerebral, para su inicio, resulta coherente tener en cuenta cuándo empieza la actividad cerebral[339]. En consecuencia, el embrión es una persona desde "el momento en el que aparecen las corrientes cerebrales, prueba inequívoca de la actividad neuronal"[340].

---

[337] Con el proceso de gastrulación se establecen las 3 capas germinales (ectodermo, mesodermo y endodermo) a partir de las cuales se originarán los tejidos y órganos del ser en formación. La gastrulación se inicia con la formación de la línea primitiva que, luego de la aparición de ciertas células, formará la placa neural. Las células de la placa neural forman el neuroectodermo; es decir, el primer evento del proceso de la neurulación. Este proceso llevará a la formación del tubo neural, el que dará lugar a la mayor parte del sistema nervioso central. Al respecto puede revisarse SADLER, Thomas W., óp. cit., pp. 55 y ss.

[338] Esta posición es defendida por John M. Goldenring (GOLDENRING, John M. "The brain-life theory: towards a consistent biological definition of humanness", *Journal of Medical Ethics*, 11, 1985, pp. 199-200 <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1375210/pdf/jmedeth00255-0032.pdf>) y Jaques Monod (DE MIGUEL BERIAIN, Íñigo., óp. cit., p. 93).

[339] En el Perú, el artículo 3 de la ley N° 28189, Ley General de Donación y Trasplante de Órganos y/o Tejidos Humanos, de 24 de febrero de 2004 dispone sobre la muerte lo siguiente: "El diagnóstico y certificación de la muerte de una persona se basa en el cese definitivo e irreversible de las funciones encefálicas de acuerdo con los protocolos que establezca el reglamento y bajo responsabilidad del médico que lo certifica".

[340] DE MIGUEL BERIAIN, Íñigo., óp cit., p. 93.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

Definir desde cuándo hay actividad cerebral posible de ser captada en un no nacido tampoco es una cuestión universalmente aceptada. Algunos autores proponen que esto ocurre a los cincuenta y siete días después de la fecundación[341]. Otros, por el contrario, afirman que "ya existe una débil actividad en torno a los 43-45 días después de la fecundación"[342]. Peter Singer señala que hay estudios que sugieren que existe cierta actividad cerebral capaz de ser detectada a partir de la séptima semana[343]. Por su parte, John M. Goldenring considera que esta es detectable por un electroencefalograma a partir de la octava semana del embarazo[344].

Ninguna de las dos vertientes de la teoría de la formación del sistema nervioso central le otorga relevancia moral al cuerpo del no nacido. Para esta teoría, la personalidad del no nacido está ligada a la aparición de algún rasgo relativo al cerebro (la línea primitiva o la actividad cerebral) y, por consiguiente, al intelecto humano.

Contra la teoría de la formación del sistema nervioso central, los defensores de la teoría de la fecundación argumentan que aunque la aparición de la línea primitiva o la detección de la actividad cerebral por electroencefalograma son dos eventos importantes en el desarrollo del no nacido, ello no implica que solo a partir de una de estos, el no nacido sea una persona. La crítica desde la teoría de la fecundación es la misma que realiza a otras: que un rasgo biológico no se desarrolle hasta cierto momento no es determinante para negar, en todo el tiempo previo, el estatuto de persona al no

[341] Ibídem. Íñigo De Miguel Beriain ilustra ello siguiendo la posición de H.M. Saas.
[342] GAFO, Javier., óp. cit., p. 56.
[343] SINGER, Peter., óp. cit., p. 129.
[344] "(…) *The primitive, sub-cortical brain comes into being at five weeks as an organised unit (even more primitive neuronal cells exist before that at three – four weeks gestation but are not organised in a manner recognisable as a brain). Cerebral hemispheres differentiate at seven weeks and as previously noted, EEG activity has been demonstrates at eight. I have chosen to use the eight-week point (...)*" (GOLDENRING, John., óp. cit., p. 200).

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

nacido. Así, insiste en que todas las etapas biológicas ya se encuentran genéticamente preconfiguradas desde la fecundación, con el surgimiento del ADN[345].

F. Teoría del nacimiento

Un no nacido es una persona desde su nacimiento. Antes de ello, es siempre un embrión o un feto; una entidad biológica cuya condición moral no es la misma que la de una persona. Según esta teoría, que el feto se encuentre en el útero materno o fuera de este es una circunstancia moralmente relevante y, solo en el segundo de los casos el feto debe ser considerado una persona.

Los críticos de esta teoría señalan que esta resulta incoherente en la medida en que el no nacido es básicamente igual y tiene las mismas características un día antes del nacimiento que un día después del mismo. Además, consideran que es absurdo asumir que un niño prematuro, nacido a los siete meses sea una persona y otro, de ocho meses, que aún se encuentra en el vientre y que, incluso, está más desarrollado, no. Finalmente, la teoría del nacimiento es rechazada pues no valora moralmente al no nacido, en ninguno de sus estadios biológicos previos al nacimiento.

A pesar de ello, considero que esta teoría es la más adecuada para establecer desde cuándo el no nacido es persona. Tal como lo explicaré más adelante, el planteamiento de esta teoría no implica que el no nacido no sea moralmente relevante.

G. Teorías que asumen criterios relacionales[346]

[345] Por ejemplo, se dice que si se está ante la existencia de un encefalograma plano, ello no significa que no vaya a haber uno no plano después. Solo será cuestión de dejar crecer al embrión.
[346] He tomado esta clasificación de lo desarrollado por Javier Gafo (GAFO, Javier., óp. cit., p. 57).

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

Se trata de diversas teorías que abogan por la personalidad moral del embrión según criterios no biológicos. Estas "consideran que el ser humano es mucho más que sus estructuras biológicas y que, por tanto, no puede definirse por la existencia de tales estructuras, ya que sería incurrir – como dicen algunos – en un craso materialismo"[347].

Quienes centran sus argumentos en condiciones que exceden el ámbito de lo meramente biológico, otorgan un significativo valor a las relaciones humanas que dan lugar no solo a un ser humano; sino a uno "plenamente humanizado"[348]. Los defensores de estas teorías recurren "para delimitar el carácter específicamente humano del nuevo ser, no a los datos biológicos sino a criterios relacionales (…): la aceptación, el reconocimiento del nuevo ser como humano, el que haya sido procreado intencionalmente, el que esté destinado a vivir (…)"[349].

i) Teoría de la socialización

Según esta teoría, solo cabe hablar de persona moral cuando se verifica la existencia de interrelaciones entre el individuo y el resto de la sociedad. Ello quiere decir que, "conforme a este criterio se podría considerar a un feto como persona humana o no según se interpreta que ha existido una interacción con otros seres humanos y se ha llegado a un estado de sensibilización de la comunidad social con respecto al no nacido"[350].

Esta postura hace depender la personalidad moral de circunstancias totalmente ajenas al no nacido. La teoría de la socialización es fuertemente rechazada pues

[347] Ibídem.
[348] Ibídem.
[349] Ibídem.
[350] DE MIGUEL BERIAIN, Íñigo., óp. cit., p. 119.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

aceptarla puede llevar "a la paradoja de considerar como radicalmente distintos a unos no nacidos y a otros en función de una circunstancia externa, cual es la sensibilización que ya ha despertado su existencia, en virtud de su pertenencia a una cultura o a otras, lo cual a su vez crea el peligro de llegar a situaciones gravemente discriminatorias"[351].

ii) Teoría de la decisión de la madre

Los partidarios de esta postura justifican su análisis no en cualidades morales ni biológicas actuales o futuras del embrión, sino en la mujer cuyo vientre alberga al no nacido. Entienden que "la decisión sobre la naturaleza de 'persona' del embrión debe ser confiada a la autonomía moral de la mujer"[352].

En otras palabras, es la mujer quien decide si el no nacido es una persona moral en sentido estricto o no. La valoración del no nacido dependerá entonces del deseo de la madre, de "si es pensado o querido por la madre como persona"[353].

Evidentemente esta posición es muy poco defendible pues hace depender exclusivamente de la decisión de la mujer el estatuto moral del no nacido. Dejar absolutamente en manos de la madre la decisión sobre la personalidad moral del no nacido, implica que la naturaleza de esta decisión es exactamente igual en cualquier etapa del embarazo. Y, al menos intuitivamente, ello no parece ser lo mismo pues un feto de ocho meses y medio tiende a ser considerado más "persona" que un cigoto.

[351] Ídem, p. 120.
[352] FERRAJOLI, Luigi., óp. cit., p. 6.
[353] Ibídem.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

TESIS PUCP

H. Teoría gradualista de la protección de la personalidad moral del no nacido

La teoría gradualista asume que el no nacido, desde sus estadios más primitivos, tiene cierto valor moral intrínseco, que irá en aumento, a medida que el embrión se desarrolla y hasta que alcanza el estatuto de persona, con el nacimiento.

En consecuencia, la valoración moral y la protección del no nacido no será la misma en las diversas etapas de su desarrollo biológico debido a la progresividad del proceso de formación. En ese sentido, aunque no existen diferencias moralmente relevantes entre dos etapas sucesivas del crecimiento del no nacido, sí es posible diferenciar entre las etapas no sucesivas del mismo.

Rocío Villanueva, citando a Martín Diego Farrell, explica las diferentes etapas del desarrollo del no nacido de la siguiente manera:

Cigote Neonato

S1	S2	S3	S4	S5	S6

Según la tabla, por ejemplo, entre las etapas S2 y S5, puede haber diferencias moralmente importantes[354]. Por ello, el valor moral que se le otorga a un embrión incrementa gradualmente, en virtud del desarrollo que este va alcanzando en las diversas fases del embarazo hasta su nacimiento, hasta que sea considerado una persona. De esta manera, es posible afirmar que "un aborto temprano tendría el mismo estatus moral que la contraconcepción, y un aborto tardío el mismo estatus moral que el

[354] VILLANUEVA FLORES, Rocío. "El aborto: un conflicto de derechos humanos"…, óp. cit., p. 209.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

infanticidio"[355]. En definitiva, la teoría gradualista de la protección de la personalidad moral del no nacido plantea que son la aparición y la evolución de las características biológicas del no nacido las que inciden en la determinación de su valoración moral y su protección.

Marina Gascón y Pablo de Lora sostienen que, ante un debate tan intenso como el del estatuto del embrión, deben confrontarse las diferentes teorías con la realidad; es decir, debe realizarse una especie de test de coherencia[356]. Al contrastar una teoría no gradualista de la protección de la personalidad moral del no nacido (como por ejemplo, la teoría de la fecundación o la teoría de la anidación) con creencias y actitudes sociales, surgen, en palabras de Enrique Peñarada, las "inconsistencias pragmáticas"[357].

Las inconsistencias pragmáticas se hallan en diferentes planos de la vida social: en el jurídico, en el religioso y en el cultural. Tal vez el más evidente sea el jurídico y puede constatarse, por ejemplo, si se compara la pena impuesta al delito de aborto y al de homicidio. Así, si se considera que un embrión tiene el mismo valor moral que un adulto, ¿por qué es más grave aquel acto que atenta contra la vida de un hombre de cuarenta años y menos reprochable aquel que atenta contra la vida del que aún se encuentra en formación?[358].

---

[355] FARRELL, Martín Diego., óp. cit., p. 44.
[356] GASCÓN, Marina y Pablo DE LORA., óp. cit., p. 75.
[357] PEÑARADA, Enrique. "Los nuevos desafíos de la reproducción asistida. Reflexiones ética y jurídicas desde la perspectiva del Derecho Penal". *Humanitas Humanidades Médicas*, tema del mes on-line, número 3, mayo 2006, <http://www.fundacionmhm.org/www_humanitas_es_numero3/articulo.pdf>.
[358] La lista de ejemplos es larga: el Código Penal peruano sanciona el aborto consentido con una pena privativa de la libertad no menor de 1 ni mayor de 4 años. Por su parte, el homicidio simple está castigado con una pena que oscila entre los 6 y 20 años. En Colombia, la mujer que consiente un aborto será reprimida entre 1 y 3 años con pena privativa de la libertad; mientras que el autor de un homicidio simple estará en la cárcel entre 13 y 25 años. En Ecuador, el aborto consentido está sancionado hasta con 5 años de pena privativa de la libertad y el homicidio simple se castiga con penas entre los 8 y 12 años; entre otros.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

En el ámbito religioso se observa lo propio. Por ejemplo, el bautizo de fetos abortados no es usualmente celebrado. Tampoco se ofician misas de defunción a aquellos fetos nacidos muertos, ni se realiza el sacramento de la unción de los enfermos a aquellos no nacidos que, por diversas circunstancias médicas, nacerán sin vida[359].

Finalmente, en relación con las prácticas culturales o tradicionales de una sociedad, las personas no suelen asistir a velorios ni funerales de fetos nacidos muertos o de embriones perdidos naturalmente. Tampoco celebran los cumpleaños de las personas según la fecha de la fecundación sino del nacimiento. En consecuencia, ¿no son estos hechos indicadores que demuestran una concepción gradualista del no nacido que considera moralmente distintos al embrión, al feto y al recién nacido?

Como he señalado, en mi opinión el no nacido es persona solo desde su nacimiento. Sin embargo, antes de este evento, no debe negársele valor moral ni protección. En esa línea, considero que la teoría gradualista representa la mejor opción para su tratamiento ya que no rechaza de plano cierta relevancia moral al embrión o al feto. Por el contrario, esta teoría reconoce un conjunto de diferencias a lo largo del desarrollo prenatal con el fin de valorar al no nacido según el momento en que este se encuentre y otorgarle así una protección gradual hasta que sea considerado una persona.

3. El estatuto jurídico del no nacido

Tal como señalaré a continuación, diversos órganos jurisdiccionales construyen el estatuto jurídico del no nacido con base en la teoría gradualista de la protección de la personalidad moral.

[359] HURST, Jane., óp. cit., p. 29.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

3.1. La jurisprudencia comparada

Distintas cortes de justicia del mundo se han pronunciado sobre el estatuto jurídico del no nacido al resolver una cuestión de especial relevancia para los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres: la constitucionalidad de la despenalización del aborto[360]. A pesar de que no todas las sentencias expedidas por dichos tribunales desarrollan argumentos idénticos, sí es posible afirmar que, en términos generales, existe una tendencia a otorgar el estatuto jurídico de persona solo al nacido y a brindar al no nacido una protección jurídica gradual. Ello refleja que aunque el no nacido no sea considerado una persona antes del nacimiento, los ordenamientos jurídicos no son indiferentes a su existencia y le otorgan una particular protección. Ejemplos de ello son la sentencia N°53/1985 del Tribunal Constitucional de España[361], la sentencia C-355/06 de la Corte Constitucional de Colombia[362], la sentencia sobre la acción de inconstitucionalidad N° 146/2007 y su acumulada N° 147/2007 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México[363] y la sentencia del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia N° 0206/2014[364], las cuales revisaré a continuación.

---

[360] Para citar solo algunos ejemplos, en relación con el aborto, existen pronunciamientos de la Corte Suprema de los Estados Unidos (1973), del Tribunal Constitucional de España (1985), de la Corte Constitucional de Colombia (2006), de la Suprema Corte de México (2008), de la Corte Suprema de Argentina (2012), del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia (2014).

[361] En España, el 2 de diciembre de 1983, José María Ruiz Gallardón, comisionado por 54 diputados interpuso un recurso previo de inconstitucionalidad contra el texto definitivo del Proyecto de Ley Orgánica de reforma del artículo 417 bis del Código Penal (aprobado por el Senado) que despenalizaba el aborto en caso de violación, de peligro para la vida o salud de la mujer embarazada o de graves malformaciones en el feto.

[362] En Colombia, diversos ciudadanos ejercieron la acción pública de inconstitucionalidad contra varios artículos del Código Penal colombiano. La Corte Constitucional, en diciembre de 2005, acumuló las demandas que solicitaban la declaratoria de inconstitucionalidad, entre otros, del artículo 122 del Código Penal de 24 de julio de 2000 que prohibía el aborto. Solo me centraré en este artículo aunque también fueron objeto de la acción de inconstitucionalidad los artículos 32, 124 y la expresión *"o en mujer menor de catorce años"* contenida en el artículo 123 del mencionado cuerpo normativo.

[363] En mayo de 2007, en México DF, el Procurador General de la República y el Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, interpusieron demandas de inconstitucionalidad en contra de la reforma de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, de 24 de abril de 2007, que despenalizaba el aborto hasta la semana 12 de gestación.

[364] En el año 2012, una diputada de la Asamblea Legislativa Plurinacional de Bolivia, interpuso una acción de inconstitucionalidad abstracta con el objetivo de que se declare la inconstitucionalidad de diversos artículos del Código Penal boliviano. Entre estos se encontraba la prohibición de abortar salvo

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

Quienes defienden la protección absoluta del no nacido suelen, fundamentalmente, argumentar que la vida es el derecho más importante de todo ordenamiento jurídico. Un derecho absoluto que siempre debe primar frente a otros derechos[365]. Se sostiene así que la vida del no nacido se inicia con la fecundación o concepción y que, por ende, el no nacido es persona desde que el óvulo y el

---

en los casos de violación, rapto no seguido de matrimonio, estupro o incesto o de peligro para la vida o salud de la mujer embarazada. El propósito de la diputada no era cuestionar, exclusivamente, la inconstitucionalidad de la penalización del aborto; sino que pretendía expulsar del ordenamiento boliviano diversas disposiciones penales que consideraba contrarias a los derechos humanos de las mujeres. En tal sentido, el recurso de inconstitucionalidad abstracto estuvo dirigido también a los artículos 56 (Trabajo de mujeres, menores de edad y enfermos), 58 (Detención domiciliaria), 245 (Abandono de mujer embarazada), 254 (Homicidio por emoción violenta), 258 (Infanticidio), 264 (Aborto seguido de lesión o muerte), 265 (Aborto honoris causa), 269 (Práctica habitual de aborto), 315 (Con mira matrimonial) y 317 (Disposición Común) del Código Penal de Bolivia. En adelante, me centraré solo en los artículos 263 y 266 del Código Penal, relativos al aborto

[365] En el caso español, el demandante señaló que el derecho a la vida del no nacido es el "más primario y fundamental de todos" los derechos (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA, Sentencia N° 53/1985…, óp. cit., segundo motivo del recurso de inconstitucionalidad, p. 3). Asimismo, estableció que la vida es "un valor absoluto que no puede ser objeto de limitación" y que "no puede encontrarse fundamento constitucional que permita a la madre atentar voluntariamente contra la vida del nasciturus, pues, por una parte, sus derechos fundamentales, en cuanto limitables y regulables, deben ceder frente al derecho absoluto a la vida del ser en gestación" (Ídem, sexto motivo del recurso de inconstitucionalidad, pp. 6 -7). En Colombia, diversos intervinientes aludieron al carácter absoluto del derecho a la vida como argumento para que la Corte declarara exequibles las normas penales demandadas. Para citar algunos ejemplos, la Conferencia Episcopal Colombiana estimó que "el derecho a la vida es el primer derecho, el fundamental, que precede y condiciona a todos los demás y debe ser protegido sin ningún límite ni discriminación" (CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-355/06…, óp. cit., Punto IV. Intervenciones, 4.1. Cuaderno principal, 4.1.6 Intervención de la Conferencia Episcopal Colombiana, p. 101). También se manifestó que "el derecho a la vida y su protección son aspectos con un alto peso abstracto, a diferencia de lo que ocurre con el derecho a la libertad, que pese a su importancia tiene un contenido material inferior. Por ello siempre se deberá privilegiar el derecho a la vida frente a derechos jerárquicamente inferiores" (Ídem, Punto IV. Intervenciones, 4.1. Cuaderno principal, 4.1.9. Intervenciones ciudadanas, 4.1.9.6. Intervención del señor Gabriel Jaime Velásquez Restrepo, p. 119). Finalmente, otra intervención concluyó que "mediante la aplicación del método de jerarquización, (…) prevalece el derecho a la vida sobre cualquier otro derecho que, para el caso concreto, sería la prevalencia vital del niño no nacido sobre la libertad de su madre biológica" (Ídem, Punto IV. Intervenciones, 4.7. Cuaderno tercero (temporáneas), 4.7.1. Intervenciones nacionales, 4.7.1.1. Intervenciones que solicitan la declaratoria de exequibilidad, 2. Intervención de Claudia Helena Forero Forero, p. 154). En la acción de inconstitucionalidad interpuesta en México DF, uno de los demandantes señaló que los derechos de las mujeres involucrados (libertad, autonomía) y el derecho a la vida del no nacido "son derechos con diferente rango, ya que sin vida no hay derechos" (SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN DE MÉXICO. Sentencia sobre la acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007…, óp. cit., p. 6). El otro accionante consideró que el derecho a la vida "es el derecho primigenio entre los derechos humanos" (Íbid., primer concepto de invalidez expresado por el Procurador General de la República). En el caso de Bolivia, la demandante nunca se refirió al derecho a la vida del no nacido. Su demanda estuvo enfocada en la defensa de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres y del aborto como una manifestación de estos. A pesar de ello, el Presidente de la Asamblea Legislativa, quien defendió las normas cuestionadas, sí relacionó al aborto con el derecho a la vida del no nacido y consideró que "el Estado Plurinacional de Bolivia tiene como uno de sus pilares fundamentales el respeto a la vida" (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL DE BOLIVIA. Sentencia constitucional plurinacional N° 0206/2014…, óp. cit. I. Antecedentes con relevancia jurídica, p. 10).

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

espermatozoide se encuentran en el vientre materno (es decir, se asume la teoría de la fecundación)[366].

[366] El demandante español hizo referencia a lo mencionado en múltiples ocasiones. Por ejemplo, afirmó que la despenalización del aborto vulneraba el artículo 15 de la Constitución española según el cual "todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral", pues "la expresión 'todos tienen derecho a la vida', contenida en este precepto constitucional, protege por igual a los no nacidos y a los nacidos, por cuanto la vida comienza desde el momento mismo de la concepción" (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. Sentencia N° 53/1985…, óp. cit., ampliación del primer motivo del recurso de inconstitucionalidad, p. 9). También consideró que la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos "reconocen el derecho de 'todos' a la vida en términos muy similares al texto constitucional español" y que al menos para los dos primeros tratados, "puede suponerse que el derecho a la vida se entendió aplicable al ser humano desde el momento de la concepción" (Ídem, tercer motivo del recurso de inconstitucionalidad, p. 3). Por otro lado, en el caso colombiano, se señaló que "la protección del derecho a la vida constitucionalmente consagrado en el artículo 11 Superior no puede ser aplicado exclusivamente a partir del momento en que el bebé ha abandonado el vientre materno, pues dicha protección debe extenderse desde el momento mismo de su concepción, ya que es desde ese instante en que el óvulo es fecundado, por lo cual todos los derechos propios a todo ser humano le serán aplicables" (CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-355/06…, óp. cit., Punto IV. Intervenciones, 4.1. Cuaderno principal, 4.1.9. Intervenciones ciudadanas, 4.1.9.1. Intervención de la Iglesia Cristiana Carismática Tabernáculo de la Fe, p. 111) y que "en aras de la protección de los por nacer, científicamente está probado que son seres humanos en esa etapa de concepción y que por tal motivo la protección de su derecho a la vida los cobija igualmente" (Ídem, 4.1.9.8. Intervención de David Pérez Palacio, miembro de la Red Latinoamericana de Abogados Cristianos y de la red de abogados Advocates International, p. 120). Asimismo, se argumentó que "la protección del derecho a la vida en cualesquier circunstancias es actualmente una norma perteneciente al *jus cogens* internacional y, por consiguiente, su observancia es obligatoria por parte de todos los Estados del mundo" (Ídem, Punto IV. Intervenciones, 4.7. Cuaderno tercero (temporáneas), 4.7.1. Intervenciones nacionales, 4.7.1.1. Intervenciones que solicitan la declaratoria de exequibilidad, 10. Intervención de Iván Darío Garzón Vallejo, p. 159). En el caso de México DF, los argumentos de la demanda de inconstitucionalidad también se concentraron en la concepción como la etapa en la que se iniciaba la vida. Así, el Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos precisó que "el derecho a la vida reconocido en la Constitución queda protegido desde el momento de la concepción" (SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN DE MÉXICO. Sentencia sobre la acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007…, óp. cit., primer concepto de invalidez, p. 2) y que la reforma legislativa vulneraba "el derecho a la vida antes del nacimiento y el derecho a la vida desde la concepción reconocidos en la Convención de los Derechos del Niño, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos" (Ídem, segundo concepto de invalidez, p.7). Por su parte, el Procurador General de la República estableció que la legislación mexicana "reconoce que un ser humano inicia su existencia desde el momento mismo de la concepción, es decir, desde la unión de los gametos, cuando el óvulo es fecundado por un espermatozoide y se integra la composición genética del ser humano" (Ídem, primer concepto de invalidez, p. 18) y que "la protección de la vida producto de la concepción deriva tanto de los preceptos constitucionales (…), como de tratados internacionales" (Ídem, primer concepto de invalidez, p. 22). Finalmente, en Bolivia, el defensor de la constitucionalidad de las normas demandadas alegó que el aborto "responde a principios constitucionales, basados en el respeto por la vida (como derecho fundamental), siendo sustentado además por la legislación especial, como es el caso del Código del Niño, Niña y Adolescente, en el que se hace referencia a los derechos del concebido" (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL DE BOLIVIA. Sentencia constitucional plurinacional N° 0206/2014…, óp. cit., I. Antecedentes con relevancia jurídica, p. 9) y que "el derecho a la vida no solamente se encuentra reconocido en la Constitución Política del Estado, sino también en los tratados y convenios sobre derechos humanos, los cuales forman parte del bloque de constitucionalidad" (Ídem, I. Antecedentes con relevancia jurídica, pp. 10–11).

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

Además, los defensores de la protección absoluta del no nacido afirman que el Estado debe adoptar normas penales contra todo acto que tenga como fin vulnerar el derecho a la vida de los embriones. Por ello consideran que la intervención del derecho penal en estos casos resulta ser idónea, necesaria y proporcional[367].

Las sentencias de las altas cortes de justicia de España, Colombia, México y Bolivia han considerado que el no nacido no es persona y que solo el nacido cuenta con el estatuto jurídico de persona. A pesar de ello, estos órganos jurisdiccionales han adoptado la tesis gradualista para establecer el alcance de la protección jurídica del embrión durante su desarrollo prenatal.

En el caso de España, el Tribunal Constitucional ha considerado que el no nacido está protegido por el artículo 15 de la Constitución, a pesar de que este no es, al igual que los nacidos, titular del derecho a la vida. Según el Tribunal Constitucional español, el no nacido merece tutela jurídica, pues "si la Constitución protege la vida (…), no puede desprotegerla en aquella etapa de su proceso que no solo es condición para la vida independiente del claustro materno, sino que es también un momento del desarrollo de la vida misma; por lo que ha de concluirse que la vida del nasciturus, en

[367] En España, el recurrente rechazaba los supuestos que despenalizaban el aborto pues consideraba que "la falta de previsión penal entrañaba una infracción de una serie de preceptos de la Constitución. En el fondo de su postura late la tesis de la necesidad incondicionada y absoluta de utilizar normas penales (…)" (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA…, óp. cit., respuesta del abogado del estado sobre el primer motivo de inconstitucionalidad, p. 12). Por su parte, en Colombia, los intervinientes que apoyaron la constitucionalidad de las normas penales sostuvieron "que corresponde al legislador, dentro de su libertad de configuración en materia penal, establecer tipos penales para la protección de los derechos fundamentales, papel que en el ordenamiento jurídico colombiano cumplen los artículos 122, 123 y 124 del Código Penal" (CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA…, óp. cit., fundamento jurídico 3: El asunto objeto de estudio). En el caso mexicano, se señaló que "al no estar penalizada la conducta que atente contra la vida del producto de la concepción ni poder aplicarse alguna de las excluyentes de responsabilidad, aun cuando existe una protección constitucional a favor del producto de la concepción, es dable concluir que prácticamente se está propiciando la interrupción de la vida desde la concepción hasta la duodécima semana de gestación, lo que contradice frontalmente la normativa constitucional y por ello deben declararse inválidas con efectos generales las normas legales impugnadas" (SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN… óp. cit., primer concepto de invalidez expresado por el Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, p. 5). En Bolivia, la necesidad de la adopción de disposiciones penales para la protección del no nacido no fue alegada.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

cuanto este encarna un valor fundamental – la vida humana – garantizado en el art. 15 de la Constitución, constituye un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto fundamento constitucional"[368].

De acuerdo con el Tribunal Constitucional de España, la importancia de la protección de la vida humana del no nacido como un bien jurídico radica en las siguientes consideraciones:

> (…) Que la gestación ha generado un tertium existencialmente distinto de la madre, aunque alojado en el seno de esta. (subrayado añadido)
>
> (…) que (…) previamente al nacimiento tiene especial trascendencia el momento a partir del cual el nasciturus es ya susceptible de vida independiente de la madre, esto es, de adquirir plena individualidad humana[369] (subrayado añadido).

Además, de los debates parlamentarios sobre la redacción del artículo 15 de la Constitución, el Tribunal Constitucional español señaló que la protección de la vida del no nacido como un bien jurídico. Este tribunal sostuvo que "el sentido objetivo del debate parlamentario corrobora que el nasciturus está protegido por el art. 15 de la Constitución aun cuando no permite afirmar que sea titular del derecho fundamental"[370]. El tribunal español añadió que dicha interpretación del derecho a la

[368] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA…, óp. cit., fundamento jurídico 5.
[369] Ibídem.
[370] Ibídem.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

vida concuerda con lo estipulado en los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España[371].

Hay reiterada jurisprudencia del tribunal español con relación a la protección constitucional del no nacido. En la sentencia de 1996, sobre el recurso de inconstitucionalidad contra la ley de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos[372], el tribunal señaló que "el art. 15 C.E., en efecto, reconoce como derecho fundamental el derecho de todos a la vida, derecho fundamental del que, como tal y con arreglo a la STC 53/1985, son titulares los nacidos, sin que quepa extender esta titularidad a los nascituri (…) en el caso de la vida del nasciturus, no nos encontramos ante del derecho fundamental mismo, sino, como veremos, ante un bien jurídico constitucionalmente protegido como parte del contenido normativo del art. 15 C.E. (…)"[373].

En la sentencia de 1999, sobre el recurso de inconstitucionalidad contra la ley sobre técnicas de reproducción asistida[374], el Tribunal Constitucional español consideró que "los no nacidos no pueden considerarse en nuestro ordenamiento constitucional como titulares del derecho fundamental a la vida que garantiza el art. 15 de la Constitución, lo que, sin embargo, no significa que resulten privados de toda protección constitucional"[375].

[371] Ídem, fundamento jurídico 6.
[372]TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. Sentencia N° 212/1996, de 19 de diciembre de 1996.
[373] Ídem, fundamento jurídico 3.
[374] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. Sentencia N° 116/1999, de 17 de junio de 1999.
[375]Ídem, fundamento jurídico 5.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

El Tribunal Constitucional español sostuvo, en las tres sentencias mencionadas, que el que el no nacido sea un bien constitucionalmente protegido implica dos obligaciones para el Estado: no interrumpir ni obstaculizar un embarazo y establecer un sistema jurídico que lo defienda; lo cual tampoco equivale a una protección absoluta del que está por nacer[376]. Pese a ello, este tribunal consideró que, en el caso de la interrupción del embarazo, hay circunstancias en las que el legislador no está obligado a brindar protección penal al no nacido[377].

Por su parte, la Corte Constitucional de Colombia ha afirmado que "dentro del ordenamiento constitucional la vida tiene diferentes tratamientos normativos, pudiendo distinguirse el derecho a la vida consagrado en el artículo 11 constitucional, de la vida como bien jurídico protegido por la Constitución. El derecho a la vida supone la titularidad para su ejercicio y dicha titularidad, como la de todos los derechos está restringida a la persona humana, mientras que la protección de la vida se predica incluso respecto de quienes no han alcanzado esa condición"[378]. Según la corte colombiana, el no nacido "es una vida humana en gestación, y como tal el Estado colombiano tiene un claro deber de protección que se deriva (…) de numerosas disposiciones constitucionales"[379].

La Corte Constitucional afirmó que "la vida y el derecho a la vida son fenómenos diferentes. La vida humana transcurre en distintas etapas y se manifiesta de

[376] Tribunal Constitucional de España. Sentencia N° 53/1985…, óp. cit., fundamento jurídico 7, sentencia N° 212/1996, loc. cit. y sentencia N° 116/1999, loc. cit.
[377] La sentencia N° 53/1985 finalmente declaró que los supuestos de despenalización del aborto (grave peligro para la vida y salud de la madre, violación, graves taras físicas o psíquicas en el feto) contenidos en el proyecto cuestionado eran constitucionales pues los derechos de las mujeres debían prevalecer frente a la protección del no nacido.
[378] CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-355/06…, óp. cit., fundamento jurídico 5.
[379] Ibídem.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

diferentes formas, las que a su vez tienen una protección jurídica distinta. El ordenamiento jurídico, si bien es verdad, que otorga protección al nasciturus, no la otorga en el mismo grado e intensidad que a la persona humana (…)"[380] (subrayado añadido).

Al analizar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[381], la Convención sobre los Derechos del Niño[382] y la Convención Americana[383], la Corte Constitucional colombiana concluyó que "de las distintas disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad no se desprende un deber de protección absoluto e incondicional de la vida en gestación; por el contrario, tanto de su interpretación literal como sistemática surge la necesidad de ponderar la vida en gestación con otros derechos, principios y valores reconocidos en la Carta de 1991 y en otros instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos (…) Dicha ponderación exige identificar y sopesar los derechos en conflicto con el deber de protección de la vida, así como apreciar la importancia constitucional del titular de tales derechos, en estos casos, la mujer embarazada"[384].

Según la mencionada corte, la existencia de un deber de protección de la vida en gestación implicaba para el Estado colombiano la obligación de adoptar medidas en un

[380] Ibídem.
[381] Específicamente, el artículo en cuestión es el 6: "1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente".
[382] El preámbulo de dicho tratado señala la necesidad de proteger al niño "tanto antes como después del nacimiento". Por otro lado, el artículo 1 establece que "para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado la mayoría de edad".
[383] El artículo 4.1 de la Convención Americana dispone que "toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegió por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente".
[384] CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-355/06…, óp. cit., fundamento jurídico 6.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

doble sentido: medidas que protejan la vida y medidas que no vulneren la vida. Sin embargo, ello no significaba "que estén justificadas todas las que (el estado) dicte con dicha finalidad"[385]. De ahí la validez de ciertos límites a la potestad de configuración del legislador en materia penal en relación con el aborto[386].

En el caso mexicano, el primer problema que analizó la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al pronunciarse sobre la despenalización del aborto, fue el de identificar si el derecho a la vida estaba protegido por la Constitución, pues ella no lo regulaba explícitamente[387]. En tal sentido, la Suprema Corte concluyó que lo que sí se encontraba en la Constitución de manera expresa eran "previsiones constitucionales que de manera positiva establecen obligaciones para el Estado de promocionar y hacer normativamente efectivos derechos relacionados con la vida"[388]. Para la Suprema Corte, ello implicaba que "la Constitución, no reconoce un derecho a la vida en sentido normativo pero establece que una vez dada la condición de vida, existe una obligación positiva para el Estado de promocionarla y desarrollar condiciones para que todos los individuos sujetos a las normas de la Constitución aumenten su nivel de disfrute y se les procure lo materialmente necesario para ello"[389].

[385] Ídem, fundamento jurídico 5.
[386] Ídem, fundamento jurídico 8. Por ejemplo, la Corte Constitucional colombiana señaló que la dignidad humana, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, la salud, la vida y la integridad de la mujer embarazada constituían legítimos límites a la potestad de configuración en materia del legislador, incluso si este debía proteger un bien jurídico de especial relevancia en el ordenamiento como la vida. En este caso, la Corte Constitucional de Colombia declaró la inconstitucionalidad de la prohibición total del aborto. Consideró además que el artículo penal demandado solo era constitucional si se excluían tres supuestos de su ámbito de aplicación: grave peligro en la salud y vida de la madre, violación o incesto y malformaciones en el feto (Íbid., fundamentos jurídicos 10 y 11).
[387] Esta situación ha cambiado con la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 10 de junio de 2011. Al respecto puede revisarse: <http://www2.scjn.gob.mx/red/constitucion/inicio.html>
[388] SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN…, óp. cit., fundamento jurídico 8, p. 174.
[389] Ídem, p. 175.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

Asimismo, la Corte mexicana afirmó que "ningún instrumento internacional de derechos humanos aplicable en el Estado mexicano reconoce el derecho a la vida como un derecho absoluto, ni exige un momento específico para el inicio de la protección de ese derecho (…)"[390].

En síntesis, la Suprema Corte de Justicia de México argumentó que la vida como bien constitucional e internacionalmente protegido no puede tener una condición de superioridad frente a otros derechos. Y que, aun cuando la vida es un derecho, su protección jurídica no puede ser absoluta y debe ponderarse con otros principios en juego[391].

Finalmente, en la demanda de inconstitucionalidad contra diversas normas penales bolivianas, el Tribunal Constitucional Plurinacional señaló que la Constitución de Bolivia reconoce el derecho a la vida en su artículo 15 y, que es en ese contexto que debían interpretarse otras normas[392]. En esa medida, consideró que "la vida y todo lo que potencialmente pueda generarla se encuentra protegida"[393] por la Constitución.

El Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia afirmó que "respecto del ser humano, la protección a la vida es gradual y se va incrementando desde la conjugación primaria del óvulo y espermatozoide denominado huevo o cigoto hasta el nacimiento;

[390] Ídem, pp. 173-174.
[391] Ídem, p. 184. En el caso concreto, la Corte mexicana falló a favor de la constitucionalidad de la despenalización del aborto antes de las primeras doce semanas de embarazo.
[392] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL DE BOLIVIA…, óp. cit., fundamento jurídico III.8.7: El aborto como conducta tipificada penalmente, p. 53. A modo de ejemplo, el tribunal señaló que el artículo 1.II del Código Civil boliviano ("al que está por nacer se lo considera nacido para todo lo que pudiera favorecerle, y para ser tenido como persona basta nacer con vida"), debía interpretarse en el sentido que sugiera una valoración jurídica menor para el que está por nacer que la reconocida a un ser humano nacido.
[393] Ídem, p. 54.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

es decir, que mientras más se aproxime a una célula su protección jurídica disminuye pero de ninguna manera desaparece y en la medida en la que se desarrolle y se vaya asemejando a un ser humano la protección jurídica paulatinamente se va incrementando; vale decir, que un feto goza de la protección que emana de la Constitución Política del Estado y las leyes aunque en menor proporción que la que se otorga a la persona nacida"[394] (subrayado añadido).

Dicho tribunal hizo también referencia al derecho a la vida contenido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana. En relación con esta última, añadió que, según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "Comisión Interamericana"), el derecho a la vida protegido por el sistema interamericano no es "un derecho absoluto a la vida desde la concepción"[395].

Para concluir puedo afirmar que, de los cuatro pronunciamientos constitucionales, se desprenden tres conclusiones importantes sobre el no nacido. La primera es que el no nacido no es una persona y, por lo tanto, no es titular del derecho a la vida. A pesar de ello, su vida es un bien constitucionalmente protegido. La segunda es que la vida del no nacido no puede protegerse en términos absolutos, sino que su protección jurídica debe ser gradual, en atención a su desarrollo biológico. La tercera es que en los conflictos entre la protección de la vida del no nacido y los derechos de las

[394] Ídem, p. 54.
[395] Ídem, p. 53. Cabe precisar que el Tribunal Constitucional de Bolivia citó lo resuelto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Baby Boy* para la interpretación del artículo 4.1 de la Convención Americana. Sin embargo, dada la fecha de su sentencia, hubiese sido más interesante que tome también en consideración lo resuelto por la Corte IDH en el caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica. El Tribunal Constitucional de Bolivia finalmente resolvió que la despenalización absoluta del aborto era inconstitucional, pero que sí era constitucional la despenalización por supuestos, tal como la actual norma penal boliviana lo establecía. (ídem, p. 55).

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

mujeres (como en los casos de aborto), deben ponderarse los principios en juego, en el marco de las dos primeras conclusiones expuestas.

Ahora bien, algunos de los argumentos de los tribunales y cortes constitucionales sobre el estatuto jurídico del no nacido hacen referencia al contenido y al alcance del derecho a la vida en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. A continuación me ocuparé de la interpretación realizada por distintos organismos internacionales sobre el derecho a la vida en relación con el no nacido.

3.2. La jurisprudencia internacional

En el sistema universal de protección de los derechos humanos, el derecho a la vida está regulado en la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 3)[396] y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 6)[397]. También los sistemas regionales de protección de los derechos humanos reconocen este derecho. Así, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (artículo 2)[398], la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo I)[399], la Convención Americana (artículo 4)[400] y la Carta

[396] El artículo 3 dispone que: "Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona".
[397] El artículo 6 de dicho tratado 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 (…)".
[398] Este artículo establece que "El derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente (…)".
[399] La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre consagra el derecho a la vida en los siguientes términos: "Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona".
[400] El artículo 4 de este instrumento internacional dispone que: "1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente (…)".

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (artículo 4)[401] proclaman el derecho a la vida entre sus disposiciones.

A pesar de ello, los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos no son claros en establecer si el ámbito de protección del derecho a la vida abarca también a los no nacidos. El único instrumento internacional que hace referencia a ello es la Convención Americana.

Los tratados internacionales de derechos humanos son piezas fundamentales para interpretar y dotar de contenido a los derechos consagrados constitucionalmente en los diversos ordenamientos jurídicos[402]. En el Perú, los tratados internacionales de derechos humanos forman parte del ordenamiento jurídico y tienen rango constitucional[403]. De conformidad con la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución peruana "las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú". Además, el artículo V del Código Procesal Constitucional (Ley N° 28237) dispone que "el contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben

[401] Dicha disposición establece que: "Los seres humanos son inviolables. Todo ser humano tendrá derecho al respeto de su vida y de la integridad de su persona. Nadie puede ser privado de este derecho arbitrariamente".

[402] Miguel Carbonell sostiene que "Los tratados internacionales han sido un motor esencial en el desarrollo reciente de los derechos fundamentales en todo el mundo (aunque con diferente intensidad según sea el país de que se trate, como es obvio)" (CARBONELL, Miguel. "Los tratado internacionales y el sistema interamericano de derechos humanos", <http://www.miguelcarbonell.com/docencia/Tratados_internacionales_y_el_sistema_interamericano_de_derechos_humanos.shtml>)

[403] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencias recaídas en los expedientes N° 0005-2007-PI, de 26 de agosto de 2008, fundamento jurídico 11, N° 00032-2010-PI…, óp. cit., fundamento jurídico 76, N° 00024-2009-PI, de 26 de julio de 2011, fundamento jurídico 12, entre otras.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte". Por su parte, el Tribunal Constitucional ha hecho referencia al rol que juegan, en materia de interpretación de los derechos constitucionales, los distintos órganos de supervisión de los tratados internacionales de derechos humanos[404].

3.2.1. La protección del no nacido en el Sistema Universal de Derechos Humanos.

Uno de los propósitos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) es el reconocimiento y la defensa de los derechos humanos[405]. Por ello, la ONU articula un sistema de protección que incluye diversos instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, así como diferentes organismos de vigilancia y mecanismos de protección.

En ese contexto, ciertos tratados crean órganos (denominados "Comités") que supervisan su cumplimiento. Entre las funciones de estos Comités está la posibilidad de que los individuos soliciten directamente iniciar procedimientos contra un Estado que ha vulnerado sus derechos[406], lo que ha dado lugar a pronunciamientos sobre la protección del no nacido. Tales son los casos del Comité de Derechos Humanos y del Comité CEDAW.

---

[404] VILLANUEVA FLORES, Rocío. *Derecho a la salud, perspectiva de género y multiculturalismo*. Lima: Palestra Editores, 2009, p. 29 y ss.

[405] El Artículo 1 de la Carta de las Naciones Unidas de 1945 consagra como uno de sus fines: "3. Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión".

[406] Otras funciones de los comités son por ejemplo, la formulación de observaciones generales a través de las que interpretan las disposiciones de los tratados y la recepción de informes de los Estados sobre el cumplimiento de sus obligaciones internacionales.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

TESIS PUCP

El 24 de octubre de 2005, el Comité de Derechos Humanos emitió su dictamen en relación con la comunicación N° 1153/2003, de Karen Llantoy contra el Estado peruano[407]. Karen Llantoy, menor de edad, había sido víctima de violación sexual y quedó embarazada. Sus exámenes médicos establecieron que llevaba en su vientre a un feto anencefálico.

Dadas las recomendaciones del médico, Karen decidió interrumpir su embarazo. Sin embargo, su solicitud para la autorización del aborto fue rechazada por el director del hospital y otros médicos ya que, según ellos, el Código Penal peruano solo permitía el aborto terapéutico y ese no era el caso de Karen[408]. Karen Llantoy finalmente dio a luz a una niña anencefálica que vivió solo cuatro días. Después de la muerte de su hija, ella se sumó en una profunda depresión y se le diagnosticó una inflamación vulvar que la obligó a recibir tratamiento médico.

Karen alegó la vulneración de distintos artículos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[409]. El Comité de Derechos Humanos concluyó que el estado peruano había vulnerado el derecho a la vida privada y el derecho a no ser sometida a tratos crueles, inhumanos o degradantes de Karen así como la garantía de adoptar medidas de protección a favor de los menores de edad.

---

[407] COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. *Dictamen sobre la comunicación N° 1153/2003 de 24 de octubre de 2005, CCPR/C/85/D/1153/2003*. El Comité de Derechos Humanos, creado en virtud del artículo 28 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, es el órgano que supervisa la aplicación de dicho tratado por sus Estados partes. Su competencia para conocer comunicaciones individuales es reconocida en el Protocolo Facultativo de dicho Pacto. Perú ratificó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos el 28 de abril de 1978 y su Protocolo Facultativo, el 3 de octubre de 1980.

[408] El artículo 119 del código penal peruano (Decreto Legislativo N° 635) regula el aborto no punible: "No es punible el aborto practicado por un médico con el consentimiento de la mujer embarazada o de su representante legal, si lo tuviere, cuando es el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave y permanente".

[409] Los artículos alegados fueron el artículo 2 (derecho a un recurso efectivo), artículo 3 (derecho a la igualdad), artículo 6 (derecho a la vida), artículo 7 (derecho a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes), artículo 17 (derecho a la vida privada), artículo 26 (no discriminación).

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

En Argentina, el mismo comité resolvió una situación similar el 29 de marzo de 2011[410]. L.M.R., una mujer con una discapacidad mental permanente quedó embarazada luego de haber sido violada. Su madre y representante, V.D.A., solicitó que se le practique un aborto (no punible) pero este fue negado y obstaculizado[411]. L.M.R. abortó finalmente de manera clandestina.

El Comité de Derechos Humanos resolvió que Argentina vulneró el derecho a la vida privada y a no ser sometida a tratos crueles, inhumanos o degradantes de L.M.R. así como el derecho a un recurso efectivo en relación con los derechos vulnerados mencionados.

El 17 de octubre de 2011 el Comité CEDAW[412] aprobó el dictamen sobre el caso L.C. contra Perú[413]. L.C., víctima de violación sexual, quedó embarazada a los trece años y en su intento de suicidio motivado por los ataques sexuales y la posterior gestación, sufrió serios daños en la columna vertebral[414]. Debido a su delicado estado

[410] COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. *Dictamen sobre la comunicación N° 1608/2007 de 29 de marzo de 2011, CCPR/C/101/D/1608/2007*. Argentina ratificó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo el 8 de agosto de 1986.

[411] Aunque el aborto fue negado en el primer hospital al que L.M.R. acudió, este fue luego autorizado por tratarse de un aborto no punible (artículo 86 del código penal argentino). A pesar de ello, una orden judicial que prohibía continuar con cualquier procedimiento abortivo y que iniciaba un proceso con el fin de impedir el aborto fue notificada al personal sanitario. Luego del proceso judicial en el que finalmente la Corte Suprema de Justicia de Buenos Aires autorizó el aborto, L.M.R. y su madre fueron presionadas por los medios de comunicación y terceros para que L.M.R. no abortara. En ese contexto y pese a contar con la autorización de la Corte Suprema, ningún establecimiento de salud le practicó el aborto (Ídem, párrs. 2.4 y ss.).

[412] El Comité CEDAW es el órgano que supervisa la aplicación de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer por sus Estados partes. Su competencia para conocer comunicaciones individuales es reconocida en el artículo 1 del Protocolo Facultativo de dicha Convención. Perú ratificó la CEDAW el 13 de setiembre de 1982 y su Protocolo, el 9 de abril de 2001.

[413] COMITÉ CEDAW. *Dictamen sobre la comunicación N° 22/2009 de 17 de octubre de 2011, CEDAW/C/50/D/22/2009.*

[414] A L.C. se le diagnosticó "traumatismo vertebromedular cervical, luxación cervical y sección medular completa con riesgo de discapacidad permanente y riesgo de deterioro de la integridad cutánea resultante de la inmovilidad física". (Ídem, párr. 2.1)

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

de salud, los médicos recomendaron a L.C. una intervención quirúrgica para evitar daños irreversibles[415].

En el día programado para la operación, esta fue cancelada pues la intervención suponía, según los médicos, un gran riesgo para el no nacido. L.C. y su madre decidieron entonces, solicitar un aborto conforme al artículo 119 del Código Penal peruano (no punible). La petición fue desestimada por la junta médica[416].

L.C. alegó la violación de distintos artículos de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (en adelante "Convención CEDAW")[417]. Entre otros, el Comité CEDAW resolvió que Perú vulneró los derechos contenidos en los artículos 5 (prohibición de prejuicios y estereotipos de género) y 12 (discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica) de la Convención CEDAW.

Dadas las resoluciones de los Comités de Naciones Unidas en los tres casos, se puede sostener que los tratados internacionales involucrados no protegen de manera absoluta e incondicional al no nacido. Por el contrario, los dictámenes revelan que, en

[415] Ídem, párr. 2.2.

[416] Luego de una larga espera, la junta médica del hospital decidió desestimar la petición por considerar que la vida de la paciente no estaba en peligro. L.C. presentó un recurso de reconsideración ante la misma junta y este fue nuevamente desestimado. Durante ese lapso de tiempo (entre la solicitud de reconsideración y la decisión final), L.C. sufrió un aborto espontáneo y finalmente, fue intervenida quirúrgicamente después de casi tres meses y medio. Actualmente, L.C. "se encuentra paralizada desde el cuello para abajo y solo ha recuperado parcialmente la movilidad de las manos. Depende una silla de ruedas para moverse y de terceros para satisfacer todas sus necesidades. Se encuentra conectada a una sonda que le deben cambiar cinco veces al día en condiciones higiénicas de esterilización total, lo que le impide acudir a un centro de enseñanza (…)" (Ídem, párr. 2.11).

[417] Los artículos alegados por L.C. fueron los artículos 1 (discriminación contra la mujer), 2 c) y f) (medidas de protección), 3 (igualdad), 5 (prohibición de prejuicios y estereotipos de género), 12 (discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica) y 16 e) (la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares).

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

determinados casos de conflicto entre la vida del no nacido y los derechos de la embarazada, estos organismos internacionales tienden a otorgar una mayor protección a los derechos humanos de la mujer.

La protección a favor de los derechos de la mujer también se expresa en las observaciones y recomendaciones que tales comités formulan al Perú[418]. Las últimas observaciones del Comité CEDAW al Perú son del año 2007[419]. En dicho documento, el Comité CEDAW instó al Estado peruano a que "examine su interpretación restringida del aborto terapéutico (…) y considere la posibilidad de revisar la legislación relacionada con los abortos en casos de embarazo indeseado con miras a suprimir las sanciones que se imponen a las mujeres que se someten a un aborto (…)"[420]. Asimismo, solicitó el cumplimiento de las recomendaciones adoptadas por el Comité de Derechos Humanos en el caso de Karen Llantoy[421].

Por su parte, en mayo de 2012, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, "Comité DESC") recomendó al Estado Peruano "que se modifique el Código Penal para despenalizar (…) los abortos en los casos de embarazos resultantes de violaciones"[422], entre otros.

A inicios del año 2013, el Comité contra la Tortura señaló que "está particularmente inquieto por la penalización del aborto en caso de violación o de

[418] No solo el Comité de Derechos Humanos o el Comité CEDAW han realizado observaciones al Perú en relación con la protección jurídica absoluta del no nacido y los derechos de las mujeres. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Comité contra la Tortura también han emitido pronunciamientos sobre el tema.
[419] COMITÉ CEDAW. *Observaciones finales: Perú (CEDAW/C/PER/CO/6), 2 de febrero de 2007*.
[420] Ídem, párr. 25
[421] Ibídem.
[422] COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. *Observaciones finales: Perú (E/C.12/PER/CO/2-4), 30 de mayo de 2012*, párr. 21.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

incesto (…)" y recomendó que se modifique "la prohibición general del aborto de forma que se autoricen el aborto terapéutico y el aborto en los casos en que el embarazo sea resultado de violación o de incesto (…)"[423].

En ese mismo año, el Comité de Derechos Humanos recomendó al Perú que "revise su legislación sobre el aborto y prevea excepciones adicionales en los casos en que el embarazo sea consecuencia de una violación o incesto"[424].

Los diversos pronunciamientos de los Comités de la ONU demuestran que el Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos tampoco otorga una protección absoluta al no nacido.

3.2.2. La protección del no nacido en el Sistema Europeo de Derechos Humanos

Si bien es obvio que el Perú no forma parte del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante "Convenio Europeo"), me detendré en el análisis de la jurisprudencia europea relativa a la protección del no nacido pues ella es un referente importante para la interpretación de derechos. El Convenio Europeo consagra el derecho a la vida en el artículo 2[425] y, tanto la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos (en adelante "Comisión Europea") como la Corte Europea de Derechos Humanos (en adelante "Corte Europea") cuentan con más de un pronunciamiento sobre el derecho a la vida y su relación con el no

[423] COMITÉ CONTRA LA TORTURA. *Observaciones finales: Perú (CAT/C/PER/CO/5-6), 21 de enero de 2013*, párr. 15.
[424] COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. *Observaciones finales: Perú (CCPR/C/PER/CO/5), 29 de abril de 2013*, párr. 14.
[425] El artículo 2 del Convenio Europeo establece que: "1. El derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley (…)".

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

nacido[426]. A pesar de ello, se afirma que "un análisis detallado de la jurisprudencia de las instituciones europeas demuestra que aquellas siempre han evitado otorgar una respuesta directa en la materia"[427].

La Comisión Europea

Los primeros casos relativos al supuesto derecho a la vida del no nacido abordados por la Comisión Europea tuvieron su origen en la legislación de los países europeos que despenalizaban el aborto. En estos casos, los demandantes alegaron la vulneración del artículo 2 (el derecho a la vida en relación a la protección del no nacido) y del artículo 8 (derecho a la vida privada y familiar)[428].

La Comisión Europea reconoció que el embarazo no era una cuestión que únicamente involucraba a la gestante[429] y por ello consideró que las diversas

[426] Desde 1953 hasta 1999, la Comisión Europea fue un órgano inserto en el Sistema Europeo de Derechos Humanos. Su rol fue de intermediario: revisaba las denuncias y decidía cuáles y cuáles no serían resueltas por la Corte Europea. Su papel era similar al que ahora tiene la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En 1998, la Comisión Europea fue desactivada y, en la actualidad, el Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos está constituido solo por la Corte Europea. Al respecto puede revisarse a: NEACSU, Dana. "European Human Rights System", *Arthur W. Diamond Law Library* de Columbia Law School: <http://library.law.columbia.edu/guides/European_Human_Rights_System#The_European_Human_Rights_System. The Commission of Human Rights. How to Find a Report of the Commission>

[427] DÍAZ DE VALDÉS, José Manuel. "Análisis crítico de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos sobre el estatus del no nacido en la Convención Europea de Derechos Humanos", *Revista Actualidad Jurídica*, Universidad del Desarrollo, N° 18, julio 2008, pp. 71–72.

[428] El artículo 8 del Convenio Europeo dispone que "1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás".

[429] En el caso Brüggemann y Scheuten vs. Alemania, la Comisión señaló que en un embarazo la vida privada de la mujer estaba íntimamente relacionada con el desarrollo del feto: *"(...) pregnancy cannot be said to pertain uniquely to the sphere of private life. Whenever a woman is pregnant her private life becomes closely connected with the developing foetus*". (COMISIÓN EUROPEA. *Caso Brüggemann y Scheuten vs. República Federal de Alemania, aplicación N° 6959/75 de 12 de julio de 1977*, párr. 59). La Corte Europea continúa reiterando ello en la actualidad, como ejemplos pueden revisarse las sentencias

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

regulaciones en torno al embarazo no deseado y al aborto no necesariamente eran una interferencia en la vida privada[430]. A pesar de ello, la Comisión Europea no resolvió el estatuto jurídico del embrión ni señaló si este debía ser considerado una persona. Tampoco se pronunció sobre un eventual derecho a la vida del no nacido[431].

Es solo algún tiempo después que la Comisión Europea resolvió en torno la titularidad del derecho a la vida del que está por nacer. En el caso Paton vs. el Reino Unido de 1980, la Comisión Europea interpretó el artículo 2 del Convenio Europeo en atención al sentido corriente de los términos "todos" y "vida" y al objeto y fin del tratado[432]. En consecuencia, determinó que, aunque el término "todos" no se define en el tratado, estaba referido solo a las personas nacidas. En relación con el término "vida", la Comisión Europea señaló que tampoco era definido en el tratado y que la vida era un asunto polémico con respuestas totalmente distintas[433].

La Comisión Europea estableció que existían tres maneras de interpretar el derecho a la vida del artículo 2 del Convenio Europeo en relación con el no nacido. La

---

del caso Boso vs. Italia de 5 de setiembre de 2002, párr. 2 y del caso Vo vs. Francia de 8 de julio de 2005, párr. 80.

[430] "(*...) not every regulation of the termination of unwanted pregnancies constitutes an interference with the right to respect for the private life of the mother*". (COMISIÓN EUROPEA. *Caso Brüggemann y Scheuten contra República Federal de Alemania*…, óp. cit., párr. 61).

[431] De hecho, la Comisión Europea explícitamente decidió no pronunciarse sobre el alcance del artículo 2 del Convenio Europeo en relación con el no nacido: "*The Commission does not find it necessary to decide, in this context, whether the unborn child is to be considered as 'life' in the sense of Art. 2 of the Convention, or whether it could be regarded as an entity which under Art .8(2) could justify an interference 'for the protection of others'*" (Íbid., párr. 60). Ello es reconocido posteriormente en el caso Paton vs. el Reino Unido: "*The question whether the unborn child is covered by art. 2 was expressly left open in Application No. 6959/75 (...) and has not yet been considered by the Commission in any other case (...)*" (COMISIÓN EUROPEA. *Caso Paton vs. Reino Unido, aplicación N° 8416/78 de 13 de mayo de 1980*, párr. 5).

[432] Ídem, párr. 6.

[433] Ídem, párr. 12. Las instituciones europeas se han remitido posteriormente a este desarrollo jurisprudencial sobre el artículo 2: COMISIÓN EUROPEA. *Caso R.H. vs. Noruega, aplicación N° 17004/90 de 19 de mayo de 1992*, párr. 1 y CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Boso vs. Italia*…, óp. cit., párr. 1;

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

primera implicaba que el ámbito de protección del mencionado artículo no incluía al no nacido. La segunda consideraba un "derecho a la vida" del no nacido pero con ciertas limitaciones. La tercera posible interpretación reconocía un derecho absoluto a la vida del no nacido.

Por ir contra el objeto y el fin del Convenio Europeo, la Comisión Europea concluyó que no podía acoger la tercera interpretación en cuestión, ya que ello implicaba otorgar una mayor protección al no nacido frente a los derechos de la madre[434]. Sin embargo, la Comisión Europea no desarrolló su planteamiento pues decidió no pronunciarse sobre las otras dos posibles interpretaciones del derecho a la vida en relación con el no nacido. Según la Comisión Europea, al tratarse el caso Paton de un aborto practicado por razones médicas, en una etapa temprana del embarazo, no debía determinar el alcance del derecho a la vida del no nacido durante todo el embarazo[435]. Al respecto, considero que la explicación de la Comisión Europea para no interpretar a cabalidad el artículo 2 fue insuficiente.

La ausencia de una interpretación clara de la Comisión Europea sobre el artículo 2 del Convenio Europeo continuó en las siguientes resoluciones. En el caso R.H. vs. Noruega, la Comisión Europea señaló que la cuestión del aborto era un tema delicado en el cual los Estados gozaban de un amplio margen de apreciación[436]. En ese sentido, luego de un análisis de las normas noruegas sobre la interrupción del embarazo, la

[434] La Comisión Europea rechazó la interpretación en cuestión con base en dos datos: la posibilidad de interrumpir el embarazo en caso de riesgo para la vida de la madre que distintos Estados partes del Convenio Europeo contemplaban en sus ordenamientos jurídicos y la tendencia a liberalizar el aborto.
[435] *Caso Paton vs. Reino Unido*…, óp. cit., párr. 22.
[436] "*(...) it is clear that national laws on abortion differ considerably. In these circumstances, and assuming that the Convention may be considered to have some bearing in this field, the Commission finds that in such a delicate area the Contracting States must have a certain discretion*" (*Caso R.H. vs. Noruega*…, óp. cit., párr. 1). Esta afirmación ha sido reiterada por la Corte Europea en el *Caso Vo vs. Francia*…, óp. cit., párr. 82 y en el *Caso Evans vs. Reino Unido*…, óp. cit., párr. 54.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

Comisión Europea decidió que dicha legislación no excedía los límites de discrecionalidad en la materia[437]. Hizo referencia, además, al justo balance entre la legítima necesidad de proteger al no nacido y los legítimos intereses de la mujer embarazada que una legislación sobre el aborto debía contemplar[438].

La Corte Europea

En 1992 la Corte Europea resolvió, por primera vez, un caso en donde el estatuto jurídico del no nacido estaba indirectamente involucrado[439]. Sin embargo, fue en el año 2002 que la Corte Europea recibió una demanda en la que se alegó la violación del derecho a la vida del no nacido (caso Boso vs. Italia)[440]. En esta ocasión, la Corte Europea optó por mantener el esquema de resolución planteado por la Comisión Europea.

En el caso Boso vs. Italia, la Corte Europea no determinó si el ámbito de aplicación del artículo 2 del Convenio Europeo (derecho a la vida) incluía al no

[437] "*(...) the Commission does not find that the respondent State has gone beyond its discretion which the Commission considers it has in this sensitive area of abortion*" (*Caso R.H. vs. Noruega*…, óp. cit., párr. 1).

[438] "*(...) a fair balance between the legitimate need to protect the foetus and legitimate interests of the woman in question*" (Ibídem). Lo mismo ha sido señalado por la Corte Europea en los casos *Boso vs. Italia*…, óp. cit., párr. 1 y *Vo vs. Francia*…, óp. cit., párr. 80.

[439] CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Open Door y Dublin Well Woman vs. Irlanda, sentencia de 29 de octubre de 1992*. En este caso los demandantes alegaron la vulneración del artículo 10 del Convenio Europeo (derecho a la libertad de expresión), ya que el gobierno irlandés prohibía otorgar información a las mujeres embarazadas acerca de la posibilidad de someterse a un aborto en el extranjero. De la sentencia se desprende que si se "hubiera considerado a aquel [al no nacido] como un sujeto protegido por la Convención, poca duda cabe que cualquier información destinada a practicar abortos habría quedado al margen de la protección de la Convención". (DÍAZ DE VALDÉS, José Manuel. "Análisis crítico de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos sobre el estatus del no nacido en la Convención Europea de Derechos Humanos"…, óp. cit., p. 77).

[440] CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Boso vs. Italia*…, óp. cit. Esta sentencia resolvió la demanda de un padre de un no nacido que se opuso a la decisión de la madre de abortar. El padre alegó que la ley italiana que permitía el aborto en ciertos supuestos vulneraba el derecho a la vida de su hijo aún no nacido y su derecho a la vida familiar.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

nacido[441]. La corte nuevamente señaló que los términos *todos* y *vida* no estaban definidos en el tratado, hizo referencia al amplio margen de discrecionalidad de los Estados para establecer su legislación en torno al no nacido y al justo balance que debía existir entre la necesidad de proteger al que está por nacer y los derechos e intereses de la madre[442]. Asimismo, volvió a reconocer que, en un embarazo, la vida privada de la mujer estaba íntimamente ligada al desarrollo del feto[443].

Un importante punto de inflexión en la jurisprudencia europea sobre la protección jurídica del no nacido ocurrió con la sentencia del caso Vo vs. Francia[444]. En dicho caso, la señora Vo alegó la violación del artículo 2 por considerar que la legislación penal francesa no sancionaba la muerte ocasionada negligentemente a un no nacido y, por ende, no protegía su vida. El Estado francés, por su parte, argumentó que el artículo 2 del Convenio Europeo no era aplicable a los no nacidos.

La Corte Europea consideró que su objetivo central era determinar si la falta de una regulación penal orientada a penalizar la "destrucción negligente" (*unintentional destruction*) de un no nacido constituía una violación del artículo 2 del Convenio

[441] Ídem, párr. 1.
[442] Ibídem.
[443] Ídem, párr.2
[444] Hasta el caso Vo vs. Francia, la Corte Europea solo había tomado conocimiento de casos en donde los derechos de la madre primaban frente al no nacido por tratarse de embarazos no deseados en circunstancias particulares. La señora Vo, por el contrario, era una mujer embarazada que sí quería traer al mundo al no nacido que se encontraba en su vientre y que, por una negligencia médica, vio frustrado su deseo de ser madre. Al respecto, la Corte Europea señaló que: *"The special nature of the instant case raises a new issue. The Court is faced with a woman who intended to carry her pregnancy to term and whose unborn child was expected to be viable, at the very least in good health. Her pregnancy had to be terminated as a result of an error by a doctor and she therefore had to have a therapeutic abortion on account of negligence by a third party. The issue is consequently whether, apart from cases where the mother has requested and abortion, harming a foetus should be treated as a criminal offence in the light of Article 2 of the Convention, with a view to protecting the foetus under that Article*". (CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Vo vs. Francia*…, óp. cit., párr. 81)

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

Europeo[445]. En tal sentido, señaló que, según la jurisprudencia europea desarrollada hasta el momento, el artículo 2 no le otorgaba protección directa al no nacido pues este no era una persona. Añadió además que, aun en el supuesto en el que el no nacido fuera titular del derecho a la vida, este derecho era limitado por los derechos de la madre. A pesar de ello, la Corte Europea estableció que las instituciones europeas tampoco descartaban la posibilidad de que, en ciertas circunstancias, la protección del artículo 2 se extendiera al no nacido.

La Corte Europea también se refirió a la ponderación entre los derechos y libertades en conflicto en casos donde el no nacido estuviera involucrado y a la discrecionalidad de la que gozaban los Estados en las cuestiones relativas a la protección del que está por nacer[446].

La Corte Europea concluyó que no era posible responder si el no nacido era una persona para los propósitos del artículo 2 del Convenio Europeo y que era innecesario examinar si la "destrucción negligente" del no nacido de Vo estaba comprendida en el ámbito de protección de dicho artículo. Según la Corte Europea, incluso si el artículo 2 era aplicable, en el presente caso podía afirmarse que no existía omisión de parte del Estado francés de cumplir con la obligación relativa a la preservación de la vida en el ámbito de la salud pública que este artículo imponía. En resumen, ante la pérdida de

[445] Ídem, párr 74.

[446] Para concluir ello, la Corte Europea sostuvo que no existía un consenso sobre la protección del no nacido entre los Estados (Ídem, párr. 82). A modo de ejemplo señaló que en Francia, la naturaleza y el estatuto jurídico del embrión y del feto no estaban determinados y que dicha determinación dependía de las distintas fuerzas de la sociedad francesa. En relación con la falta de consenso europeo, la corte precisó que a pesar de ello podía observarse alguna clase de protección en favor del no nacido a la luz del avance científico. En tal sentido, la Corte Europea consideró que, por lo menos, el único punto de acuerdo común entre los Estados era el relativo a la pertenencia del embrión a los seres humanos y a ciertos tipos de protección otorgados (derecho de herencia, por ejemplo) debido a su "potencialidad". Potencialidad que, a su vez, no convertía al no nacido en una "persona" en los términos del artículo 2 del Convenio Europeo.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

Vo, la Corte Europea consideró que la respuesta estatal fue la adecuada aun cuando dicha protección no hubiera sido la adopción de medidas penales[447].

La Corte Europea consideró que la falta de definición del estatuto jurídico del no nacido no necesariamente lo privaba de protección. Para dicho tribunal, ello era aún más evidente en el caso Vo ya que al estar el no nacido íntimamente relacionado con la madre y al tener ambos intereses en común (nacer con vida), el no nacido era también protegido a través de ella.

Finalmente, la sentencia concluyó que el artículo 2 del Convenio Europeo no exigía medidas penales para cumplir con sus objetivos en lo relativo a la vida del no nacido. En tal sentido, la protección de la vida implicaba la adopción de medidas que no necesariamente equivalían a la imposición de normas penales. Según la Corte, a través de recursos civiles o medidas disciplinarias los Estados también cumplen con las obligaciones del artículo 2.

En la misma línea, en el año 2007, en el caso Evans vs. el Reino Unido[448], la Corte Europea señaló que no existía un consenso europeo sobre el inicio de la vida y la protección del no nacido para justificar la libertad de cada estado en regular dicho tema. De esta manera, la Corte Europea sostuvo que de conformidad con la ley inglesa, los

[447] Ídem, párr. 85

[448] CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Evans vs. Reino Unido*, loc. cit. El caso versa sobre una señora que alegó la vulneración del derecho a la vida de seis embriones *in vitro* y de su derecho a la intimidad y vida familiar. En concreto, la ley inglesa permitía revocar el consentimiento del sometimiento a una técnica de reproducción asistida hasta antes de la implantación de los embriones. Así pues, ante la ruptura de su relación amorosa, la pareja de la señora Evans retiró su consentimiento con el fin de que no sean implantados y de que se destruyan los embriones. Es importante recalcar que, en el presente caso, la señora Evans no contaba con otra manera de tener hijos biológicos pues sus ovarios habían sido removidos por cuestiones de salud.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

embriones (creados mediante una técnica de reproducción asistida) no tenían un derecho a la vida en el sentido del artículo 2 del Convenio Europeo[449].

En el año 2010, la Corte Europea reiteraría su jurisprudencia en el caso A, B y C vs. Irlanda[450]. Sin embargo, la Corte Europea hizo algunas precisiones en torno a la interrupción del embrazo. En este caso, la Corte Europea precisó que el artículo 8 del Convenio Europeo (derecho a la vida privada) no otorgaba un derecho a abortar, a pesar de que consideró que la prohibición de interrumpir el embarazo por razones médicas sí vulneraba dicho artículo[451] Para afirmar ello, la Corte Europea recurrió a la ponderación del derecho a la vida privada de la mujer y la protección del no nacido[452].

La Corte Europea decidió en este caso que era legítimo proteger el derecho a la vida del no nacido en virtud de la discrecionalidad de la que gozaba Irlanda para regular la cuestión del no nacido[453]. No obstante, consideró que tal margen no era ilimitado y

[449] Ídem, párrs. 54 - 56.

[450] Los hechos del caso son los siguientes: A, B y C vivían en Irlanda y decidieron someterse a un aborto. La única que alegó peligro en su vida era C, quien estaba con cáncer. Dado que en Irlanda solo estaba despenalizado el aborto en caso de peligro de la madre, A y B no podían interrumpir sus embarazos ahí. Aunque C sí estaba amparada por la ley irlandesa, por dificultades al momento de acceder al aborto, C no llegó a practicárselo. Las tres viajaron al Reino Unido y abortaron. La Corte Europea dividió el caso por considerar que la situación de A y B era distinta a la de C. Este pronunciamiento hace referencia a la relación entre la vida privada de la mujer embarazada y el desarrollo del feto (CORTE EUROPEA DE DERECHO HUMANOS. *Caso A, B y C vs. Irlanda*…, óp. cit., párr. 213), al hecho de que no toda regulación sobre el aborto constituye una interferencia con el artículo 8 (ídem, párr. 216), a la discrecionalidad de los Estados para regular las cuestiones en torno al aborto (ídem, párrs. 223, 232 y 249), al "*fair balance*" que debe realizarse entre los derechos e intereses comprometidos (párrs. 237 – 238).

[451] Ídem, párr. 214. La Corte reafirmó ello en el caso P. y S. vs. Polonia, sentencia de 30 de octubre de 2012, párr. 96.

[452] *Caso A, B y C vs. Irlanda*…, óp. cit., párr. 213.

[453] La Corte Europea se preguntó si la existencia de un consenso europeo sobre el tema podía reducir la libertad de los estados para regular la interrupción del embarazo. En tal sentido, reconoció que, aunque en la mayoría de estados europeos existía la posibilidad de recurrir a un aborto, ello no constituía una razón determinante para que se limitara el margen de apreciación de Irlanda (ídem, párrs. 234 – 237).

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

que debía evaluarse en atención al justo balance entre los derechos en conflicto del caso concreto[454].

Además de los casos mencionados, han existido otros pronunciamientos de la Corte Europea en los que, indirectamente, la cuestión del no nacido ha estado presente. En general, estos versan sobre las barreras que algunas mujeres enfrentaron para acceder a un aborto[455]. Si bien en estas sentencias la Corte Europea no discutió el estatuto jurídico del no nacido ni el alcance de la protección del derecho a la vida en relación con este, sí consideró las cuestiones previamente reseñadas para sustentar que la negación de un aborto o las dificultades generadas al solicitar uno (donde este era legal) vulneraban diversos derechos de las mujeres (privacidad, integridad, salud, entre otros)[456].

---

[454] Ídem, párr. 238.

[455] En estos casos ya no se discutía si una legislación que despenalizaba el aborto vulneraba el artículo 2 del Convenio Europeo u otros derechos. Estas sentencias determinan que una vez que el ordenamiento jurídico permite la interrupción del embarazo debe estructurar su marco legal para hacer del aborto una posibilidad real. ("*Once the legislature decides to allow abortion, it must not structure its legal framework in a way which would limit real possibilities to obtain it*". CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Tysiac vs. Polonia, sentencia de 20 de marzo de 2007*, párr. 116. *Caso R.R. vs. Polonia, sentencia de 26 de mayo de 2011*, párr. 200. *Caso P. y S. vs. Polonia*, loc. cit. y *Caso A, B y C vs. Irlanda*…, óp. cit., párr. 249). Fernando Rey Martínez denomina a la adopción de medidas efectivas con el fin de interrumpir el embarazo la "dimensión procedimental del aborto" (REY MARTÍNEZ, Fernando. *"¿Es el aborto un derecho en Europa?"*, *Pensamiento Constitucional*, Año XVI, N° 16, 2012, p. 173).

[456] En el caso Tysiac vs. Polonia, la demandante sufría de una severa miopía. Cuando quedó embarazada, su salud se vio seriamente comprometida y por ello decidió someterse a un aborto. A pesar de que ella solicitó a los médicos un certificado para interrumpir su embarazo en el marco de la legislación polaca, ninguno se lo expidió. Su hijo nació y a las seis semanas del parto, su salud empeoró considerablemente, corriendo el riesgo de quedar ciega. Las demandas a nivel nacional no fueron exitosas y vulneraron aún más sus derechos. (CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Tysiac vs. Polonia*, loc. cit.). En el otro caso contra Polonia, el caso R.R., una mujer embarazada de un feto con malformaciones decidió abortar. Si bien la ley polaca amparaba su situación, las dificultades y demoras en la toma de exámenes médicos por las que tuvo que atravesar R.R. no permitieron que un doctor determine la condición del no nacido para la posterior intervención abortiva. R.R. dio a luz a una niña afectada con el síndrome de Turner. (CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso R.R. vs. Polonia*, loc. cit.) P., una menor edad víctima de violación sexual, decidió abortar. Su madre prestó su consentimiento para ello también. P. y S. visitaron varios hospitales y se negó o se impuso barreras al aborto en más de una oportunidad. Ellas también enfrentaron diversas clases de acoso por parte de personas católicas y de la prensa. La situación fue tan trágica que incluso se separó a S. de su madre y se iniciaron procedimientos judiciales contra esta última. Finalmente S. abortó en un hospital a 500 kilómetros de su casa,

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

3.2.3. Algunas instituciones europeas

No solo la Comisión Europea y la Corte Europea han hecho referencia al no nacido. Otras instituciones europeas también han tratado la cuestión de la protección jurídica del no nacido de distintas maneras.

El Convenio de Oviedo

La Convención Europea para la protección de los derechos humanos y de la dignidad del ser humano frente a las aplicaciones de la biología y la medicina: Convención sobre los derechos humanos y la biomedicina (*Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine*), también conocido como el Convenio de Oviedo, es un tratado internacional de 1997 suscrito por diversos Estados de Europa, en el marco del Consejo de Europa[457]. Este regula los aspectos que todo uso de la ciencia aplicada a la medicina debe tomar en cuenta para una adecuada protección de los derechos humanos[458].

prácticamente de manera clandestina (aun cuando se trataba de un aborto no punible) (CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso P. y S. vs. Polonia*, loc. cit.).

[457] El Convenio es suscrito en Oviedo, España, el 4 de abril de 1997 por 21 estados (Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Islandia, Italia, Suecia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Países Bajos, Macedonia, Noruega, Portugal, Rumania, San Marino y Turquía). El tratado cuenta con cuatro protocolos adicionales: el Protocolo adicional relativo a la prohibición de clonación de seres humanos (*Additional Protocol on the Prohibition of Cloning Human Beings*), el Protocolo adicional relativo a los trasplantes de órganos y tejidos de origen humano (*Additional Protocol concerning Transplantation of Organs and Tissues of Human Origin*), el Protocolo adicional relativo a la investigación biomédica (*Additional Protocol on Biomedical Research*) y el Protocolo adicional relativo a los exámenes genéticos con fines médicos (*Additional Protocol concerning Genetic Testing for Health Purposes*). Al respecto puede revisarse: PALACIOS, Marcelo. "La Convención o Convenio de Asturias de Bioética. Recordatorio y comentarios", *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM)* <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2673/5.pdf>.

[458] El artículo 1 de dicho instrumento internacional dispone que: "Las partes en el presente Convenio protegerán la dignidad y la identidad de todo ser humano, y garantizarán –a toda persona sin discriminación– el respeto de su integridad y demás derechos y libertades fundamentales con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina".

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

El mencionado convenio no hace referencia alguna sobre el estatuto jurídico del no nacido. Tampoco se define quiénes son seres humanos ni personas (a pesar de consagrar la primacía de sus intereses sobre los de la ciencia)[459] o qué es un embrión.

Entre sus disposiciones existe solo un artículo dedicado a los embriones (artículo 18) que señala que "allí donde la ley admita la investigación en embriones *in vitro*, la ley debe asegurar una protección de embriones humanos con la finalidad de investigación en ellos". De ello es posible deducir que el Convenio de Oviedo pretende asegurar cierta protección jurídica al no nacido en su estadio más primitivo frente a la investigación. No obstante, ello no significa que este Convenio les reconozca a los embriones *in vitro* una protección jurídica semejante a la de las personas nacidas.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea

En el año 2011, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea[460] decidió sobre la protección jurídica del embrión, en el marco de la Directiva 98/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de julio de 1998 relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas[461].

[459] El artículo 2 establece que: "El interés y el bien del ser humano prevalecerán contra el exclusivo interés de la ciencia".

[460] El Tribunal de Justicia es una de las instituciones de la Unión Europea. Entre sus tareas está la interpretación del derecho comunitario con el objetivo de aplicarlo de manera uniforme entre los Estados miembros. Al respecto puede revisarse: <http://europa.eu/about-eu/institutions-bodies/court-justice/index_es.htm>

[461] TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (GRAN SALA). *Asunto C-34/10, sentencia de 18 de octubre de 2011*. Cabe precisar que debido al desarrollo de la biotecnología e ingeniería genética, la Directiva 98/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea de 6 de julio de 1998, relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas, planteaba la coordinación entre los Estados miembros para la adopción de medidas orientadas a determinar, entre otros, un sistema de patentes para la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

El caso versó sobre una patente alemana registrada en 1997 referida a "un procedimiento de producción de células madre neuronales a partir de células madre embrionarias"[462], que podían ser utilizadas para el tratamiento de enfermedades neurológicas[463].

Por diversos motivos, en Alemania se inició un proceso judicial contra el señor Brüstle, titular de la patente en cuestión, y finalmente, la Corte Federal de Justicia de Alemania (*Bundesgerichtshof*) determinó que para solucionar el caso debía resolver primero si las "células madre embrionarias (que) servían de 'materia prima' para los procedimientos patentados y a partir de las cuales se obtenían células madre neuronales, constituían 'embriones humanos' en el sentido del articulado de la citada Directiva comunitaria"[464].

Dada la complejidad del caso, la Corte Federal alemana planteó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea ciertas preguntas, entre ellas "¿qué debe entenderse por 'embriones humanos' en el sentido del artículo 6, apartado 2, letra c) de la Directiva (…)"?[465].

---

[462] SÁNCHEZ PATRÓN, José Manuel. "El inicio de la vida y el alcance de su protección jurídica en la jurisprudencia europea e internacional", *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídica de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM)*, p. 36 <http://www.revistas.unam.mx/index.php/amdi/article/view/44165>.

[463] TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (GRAN SALA). *Asunto C-34/10*…, óp. cit., párrs. 15–18. Es importante señalar que sin la existencia de este procedimiento, era necesario recurrir a los tejidos cerebrales de embriones humanos pues las células requeridas para el tratamiento de esta clase de enfermedades son unas células que, fundamentalmente, existen en la fase inicial del desarrollo del cerebro.

[464] SÁNCHEZ PATRÓN, José Manuel. "El inicio de la vida y el alcance de su protección jurídica en la jurisprudencia europea e internacional"…, óp. cit., p. 37.

[465] TRIBUNAL DE JUSTICIA. *Asunto C-34/10*…, óp. cit., párr 23. El artículo 6.2 c) de la Directiva establecía que: "(…) se considerarán no patentables, en particular: c) las utilizaciones de embriones humanos con fines industriales o comerciales" (subrayado añadido).

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea señaló que "si bien la definición del embrión humano es materia de alcance social muy sensible en numerosos Estados miembros, caracterizada por las múltiples tradiciones y sistemas de valores de estos (…) no ha de abordar cuestiones de naturaleza médica o ética, sino que debe limitarse a una interpretación jurídica de las disposiciones pertinentes de la Directiva"[466]. En definitiva, este tribunal afirmó que "el legislador de la Unión quiso excluir toda posibilidad de patentabilidad en tanto pudiera afectar al debido respeto de la dignidad humana. De ello resulta que el concepto de 'embrión humano' (…) debe entenderse en un sentido amplio"[467].

En virtud de lo anterior, el Tribunal concluyó que "todo óvulo humano, a partir de la fecundación, deberá considerarse un 'embrión humano' (…), habida cuenta de que la fecundación puede iniciar el proceso de desarrollo de un ser humano"[468]. Además, estableció que un embrión humano también era "todo óvulo humano no fecundado en el que se haya implantado el núcleo de una célula humana madura, y al óvulo humano no fecundado estimulado para dividirse y desarrollarse mediante partenogénesis"[469].

En resumen, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al interpretar la directiva comunitaria, acogió la teoría de la fecundación y definió al embrión humano en términos amplios. Pero lo que es cuestionable es que para dicho tribunal baste con que los organismos tengan la capacidad remota de contribuir a desarrollar una persona humana, para que sean un embrión humano. Considero que en este caso en particular, el Tribunal de Justicia europeo se vio ante la necesidad de definir en esos términos al

[466] Ídem, párr. 30
[467] Ídem, párr. 34
[468] Ídem, párr.35
[469] Ídem, párr. 36.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

embrión humano con el fin de excluir la patentabilidad de toda utilización de entidades u organismos humanos con fines industriales o comerciales, según el artículo 6, apartado 2 c) de la Directiva en cuestión.

3.2.4. La protección del no nacido en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Tanto la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (en adelante "Declaración Americana") como la Convención Americana contienen disposiciones sobre el derecho a la vida. A diferencia de otros instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, la Convención Americana es el único que dispone que el derecho a la vida está protegido "en general, a partir del momento de la concepción".

Dicha frase ("en general, a partir del momento de la concepción") ha llevado a que se señale que la Convención Americana protege la vida desde el momento de la concepción, siendo el no nacido titular del derecho a la vida desde este momento[470].

La Comisión Interamericana

[470] Este argumento ha sido esbozado en casos en los que se discutía la interpretación del artículo 4 de la Convención Americana en relación con el no nacido. Por ejemplo, los peticionarios en el caso *Baby Boy* hicieron referencia al derecho a la vida desde el momento de la concepción consagrado en la Convención Americana (COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Baby Boy vs. Estados Unidos de América, resolución N° 23/81 de 6 de marzo de 1981*, párr. 17 f) de los hechos y párr. 30). En la sentencia de la Corte IDH sobre el caso Artavia Murillo, el Estado costarricense interpretó el artículo 4.1 de la Convención Americana en el sentido de brindar una protección jurídica absoluta al embrión desde la concepción (CORTE IDH. *Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica*…, óp. cit., párr. 168). Ello ya había sido sentenciado a nivel interno por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COSTA RICA. *Sentencia N° 2000-02306, recaída en el expediente N° 95-001734-007-CO, de 15 de marzo de 2000*, fundamento jurídico VII). En Colombia, en la demanda contra los artículos que penalizaban el aborto, algunos intervinientes sostuvieron que el artículo 4.1 de la Convención Americana obligaba a proteger la vida desde la concepción (CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, *C-355/06*…, óp. cit., párr. 6), entre otros.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

En 1981, la Comisión Interamericana resolvió el conocido caso *Baby Boy*. En la correspondiente petición contra los Estados Unidos, el Presidente de la organización *Catholics for Christian Political Action*, Gary Potter, alegó, entre otros, la violación del derecho a la vida reconocido en la Declaración Americana[471]. El peticionario afirmó que las decisiones adoptadas por la Corte Suprema estadounidense en relación con la protección jurídica del no nacido en los casos Roe vs. Wade y Doe vs. Bolton permitieron que un doctor sometiera a una mujer a un aborto consentido y ello vulneró el derecho a la vida de un feto (*Baby Boy*)[472].

Entre sus argumentos, el peticionario señaló que la Declaración Americana no disponía cuándo empezaba la protección del derecho a la vida. No obstante, alegó que en los trabajos preparatorios "el voto final demuestra que la intención de la conferencia fue la de proteger el derecho a la vida 'desde el momento de la concepción'"[473] y que además dicha definición era incorporada en el artículo 4.1 de la Convención Americana[474].

Para la Comisión Interamericana los antecedentes históricos de la Declaración Americana no apoyaban las razones del peticionario. De acuerdo con la información analizada, el primer proyecto de lo que hoy es la Declaración Americana, estipuló que "toda persona tiene derecho a la vida. Este derecho se extiende al derecho a la vida

[471] Estados Unidos no es parte de la Convención Americana y además, la petición fue planteada antes de la entrada en vigor de dicho tratado (18 de julio de 1978). El examen del caso *Baby Boy* se sustenta en la Declaración Americana, tal como lo establece el artículo 49 del Reglamento de la Comisión Interamericana.

[472] El doctor Kenneth Edelin, quien practicó el aborto, es inicialmente condenado por homicidio no premeditado. Finalmente la Corte Suprema Judicial de Massachusetts anuló la condena y el doctor Edelin fue absuelto.

[473] COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Baby Boy vs. Estados Unidos de América*…, óp. cit., párr. 18.

[474] El peticionario afirmó que la Convención Americana fue "promulgada para impulsar los altos fines de la Declaración y como un corolario de ella" (Ídem, párr 18).

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

desde el momento de la concepción (…)". Sin embargo, tal redacción fue posteriormente modificada: "Todo ser humano tiene derecho a la vida (…)"[475].

Los cambios introducidos en esta nueva versión de la Declaración Americana obedecieron a los conflictos que surgieron entre las legislaciones de algunos estados miembros y el proyecto inicial, sobre todo en relación con el aborto. En efecto, para 1948 (año en que se aprueba finalmente la Declaración Americana), diversas disposiciones penales de los estados miembros no sancionaban el aborto[476]. Por tanto, no era posible la adopción de la primera redacción pues "la aceptación de este concepto absoluto – el derecho a la vida desde el momento de la concepción– habría implicado la derogación de los artículos de los códigos penales (…)"[477] vigentes en la región.

El peticionario también justificó su posición en la Convención Americana pues, desde su punto de vista, la interpretación de este tratado constituía una pauta de interpretación de la Declaración Americana. Por ello, la Comisión Interamericana decidió analizar los antecedentes históricos de dicho tratado.

El primer proyecto de la Convención Americana del Consejo Interamericano de Jurisconsultos introdujo el derecho a la vida y consideró que "este derecho estará protegido por la ley desde el momento de la concepción". Sin embargo, dadas las observaciones de las que fue objeto la frase "desde el momento de la concepción" (por las contradicciones generadas con las legislaciones que permitían la interrupción del

[475] Ídem, párr. 19.
[476] Ibídem. La Comisión Interamericana señaló que los estados que permitían el aborto en 1948 eran: Argentina, Brasil, Costa Rica, Cuba, Ecuador, Estados Unidos de América, México, Nicaragua, Paraguay, Perú, Puerto Rico, Uruguay y Venezuela.
[477] Ibídem.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

embarazo), el artículo sobre el derecho a la vida fue nuevamente formulado y, por mayoría, se decidió agregar las palabras "en general" antes de "desde el momento de la concepción"[478].

A pesar de que ese último arreglo es el que origina la actual versión del artículo 4.1 de la Convención Americana, antes de su aprobación final la eliminación de la frase "en general, desde el momento de la concepción" fue propuesta. Dicha propuesta se realizó teniendo en cuenta las normas penales de varios países de la región que despenalizaban el aborto y para evitar "cualquier posibilidad de conflicto con el artículo 6, párrafo 1, del Pacto de las Naciones Unidas sobre Derechos Cívico y Políticos, que establece este derecho (el derecho a la vida) únicamente de manera general"[479]. Sin embargo, la mayoría de los miembros de la Comisión Interamericana rechazó tal opción.

Durante la aprobación de la Convención Americana, algunas enmiendas en relación con la frase "en general, desde el momento de la concepción" fueron nuevamente sugeridas[480]. Finalmente, el texto aprobado por mayoría fue el que actualmente figura en el artículo 4.1 de la Convención Americana.

En vista de los antecedentes expuestos, la Comisión Interamericana concluyó, en el caso *Baby Boy*, que la interpretación del derecho a la vida propuesta por el peticionario era incorrecta pues estaba demostrado que "la adición de la frase 'en

[478] Ídem, párr. 25.
[479] Ídem, párr. 26.
[480] Las delegaciones de Brasil y República Dominicana buscaban eliminar tal frase. La delegación de Estados Unidos también apoyaba tal posición (en específico, la de Brasil). Por el contrario, Ecuador pretendía eliminar solo la frase "en general" para una protección del derecho a la vida desde la concepción (Íbid., párrs. 28 y 29).

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

general, desde el momento de la concepción' no significa que quienes formularon la Convención tuviesen la intención de modificar el concepto de derecho a la vida que prevaleció en Bogotá, cuando aprobaron la Declaración Americana. Las implicancias jurídicas de la cláusula 'en general, desde el momento de la concepción' son substancialmente diferentes de las de la cláusula más corta 'desde el momento de la concepción' (…)"[481].

La Comisión Interamericana ha recibido casos relativos a la protección del no nacido en otras oportunidades[482]. Si bien sus pronunciamientos no han desarrollado directamente el alcance de dicha protección (como en el caso *Baby Boy)*, es posible inferir de estos un rechazo a una eventual protección absoluta del no nacido.

Por ejemplo, en el año 2010, ante la prohibición de los tratamientos de FIV en Costa Rica por la supuesta violación del derecho a la vida de los embriones durante dichas intervenciones médicas[483], la Comisión Interamericana señaló que este tipo de medida constituía una injerencia en el ejercicio de los derechos a la vida privada y familiar (artículo 11 de la Convención Americana) y a fundar una familia (artículo 17 de la Convención Americana). En su análisis, reconoció que la prohibición en cuestión

[481] Íbid., párr. 30.

[482] Otro caso en el que la Comisión Interamericana tuvo la oportunidad de pronunciarse directamente sobre el derecho a la vida del no nacido pero que no lo hizo por razones de admisibilidad *ratione personae* fue en el caso de James Demers vs. Canadá. En dicha petición, James Demers, un activista contra el aborto alegó que Canadá vulneraba el derecho a la vida de "cientos de miles de niños no nacidos" desde la decisión R v. Morgentaler de la Suprema Corte de Canadá de 1988, que declaró inconstitucional la ley federal que penalizaba el aborto. La Comisión Interamericana no admitió dicho extremo de la petición del señor Demers por considerar que "cientos de miles de niños no nacidos (…) no constituyen grupos suficientemente específicos, definidos e identificables a los efectos del artículo 32 de su Reglamento". (COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Informe N° 85/06, petición 225-04, James Demers vs. Canadá, 21 de octubre de 2006*, párr. 45).

[483] COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Informe N° 85/10, caso 12.361, Gretel Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica, 14 de julio de 2010*. Dada su importancia, más adelante analizaré este caso detalladamente.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

tenía un fin legítimo: la protección de la vida de los embriones[484]. Sin embargo, concluyó que la finalidad de proteger la vida desde el momento de la concepción restringía indebidamente los derechos a la vida privada y familiar y el derecho a conformar una familia ya que existían medios menos restrictivos e igualmente idóneos para cumplir con la mencionada finalidad constitucional[485].

En este caso considero que, aunque la Comisión Interamericana señale que proteger la vida del no nacido es un fin constitucionalmente legítimo, es consciente de que dicha protección no puede ser absoluta. Así, ante un conflicto con otros derechos humanos, debe el derecho a la vida ("desde la concepción") someterse a un juicio de ponderación para establecer, en el caso concreto, qué derechos deben primar[486].

A conclusiones similares puedo arribar en el caso B[487]. El 29 de abril de 2013, la Comisión Interamericana le comunicó a El Salvador su decisión de otorgar medidas cautelares para proteger la vida, integridad y salud de B.

---

[484] La Constitución Política de Costa Rica contempla en el artículo 21 que: "la vida humana es inviolable".

[485] COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Informe N° 85/10, caso 12.361*…, óp. cit., párr. 82 y ss. Para determinar que la prohibición absoluta de la fecundación *in vitro* vulneraba los otros derechos involucrados, la Comisión efectuó ciertas consideraciones en torno al requisito de proporcionalidad en sentido estricto con el fin de establecer el grado de afectación de los derechos de las víctimas.

[486] Esa posición fue más notoria en la argumentación de la Comisión Interamericana ante la Corte Interamericana en el caso Artavia Murillo. En defensa de los peticionarios, la Comisión Interamericana estableció que el derecho a la vida no era un derecho absoluto y que el artículo 4.1 de la Convención Americana otorgaba una facultad para regular la vida desde el momento de la concepción, pero no imponía una obligación. En consecuencia, la Comisión Interamericana afirmó que, si el derecho a la vida del no nacido era regulado por los Estados, la Corte IDH debía luego revisar aquella regulación para evaluar su compatibilidad con otros derechos. Además, la Comisión Interamericana hizo referencia al reconocimiento internacional y comparado de la protección gradual e incremental de la vida prenatal. (CORTE IDH. *Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica*…, óp. cit., párr. 163).

[487] COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Solicitud de medidas cautelares a favor de "B" en El Salvador, MC-114-13, 29 de abril de 2013*.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

B necesitaba interrumpir su embarazo pues sufría de lupus eritematoso discoide agravado con nefritis lúpica y estaba embarazada de un feto anencefálico. Sin embargo, dicha intervención médica no le fue practicada por los profesionales sanitarios pues el aborto es un delito sin excepción en El Salvador. Por tal motivo, el caso fue a instancias jurisdiccionales salvadoreñas.

Dado el retardo de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador para emitir un pronunciamiento y ante la negativa del Estado a cumplir con las medidas cautelares ordenadas por la Comisión Interamericana, esta solicitó a la Corte IDH la adopción de medidas provisionales para que El Salvador garantizara "de manera inmediata las medidas necesarias para proteger la vida, integridad personal y salud de B., ante el urgente e inminente riesgo de daño irreparable derivado de la omisión en realizar el tratamiento médico indicado"[488].

Entre los fundamentos que sustentaron la solicitud de medidas cautelares, la Comisión Interamericana alegó que "en el Estado de El Salvador la norma que ha impedido el acceso a la señora B. del tratamiento que necesita, busca proteger la vida del feto aún en circunstancias excepcionales como las del presente caso (…)"[489]. En tal sentido, es evidente que, ante un conflicto entre la protección del no nacido y los derechos de la madre embarazada, la Comisión Interamericana no otorga una protección jurídica absoluta al no nacido.

[488] CORTE IDH. *Medidas provisionales respecto de El Salvador en el Asunto B., resolución de 29 de mayo de 2013*, párr. 1.
[489] Ídem, párr. 4

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

La Corte IDH

Desde su creación en 1979 y hasta el año 2012, la Corte IDH solo había decidido casos sobre el derecho a la vida con relación a: 1) la privación arbitaria de este derecho y 2) la correcta aplicación de la pena de muerte donde está permitida. De esta manera, sus pronunciamientos se habían circunscrito a casos de ejecuciones extrajudiciales, masacres y aplicación injustificada de la pena de muerte[490].

Es en 2012, 33 años después de su creación, que este tribunal interamericano resolvió sobre el alcance de la protección del artículo 4.1 de la Convención Americana en relación con el no nacido: el caso Artavia Murillo.

El caso tuvo su origen en la sentencia de 15 de marzo de 2000, de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, que declaró la inconstitucionalidad del Decreto Ejecutivo N° 24029-S que regulaba la práctica de la FIV en Costa Rica[491]. En términos generales, el demandante fundamentó que dicha norma vulneraba el derecho a la vida y la dignidad del ser humano[492].

[490] Al respecto pueden revisarse las siguientes opiniones consultivas y sentencias de la Corte IDH: *Restricciones a la Pena de Muerte (Arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de septiembre de 1983. Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos).* Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*, sentencia de 19 de noviembre de 1999. *Caso Barrios Altos vs. Perú*, sentencia de 14 de marzo de 2001. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin vs. Trinidad y Tobado*, sentencia de 21 de junio de 2002. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados.* Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, sentencia de 25 de noviembre de 2003. *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*, sentencia de 26 de junio de 2005. *Caso Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, sentencia de 25 de noviembre de 2006. *Caso Escué Zapata vs. Colombia*, sentencia de 4 de julio de 2007. *Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia*, sentencia de 28 de enero de 2008, entre otros.

[491] El Decreto Ejecutivo N° 24029-S aprobó el Reglamento para las Técnicas de Reproducción Asistida que incluía a la FIV-TE. Este se publicó el 3 de marzo de 1995.

[492] Las disposiciones específicas del Decreto Ejecutivo cuestionadas fueron las siguientes: "**Artículo 9.** En casos de fertilización *in vitro*, queda absolutamente prohibida la fertilización de más de seis óvulos de

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

TESIS PUCP

La Sala Constitucional señaló que el decreto en cuestión era inconstitucional por dos motivos: porque vulneraba el principio de reserva legal (cuestión de forma)[493] y porque la protección del derecho a la vida surgía con la concepción. Según la Corte Suprema costarricense, existía una persona desde la concepción, de acuerdo con la Constitución y con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos:

> La pregunta ¿cuándo comienza la vida humana? tiene trascendental importancia en el asunto que aquí se discute, pues debe definirse desde cuándo el ser humano es sujeto de protección en nuestro ordenamiento. Existen divergencias entre los especialistas. Algunos consideran que los embriones humanos son entidades que se encuentran en un estado de su desarrollo donde no poseen más que un simple potencial de vida (…) Quienes sostienen esta posición afirman que no es sino hasta después del décimo a decimocuarto día posterior a la fecundación que comienza la vida, y que no está claro que un embrión humano sea un individuo único antes de ese momento. Por el contrario, otros sostienen que todo ser humano tiene un comienzo único que se produce en el momento mismo de la fecundación. Definen al embrión como la forma original del ser o la forma más joven de un ser y opinan que no existe el término preembrión (…) cuando el

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 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 estas homólogas o heterólogas. **Artículo 13.** El incumplimiento de las disposiciones aquí establecidas faculta al Ministerio de Salud para cancelar el permiso sanitario 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".

[493] En concreto, desde el punto de vista de la Sala Constitucional, el Decreto Ejecutivo regulaba el derecho a la vida y a la dignidad personal y "la regulación de estos derechos por el Poder Ejecutivo resulta incompatible con el Derecho de la Constitución" (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COSTA RICA. *Sentencia N° 2000-02306*…, óp. cit., p. 15).

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

espermatozoide fecunda al óvulo esa entidad se convierte en un cigoto y por ende en un embrión. La más importante característica de esta célula es que todo lo que le permitirá evolucionar hacia el individuo ya en encuentra en su lugar; toda la información necesaria y suficiente para definir las características de un nuevo ser humano aparecen reunidas en el encuentro de los veintitrés cromosomas del espermatozoide y los veintitrés cromosomas del ovocito (…) Al 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 estamos ante un ser vivo, con derecho a ser protegido por el ordenamiento jurídico (…) Esta segunda posición es acorde con las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos vigentes en Costa Rica[494] (subrayado añadido).

En relación con el artículo 4.1 de la Convención Americana, y haciendo caso omiso a lo resuelto en el caso Baby Boy, la Corte Suprema de Costa Rica consideró que "este instrumento internacional da un paso decisivo, pues tutela el derecho a partir del momento de la concepción. Se prohíbe tajantemente imponer pena de muerte a una mujer en estado de gravidez, lo que constituye una protección directa y, por ende, un reconocimiento pleno de la personalidad jurídica y real del no nacido y de sus derechos"[495].

[494] Ídem, pp. 17–19.
[495] Ídem, p. 20.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

Finalmente la sala sostuvo que la FIV y los diferentes procedimientos vinculados a ella (crioconservación, investigación, experimentación, entre otros) "atentan claramente contra la vida y la dignidad del ser humano (…) El embrión humano es persona desde el momento de la concepción, por lo que no puede ser tratado como objeto (…) no es legítimo constitucionalmente que sea expuesto a un riesgo desproporcionado de muerte (…) La objeción principal de la Sala es que la aplicación de la técnica importa una elevada pérdida de embriones, que no puede justificarse en el hecho de que el objetivo de esta 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"[496] (subrayado añadido).

En atención a dicha sentencia, en Costa Rica se prohibió la FIV en las condiciones en las que se realizaba en aquel momento y se declaró la inconstitucionalidad de la norma que, en términos de la Corte Suprema, vulneraba el derecho a la vida de los embriones reconocido en el artículo 21 de la Constitución de Costa Rica y el artículo 4.1 de la Convención Americana[497].

La Comisión Interamericana remitió el caso a la Corte IDH[498]. La Corte IDH centró su resolución en determinar si la sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica (cuyo fundamento principal es la consideración del embrión

[496] Ídem, pp. 24 – 25.

[497] Dos magistrados de la Sala Constitucional votaron conjuntamente en contra de la sentencia y consideraron que el Decreto Ejecutivo N° 24029-S no era inconstitucional pues no vulneraba el derecho a la vida ni la dignidad personal. Ambos magistrados también señalaron que, por el contrario, la fertilización *in vitro* era "una herramienta que la ciencia ha puesto a la mano de las personas para que ejerzan su derecho a la reproducción, a fundar una familia (…)" (Ídem, pp. 28-29).

[498] El caso Artavia Murillo fue sometido a la jurisdicción de la Corte IDH el 19 de julio de 2011. El informe de admisibilidad de la Comisión Interamericana (Informe N° 25/04) es de 11 de marzo de 2004 y el informe de fondo (Informe N° 85/10) es de 14 de julio de 2010.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

como persona y la protección absoluta de su derecho a la vida) restringía ilegítimamente los derechos de las presuntas víctimas[499]. Para ello, la Corte IDH interpretó el derecho a la vida consagrado en el artículo 4.1 de la Convención Americana con el fin de establecer si el razonamiento que sobre este derecho realizó la sala costarricense era correcto.

Dado que "para efectos de la interpretación del artículo 4.1., la definición de persona está anclada a las menciones que se hacen en el tratado respecto a la 'concepción' y al 'ser humano' (…)"[500], la Corte consideró que debía interpretar "el alcance de los artículos 1.2 y 4.1 de la Convención Americana respecto a la palabras 'persona', 'ser humano', 'concepción' y 'en general'"[501].

En virtud de la interpretación conforme al sentido corriente de los términos[502], la Corte IDH señaló que existían dos definiciones de la "concepción". La primera equiparaba la concepción a la fecundación (es decir, al momento en el que el óvulo y el espermatozoide se encuentran para formar un cigoto) y la segunda, a la implantación (al momento en que el blastocisto se implanta en el útero materno).

La Corte IDH concluyó que el término "concepción" recogido en la Convención Americana debía entenderse en el segundo sentido aludido. En otras palabras, consideró

[499] Para la Corte IDH, la posibilidad de someterse a una fertilización *in vitro* se encontraba directamente relacionada con los derechos a la integridad personal, a la libertad personal, a la vida privada y familiar, a los derechos sexuales y reproductivos, entre otros. (CORTE IDH. *Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica*…, óp. cit., párrs. 141 – 151 y 161).
[500] CORTE IDH. *Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica*…, óp. cit., párr. 176.
[501] Ídem, párr. 173.
[502] La interpretación conforme al sentido corriente de los términos se encuentra consagrada en el Artículo 31 de la Convención de Viena de 1969. Esta también es desarrollada por la Corte IDH en su jurisprudencia. Al respecto puede revisarse: CORTE IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México, sentencia de 16 de noviembre de 2009*, párrs. 32 y 33.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

que "solo al cumplirse el segundo momento (la implantación) se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción"[503] pues "si bien al ser fecundado el óvulo se da paso a una célula diferente y con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un 'ser humano', lo cierto es que si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidad de desarrollo son nulas. Si un embrión nunca logra implantarse en el útero, no podría desarrollarse (…)" (subrayado añadido).

Por otro lado, sobre la expresión "en general", la Corte hizo referencia al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española y estableció que la frase no imponía una obligación sino que estaba relacionada "con la previsión de posibles excepciones a una regla particular"[504].

En resumen, la Corte IDH sostuvo que debe entenderse "el término 'concepción' desde el momento en que ocurre la implantación, razón por la cual (…) antes de este evento no procede aplicar el artículo 4 de la Convención Americana"[505] (subrayado añadido) y que "la expresión 'en general' permite inferir excepciones a una regla, pero la interpretación según el sentido corriente no permite precisar el alcance de dichas excepciones"[506].

La Corte IDH interpretó también el artículo 4.1 de la Convención Americana desde una perspectiva sistemática e histórica con el objetivo de establecer el sentido y el

[503] CORTE IDH. *Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica*…, óp. cit., párr. 186.
[504] Ídem, párr. 188.
[505] Ídem, párr. 189.
[506] Ibídem.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

alcance de la protección del derecho a la vida en relación con el no nacido según sus antecedentes.

De los trabajos preparatorios de la Declaración Americana, la Corte IDH concluyó que estos no ofrecían una respuesta definitiva sobre la aplicación del derecho a la vida a los no nacidos[507]. Sobre los antecedentes de la Convención Americana, señaló las divergencias existentes entre los estados en relación con el derecho a la vida del no nacido. Así pues, consideró que la introducción de la frase "en general, a partir del momento de la concepción" no significó un mandato para los estados de regular el derecho a la vida "a partir del momento de la concepción", sino una manera de conciliar las distintas legislaciones vigentes sobre el aborto[508].

En relación con los términos "personas" y "ser humano", la Corte IDH precisó que, según los antecedes históricos, la utilización de ambos términos era indistinta y que ambos debían entenderse como sinónimos[509]. En efecto, de los análisis respectivos la Corte IDH concluyó que "la interpretación histórica y sistemática de los antecedentes existentes en el Sistema Interamericano, confirma que no es procedente otorgar el estatus de persona al embrión"[510] (subrayado añadido).

Por otra parte, del estudio de los diversos trabajos preparatorios de las disposiciones de algunos tratados del Sistema Universal de Derechos Humanos la Corte IDH tampoco reconoció el derecho a la vida del no nacido. La Corte IDH constató que los derechos consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos desde un

[507] Ídem, párrs. 194–200.
[508] Ídem, párr. 201–221.
[509] Ídem, párrs. 214–219.
[510] Ídem, párr. 223.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

principio estuvieron pensados para las personas nacidas[511] y que lo mismo ocurría con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[512]. Según la Corte IDH, en el caso de la Convención sobre los Derechos del Niño tampoco existían disposiciones que consagraban el derecho a la vida del no nacido y aunque el Preámbulo hacía "referencia a la necesidad de brindar 'protección y cuidado especiales (…) antes (…) del nacimiento' (…); los trabajos preparatorios indicaban que esta frase no tuvo la intención de hacer extensivo al no nacido lo dispuesto en la Convención, en especial el derecho a la vida"[513]. Además, la Corte IDH señaló que el Comité para los Derechos del Niños nunca se había pronunciado sobre un eventual derecho a la vida prenatal[514].

La Corte IDH sostuvo que la jurisprudencia del sistema europeo de protección de los derechos humanos no había reconocido el derecho a la vida del no nacido[515]. Además, señaló que, en diversas ocasiones, la jurisprudencia europea había rechazado una protección absoluta del no nacido.

Sobre el sistema africano de protección de los derechos humanos, la Corte IDH consideró que "los redactores de la Carta descartaron expresamente una terminología que protegiera el derecho a la vida a partir del momento de la concepción"[516] y que "el Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos Relativo a los Derechos de la Mujer (Protocolo de Maputo), no se pronuncia sobre el inicio de la vida, y además establece que los Estados deben tomar medidas adecuadas para 'proteger los derechos reproductivos de la mujer, permitiendo el aborto con medicamentos en casos

[511] Ídem, párr. 224.
[512] Ídem, párr. 225.
[513] Ídem, párr. 231.
[514] Ídem, párr. 233.
[515] Ídem, párr. 234 – 242.
[516] Ídem, párr. 243.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

de agresión sexual, violación e incesto y cuando la continuación del embarazo ponga en peligro la salud mental y física de la embarazada o la vida de la embarazada o del feto'"[517].

En líneas generales, del análisis de los diversos instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que la Corte IDH realizó, se puede concluir que no es posible inferir: a) la existencia del derecho a la vida del no nacido, b) el estatuto jurídico de persona del no nacido y c) la protección jurídica absoluta del no nacido.

La Corte IDH también recurrió a la jurisprudencia comparada y a lo resuelto por diversos organismos internacionales para pronunciarse sobre el estatuto jurídico del embrión. Asimismo, tomó en cuenta las regulaciones y prácticas en relación con la FIV de diversos estados[518]. En efecto, la Corte advirtió que "las tendencias de regulación en el derecho internacional no llevan a la conclusión que el embrión sea tratado de manera igual a una persona o que tenga un derecho a la vida"[519] y que "a pesar de que no existen muchas regulaciones normativas específicas sobre la FIV en la mayoría de los Estados de la región, estos permiten que la FIV se practique dentro de sus territorios. Ello significa que, en el marco de la práctica de la mayoría de los Estados Parte en la Convención, se ha interpretado que la Convención permite la práctica de la FIV. El Tribunal considera que estas prácticas de los Estados se relacionan con la manera en que interpretan los alcances del artículo 4 de la Convención, pues ninguno de dichos Estados ha considerado que la protección al embrión deba ser de tal magnitud que no se permitan las técnicas de reproducción asistida o, particularmente, la FIV. En ese

[517] Ibídem.
[518] La Corte IDH analizó estos temas como parte de la interpretación evolutiva que hizo sobre el artículo 4 de la Convención Americana.
[519] Ídem, párr. 253.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

sentido, dicha práctica generalizada está asociada al principio de protección gradual e incremental –y no absoluta– de la vida prenatal y a la conclusión de que el embrión no puede ser entendido como persona"[520] (subrayados añadidos).

En consecuencia, la Corte IDH concluyó que el derecho del artículo 4.1 de la Convención Americana no podía entenderse "como un derecho absoluto, cuya alegada protección pueda justificar la negación total de otros derechos"[521]. Según la Corte IDH, "la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general"[522] (subrayado añadido).

3.3. La jurisprudencia peruana

La jurisprudencia en torno a la protección jurídica del no nacido de instancias peruanas es reducida. A continuación revisaré algunos pronunciamientos que considero interesantes.

La Comisión de Protección al Consumidor del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI -

El caso se originó a propósito de un accidente de tránsito que sufrió la señora Belmira Cahuaza Torres en el año 2003. Durante los exámenes médicos correspondientes, el doctor le informó que tenía cinco semanas de gestación y que existía una amenaza de aborto. Tiempo después este efectivamente ocurrió.

[520] Ídem, párr. 256.
[521] Ibídem.
[522] Ídem, párr. 264.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

La víctima denunció a la aseguradora La Positiva[523] ante la Comisión de Protección al Consumidor del INDECOPI (en adelante "La Comisión") por el incumplimiento del artículo 8 de la Ley de Protección al Consumidor[524]. La señora Cahuaza alegó la falta de idoneidad en el servicio ofrecido por La Positiva por su negativa a pagar la indemnización por muerte que brinda el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (en adelante "SOAT")[525]. Según la señora Cahuaza, ella era acreedora de dicho pago por el aborto sufrido.

La parte denunciada alegó que no le correspondía pagar a la víctima tal monto porque no estaba probado que la causa directa del aborto hubiera sido el accidente y porque el aborto no era, en sentido estricto, un caso de muerte de una persona[526]. En ese sentido, la tarea de la Comisión era determinar si el no nacido de cinco semanas que abortó la señora Cahuaza era beneficiario del SOAT[527].

---

[523] El vehículo involucrado en el accidente estaba asegurado en La Positiva Seguros y Reaseguros S.A. (COMISIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR DEL INDECOPI. *Resolución N° 1079-2003/CPC, expediente N° 763-2003-CPC, de 26 de noviembre de 2003*, p. 1)

[524] El artículo 8 de la Ley de Protección al Consumidor establece lo siguiente: "Los proveedores son responsables, además, por la idoneidad y calidad de los productos y servicios; por la autenticidad de las marcas y leyendas que exhiben los productos; por la veracidad de la propaganda comercial de los productos; y por el contenido y la vida útil del producto indicados en el envase, en lo que corresponde".

[525] La víctima solicitó también el pago de los gastos médicos y de la indemnización por incapacidad temporal. Para mayor información puede revisarse: COMISIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR DEL INDECOPI. *Resolución N° 1079-2003/CPC*…, óp. cit., pp. 2-3.

[526] Cabe recordar que el SOAT es un seguro obligatorio cuyo objetivo es el otorgar una indemnización por los daños personales que se deriven de un accidente de tránsito. Cubre los riesgos de muerte y lesiones corporales que sufran tanto los ocupantes como los terceros no ocupantes del vehículo automotor involucrado.

[527] El artículo 28 del Texto Único Ordenado del Reglamento Nacional de Responsabilidad Civil y Seguros Obligatorios por Accidentes de Tránsito, aprobado por Decreto Supremo N° 024-2002-MTC de 13 de junio de 2002, dispone que: "El Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito actúa bajo la modalidad de un seguro de accidentes personales y cubre los riesgos de muerte y lesiones corporales que sufran las personas, sean ocupantes o terceros no ocupantes de un vehículo automotor, como consecuencia de un accidente de tránsito en el que dicho vehículo haya intervenido" (subrayado añadido). El artículo 29 del mismo cuerpo legal establece que: "El Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito cubrirá, como mínimo, los siguientes riesgos por cada persona, ocupante o tercero no ocupante de un vehículo automotor:
- Muerte c/u: Cuatro (4) UIT
- Invalidez permanente c/u hasta: Cuatro (4) UIT
- Incapacidad temporal c/u hasta: Una (1) UIT
- Gastos médicos c/u hasta: Cinco (5) UIT

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

La Comisión rechazó la posición de La Positiva que pretendía la exclusión del concebido de la cobertura del SOAT. Para la aseguradora, la interrupción del embarazo no constituía un caso de muerte pues el concebido no era persona porque nunca nació. La Comisión, en cambio, consideraba que una interpretación de las disposiciones del SOAT que no incluía al concebido era inconstitucional.

La Comisión señaló que diferenciar la categoría jurídica de concebido de la de persona implicaba un trato desigual no justificado pues, finalmente, ambas categorías remitían a una misma realidad ontológica: la vida humana. Por ello, la persona y el concebido eran sujetos de derecho y debía tutelarse el derecho a la vida de ambos de la misma manera. En efecto, según la Comisión, el SOAT amparaba también la muerte de un concebido[528].

En atención del principio de atribución de derechos patrimoniales a condición de que el no nacido nazca vivo[529], la Positiva alegó que al nunca haber nacido el

- Gastos de sepelio c/u hasta: Una (1) UIT" (subrayado añadido).

[528] La Comisión determinó ello en los siguientes términos: "El concepto jurídico de persona no es coincidente con el del concebido. Sin embargo, resulta inconsistente fundarse en una referencia técnico-lingüística para desproteger al concebido y olvidarse que tanto esta categoría, como la de persona, obedecen a una misma referencia ontológica: la vida humana. El concebido, en tanto sujeto de derecho, es titular del derecho a la vida, derecho natural y primario que todo ser humano goza, por el solo hecho de su existencia. El no comprender la tutela del derecho a la vida del concebido, dentro de los alcances del Reglamento Nacional de Responsabilidad Civil y Seguros Obligatorios por Accidentes de Tránsito implicaría, a nuestro entender, una interpretación inconstitucional, por cuanto se privilegia la vida de las personas naturales frente a la vida de los concebidos, generándose una situación de desigualdad del todo injustificada. Tanta tutela merece la vida de las personas naturales como la de los concebidos: ambos sujetos de derecho. (…) Por lo anteriormente expuesto, una interpretación constitucional parte del reconocimiento de la categoría de sujeto de derecho al concebido, el cual, si bien, técnicamente no es persona, no deja de ser una vida humana a la cual hay que tutelar y proteger en igualdad de condiciones". (COMISIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR DEL INDECOPI. *Resolución N° 1079-2003/CPC*…, óp. cit., p. 7).

[529] Según el artículo 1 del Código Civil de 1984: "La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo" (subrayado añadido).

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

concebido, su madre no podía ser acreedora del monto establecido por el SOAT en caso de muerte.

Para desvirtuar dicha posición, la Comisión hizo una distinción entre los derechos patrimoniales y extrapatrimoniales del concebido y concluyó que el derecho a la vida, como derecho extrapatrimonial, no estaba sometido a condición alguna. Además, la Comisión afirmó que, al ser la protección del SOAT automática e inmediata para las personas nacidas y no nacidas, por los daños patrimoniales o extrapatrimoniales sufridos luego de la verificación del accidente de tránsito, debía diferenciarse su naturaleza indemnizatoria de cualquier otro derecho patrimonial (como es una herencia o una donación)[530].

Dado que para la Comisión la vida humana comenzaba con la concepción y podía, por ende, terminar durante el embarazo, la cobertura por muerte que ofrecía el SOAT no exigía que primero tuviese "que nacer el concebido (para que después muera) sino que esta atribución patrimonial se funda[ba] en el hecho de la protección del derecho a la vida (del nacido y del no nacido)" [531]. Según la Comisión el derecho a la vida, como derecho extra patrimonial o existencial, no estaba "sometido a condición alguna"[532]. Por ende, si perdía "la vida un concebido en un accidente de tránsito, cabría cubrir ese riesgo (…)"[533].

[530] COMISIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR DEL INDECOPI. *Resolución N° 1079-2003/CPC*…, óp. cit., p. 8.
[531] Ídem, p. 9.
[532] Ibídem.
[533] Ibídem.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

A pesar de que la denuncia no fue declarada fundada por cuestiones probatorias, puedo afirmar que la Comisión de Protección al Consumidor del INDECOPI consideró constitucionalmente válido interpretar que la muerte del concebido es igual a la muerte de una persona. Ello implica que, para este órgano administrativo, el estatuto jurídico del no nacido es igual al de una persona y por ello, el Derecho debe brindar la misma protección del derecho a la vida a los no nacidos y a las personas nacidas.

La Corte Superior de Justicia de Lima

El presente caso se inició cuando Carla Monique See Aurish y su esposo Luis Eduardo Mendoza Barber decidieron recurrir a un vientre de alquiler pues la insuficiencia renal de Carla no le permitía llevar a término un embarazo[534]. De esta manera, el embrión producto de la FIV a la que se sometió la pareja fue trasladado al vientre de Jenni Lucero Aurish De La Oliva, madre de Carla y también futura abuela.

Culminado el embarazo, nació Daniela Mendoza Aurish. La menor fue entregada a Carla See y a su esposo. Sin embargo, la clínica consignó en la partida de nacimiento a Jenni Aurish como madre y por esta razón Carla interpuso una demanda de impugnación de maternidad ante el Poder Judicial[535].

[534] DÉCIMO QUINTO JUZGADO ESPECIALIZADO DE FAMILIA DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA. *Sentencia de 6 de enero de 2009, expediente N° 183515-2006-00113*, pp. 1-2. En términos del médico, el cuerpo de la señora See Aurish "nunca podría resistir un embarazo, dado que en caso de quedar embarazada la vida de la actora como del embrión no podrían coexistir" (Ídem).

[535] La señora See Aurish pretendía que se declarare que Daniela era su hija ya que fue concebida por su esposo y ella; y que se ordenare la rectificación de la partida de nacimiento de la menor.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

Más allá de lo sentenciado en relación con la maternidad en el presente caso[536], lo que me interesa destacar es que, durante el proceso, el Juzgado constató que, al realizarse la FIV, tres embriones no fueron trasladados al vientre de la señora Lucero Aurish sino que se congelaron y almacenaron en el laboratorio (se recurrió a la crioconservación de embriones). A pesar de que la demandante no solicitó un pronunciamiento sobre este hecho, el Juzgado consideró necesario emitir uno[537].

Al respecto, el Juzgado señaló que un embrión congelado era un concebido. Además, afirmó que del Código de los Niños y Adolescentes, de la Constitución y de la Convención sobre los Derechos del Niño, se desprendía que el concebido era un niño y un sujeto de derecho. Por lo tanto, el concebido tenía un derecho a la vida que el Estado debía resguardar[538]:

> "de acuerdo a nuestro derecho nacional solo es válido y ética y moralmente aceptable la primera alternativa (la propia utilización de los embriones congelados), dado que las dos siguientes (la donación con fines reproductivos y la donación con fines de investigación), al considerar al embrión, no sujetos de derecho, sino objetos de derecho, afecta principios elementales de la dignidad humana, dado que la persona es siempre un valor en sí y por sí misma y no puede ser tratada como objeto utilizable, como instrumento o como medio, por esta sustantiva razón se le debe respeto desde el primer instante de su existencia

[536] El Juzgado consideró que para determinar la maternidad de la menor, debía realizarse una prueba genética de ADN. Esta corroboró que los padres genéticos eran la señora See Aurish y el señor Mendoza. A partir de ahí, el Juzgado decidió determinar jurídicamente quién era la madre de Daniela, si aquella que aportó los óvulos o aquella que durante nueve meses la llevó en el vientre. Finalmente, el juzgado sostuvo que la madre de la menor era Carla See Aurish y amparó la demanda (ídem, pp. 8 – 11)

[537] "(…) resulta insoslayable emitir pronunciamiento, respecto a lo descubierto durante el curso del proceso, referente a los tres embriones sobrantes (…) se hace necesario emitir pronunciamiento de oficio pese a que no ha sido solicitado, ni por las partes, ni por la Señora Representante del Ministerio Público, ni menos aún por la Defensoría del Pueblo en su escrito de *Amicus curiae* (…)" (ídem, p. 11)

[538] Ibídem.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

(…) la última alternativa (el cese de la crioconservación), tampoco la consideramos adecuada, por cuando implica la muerte de los embriones crioconservados lo que conlleva a la vulneración del derecho que tiene todo ser humano a la vida desde su concepción; que por lo tanto, deben dictarse las medidas adecuadas con la finalidad de hacer efectivo el derecho a la vida, que tiene todo concebido en su calidad de niño (…)[539]" (subrayado añadido).

En ese sentido, el Juzgado ordenó que en el plazo de dos años, los padres de Daniela y de los embriones crioconservados debían hacer "efectivo el derecho a la vida de los tres embriones concebidos (…), sea mediante implantación en el vientre materno de doña Carla Monique See Aurish o una subrogación de vientre de tercera sin fines de lucro (…)"[540]. Asimismo, dispuso que, si vencido dicho plazo, los tres embriones no habían sido implantados, debía iniciarse un "proceso de abandono de los citados embriones congelados y (…) otorgarse en adopción a padres sustitutos, con la finalidad de hacer efectivo 'el derecho a la vida' que tienen dichos embriones en su calidad de niños y por ende sujetos de derechos y de protección específica (…)"[541] (subrayado añadido).

En el presente caso, es evidente que la Corte Superior equipara los estatutos jurídicos de los nacidos y no nacidos. Además, llama la atención que la Corte Superior haya considerado que los embriones (aun cuando no están implantados) sean titulares del derecho a la vida. Asimismo, resulta interesante que considere niños a los

[539] DÉCIMO QUINTO JUZGADO ESPECIALIZADO DE FAMILIA DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA. *Sentencia de 6 de enero de 2009*..., óp. cit., pp. 11-12.
[540] Ídem, p. 12
[541] Ibídem.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

embriones y que ordene "hacer efectivo" su derecho a la vida incluso a sabiendas de la delicada situación de salud de Carla.

La Corte Suprema de Justicia

Los hechos del presente caso se remontan al derrame de mercurio metálico ocurrido el 2 de junio de 2000 en Choropampa, departamento de Cajamarca, por la Minera Yanacocha Sociedad de Responsabilidad Limitada. Entre los afectados por este terrible desastre estaba la señora Diocelinda Alvarado Sáenz, quien en aquel momento se encontraba embarazada de Laura.

En la demanda de daños y perjuicios contra la mencionada minera, Laura, hija de Diocelinda, solicitó una indemnización. La minera alegó la excepción de falta de legitimidad para obrar de Laura pues ella había nacido luego del derrame de mercurio y, por lo tanto, no debía recibir indemnización alguna[542].

El juez de primera instancia declaró fundada la excepción porque consideró que "a tenor de lo normado en el artículo primero del Código Civil la persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento y no antes, siendo que la citada menor nació luego de más de un mes de producido el derrame de mercurio"[543] (subrayado añadido). La resolución fue apelada y, bajo los mismos argumentos, la Sala Superior confirmó lo resuelto.

[542] SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERÚ. *Cas. N° 1486-2007-Cajamarca de 18 de julio de 2008, publicada el 3 de febrero de 2009*.
[543] Ídem, p. 6.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

El 18 de julio de 2008, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema resolvió el recurso de casación interpuesto contra la resolución de la Sala Civil de la Corte Superior de Cajamarca. La recurrente cuestionó lo resuelto en relación con la excepción de falta de legitimidad para obrar de la menor Laura.

La recurrente sostuvo que el artículo 1 del Código Civil fue interpretado erróneamente ya que, en su opinión, "la norma material da la calidad de sujeto de derecho al concebido, pues la vida humana comienza desde la concepción, y el concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece a condición de que nazca vivo, supuesto que se ajusta perfectamente al presente caso, pues la menor ya había sido concebida al momento de producirse el daño, y como quiera que ha nacido viva, está facultada para reclamar los derechos que le corresponden, obviamente a través de sus representantes, más si aquella ha sido afectada también por la contaminación"[544].

La Sala Suprema señaló que el artículo 1 del Código Civil acogía "la corriente clásica que estima que es sujeto de derecho el nacido vivo"[545]. Sin embargo, agregó que el concebido también es un sujeto de derecho si es que nace vivo porque "a partir del nacimiento la persona puede ejercer a plenitud el pleno goce de sus derechos civiles, y mientras esto no ocurra solo puede gozar de derechos limitados (…)"[546]. En tal sentido, la Sala Suprema consideró que el ordenamiento jurídico peruano "concede la calidad de sujeto de derecho a la persona desde su concepción, y no desde su nacimiento, aunque supedita el goce de los derechos patrimoniales a que nazca con vida"[547] (subrayado añadido). Asimismo, la Sala Suprema afirmó que "tratándose de derechos

[544] Ídem, p. 3.
[545] Ídem, p. 7.
[546] Ibídem.
[547] Ibídem.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

extrapatrimoniales no existe condición alguna que impida el goce de los mismos"[548] al concebido[549].

El presente caso evidencia, nuevamente, que el Poder Judicial, al igual que la Comisión de Protección al Consumidor del INDECOPI, equipara la protección jurídica del no nacido a la de las personas. De esta manera, la Corte Suprema consideró que el no nacido es un sujeto de derecho, titular de derechos, desde su concepción y no desde su nacimiento.

El Tribunal Constitucional peruano

La última sentencia que abordaré tuvo sus orígenes en la acción de amparo que la organización no gubernamental "Acción de lucha anticorrupción" interpuso el 29 de octubre de 2004 contra el Ministerio de Salud. Su objetivo era evitar la distribución de la AOE (comúnmente conocida como "la pastilla del día siguiente") pues consideraba que esta vulneraba el derecho a la vida del concebido[550].

[548] Ibídem.

[549] En el presente caso, la Corte Suprema finalmente consideró que las instancias previas realizaron una errónea interpretación del artículo 1 del Código Civil porque solo bastaba la concepción para que existiera un sujeto de derecho. Por tanto, la falta de legitimidad para obrar no procedía y Laura Jacquelin Alvarado Cotrina sí era un sujeto de derecho indemnizatorio (íbid., p. 8).

[550] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia recaída en el expediente N° 02005-2009-PA/TC, loc. cit. Esta no era la primera vez que el Tribunal Constitucional conoce alguna controversia en relación con la AOE. Mediante Resolución Ministerial N° 399-2001-SA/DM, de 13 de julio de 2001, se dispuso la distribución gratuita de la AOE y el estado no cumplió con ello. Por ello, un grupo de mujeres interpuso una demanda de cumplimiento contra el Ministerio de Salud con el objetivo de que este cumpliera con su obligación y repartiera gratuitamente la AOE. La demanda de cumplimiento fue resuelta, en última instancia, por el Tribunal Constitucional que la declaro fundada (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia recaída en el expediente N° 7435-2006-PC de 13 de noviembre de 2006).

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

Mediante sentencia de 16 de octubre de 2008 el caso fue resuelto, en última instancia, por el Tribunal Constitucional[551]. Este declaró fundada la demanda y en consecuencia, ordenó al Ministerio de Salud que se abstuviera de distribuir gratuitamente la AOE a nivel nacional.

En relación con el derecho a la vida del no nacido, el Tribunal Constitucional concluyó que, de acuerdo a la normativa nacional e internacional, la vida era protegida desde la concepción[552]. Sin perjuicio de ello, el tribunal señaló que, en el ámbito jurídico, la concepción no estaba unánimemente determinada, ya que un sector la identificaba con la fecundación y otro, con la anidación.

Dado que la ciencia tampoco contaba con un acuerdo al respecto, el tribunal, en atención a los principios de interpretación de los derechos fundamentales, *pro homine* y *favor debilis*[553], decidió inclinarse por aquella posición que sostenía "que la concepción de un nuevo ser humano se produce con la fusión de las células materna y paterna con lo cual se da origen a una nueva célula que, de acuerdo al estado actual de la ciencia, constituye el inicio de la vida de un nuevo ser. Un ser único e irrepetible, con su configuración e individualidad genética completa y que podrá, de no interrumpirse su

[551] El Vigésimo Noveno Juzgado Especializado en lo Civil de Lima declaró fundado en parte el fondo de la demanda por considerar que el derecho a la vida del no nacido podía verse vulnerado debido al posible efecto abortivo de la AOE. Apelada la sentencia, la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el 2008, revocó lo resuelto y lo reformó. Entre otras cosas, declaró también fundado en parte el fondo de la demanda porque vulneraba el derecho a la información. En relación con el derecho a la vida del no nacido, declaró infundado tal extremo.

[552] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. *Sentencia recaída en el expediente N° 02005-2009-PA/TC*…, óp. cit., párr. 20.

[553] El principio *pro homine* ordena que, ante varias normas aplicables, debe optarse "siempre por aquella norma *ius fundamental* que garantice de la manera más efectiva y extensa posible los derechos fundamentales reconocidos; es decir, aquella que despliegue una mayor eficacia de la norma". (ídem, párr. 33). Según el principio *pro debilis*, "ante situaciones de derechos fundamentales en conflicto, debe tenerse especial consideración con aquella parte más débil, en una situación de inferioridad y no de igualdad con la otra" (ídem, párr. 34)

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

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"[554]. Es decir, el Tribunal Constitucional peruano acogió la teoría de la fecundación.

De esta manera, el Tribunal Constitucional afirmó que el concebido tenía un derecho a la vida y que éste se veía "afectado por acción del citado producto"[555]. Por esta razón, quedaba prohibida la distribución gratuita de la AOE por el Estado, aunque no su venta en establecimientos particulares[556].

El Tribunal Constitucional peruano resolvió tal como el Poder Judicial lo venía haciendo. En ese sentido, el concebido fue considerado un sujeto de derecho y titular del derecho a la vida al igual que las personas.

Ahora bien, de todos estos pronunciamientos puedo concluir que diferentes instancias administrativas y judiciales en el Perú tienden a equiparar los estatutos jurídicos del no nacido y de la persona y a otorgar al no nacido la titularidad del derecho a la vida de manera absoluta, desde la concepción. Vale entonces responder: ¿es esta la más adecuada (o la mejor) interpretación sobre la cuestión del no nacido que debe defenderse en el marco de un estado constitucional como el peruano?

[554] Ídem, párr. 38.
[555] Ídem, párr. 53. El tribunal consideró que la AOE podía afectar el endometrio y el proceso de implantación (a pesar de la evidencia científica) y que, por ello, era abortiva.
[556] Es a todas luces incoherente y discriminatorio que la AOE no sea "abortiva" para aquellas personas que sí pueden pagar por ella y que sí lo sea para aquellas mujeres que no tienen los suficientes recursos para acceder a tal método de anticoncepción de emergencia.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

TESIS PUCP

3.4. Las disposiciones jurídicas peruanas en torno a la protección del no nacido

Hasta 1979 ninguna Constitución peruana contenía disposiciones sobre la protección jurídica del no nacido[557]. De hecho, el derecho a la vida no siempre estuvo expresamente reconocido en las cartas constitucionales del ordenamiento jurídico peruano. Antes de la entrada en vigor de la Constitución del Perú de 1993, solo las Constituciones de 1856, 1860, 1867, 1920 y 1979 contemplaron el derecho a la vida[558].

La redacción de los textos constitucionales de 1856 y 1867 fueron idénticas: declaraban la inviolabilidad de la vida y la prohibición de la imposición de la pena de muerte[559]. Por su parte, las Constituciones de 1860 y 1920 consagraron la protección de la vida, salvo "justa razón" (por ejemplo, en caso de legítima defensa) o imposición de la pena de muerte por la comisión del delito de homicidio calificado o de traición a la patria[560].

La Constitución de 1979 reconoció el derecho a la vida en su artículo 2 y como única excepción estableció la pena de muerte por traición a la patria en caso de guerra

[557] Hasta la actualidad, la República del Perú ha contado con doce Constituciones: 1823, 1826, 1828, 1834, 1839, 1856, 1860, 1867, 1920, 1933, 1979 y 1993 (ABAD YUPANQUI, Samuel B. *Constitución y procesos constitucionales. Estudio introductorio, legislación, jurisprudencia e índice*, cuarta edición, Lima: Palestra, 2010, p. 14).

[558] RUBIO CORREA, Marcial, EGUIGUREN PRAELI, Francisco y Enrique BERNALES BALLESTEROS. *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Análisis de los artículos 1, 2 y 3 de la Constitución*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010, pp. 80–81. Llama la atención que estos autores no consideren la Constitución de 1856 como la primera en reconocer el derecho a la vida.

[559] El artículo 16 de la Constitución de 1856 y el artículo 15 de la Constitución de 1867 establecían que "la vida humana es inviolable; la ley no podrá imponer la pena de muerte".

[560] El artículo 16 de la Constitución de 1860 señalaba que "la ley protege el honor y la vida contra toda injusta agresión; y no puede imponer la pena de muerte sino por el crimen de homicidio calificado". El artículo 21 de la Constitución de 1920 añade a dicha redacción la traición a la patria: "La ley protege el honor y la vida contra toda injusta agresión, y no puede imponer la pena de muerte sino por el crimen de homicidio calificado y por el de traición a la patria, en los casos que determine la ley".

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

exterior[561]. En relación con el no nacido, es esta carta constitucional la que por primera vez introdujo su protección.

La actual Constitución peruana de 1993 continúa la línea trazada por la de 1979 en torno al derecho a la vida y al no nacido. En tal sentido, dispone en el artículo 2.1 que "Toda persona tiene derecho: 1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece" (subrayado añadido).

A diferencia de otras constituciones, la peruana reconoce que el concebido es un sujeto de derecho o, dicho de otro modo, que a partir de la concepción surge un nuevo sujeto de derecho. A pesar de ello, la cuestión del no nacido no queda claramente solucionada: ¿ser un sujeto de derecho "en todo cuanto le favorece" implica ser una persona?[562] Si es así, ¿tienen ambas categorías los mismos derechos y deberes? Si no es así, ¿en qué se diferencian sus estatutos? ¿Acaso la protección de la vida del concebido es igual a la de una persona?

En el caso peruano debo recordar que según el ordenamiento jurídico, los derechos contemplados en la Constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre derechos humanos ratificados. Además, el Tribunal Constitucional ha sostenido que la jurisprudencia de la Corte IDH es

[561] El artículo 2 de la Constitución de 1979 dispone lo siguiente: "Toda persona tiene derecho: 1. A la vida, a un nombre propio a la integridad física y al libre desenvolvimiento de su personalidad. Al que está por nacer se le considera nacido para todo lo que le favorece (…)" (subrayados añadidos). Asimismo, el artículo 235 de aquel texto constitucional determina que "no hay pena de muerte, sino por traición a la Patria en caso de guerra exterior".

[562] Algunos autores consideran que cuando la Constitución señala que "el concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece" significa que es un "sujeto de derecho privilegiado". Al respecto puede revisarse: ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las personas. Concebido y personas naturales*…, óp. cit., pp. 9 y ss.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

vinculante (incluso si Perú no es parte del caso materia de pronunciamiento) para todos los poderes públicos, siendo obligatorio observar las interpretaciones sobre el contenido y alcance de los derechos que haga este tribunal internacional.

A continuación analizaré el artículo 2.1 de la Constitución peruana y otras disposiciones del derecho peruano sobre el estatuto jurídico del no nacido.

3.4.1. Antecedentes del artículo 2.1 de la Constitución peruana de 1993

Dada la semejanza en la regulación de la protección del no nacido entre las Constituciones de 1993 y de 1979, dedicaré las páginas siguientes a analizar brevemente los antecedentes históricos de ambas.

La Constitución de 1979

Al iniciarse las labores de la Asamblea Constituyente, la cuestión del derecho a la vida y al no nacido fue debatida por primera vez, el 7 de diciembre de 1978, en la sesión N° 15 de la Comisión Principal. Aquel día, la comisión especial tercera, Comisión de Derechos y Garantías, presentó su ponencia sobre el título "Derechos y Deberes Fundamentales. Garantías"[563].

El artículo relativo al derecho a la vida (artículo 3.1) establecía lo siguiente: "Toda persona tiene lo siguientes derechos: a la vida, desde el momento de la concepción – salvo las excepciones contempladas por el Código Penal – (…)" (subrayado añadido). Tal redacción fue, sin embargo, blanco de críticas y dudas de

[563]CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. *Diario de los debates de la Comisión Principal, Constitución de 1979*, tomo I, <http://www.congreso.gob.pe/dgp/constitucion/constitucion1979.htm>

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

manera que los constituyentes no llegaron a un acuerdo sobre la redacción final y su aprobación quedó pendiente.

En dicha sesión, el meollo del asunto fue el tema del aborto[564]. Por un lado, los constituyentes admitían que la remisión a la excepción contemplada en la ley penal dejaba abierta la posibilidad de añadir más excepciones con el tiempo[565] y ello no era aceptado por varios miembros de la comisión. Según ellos, el aborto no punible en caso de riesgo de la vida de la madre era la única razón por la que podía atentarse contra el derecho a la vida del no nacido, vida que empezaba desde que el espermatozoide fecundaba al óvulo[566].

Por otro lado, varios constituyentes señalaron que introducir en la Constitución la frase "desde el momento de la concepción" generaba confusión, ya que la concepción era una etapa biológica que no estaba aún científicamente determinada. En tal sentido, abogaron por una disposición más genérica y simple ("todos tienen el derecho a la vida")[567].

---

[564] Ídem, pp. 227–230.

[565] El Presidente Mario Polar señaló que la referencia al Código Penal como excepción respondía a una lógica de que "si pueden venir nuevas excepciones, mejor es dejar la puerta abierta" (Ídem, p. 227).

[566] El señor Cornejo Chávez afirmó: "Actualmente, la excepción que yo sepa es el aborto patológico o quirúrgico, o sea cuando está de por medio la vida de la madre (…) Es la única excepción que yo conozco y creo que es la única que debe de existir. Me parece que la fórmula que hemos puesto (…) tiene efectivamente el peligro de que en el futuro, en un Código Penal se ponga otra situación que no nos parezca buena, pero que ya la Constitución la ha consagrado (…)" (ídem, p. 227). En esa misma línea, el señor Polar manifestó que "en realidad el derecho a la vida es desde el momento en que el espermatozoide fecunda el óvulo" (ibídem) y más adelante afirmó que "la vida comienza en el momento mismo de la concepción, que no hay una diferencia de naturaleza entre el óvulo fecundado por el espermatozoide en ese momento, de lo que luego va a ser en diferentes etapas de su evolución (…)" (ídem, p. 228). El señor Alayza Grundy tampoco estuvo de acuerdo con la redacción del artículo: "(…) creo que el texto tal como está no debe aceptar excepciones y menos todavía con una técnica que me parece deficiente, como se ha señalado, porque deja la puerta abierta a que una modificación del Código Penal mañana conduzca a cualquier fórmula de abortismo pleno" (ídem, p. 229).

[567] Por ejemplo, el señor Ramírez del Villar consideró lo siguiente: "Yo no creo que el derecho a la vida esté condicionado, primero, a un término tan discutible y de tanta imprecisión científica, como es el de la concepción (…)" (ídem, p. 227). Por ello, estableció que "el derecho a la vida debe ser garantizado

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

Durante el debate surgieron algunas cuestiones interesantes: se visibilizó el problema de los abortos clandestinos[568], el caso de los no nacidos en "probetas"[569] y la necesidad de resolver el inicio de la vida desde un punto de vista filosófico[570].

El debate del artículo 3.1 continuó en la siguiente sesión. La propuesta de contemplar el derecho a la vida de manera amplia y simple tenía varios obstáculos. Los constituyentes plantearon entonces no remitir la norma constitucional, de manera abstracta, a la ley penal; sino remitirla a la redacción literal del artículo 163 del Código Penal, es decir a la despenalización del aborto terapéutico[571]. En esta sesión los constituyentes contrastaron lo consagrado en diversos tratados internacionales sobre el derecho a la vida y advirtieron que, efectivamente, todos (salvo la Convención Americana) optaban por una fórmula abierta, sin precisar desde cuándo se iniciaba la vida o si el no nacido era titular del derecho a la vida[572].

Por otro lado, algunas opiniones consideraron que no era viable prohibir de manera absoluta el aborto y, por ello, insistieron en el problema de la introducción de la

---

totalmente. Él se juzgará de acuerdo con lo que la doctrina o el avance científico más tarde determine; pero no podemos de hecho establecer un principio en la Constitución, que signifique un prejuicio respecto de la evolución de la ciencia" (ibídem).

[568] Es el señor Prialé Prialé quien hizo referencia a la problemática de la práctica clandestina del aborto y planteó que este tema se investigara para una próxima discusión (ídem, p. 228).

[569] El señor Luis Alberto Sánchez preguntó si en el caso de las técnicas de reproducción asistida también la vida comenzaba desde la concepción (ibídem).

[570] El señor Alayza Grundy estableció que la comisión se encontraba "frente a un problema que es de tipo estrictamente filosófico y que cada uno tiene que resolver en su propio criterio, cuándo nace la vida (…)" (ídem, p. 229).

[571] El artículo 163 establece: "No es reprimible el aborto practicado por un médico, con consentimiento de la mujer encinta, si no hubiere otro medio de salvar la vida de la madre o de evitar en su salud un mal grave y permanente" (ídem, p. 234)

[572] Las intervenciones del señor Ramírez del Villar y del señor Townsend fueron muy ilustrativas (ídem, p. 235). El señor Cáceres Velásquez sostuvo que era suficiente una frase general sobre el derecho a la vida pues "analizar, detallar lo relativo a la vida no tendría objeto. Eso se entiende que debe estar contenido en las leyes que el país posee (…)" (ídem, p. 237).

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

frase "desde el momento de la concepción"[573]. Esta sesión tampoco logró un acuerdo. Si bien se aprobó la frase "toda persona tiene derecho a la vida", no existía una posición mayoritaria en torno a la siguiente frase: "desde el momento de la concepción" y quedó, por ende, reservada y pendiente de discusión[574].

Que los constituyentes no rechazaran de plano el derecho a la vida desde la concepción y que prolongaran el debate respondía también a la influencia de la Iglesia Católica. De hecho, el presidente de la Comisión encargada de desarrollar la redacción del derecho a la vida lo evidenció al exponer las razones por las cuales la Comisión consideró más apropiado proteger la vida desde la concepción: "(…) considerando la Comisión que toda es mayoritariamente católica y hay que respetar sus condiciones, creímos aceptar esta tesis de la concepción (…)"[575].

En la sesión N° 19 de 26 de enero de 1979 los constituyentes debatieron nuevamente la redacción del artículo 3.1 para finalmente decidir si la frase "desde el momento de la concepción" debía incluirse en el texto constitucional. En esta ocasión, algunos constituyentes volvieron a dar razones sobre la inviabilidad de la prohibición absoluta del aborto y defendieron una redacción sin complicaciones; un simple "derecho a la vida"[576].

[573] El señor Valle Riestra consideró que "si la Constitución está señalando, sin excepciones, el derecho a la vida y en general en el momento de la concepción, todo aborto va a ser condenado en el Perú y eso va a ser muy grave", (ídem, p. 236).
[574] Ídem, p. 237.
[575] Ídem, p. 227.
[576] El señor Valle Riestra fue el primero en proponer ello. De esta manera, señaló que "si se trata de prohibir el aborto, estaríamos cometiendo un error, porque el Código Penal señala como no delictuoso el aborto terapéutico; entonces no se puede llegar a esa generalización. (…) Todos tienen derecho a la vida, a la ley, a la circunstancia, a los principios doctrinarios. ¿Hay derecho a la vida? Sí. Pero yo puedo matar en legítima defensa. Si hay una agresión ilegítima yo reacciono proporcionadamente de mi parte la agresión; y si la legislación lo permite y ejecuta al traidor en caso de guerra, ¿por qué no dejamos "derecho a la vida" simplemente? No mencionamos el polémico tema que va a volver a la Constitución

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

La respuesta a la propuesta mencionada fue que la frase "desde el momento de la concepción" no implicaba una prohibición absoluta del aborto ni una contradicción con la regulación del aborto terapéutico pues "si bien es cierto que tiene derecho a la vida el feto, también tiene derecho a la vida la madre"[577].

A pesar de que algunos constituyentes defendían el aborto en caso de peligro de muerte de la madre, en términos generales, la regulación del derecho a la vida "desde el momento de la concepción" respondía, en principio, a una posición antiabortista. Se trataba de una posición que consideraba persona al no nacido desde la concepción y que, por ende, establecía que la protección jurídica del no nacido debía ser igual a la de una persona[578]. El debate persistió y si bien no se rechazó explícitamente la frase "desde el momento de la concepción", esta tampoco logró aprobarse como parte del futuro artículo 3.1 de la Constitución de 1979.

La discusión sobre la redacción del artículo del derecho a la vida ocurrió nuevamente en la sesión N° 25[579]. Al revisarse el artículo 2 (antes artículo 3.1), las

---

un tema oscuro si así lo mantenemos. Suprimamos la frase, señor Presidente" (ídem, tomo II, p. 533). Su intervención fue apoyada por Roger Cáceres Velásquez: "(…) esta frase podría dar lugar no solo a debate, sino sobre todo a confusiones sobre el particular. Debería ser enfática la fórmula (…)" (ibídem).

[577] Ídem, p. 534.

[578] El señor Alayza Grundy fue muy específico al expresar que "aquí de lo que se trata es de que no haya la arbitrariedad de liberarse de lo concebido, que en lo civil tiene todos los efectos del que está por nacer, y está por nacer aquél que tiene concepción de una semana. Puede ser que técnicamente los que estamos aquí no podamos establecer cuándo es el momento de la concepción. Pero en principio es que estando concebida, ha nacido la persona. Siendo esto lo que se quiere declarar, porque lo que está ocurriendo en el Perú –y esto lo traigo como voz de los dieciocho grupos de señoras a quienes tuve oportunidad de atender en la subcomisión– la preocupación de ellas no es el aborto terapéutico, sino el aborto puro, simple, por el cual una mujer que ha concebido se quiera liberar de la consecuencia de la concepción. Estamos entrando entonces en un terreno totalmente distinto; aún más con las excepciones, las reglas para resolver las condiciones en los casos de legítima defensa, la fórmula tal como está, expresa cabalmente qué es lo que se quiere, sin ningún ánimo retroactivo, sino para aquellos que son simplemente arbitrarios". (ibídem, p. 535).

[579] Ídem, tomo IV, p. 343.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

opiniones de los constituyentes continuaban siendo diversas[580]. Por un lado, afirmaban que la determinación de la vida desde la concepción generaba la prohibición del aborto terapéutico; pero por otro, aceptaban que sin dicha especificación podían ampliarse los supuestos de aborto no punible[581]. Algunas intervenciones sostuvieron que la Constitución no debía solucionar tal problema ya que, en definitiva, era una cuestión que le competía a la ley penal[582]. Insistieron en la falta de acuerdo médico y científico sobre el inicio de la vida y el reflejo de ello en la jurisprudencia constitucional comparada[583]. Finalmente, fue el señor Aramburú quien se inclinó por adoptar parte de la fórmula contemplada en el Código Civil de 1936: "(…) Al que está por nacer se le reputa nacido para todo lo que le favorece (…)"[584] para proponer la siguiente redacción: "Toda persona tiene derecho: A la vida, (…) Al que está por nacer se le considera nacido vivo para todo lo que le favorece". Tal adición fue finalmente aprobada sin mayor discusión.

[580] El orden de los artículos de la Constitución cambia luego de la homologación de los textos de algunos títulos y capítulos que conformaron el anteproyecto de Constitución. En consecuencia, el derecho a la vida dejó de consagrarse en el artículo 3.1, para formar parte del artículo 2. (ídem, tomo III, p. 252)

[581] El señor Prialé señaló que establecer que la vida se inicia desde el momento de la concepción "significaba cancelar el aborto (…) naturalmente pensando en lo que se llama 'aborto terapéutico', pero al mismo tiempo podría haber otro tipo de aborto autorizado". (ídem, tomo IV, p. 363)

[582] El señor Polar consideró que no señalar nada sobre la protección del derecho a la vida no solucionaba el problema de la penalización del aborto (ídem, p. 364). Por su parte, el constituyente Cáceres Velásquez consideró que a mayor especificación, mayor carácter reglamentario se le daba a la Constitución. Según él, era preferible que fueran "las leyes las que determinen el alcance de este precepto constitucional" (ibídem). El señor Sotomarino advirtió que "cuando se habla de 'a la vida', no se está negando nada. En cuanto a los escrúpulos 'desde qué momento', porque es una cuestión de prueba científica, entonces la ley puede legislar de acuerdo a pruebas científicas. Este artículo así en general no contradice aquello que 'desde el momento de la concepción' ni nada por el estilo. Esto es una cuestión que se ve en el momento de establecer la ley correspondiente" (ibídem).

[583] El señor Valle Riestra, seguido en parte por el señor Cáceres Velásquez, afirmó que "esta idea de proteger la vida desde el momento de la concepción nos obligaría a algo que no se piensa poner o no se quiere poner, ¿hasta qué momento dura la vida? (…) Es un gran debate del derecho y de la medicina moderna, porque estamos protegiendo la vida desde que aparece, sobre lo cual hay polémica. Según la jurisprudencia constitucional alemana es de catorce días, otros dicen que es de un mes" (ibídem).

[584] El artículo 1 del Código Civil de 1936 (Ley N° 8305) establece lo siguiente: "El nacimiento determina la personalidad. Al que está por nacer se le reputa nacido para todo lo que le favorece, a condición de que nazca vivo".

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

En la sesión N° 26, los constituyentes realizaron la revisión final del anteproyecto de Constitución en la parte correspondiente al Título I, De los derechos y deberes fundamentales de la persona y ratificaron, en revisión, el artículo 2 en lo relativo al derecho a la vida y al no nacido. El artículo fue finalmente aprobado en la sesión N° 31[585]. En ese sentido, la versión final presentada al Pleno de la Asamblea Constituyente para su debate y aprobación fue: "Toda persona tiene derecho: A la vida, a la integridad física y al libre desenvolvimiento de su personalidad. Al que está por nacer se le considera nacido vivo para todo lo que le favorece" (subrayado añadido).

El debate del Pleno de la Asamblea Constituyente del Capítulo I (De la persona), del Título I (De los derechos y deberes fundamentales) ocurrió en diversas sesiones. En ninguna se discutió el contenido del artículo 2.1 en relación con el no nacido. Por el contrario, el artículo 2.1 fue aprobado, tal como fue presentado, por unanimidad, en la sesión N° 33[586].

La Constitución de 1993

El Título I (De la sociedad y las personas) del proyecto de reforma constitucional de Nueva Mayoría-Cambio 90 se empezó a debatir en la sesión N° 3. Dicho proyecto fue presentado por el señor Ferrero Costa y, en relación con el no nacido, señalaba que la Constitución debía proteger al que está por nacer como una cuestión principista que reflejara una posición antiabortista, como "línea orientadora no

[585] Ídem, tomo IV, p. 403 y tomo V, p. 285. En esta última sesión no existió discusión sobre el no nacido. La votación para aprobar este extremo ocurrió sin problemas.

[586] La revisión del Capítulo I del Título I se dio, principalmente, en dos fechas (6 y 9 de abril de 1979) de la sesión N° 33. En la primera fecha solo se hizo referencia al derecho a la vida con la intención de consagrar constitucionalmente la excepción que constituía la legítima defensa. Además solo existieron observaciones de carácter formal (ídem, tomo V, pp. 526 y 539). En la segunda fecha, la Asamblea Constituyente decidió aprobar por unanimidad (reservándose el artículo 2.4) el Capítulo I del Título I de la futura Constitución de 1979 (ídem, tomo VI, pp. 8).

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

solo para el derecho penal, sino para la conducta general de los ciudadanos, y que además está en concordancia con las convicciones religiosas mayoritarias de nuestra población"[587].

En la sesión N° 4, de 21 de enero de 1993, los constituyentes aprobaron el artículo 2.1 luego de ciertas modificaciones. En tal sentido, cambiaron la frase "al que está por nacer" por "al que está concebido". La propuesta fue del señor Róger Cáceres Velásquez, quien señaló que podía considerarse que "el que está por nacer" solo hacía referencia a los no nacidos próximos al nacimiento (por ejemplo, a un feto de 8 meses) y no a los concebidos que no nacerían pronto (por ejemplo, un embrión de 20 días)[588].

De esta forma, se pretendía otorgar una mayor protección, desde sus inicios, al que estaba en el vientre materno: "(…) con esta redacción vamos a tener un ambiente de mayor cobertura y protección para todo lo que significa la vida. Además, estaríamos

[587] CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ, *Diario de los debates de la Comisión de Constitución y de Reglamento 1993*, tomo I, p. 61 <http://www.congreso.gob.pe/dgp/constitucion/1993/const1993nivel2-a-i.htm>. En concreto, el constituyente Ferrero Costa afirmó lo siguiente: "(…) hemos tenido una larga discusión en relación a la posibilidad que algunos tratadistas sostienen de evitar la mención del favorecimiento que se le da a una persona desde que está concebido, es decir, al que está por nacer. Hubo en algún momento la tendencia a repetir lo que otras constituciones ya establecen: que, de manera indirecta, permitirían el aborto en forma general, al hacer que la Constitución no protegiera al que está concebido, como una afirmación teórica inicial y de carácter principista. (…) Tras un debate que no fue corto, nosotros estimamos que el considerar la protección al que está por nacer implicaba, de hecho, una posición principista adversa al aborto, contenida en la Constitución peruana y que debe de seguir estando así. Ciertamente, no es esto una declaración del Código Penal, sino que es, más bien, un señalamiento de una voluntad colectiva sobre la base de una convicción en relación a la vida humana. Y es que la vida humana no le pertenece a aquel que la lleva como tránsito para concebirla, sino a aquel que en sí mismo la posee, que es el que está por nacer (…)".

[588] El constituyente Róger Cáceres señaló: "cuando se dice que el que está por nacer tiene todos los derechos o se le reputa nacido para todo lo que le favorece, me da la impresión de que la Constitución está induciendo a pensar que se trata de aquel que ya está por nacer; o sea, en los días anteriores inmediatos al parto. Pero, respecto a todo aquel período que ha corrido desde la gestación hasta ese estado de inmediatez al parto, parecería que la Constitución indujera a pensar que esta etapa no tiene protección legal, y que está gestado y concebido, pero no está por nacer, no gozaría de la protección, no estaría involucrado dentro de los alcances de la Constitución (…)" (ídem, p. 86) Los señores Chirinos Soto, Marta Chávez y Ferrero Costa acogieron su propuesta por las mismas razones y por encontrarse en "la tónica que recoge el Código Civil vigente" (ídem, pp. 86-87).

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

dentro de los cánones de la Iglesia, que en ese sentido son criterios muy acertados; sin dejar margen para que se piense que estamos admitiendo, presuntamente, la posibilidad de que se pueda maniobrar contra la vida en todos los casos en los que no hubiera inmediatez del nacimiento"[589].

Los constituyentes además insistieron en la pertinencia de la tesis de la fecundación como criterio para determinar el estatuto jurídico del no nacido que adoptaba el Código Civil[590]. Finalmente, el texto que los constituyentes aprobaron fue: "Artículo 2. Toda persona tiene derecho: 1. A la vida, a un nombre, a su integridad física y psíquica y a su libre desarrollo. Al concebido se le considera nacido para todo lo que favorece" (subrayado añadido).

En la sesión N° 10 del Pleno del Congreso Constituyente se discutió el artículo 2.1. Los constituyentes, en primer lugar, consideraron que la teoría moderna del derecho civil buscaba eliminar ficciones jurídicas, como la del artículo en cuestión: "Al concebido se le considera nacido para todo lo que le favorece"[591]. Bajo este

[589] Ibídem. Por el contrario, el señor Matsuda Nishimura manifestó su preocupación por la consagración constitucional del concebido como un nacido para todo lo que le favorece en tanto que era una prohibición *a priori* de una eventual ley sobre el aborto en el futuro: "Respecto a este concepto de que al que está concebido se le considera nacido para todo lo que le favorece, yo quisiera sugerir un punto de reflexión. No sé si *a priori*, introduciendo este concepto en la Constitución, la estamos encasillando para ver que en el futuro, de acuerdo a la realidad social, sea posible dar alguna ley respecto al aborto" (ídem, p. 88)

[590] El señor Cáceres Velásquez consideró lo siguiente: "En el Código Civil, que ha sido elaborado después de la Constitución de 1979, está perfectamente definido lo que yo había manifestado respecto a la concepción. Leo la redacción del artículo 1 de este Código, para demostrar que estamos dentro de la tesis que había sido aprobada: 'La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece –la tesis que habíamos aprobado hace un momento. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo'" (ídem., p. 93).

[591] El constituyente Marcenaro Frers recordó que "(…) la teoría moderna del derecho civil establece que hay eliminar ficciones. Es decir, nuestros códigos antiguos – y así era la tradición jurídica – creaban ficciones jurídicas: no obstante que tal cosa no es, me imagino que así es e invento esta figura para poderte dar derechos. Por eso, se creó antiguamente el concepto este de que al concebido, para que tenga derechos, se lo va a considerar como un nacido y que, en la medida que ha nacido, recién va a tener

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

razonamiento, se sugirió no incorporar ficciones jurídicas y se optó por la siguiente fórmula[592]: "Toda persona tiene derecho: 1. A la vida (…) El concebido es sujeto de derecho en todo lo que le favorece".

La modificación propuesta fue acogida por el Pleno del Congreso Constituyente y de esta manera fue aprobado el artículo 2, inciso 1 de la actual Constitución peruana[593].

De ambos procesos para la elaboración de una nueva Constitución en el Perú, puedo en resumen señalar que tanto los constituyentes de 1979 como los de 1993 tuvieron, por lo menos, dos preocupaciones en común. La primera de ellas fue la relativa a la despenalización del aborto. En definitiva, ni los constituyentes de 1979 ni los de 1993 pretendieron cambiar la única circunstancia por la que un aborto era legal (aborto terapéutico), pero tampoco flexibilizar dicha norma penal para incorporar otros supuestos. La segunda preocupación fue la de la religión. En el debate de 1979 así como en el de 1993, los constituyentes quisieron que los postulados de la Iglesia

---

derechos. Entonces, invento una ficción jurídica y digo que al concebido lo voy a considerar nacido para todo lo que favorece. La doctrina moderna dice que no hay que recurrir más a las ficciones (…)" (ídem, p. 59).

[592] En concreto, el señor Marcenaro Frers señaló que "ya no es necesario decir que al concebido se le considera nacido. ¿Por qué se le va a considerar nacido? No es necesario declararlo nacido. El concebido es un sujeto de derecho y por eso respetamos tener el derecho a la vida, porque, en la medida que es una vida, tiene ya un derecho en sí. No tenemos que imaginarnos que haya nacido para que tenga derechos; ya los tiene por ser vida humana, y esta vida humana la adquiere en el momento que es un concebido. Por lo tanto, no es necesario recurrir a la ficción, sino que bastaría, simple y llanamente, con decir que el concebido es sujeto de derecho en todo lo que le favorece. Esto es la doctrina moderna. Es decir, en vista de que es un sujeto de derecho muy especial, tiene todos los derechos que le favorecen: a la vida, a la integridad". (ídem, p. 60)

[593] Ídem, p. 69. El señor Torres y Torres Lara consideró que la nueva fórmula representaba "un avance sustancial frente a la declaración de la Constitución de 1979" (ídem, p. 60). El constituyente Ortiz de Zevallos también se mostró entusiasta con la nueva redacción y señaló que el doctor Carlos Fernández Sessarego estaría aún más contento ya que el artículo 2.1 finalmente estaría adoptando su concepción sobre el no nacido (íbid., p. 63). Sin perjuicio de ello, los constituyentes Róger Cáceres Velásquez, Enrique Chirinos Soto, Martha Chávez Cossío preferían la redacción original de la Comisión u otra más general. (ídem, pp. 60 y 64)

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

Católica concordaran con los de la Constitución. Ello demostró que, aun siendo el Estado laico, la importancia de la religión era un "fuerte" argumento que influía en el trabajo de los constituyentes[594].

Además, sobre el debate constitucional de 1979 considero que los constituyentes reconocieron la importancia de la protección del no nacido desde su más temprano desarrollo, sin que ello llevara, indubitablemente, a afirmar que el concebido era una persona. Por su parte, del debate constitucional de 1993 puedo destacar que el concebido fue reconocido como un sujeto de derechos aunque su estatuto jurídico fue, explícitamente, diferenciado del de las personas.

Hasta el momento parece ser que ni del análisis de los antecedentes de la Constitución de 1979 ni del de los antecedentes de la de 1993 se puede concluir que el estatuto jurídico del no nacido es equivalente al de una persona, titular de derechos y deberes. Aunque sí es evidente la preocupación porque el no nacido fuera tutelado por el Derecho.

3.4.2. Otras disposiciones jurídicas vigentes

De acuerdo con el artículo 1 del Código Civil, "La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. La vida humana comienza con la concepción. El

[594] La laicidad está consagrada en ambas Constituciones. El artículo 86 de la Constitución de 1979 dispone: "Dentro de un régimen de independencia y autonomía, el Estado reconoce a la iglesia Católica como elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú. Le presta su colaboración. El Estado puede también establecer formas de colaboración con otras confesiones". La Constitución de 1993 establece: "Dentro de un régimen de independencia y autonomía, el Estado reconoce a la Iglesia Católica como elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú, y le presta su colaboración. El Estado respeta otras confesiones y puede establecer formas de colaboración con ellas".

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo"[595].

Tal redacción ciertamente refleja que el concebido y la persona humana son categorías jurídicas distintas. Si la persona humana es, a partir del nacimiento, el sujeto de derecho por excelencia; el concebido es también un sujeto de derecho pero de manera distinta. En consecuencia, para el Derecho peruano existen diferencias entre cada sujeto de derecho[596].

Insisto en ello a pesar de que el mismo artículo del Código Civil incorpore la frase "la vida humana comienza con la concepción". Dicha premisa da lugar a interpretaciones que parecen equiparar la vida humana a la persona humana y al concebido. En estricto, he señalado que no se niega que el concebido sea vida humana, pues pertenece a la especie humana, es un ser vivo. El problema surge en pretender concluir de ello que el no nacido es persona. Si el Código Civil peruano distingue tipos de sujetos de derecho es porque no considera que todos merezcan la misma tutela jurídica.

La diferencia entre persona y concebido también es reconocida por el Código Penal peruano. Las disposiciones que penalizan las conductas que atentan contra la vida del no nacido son sancionadas con penas menores a las impuestas por los daños y perjuicios ocasionados a personas nacidas.

[595] Artículo 1, Código Civil del Perú, decreto legislativo N° 295 de 1984.
[596] Sobre los distintos tipos de sujeto de derecho puede revisarse: ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las personas. Concebido y personas naturales*…, óp. cit., pp. 9-10.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

Por ejemplo, el homicidio simple de una persona se sanciona hasta con 20 años de pena privativa de la libertad; mientras que en un aborto consentido se castiga a la madre con no más de 2 años de prisión y al agente que lo practica con no más de 4 años. Asimismo, quien causa un aborto sin el consentimiento de la gestante, es reprimido con una pena no mayor de 5 años. Por otro lado, está despenalizado el aborto terapéutico y en los casos de violación sexual o de graves problemas médicos físicos o psíquicos en el no nacido, la sanción por abortar no es mayor a tres meses[597].

El Código de los Niños y Adolescentes hace también referencia al concebido como sujeto de derecho[598]. Dispone que un niño es todo ser humano desde la concepción hasta los 12 años de edad y que este es sujeto de derecho, libertades y de protección específica[599]. El mencionado código claramente otorga al concebido la categoría de sujeto de derecho, aunque no lo equipara a la persona.

En definitiva, el análisis de distintas disposiciones del sistema jurídico peruano evidencia que el tratamiento del concebido como sujeto de derecho es diferente al de la persona.

4. El estatuto jurídico del no nacido en el derecho peruano a la luz de la jurisprudencia de la Corte IDH

Como se ha señalado, distintas cortes de justicia establecen que el no nacido no es una persona, aunque su vida sí es protegida gradualmente. Dicha protección

[597] Los artículos 114–120 del Código Penal peruano (Decreto Legislativo N° 635 de 1991) sancionan las conductas que atentan contra la vida del no nacido. En todas ellas las penas son menores que aquellas impuestas por daños causados a las personas nacidas.
[598] Ley 27337, ley que aprueba el nuevo código de los niños y adolescentes, publicada el 7 de agosto de 2000.
[599] Artículos I y II del Código de los Niños y Adolescentes.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

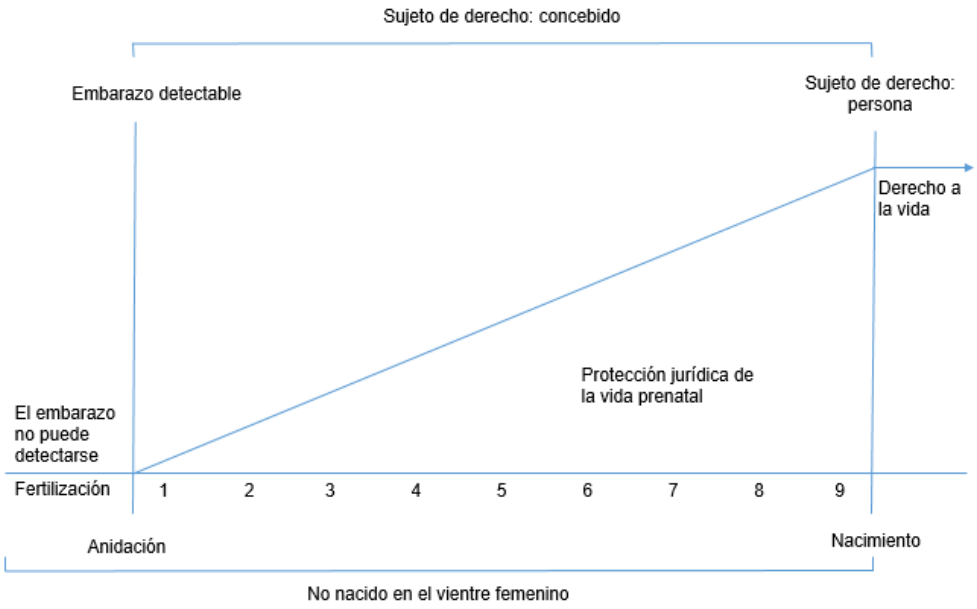
aumenta, de conformidad con su desarrollo biológico, hasta que nazca y adquiera el estatuto jurídico de persona. Sostuve también que esta tendencia jurisprudencial cuya base es la teoría gradualista de la vida, es también recogida por la Corte IDH. Esta determina, en la sentencia del caso Artavio Murillo, que la protección del no nacido "no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo"[600].

Según el ordenamiento jurídico peruano el concebido es un sujeto de derecho diferente a la persona nacida. Por consiguiente, la protección del no nacido y la protección de la persona son distintas. En virtud de la vinculatoriedad de la jurisprudencia de la Corte IDH, debe interpretarse que para el derecho peruano, el no nacido no es titular de derechos pero sí debe ser protegido. Esta protección se inicia desde la implantación y se lleva a cabo de manera gradual, de conformidad con el desarrollo biológico y hasta el nacimiento. Gráficamente, la tutela jurídica del no nacido en el derecho peruano sería de la siguiente manera:

[600] CORTE IDH. *Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica*…, óp. cit., párr. 264.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

Figura 4. Protección jurídica del no nacido en el derecho peruano



Considero además que las decisiones adoptadas por la Comisión de Protección al Consumidor del INDECOPI, la Corte Superior de Justicia de Lima, la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional no se pronuncian sobre el estatuto jurídico del no nacido de manera correcta. Por el contrario, asumen que el estatuto jurídico del concebido es igual al de una persona nacida y le atribuyen la titularidad del derecho a la vida al no nacido. Incluso, la Corte Superior y la Corte Suprema le otorgan un peso absoluto e incondicional al supuesto derecho a la vida del que está por nacer, sin detenerse en las posibles afectaciones que ello puede generar a otros derechos fundamentales, como los de las mujeres.

A partir de la sentencia de la Corte IDH, pareciera entonces que los problemas sobre la constitucionalidad de las TRA (especialmente de la FIV) habrían desaparecido. Dado que la protección de la vida prenatal surge con la implantación (y gradualmente) y

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

el procedimiento de la FIV ocurre previamente (recordemos que se trata de una fertilización extracorpórea cuyo producto –el embrión– es, al cabo de unos días, transferido a la mujer), no existirían razones jurídicas con base en la protección del embrión que justificaran prohibir o limitar la práctica de una FIV.

Si bien a partir de lo resuelto por la Corte IDH, antes de la implantación no existe un sujeto de derecho ni una vida prenatal que proteger, ello no significa que el embrión que es resultado de una TRA deba quedar a la libre custodia de los médicos o de sus progenitores. A diferencia de la incertidumbre de lo que ocurre con el embrión en el cuerpo de la mujer antes de un embarazo detectable, en el caso del embrión de laboratorio su existencia es cierta y tangible: los médicos pueden efectuarle una biopsia o los progenitores pueden decidir crioconservarlo. Aunque su potencialidad de ser un individuo es mínima pues debe ser aún transferido al vientre femenino y recorrer gran parte de su proceso biológico, el derecho debe otorgarle algún grado de protección, diferente a la del concebido. De ahí la importancia de que la ley regule el alcance de esta protección, tal como sucede en España.

Ahora bien, aunque se haya hecho una propuesta sobre la protección jurídica del embrión, la discusión en torno a la FIV y a otras interrogantes que de su práctica se derivan no está cerrada: ¿Quiénes deben someterse a una técnica de reproducción asistida? ¿Pueden las personas solteras acceder a las TRA? ¿Puede elegirse el sexo del futuro hijo? ¿Pueden elegirse las características físicas? ¿Qué pasa con los vínculos

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

TESIS PUCP

familiares en una reproducción asistida de tipo heteróloga? ¿Los vientres de alquiler deben permitirse o prohibirse?[601].

[601] Resulta interesante precisar que en el caso Artavia Murillo la Corte IDH es consciente de los problemas que la aplicación de la FIV genera; sin embargo, excluye su competencia de una eventual resolución de fondo sobre estos: "(…) el Estado presentó argumentos generales relacionados con los presuntos efectos o problemas que podría producir la FIV con relación a: i) los posibles riesgos que la práctica podría producir en la mujer; ii) alegadas afectaciones psicológicas en las parejas que acudan a la técnica; iii) presuntos riesgos genéticos que se podrían producir en los embriones y en los niños nacidos por el tratamiento; iv) los alegados riesgos de embarazos múltiples; v) los supuestos problemas que implicaría la crioconservación de embriones y v) los posibles dilemas y problemas legales que podrían generarse por la aplicación de la técnica (…) si bien el Estado generó prueba y argumentos sobre lo anteriormente reseñado (…) la Corte no es competente para resolver controversias que no fueron tenidas en cuenta por la Sala Constitucional (…)" (CORTE IDH. *Caso Artavia Murillo y otros*…, óp. cit., párrs. 134 y 135).

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

TESIS PUCP

Capítulo 4: Dos desafíos concretos: los embriones sobrantes y la maternidad subrogada

Como se ha señalado, la discusión sobre las TRA plantea desafíos éticos y jurídicos que aparentemente son imposibles de resolver. En tal sentido, existen algunos aspectos de las TRA que no son pacíficos. Por ejemplo, en el caso de la ley sobre técnicas de reproducción asistida española vigente, Manuel Atienza señala que son cinco aspectos éticos de dicha ley los más polémicos: el número de ovocitos posibles de fecundar, el diagnóstico genético preimplantacional (DGI), la investigación con preembriones sobrantes, la elección del futuro bebé y la maternidad subrogada[602].

Son en los embriones sobrantes y en la maternidad subrogada (comúnmente denominada "vientre de alquiler") que concentraré mi atención a continuación. Con el fin de encontrar las mejores respuestas a las cuestiones éticas y jurídicas que estos dos desafíos plantean, debo mencionar que partiré de la consideración del estatuto jurídico del embrión previamente propuesto, así como de mi análisis de los derechos fundamentales involucrados en las TRA. Todo ello en el marco de los principios bioéticos y de una bioética de mínimos compatible con un estado constitucional.

[602]Ley 14/2006 de 16 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. En relación con el número de ovocitos a fecundar, la ley previa sobre técnicas de reproducción asistida (ley 45/2003) limitaba la fecundación a un máximo de tres ovocitos. La ley 14/2006 permite fecundar más de tres ovocitos en cada ciclo reproductivo. Asimismo, la ley 14/2006 regula en el artículo 12 la posibilidad de efectuar un DGI y en el artículo 15 autoriza la investigación con preembriones sobrantes. Sanciona además, en el artículo 26.2 b) 10 la selección de sexo del embrión (la considera una infracción grave) y la maternidad subrogada (artículo 10). Al respecto puede revisarse: ATIENZA, Manuel. *Bioética, Derecho y argumentación*…, óp. cit., pp. 101 – 116.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

1. Los embriones sobrantes

La realización de una FIV-TE necesariamente comporta la generación de más embriones de los que, efectivamente, van a transferirse al vientre de la mujer. Lógicamente, ello es así pues, el "exceso" de embriones supone un mayor éxito de embarazo: mientras más embriones, más posibilidades de obtener, en óptimas condiciones, la implantación. De hecho, "la finalidad de la fecundación *in vitro* (…) es conseguir embriones de buena calidad capaces de desarrollarse e implantar, lo que da lugar a nacimientos viables (…)"[603]. Asimismo, la obtención de un mayor número de embriones permite reducir los costos de una FIV-TE: si la primera falla o si más adelante desean tener más hijos, no es necesario proceder con la FIV-TE desde el inicio.

Pero, sobre todo, la FIV-TE debe lidiar con la existencia de embriones sobrantes pues no existe otra manera de aplicar este tipo de TRA. El estado actual de la ciencia no permite que en una FIV-TE se genere el número exacto de embriones a transferir, por lo que es imposible llevarla a cabo sin que existan embriones sobrantes[604]. En tal sentido, las alternativas de solución a esta compleja realidad son reducidas: o se prohíbe la FIV-TE por considerarse que la existencia de embriones sobrantes es, ética y jurídicamente, inaceptable o se discute y se plantean los destinos que pueden darse a los embriones sobrantes. Definitivamente, considero que la segunda solución es la opción más adecuada.

[603] MEDINA GÓLIZ, Randolfo. "Cultivo, criopreservación y transferencia de balstocistos". En: URBINA, María Teresa y Jorge LERNER BIBER (directores), *Fertilidad y reproducción asistida*…, óp. cit., p. 491.
[604] ZEGERS-HOCHSCHILD, Fernando. *Descripción y análisis de las técnicas de reproducción asistida (TRA) como tratamiento de la infertilidad, documento preparado para la Corte Interamericana de Derechos Humanos*…, óp. cit., pp. 22, 24, 28.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

Para tratar la problemática que aquí presento, primero es necesario determinar cuándo es posible considerar a un embrión como "sobrante". Los embriones sobrantes son embriones viables. Al respecto, el Tribunal Constitucional español señala que la "caracterización como 'no viable' hace referencia concretamente a su incapacidad para desarrollarse hasta dar lugar a un ser humano, a una 'persona' en el fundamental sentido del art. 10.1 C.E. Son así, por definición, embriones o fetos humanos abortados en el sentido más profundo de la expresión, es decir, frustrados ya en lo que concierne a aquella dimensión que hace de los mismos un 'bien jurídico cuya protección encuentra (…) fundamento constitucional (…)"[605].

Además, se les denomina sobrantes a aquellos embriones cuyos progenitores han decidido no utilizar con fines reproductivos por ellos mismos. Esto puede darse en dos casos: el primero ocurre cuando en la FIV-TE se obtuvieron más embriones de los que se trasladaron al vientre femenino y los participantes decidieron no crioconservar aquellos que no fueron transferidos[606]. El segundo caso se da cuando los participantes sí crioconservaron los embriones que no fueron transferidos pero, después de cierto tiempo, decidieron no utilizarlos o resultó imposible obtener su consentimiento para que los embriones continúen siendo congelados[607].

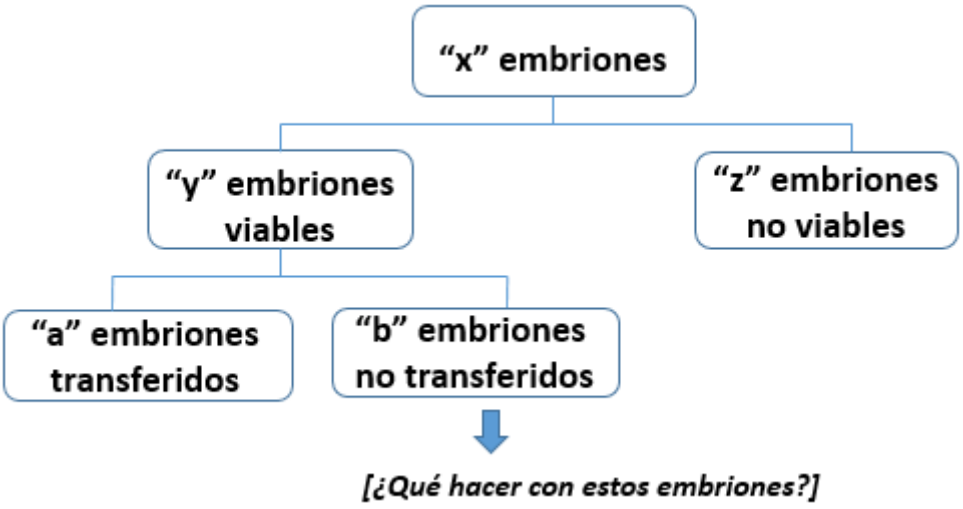
[605] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. *Sentencia N° 212/1996*…, óp. cit., fundamento jurídico 5 y *sentencia N° 116/1999*…, óp. cit., fundamento jurídico 9.

[606] Es decir, si el médico obtuvo siete embriones, implantó tres y los intervinientes decidieron no crioconservar los otros cuatro, estos últimos serían embriones sobrantes Por lo general, este escenario es casi inexistente porque la mayoría de personas que se someten a una FIV-TE opta por crioconservar embriones. Fernando Zegers-Hochschild señala que, en su experiencia, solo el 4% de participantes en una FIV-TE decide no congelar sus embriones (ídem, p. 12).

[607] A diferencia de lo que planteo, la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida de España señala que "la consideración de los embriones como 'sobrantes' debe ser posterior al planteamiento de la donación de los embriones que no vayan a ser utilizados por la propia pareja progenitora" (COMISIÓN NACIONAL DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA DE ESPAÑA, *¿Qué hacer con los embriones sobrantes?* Resumen del II Informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, 2000, p. 8).

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

Figura 5. Los embriones sobrantes



1.1. La crioconservación de embriones

El 28 de marzo de 1984, en Melbourne, Australia, nació Zoe Leyland, la primera bebé del mundo procedente de un embrión congelado. Con el tiempo, la crioconservación de embriones ha ido perfeccionándose y hoy es un método complementario común a la FIV-TE. Estrella Rosemberg afirma que "la criopreservación de embriones se ha convertido en una tecnología estándar en reproducción humana que ofrece una alternativa adicional para que la paciente logre el embarazo deseado"[608].

La crioconservación de embriones supone congelar por un periodo de tiempo los embriones obtenidos en una fertilización *in vitro* "con el fin de conservarlos para futuras implantaciones"[609]. Las ventajas de este método son diversas: permite, por un lado, que los participantes en la FIV-TE elijan el espaciamiento de sus hijos y, por otro,

[608] ROSEMBERG, Estrella. "Congelación de óvulos y embriones". En: URBINA, María Teresa y Jorge LERNER BIBER (directores), *Fertilidad y reproducción asistida*…, óp. cit., p. 533.
[609] DE MIGUEL BERIAIN, Íñigo. *El embrión y la biotecnología. Un análisis ético-jurídico*…, óp. cit., p. 253.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

permite que estos puedan iniciar otra transferencia embrionaria en caso no se haya logrado la implantación en una primera. En ambos supuestos, la crioconservación "brinda a la paciente una oportunidad adicional de concebir luego de un solo tratamiento de inducción de la ovulación (…)"[610]; lo que a su vez reduce los riesgos asociados a la estimulación ovárica (como lo es la hiperestimulación o la sedación, por ejemplo). Como se ha señalado previamente, la crioconsevación de embriones reduce los costos económicos y emocionales asociados a la reproducción asistida[611].

Aunque no existen muchas investigaciones científicas sobre los riesgos y secuelas a largo plazo en las personas nacidas provenientes de embriones congelados, actualmente suele considerarse que la crioconservación no genera daños futuros. Además, se calcula que la tasa de éxito de descongelamiento y posterior implantación de los embriones no disminuye por la crioconservación en sí misma sino que esta "está directamente relacionada con la calidad de los propios embriones"[612].

A pesar de lo anterior, tampoco es deseable que millones de embriones sean congelados indefinidamente. La acumulación de un gran número de embriones en bancos de crioconservación, sin plazo establecido y sin destino determinado genera diversas preocupaciones. Por ejemplo, desde un punto de vista práctico, al ser pocos los centros privados, los espacios disponibles para los bancos de crioconservación no pueden soportar un creciente número de embriones congelados, sobre todo si son los propios progenitores los que muchas veces dejan "olvidados" a sus embriones.

---

[610] ROSEMBERG, Estrella, loc. cit.
[611] ABELLÁN, Francisco y Javier SÁNCHEZ-CARO. *Bioética y ley en reproducción humana asistida. Manual de casos clínicos*…, óp. cit., p. 107.
[612] DE MIGUEL BERIAIN, Íñigo. *El embrión y la biotecnología. Un análisis ético-jurídico*…, óp. cit., p. 254.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

La Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida de España señala que "no es deseable la acumulación de embriones congelados, cuyo destino y posible utilización para la procreación puede provocar graves problemas de responsabilidad social, en especial si se produce esa acumulación bajo la responsabilidad de un número reducido de centros de decisión"[613]. Dicha comisión establece que es importante "considerar también que los plazos de congelación de los embriones tienen asimismo que ver con que el paso del tiempo aumenta el riesgo de muerte o separación de los padres, lo que puede dificultar su posterior capacidad de decisión y, como consecuencia, las actuaciones a desarrollar con los embriones"[614]. Finalmente, la comisión española hace referencia a la problemática que se deriva de "la posibilidad de que los embriones congelados sean finalmente destruidos"[615].

Saber cuántos embriones congelados existen es una tarea casi imposible. Salvo el caso de Catalunya, no parecen existir estadísticas oficiales actualizadas. Según Javier Marcó y Martha Tarasco, entre agosto de 1991 y marzo de 1998 existían, en el Reino Unido, 48,000 embriones congelados. Asimismo, afirman que en Francia habían 50,000 y en España, 25,000 embriones congelados[616].

El departamento de salud de Catalunya cuenta con un resumen de resultados en torno a las estadísticas de la reproducción humana asistida. La última versión de este

[613] COMISIÓN NACIONAL DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA DE ESPAÑA. *I informe anual de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida*, <http://www.elmedicointeractivo.com/ap1/emiold/informes/informe/reproduccion.htm#III3>
[614] Ibídem
[615] Ibídem
[616] MARCÓ, Javier y Martha TARASCO. *Diez temas de reproducción asistida*. Madrid: Ediciones Internacionales Universitarias, 2001, p. 57.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

documento recoge datos del año 2011[617]. Según la información que ahí se consigna, en Catalunya, durante el año 2011, se crioconservaron entre 30,000 y 35,000 embriones[618]. Las estadísticas demuestran que el número de embriones congelados aumenta considerablemente con el transcurso de los años. Entre el 2001 y el 2003 los embriones crioconservados no excedían los 10,000 por año. A partir de 2007, los embriones congelados no son menos de 20,000 por año[619].

La ley española sobre técnicas de reproducción asistida, establece que los preembriones[620] sobrantes pueden crioconservarse hasta el momento en que los especialistas lo consideren adecuado[621]. En el Perú, el proyecto de ley N° 1722/2012-CR, ley que regula la reproducción humana asistida, trata la cuestión de la crioconservación de embriones en los mismos términos que la legislación española. En consecuencia, esta iniciativa legislativa establece, en su artículo 11.3, que los preembriones sobrantes pueden crioconservarse por el tiempo que los médicos lo consideren pertinente[622]. Por su parte, el Reino Unido permite la crioconservación de embriones hasta por un periodo de 10 años[623].

La regulación jurídica sobre la crioconservación de embriones depende, evidentemente, del valor que se le atribuye al embrión no implantado. En tal sentido, la

[617] DEPARTAMENT DE SALUD – GENERALITAT DE CATALUNYA. *FIVCAT.NET Estadística de la Reproducció Humana Assistida a Catalunya, 2011, Resum de resultats*, versión actualizada al 3 de diciembre de 2014, <http://salutweb.gencat.cat/web/.content/home/el_departament/estadistiques_sanitaries/dades_de_salut_i_serveis_sanitaris/reproduccio_humana_assistida/documents/fivcat_2011_resum_resultats.pdf >
[618] Ídem, p. 15.
[619] Ibídem.
[620] La ley española establece que el preembrión es el "embrión *in vitro* constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde".
[621] Artículo 11.3, Ley 14/2006, de 26 de mayo de 2006, sobre técnicas de reproducción asistida.
[622] Proyecto de ley N° 1722/2012-CR, ley que regula la reproducción humana asistida, presentado el 15 de noviembre de 2012.
[623] Section 14, *Human Fertilisation and Embryology Act* (2008), UK.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

autorización de esta práctica está directamente relacionada con la cuestión de la personalidad moral del no nacido y su protección jurídica. Enemigos de la crioconservación de embriones generalmente sustentan su posición con base en la teoría de la fecundación, que equipara la personalidad moral del no nacido (desde sus más remotos inicios) con la de una persona nacida. De esta manera, suelen argumentar que la crioconservación atenta contra la dignidad, la vida y la salud del embrión[624].

La posición que rechaza la crioconservación de embriones considera además que "la condición humana del embrión hace que su destino natural sea desarrollarse hasta constituir una persona adulta, sin que quepa alterar, modificar o retardar el proceso por medios artificiales"[625]. Otro motivo de oposición a la crioconservación de embriones radica en la incertidumbre acerca de los posibles daños que pueden generarse, en el futuro, para la vida y la salud de la persona proveniente de un embrión congelado[626]. Finalmente, una fuerte razón contra la crioconservación se concentra en las consecuencias que esta trae consigo: la acumulación de miles de millones de embriones sobrantes sin destino cierto[627].

En atención a la protección jurídica del embrión que previamente desarrollé considero que hay buenas razones para estar a favor de la crioconservación. Como lo mencioné, el estatuto jurídico del embrión no es igual al de una persona. Antes de la

[624] DE MIGUEL BERIAIN, Íñigo. *El embrión y la biotecnología. Un análisis ético-jurídico*…, óp. cit., p. 255. Al respecto, Javier Marcó y Martha Tarasco señalan que: "la congelación es una ofensa a la dignidad del ser humano, pero además, se expone a los embriones a una grave riesgo de muerte o se daña su integridad (…)" (MARCÓ, Javier y Martha TARASCO,. loc. cit.).
[625] Ibídem.
[626] De Miguel afirma que: "La razón de nuestra oposición es, en primer lugar, la posibilidad de que la crioconservación somete a los embriones a un riesgo que puede llegar a producir daños que se manifestarán en los seres humanos en los que se transformarán en el futuro posibilidad que, no obstante, no ha sido nunca comprobada". (DE MIGUEL BERIAIN, Íñigo. *El embrión y la biotecnología. Un análisis ético-jurídico*…, óp. cit., p. 256)
[627] Ídem, p. 257.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

implantación, el embrión de laboratorio debe ser también protegido por el derecho de manera diferente al embrión implantado (al concebido). Debe recordarse que el embrión de laboratorio es la entidad más primitiva de un potencial individuo y que la crioconservación de embriones precisamente importa que estos se encuentren a pocas horas de la fecundación.

En términos generales, considero que en la discusión en torno a la crioconservación de embriones, se enfrentan dos posiciones difícilmente conciliables. Por un lado, la que defiende los considerables beneficios que la técnica de la crioconservación de embriones genera para la salud física y emocional de la usuaria de la FIV-TE. Por otro lado, la posición según la cual este congelamiento y posterior almacenamiento de los embriones atenta contra su derecho a la vida y pone en riesgo su futuro como persona nacida.

En mi opinión, la crionconservación de embriones debe permitirse en aras de proteger los derechos fundamentales involucrados de las personas que deciden recurrir a esta práctica: los derechos reproductivos, el derecho a la privacidad, el derecho a fundar una familia, el derecho a la integridad. Los derechos fundamentales de quienes deciden crioconservar embriones tienen un mayor peso, sobre todo por los beneficios de la crioconservación en la salud de la mujer, en atención al principio bioético de beneficencia que los especialistas deben aplicar.

Por ello, considero que una legislación sobre la FIV-TE debe necesariamente permitir a los participantes de esta TRA elegir crioconservar aquellos embriones viables no transferidos. De esta manera, un aspecto importante que esta práctica involucra es el

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

del consentimiento. En virtud de los principios bioéticos de autonomía e información, los usuarios de una FIV-TE deben saber que habrá embriones sobrantes y recibir toda la información necesaria sobre la crioconservación de embriones para que tomen una decisión. A grandes rasgos, considero conveniente que el consentimiento sea expreso y que conste por escrito. Asimismo, considero fundamental que puedan revocar su decisión en el momento que consideren pertinente. En caso de desacuerdo entre los participantes de la FIV-TE, la decisión final debe ser tomada por un tercero independiente e imparcial (tal vez una comisión) según los derechos e intereses involucrados.

Otro aspecto trascendental en torno a la crioconservación de embriones es la duración del congelamiento. En tal sentido, considero que no debe imponerse un máximo de tiempo, sino que este debe ser evaluado por los especialistas, en atención a las características del embrión y de la mujer cuyo vientre lo almacenará.

A pesar de considerar que la crioconservación de embriones es una práctica moralmente correcta y jurídicamente adecuada, el problema de la acumulación de millones de embriones, sin un destino determinado, persiste. La legislación española establece que los posibles destinos que pueden darse a los preembriones crioconservados son: "a) su utilización por la propia mujer o su cónyuge, b) la donación con fines reproductivos, c) la donación con fines de investigación, d) el cese de su conservación sin otra utilización (…)"[628].

[628] Artículo 11.4, Ley 14/2006, de 26 de mayo de 2006, sobre técnicas de reproducción asistida.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

1.1.1. La utilización de los embriones crioconservados por la propia mujer o por su cónyuge

Este primer posible destino de los embriones no entraña, a primera vista, discusión alguna. Los usuarios de la FIV-TE crioconservaron embriones y quieren tener otro hijo o reintentar tener uno si la primera FIV-TE no fue exitosa. En definitiva, deciden "descongelar" sus embriones y transferirlos al vientre de la mujer. Sin embargo, existen algunos otros supuestos que complican un poco esta primera opción: ¿qué sucede si hay embriones crioconservados y la pareja se separa o se divorcia? ¿Y si uno de los usuarios de la TRA fallece?

Evidentemente, ante estas dos situaciones descritas (separación o fallecimiento) es el consentimiento lo que debe primar. Así, en caso de separación, es la pareja la que deberá decidir qué hacer con sus embriones. Como lo mencioné previamente, si no hay acuerdo, considero pertinente que la decisión final sea tomada por un tercero independiente e imparcial, según los derechos e intereses de las partes involucradas. Por otro lado, si uno de los participantes de la FIV-TE muere, debe ser el sobreviviente quien decida el destino de los embriones crioconservados[629].

Si bien la transferencia a la mujer progenitora es uno de los destinos posibles para los embriones crioconservados, no considero que este supuesto involucre a los

[629] Resulta interesante que, si es el varón quien finalmente decide utilizar los embriones, solo podría hacerlo de una manera: a través de un vientre de alquiler (y el vientre de alquiler está prohibido en España). Ello no ha pasado desapercibido y algunos autores consideran que este artículo solo es aplicable para la pareja de lesbianas: "hay que tener en cuenta que si por *cónyuge* aceptáramos en este caso también al varón, toparíamos con la prohibición de no respetar el anonimato de los donantes –habría una donación abierta y dirigida de la mujer progenitora a favor de la nueva mujer receptora del embrión – y con la prohibición de 'gestación por sustitución', en el supuesto de que el varón quisiera tener el hijo exclusivamente a título personal valiéndose del útero de otra mujer" (ABELLÁN, Fernando y Javier SÁNCHEZ-CARO. *Bioética y ley en reproducción humana asistida. Manual de casos prácticos*…, óp. cit., p. 130).

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

embriones sobrantes. Como señalé, la autotransferencia de embriones o la decisión de trasladar sus propios embriones a su vientre no le otorga la condición de "sobrantes" pues los progenitores aún persisten en la decisión de utilizar sus embriones con fines reproductivos. Lo único que cambia con la crioconservación de embriones, en estos casos, es el momento en el cual hacen efectiva su decisión de ser padres en sentido biológico.

1.1.2. La donación de embriones crioconservados con fines reproductivos

En el caso de que los progenitores decidan terminar con la crioconservación de sus embriones y ya no utilizarlos, estos tienen la posibilidad de donar sus embriones. Por lo general, esta práctica implica la cesión de los embriones por parte de los progenitores al centro médico para que sea este el encargado de ofrecerlos a personas que necesitan embriones para poder tener hijos[630].

No considero que existan objeciones morales o jurídicas a la donación de embriones con el fin de que otros usuarios de una FIV-TE puedan utilizarlos. Por el contrario, la donación de embriones puede ser una alternativa para las personas cuyos óvulos o espermatozoides no se encuentran en condiciones óptimas de producir un embrión. A su vez, esta práctica podría reducir el número de embriones sobrantes y por ende, solucionar el problema de los embriones supernumerarios[631]. A pesar de ello, soy consciente que varios usuarios de una FIV-TE no optarían por este destino para sus embriones con amplio desapego y sin mayor inconveniente.

---

[630] Ibídem.

[631] La Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida española estableció en su primer y segundo informe anual que la donación de embriones "debe promoverse y plantearse a las personas que acudan a la fecundación *in vitro* incluso desde antes de que se haya llevado a cabo esta" (COMISIÓN NACIONAL DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA DE ESPAÑA, *¿Qué hacer con los embriones sobrantes?*..., óp. cit., p. 9)

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

Sin perjuicio de lo anterior, es importante que para la donación de embriones crioconservados se exija que el consentimiento de los progenitores de los embriones donantes sea expreso y conste por escrito. Los centros médicos deben informar de manera clara y comprensible en qué consiste esta práctica para que los donantes potenciales tomen una decisión informada. Los principios bioéticos de autonomía e información deben ser aplicados.

Aunque considero que el consentimiento es el aspecto clave de una eventual regulación de la donación de embriones crioconservados, existen algunas otras cuestiones importantes a tener en cuenta (que incluso pueden resultar problemáticas). Me refiero, por ejemplo al carácter gratuito de la donación o a los principios de anonimato y confidencialidad que, en muchos casos, rigen las donaciones[632]. En tal sentido, soy consciente de que es necesario optar por una respuesta al momento de discutir la donación de embriones con fines reproductivos como posible destino de los embriones crioconservados.

1.1.3. La donación de embriones crioconservados con fines de investigación

Es evidente que el desarrollo de la FIV-TE y, en general, de las TRA requiere que la investigación científica no se detenga. Y ello no solo ocurre con el ámbito reproductivo de las personas. Tal como lo reconoce la UNESCO en la Declaración universal sobre bioética y derechos humanos, "gracias a la libertad de la ciencia y la

[632] Al respecto, la legislación española consagra el carácter no lucrativo de las donaciones de los embriones con fines reproductivos (Art. 5, Ley 14/2006). En el Perú, por su lado, no existen leyes en torno a la donación de embriones, aunque la donación gratuita de órganos y tejidos humanos sí está regulada (Artículo 2 de la Ley N° 28189, Ley General de Donación y Trasplante de Órganos y/o Tejidos Humanos, de 24 de febrero de 2004). Asimismo, según la ley española, la confidencialidad y el anonimato son principios que rigen la donación de embriones (Artículo 5, Ley 14/2006). Para mayor información sobre la donación de embriones puede revisarse: ABELLÁN, Fernando y Javier SÁNCHEZ-CARO. *Bioética y ley en reproducción humana asistida. Manual de casos prácticos*…, óp. cit., pp. 83–106).

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

investigación, los adelantos científicos y tecnológicos han reportado, y pueden reportar, grandes beneficios a la especie humana, por ejemplo aumentando la esperanza de vida y mejorando la calidad de vida (…)"[633].

A pesar de lo anterior, la investigación con embriones humanos no es pacíficamente aceptada y muchos se resisten a aceptarla incluso cuando reconocen las considerables ventajas que la investigación en las etapas más tempranas de los embriones genera[634]. En concreto, señalan que el embrión merece respeto y por ello no debe ser instrumentalizado: "el ser humano nunca puede ser tratado como un medio, ya que es el único ser que vale por sí mismo y no pertenece a la categoría de bienes útiles o instrumentales"[635].

En este contexto, en la discusión de la donación de embriones crioconservados con fines de investigación entran en conflicto el derecho a gozar de los beneficios del avance científico y la libertad científica con la protección del embrión no implantado. Considero que en estos casos el derecho a gozar de los beneficios científicos y a la libre investigación deben primar aunque, evidentemente, tampoco deben considerarse derechos absolutos. De esta manera, donar embriones para la investigación sería una práctica moralmente válida y jurídicamente posible siempre que se respeten ciertos límites.

---

[633] ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA EDUCACIÓN, LA CIENCIA Y LA CULTURA (UNESCO), *Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos*, octubre de 2005.

[634] Por ejemplo, la investigación con las células troncales que el embrión conserva "abre importantes esperanzas para la curación de muchas patologías que por ahora son incurables" (GASCÓN, Marina y Pablo DE LORA. *Bioética. Principios, desafíos, debates*…, óp. cit., p. 300). En el mismo sentido puede revisarse: COMISIÓN NACIONAL DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA DE ESPAÑA, *¿Qué hacer con los embriones sobrantes?*..., óp. cit., p. 17)

[635] MARCÓ, Javier y Martha TARASCO. *Diez temas de reproducción asistida*…, óp. cit., p. 60.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

El aspecto más importante que debe destacarse es el consentimiento de los donantes. El principio de autonomía e información operan en los supuestos de donación de embriones con fines de investigación. Y, si bien ello no implica que los especialistas compartan toda la información del proyecto de investigación disponible con los donantes, sí es deseable que les expliquen, por lo menos, los objetivos principales de la investigación.

Algunas otras cuestiones involucradas en la donación de embriones para la investigación sí cuentan con un amplio consenso y resulta adecuado que sea así. A modo de ejemplo puedo citar la prohibición de transferir embriones humanos a animales, o la prohibición de investigar con embriones en centros no autorizados para ello o la prohibición de crear embriones con fines de investigación exclusivamente[636]. En todos estos casos la protección del embrión no implantado tiene un mayor peso.

En términos generales, considero que es importante una autoridad competente que autorice y evalúe detalladamente los proyectos de investigación con embriones. Al respecto, la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida de España ha desarrollado algunos requisitos que las investigaciones deben cumplir. Por ejemplo, "el motor de las investigaciones no puede ser meramente económico"[637], deben ser investigaciones "imposibles de realizar en el modelo animal"[638], los investigadores deben contar con protocolos de investigación claros y seguros, entre otros.

[636] Salvo el Reino Unido y Estados Unidos, la producción de embriones para la investigación está proscrita. Al respecto puede revisarse el artículo 18 del Convenio de Oviedo o el artículo 33.1 de la Ley 14/2007, de 3 de julio de 2007, de Investigación biomédica de España.
[637] COMISIÓN NACIONAL DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA DE ESPAÑA, *¿Qué hacer con los embriones sobrantes?...*, óp. cit., p. 10
[638] Ibídem.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

TESIS PUCP

1.1.4. El cese de la conservación de embriones

La opción de destrucción de los embriones es la última alternativa que la legislación española contempla como destino de los embriones crioconservados. Sin embargo, esta decisión exige que se cumpla cierto tiempo, el mismo que finalmente establece el médico y que está "vinculado a la persistencia de las condiciones clínicas adecuadas de la receptora"[639]. En tal sentido, el cese de la conservación de embriones "es secundario a cualquiera otra de las decisiones"[640].

Pretender que la destrucción de embriones no ocurre es negar una realidad que la FIV-TE trae consigo. Por lo tanto, no es viable prohibir de manera absoluta el cese de la conservación de embriones. En todo caso, es más razonable promover otros destinos antes que la destrucción de embriones. La Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida española ha señalado por ejemplo, que "es preferible la utilización de embriones congelados para fines de investigación, antes que su destrucción definitiva"[641].

En mi opinión, la destrucción de los embriones crioconservados debe ser el último posible destino, pues ello refleja la protección que el derecho le debe otorgar al embrión no implantado. Por esta razón, la existencia de una regulación en torno a sus posibles destinos es recomendable. Cabe recordar que, por ejemplo, en el caso Evans vs. el Reino Unido, la Corte Europea consideró válido que uno de los miembros de la

[639] ABELLÁN, Fernando y Javier SÁNCHEZ-CARO. *Bioética y ley en reproducción humana asistida. Manual de casos prácticos…*, óp. cit., p. 135.
[640] COMISIÓN NACIONAL DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA DE ESPAÑA, *¿Qué hacer con los embriones sobrantes?...*, óp. cit., p. 9.
[641] Ibídem.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

TESIS PUCP

pareja retirara su consentimiento para la continuación de la crioconservación de los embriones y que el centro médico procediera con la destrucción de los embriones[642].

Al igual que los otros destinos posibles, la decisión que comporta la destrucción de los embriones crioconservados debe ser una decisión libre e informada, en donde los principios bioéticos de autonomía e información entran en juego.

2. La maternidad subrogada

Los casos de maternidad subrogada son más de los que se suelen imaginar. A través de Internet, en el Perú, es sencillo encontrar anuncios de mujeres dispuestas a "alquilar" sus vientres:

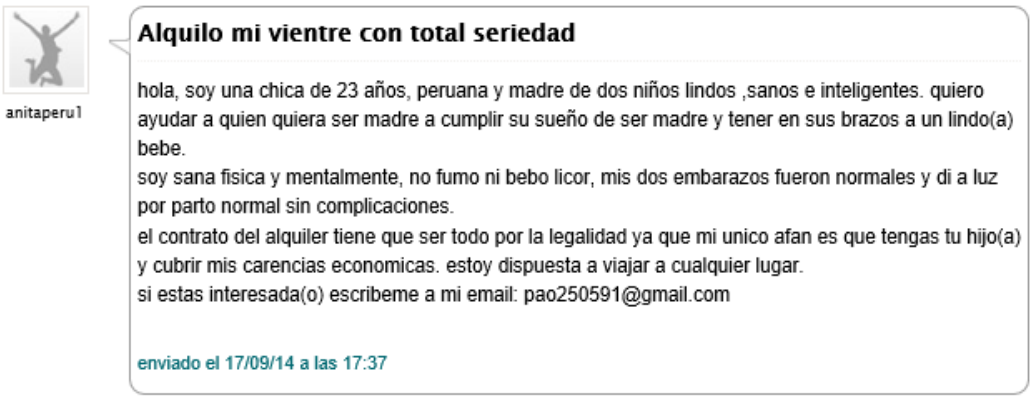
Figura 6: Anuncio de "vientre de alquiler" (I)[643]

[642] CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Evans vs. Reino Unido*…, óp. cit., párrs. 83–92.
[643] Anuncios clasificados en Perú, Anuncio#1872981, enero 2012, <http://www.anunico.pe/anuncio-de/otros_servicios/doy_en_alquiler_mi_vientre-1872981.html>

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

TESIS PUCP

Figura 7: Anuncio de "vientre de alquiler" (II)[644]



anitaperu1

Alquilo mi vientre con total seriedad

hola, soy una chica de 23 años, peruana y madre de dos niños lindos ,sanos e inteligentes. quiero ayudar a quien quiera ser madre a cumplir su sueño de ser madre y tener en sus brazos a un lindo(a) bebe.
soy sana fisica y mentalmente, no fumo ni bebo licor, mis dos embarazos fueron normales y di a luz por parto normal sin complicaciones.
el contrato del alquiler tiene que ser todo por la legalidad ya que mi unico afan es que tengas tu hijo(a) y cubrir mis carencias economicas. estoy dispuesta a viajar a cualquier lugar.
si estas interesada(o) escribeme a mi email: pao250591@gmail.com

enviado el 17/09/14 a las 17:37

Figura 8: Anuncio de "vientre de alquiler" (III)[645]

cielo mileska strauss winter

04 de Agosto de 2014 a las 14:27

hola mi nombre es cielo tengo 24 años, soy de peru - lima. soy una persona sana fisica y psicologica. me gusta hacer deporte, no me gusta el alcohol y nunca he probado ningun tipo de estupefaciente... tengo una niña de 3 años se llama milena es muy hermosa... soy una mujer de nobles sentimientos que sabe amar y dar, me gustaria regalarte el sueño de ser madre y ver en tus ojos amor y felicidad. me dirijo a todas las familias que tengan el sueño de ser padres. en cada casa hay una cuna esperando ser puesto un bebe... deseo yo ser la portadora de su sueño y despues de una realidad de nueve meses,para si darles lo que esperaron por tanto tiempo y asi completar su sueño y su familia...les dejo mi correo: cielomileska22@gmail.com. espero su pronta respuesta, por favor propuestas serias. atentamente: cielo mileska hello my name is heaven I have 24 years, I am from peru - lima. I am a physical and psychological healthy person. I like sports, I do not like alcohol and have never tried any kind of drug ... I have a 3 year old girl called milena is very beautiful ... I am a woman of noble sentiments that knows how to love and give, I would like give you the dream of being a mother and see in your eyes love and happiness. I go to all the families that have the dream of parenthood. in every house there is a crib waiting to be put on a baby ... I want to be the bearer of his dream a reality and after nine months, if you give them what they waited so long and so complete his dream and his family .. . I leave my mail: cielomileska22@gmail.com. I await your prompt response, please serious proposals. carefully: Mileska sky

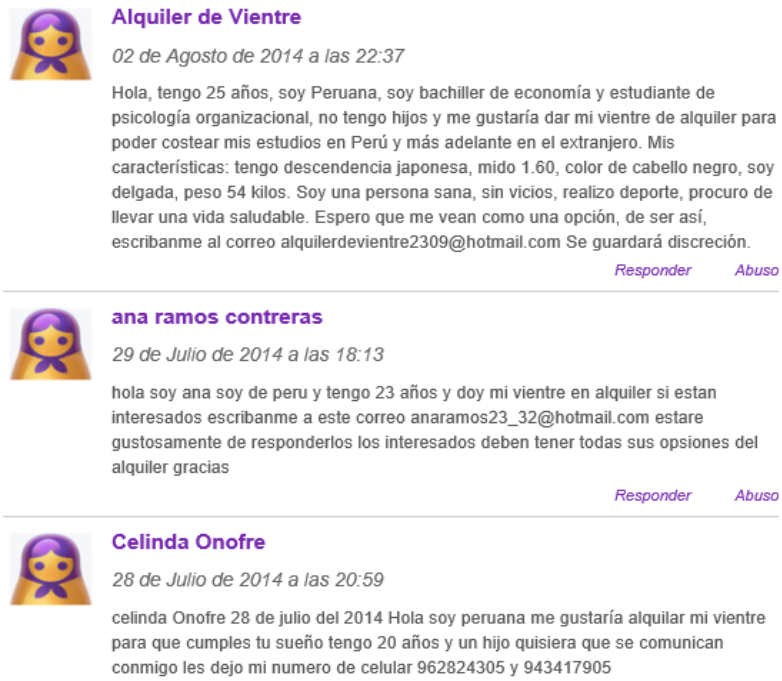
Responder *Abuso*

[644] Foro femenino, setiembre 2014, <http://foro.enfemenino.com/forum/f91/__f53792_f91-Busco-vientre-en-alquiler.html>

[645] Agosto 2014, <http://www.babysitio.com/preconcepcion/problemas_fertilidad_alquiler_vientre.php/comentarios>

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

Figura 9: Anuncios de "vientre de alquiler" (IV)[646]



Alquiler de Vientre

02 de Agosto de 2014 a las 22:37

Hola, tengo 25 años, soy Peruana, soy bachiller de economía y estudiante de psicología organizacional, no tengo hijos y me gustaría dar mi vientre de alquiler para poder costear mis estudios en Perú y más adelante en el extranjero. Mis características: tengo descendencia japonesa, mido 1.60, color de cabello negro, soy delgada, peso 54 kilos. Soy una persona sana, sin vicios, realizo deporte, procuro de llevar una vida saludable. Espero que me vean como una opción, de ser así, escribanme al correo alquilerdevientre2309@hotmail.com Se guardará discreción.

Responder *Abuso*

ana ramos contreras

29 de Julio de 2014 a las 18:13

hola soy ana soy de peru y tengo 23 años y doy mi vientre en alquiler si estan interesados escribanme a este correo anaramos23_32@hotmail.com estare gustosamente de responderlos los interesados deben tener todas sus opsiones del alquiler gracias

Responder *Abuso*

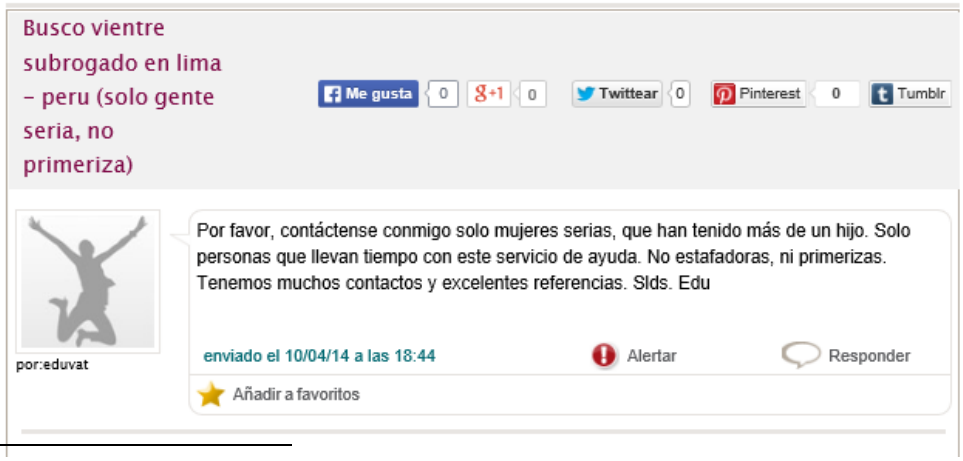
Celinda Onofre

28 de Julio de 2014 a las 20:59

celinda Onofre 28 de julio del 2014 Hola soy peruana me gustaría alquilar mi vientre para que cumples tu sueño tengo 20 años y un hijo quisiera que se comunican conmigo les dejo mi numero de celular 962824305 y 943417905

De la misma manera, existen en Internet anuncios de personas que solicitan un vientre de alquiler:

Figura 10: Anuncio de "vientre de alquiler" (V)[647]



Busco vientre subrogado en lima – peru (solo gente seria, no primeriza)

Me gusta 0 | g+1 0 | Twittear 0 | Pinterest 0 | Tumblr

por:eduvat

Por favor, contáctense conmigo solo mujeres serias, que han tenido más de un hijo. Solo personas que llevan tiempo con este servicio de ayuda. No estafadoras, ni primerizas. Tenemos muchos contactos y excelentes referencias. Slds. Edu

enviado el 10/04/14 a las 18:44 | Alertar | Responder

Añadir a favoritos

646 Agosto y julio 2014, <http://www.babysitio.com/preconcepcion/problemas_fertilidad_alquiler_vientre.php/comentarios>

647 Foro Femenino, abril 2014, <http://foro.enfemenino.com/forum/f91/__f57019_f91-Busco-vientre-subrogado-en-lima-peru-solo-gente-seria-no-primeriza.html>

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

TESIS PUCP

Figura 11: Anuncio de "vientre de alquiler" (VI)[648]

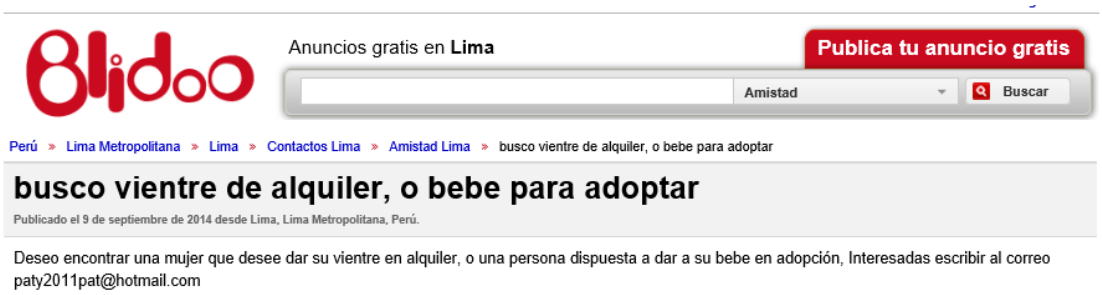
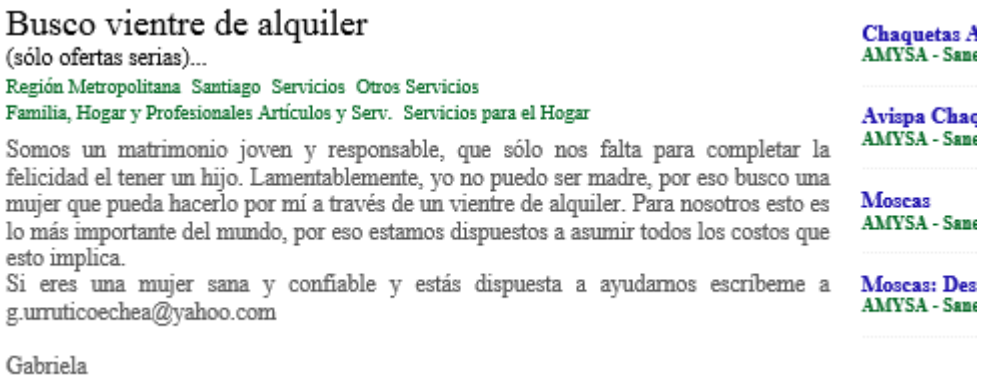


Figura 12: Anuncio de "vientre de alquiler" (VII)[649]



Este fenómeno no solo ocurre en el Perú. La "oferta" y la "demanda" de vientres de alquiler es una cuestión internacional. Es una práctica a través de la cual muchas mujeres de distintos países buscan ser madres sustitutas y en la que otro tanto de personas las contacta para poder cumplir sus deseos de tener hijos.

La maternidad subrogada, el vientre de alquiler, la madre de alquiler, la subrogación de útero, la gestación de sustitución, entre otras, son las denominaciones dadas al procedimiento que permite "sustituir en la gestación a la madre biológica

[648] Blidoo, setiembre 2014, <http://lima.blidoo.pe/busco-vientre-de-alquiler-o-bebe-para-adoptar-166173.html>
[649] Junio 2009, <http://rie.cl/?a=231155>

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

cuando su útero es incapaz de desarrollar adecuadamente un embarazo"[650]. El famoso informe Warnock señaló, en 1984, que la maternidad subrogada (*surrogacy*) era la práctica según la cual una mujer, en reemplazo de otra, llevaba en su útero a un futuro bebé con la intención de que este fuera entregado después del nacimiento[651].

La maternidad subrogada no supone ningún procedimiento de una complejidad especial. La madre sustituta o portadora es sometida a una FIV-TE para establecer un embarazo[652]. Al término de este, la madre sustituta entrega al bebé a quienes solicitan (o a quien solicita) su ayuda y renuncia a figurar como madre (y a serlo) del recién nacido.

Como resulta evidente, las formas en las que puede darse una maternidad subrogada son múltiples. Mediante una FIV-TE, el embrión puede ser producto tanto del óvulo como del espermatozoide de la pareja que necesita el vientre de alquiler o de gametos donados por terceros. El embrión también puede ser producto de la fecundación del óvulo de la madre sustituta por el espermatozoide del miembro de la pareja, así como producto de uno de los gametos de la pareja con otro donado. Según mis cálculos, en una maternidad subrogada pueden llegar a intervenir hasta 5 personas (la pareja que requiere el vientre de alquiler, una donante de óvulo, un donante de espermatozoide y la madre sustituta).

---

[650] DE MIGUEL BERIAIN, Íñigo. *El embrión y la biotecnología. Un análisis ético-jurídico*…, óp. cit., p. 241.

[651] En 1982, el gobierno del Reino Unido estableció un comité (Comité de investigación sobre la fertilización humana y la embriología) con el fin de que este examine las implicancias sociales, éticas y legales en el campo de la reproducción humana asistida. La presidenta de dicho comité fue Mary Warnock; por ello, el informe final, publicado en 1984, es conocido como el "Informe Warnock" (DEPARTAMENTO DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL. *Reporte del Comité de investigación sobre la fertilización humana y la embriología [Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology]*. Reino Unido, 1984, pp. 42–47).

[652] La madre sustituta también puede ser sometida a una inseminación artificial y además de prestar su vientre, sería también la madre genética. En la presente tesis no me concentraré en este supuesto.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

La corrección moral de la maternidad subrogada es cuestionada y actualmente no existe un consenso en torno a su permisión o a su prohibición. Jurídicamente, esta práctica está expresamente proscrita en España, Francia, Austria, Alemania, Italia y Finlandia. En países como Argentina, Bélgica o República Checa, la maternidad subrogada no está regulada. Por el contrario, Israel, Australia, Grecia, Holanda, Rusia, la India, el Reino Unido, Estados Unidos y Brasil tienen disposiciones jurídicas que permiten recurrir a un vientre de alquiler[653].

En el Perú, el artículo 7 de la Ley General de Salud establece que: "Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona (…)"[654] (subrayado añadido). Según la Corte Superior de Justicia de Lima, la Ley General de Salud, expresamente, ni prohíbe ni permite la maternidad subrogada en el país[655]. La Corte Superior considera que el artículo 7 en cuestión no es una norma imperativa, pues no existe ninguna sanción penal frente a su incumplimiento[656].

[653] En el caso Mennesson vs. Francia, la Corte Europea hizo un recuento de los países europeos que permitían, prohibían y los que no regulaban la maternidad subrogada. (CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Mennesson vs. Francia, sentencia de 26 de junio de 2014*, párr. 40–42).

[654] Ley General de Salud, ley N° 26842, publicada el 20 de julio de 1997. Actualmente existe un proyecto de ley (Proyecto de ley N° 2839/2013-CR, presentado el 30 de octubre de 2013) que modifica dicho artículo con el fin de autorizar "una nueva modalidad de maternidad conocida como maternidad sustituta parcial altruista". Según esta iniciativa legislativa, es válida la maternidad subrogada en donde la madre biológica (es decir, aquella que aporta el material genético) requiere de un vientre ajeno y otra mujer acepta ser la madre gestante de manera altruista. A pesar de que dicho proyecto aún no es aprobado, considero que este no es adecuado pues no regula de manera específica los problemas que un vientre de alquiler trae consigo. Es una modificación de la ley actual amplia y abstracta que podría traer más problemas que soluciones.

[655] DÉCIMO QUINTO JUZGADO ESPECIALIZADO DE FAMILIA DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA. Sentencia de 6 de enero de 2009…, óp. cit., p. 10.

[656] ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las personas. Concebido y personas naturales*…, óp. cit., p. 161.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

El Poder Judicial peruano no solo avala la práctica de la maternidad subrogada. Este también se ha pronunciado sobre la dificultad más clásica que la maternidad subrogada trae consigo: la determinación de la maternidad y la filiación[657]. Como se ha señalado, en el año 2009, la Corte Superior de Lima declaró fundada una demanda de impugnación de maternidad en favor de una señora que aportó su óvulo y cuya madre era la gestante. En el presente caso, la Corte Superior consideró que, cuando la madre genética y la madre gestante no recaían en una misma persona, la madre del menor debía ser jurídicamente determinada por "la filiación biológica, por la identidad sanguínea, por la identidad biológica que los genes transmiten de padres a hijos, la herencia de los caracteres anatómicos, citológicos y funcionales entre padres y los hijos"[658]. Y ello aun cuando en la partida de nacimiento figurara como madre quien alumbró al menor. En tal sentido, la Corte Superior dejó atrás el criterio del Derecho peruano según el cual la maternidad se determina por el parto (*mater semper certa est*)[659].

En una sentencia de casación de 2011, la Corte Suprema peruana también amparó a una pareja que contrató un vientre de alquiler y que, incluso, pagó a la madre sustituta. Así pues, en atención al interés superior del niño, la hija (cuyos padres biológicos eran el hombre de la pareja que contrató y la madre gestante) finalmente permaneció con la pareja a quien fue entregada en cumplimiento del acuerdo de vientre

[657] Entre otras dificultades que surgen de la maternidad subrogada puedo señalar la naturaleza del acuerdo de subrogación, las "cláusulas" que este acuerdo contiene (¿es posible revocar el consentimiento? ¿qué debe ser exigible a la madre sustituta? ¿debe la madre sustituta cobrar o si, por el contrario, debe ser siempre una acción altruista?, entre otras), las relaciones socioeconómicas que influyen en la decisión de ser madre sustituta, etc.

[658] DÉCIMO QUINTO JUZGADO ESPECIALIZADO DE FAMILIA DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA. *Sentencia de 6 de enero de 2009*…, óp. cit., p. 11.

[659] RUBIO CORREA, Marcial. *Las reglas del amor en probetas de laboratorio. Reproducción humana asistida y Derecho*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 1996, pp. 39–40.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

de alquiler y a pesar de que, en el acta de nacimiento, figuraran la madre gestante y su conviviente como los padres[660].

En ambos casos, el Poder Judicial consideró válida la maternidad subrogada y declaró como padres a quienes solicitaron a una madre sustituta. Sin perjuicio de ello, no comparto algunos de sus argumentos pues generan más incertidumbre que certeza.

Por ejemplo, en el primer caso, la Corte Superior decidió que, para el derecho, la madre se determina por criterios biológicos y por ello, una prueba de ADN era suficiente. Sin embargo, ¿qué hubiese sucedido si dicha señora no solo no podía llevar en su vientre a un hijo, sino que tampoco podía aportar un óvulo? Al respecto, Paula Siverino señala que "en esta ocasión, recurrir como 'criterio de verdad' a la prueba de ADN tuvo un final feliz, pero cabría preguntarse a qué solución se hubiese arribado si [la mujer] hubiera padecido alguna patología que le impedía aportar el óvulo y se hubiese recurrido tanto a la ovodonación o la embriodonación como a la 'maternidad subrogada'"[661].

En el segundo caso, llama la atención que, en más de una ocasión, la Corte Suprema reproche la "inmoralidad" de la madre sustituta y su conviviente por haber recibido dinero y no juzgue de la misma manera la conducta de la pareja que contrató el vientre de alquiler. Por ejemplo, la Corte Suprema consideró que los contratados para realizar el vientre de alquiler eran "padres que premeditadamente han acordado procrear un ser humano con la finalidad de entregarlo a otras personas, para a cambio recibir

[660] SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. *Sentencia Cas. N° 563-2011, de 6 de diciembre de 2011*.

[661] THÉRIAULT, Annie. "Reinventar a la cigüeña". *Ideele Revista*, N° 225, <http://revistaideele.com/ideele/content/reinventar-la-cig%C3%BCe%C3%B1>

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

beneficios (…) el actuar de los demandados ha estado plagado en todo momento por un interés económico lo que dista de los sentimientos de padres que aluden tener"[662]. Asimismo, la Corte Suprema señaló que "los demandados han demostrado el poco valor que le dan a la vida y la deplorable manipulación que han intentado hacer con la vida de un ser indefenso que merece toda protección (…)"[663].

En este mismo caso, en relación con la determinación de la filiación, la Corte Suprema alegó el interés superior del niño. Si bien estoy de acuerdo con que dicho principio se deba tomar en cuenta en situaciones en las que aspectos importantes de la vida privada del menor están involucrados (como lo son su identidad, sus lazos familiares, etc.), como sucede en el caso de una maternidad subrogada, no coincido con que el principio del interés superior del niño signifique que "en la eventualidad de un conflicto frente al presunto interés del adulto sobre el niño, prevalece el de este último"[664]. Cuando el interés superior del niño entra en conflicto con otros principios, no siempre son estos últimos los que deben desplazarse. La solución que la ponderación de principios brinda dependerá del caso en concreto.

Ahora bien, la cuestión de la filiación en los casos de la maternidad subrogada es más complicada cuando es internacional. Es decir, cuando en un país la maternidad subrogada está prohibida y una pareja recurre a esta en otro país en donde sí es legal, con el ánimo de regresar a su país de origen y que todos sus derechos como padres sean

[662] SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. *Sentencia Cas. N° 563-2011*…, óp. cit., p. 10
[663] Ídem, p. 13.
[664] Ídem, p. 8.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

reconocidos allí[665]. Son estas circunstancias las que la Corte Europea ha enfrentado en recientes sentencias[666].

Aunque en sus resoluciones, la Corte no exigió a los Estados autorizar o prohibir la maternidad subrogada, sí evaluó los problemas en materia de filiación que los vientres de alquiler produjeron en perjuicio de los menores. En concreto, la Corte se pronunció sobre las afectaciones que surgen cuando las autoridades de un país, donde el vientre de alquiler está proscrito, niegan reconocer la inscripción del nacimiento u otorgar un documento de viaje a un bebé producto de este procedimiento.

En los casos Mennesson y Labassee (ambos contra Francia), los demandantes alegaron que el rechazo de la inscripción de la partida de nacimiento de sus hijos nacidos mediante una maternidad subrogada, en un país donde esta sí era legal, implicaba la violación del artículo 8 del Convenio Europeo pues constituía una injerencia ilegítima en sus vidas familiares y privadas. La Corte Europea consideró que las autoridades francesas que no reconocían los lazos familiares entre los hijos nacidos por un vientre de alquiler y sus padres no vulneraban la vida familiar de los involucrados, aunque sí la vida privada de los menores[667].

---

[665] De hecho, este es el típico caso de varias personas españolas que viajan al extranjero (sobre todo a la India) en la búsqueda de vientres de alquiler. Al respecto puede revisarse: "Las familias españolas buscan vientres de alquiler 'baratos'". *El País*, 1 de mayo de 2014, <http://sociedad.elpais.com/sociedad/2014/05/01/actualidad/1398974404_290772.html>. "Vientres sin ley". *El País*, 3 de noviembre de 2013, <http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/11/01/actualidad/1383337785_128269.html>. "Atrapados en India por un vientre de alquiler". *El País*, 26 de agosto de 2013, <http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/08/26/actualidad/1377541171_287106.html>.

[666] CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Labassee vs. Francia, sentencia de 26 de junio de 2014*. *Caso Mennesson vs. Francia*. loc. cit. *Caso D. y otros vs. Bélgica, sentencia de 8 de julio de 2014*.

[667] CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Labassee vs. Francia*…, óp. cit., párr. 81 y *Caso Mennesson vs. Francia*…, óp. cit., párr. 102.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

La Corte Europea señaló que el no reconocimiento de la filiación entre padres e hijos nacidos mediante un vientre de alquiler cumplía con los requisitos estipulados para que una injerencia en la vida privada y familiar sea válida (artículo 8.2 del Convenio Europeo)[668]. Según la corte, tal medida estaba prevista por la ley, tenía fines legítimos y era necesaria en una sociedad democrática.

Para la Corte Europea, en Francia, el no reconocimiento de la filiación en casos de maternidad subrogada era previsible, pues el Código Civil claramente establecía que los convenios de vientres de alquiler serían nulos por ser contrarios a la concepción francesa del orden público internacional. En cuanto a sus fines, la corte consideró que la decisión de las autoridades francesas de no reconocer la filiación tenía el objetivo de proteger a los menores de edad así como a la madre sustituta, en atención a la protección de la salud y a la libertad. Finalmente, sobre la necesidad de dicha medida en una sociedad democrática, la Corte Europea señaló que, al no existir un consenso entre los Estados en torno a la regulación de la maternidad subrogada ni sobre los problemas relativos a la filiación que esta genera, el margen de apreciación de Francia para determinar que la prohibición de los vientres de alquiler es necesaria, era amplio. Sobre todo si se tenía en cuenta que se trataba de un tema con un fuerte contenido moral[669].

En ese contexto, la Corte Europea decidió analizar si el no reconocimiento de la filiación entre los padres e hijos producto de una maternidad subrogada como reflejo de

[668] El artículo 8.2 del Convenio Europeo establece: "(…) 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás".

[669] CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Mennesson vs. Francia*…, óp. cit., párrs. 51–86.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

la aplicación del orden público internacional francés lograba un equilibrio justo entre los intereses de la colectividad y el derecho a la vida privada y familiar de los demandantes[670]. Para ello, consideró pertinente distinguir entre la vida familiar de los padres y la vida privada de los hijos[671].

En relación con la vida familiar de los padres, la Corte Europea destacó que, sin el reconocimiento jurídico de los lazos familiares, sus vidas familiares serían más complicadas debido a los requisitos formales que ciertas situaciones exigían (por ejemplo, la inscripción de los hijos en la seguridad social o en el colegio). A pesar de ello, la corte consideró que Francia no vulneró el derecho a la vida familiar de los padres pues la filiación establecida en el país en donde nacieron los hijos (y en donde se permite la maternidad subrogada)[672] continuaba siendo válida.

Respecto de la vida privada de los hijos, la Corte Europea estableció que, en Francia, los menores estaban ante una situación de incertidumbre jurídica. Para la corte, la identidad de los menores se vulneraba si las autoridades francesas no reconocían la filiación de los hijos y sus padres establecida en el extranjero. Asimismo, el no reconocimiento afectaba la posibilidad de heredar o de ejercer otros derechos sucesorios de los menores, etc. Según la Corte Europea, en una maternidad subrogada, la identidad (comprendida por la determinación de la filiación) del menor estaba comprometida. Por ello, en atención al interés superior del niño, la Corte Europea declaró que el no reconocimiento de los lazos familiares establecidos en el extranjero en donde se llevó a

[670] Ídem, párr. 84.
[671] Ídem, párr. 86.
[672] Ídem, párrs. 87–94.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

cabo un vientre de alquiler vulneraba la vida privada de los nacidos mediante esta práctica[673].

Hasta el momento me he centrado en la cobertura jurídica que la maternidad subrogada ha recibido en materia de filiación por las instancias jurisdiccionales peruanas y por la Corte Europea. Sin embargo, ello no resuelve la cuestión de la (in)moralidad de los vientres de alquiler ni lo que el derecho debe hacer frente a esta práctica: ¿debe prohibirse? ¿Debe autorizarse? ¿Cómo debe regularse?

En términos generales, son dos los argumentos clásicos en contra de la maternidad subrogada. El primero hace referencia a la afectación de la dignidad del no nacido y el segundo, a la instrumentalización de la mujer. Quienes consideran que prohibir la maternidad subrogada, incluso penalizarla, es la mejor opción generalmente conjugan ambos argumentos.

Por un lado, la inmoralidad de la maternidad subrogada recae en la visión comercial de los participantes sobre el procedimiento que considera que, al igual que una mercancía o un objeto, el no nacido puede comprarse y venderse, sin mayor complicación, gracias a los acuerdos de vientres de alquiler. De la misma manera, se rechaza que la mujer que ofrece su vientre sea tratada como un simple medio para cumplir los deseos de terceros. Para Íñigo de Miguel, en la maternidad subrogada "es innegable (…) que se produce una cosificación tanto del embrión, que es tratado como

[673] Ídem, párrs. 96-101.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

objeto de deseo, como de la gestante, que no cumple otro papel que el de herramienta de producción"[674].

En relación con la vulneración de la dignidad del no nacido debo, en principio, recordar que si bien el no nacido es sujeto de derecho para el derecho peruano, su protección jurídica es gradual y aumenta según su desarrollo biológico. En esa línea, considero que alegar la vulneración a la dignidad del no nacido no es adecuado pues sugiere equiparar su estatuto jurídico al de una persona y ello no es así. En todo caso se trata de ponderar, por un lado, la protección progresiva del no nacido y, por el otro, los derechos fundamentales de los participantes (derecho a la salud, derechos reproductivos, derecho a fundar una familia) que entran en juego en la maternidad subrogada.

Además, no es cierto que los bebés sean considerados como objetos pues "el ser humano nacido en cumplimiento de un contrato de maternidad de sustitución es un ser humano, es decir, es titular de derechos humanos y en ningún caso podría ser tratado como un objeto de propiedad de quienes contrataron con la madre sustituta"[675]. Que un niño haya nacido gracias a la maternidad subrogada no implica, *per se*, que su dignidad esté afectada. Por ello, rechazo la postura que afirma que el nacimiento de un bebé por vientre de alquiler "puede suponer un deterioro de su legítimo interés en ser concebido, gestado, traído al mundo y educado por sus propios padres, causándose así un indudable menoscabo a la dignidad humana"[676]. En la maternidad subrogada, el niño no es tratado

[674] DE MIGUEL BERIAIN, Íñigo. *El embrión y la biotecnología. Un análisis ético-jurídico…*, óp. cit., p. 246.
[675] GASCÓN, Marina y Pablo DE LORA. *Bioética. Principios, desafíos, debates…*, óp. cit., p. 90.
[676] DE MIGUEL BERIAIN, Íñigo. *El embrión y la biotecnología. Un análisis ético-jurídico…*, óp. cit., p. 244.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

con crueldad ni es humillado durante el embarazo ni después de este, así como tampoco pierde la titularidad de sus derechos por haber sido albergado en un vientre "ajeno".

Tampoco considero cierto que en la maternidad subrogada la madre sustituta sea instrumentalizada. Quien recurre a un vientre de alquiler no ve a la madre sustituta solo como un simple medio para lograr tener un hijo. La dignidad de la madre sustituta no es afectada por llevar en su útero a un futuro bebé que debe entregar al momento del nacimiento ni por su compromiso a renunciar a los derechos de maternidad.

Lo que sí ocurre con varias mujeres que ofrecen sus vientres en alquiler es que sus decisiones están vinculadas a problemas sociales (falta de recursos). Sin embargo, ello no es una razón suficiente para prohibir la maternidad subrogada, sino que es una razón para regularla y generar condiciones para que los acuerdos sean los más equitativos posibles. Sobre esto último, Marina Gascón y Pablo de Lora alegan una razón más: el argumento según el cual solo las mujeres desfavorecidas son las que buscan ser madres sustitutas para mejorar sus situaciones no constituye una objeción de principio a la maternidad subrogada ya que "si las condiciones fueran otras –las de una sociedad igualitaria–, no habría razones para impedir el intercambio de gestación por dinero"[677].

El argumento que, por excelencia, defiende la maternidad subrogada es el de la libertad personal. Al ser cada mujer libre y tener la capacidad de elegir autónomamente si quiere o no ofrecer su vientre en alquiler, nada ni nadie debe impedírselo salvo que afecte a terceros. Como no existen daños a terceros en una maternidad subrogada y en

[677] GASCÓN, Marina y Pablo DE LORA. *Bioética. Principios, desafíos, debates*…, óp. cit., p. 87.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

atención a que las medidas paternalistas ilegítimas o perfeccionistas en un estado constitucional están proscritas, no hay razón de peso que autorice rechazar los vientres de alquiler.

En virtud de lo anterior, considero que, a grandes rasgos, la maternidad subrogada no es "inmoral" y que el derecho debe regularla de manera cuidadosa. Dado que esta práctica involucra diversas dificultades éticas considero que el derecho no debe recurrir a formulaciones abiertas sino a una regulación clara, en atención a los principios bioéticos y a efectos de evitar toda conducta que pueda atentar contra los derechos fundamentales de los involucrados.

En definitiva, considero que, como mínimo, una legislación que permite la maternidad subrogada debe tener en cuenta lo siguiente:

a) El consentimiento de todos los intervinientes en una maternidad subrogada es absolutamente necesario. Todas las partes deben estar bien informadas sobre las consecuencias, riesgos y beneficios que un vientre de alquiler importa. El respeto y aplicación de los principios de autonomía e información tienen que estar asegurados.

b) La compensación a la madre sustituta debe contemplarse. Si bien la maternidad subrogada puede producirse de manera altruista, es conveniente considerar que, por lo menos, a la madre sustituta debe pagársele los gastos por consultas médicas, dietas especiales, medicamentos y todo aquello que involucra un embarazo sano.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

c) En atención de los principios de no instrumentalización, de justicia y de paternalismo, considero oportuno que los acuerdos de maternidad subrogada estén supervisados por una entidad independiente e imparcial. En ese sentido, dicha entidad debe evaluar, caso por caso, las cláusulas del acuerdo y su cumplimiento. Asimismo debe estar en condiciones de resolver cualquier controversia que pueda surgir en el marco del acuerdo de la maternidad subrogada. Esta consideración me parece importante si se tiene en cuenta que pueden existir, realmente, cláusulas abusivas en los acuerdos de vientre de alquiler. Por ejemplo, los pagos estipulados pueden ser muy elevados o muy escasos, puede darse la pretensión de un control excesivo sobre las actividades que la gestante realiza en su vida cotidiana, puede estipularse la posibilidad de obligar a la madre sustituta a abortar al no nacido con problemas de salud, entre otros.

d) En aplicación del principio de paternalismo, la revocación de la decisión de la madre sustituta debe estar permitida hasta algunos meses después del nacimiento. Dicha posibilidad de cambiar de opinión debe generar, por lo menos, el pago de una indemnización (y la devolución de las prestaciones económicas que la madre sustituta recibió durante la gestación). Tal revocación debe estar permitida, sobre todo, cuando la madre gestante es también la madre genética.

e) La determinación de la filiación de los niños nacidos gracias a una maternidad subrogada no debe guiarse solo por el criterio genético y el sometimiento a una prueba de ADN. Debe atenderse al interés superior del niño, así como a las circunstancias del caso en concreto. La presunción que afirma que la maternidad se determina por el parto no debe entenderse como una presunción *iuris et de iure*.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

En vista de los puntos expuestos, considero que es posible y recomendable regular adecuadamente la cuestión de la maternidad subrogada. El derecho debe intervenir cuidadosamente pues prohibir absolutamente la maternidad subrogada o dejarla al libre albedrío de los involucrados puede conllevar a problemas que el derecho debe, en principio, evitar en aras de proteger al no nacido y los derechos fundamentales de la madre sustituta y de quienes requieren recurrir a un vientre de alquiler para lograr ser padres. La misma reflexión es válida, en general, para los desafíos de la FIV-TE que aquí he planteado. El derecho debe regular los temas que el mundo de la reproducción asistida genera precisamente para evitar el abuso y la arbitrariedad.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

TESIS PUCP

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

Conclusiones

1. La bioética es una disciplina que reflexiona sobre el uso de los avances científicos en la vida de las personas desde una perspectiva interdisciplinaria. Dado que sus objetos de estudio son generalmente cuestiones polémicas, de fuerte carga moral, el análisis bioético debe responder a una ética de mínimos compatible con el estado constitucional.

2. Los principios bioéticos clásicos de autonomía, no maleficencia, beneficencia y justicia, sumados a los principios auxiliares de información y no instrumentalización y a los principios secundarios de paternalismo, secretismo, utilitarismo restringido y de la diferencia son herramientas de solución que deben guiar la discusión bioética. A partir de estos principios deben construirse reglas concretas de actuación que los problemas prácticos de la medicina requieren.

3. La transformación de los principios bioéticos a reglas ("la juridificación de la bioética") debe respetar los derechos humanos nacional e internacionalmente reconocidos. En esa medida, una concepción reglamentista de la bioética, que busque el establecimiento de reglas, es compatible con la noción de estado constitucional.

4. La medicina reproductiva tuvo sus orígenes entre 1976-1979. La fertilización *in vitro* empezó a desarrollarse en los años 70 y en 1978, la primera bebé probeta del mundo nació en Inglaterra. En América Latina, la FIV se inició desde la

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

década de 1980. En 1989 nació la primera bebé probeta en el Perú. Actualmente se calcula que en mundo existen, aproximadamente, cinco millones de personas gracias a las técnicas de reproducción asistida. Entre los años 1990-2011, 111,279 personas fueron concebidas en América Latina mediante una técnica de reproducción asistida. De dicha cifra, 4,927 personas son peruanas.

5. La fertilización *in vitro* debe analizarse a la luz de los derechos fundamentales de las personas que deciden someterse a esta y del estatuto del no nacido. En relación con lo primero, no solo están involucrados los derechos fundamentales de las personas infértiles, sino también los derechos de las personas sin problemas de fertilidad pero que desean tener hijos biológicos (como las mujeres u hombres solteros o los homosexuales). En este orden de ideas, en la fertilización *in vitro* (y en general, en toda técnica de reproducción asistida) entran en juego el derecho a la salud reproductiva, los derechos reproductivos, el derecho a la libertad, a la vida privada, a formar una familia, a la integridad, a la información, a gozar de los avances científicos y el derecho a la dignidad personal.

6. Existen diversas teorías sobre la personalidad moral del no nacido. Entre ellas, la teoría gradualista de la protección de la personalidad moral es la más adecuada para determinar el estatuto del no nacido porque, sin negarle valor moral, considera que debe ser protegido de manera gradual, en virtud de la progresividad de su desarrollo biológico, hasta el nacimiento. De ahí que diversas altas cortes de justicia así como distintas instancias internacionales, que

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

se han pronunciado sobre el estatuto del no nacido, hayan optado por la teoría gradualista.

7. De las diversas resoluciones de los distintos órganos de los tratados del Sistema Universal de los Derechos Humanos se desprende que en dicho sistema no se otorga una protección absoluta al no nacido. Por su parte, en el sistema regional, la Corte IDH, en el caso Artavia Murillo, ha resuelto que el no nacido no es una persona ni titular de los derechos consagrados en la Declaración Americana o en la Convención Americana. Al interpretar el artículo 4.1 de la Convención Americana, que consagra el derecho a la vida, la Corte IDH ha sostenido que no protege incondicionalmente al que está por nacer. Sobre la frase "desde la concepción" ha sostenido que debe entenderse "desde la implantación", por lo que antes de este evento, el artículo 4.1 de la Convención Americana no es aplicable. Asimismo, ha afirmado que la protección a la vida del no nacido es gradual e incremental, según su desarrollo biológico.

8. Por su parte, la jurisprudencia de la Corte Europea establece que el ámbito de protección del artículo 2.1 del Convenio Europeo, que regula el derecho a la vida, solo incluye a las personas nacidas y no al que está por nacer. Además, reconoce a los estados europeos un margen de discrecionalidad para el establecimiento de la protección de la vida prenatal que, sin embargo, no es ilimitado y deberá responder a la ponderación de los derechos en conflicto. Finalmente, la jurisprudencia española (sentencia N°53/1985), colombiana (sentencia C-355/06) y mexicana (sentencia sobre la acción de

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

inconstitucionalidad N° 146/2007 y su acumulada N° 147/2007) coinciden en señalar que el no nacido no es una persona ni titular del derecho a la vida. Consideran, no obstante, que la vida del no nacido es un bien constitucionalmente protegido y que tal protección es gradual, según la etapa biológica en la que el no nacido se encuentre, hasta el nacimiento.

9. En el Perú, la interpretación del estatuto jurídico del no nacido, realizada de acuerdo a la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución, debe responder a lo resuelto por la Corte IDH en el caso Artavia Murillo. En tal sentido, aunque el concebido sea un sujeto de derecho según el artículo 2.1 de la Constitución, este no debe ser considerado una persona hasta su nacimiento. En consecuencia, el concebido no es titular del derecho a la vida aunque ello no implique que su vida se encuentre desprotegida. La vida del concebido debe ser protegida jurídicamente de manera gradual, en atención al desarrollo biológico, desde la implantación.

10. El embrión de laboratorio debe ser tutelado por el derecho. Es necesaria una regulación que establezca los alcances de dicha protección. En la medida que el embrión de laboratorio es la entidad más inicial de una vida potencial, su protección no es la misma que la otorgada al concebido y debe tomar en cuenta los derechos de las personas involucradas en la fertilización *in vitro*.

11. El no nacido y el nacido tienen estatutos jurídicos distintos, que se expresan en el artículo 2.1. de la Constitución y en el resto del ordenamiento peruano, e incluso, en la propia práctica de la fertilización *in vitro*. Que en el Perú la FIV-

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

TE se practique a pesar de que no se encuentre jurídicamente regulada y que no se pretenda su eliminación, refuerza la distinta valoración que se otorga a la persona y al no nacido así como la tesis de los estatutos jurídicos diferentes.

12. Los desafíos que la fertilización *in vitro* plantea persisten aunque se sostenga la tesis de la distinción entre los estatutos jurídicos del nacido y del no nacido. El destino de los embriones sobrantes y la maternidad subrogada son dos de ellos. Sobre los posibles destinos de los embriones sobrantes, la crioconservación de embriones es la primera alternativa jurídicamente válida. La donación de los embriones crioconservados con fines reproductivos o de investigación se encuentra en segundo y tercer lugar, respectivamente. El último destino de los embriones sobrantes debería ser su destrucción. Este orden de posibilidades refleja la valoración y protección que el derecho debe otorgar al embrión de laboratorio. En todos los casos, los principios bioéticos de información y autonomía son los que guían la elección de uno u otro destino.

13. La maternidad subrogada es una práctica que no debe prohibirse. "Los vientres de alquiler" no vulneran la dignidad del embrión pues éste no es una persona. La maternidad subrogada tampoco instrumentaliza a la mujer pues la decisión de ser una madre sustituta es libre y autónoma. Por estas razones, la opción más adecuada es la de regular la maternidad subrogada en atención a los derechos en conflicto y según los principios bioéticos aplicables.

14. La fertilización *in vitro* es una técnica de reproducción asistida compleja y debatible. En el Perú esta ha logrado que miles de personas sean madres y

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

padres en sentido biológico, a pesar de que no exista ninguna norma jurídica específica al respecto. Formular un marco jurídico, en el marco del estado constitucional, es necesario para establecer las necesidades y los límites de la fertilización *in vitro*. En efecto, es el derecho el llamado a proteger y garantizar los derechos humanos frente al vertiginoso avance de la ciencia, incluida la ciencia reproductiva.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

TESIS PUCP

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

Bibliografía

ABAD YUPANQUI, Samuel B.

2010 *Constitución y procesos constitucionales. Estudio introductorio, legislación, jurisprudencia e índice.* Cuarta edición. Lima: Palestra.

2012 *¿Es el Perú un estado laico? Análisis jurídico desde los derechos sexuales y derechos reproductivos*. Lima: Católicas por el derecho a decidir.

ABDALLAH, Daar y Zara MERALI

2002 "Infertility and Social Suffering: The Case of ART in Developing Countries". *Current Practices and Controversies in Assisted Reproduction*, Ginebra: WHO, pp. 15-21.

ABELLÁN, Francisco y Javier SÁNCHEZ-CARO

2009 *Bioética y ley en reproducción humana asistida. Manual de casos clínicos.* Granada: Comares.

ALEMANY, Macario

2005 "El concepto y la justificación del paternalismo". *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 28, pp. 265-303.

2014 "Las fronteras de la autonomía en el ámbito clínico: el caso de los «Wannabe»". *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, N° 18, pp. 229-246.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

TESIS PUCP

ALEXY, Robert

2010 *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica.* Lima: Palestra.

AMEZCUA, Luis.

s.f. "Algunos puntos relevantes sobre la dignidad humana en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", pp. 339-355. <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r24334.pdf>

ASOCIACIÓN MÉDICA MUNDIAL

2006 *Resolución sobre las tecnologías de reproducción asistida, adoptada por la 57 Asamblea General*. Octubre.

ATIENZA, Manuel

2010 *Bioética, derecho y argumentación*, segunda edición ampliada, Lima/Bogotá: Palestra/Temis.

ÁVALOS CAPÍN, Jimena

2013 "Derechos reproductivos y sexuales". *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, pp. 2267-2289. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/8/3568/38.pdf>.

BALLESTA BALLESTER, Francisco José

2001 "El equívoco de la esterilidad: ¿enfermedad o manipulación?". *Revista de Bioética y Derecho*, número 23, pp. 21–34.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

TESIS PUCP

BARANY, Arpad.

2008 "Historia de la reproducción asistida en Venezuela". En: URBINA, María Teresa y Jorge LERNER BIBER (directores). *Fertilidad y reproducción asistida.* Caracas: Médica panamericana, pp. 3-15.

BEAUCHAMP, Tom L. y James F. CHILDRESS

2013 *Principles of Biomedical Ethics*. Séptima edición. Oxford: Oxford University Press.

BESERENI, Sadek

2008 "Implantación embrionaria". En: URBINA, María Teresa y Jorge LERNER BIBER (directores). *Fertilidad y reproducción asistida.* Caracas: Médica panamericana, pp. 125-138.

BOHÓRQUEZ MONSALVE, Viviana y Javier AGUIRRE ROMÁN

2009 "Las tensiones de la dignidad humana: conceptualización y aplicación en el derecho internacional de los derechos humanos". *Revista SUR,* volumen 6, número 11, pp.41-62. <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r24903.pdf>

CARBONELL, Miguel

2011 "Los tratados internacionales y el sistema interamericano de derechos humanos". Consulta: 15 de junio de 2014.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

<http://www.miguelcarbonell.com/docencia/Tratados_internacionales_y_el_sistema_interamericano_de_derechos_humanos.shtml>

CASADO GONZÁLEZ, María

2001 "¿Por qué bioética y derecho?" *Acta Bioethica*, vol. 8, N° 2, pp. 183-193.

CASALÍ, Pablo; CASANOVA Luis et al.

2013 *El Sistema de Salud del Perú: situación actual y estrategias para orientar la extensión de la cobertura contributiva.* Perú: Organización Internacional del Trabajo.

CELY, Gilberto

2007 *Bioética global*, Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana.

CIUDAD DEL VATICANO

1983 *Carta de los derechos de la familia de la Santa Sede*. 22 de octubre.

COLEGIO MÉDICO DEL PERÚ

2007 *Código de ética y deontología.* Octubre.

COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS

2003 *Resolución N° 2003/28: El derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.* 22 de abril.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

COMISIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR DEL INDECOPI.

2003 *Resolución N° 1079-2003/CPC, expediente N° 763-2003-CPC.* 26 de noviembre.

COMISIÓN EUROPEA

1977 *Caso Brüggemann y Scheuten vs. República Federal de Alemania, aplicación N° 6959/75.* 12 de julio.

1980 *Caso Paton vs. Reino Unido, aplicación N° 8416/78.* 13 de mayo.

1992 *Caso R.H. vs. Noruega, aplicación N° 17004/90.* 19 de mayo.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

1981 *Caso Baby Boy vs. Estados Unidos de América, resolución N° 23/81.* 6 de marzo.

2006 *Informe N° 85/06, petición 225-04, James Demers vs. Canadá.* 21 de octubre.

2010 *Informe N° 85/10, caso 12.361, Gretel Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica.* 14 de julio.

2013 *Solicitud de medidas cautelares a favor de "B" en El Salvador, MC-114-13.* 29 de abril.

COMISIÓN NACIONAL DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA DE ESPAÑA

s.f. I informe anual de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida. Consulta: 23 de setiembre de 2014. <http://www.elmedicointeractivo.com/ap1/emiold/informes/informe/reproduccion.htm#III3>

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

2000 "¿Qué hacer con los embriones sobrantes?" Resumen del II Informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida.

COMITÉ CONTRA LA TORTURA

2013 *Observaciones finales: Perú (CAT/C/PER/CO/5-6).* 21 de enero.

COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA

2009 Opinión del Comité de Bioética de España a propósito del proyecto de Ley Orgánica de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo.

COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES.

2000 *Observación general N° 14, E/C.12/2000/4.* 11 de agosto.

2012 *Observaciones finales: Perú (E/C.12/PER/CO/2-4).* 30 de mayo.

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS.

1990 *Observación general N° 19: La familia (artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).*

2005 *Dictamen sobre la comunicación N° 1153/2003, CCPR/C/85/D/1153/2003.* 24 de octubre.

2011 *Dictamen sobre la comunicación N° 1608/2007, CCPR/C/101/D/1608/2007.* 29 de marzo.

2013 *Observaciones finales: Perú (CCPR/C/PER/CO/5).* 29 de abril.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER (CEDAW)

1999 *Recomendación General N° 24: la mujer y la salud*.

2007 *Observaciones finales: Perú (CEDAW/C/PER/CO/6).* 2 de febrero.

2011 *Dictamen sobre la comunicación N° 22/2009, CEDAW/C/50/D/22/2009*. 17 de octubre.

CONFERENCIA INTERNACIONAL SOBRE LA POBLACIÓN Y EL DESARROLLO

1994 *Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo.* El Cairo. 5-13 de setiembre.

CONGREGACIÓN PARA LA DOCTRINA DE LA FE

1974 *Declaración sobre el aborto de la Congregación para la Doctrina de la Fe*. 11 de noviembre.

1987 *Instrucción Donum Vitae, sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación*. 22 de febrero.

2008 *Instrucción Dignitas Personæ, sobre algunas cuestiones de bioética*. 8 de setiembre.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

1979 *Diario de los debates de la Comisión Principal, Constitución de 1979.* <http://www.congreso.gob.pe/dgp/constitucion/constitucion1979.htm>

1993 *Diario de los debates de la Comisión de Constitución y de Reglamento 1993*.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

<http://www.congreso.gob.pe/dgp/constitucion/1993/const1993nivel2-a-i.htm>

2012 *Proyecto de ley N° 1722/2012-CR.*

2013 *Proyecto de ley N° 2839/2013-CR.*

2014 *Proyecto de ley N° 3744/2014-CR.*

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA.

1994 *Sentencia T-411/94*. 19 de setiembre.

1996 *Sentencia T-474/96*. 25 de setiembre.

1997 *Sentencia C-309/97*. 25 de junio.

2002 *Sentencia T-659/02*. 15 de agosto.

2006 *Sentencia C-355/06.* 10 de mayo.

2009 *Sentencia T-890/09.* 1 de diciembre.

2010 *Sentencia T-550/10.* 6 de julio.

2012 *Sentencia T-899/12.* 2 de noviembre.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS

1992 *Caso Open Door y Dublin Well Woman vs. Irlanda.* Sentencia de 29 de octubre.

1997 *Caso X, Y y Z Vs. Reino Unido.* Sentencia de 22 de abril.

2002 *Caso Pretty vs. Reino Unido.* Sentencia de 19 de abril.

Caso Boso vs. Italia. Sentencia de 5 de setiembre.

2005 *Caso Vo vs. Francia*. Sentencia de 8 de julio.

2006 *Caso Evans vs. Reino Unido*. Sentencia de 7 de marzo.

2007 *Caso Tysiac vs. Polonia*. Sentencia de 20 de marzo.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

Caso Dickson vs. Reino Unido. Sentencia de 4 de diciembre.

2010 *Caso Schalk y Kopf vs. Austria*. Sentencia de 22 de noviembre.

Caso A, B, C vs. Irlanda. Sentencia de 16 de diciembre.

2011 *Caso R.R. vs. Polonia*. Sentencia de 26 de mayo.

Caso S.H. y otros vs. Austria. Sentencia de 3 de noviembre.

2014 *Caso Labassee vs. Francia*. Sentencia de 26 de junio.

Caso Mennesson vs. Francia. Sentencia de 26 de junio.

Caso D. y otros vs. Bélgica. Sentencia de 8 de julio.

CORTE IDH

1983 *Restricciones a la Pena de Muerte (Arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos).* Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de septiembre.

1988 *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras.* Sentencia de 29 de julio.

1994 *Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos).* Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre.

1995 *Caso Neira Alegría y otros vs. Perú*. Sentencia de 19 de enero.

1999 *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre.

Caso "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Sentencia de 19 de noviembre.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

2001 *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Sentencia de 14 de marzo.

2002 *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin vs. Trinidad y Tobago*. Sentencia de 21 de junio.

2003 *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre.

Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala. Sentencia de 25 de noviembre.

2005 *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*. Sentencia de 26 de junio.

2006 *Caso Penal Castro Castro vs. Perú*. Sentencia de 25 de noviembre.

2007 *Caso Escué Zapata vs. Colombia*. Sentencia de 4 de julio.

Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador. Sentencia de 21 de noviembre.

2008 *Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia*. Sentencia de 28 de enero.

2009 *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. Sentencia de 16 de noviembre.

2011 *Caso Gelman vs. Uruguay*. Sentencia de 24 de febrero.

2012 *Caso Artavia Murillo y otros ("Fertilización in vitro") vs. Costa Rica*. Sentencia de 28 de noviembre.

2013 *Medidas provisionales respecto de El Salvador en el Asunto B.* Resolución de 29 de mayo.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COSTA RICA

2000 *Sentencia N° 2000-02306, recaída en el expediente N° 95-001734-007-CO.* 15 de marzo.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

TESIS PUCP

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA

2009 *Sentencia de 25 de agosto, causa Arriola, Sebastián y otros s/ causa N° 9080*.

CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS

1973 *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113

CORTINA, Adela

2001 *Ética aplicada y democracia radical*. Tercera edición. Madrid: Tecnos.

CUARTA CONFERENCIA MUNDIAL SOBRE LA MUJER

1995 *Plataforma de Acción.* Beijing. 4-5 de setiembre.

DE MIGUEL BERIAIN, Íñigo

2004 *El embrión y la biotecnología. Un análisis ético-jurídico.* Granada: Comares.

DÉCIMOQUINTO JUZGADO ESPECIALIZADO DE FAMILIA DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

2009 *Sentencia de 6 de enero, expediente N° 183515-2006-00113*

DEPARTAMENT DE SALUD – GENERALITAT DE CATALUNYA

2014 *FIVCAT.NET Estadística de la Reproducció Humana Assistida a Catalunya, 2011, Resum de resultats*, versión actualizada al 3 de diciembre de 2014. Consulta: 17 de diciembre de 2014. <http://salutweb.gencat.cat/web/.content/home/el_departament/estadistiq

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

ues_sanitaries/dades_de_salut_i_serveis_sanitaris/reproduccio_humana_assistida/documents/fivcat_2011_resum_resultats.pdf >

DIARIO EL COMERCIO

2014 "Hace 25 años se creó a la primera bebé probeta peruana". *Diario El Comercio.* Lima, 26 de febrero de 2014. Consulta: 14 de mayo de 2014. <http://elcomercio.pe/blog/huellasdigitales/2014/02/hace-25-anos-se-creo-a-la-primera-bebe-probeta-peruana>

DIARIO EL PAÍS (ESPAÑA)

1984 "Zoe, la niña nacida del frío". *Diario El País*. Madrid, 7 de octubre. Consulta: 14 de mayo de 2014. <http://elpais.com/diario/1984/10/07/sociedad/465951609_850215.html>

1986 "Nace en Colombia el primer 'bebé probeta' latinoamericano". *Diario El País*, Madrid, 1 de noviembre. Consulta: 14 de mayo de 2014. <http://elpais.com/diario/1986/11/01/sociedad/531183611_850215.html> .

2013 "Atrapados en India por un vientre de alquiler". *Diario El País.* Madrid, 26 de agosto. Consulta: 14 de mayo de 2014. <http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/08/26/actualidad/1377541171_287106.html>

"Vientres sin ley". *Diario El País.* Madrid, 3 de noviembre. Consulta: 14 de mayo de 2014. <http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/11/01/actualidad/1383337785_128269.html>

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

2014 "Las familias españolas buscan vientres de alquiler 'baratos'". *Diario El País.* Madrid, 1 de mayo. Consulta: 14 de mayo de 2014. <http://sociedad.elpais.com/sociedad/2014/05/01/actualidad/1398974404_290772.html>

DIARIO EL PAÍS (URUGUAY)

1978 "El mundo conoció al primer bebé de probeta". *Diario El País.* Montevideo, 25 de julio. Consulta: 14 de mayo de 2014. <http://historico.elpais.com.uy/especiales/aniversario/1970/1978/4.html>

DIARIO LA REPÚBLICA

2013 "Solo 141 menores fueron adoptados el 2013". *Diario La República*. Lima, 7 de noviembre.

2014 "Se incrementan casos de infertilidad en el Perú". *Diario La República.* Lima, 5 de febrero.

DÍAZ DE VALDÉS, José Manuel

2008 "Análisis crítico de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos sobre el estatus del no nacido en la Convención Europea de Derechos Humanos". *Revista Actualidad Jurídica*, Universidad del Desarrollo, N° 18, pp. 71–72.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

DWORKIN, Gerald

1990 "Paternalismo". En: BETEGÓN CARRILLO, Jerónimo y Juan Ramón DE PÁRAMO ARGÜELLES. *Derecho y moral: ensayos analíticos.* Barcelona: Ariel, pp. 147-162.

ESPINOZA ESPINOZA, Juan

2012 *Derecho de las personas. Concebido y personas naturales*. Tomo I. Sexta edición. Lima: Grijley.

ESSALUD

2013 *Guías de práctica clínica en reproducción humana de la unidad de reproducción humana, del Departamento de Obstetricia y Ginecología del Hospital Nacional Edgardo Rebagliati Martins.* Enero.

ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

2009 *Constitución Política.*

FARREL, Martín Diego

1985 *La ética del aborto y la eutanasia*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

FERRAJOLI, Luigi

2002 "La cuestión del embrión entre derecho y moral". *Revista jueces para la democracia. Información y debate*, N° 44, pp. 3-12.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

FERRER, Jorge José

2009 "La bioética como quehacer filosófico". *Acta Bioethica*, vol. 15, N° 1, pp. 35-41.

FORD, Norman M

1988 *When did I begin?* Cambridge: Cambridge University Press. <http://assets.cambridge.org/97805214/24288/frontmatter/9780521424288_frontmatter.pdf>

FRANCO JÚNIOR, José Gonçalves

2008 "Embarazo múltiple y reproducción asistida". En: URBINA, María Teresa y Jorge LERNER BIBER (directores). *Fertilidad y reproducción asistida.* Caracas: Médica panamericana, pp. 467-470.

GAFO, Javier

2000 *10 palabras clave en Bioética.* Quinta edición. Navarra: Verbo divino.

GARCÍA RUIZ, Yolanda

2004 *Reproducción humana asistida: Derecho, conciencia y libertad*. Granada: Comares.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto

1993 *Derecho, ética y política.* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

1998 "¿Qué puede ofrecer la ética a la medicina?". *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, N°8, abril, pp. 7-28.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

GASCÓN, Marina y Alfonso GARCÍA

2005 *La argumentación en el derecho.* Segunda edición corregida. Lima: Palestra.

GASCÓN, Marina y Pablo DE LORA

2008 *Bioética. Principios, desafíos, debates*. Madrid: Alianza.

GOLDENRING, John M

1985 "The brain-life theory: towards a consistent biological definition of humanness". *Journal of Medical Ethics*, 11, pp. 198-204. <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1375210/pdf/jmedeth00255-0032.pdf>

GOROVITZ, Samuel

1992 "Bioethics". En: BECKER, Lawrence (editor). *Encyclopedia of Ethics.* New York: Garland Publishing Inc, pp. 89-91.

GROS ESPIELL, Héctor

2003 "La dignidad humana en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos". *Anuario de Derechos Humanos*, Nueva Época, volumen 4, pp. 193-223. <http://revistas.ucm.es/index.php/ANDH/issue/view/ANDH030311/showToc>

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

TESIS PUCP

HURST, Jane

1998 *La historia de las ideas sobre el aborto en la Iglesia Católica. Lo que no fue contado.*, Cuarta edición. México D.F.: Católicas por el derecho a decidir.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA (INEI).

2013 *Perú, encuesta demográfica y de salud familiar 2013. Nacional y departamental*. <http://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1151/index.html>

KANT, Immanuel

2008 *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, decimonovena edición, colección Madrid: Austral, Espasa Calpe.

LACADENA, Juan Ramón

2003 *Genética y bioética*. Segunda edición. Madrid: Universidad Pontificia Comillas.

LAMAS, Marta

2012 "Mujeres, aborto e Iglesia Católica". *Revista de El Colegio de San Luis*, año II, número 4, enero–junio, pp. 43-67.

LANDA, César

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

TESIS PUCP

2002 "La dignidad de la persona humana". *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, número 7, pp. 109-138.

LEMA AÑÓN, Carlos

1999 *Reproducción, poder y derecho. Ensayo filosófico-jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida*. Madrid: Trotta.

LUNA, Florencia

2001 *Ensayos de bioética. Reflexiones desde el sur*. México D.F.: Distribuciones Fontamara.

2008 *Reproducción asistida, género y derechos humanos en América Latina*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

LUNA, Florencia y Arleen L. F. SALLES

2008 *Bioética: nuevas reflexiones sobre debates clásicos.* Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

MALEM, Jorge

2003 "La imposición de la moral por el derecho. La disputa Devlin-Hart". En: VÁSQUEZ, Rodolfo (compilador). *Derecho y moral. Ensayo sobre un debate contemporáneo.* Barcelona: Gedisa, pp. 59-79.

MACLAREN, Anna

1986 "Prelude to embryogenesis". *Human Embryo Research: Yes or No?* Londres: Tavostok.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

TESIS PUCP

MARCÓ, Javier y Martha TARASCO

2001 *Diez temas de reproducción asistida*. Madrid: Ediciones Internacionales Universitarias.

MARTÍN MATEO, Ramón

1987 *Bioética y Derecho*. Barcelona: Ariel.

MEDINA GÓLIZ, Randolfo

2008 "Cultivo, criopreservación y transferencia de blastocistos". En: URBINA, María Teresa y Jorge LERNER BIBER (directores). *Fertilidad y reproducción asistida.* Caracas: Médica panamericana, pp. 491-512.

MILL, John Stuart

2006 *Ensayo sobre la libertad*, Madrid: Mestas.

NATIONAL COMMISSION FOR THE PROTECTION OF HUMAN SUBJECTS OF BIOMEDICAL AND BEHAVIORAL RESEARCH

1978 *Ethical Principles and Guidelines for the Protection of Human Subjects of Research (Belmont Report).*

NEACSU, Dana

2015 "European Human Rights System". *Arthur W. Diamond Law Library* de Columbia Law School. Consulta: 27 de junio de 2014.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

<http://library.law.columbia.edu/guides/European_Human_Rights_System#The_European_Human_Rights_System._The_Commission_of_Human_Rights._How_to_Find_a_Report_of_the_Commission>

NINO, Carlos Santiago

1989 *Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación*. Segunda edición, Buenos Aires: Astrea.

OLLERO, Andrés

2006 *Bioderecho. Entre la vida y la muerte*. Navarra: Aranzadi.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU)

1948 *Declaración Universal de los Derechos Humanos*.

1965 *Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial.*

1966 *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.*

1966 *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.*

1979 *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.*

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA EDUCACIÓN, LA CIENCIA Y LA CULTURA (UNESCO)

2005 *Declaración universal sobre bioética y derechos humanos.* Octubre.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA)

1948 *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.*

1969 *Convención Americana sobre Derechos Humanos.*

1988 *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.*

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS)

2010 *Glosario de terminología en técnicas de reproducción asistida (TRA).*

2012 *Nota descriptiva N° 244*. Julio. <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs244/es/index.htm>

PALACIOS, Marcelo

s.f. "La Convención o Convenio de Asturias de Bioética. Recordatorio y comentarios". *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM)*, pp. 13-33. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2673/5.pdf>

PAULO VI

1968 *Carta Encíclica Humanæ Vitæ*. 25 de julio.

PEÑARADA, Enrique

2006 "Los nuevos desafíos de la reproducción asistida. Reflexiones ética y jurídicas desde la perspectiva del Derecho Penal". *Humanitas*

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

TESIS PUCP

Humanidades Médicas, tema del mes on-line, número 3, mayo, pp. 1-21. <http://www.fundacionmhm.org/www_humanitas_es_numero3/articulo.pdf>

PÉREZ MILÁN, Federico

2009 "Breve explicación de las técnicas reproductivas: ¿cuáles son, en qué consisten, cuándo están indicadas y qué riesgos tienen?". En: ABELLÁN, Francisco y Javier SÁNCHEZ-CARO. *Bioética y ley en reproducción humana asistida. Manual de casos clínicos.* Granada: Comares, pp. 225-273.

PÍO XII

1930 *Carta Encíclica Casti Connubii.* 31 de diciembre.

PROVINCIA DE BUENOS AIRES

2010 *Ley N° 14.208. Ley de fertilización asistida*. 2 de diciembre.

RAMIRO AVILÉS, Miguel

2006 "A vueltas con el paternalismo jurídico". *Derechos y Libertades*, número 14, época II, junio, pp. 211-256.

"A vueltas con el moralismo legal". En: HART, H.L.A. *Derecho, libertad y moralidad. Las conferencias Harry Camp en la Universidad de Stanford (1962)*. Madrid: Dykinson. pp. 9-88.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

TESIS PUCP

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA

2014 Diccionario de la lengua española. Vigésima tercera edición. Madrid: Espasa-Calpe.

REINO DE ESPAÑA

2006 *Ley 14/2006*. 27 de mayo.

REINO UNIDO

1984 *Reporte del Comité de investigación sobre la fertilización humana y la embriología [Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology]*, Departamento de Salud y Seguridad Social.

2008 *Human Fertilisation and Embryology Act*.

REPÚBLICA DE LA ARGENTINA

2013 *Ley 26.862*. Ley Nacional de Fertilización Asistida Humana. 26 de junio. *Decreto 956/2013*. 23 de julio de 2013.

REPÚBLICA DE COSTA RICA

2013 *Ley de fecundación in vitro y transferencia de embriones humanos (expediente N° 18738).*

REPÚBLICA DEL ECUADOR

2008 *Constitución de la República.*

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

TESIS PUCP

REPÚBLICA DEL PERÚ

1979 *Constitución Política del Perú.*

1984 *Decreto Legislativo N° 295. Código Civil.*

1991 *Decreto Legislativo N° 635. Código Penal.*

1993 *Constitución Política del Perú.*

1997 *Ley 26842. Ley General de Salud*. 20 de julio.

2000 *Ley 27337*. 7 de agosto.

2002 *Decreto Supremo N° 024-2002-MTC. Texto Único Ordenado del Reglamento Nacional de Responsabilidad Civil y Seguros Obligatorios por Accidentes de Tránsito*.

2004 *Ley 28189. Ley General de Donación y Trasplante de Órganos y/o Tejidos Humanos*. 24 de febrero.

2007 *Ley 26790. Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud*.
Decreto Supremo N° 004-2007-SA. Listado Priorizado de Intervenciones Sanitarias.

2009 *Ley 29344. Ley Marco de Aseguramiento Universal en Salud*.
Decreto Supremo N° 016-2009-SA. Plan Especial de Aseguramiento en Salud (PEAS).

2011 *Decreto Supremo N° 011-2011-JUS*.

REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY

2013 *Ley 19.167*. 29 de noviembre.

2014 *Decreto 69/014*. 24 de marzo.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

TESIS PUCP

2012 "¿Es el aborto un derecho en Europa? Comentario de la sentencia «A, B y C vs. Irlanda», del Tribunal Europeo de Derechos Humanos". *Pensamiento Constitucional*, Año XVI, N° 16, pp. 171-181.

ROSEMBERG, Estrella

2008 "Congelación de óvulos y embriones". En: URBINA, María Teresa y Jorge LERNER BIBER (directores). *Fertilidad y reproducción asistida.* Caracas: Médica panamericana, pp. 533-552.

RUBIO CORREA, Marcial

1996 *Las reglas del amor en probetas de laboratorio. Reproducción humana asistida y Derecho.* Lima: Fondo Editorial PUCP.

RUBIO CORREA, Marcial, EGUIGUREN PRAELI, Francisco y Enrique BERNALES BALLESTEROS

2010 *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Análisis de los artículos 1, 2 y 3 de la Constitución*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

RUIZ MIGUEL, Alfonso

1990 *El aborto: problemas constitucionales.* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

2003 *El aborto, entre la ética y el derecho*. Coloquio Aspectos éticos y legales del aborto: la despenalización a debate. México D. F. 29 de setiembre.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

SADLER, Thomas W.

2010 *Langman embriología médica.* Undécima edición. España: Wolters Kluwer Health.

SAÉNZ DÁVALOS, Luis

s.f. "Balance del actual Tribunal Constitucional en materia de derechos sexuales y reproductivos". *Gaceta Constitucional*, número 70, p. 259-273. <http://www.gacetaconstitucional.com.pe/sumario-cons/doc-sum/art.%20Saenz.pdf>.

SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

2011 *Sentencia Cas. N° 563-201.* 6 de diciembre.

SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERÚ

2009 *Cas. N° 1486-2007-Cajamarca de 18 de julio de 2008.* 3 de febrero.

SÁNCHEZ PATRÓN, José Manuel

2013 "El inicio de la vida y el alcance de su protección jurídica en la jurisprudencia europea e internacional", *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídica de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM)*, pp. 435-483. <http://www.revistas.unam.mx/index.php/amdi/article/view/44165>

SELEME, Hugo Omar

2007 "El desafío del católico liberal". *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 30, Alicante, 2007, pp. 471-490.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

TESIS PUCP

SEPÚLVEDA, Soledad

2008 "Fecundación y desarrollo en mamíferos". En: URBINA, María Teresa y Jorge LERNER BIBER (directores). *Fertilidad y reproducción asistida.* Caracas: Médica panamericana, pp. 119-124.

SHAPIRO, Ian, DE LORA, Pablo y Carmen TOMÁS-VALIENTE

2012 *La Suprema Corte de Estados Unidos y el aborto*. Madrid-México: Fundación Coloquio Jurídico Europeo-Fontamara.

SINGER, Peter

2011 *Practical ethics.* Tercera edición, Nueva York: Cambridge University Press.

SIVERINO BAVIO, Paula

2012 "Una mirada desde la bioética jurídica a las cuestiones legales sobre la infertilidad en el Perú". *Revista Peruana de Ginecología y Obstetricia*, N° 58, pp. 213-219.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (MÉXICO)

2008 *Sentencia sobre la acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007*. 28 de agosto.

THÉRIAULT, Annie

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

s.f "Reinventar a la cigüeña". *Ideele Revista*, N° 225. <http://revistaideele.com/ideele/content/reinventar-la-cig%C3%BCe%C3%B1>

TOULMIN, Stephen

1982 "How Medicine Saved the Life of Ethics". *Perspectives in Biology and Medicine*, N° 24, pp. 736–750.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA

1985 *Sentencia N°53/1985*. 11 de abril.

1996 *Sentencia N° 212/1996*. 19 de diciembre.

1999 *Sentencia N° 116/1999*. 17 de junio.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

2005 *Sentencia recaída en el expediente N° 0256-2003-HC*. 21 de abril.

Sentencia recaída en los expedientes N° 050-2004-AI, 051-2004-AI, 004-2005-PI, 007-2005-PI, 009-2005-PI (acumulados). 3 de junio.

Sentencia recaída en el expediente N° 06712-2005-HC. 17 de octubre.

2006 *Sentencia recaída en el expediente N° 2273-2005-PHC*. 20 de abril.

Sentencia recaída en el expediente N° 7435-2006-PC. 13 de noviembre.

2007 *Sentencia recaída en el expediente N° 0007-2006-PI*. 22 de junio.

Sentencia recaída en el expediente N° 09332-2006-PA. 30 de noviembre.

2009 *Sentencia recaída en el expediente N° 03343-2007-AA*. 19 de febrero.

Sentencia recaída en el expediente N° 02005-2009-PA. 16 de octubre.

2010 *Sentencia recaída en el expediente N° 03426-2008-PHC*. 26 de agosto.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

2011 *Sentencia recaída en el expediente N° 06111-2009-PA.* 7 de marzo.

Sentencia recaída en el expediente N° 00032-2010-PI. 19 de julio.

Sentencia recaída en el expediente N° 00024-2009-PI. 26 de julio.

2012 *Sentencia recaída en el expediente N° 00008-2012-PI.* 12 de diciembre.

2013 *Sentencia recaída en el expediente N° 03177-2011-PA.* 3 de octubre.

2014 *Sentencia recaída en el expediente N° 00139- 2013-PA.* 18 de marzo.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL DE BOLIVIA

2014 *Sentencia constitucional plurinacional N° 0206/2014.*

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (GRAN SALA)

2011 *Asunto C-34/10. Sentencia de 18 de octubre.*

URBINA, María Teresa y Jorge LERNER BIBER (directores)

2008 *Fertilidad y reproducción asistida.* Caracas: Médica panamericana.

VALDÉS, Margarita M.

2001 "Aborto y personas". *Controversias sobre el aborto*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México y Fondo de Cultura Económica.

VAN RENSSELAER, Potter

1970 "Bioethics, the Science of Survival". *Perspectives in Biology and Medicine*, N° 14, pp. 127-153

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

TESIS PUCP

VÁSQUEZ, Rodolfo

2000 "Teorías y principios normativos en bioética". *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 23, pp. 427-448.

VILLANUEVA FLORES, Rocío

1996 "El aborto: un conflicto de derechos humanos". En: *Derechos humanos de las mujeres. Aproximaciones conceptuales.* Lima: Movimiento Manuela Ramos, pp. 187 – 218.

2006 *Protección constitucional de los derechos sexuales y reproductivos*. Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

2008 *La anticoncepción oral de emergencia: el debate legal en América Latina.* Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

2009 *Derecho a la salud, perspectiva de género y multiculturalismo*. Lima: Palestra Editores.

2012 "La perspectiva de género en el razonamiento del juez del estado constitucional: el caso de los delitos sexuales". En: *Autonomía y feminismo. Siglo XXI. Escritos en homenaje a Haydée Birgin*, Buenos Aires: Biblos – Equipo Latinoamericano de Justicia y Género, pp. 247-255.

WARREN, Reich

1978 *Encyclopedia of Bioethics.*Vol. I. Nueva York: MacMillan Free Press.

1995 *Encyclopedia of Bioethics.* Segunda edición. Londres/Nueva York: Simon & Schuster y Prentice Hall International.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis

TESIS PUCP

ZEGERS-HOCHSCHILD, Fernando

2010 "Algunas reflexiones éticas en el uso de la tecnología reproductiva moderna para el tratamiento de la infertilidad". *Revista médica clínica Condes*, N° 21, pp. 469-478.

2012 *Descripción y análisis de las técnicas de reproducción asistida (TRA) como tratamiento de la infertilidad.* Documento preparado para la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Setiembre.

2013 *Registro latinoamericano de reproducción asistida: Primer registro multinacional caso por caso.* Mayo. <http://www.redlara.com/images/arq/RLA%20Panama%20Final.ppt>

s.f. *Consideraciones médicas e implicancias ético-legales de la reproducción asistida en Chile*. Centro interdisciplinario de estudios en Bioética de la Universidad de Chile. <http://www.uchile.cl/portal/investigacion/centro-interdisciplinario-de-estudios-en-bioetica/publicaciones/76961/seleccion-de-articulos>.

Tesis publicada con autorización del autor
No olvide citar esta tesis