

**UNIVERSIDAD NACIONAL  
“SANTIAGO ANTÚNEZ DE MAYOLO”**

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS  
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**



**LA OVODONACIÓN Y LA AFECTACIÓN AL DERECHO HUMANO  
DE REPRODUCCIÓN EN EL PERÚ**

**Tesis para optar el título profesional de abogado**

**Bach. LEYLA MARICRUZ SANTOS CHAVEZ**

**Asesor:**

**Dr. ELMER ROBLES BLACIDO**

**Huaraz - Ancash - Perú**

**2018**

## AGRADECIMIENTOS

*Mi agradecimiento en primer lugar para mi asesor:*

***Dr. Elmer Robles Blacido***

*Por las sugerencias recibidas para el mejoramiento del presente trabajo de investigación. Igualmente agradezco al abogado Ronald Regan López Julca por sus recomendaciones en la elaboración de esta tesis.*

*A los docentes de la facultad de derecho de la Unasam, por su contribución en mi formación ética y profesional.*

*A todos ellos, mi mayor gratitud y reconocimiento.*

## **DEDICATORIA**

*A mis padres, por el apoyo constante en el desarrollo de mis metas personales y profesionales, siendo ejemplo constante de perseverancia en objetivos difíciles. De igual modo dedico la presente a mi abuela paterna por su inquebrantable lucha en el progreso de la familia.*

*A la Facultad de Derecho de la Unasam, por sus enseñanzas a lo largo de mi emprendimiento académico.*

## ÍNDICE

<b>RESUMEN.....</b>	<b>vii</b>
<b>ABSTRACT .....</b>	<b>viii</b>
<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>1</b>

## CAPITULO I

### EL PROBLEMA Y LA METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

1.1. Descripción del problema .....	3
1.2. Formulación del problema .....	4
1.2.1. Problema general .....	4
1.2.2. Problemas específicos.....	4
1.3. Importancia del problema .....	5
1.4. Justificación y viabilidad del problema .....	6
1.4.1. Justificación teórica.....	6
1.4.2. Justificación práctica .....	6
1.4.3. Justificación legal .....	7
1.4.4. Justificación metodológica.....	8
1.4.5. Justificación técnica .....	8
a) Viabilidad Teórica .....	10
b) Viabilidad Temporal.....	10
c) Viabilidad Social .....	10
1.5. Formulación de objetivos .....	10
1.5.1. Objetivo General .....	10
1.5.2. Objetivos Específicos .....	10
1.6. Formulación de hipótesis .....	11
1.6.1. Hipótesis general .....	11
1.6.2. Hipótesis específicas .....	11
1.7 Variables.....	12
1.7.1. Variable independiente.....	12

1.7.2. Variable dependiente.....	12
1.8. Metodología de la investigación.....	12
1.8.1. Tipo y diseño de investigación.....	12
1.8.2. Plan de Recolección de información.....	13
1.8.3. Instrumentos de Recolección de información.....	13
1.8.4. Plan de procesamiento y análisis de información.....	14
1.8.5. Técnica de análisis de datos y/o información.....	14
1.8.6. Validación de Hipótesis.....	15

## **CAPITULO II**

### **MARCO TEÓRICO**

2.1. Antecedentes.....	16
2.1.1 Antecedentes Internacionales.....	16
2.1.2 Antecedentes Nacionales.....	17
2.1.3 Antecedentes Locales.....	18
2.2. Bases teóricas.....	19
2.2.1. Teoría de los derechos fundamentales.....	19
2.2.2 Derechos resproductivos.....	22
2.2.3. Ovodonación.....	29
2.2.4. La ovodonación y la afectación a los derechos reproductivos.....	39
2.2. Definición de términos.....	44

## **CAPITULO III**

### **RESULTADOS Y DISCUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN**

3.1. Resultados doctrinarios.....	47
3.1.2. Resultados de la ovodonación.....	48
3.2. Resultados normativos.....	50
3.2.2. Derecho Internacional.....	54
3.2.3. Derecho Comparado.....	59
3.3 Resultados jurisprudenciales.....	65
3.3.1. Tribunal Constitucional.....	65
3.3.2 Poder Judicial.....	66

3.3.3. Corte Interamericana de Derechos Humanos .....	68
3.4.1. Caso Reniec y esposos Nieves Ballesteros.....	69

## **CAPÍTULO IV**

### **DISCUSIÓN Y VALIDACIÓN DE HIPÓTESIS**

4.1. Discusión doctrinaria .....	72
4.2. Discusión normativa .....	76
4.3. Discusión Jurisprudencial .....	81
4.4. Discusión del Caso Emblemático .....	84

<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>93</b>
<b>RECOMENDACIONES.....</b>	<b>95</b>
<b>REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>96</b>
<b>ANEXOS .....</b>	<b>105</b>

## RESUMEN

La presente investigación centró su estudio en la técnica de reproducción asistida ovodonación y la afectación al derecho humano de reproducción en el Perú. Cuestionando si se contravienen o no derechos reproductivos en los casos de ovodonación en el ordenamiento jurídico peruano, a razón de la norma de la ley general de salud. Por lo que tiene como objetivo describir cuál es la afectación en el caso de la ovodonación en el Perú, a los derechos reproductivos como derechos humanos.

Es así, que el enfoque de la investigación visualiza los vacíos de la norma en materia de ovodonación y la transgresión a los derechos reproductivos a partir de la afectación a los derechos a la salud y autonomía reproductiva, así como el derecho a disfrutar del progreso científico y a dar consentimiento para la experimentación.

Si bien, la normativa, doctrina y jurisprudencia aun no entran en común acuerdo en cuanto a esta temática. No obstante, es evidente la transgresión de los derechos referidos los cuales sin una adecuada regulación normativa genera caos y confusión en los pacientes que recurren a esta Tera. La cual se encontraría fundamentada y avalada en el derecho a la salud, el derecho a formar una familia y el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

**PALABRAS CLAVES: Ovodonación, Derechos Reproductivos, Técnicas de reproducción asistida.**

## **ABSTRACT**

The present investigation is focused in the technique of assisted reproduction, ovodonation and the affectation to the human right of reproduction in Peru. Dispute if the reproductive rights are contravened in the cases of ovodonation in the Peruvian legal system, by reason of the general health law. Also describe what is the impact in the case of ovodonation in Peru as well a reproductive rights as human rights.

So, the focus of the research visualizes the gaps in the norm in terms of ovodonation and the transgression of the reproductive rights from the impact on the rights to health and reproductive autonomy, as well as the right to enjoy scientific progress and to give consent for experimentation.

Although, the regulations, doctrine and jurisprudence still do not enter into common agreement regarding this issue. However, the transgression of the referred rights is evident, which without adequate regulation generates chaos and confusion in the patients who resort to this Tera. This be substantiated and endorsed in the right to health, the right to form a family and the right to the free development of the personality.

**KEY WORDS:** Ovodonation, Reproductive Rights, Assisted reproduction techniques.



## INTRODUCCIÓN

El hombre con el paso de los siglos ha ido transformando su entorno. Al principio de forma pausada, para luego dar pasos agigantados en su evolución y búsqueda de conocimiento. Este ser racional que primigeniamente tiene como pariente más cercano a los primates, se deslindó haciendo uso de la principal característica que lo distingue, el raciocinio. Por la razón, el hombre abarcó el campo de la ciencia y el progreso científico. Lo antes referido se diversificó en variantes, siendo una de estas la ingeniería genética, esa que iniciaron Watson y Crick en 1953 al descubrir el ADN. Para luego empezar una rama que ha sido conocida como genética, en la que encontramos aspectos desde la clonación, hasta la mano de la ciencia en procesos naturales como la procreación.

En tal sentido la genética desarrolla métodos para tratar la infertilidad. Siendo una de las técnicas con las cuales se solucionó parte del problema fue la ovodonación, definida como donación de óvulos hacia una mujer que generalmente presenta deficiencia ovárica y gesta un nuevo ser. No obstante, el uso de tal técnica acarrea problemas legales los cuales fundamentan esta investigación.

Por lo que, esta investigación busca y centra su atención en describir cuál es la afectación en el caso de la ovodonación en el Perú a los derechos reproductivos como derechos humanos. Para ello utiliza los principios constitucionales del derecho a la salud, el derecho a formar una familia y el libre desarrollo de la personalidad como fundamentos por los cuales se debe aceptar los derechos reproductivos en el Perú en el caso de ovodonación. Toda vez que a la fecha la ley prohíbe tácitamente la ovodonación afectando así los derechos de los solicitantes de dicha técnica.

El señalado objetivo muestra los derechos que se ven afectados por la transgresión de los derechos reproductivos. En tal sentido se ha buscado una serie de principios constitucionales que avalen la no afectación de los derechos reproductivos en los

casos de ovodonación en el país. Para ello el trabajo de investigación ha sido dividido en cuatro capítulos.

En el primer capítulo se abarca el aspecto metodológico de la investigación. Es decir la formulación del problema, los objetivos, la hipótesis y el método utilizado. Cumpliendo así con las exigencias requeridas en una investigación dogmática-teórica.

El segundo capítulo se desarrolla el marco teórico de la investigación. Por lo que contiene los antecedentes de trabajos de investigación relacionados al tema a investigar, la teoría jurídica, el desarrollo de las variables y la definición de términos.

Además el tercer capítulo da a conocer los resultados y discusión de la investigación. En tal sentido, se enfoca en el resultado a nivel doctrinario, jurisprudencial y normativo. A fin de exponer los contenidos obtenidos dentro de la investigación. Y el último capítulo se enfoca en la discusión y validación de la hipótesis. Por ende se valida la afectación a los derechos reproductivos en los casos de ovodonación.

Finalmente, esta tesis busca despertar el interés del lector y ampliar el conocimiento del tema; sin embargo no está exenta de errores y deficiencias que pueda contener en él. Asimismo se plantea una problemática y una solución puesta a consideración. Acotando que el problema será incesante en el tiempo hasta un cambio de paradigma en el ordenamiento jurídico peruano.

*La titulando.*

## **CAPÍTULO I**

### **EL PROBLEMA Y LA METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN**

#### **1.1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA**

La ovodonación en el Perú, es una técnica de reproducción asistida (Tera) no regulada en la normativa nacional. En tal sentido 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.

Siendo así, el problema surgido a raíz de la referida norma, origina que no exista un procedimiento legal que avale a aquellas personas que acudan a dicha técnica. Siendo el caso de las recientes casaciones en materia de reproducción asistida, donde estas expresan que en el caso de las teras, no se regularía otros casos a excepción de la concordancia de madre genética y gestante. Dejando de lado los casos de maternidad parcial entre los cuales se encuentra la ovodonación, vulnerando así derechos humanos, tales como los derechos reproductivos y el contenido de estos. Es decir los derechos a la autodeterminación y salud reproductivas, por cuanto todas aquellas mujeres que recurran a esta técnica estarán en la incertidumbre toda vez que su maternidad puede ser impugnada.

Además dado el vacío normativo, no se regulan los procedimientos médicos de estas técnicas dejando inseguridad en las personas. Lo cual contraviene los derechos a disfrutar del progreso científico y a dar consentimiento para la experimentación, el derecho a la salud y autonomía reproductiva. Criterio que según los dictámenes de la Corte Interamericana incluyen “el derecho de acceso al más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar una familia se deriva el derecho a acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva, y, en consecuencia, la prohibición de restricciones desproporcionadas e innecesarias de

iure o de facto para ejercer las decisiones reproductivas que correspondan en cada persona” .

Por ello, considero que el legislador no ha hecho un buen trabajo para regular los casos de ovodonación. Lo más aconsejable, sería contemplar la posibilidad de tener una legislación en reproducción asistida, en las cuales se regule la ovodonación, no obviando así los derechos reproductivos reconocidos internacionalmente. En resumen, hubiera sido mejor que la propia ley otorgue criterios específicos de que técnicas de reproducción asistida (Teras) están permitidas. Mejor aún si contara con un dispositivo legal al completo; dado que si no hay criterios claros en los casos de ovodonación, entonces, esto va a generar problemas procesales como los casos ya vistos por el Poder Judicial.

Consecuentemente la norma que tenemos actualmente, evidencia plenamente deficiencia para solucionar los problemas que origina la falta de regulación de dicha técnica en el Perú. Dado que, el fundamento de la ovodonación se encuentra en que aquellas mujeres no producen óvulos pero si pueden gestar, llegando a usar la fecundación invitro por la cual llegan a ser madres. Lo cual genera un vínculo biológico y afectivo irreversible entre la madre y feto durante y posterior al parto. Por ende esta técnica no puede ser totalmente ajeno al estudio y regulación del derecho.

## **1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA**

### **1.2.1. Problema general**

¿Cuál es la afectación, en el caso de la ovodonación en el Perú, a los derechos reproductivos como derechos humanos?

### **1.2.2. Problemas específicos**

- a) ¿Cuál es el vacío normativo del artículo 7 de la ley general de salud en el supuesto de la ovodonación, a fin de optimizar y desarrollar el derecho humano de reproducción en el ordenamiento jurídico peruano?

- b) ¿Cuáles son los fundamentos jurídicos constitucionales para suplir el vacío normativo del artículo 7 de la ley general de salud respecto al caso de ovodonación en el ordenamiento jurídico peruano?
- c) ¿Es necesaria la modificación del artículo 7 de la ley general de salud?

### **1.3. IMPORTANCIA DEL PROBLEMA**

Cuando el legislador regulo los casos de reproducción asistida en su momento, no pensó que dicho tema se iba expandir a nuevas formas de procreación y ocasionaría problemas entorno a la maternidad. Razón por la cual aprobó una norma deficiente y con contradicciones, regulando solo casos de coincidencia de maternidad genética y gestante y dejando al vacío las demás situaciones. Obviando así, la diversidad de casos que se presenta en la actualidad y que ya se encuentran en los tribunales a fin de solución.

Los derechos reproductivos, si bien son de orígenes medianamente nuevos y con reconocimiento reciente hablan de una variedad de derechos con contenido de protección del derecho de las mujeres y la familia. Siendo parte de los derechos vulnerados: el derecho a la autodeterminación y salud reproductivas, el derecho a acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva. Casos que en el Perú evidencia deficiencia, a razón que las personas que pueden acudir a dichas técnicas son personas solventes económicamente. Dejando de lado aquellas mujeres en estado de pobreza y que presentan imposibilidad de procrear hijos a razón de infertilidad.

En ese sentido es de advertirse que, según la Organización Mundial de la Salud (OMS), la infertilidad es una enfermedad. Y teniendo en cuenta que, el derecho a la salud es un derecho fundamental que tiene como política publica el acceso a los mejores servicios en salud para la atención de enfermedades. El estado se debería preocupar más por regular esta técnica de reproducción asistida que ofrece a una variedad de mujeres una “cura” a su enfermedad.

Siguiendo tal lógica, también es de evidenciarse que al dejar el Estado a libre albedrío a las clínicas que ofrecen dicho servicio sin regulación alguna. Daría cabida a abusos de parte de estas clínicas quienes harían un uso indiscriminado y desnaturalizado de estas técnicas que tienen como principal finalidad ofrecer una salida a la infertilidad.

Además que en el caso de la ovodonación se observa también un leve matiz discriminatorio porque se está omitiendo regular los casos de ovodonación. Pero si, avalando casos de inseminación artificial donde el donador es un varón y se genera duplicidad de paternidad, aspecto que evidentemente deja de lado los derechos reproductivos desarrollados en la actualidad.

#### **1.4. JUSTIFICACIÓN Y VIABILIDAD DEL PROBLEMA**

La Justificación se relaciona con los móviles de la investigación, a decir de Arazamendi: “son los propósitos definidos que son suficientemente importantes que fundamenten su realización”<sup>1</sup>, por lo que pasamos a justificar de la siguiente manera:

##### **1.4.1. Justificación teórica**

La investigación se justificó teóricamente teniendo como precepto general a la teoría de los derechos fundamentales, en el aspecto que abarca a los derechos humanos y los principios. Es así, que se estableció la afectación a los derechos reproductivos y su protección mediante los principios constitucionales aplicados en el caso de ovodonación. Tal es el caso del derecho a la salud, el derecho a formar una familia y el derecho al libre desarrollo de la personalidad, los cuales forman parte del derecho nacional y son aplicables al caso.

##### **1.4.2. Justificación práctica**

En definitiva, la investigación busco resolver los problemas jurídicos relacionados con la ovodonación no regulada en el artículo 7 de la ley general de salud en el Perú y la contravención a los derechos reproductivos como derechos humanos.

---

<sup>1</sup> ARAZAMENDI NINACONDOR, Lino. *La investigación Jurídica. Diseño del Proyecto de Investigación y Estructura y Redacción de la Tesis*. 2da. Ed, Lima, Editorial y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L, 2011, p. 139.

### 1.4.3. Justificación legal

Se fundamenta en las siguientes normas legales:

- Constitución Política del Perú.
  - **Inciso 8 del Art. 2.** “A la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica, así como a la propiedad sobre dichas creaciones y a su producto. El Estado propicia el acceso a la cultura y fomenta su desarrollo y difusión.”
  - **Artículo 14.-** “(...) Es deber del Estado promover el desarrollo científico y tecnológico del país. La formación ética y cívica y la enseñanza de la Constitución y de los derechos humanos son obligatorias en todo el proceso educativo (...).”
- Ley Universitaria N° 30220
  - **Artículo 6.-** Fines de la universidad La universidad tiene los siguientes fines: (...) 6.6 Difundir el conocimiento universal en beneficio de la humanidad.”
  - **Artículo 48.-** “La investigación constituye una función esencial y obligatoria de la universidad (...). Los docentes, estudiantes y graduados participan en la actividad investigadora en su propia institución o en redes de investigación nacional o internacional, creadas por las instituciones universitarias públicas o privadas”
- Estatuto de la UNASAM
  - **Artículo 119.-** “La obtención del título profesional que confiere la Universidad a nombre de la Nación exige los requisitos siguientes: a Tener el Grado Académico de Bachiller en la especialidad; b) Adecuarse a una de las siguientes modalidades: La presentación, sustentación y aprobación de la tesis ante un jurado”.

- Código Civil
  - *Artículo 409°*.- La maternidad extramatrimonial también puede ser declarada judicialmente cuando se pruebe el hecho del parto y la identidad del hijo.
  
- Ley General de Salud
  - *Artículo 7°*.- Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos. Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos.

#### **1.4.4. Justificación metodológica**

El paradigma metodológico que justifico la investigación es desde una perspectiva cualitativa toda vez que se realizara una investigación dogmática, sustentada en principios y derechos fundamentales. Se investigó en consideración a conceptos y comprensiones partiendo de pautas de los datos y no recogiendo datos para evaluar modelos, hipótesis o teorías, principios y reglas jurídicas preconcebidas.

Asimismo la investigación, para ser confiable como conocimiento científico propone técnicas y medidas procedimentales para resolver los problemas normativos, doctrinarios y jurisprudenciales de la ovodonación en el ordenamiento peruano y la afectación a los derechos reproductivos.

#### **1.4.5. Justificación técnica**

Con la finalidad tener en cuenta las técnicas utilizadas para la investigación jurídica, se debió entender el enfoque pretendido, ya que se buscó desentrañar el



funcionamiento sistemático. Los métodos específicos a emplearse en la investigación jurídica<sup>2</sup> a nivel de pre grado.

**Argumentación jurídica<sup>3</sup>:** La argumentación jurídica es un proceso cognitivo especializado (teórico o práctico) que se realiza mediante concatenación de inferencias jurídicas consistentes, coherentes, exhaustivas, teleológicas, fundadas en la razón suficiente, y con conocimiento idóneo sobre el caso objeto de la argumentación. La argumentación jurídica se concretiza relacionando premisas, a la luz vinculante de los principios y demás cánones lógicos pertinentes, para obtener secuencial y correctamente, conclusiones que, según el caso, afirmen o nieguen la subsunción del hecho en la hipótesis jurídica o afirmen o nieguen la validez o invalidez o la vigencia formal o real de la norma jurídica dada o afirmen o nieguen la pertinencia o impertinencia, o la aplicabilidad o inaplicabilidad o la compatibilidad incompatibilidad de la norma jurídica al caso concreto.

**Método Dogmático:** Encargado del estudio e investigación de la doctrina con la finalidad de realizar abstracciones (instrumentos lógicos, inducción, deducción, análisis, síntesis, analogía, comparación), con la finalidad de pulir los aportes de los juristas o lo que aparece en el campo normativo, estudiar las instituciones del Derecho con la finalidad de realizar construcciones correctamente estructuradas y proponerlas para su utilización. Este método se empleará en nuestra investigación para tratar de entender el problema de investigación a la luz de la doctrina y los planteamientos teóricos de los juristas<sup>4</sup>.

**Método Exegético:** Es la puerta de ingreso a la interpretación jurídica, se confiere a los textos normativos o términos el significado que el diccionario determina<sup>5</sup>. Por ende este método será aplicado en el trabajo, toda vez que se realizó un estudio a la de normatividad vigente con respecto al problema de investigación.

---

<sup>2</sup> RAMOS NUÑEZ, Carlos. *Cómo hacer una tesis y no envejecer en el intento*. Lima, Editorial Grijley, 2001, pp. 92.

<sup>3</sup> ATIENZA, MANUEL. *Las razones del Derecho. Teoría de la Argumentación jurídica*. Lima, Editorial Palestra, 2004, p. 28.

<sup>4</sup> SOTO BARDALES, Magali. "Método de la Investigación Jurídica". *Derecho y Cambio Social*, 2013. [http://www.academia.edu/63\\_10180/ Metodologia \\_de\\_la\\_Investigacion \\_Juridica](http://www.academia.edu/63_10180/ Metodologia _de_la_Investigacion _Juridica) (Consulta: 03 marzo 2018), 8.

<sup>5</sup> RAMOS NUÑEZ, Carlos. "Como hacer una Tesis de Derecho y no morir en el intento". Lima, Primera Edición, Gaceta Jurídica, 2000, p.144.

#### **1.4.6. Viabilidad**

##### **a) Viabilidad Teórica**

La investigación se pudo concretar del análisis de la ovodonación en el Perú del artículo 7 de la ley general de salud respecto de los derechos reproductivos. Estableciendo una regulación de esta técnica al amparo de los derechos fundamentales en vulneración.

##### **b) Viabilidad Temporal**

El presente estudio que evaluó los avances que se tiene durante el mes de octubre del 2017 y febrero del 2018.

##### **c) Viabilidad Social**

El Estudio verificó la contravención de los derechos reproductivos en los casos de ovodonación en el Perú del artículo 7 de la ley general de salud, limitándose el ámbito de Derecho Constitucional y genético desde una perspectiva jurídico-doctrinal-normativo-jurisprudencial.

### **1.5. FORMULACIÓN DE OBJETIVOS**

#### **1.5.1. Objetivo General**

Describir cuál es la afectación, en el caso de la ovodonación en el Perú, a los derechos reproductivos como derechos humanos.

#### **1.5.2. Objetivos Específicos**

- a) Analizar cuál es el vacío normativo en el supuesto de la ovodonación del artículo 7 de la ley general de salud, a fin de optimizar y desarrollar el derecho humano de reproducción en el ordenamiento jurídico peruano.
- b) Exponer cuáles son los fundamentos jurídicos constitucionales para suplir el vacío normativo respecto al caso de ovodonación del artículo 7 de la ley general de salud en el ordenamiento jurídico peruano.

- c) Establecer la necesidad de modificar la regulación jurídica respecto a la ovodonación en el artículo 7 de la ley general de salud.

## **1.6. FORMULACIÓN DE HIPÓTESIS**

### **1.6.1. Hipótesis general**

Se contraviene el derecho reproductivo como derecho humano en los casos de ovodonación en el Perú. Por cuanto la no de regulación de esta última, afecta la salud y autonomía reproductiva, así como el derecho a disfrutar del progreso científico y a dar consentimiento para la experimentación.

### **1.6.2. Hipótesis específicas**

- a) El vacío normativo evidenciado en el artículo 7 de la ley general de salud, en el supuesto de la ovodonación, para optimizar y desarrollar el derecho humano de reproducción. Es debido a que la Ley general de salud solo regula el caso en el cual la madre genética y madre gestante recaiga sobre la misma persona, excluyendo, así los casos de maternidad parcial suscitados en la ovodonación.
- b) Los fundamentos jurídicos constitucionales para suplir el vacío normativo respecto al caso de ovodonación en el ordenamiento jurídico peruano son: el derecho a la salud, el derecho a la familia y el libre desarrollo de la personalidad.
- c) Es necesario que la ovodonación sea regulada como método de reproducción asistida en el Perú.

## **1.7. VARIABLES**

### **1.7.1. Variable independiente:**

Derechos reproductivos

#### **Indicadores**

- Derecho a la salud reproductiva.
- Derecho a la autonomía reproductiva.
- Derecho a disfrutar del progreso científico y a dar consentimiento para la experimentación.

### **1.7.2. Variable dependiente**

Ovodonación

#### **Indicadores**

- Donante
- Receptora

## **1.8. METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN**

### **1.8.1. Tipo y diseño de investigación**

#### **1.8.1.1. Tipo de investigación**

Se debe de recordar que para investigar el comportamiento humano existen diversas tipos de investigación tales como; exploratorias, descriptivos, correlacionales y explicativos<sup>6</sup>. La investigación fue descriptiva desde el punto de vista del tema de investigación, ya que se empezó con examinar e indagar como es jurídicamente la ovodonación y los derechos reproductivos.

Asimismo corresponde a una investigación dogmática jurídica que tuvo por finalidad ampliar y profundizar conocimientos sobre el problema de investigación planteado. Pues se evaluarán los derechos reproductivos en los casos de ovodonación en el Perú. Así como los fundamentos jurídicos constitucionales y

---

<sup>6</sup> HERNANDEZ SAMPIERI, Roberto; FERNÁNDEZ COLLADO, Carlos; BAPTISTA LUCIO, Pilar. *Metodología de la Investigación*. México, Mc Graw Hill, 1997, p.40.

derechos contenidos en los derechos reproductivos, que avalan una regulación de la ovodonación en el ordenamiento jurídico peruano.

### **1.8.1.2. Diseño de investigación**

Correspondió al denominado diseño **no experimental**, debido a que careció de manipulación intencional de la variable independiente, además no poseerá grupo de control ni experimental; su finalidad será estudiar el hecho jurídico identificado en el problema después de su ocurrencia. Además fue una **investigación no experimental Transversal**, porque se recolectó y describió datos en un periodo que comprende desde el año 2017.

### **1.8.2. Plan de Recolección de información**

#### **1.8.2.1. Población**

- a) **Universo físico:** Constituido por el ámbito nacional y mundial.
- b) **Universo Social:** Se circunscribe a la dogmática, normatividad y jurisprudencia sobre los derechos reproductivos en los casos de ovodonación en el Perú.
- c) **Universo temporal:** La investigación se circunscribe desde octubre del año 2017 hasta enero del 2018.

#### **1.8.2.2. Muestra**

- a) **Tipo.-** No probabilístico.
- b) **Técnica muestral.-** Intencional.
- c) **Marco muestral.-** Doctrina, jurisprudencia penal y Derecho comparado.
- d) **Tamaño muestral.-** No cuenta con tamaño muestral.
- e) **Unidad de análisis.-** No cuenta con una unidad de análisis.

### **1.8.3. Instrumentos de Recolección de información**

Se empleó las siguientes técnicas e instrumentos de recolección de datos:

TÉCNICAS DE RECOLECCIÓN	INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN	INFORMANTE O FUENTE QUE CORRESPONDE AL INSTRUMENTO DE CADA TÉCNICA
Análisis documental.	Fichas de resumen.	Fuente: Libros, tratados e internet.

#### **1.8.4. Plan de procesamiento y análisis de información**

A fin de obtener información se empleó el enfoque cualitativo, lo que cual permitió recoger apreciaciones de diversos autores sobre el problema materia del presente trabajo. En base a ello la investigación referida no ha perseguido obtener datos estadísticos, sino la interpretación de las particularidades y significados manifestados en la doctrina, jurisprudencia y en el derecho comparado.

#### **1.8.5. Técnica de análisis de datos y/o información**

##### **1.8.5.1. Análisis de Contenido**

Cuyos pasos a seguir son:

- a) Selección de la comunicación que será estudiada;
- b) Selección de las categorías que se utilizarán.
- c) Selección de las unidades de análisis.

##### **1.8.5.2. Criterios**

Los criterios a seguir en el presente proceso de investigación será el siguiente:

- Identificación del lugar donde se buscará la información. Identificación y registro de las fuentes de información.
- Recojo de información de la información en función a los objetivos de investigación empelando técnicas e instrumentos de investigación pertinentes.
- Sistematización de la información.
- Análisis y evaluación de la información.

### **1.8.6. Validación de Hipótesis**

La investigación jurídica en la dimensión teórica, tiene su evaluación mediante la contrastación de las hipótesis planteadas mediante la argumentación jurídica<sup>7</sup>. Argumentar o razonar es una actividad que consiste en dar razones a favor o en contra de una determinada tesis que se trata de sostener o refutar. Esa actividad puede ser muy compleja y consistir en un número muy elevado de argumentos (de razones parciales) conectadas entre sí de muy variadas formas.

Dicha aplicación en el presente trabajo de investigación jurídica servirá para poder fundamentar la afectación de los derechos reproductivos en los casos de ovodonación en el ordenamiento jurídico peruano.

---

<sup>7</sup> Cfr. ATIENZA, Manuel. *Derecho y Argumentación*. Bogotá, Ediciones Universidad Externado de Colombia, 1997.

## CAPÍTULO II

### MARCO TEÓRICO

#### 2.1. ANTECEDENTES

##### 2.1.1 Antecedentes Internacionales:

De la revisión de páginas web internacionales no se puede establecer una tesis específica con las variables derechos reproductivos y ovodonación, pero si con una temática relacionada, como la siguiente:

- Tesis doctoral de Juana María Gonzales Moreno, "Autonomía reproductiva y derecho. Un análisis de los marcos jurídicos internacional, europeo y español, desde la teoría jurídica feminista", Universidad Autónoma de Barcelona, del año 2015.

En las conclusiones de la tesis la autora señala que la categoría de derecho a la autonomía de la reproducción, aunque tiene la ventaja de nombrar autonomía reproductiva de las mujeres y convertirlo en derecho. No siempre es utilizada de modo propio(a veces se le considera equivalente a otras categorías como el derecho a la reproducción o con el derecho a la libre maternidad).

- Tesis para licenciatura de Cristóbal Antonio Santander, "El contrato de maternidad subrogada o de alquiler: ¿Ejercicio legítimo del derecho a procrear o atentado a la dignidad?", Universidad Alberto Hurtado de Chile, en el año 2012.

Se investigo acerca de la maternidad subrogada, además del análisis del derecho a procrear abordando su contenido, alcances y límites. Determinando si su ejercicio admite al contrato de maternidad subrogada o si éste constituye el límite, a la dignidad humana y de otros derechos igualmente importantes y necesarios en una sociedad democrática como lo es la Chilena.



### **2.1.2 Antecedentes Nacionales:**

De la revisión de los repositorios de las universidades a nivel nacional, se puede observar que no existe investigación en la que se encuentre taxativamente las variables sobre los derechos reproductivos y ovodonación. Pero si respecto a la ovodonación solamente, y temas relacionados, conforme hemos circunscripto la presente investigación.

- Tesis para optar por el título de abogado de Hananel Cassaro, Cecilia Elizabeth y Manayalle Manay Jorge Luis, “La necesidad de regulación de la ovodonación en la legislación peruana”, Universidad Señor de Sipan, del año 2013.

En la referida tesis los autores concluyen que se debe regular de forma positiva la ovodonación en merito a la gran demanda y uso de la misma en el país. Además que la ovodonación se ve afectada por empirismos normativos y discrepancias teóricas, que están relacionadas causalmente y se explican, por el hecho de que no se conoce o no se está aplicado bien algún planteamiento teórico, especialmente algún concepto básico.

- Tesis para optar por el título de abogado de Cyntia Alejandra Prentice Munayco y Sonny Renzo Chavez Luna Victoria, “Coincidencia entre la madre genética y gestante como exigencia legal en el derecho a la procreación mediante ovodonación en el Perú”, Universidad Nacional de Trujillo, del año 2012.

Esta tesis concluye que el contexto jurídico del país, no corresponde con la realidad social ni científica actual al no estar regulada en el Perú, la técnica de ovodonación haciéndolo tan solo de manera deficiente. Una breve referencia a las técnicas de reproducción humana asistida en el artículo 7 de la ley general de salud.

### **2.1.3 Antecedentes Locales:**

De la revisión de las Investigaciones en la Universidad Santiago Antúnez de Mayolo no se ha podido registrar algún antecedente bajo la denominación ovodonación o derechos reproductivos, empero existe documentos relacionados, los cuales son los siguientes:

- Tesis para optar por el título de abogada de Janeth Bertha Montes Callupe, “La legalización del vientre de alquiler con subrogación materna como medio de protección de la filiación del niño y de sus progenitores en el ordenamiento civil peruano”, Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo, 2016.

De la tesis mencionada se concluye que la existencia del derecho a la descendencia, constituye un fundamento para admitir el contrato de maternidad subrogada evaluando los límites que tendría y que guardan coherencia con la naturaleza de los derechos fundamentales. Así como los valores de dignidad e integridad física que se encuentran consagrados positivamente en normas de derecho natural e internacional.

## 2.2. BASES TEÓRICAS

### 2.2.1. Teoría de los derechos fundamentales

El ser humano desde su concepción es un sujeto de derecho, siendo que a lo largo de su existencia adquiere una variedad de estos. Sin embargo, no siempre aquello fue reconocido como tal, dado que a lo largo del tiempo hemos visto pasar diversas etapas, siendo claro ejemplo el derecho positivo y el derecho natural. Bajo esa perspectiva, el derecho natural, refiere que la persona tiene innato una serie de prerrogativas, los denominados derechos humanos. Estos se dieron a la palestra través de la corriente neoconstitucionalista, la cual es producto de los efectos de la segunda guerra mundial que azoto el mundo e hizo recobrar la importancia de otros factores aparte de la norma que era de predominio en la época. A razón que esta corriente “deja de lado el positivismo jurídico y del formalismo procesal mediante la efectivización de la constitución en la expansión de la jurisdicción constitucional (...).<sup>8</sup>”

Y si bien ya era conocido en el mundo los derechos del hombre con la revolución francesa como principal protagonista. Empero, la mayor contribución a una revaloración de los derechos de todos los seres humanos, se apreció con la segunda guerra en mención; con el cual surgió un concepto de relevancia y centro de otros derechos- la dignidad. Es así que los gobiernos del mundo y organizaciones dieron la importancia debida a los llamados derechos humanos. No obstante ese conjunto de derechos errantes e innatos en el ser, a fin de ser usados en los diversos ordenamientos jurídicos, fueron positivados, siendo que aquello se denominó derechos fundamentales. Entendido este según Smend como “los representantes de un sistema de valores concretos, de un sistema cultural que resume el sentido de la vida estatal contenida en la Constitución (...)”<sup>9</sup>

En ese lineamiento, es de indicarse que dichas concepciones fueron avistadas en el marco de la corriente constitucionalista, el cual toma en referencia lo señalado por

---

<sup>8</sup> ROBLES TREJO, Luis; ROBLES BLACIDO, Elmer & FLORES LEIVA, Efraín. *El paradigma neoconstitucionalista en la configuración del estado constitucional. El caso peruano según la constitución de 1993*. Lima, Fecat, p.26

<sup>9</sup>FERNANDEZ SEGADO, Francisco. “La Teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional”. En:<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/79497.pdf> (consulta 20 de abril del 2018), p. 205

Ricardo Guastini, quien refiere que los sistemas jurídicos se constitucionalizan cuando se cumplen 7 aspectos:

” a) garantía jurisdiccional de la supremacía de la constitucional; b) constitución rígida: incluye los derechos fundamentales; c) fuerza vinculante de la Constitución, como conjunto de norma preceptivas; d) interpretación conforme a la constitución; e) influencia de la Constitución en el debate público; y, f) sobre interpretación de la Constitución: interpretación extensiva y principios.”<sup>10</sup>

Y en vista que en el ordenamiento nacional lo antes descrito se cumple, se evidencia que “[En] nuestro país se ha asumido, por un lado, la Constitución como una norma jurídica particular con un contenido valorativo y, por otro lado, los derechos fundamentales como principios que inspiran el ejercicio de toda cuota de poder y, como tales, que irradian a todo el ordenamiento jurídico (...)”<sup>11</sup>. Aspecto con el cual se concuerda, en razón a que en el Perú la constitución es la norma fundamental, y señala derechos humanos positivados en el ordenamiento peruano.

En tal sentido cabe denotar, el criterio de Guianluigi Palombella, en cuanto los derechos fundamentales tienen dos variantes:

“(...) una, en la que «fundamental» hace referencia simplemente a los derechos humanos considerados universales, universalmente inviolables, y otra en la que la calificación «fundamental» se refiere a los derechos subjetivos «puestos» en concreto y «válidos» jurídicamente bajo un ordenamiento determinado. En un plano teórico, pero también en el práctico, es posible que lo que vale como «fundamental» bajo una perspectiva no lo valga para otra. Desde la perspectiva jurídica, cabría calificar como fundamentales «catálogos» diversos y distantes de

---

<sup>10</sup> Cfr. GUASTINI, Ricardo. “*La interpretación: objetos, conceptos y teorías*”, en: Vásquez, Rodolfo (Compilador): *Interpretación Jurídica y decisión judicial*. México, Ediciones Fontanera S.A. Tercera edición, 2002.

<sup>11</sup> DONAYRE MONTESINOS, Christian, Ponencia titulada “*Interpretando la procedencia del amparo electoral desde una perspectiva neoconstitucionalista*”, en: SANCHEZ LOPEZ, Luis. “*La protección de los derechos fundamentales en la legislación peruana*”. <http://legis.pe/proteccion-derechos-fundamentales-legislacion-peruana/>, (consulta 06 de febrero del 2018).

los elaborados por la cultura de las organizaciones internacionales durante los últimos cincuenta años”<sup>12</sup>

Por ende, en base a los argumentos antes esgrimidos tomaremos la perspectiva de que los derechos fundamentales son derechos humanos positivados en una norma dentro de un ordenamiento jurídico, por lo que ello:

“(…) conlleva necesariamente el carácter constitutivo de la Declaración de derechos. Ello quiere decir que no tenemos otros derechos fundamentales que los expresamente identificados como tales por la Constitución, así, obviamente, ni los principios son derechos, ni los derechos enunciados lo son a título de ejemplo, pudiéndose ampliar mediante una actuación al respecto del juez constitucional, que dedujese de la tabla constitucional nuevos derechos, en realidad integrados tácitamente en la misma. O admitiendo la incorporación a nuestro ordenamiento de los derechos humanos en virtud de su inclusión en Declaraciones internacionales (…)”<sup>13</sup>

#### **2.2.1.2. Teoría de los derechos fundamentales y los derechos humanos**

Los derechos humanos y los fundamentales, guardan estrecha relación el uno con el otro. Siendo así, los derechos humanos según Antonio Enrique Pérez Luño son “[U]n conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”<sup>14</sup>. Por lo que se entiende que la necesidad de regular los derechos humanos en un ordenamiento jurídico determinado dio cabida a los derechos fundamentales.

En tal sentido, es de apreciarse que los derechos señalados en la constitución forman parte de los denominados derechos fundamentales. Mientras aquellos

---

<sup>12</sup> PALOMBELLA, Guianluigi “*Derechos fundamentales, argumentos para una teoría*”. En: [rua.ua.es](http://rua.ua.es) › ... › Revistas - DOXA - 1999, N. 22, (consulta 21 de abril del 2018)

<sup>13</sup> SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José. “*Una revisión de la Teoría de los Derechos Fundamentales*”. En: <https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/viewFile/6263/6735>. (consulta 23 de abril del 2018), p.114.

<sup>14</sup> PAZO PINEDA, Oscar. “*Los derechos fundamentales y el Tribunal Constitucional*”. Lima, Gaceta Jurídica, 2014, p. 24

derechos que no están contenidos en esta son los denominados derechos humanos. Siendo que dentro de la normativa interna se hablara de derechos fundamentales. Es así que “no se podrá concebir un Estado Constitucional fuerte, si no existe en su Ley Fundamental el reconocimiento de los derechos fundamentales de la persona (parte dogmática), existiendo una relación siamésica entre ambos, por tanto, una no puede subsistir sin la otra; una es causa de la otra y viceversa”<sup>15</sup>. Ello toda vez que en la carta fundamental coexiste una parte dogmática y una parte orgánica. Además que uno de los principios fundamentales que contiene, es la unidad de la constitución por la que el contenido de la constitución se interpreta en conjunto y no aisladamente.

Debiendo acotar que los derechos fundamentales “no sólo representan un límite formal a la actuación de los poderes públicos, sino principalmente un límite de carácter material a los mismos, los derechos fundamentales, según ha precisado el Tribunal Constitucional, son parte central del ordenamiento jurídico del país y su dimensión no es sólo subjetiva, es decir como atributos subjetivos de las personas, sino también objetiva como normas de fundamentación de todo el sistema jurídico”<sup>16</sup>. En suma los derechos fundamentales y los derechos humanos se encuentran plenamente ligados por su historia y por ser base de las constituciones actuales.

## **2.2.2. Derechos reproductivos**

### **2.2.2.1. Fundamento de los Derechos Reproductivos**

En la doctrina este derecho es reconocido según Celinda Mosquera como “el ejercicio de su libertad reproductiva, derecho humano reconocido por documentos internacionales sobre derechos humanos y que reconoce el derecho de todos de decidir si se tiene o no descendencia, el número de hijos, el espaciamiento entre nacimiento de sus hijos, y si lo hace de manera natural o por medio de técnicas de reproducción asistida”<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup>RAMIREZ SANCHEZ, Félix. *Estudios de derecho Constitucional y Procesal Constitucional*. Lima, Grijley, p. 129

<sup>16</sup> *Ibíd.*, pp. 86 y 87.

<sup>17</sup> MOSQUERA VASQUEZ, Clara. “La Ovodonación en los tribunales peruanos”. *Actualidad Jurídica de Gaceta Jurídica*, tomo N° 203, Lima, 2010, p.53.

Como es de advertirse los derechos reproductivos abarcan un conglomerado de derechos y es abanderado por la facultad de elección de una persona, el derecho de libre determinación, respecto a la decisión de tener hijos o no, además del modo de su reproducción y posterior parto. Lo que llevaría a evidenciar que el contenido de estos derechos también abarcan a otros derechos fundamentales, siendo así que según Paula Siverino Bavio los derechos reproductivos<sup>18</sup>:

“Se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número, espaciamiento y ocasión de tener hijos y de acceder a la información y los medios para hacerlo, así como el derecho de gozar del más alto estándar de salud sexual y reproductiva posible. Así también comprende el derecho a recibir orientación, atención integral y tratamiento técnico profesional durante el embarazo, parto, puerperio y lactancia; el derecho de las mujeres a no ser discriminadas en el trabajo o el estudio por razón de embarazo o maternidad; el derecho a acceder a orientación, consejería y tratamiento sobre cuestiones de infertilidad y enfermedades de transmisión sexual”<sup>19</sup>.

De otro lado, debemos señalar que los derechos reproductivos son de reciente data y como todo derecho humano han sido producto de los grandes cambios, evoluciones históricas y tecnológicas dadas en el mundo. Lo cual a decir de Varsi, los derechos reproductivos son producto de:

Los cambios sociales y el desarrollo biotecnológico que han determinado el desplazamiento de los clásicos derechos de la persona, así como la aparición de nuevos derechos. Este fenómeno se debe a que el ámbito de protección jurídica se ha mostrado insuficiente en ciertos casos. Así, tenemos entre otros: “(...) Derechos Reproductivos, se dividen en los negativos (legitimando los métodos de

---

<sup>18</sup> Los derechos reproductivos a decir de varios doctrinarios va implicar la decisión responsable de decidir el momento de tener hijo, así como cuidarlos y protegerlos.

<sup>19</sup> SIVERINO BAVIO, Paula. “*Quién llamó a la cigüeña? Maternidad impugnada e identidad genética, reflexiones a propósito de dos sentencias peruanas*”. Gaceta Jurídica, Tomo 141, Lima, 2010, pp.140-160.

planificación familiar) y los positivos (atendiendo a la aplicación de procesos asistidos para tener descendencia)<sup>20</sup>.

Por lo que, se tiene como una forma de protección de los derechos reproductivos el “facilitar el acceso a las técnicas de reproducción asistida (inseminación artificial, fecundación in vitro o maternidad subrogada) para aquellas mujeres infértiles. De esta manera se permite que cumplan su proyecto de vida”<sup>21</sup>.

Desde otra perspectiva, debemos indicar que los derechos reproductivos en una gran variedad de oportunidades es confundido con el derecho a la procreación o también llamado derecho a procrear, que evidentemente tiene una connotación individual y según algunos doctrinarios no existe ningún derecho a la procreación. Empero otros manifiestan que existe tal es el caso de Moran de Vizenci manifiesta que “el derecho a procrear es el ejercicio de la libertad personal en relación con la función procreativa”<sup>22</sup>.

Asimismo en cuanto al derecho a procrear<sup>23</sup> el Dr. Alberto Gonzales manifiesta que se entiende como “aquella facultad individual que tiene la persona para procrear con quien quiera y como quiera. Este derecho ha obtenido mayor connotación con la utilización de técnicas de reproducción asistida en los casos de mujeres solas, homosexuales, crioconservación, clonación, entre otros”<sup>24</sup>.

Ahora con referencia a esa confusión de los derechos reproductivos y el derecho a procrear. Varsi señala que “en los derechos reproductivos no está de por medio la sola facultad del ser humanos sino la predisposición del Estado de impulsarlos o protegerlos de manera especial. Es legítimo y justo deseo de una

---

<sup>20</sup> VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Derecho Genético*. Quinta Edición, Lima, Editora Grijley, 2013, pp. 226 y 227.

<sup>21</sup> NUÑEZ MEREJILDO, André. *Derechos reproductivos de la mujer infértil en el Perú: acceso a la técnica de reproducción asistida de maternidad subrogada*. Comisión de Investigaciones de la Asociación Civil Foro Académico de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 97 y 98.

<sup>22</sup> LALUPU SERNAQUE, Luis. *Las técnicas de fecundación artificial: maternidad subrogada y dignidad humana*. Lima, Editorial san marcos, 2013, p. 108

<sup>23</sup> El derecho a procrear tiene implicancia dentro de los derechos reproductivos a razón de que se ve la elección del individuo para reproducirse en el momento y con quien el considera oportuno.

<sup>24</sup> GONZÁLEZ CÁCERES, Alberto. “*Cuando mi madre es un número .identidad genética e interés superior del niño*”. Revista jurídica del Perú de Normas legales, tomo 93, Lima, 2008, p.36



pareja a ser padres pero no se puede confundir un deseo legítimo y natural con un derecho. En ese sentido no existe un derecho a tener hijos.<sup>25</sup>”.

Consecuentemente, los derechos reproductivos, si bien son derechos de reciente y controvertida data, no debe dejarse de lado que este tiene como principal contenido la facultad de elección de las personas y el ánimo de estas de realizar su proyecto de vida. Ya sea o no conformando una familia mediante el procedimiento que estime conveniente en beneficio de su salud.

#### **2.2.2.2. Los derechos Reproductivos en el marco de los derechos humanos**

El hablar de los derechos reproductivos, es reciente y nuevo en el ámbito jurídico. Si bien en el ámbito doctrinario empezó a denotarse a raíz de la evolución de las técnicas de reproducción asistida y la controversia que generaban estos a partir de los años ochenta. Se empezó a difundir en el mundo, las técnicas de reproducción asistida en sus diversas variables. No obstante es de precisarse que se empezó a hablar taxativamente de estos en la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (CIPD), celebrada en El Cairo en 1994, donde se refiere que:

Los Estados participantes reconocieron que la salud sexual y reproductiva es fundamental para las personas, las parejas y las familias, así como para el desarrollo social y económico de las comunidades y las naciones. La Conferencia representó la superación de programas de planificación centrados en “la familia”, situando a la mujer en el centro de un planteamiento integral de la reproducción. Además, reconoció que la salud reproductiva y sexual tenía que entenderse en el marco de los derechos humanos desde una perspectiva de género, siendo así, el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo aprobado por consenso, establece 15 muy importantes principios relacionados con la salud sexual y reproductiva, ejemplo de ello es el capítulo VII, se titula “Derechos reproductivos y salud reproductiva” con

---

<sup>25</sup> VARSÍ, *Derecho Genético. Óp. Cit.*, p.397.

lo cual se hace un vínculo explícito entre los derechos reproductivos y la salud.<sup>26</sup>

En tal sentido es de relevancia señalar que mediante el referido documento, se expreso acerca de los derechos reproductivos y su ámbito de protección como habíamos señalado de contenido diverso. Siendo de acotar que en dicha conferencia en su artículo 7.3<sup>27</sup> manifiesta que los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que se encuentran reconocidos en la normativa nacional. Así como en documentos internacionales sobre derechos humanos en los que se encuentren adscritos los Estados y tengan observancia obligatoria.

Por lo tanto, a decir de Paula Siverino los derechos sexuales y reproductivos tendrían estatus de derechos humanos a razón a que “expresan nuevas dimensiones de derechos tales como la intimidad, la integridad, la libertad (proyecto de vida y libre desarrollo de la personalidad) y la identidad. Son derechos que sólo unos pocos han gozado de manera consistente a través de la historia, ya que decidir libremente sobre el propio cuerpo ha sido, y en muchos casos, sigue siendo, un privilegio de género y de clase”<sup>28</sup>.

De igual modo, debemos precisar que los llamados derechos reproductivos no se encontrarían solos, sino que según la normativa internacional abarcan una serie de derechos contenidos dentro de sí, lo cual a opinión de Varsi:

Permiten a las personas amplias facultades para lo siguiente: disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental; al acceso en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, a los servicios que incluyan la planificación familiar y la salud reproductiva; a ser atendidos en salud

---

<sup>26</sup> Instituto Interamericano de Derechos Humanos. *Los derechos reproductivos son derechos humanos*. Costa Rica, Editorama S.A, 2008, p.22

<sup>27</sup> “Se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas y de cada persona a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos 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. También incluye su derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos”

<sup>28</sup> SIVERINO BAVIO, Paula. “*Bioética y Sexualidad: dinámicas y tensiones a propósito de algunos casos concretos en América Latina*”. <http://agusvinnus.prodiversitas.org/libros/bioetica/Siverino.pdf>,( consulta: 02 de noviembre del 2017), p.18.

reproductiva sin ningún tipo de coacción; decidir libre y responsablemente el número y el espaciamiento de sus hijos y disponer de la información, educación y medios necesarios para poder hacerlo; que las instituciones velen porque se cumplan estos principios en todas sus fases de la atención.<sup>29</sup>

En consecuencia tenemos que, si bien los derechos reproductivos aún no se encuentran en la normativa nacional de manera plena. No obstante a través de otros derechos constitucionales y por convenios internacionales si se tendría que tener en consideración.

### **2.2.2.3. Contenido de los Derechos Reproductivos**

- **Derecho a la salud reproductiva**

El derecho a la salud reproductiva, es parte del derecho a la salud, el cual se encuentra consagrado en diversos documentos internacionales y en nuestra constitución política como derecho fundamental. Debiendo señalarse que además de formar parte de este derecho, también forma parte de los derechos reproductivos. Siendo reconocido este derecho de manera taxativa, en la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo de Naciones Unidas, el cual en su párrafo 7.2 expresa que: “La salud reproductiva entraña 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 (...)”.<sup>30</sup>

Por ende, la salud reproductiva implicaría en el caso de las técnicas de reproducción asistida, la facultad de elección de las parejas por el método de procreación que sea conveniente y del que debe ser informado debidamente por la autoridad pertinente.

---

<sup>29</sup> VARSÍ, *Derecho Médico Peruano. Op. cit.*, p.143.

<sup>30</sup> CENTER FOR REPRODUCTIVE RIGH. *Los Derechos Reproductivos son derechos humanos*. Reproductive Righ, 5<sup>ta</sup> edición, 2006, pp. 18 y 19.

### ▪ **Derecho a la Autonomía Reproductiva**

La autonomía reproductiva se entiende el derecho por el que, “toda mujer tiene derecho a elegir libremente el método anticonceptivo de su preferencia, lo que está directamente relacionado con su decisión acerca de cuántos hijos quieren tener, con quién y cuándo”<sup>31</sup>.

Asimismo, también debe señalarse que “el derecho a la autonomía reproductiva, forma parte del derecho a la vida privada y este a la vez del derecho a la libertad. Así se ha analizado en la sentencia del Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica”<sup>32</sup>. Desprendiéndose que el derecho a la autonomía reproductiva con referencia a las técnicas de reproducción asistida en general, responde como el derecho de toda persona a decidir acerca del momento de su reproducción y los métodos que este puede adquirir para lograrlo.

### ▪ **Derecho a disfrutar del progreso científico y a dar consentimiento para la experimentación**

Respecto al derecho al progreso científico comentan que “figura entre los derechos que tienen todos los seres humanos a gozar de lo que la ciencia ha descubierto, aunque ello pueda verse restringido”<sup>33</sup>. Teniendo dicho derecho amparado en el artículo 27 de la Declaración Universal de DDHH donde manifiesta en su inciso (1) señala que “Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten”<sup>34</sup>.

De igual modo se aprecia que en el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales también se expresa en el inciso b) el derecho a “gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones”.

---

<sup>31</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional N° 2005-2009-PA/TC, F.J. N° 6.

<sup>32</sup> LUPA YUCRA, Manuel. “¿Existe el derecho humano de procreación?”. En: [https://legis.pe/existe-derecho-humano-la-procreacion/\(consulta 18 de abril del 2018\)](https://legis.pe/existe-derecho-humano-la-procreacion/(consulta%2018%20de%20abril%20del%202018))

<sup>33</sup> LOPEZ BORGÑOZ, Alfonso. “El Derecho al Progreso Científico”. [https://www.escepticos.es/repositorio/elesceptico/articulos\\_pdf/ee\\_39/ee\\_39\\_el\\_derecho\\_al\\_progreso\\_cientifico.pdf](https://www.escepticos.es/repositorio/elesceptico/articulos_pdf/ee_39/ee_39_el_derecho_al_progreso_cientifico.pdf), (consulta 02 de noviembre del 2017), p. 39.

<sup>34</sup> Declaración Universal de Derechos Humanos.

Siguiendo dicha línea veremos que los derechos reproductivos, contienen un derecho que guarda relación con este derecho pero aplicado al ámbito reproductivo. Siendo así tenemos que se hizo referencia por primera vez en la Plataforma de Acción de Beijín, en su párrafo 109 inciso h, donde refiere que:

“Los gobiernos deberían prestar apoyo financiero e institucional a la investigación sobre métodos y tecnologías seguros, eficaces, asequibles y aceptables para la salud reproductiva y sexual de las mujeres y los hombres, incluidos métodos más seguros, eficaces, asequibles y aceptables para la regulación de la fecundidad incluida la planificación natural de la familia para ambos sexos, métodos para la protección contra el VIH/SIDA y otras enfermedades de transmisión sexual y métodos sencillos y baratos para el diagnóstico de tales enfermedades, entre otras cosas(...)”<sup>35</sup>.

Entendiéndose por este derecho contenido en el ámbito de los derechos reproductivos, como aquel derecho que tienen las parejas de poder beneficiarse de la ciencia para poder concebir de manera segura.

### **2.2.3. Ovodonación**

#### **2.2.3.1. Definición de Ovodonación**

Anteriormente la relación entre filiación biológica y jurídica no supondría graves problemas si el vínculo biológico fuera en sí mismo evidente. Sin embargo, “debido al avance de la biomedicina, el desarrollo de las técnicas de reproducción humana asistida o circunstancias extrínsecas, ello no siempre es así”<sup>36</sup>. Tal es el caso de la ovodonación, la cual forma parte de una amplia gama de recursos tecnológicos aplicados a la reproducción humana. En tal sentido “sus orígenes se remontan al año 1984, cuando Lutjen y sus colaboradores lograron conducir la primera gestación a término en una mujer con falla ovárica”<sup>37</sup>. De igual modo en

---

<sup>35</sup> CENTER FOR REPRODUCTIVE RIGTH. *Los Derechos Reproductivos son derechos humanos*, cit., pp. 49 y 50.

<sup>36</sup> TORRES MALDONADO, Marco Andrei. “Sobre infidelidades, amor y reencuentros. A propósito del estado constante de familia y la identidad filiatoria”. Actualidad Civil de Instituto Pacífico, Volumen 3, Lima, 2014, p. 186.

<sup>37</sup> GONZÁLEZ PLA, Florencia, et al. “Ovodonación y subjetividad: aportes clínicos a partir de un estudio teórico empírico”. [http://www.psi.uba.ar/investigaciones/revistas/investigaciones/indice/trabajos\\_completos/anio22\\_1/ovodonacion\\_y\\_subjetividad.pdf](http://www.psi.uba.ar/investigaciones/revistas/investigaciones/indice/trabajos_completos/anio22_1/ovodonacion_y_subjetividad.pdf), (consulta 03 de noviembre del 2017), p. 02.

el Perú dicha técnica empezó a emplearse desde 1995, yendo en aumento desde esa época hasta la actualidad de forma vertiginosa y con mucha polémica que se verá en el presente tema.

Se trata de una técnica en la que, debido a inconvenientes ligados con la producción de óvulos, se recurre a material genético de un tercero externo a la pareja parental. Como es evidente,” el proceso reproductivo ya no se limita exclusivamente al ámbito íntimo de la pareja, sino que incluye al saber técnico científico con sus métodos y procedimientos, dando así entrada a una innovación legal que busca orientar el impacto científico en el ordenamiento social, aportando interesantes ficciones jurídicas”<sup>38</sup>.

En razón a ello, la ovodonación es referida mayoritariamente como un tipo variante de la maternidad subrogada, en cual se trata básicamente de donación de óvulos. Ahora la doctrina también se ha manifestado, uno de ellos es Trounson que expresa que “la ovodonación es una variante de las técnicas de fertilización in Vitro (FIV) en el que el gameto femenino procede de donación”<sup>39</sup>. Señalando que Varsi la ovodonación vendría a ser:

Aquellos casos en los cuales la mujer tiene una deficiencia ovárica, no genera óvulos pero sí puede gestar por lo que necesita una mujer que sólo le ceda óvulos. Es un caso de maternidad parcial. Se produce un caso de trigeneración humana 1) espermatozoides del marido, 2) óvulo de una mujer cedente y, 3) gestación de la mujer. La madre procreante no es la misma que la gestante.<sup>40</sup>

### **2.2.3.2.Sujetos intervinientes en la Ovodonación**

En este ámbito debemos indicar que en los casos de reproducción asistida “el primero aporta su esperma o su óvulo en una mera operación técnica, mientras que el segundo es quien reviste la voluntad procreacional que hace al acto

---

<sup>38</sup> GONZÁLEZ. “Ovodonación y subjetividad: aportes clínicos a partir de un estudio teórico empírico”, p. 02.

<sup>39</sup> HANANEL CASSARO, Cecilia Elizabeth & MANAYALLE MANAY, Jorge Luis. “La necesidad de Regulación de la ovodonación en la legislación Peruana”. <http://repositorio.uss.edu.pe/bitstream/USS/6/1/LA%20NECESIDAD%20DE%20REGULACION%20DE%20LA%20OVODONACION%20EN%20LA%20LEGISLACION%20PERUANA.pdf>, (consulta: 20 de octubre del 2017), p.31.

<sup>40</sup> VARSÍ ROPIGLIOSI, Enrique. *La filiación Extramatrimonial*. 2da Edición, Lima, Jurista Editores, 2010, p.247.

filiatorio”<sup>41</sup>. En tal sentido en el caso específico hablaremos de quien dona los óvulos y quien gesta un bebe con óvulos de otras personas, distinguiéndose en los siguientes sujetos:

- Donante

Son donantes aquellas mujeres no presentan alteraciones reproductivas, mujeres que ya tienen hijos y se someten a un tratamiento de estimulación ovárica, para la aspiración de sus ovocitos, donando la totalidad de los mismos. También mujeres que realizan una fertilización In Vitro por causa desconocida de infertilidad y que aceptan donar parte de sus óvulos, cuando se obtiene una cantidad adecuada. Como en cualquier tratamiento de fertilidad las mujeres deben cumplir con una serie de requisitos, en pos de minimizar los riesgos, y optimizar las probabilidades de quedar embarazada.<sup>42</sup>

- Receptora

La receptora es aquella mujer que no puede generar los óvulos, no obstante puede gestarla y general un fuerte vínculo afectivo. En tal sentido, veremos que “la ventaja de realizar un tratamiento con donación de óvulos consiste en dar a la mujer la posibilidad de acceder al embarazo, parto y lactancia”<sup>43</sup>.

Por lo que a consecuencia de aquello veremos que aquella mujer que acude al método de ovodonación creara el vínculo afectivo con él bebe, acción que no sucede a los padres en el proceso de fecundación invitro con espermatozoides de un tercero. De otro lado es preciso recalcar que este método no es factible para aquellas “mujeres que sobrevaloran el vínculo genético, el transmitir los genes de la familia, difícilmente podrán acceder a la ovodonación sin sentir que es una renuncia muy grande.

---

<sup>41</sup> GONZÁLEZ. “Ovodonación y subjetividad: aportes clínicos a partir de un estudio teórico empírico”, p. 24.

<sup>42</sup> ARAMBURU, Florencia Y CIANI, Mariela, “Una mirada trialista a la ovodonación”. [www.carpacio.edu.pe](http://www.carpacio.edu.pe). (consulta: 25 de octubre del 2017).

<sup>43</sup> BARON, L. “Aspectos psicológicos de la ovodonación”. Asociación Psicoanalítica Argentina Sociedad de Fertilidad. Argentina. [www.luisabaron.com/?page\\_id=176](http://www.luisabaron.com/?page_id=176). (consulta:10 de enero del 2018).

En cambio, las mujeres que destacan que la crianza y el vínculo de amor con el bebé es lo más importante en el rol maternal, podrían asimilarlo de una manera más reposada”<sup>44</sup>.

De otro lado las mujeres receptoras de los óvulos serán aquellas que se encuentren con “falla ovárica precoz (antes de los 40 años) y las mujeres perimenopáusicas mayores de los 43-44 años que necesariamente requieren de ovodonación. En el medio están las pacientes que pasaron los 40 años y que han realizado otros tratamientos de in vitro con resultados fallidos”.<sup>45</sup> Además se “puede acudir a dicha técnica en casos de jóvenes que han sufrido de cáncer de ovario, tratamientos quimioterapéuticos por cáncer en otros órganos, remoción quirúrgica de ovarios, agenesia de ovario, enfermedades endocrinológicas tales como tiroiditis, enfermedades autoinmunes, falla ovárica precoz”<sup>46</sup>.

Por ende en los casos de ovodonación a nivel medico se clasifican en 2 grupos a las receptoras, mujeres sin función ovárica y mujeres con función ovárica<sup>47</sup>, por lo que al respecto se debe manifestar lo siguiente:

#### **a) Mujeres sin Función Ovárica**

##### **o Fallo Ovárico Primario**

El llamado fallo ovárico primario, según la definición medica “abarca mujeres con digenecias gonadales debido a alteraciones cromosómicas, bien numéricas o estructurales. Pueden ser beneficiarias aquellas de fenotipo femenino y desarrollo interno de órganos sexuales, principalmente con útero conservado o hipoplásico<sup>48</sup>”.

---

<sup>44</sup> ALBORNOZ ÁLVAREZ, Carla. “Una mirada psicológica a la ovodonación y la alternativa de revelar o no la historia de concepción al futuro hijo”. <http://www.aulavirtualusmp.pe/ojs/index.php/VJ/article/view/8/9>, (consulta 09 de noviembre del 2017), p. 53.

<sup>45</sup>UGOZZOLI, F. et al. “Investigación: Actitud hacia la ovodonación”. <http://temasdeenfermeria.com.ar/2014/02/investigacion-sobre-actividad-hacia-la-ovodonacion-premio-dr-miguel-correa-para-cegyr-argentina/>, (consulta: 07 de noviembre del 2017), p. 54.

<sup>46</sup> BARON. “Aspectos psicológicos de la ovodonación”.p 05.

<sup>47</sup> TORRES DURAN, Cristina. “El efecto del número de ciclos de la receptora y la donante en las tasas de gestación en ovodonación”. <http://digibuo.uniovi.es/dspace/bitstream/10651/27825/6/Cristina.pdf>, (consulta: 17 de noviembre del 2017), p.03.

<sup>48</sup> TORRES. “El efecto del número de ciclos de la receptora y la donante en las tasas de gestación en ovodonación”,p.04.



Esto significa que este fallo es ocasionado principalmente en mujeres que presentan alteración en sus genes lo cual hace que en su útero no sea posible concebir un hijo. Al respecto un ejemplo claro de esto sería el síndrome de Turner el cual afecta exclusivamente a mujeres, siendo uno de sus efectos el detenimiento del desarrollo de la mujer no produciendo óvulos.

- Fallo Ovárico Precoz

En cuanto al fallo ovárico precoz o prematuro, la terminología médica refiere que es “la pérdida de la función ovárica en mujeres menores de 40. Las mujeres con falla ovárica prematura no pueden ovular (liberar un óvulo) cada mes. Esta pérdida de función puede ser debido a una cantidad inferior a la normal de los folículos o una disfunción en los ovarios.”<sup>49</sup>

- Menopausia

La menopausia, es la pérdida de la capacidad reproductiva en la mujer, esta generalmente acontece pasado los cuarenta años con una serie de dolencias preparatorias que culminan con la ausencia de la menstruación. Por ende la carencia de la capacidad de generar óvulos con fines de engendrar descendencia.

## **b) Mujeres con Función Ovárica**

- a. Portadoras de enfermedades genéticas.

En cuanto a este tema, se puede manifestar que es ocasionada a razón que la mujer que desea gestar a su descendencia presenta en sus genes una enfermedad grave que tiene altas probabilidades de ser transmitidas a una próxima generación.

- b. Fallos repetidos de Fecundación In vitro.

Respecto a los fallos repetitivos en la fecundación invitro, es de denotar que la pareja que acude a las clínicas especializadas a fin de tratar su infertilidad en continuas ocasiones la implantación del embrión por fecundación in vitro no prosperó, ocasionando la imposibilidad de procrear un bebe.

---

<sup>49</sup> ASOCIACIÓN AMERICANA DEL EMBARAZO. “*Falla Ovárica Prematura: La Menopausia Prematura*”. <http://americanpregnancy.org/es/womens-health/premature-ovarian-failure/>, (consulta: 30 de noviembre del 2017).

### c. Abortos repetitivos

El caso de los abortos repetitivos tiene plena relación con lo anterior por cuanto en las continuas intervenciones el embrión no se llega a implantar a totalidad lo cual deriva en abortos constantes que debilitan de a pocos la calidad de los óvulos, lo que dificulta el embarazo de la intervenida.

#### **2.2.3.3. Clases de maternidad**

Al respecto es de precisarse que los casos de ovodonación generan divergencia en la maternidad pudiendo clasificarse en más de una madre. En tal sentido cabe expresar lo señalado por Ana Lizbeth Araujo Rodríguez, quien manifiesta que existen clases de maternidad<sup>50</sup>, de las cuales pueden verse afectadas o contenidas en los casos de ovodonación las siguientes:

- Maternidad plena: Es aquella madre que contiene la relación biológica y genética en ella misma, por ende cumple con todos los requisitos señalados en la normativa nacional. En este presupuesto no hay inconveniente en la determinación de materna, pues “se trata de la misma mujer la que realiza tanto el aporte del óvulo, así como la gestación del embrión. Este tipo de madre tendrá garantizada su situación jurídica respecto del niño, en virtud del principio “Mater Semper Certa Est” y la prueba biológica”.<sup>51</sup>
- Maternidad Genética: Comprende “aquella mujer que aporta el material genético, que tiene lazos de identidad y correspondencia genética por el hecho de brindar el óvulo, y así proporcionar el 50% de la información genética del concebido”.<sup>52</sup>
- Maternidad Gestativa: Según Marcial Rubio “comprende aquella mujer que porta el embrión durante todo el tiempo que dura la gestación, generando en ella sentimientos (emociones y afectos) hacia el ser que

---

<sup>50</sup> ARAUJO RODRÍGUEZ, Lizbeth. “Problemas en la Determinación de la Filiación: Alternativas y Propuestas”. <http://aboutderecho.blogspot.pe/2009/04/problemas-en-la-determinacion-de-la.html>. (consulta:06 de noviembre del 2017).

<sup>51</sup> ARAUJO RODRÍGUEZ, Lizbeth. “Problemas en la Determinación de la Filiación: Alternativas y Propuestas”.

<sup>52</sup> *Ibíd.*

crece, se desarrolla en su vientre, y que luego nacerá. Este la denomina madre biológica”.<sup>53</sup>

- Maternidad legal: Se entiende por “aquella mujer que asume frente el hijo los derechos y las obligaciones inherentes a la maternidad sin que exista entre ellos vínculos biológicos. Básicamente este tipo de maternidad está determinada por la figura de la adopción”.<sup>54</sup>

Además se distingue, otros casos tales como:<sup>55</sup> “Maternidad Biológica: plena si aporta óvulo y organismo, no plena si sólo se aporta uno de esos elementos; Maternidad Educacional o Afectiva, que puede coincidir o no con alguna de las biológicas; Maternidad del deseo, que ni siquiera tiene que ir unida a la biológica; y Maternidad legal, la aceptada por las leyes como tal”.<sup>56</sup>

Finalmente la doctrinaria se pregunta “¿Tienen distinto rango con relación al hijo? Se pregunta incluso cuál es la más humanizada, la más profunda, importante e influyente en la referencia materno-filial”.<sup>57</sup>

#### **2.2.3.4. La teoría de la voluntad procreacional y la ovodonación**

Como es sabido la maternidad<sup>58</sup>, siempre era un hecho en nuestra legislación y en muchas otras, empero a raíz de los avances tecnológicos esto ya no es tan fácil de determinar. Es por ello que un doctrinario manifiesta que “en cuanto a la maternidad, su clásica y repetida certeza (*Mater Semper Certa Est*) resulta en algunos casos menos segura de lo que parece, además de tener una inteligencia y alcance distintos de los que suele dársele.

---

<sup>53</sup> RUBIO CORREA, Marcial. “Retos que la reproducción humana asistida presenta al futuro de los Derechos Humanos”. En: Derechos Humanos en el umbral del tercer Milenio. Retos y proyecciones. Comisión Andina de Juristas. Lima. 1997, p. 258

<sup>54</sup> ARAUJO. “Problemas en la Determinación de la Filiación: Alternativas y Propuestas.”

<sup>55</sup> MORO ALMARAZ, María de Jesús, *Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial*, Colección Librería Bosch, Barcelona, 1988, p. 41.

<sup>56</sup> *Ibíd.*

<sup>57</sup> ARAUJO, “Problemas en la Determinación de la Filiación: Alternativas y Propuestas.”, p.04.

<sup>58</sup> La maternidad desde siempre había sido un tema indiscutible y no debatible, empero desde la llegada de las teras esto se ha visto peligrar a razón de los variados casos de maternidad.

Y es que el paso del tiempo aunado a los avances científicos han ido desvirtuando y planteando retos al Derecho, como herramienta normativa”<sup>59</sup>. La ovodonación es uno de ellos debido a que la madre que gesta al niño no va ser la madre genética, y en cuanto a ella surge el debate en merito a que “en nuestro país está prohibido (según taxativamente lo dice la norma, pero lo niega la jurisprudencia) que la madre genética y biológica no sean la misma”<sup>60</sup>. Es en razón de ello que existen una serie de teorías respecto a ello en el ámbito de la reproducción asistida.

Respecto a esta teoría, madre es la mujer que guarda algún tipo de relación biológica con el recién nacido, pero que además también desea el hijo para sí. En una postura amplia de la doctrina reconoce la maternidad legal de la mujer que dio a luz al hijo basándose en la estrecha relación que se establece entre la mujer y el concebido durante el proceso de gestación, en el cual la madre contribuye a la formación del nuevo ser humano.

De lo cual podemos decir que según Moran de Vicenzi “la doctrina que se muestra partidaria de las técnicas de carácter heteróloga suponen un cambio en los modos de determinar la paternidad y maternidad sobre la base del elemento voluntario”<sup>61</sup>. De acuerdo con Varsi, “la verdad formal se sustenta en el principio voluntarista. El consentimiento que marca la obligación y responsabilidad de las personas que autorizaron la procreación no pueden negarse a ese compromiso”<sup>62</sup>.

Además este autor señala que un sector del derecho comparado tiende a la prevalencia de la voluntad desplazando a lo que mandan los genes. Asimismo indica que “se habla de filiación civil contraria a la filiación por naturaleza, con conceptos nuevos. Se fundamenta en la generación y la voluntad de los

---

<sup>59</sup> RIVERO HERNANDEZ, Francisco. “¿*Mater Semper certa est?* Problemas en la Determinación de la Maternidad en el ordenamiento español”. En: *Anuario de Derecho Civil*, Número L – 1, Publicación del Boletín Oficial del Estado – BOE, Madrid, 1997, p.144

<sup>60</sup> Como hemos visto en casos anteriores la ovodonación es un método que bien aplicándose de forma más frecuente y que es debatible por la disociación de maternidad que se da dentro de ella.

<sup>61</sup> MORAN DE VICENZI, Claudia. *El concepto de filiación en la fecundación artificial*. ARA Editores. Lima, 2005, p.68

<sup>62</sup> VARSÍ, Enrique. *Filiación extramatrimonial*. Jurista editores, Lima, 2010, p. 238

participantes .voluntad de procrear, de aportar de gestar, (...) la típica paternidad pierde fuerza, el pater es desplazado por el afecto, el amor y comprensión, ya no más conceptos cargados biologismos, a partir de ahora debe primar la categoría sociológicas y culturales” .<sup>63</sup>

En ese orden de ideas “la voluntad de la mujer que recurrió al ovulo cedido fue la de ser madre, eso es lo que vale. esto se fundamenta en el principio de autonomía, el querer , la intención , aun algo que todo el mundo desconoce, el gran principio de afectividad, el afecto, el querer el amor ,la vocación que está implícita en las relaciones familiares , que es difícil normar pero que debe ser reinventado en la procreación asistida” .<sup>64</sup>

De igual modo refiere Marco Torres, que “debería ser considerada madre, quien ha deseado tener el hijo (maternidad de deseo), siempre que dicha premisa sea coherente con el mejor interés del menor. Al respecto, se afirma que debe ser considerada madre la comitente, porque es la que ha deseado tener un hijo”<sup>65</sup>.

En suma, la ovodonación en nuestro país es un tema debatible<sup>66</sup>, tal es así que al ver las teorías que se encuentran en nuestro país. Existen las posturas sobre la teoría de la voluntad procreacional y la teoría que toma como determinante el elemento genético y biológico en la ovodonación.

Debiendo indicar que los partidarios del elemento biológico y genético, expresan que se debe tener en cuenta el interés del niño y que este sería un objeto en manos de una mujer:

Según Gonzales Cáceres, la ovodonación “es una Tera supra conyugal que desplaza la verdad biológica, es un acto ilícito y constituye un abuso de

---

<sup>63</sup> *Ibíd.*, p. 239

<sup>64</sup> VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. ”La primera casación en materia de reproducción asistida”. *Revista Jurídica del Perú de Normas legales*, tomo 93, Lima, 2008, p. 17

<sup>65</sup> TORRES MALDONADO, Marco Andrei. “*El carácter relativo de la presunción mater semper certa est en los supuestos de maternidad subrogada A propósito de una reciente sentencia*”. *Actualidad Civil del Instituto Pacifico*, N° 48, 2017, p. 85

<sup>66</sup> En consecuencia al pronunciamiento de la sala, en cuanto la casación origino una ola de discusión en el mundo jurídico en el cual se dividió la postura en cuanto permitir o no la ovodonación, además si es que aquella pertenecía a una categoría de la maternidad subrogada.

derecho”<sup>67</sup>. Ahora Cárdenas Rodríguez manifiesta que la ovodonación ” implica una disociación entre maternidad genética y maternidad gestacional, al recaer dichas calidades en personas distintas, entonces se encuentra prohibida dentro de la previsión normativa”<sup>68</sup>.

Por el otro lado “las personas que avalan a la ovodonación dentro de la voluntad procreaciones, encuentran su justificación en el principio de afectividad”<sup>69</sup>, en los derechos reproductivos, el derecho a la maternidad, a una familia, entre otros factores. Además señalan que la ley no prohíbe la ovodonación, por ende es aplicable, asimismo se fundamentan en la aplicación de esta técnica en la realidad día con día más asidua. Siendo el caso de Clara Mosquera, quien expresa que “la única condición de que la calidad de madre genética sea la misma que la madre gestante, es decir tácitamente se hace referencia y prohíbe a los vientre de alquiler, pero de modo alguno prohíbe la ovodonación, pues esta es una variante de la fecundación extrauterina es común en nuestro país y aceptada internacionalmente”<sup>70</sup>.

Ahora teniendo en cuenta aquello veremos que a pesar que la ovodonación no está regulada el elemento volitivo es imperante en los casos de ovodonación. Tal es así que de acuerdo a Varsi “la voluntad de la mujer que recurrió al ovulo cedido fue la de ser madre, eso es lo que vale. Esto se fundamenta en el principio de la autonomía, el querer, la intención y más aún algo que todo el mundo desconoce, el principio que inspira el derecho de familia el principio de afectividad.”<sup>71</sup>

Como bien podemos apreciar ambas teorías tienen partidarios con puntos de vista valido acerca de la ovodonación, pero cabe destacar los últimos criterios en

---

<sup>67</sup> GONZÁLEZ CÁCERES, Alberto. “*Cuando mi madre es un número .identidad genética e interés superior del niño*”. Revista jurídica del Perú de Normas legales,tomo 93, Lima, 2008 ,p.46

<sup>68</sup> CÁRDENAS RODRÍGUEZ, Luis. ” *La ovodonación sustentada en el vacío*”. Actualidad Jurídica de Gaceta jurídica. tomo N° 226, Lima , 2012, p.77

<sup>69</sup> El principio de afectividad es el principio más importante en el derecho de familia, empero no es el más reconocido por los demás, empero es base para unidad de la familia.

<sup>70</sup> MOSQUERA VASQUEZ, Clara. ”*La Ovodonación en los tribunales peruanos* “. Actualidad Jurídica de Gaceta jurídica, tomo N° 203, Lima, 2010, .pp. 53-54.

<sup>71</sup> VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. ” *La primera casación en materia de reproducción asistida*”. Revista Jurídica del Perú de normas legales, tomo 93, Lima, p. 17

materia de ovodonación y maternidad subrogada que dejan mucho que desear en campo normativo. Finalmente cabe dar cuenta que países como Francia<sup>72</sup> que era reacción contraria a la maternidad subrogada, admitió un caso y le dio la filiación a la familia que contrato a una tercera.<sup>73</sup>

En último lugar, Juan Espinoza, manifiesta lo siguiente:

Hay una discusión respecto de los alcances del art.7 a propósito de la ovodonación. Un sector de la doctrina sostiene que este numeral de modo alguno prohíbe la cesión de óvulos ni espermatozoides, otro que esta proscrita (...) pues no existe identidad entre la madre genética y la gestante, y no falta quien sostiene que es un acto ilícito y constituye abuso de derecho. Me parece que la finalidad de esta prohibición debe circunscribirse a la denominada maternidad subrogada. Hay que superar la interpretación literal por una constitucional ¿acaso está prohibida la cesión de espermatozoides? prohibir la cesión de óvulos y no la de espermatozoides es evidentemente discriminatorio.<sup>74</sup>

## **2.2.4. La ovodonación y la afectación a los derechos reproductivos**

### **2.2.4.1. Los derechos reproductivos en el ordenamiento jurídico peruano**

Los derechos reproductivos son derechos humanos que contienen a otros derechos. Es así que al hacer mención a los otros derechos encontramos el camino hacia los denominados derechos reproductivos. Por cuanto estos son parte de derecho con mayor desarrollo. Tal así, que aquellos en el país son reconocidos como derechos fundamentales y principios que rigen la norma supra del ordenamiento peruano.

De otro lado, es de manifestar que a decir de la doctrina es muy discutido si la mujer tiene un derecho de reproducción. Este es un tema controvertido en el que existen varias posiciones. Hay diferencias de apreciación entre Estados Unidos, Europa y América Latina. En Estados Unidos, la jurisprudencia y la

---

<sup>72</sup> El país francés, era uno de los grandes opositores de la maternidad subrogada empero la corte de dicho país tuvo bien a reconocer el inter de los menores ante las teras prohibidas en Francia.

<sup>73</sup> Diario La ley. "Justicia francesa ordena inscribir a tres niños nacidos por 'vientres de alquiler". <http://laley.pe/not/2518/justicia-francesa-ordena-inscribir-a-tres-ninos-nacidos-por-lsquo-vientres-de-alquiler-rsquo->. (consulta: 30 de octubre del 2017).

<sup>74</sup> ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las personas*. Tomo I. ed. 6, Lima, editorial Grijley, 2012, p.152

doctrina han reconocido un derecho constitucional que protege los derechos individuales a la procreación y a la crianza de los hijos, fundamentados en el derecho a la intimidad y a la vida privada.

La mayoría de la doctrina americana entiende que este derecho a la procreación comprende tanto los medios naturales como las Técnicas de Reproducción Asistida. En todo caso, “sería un derecho individual que no está ligado con la familia, sino con la persona. Quienes afirman la existencia de este supuesto derecho lo justifican a partir de otros derechos fundamentales como el derecho a la intimidad, a la autodeterminación reproductiva, a la salud, a la libertad y a fundar una familia”<sup>75</sup>.

En ese orden de ideas debemos señalar que es necesario la regulación de la ovodonación a razón que se vulneran derechos reproductivos, que encuentran su aval en derechos fundamentales como los expresados en las líneas precedentes. En razón a ello pasaremos a fundamentar el nexo de estos derechos y su relación con los derechos reproductivos.

#### ▪ **Derecho a formar una familia**

En cuanto a este derecho podemos manifestar que se encuentra previsto en instrumentos internacionales como el artículo 16° de la Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>76</sup>, el artículo 23° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>77</sup> y 17° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>78</sup>. En

---

<sup>75</sup> GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz. “Análisis jurídico y propuestas normativas sobre temas específicos de regulación en una ley de reproducción humana asistida”. En: LECAROS, Alberto (Direct.), *Seminario académico 2012: “los problemas éticos y jurídicos de la reproducción humana asistida”*. Observatorio de Bioética y Derecho, 2012, p. 97.

<sup>76</sup> Artículo 16.- 1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio (...)

<sup>77</sup> Artículo 23.- 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello.

<sup>78</sup> Artículo 17. Protección a la familia.- 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 contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención



tal sentido se aprecia que en nuestro país si bien no se encuentra taxativamente, no obstante el Tribunal Constitucional refiere en cuanto al derecho a formar una familia que:

El artículo 4 de la Constitución reconoce a la familia como un instituto natural y fundamental de la sociedad. Es por ello que obliga al Estado y a la comunidad a prestarle protección. Por su parte, el artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que “los hombres y las mujeres a partir de la edad núbil tienen derecho - sin restricción motivada en la raza, nacionalidad o religión a casarse y a fundar una familia, agregando que esta es un elemento natural y fundamental de la sociedad, por lo que "tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”<sup>79</sup>.

Desprendiéndose de aquello que “el derecho constitucional a fundar una familia y el reconocimiento de esta como elemento natural y fundamental de la sociedad, exige a nuestro juicio que el Estado tenga una política de protección a las uniones de hecho, las familias monoparentales y otras posibles, garantizando el ejercicio pleno de los derechos de sus miembros, de tal modo que la promoción de la familia matrimonial no debe significar en modo alguno la desprotección de otras formas de fundar una familia”<sup>80</sup>. En consecuencia con respecto a este derecho también se entiende el formar una familia por intermedio de técnicas de reproducción asistida que permitan el cumplimiento del proyecto de vida de las personas.

#### ▪ **Derecho al libre desarrollo de la personalidad**

El derecho al libre desarrollo de la personalidad en términos generales no tiene una definición precisa, sino es una diversificación de variantes y de contenidos,

---

<sup>79</sup> Vid. EXP. N° 09332-2006-PA/TC, Fundamento 4, Caso Reynaldo Armando Shols Pérez

<sup>80</sup> FERNANDEZ REVOREDO, Marisol. “*Familia vista a la luz de la Constitución y los Derechos Fundamentales: aproximación a un análisis crítico de las instituciones familiares*”. <https://www.google.com.pe/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=7&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwiF2u-gqf3XAhWBZyYKHTRwBAYQFgg8MAY&url=http%3A%2F%2Frevistas.pucp.edu.pe%2Findex.php%2Fforojuridico%2Farticle%2Fdownload%2F18290%2F18536&usg=AOvVaw3SNANtdZ5UfkVJ8bcU2XvL>, (consulta: 02 de diciembre del 2017), p.120.

podría decirse que este derecho contiene al estatus de la persona, el ser humano y sus proyectos, definiéndolo algunos doctrinarios como:

El atributo jurídico general de ser persona humana, incluye y requiere de todos los derechos y características indispensables al status jurídico de persona, así como el goce efectivo de todo el sistema de derechos y libertades fundamentales. Protege el desarrollo particular individual del propio ser en su realización personal, las características únicas de cada ser humano, su particularización, diferenciación y heterogeneidad, en especial la autodeterminación personal acorde con cada proyecto de vida individual y a la noción particular de cada quien, en su finalidad de buscar su única y particular felicidad.<sup>81</sup>

Ahora en cuanto a este derecho el Tribunal Constitucional se ha pronunciado, señalando que este derecho” 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.”<sup>82</sup>

Según este punto de vista los derechos reproductivos, entran en relación con este derecho en cuanto:

Se desprende del derecho a la libertad personal, derecho entendido como derecho a decidir libremente sobre su propia reproducción. Esta consideración de la reproducción como uno de los elementos inherentes de la libertad personal, otorga entonces a la reproducción el mismo valor en el caso de hombres y mujeres. E igualmente sitúa las decisiones sobre la reproducción en la esfera de la libertad de cada individuo, en un sentido kantiano de la libertad, en el que las personas son verdaderamente libres cuando obran y pueden decidir sin obstáculos sobre lo que ellos creen que es lo moralmente adecuado y mejor<sup>83</sup>.

---

<sup>81</sup> VILLALOBOS BADILLA, Kevin. *El Derecho Humano al Libre Desarrollo de la Personalidad*. Universidad de Costa Rica Facultad de Derecho, Costa Rica, 2012, p.p.67-68.

<sup>82</sup> Vid. STC N° 2868-2004-AA/TC, de fecha 24 de noviembre del 2004, Fundamento 14.

<sup>83</sup> IGAREDA GONZÁLEZ, Noelia, “El hipotético derecho a la reproducción”, En: *CEFD*, N° 23, 2011, Barcelona, p. 259

## ▪ Derecho a la Salud

En cuanto al derecho a la salud, debe entenderse como “la ausencia de enfermedades como al derecho a disponer de condiciones de bienestar físico, mental y social. Así pues, el derecho a la salud no debe entenderse como el derecho a estar sano, sino como la posibilidad de disfrutar de un abanico de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarias para lograr el más alto nivel posible de salud”<sup>84</sup>.

Por lo que, se defiende su existir en relación a las técnicas de reproducción por cuanto “la existencia de un derecho a la protección de la salud, como derecho frente a la esterilidad”<sup>85</sup>, ahora cuando hacemos referencia a la infertilidad tenemos que según la OMS esta constituiría una enfermedad, en tal sentido encontramos coherente lo señalado por la Corte Constitucional Colombiana en cuanto la infertilidad y la afectación que produce en la cual señala. Si bien, la Sala reconoce que “esta enfermedad no involucra gravemente la vida y, no necesariamente, la dignidad o a la integridad personal, en un aspecto determinante de la condición general de la salud, sí puede interferir negativamente en otras dimensiones vitales cuando la paternidad/maternidad hace parte del proyecto de vida de la persona o la pareja”<sup>86</sup>

En ese aspecto debemos acotar que de acuerdo a datos estadísticos,” al menos 80 millones de mujeres en el mundo tienen problemas de fertilidad, según reportes de la Organización Mundial de la Salud (OMS). Cerca de 1,2 millones de parejas peruanas en edad reproductiva tienen problemas para tener hijos, según un estudio de la clínica de fertilidad Procrear. Y en promedio, en el 40% de casos el problema es de las mujeres; y cada año se realizan alrededor de 4.500 procedimientos de fertilización asistida, según datos proporcionados por la

---

<sup>84</sup> OBSERVATORI ESC, “*El derecho a la Salud*”. En: <http://observatoridesc.org/es/derecho-la-salud>, fecha de consulta 29 de noviembre del 2017, p.01.

<sup>85</sup> IGAREDA. “El hipotético derecho a la reproducción”, *cit.*, p. 257

<sup>86</sup> CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. *Sentencia T-528/14*. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-528-14.htm>, (consulta: 01 de diciembre del 2017), p.01.

Sociedad Peruana de Fertilidad”<sup>87</sup>. Por lo que podemos decir que en nuestro país la infertilidad es un problema en aumento que afecta las personas dado que es una enfermedad y que acorde plenamente a lo dicho por la Corte Colombiana:

Esta situación pone en evidencia que hay una dimensión prestacional del derecho a la salud en la cual no se ha avanzado en lo absoluto, y que deja desprotegido a un sector de la población que demanda servicios médicos para el tratamiento de su infertilidad, como lo tiene para otra cualquier causa de salud. Así las cosas, el Estado debe adoptar acciones afirmativas tendientes a incluir en el sistema de seguridad social en salud técnicas o procedimientos de reproducción asistida, como es el caso de la fertilización in vitro, por constituir servicios médicos que pueden ayudar a superar esta afectación en la salud reproductiva del paciente. No hacerlo, puede resultar violatorio de los derechos fundamentales a la salud, la integridad personal y la vida digna de las personas<sup>88</sup>

## **2.2. DEFINICIÓN DE TÉRMINOS**

En la definición de términos hemos tomado en cuenta una serie de palabras que serán utilizadas a lo largo del trabajo, con el fin de mayor explicación, es que se pasa a definir con la finalidad de un uso práctico, dichos términos son los siguientes:

### **2.3.1. Autonomía reproductiva:**

Es el derecho por el que toda mujer tiene derecho a elegir libremente el método anticonceptivo de su preferencia, lo que está directamente relacionado con su decisión acerca de cuántos hijos quieren tener, con quién y cuándo<sup>89</sup>.

---

<sup>87</sup> ACOSTA GONZÁLEZ, Martin. “Peruanas ofrecen alquilar su vientre a S/.70 mil en internet” .Diario el Comercio, [\(http://elcomercio.pe/lima/ciudad/peruanas-ofrecen-alquilar-su-vientre-s70-mil-internet-noticia-1737829?ref=flujo\\_tags\\_535379&ft=nota\\_2&e=titulo\)](http://elcomercio.pe/lima/ciudad/peruanas-ofrecen-alquilar-su-vientre-s70-mil-internet-noticia-1737829?ref=flujo_tags_535379&ft=nota_2&e=titulo).(consulta:06 de noviembre del 2017).

<sup>88</sup> CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. *Sentencia T-528/14, cit.*, p.01.

<sup>89</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional N° 2005-2009-PA/TC, F.J N° 6.

### **2.3.2. Derechos Reproductivos:**

Es el ejercicio de su libertad reproductiva, reconoce el derecho de todos de decidir si se tiene o no descendencia, el número de hijos, el espaciamiento entre nacimiento de sus hijos, y si lo hace de manera natural o por medio de técnicas de reproducción asistida.<sup>90</sup>

### **2.3.3. Maternidad:**

Es el estado o cualidad de madre.<sup>91</sup> Y también proviene de materno, del latín maternus. Estado o cualidad de madre. La maternidad es la condición natural y necesaria de reproducción que permite la sobrevivencia del ser humano.<sup>92</sup>

### **2.3.4. Ovodonación:**

Es cuando la mujer tiene una deficiencia ovárica, no genera óvulos pero sí puede gestar por lo que necesita una mujer que sólo le ceda óvulos.<sup>93</sup>

### **2.3.5. Óvulo: Gameto femenino<sup>94</sup>**

### **2.3.6. Salud reproductiva:**

Aborda los mecanismos de la procreación y el funcionamiento del aparato reproductor en todas las etapas de la vida. Implica la posibilidad de tener una sexualidad responsable, satisfactoria y segura, así como la libertad de tener hijos si y cuando se desee<sup>95</sup>.

---

<sup>90</sup> MOSQUERA, "La Ovodonación en los tribunales peruanos", *cit.*, p.53.

<sup>91</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la lengua española. contenido de la 22ª edición y las enmiendas incorporada hasta 2012. [http://lema.rae.es/drae/?val=maternidad,\(consulta:23 de octubre del 2017\).](http://lema.rae.es/drae/?val=maternidad,(consulta:23 de octubre del 2017).)

<sup>92</sup> Enciclopedia Jurídica Mexicana M-P. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Editorial Porrúa, México, 2012, p.32.

<sup>93</sup> VARSÍ, *Derecho Genético, cit.*, p.65

<sup>94</sup> DRAE, *cit.*,

<sup>95</sup> ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. "Salud Reproductiva". [http://www.who.int/topics/reproductive\\_health/es/](http://www.who.int/topics/reproductive_health/es/), (consulta: 02 de diciembre del 2017).

### **2.3.7. Técnicas de reproducción asistida:**

Métodos destinados a suplir la infertilidad en los seres humanos, logrando satisfacer el derecho a la procreación , entendido como aquella facultad individual que tiene la persona para procrear con quien quiera, cuando quiera y como quiera.<sup>96</sup>

---

<sup>96</sup>CANESSA Rolando, “*Problemas Jurídicos que plantean las técnicas de reproducción humana asistida en la legislación civil peruana*”. Tesis para optar el grado académico de Magister en derecho con mención en Derecho civil y comercial, Lima, Perú, 2008, p.28.

## CAPÍTULO III

### RESULTADOS Y DISCUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

#### 3.1. Resultados doctrinarios

De todo lo ya manifestado en líneas precedentes, es de apreciarse que la cuestión principal que gira en torno a precisar si existe afectación a los denominados derechos reproductivos en los casos de ovodonación en el Perú. Denotándose primigeniamente que los denominados derechos reproductivos son de origen oficial reciente y su desarrollo ha sido establecido de poca data; no obstante daremos a conocer los alcances señalado por la doctrina:

##### 3.1.1. Resultados de los derechos reproductivos

Los derechos reproductivos, son aquellos derechos que surgieron en un momento de la historia determinada, ella es la era del avance de la tecnología médica e ingeniería genética. Siendo que al surgir, la doctrina refiere que los derechos reproductivos no son derechos humanos, toda vez que serían producto de los caprichos de una serie de personas que no pudieron concebir un hijo o que desean deshacerse libremente de estos.

No obstante habremos visto en la presente investigación que su reconocimiento va más allá de los anhelos del hombre por cumplir el ambicionado sueño de ser padres a toda costa o de no serlos nunca. Sino que es de verse que los denominados derechos reproductivos contienen una serie de derechos que hacen que tenga asidero la mención de los derechos reproductivos como derechos humanos.

En tal sentido, debemos señalar que según Paula Siverino, derechos reproductivos “expresan nuevas dimensiones de derechos tales como la intimidad, la integridad, la libertad (proyecto de vida y libre desarrollo de la personalidad) y la identidad. Son derechos que sólo unos pocos han gozado de manera consistente a través de la historia, ya que decidir libremente sobre el propio cuerpo ha sido, y en muchos

casos, sigue siendo, un privilegio de género y de clase”<sup>97</sup>. Allí el fundamento del reconocimiento como derecho humano, el diverso conglomerado de derechos que afectan al ser humano y la búsqueda que los derechos reproductivos no sean aprovechados por un sector, sino por todas aquellas personas que tenemos el derecho innato de elegir.

De igual modo, al ser un conglomerado de derechos que abarca a otros denominados derechos fundamentales, es que estos derechos obtienen reconocimiento en cuanto son definidos como “el ejercicio de su libertad reproductiva, derecho humano reconocido por documentos internacionales sobre derechos humanos y que reconoce el derecho de todos de decidir si se tiene o no descendencia, el número de hijos, el espaciamiento entre nacimiento de sus hijos ,y si lo hace de manera natural o por medio de técnicas de reproducción asistida”<sup>98</sup>.

Consecuentemente, en los casos de ovodonación veremos una afectación a los derechos reproductivos. Por cuanto, estos derechos contienen a otros derechos, tales como el derecho a la salud y autonomía reproductiva así como el dar consentimiento a la experimentación. En ese sentido, los derechos referidos se encuentran afectados en los casos de ovodonación en el Perú al encontrarse prohibida tácitamente por la Ley general de salud.

### **3.1.2. Resultados de la ovodonación**

#### **➤ Contenido de la Ovodonación**

Ahora en cuanto a la técnica de reproducción asistida ovodonación, debemos referir que, al ser parte de una de las muchas teras es cuestionada preliminarmente sin ver cuestiones de fondo. Al respecto se advierte que la ovodonación es una

---

<sup>97</sup> SIVERINO BAVIO, Paula. “*Bioética y Sexualidad: dinámicas y tensiones a propósito de algunos casos concretos en América Latina*”. <http://agusvinnus.prodiversitas.org/libros/bioetica/Siverino.pdf>, (consulta: 02 de noviembre del 2017), p.18.

<sup>98</sup> MOSQUERA. ” *La Ovodonación en los tribunales peruanos*”, *Óp. cit.*, p.53.



técnica que surgió preliminarmente para tratar a aquellas mujeres que evidencian deficiencia ovárica, las cuales pueden gestar un bebe pero no pueden producir los óvulos para dar origen a un nuevo ser. No obstante al llevar tales mujeres en su vientre por nueve meses a un nuevo ser da pie a un crecimiento alarmante de un estrecho vínculo afectivo que no es desligable rápidamente.

Si bien de forma inicial se dio esta Tera para aquellas mujeres con deficiencia ovárica. No obstante en la actualidad la ovodonación es practicada en una variedad de casos con pleno libre albedrío. Siendo así también forma parte de la fecundación in vitro y del denominado vientre de alquiler en una de sus variantes al no estar regulada adecuadamente. Por lo que a opinión de Trounson “la ovodonación es una variante de las técnicas de fertilización in Vitro (FIV) en el que el gameto femenino procede de donación”<sup>99</sup>. Dejando al vacío las diversas formas por las que se puede acceder a la ovodonación, pudiendo llegar a darse de forma indiscriminada y sin criterio, a razón de la Ley de salud promovida por el estado peruano.

➤ **Los derechos fundamentales como fundamentos de la ovodonación en el Perú.**

Los derechos fundamentales en el Perú, son derechos naturales de mayor incidencia en el hombre y que están plasmados en la carta magna. Por ende, al ser derechos que están inspirados en el ser humano, tales como el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la salud y a formar una familia. Dan cuenta que, estos son fundamentos de la ovodonación en el país.

En esa línea, los derechos en mención manifiestan que una persona tiene libertad para decidir el momento adecuado para su procreación a fin de establecer una familia. Asimismo, el tratamiento de la infertilidad en caso la padeciera, al ser considerada por la organización mundial de la salud como enfermedad. En suma, la ovodonación se vería amparada en los principios referidos por el contenido de los mismos y su desarrollo en el ordenamiento jurídico peruano.

---

<sup>99</sup> HANANEL. “*La necesidad de Regulación de la ovodonación en la legislación Peruana*”, *op. cit.* p.31.

## **3.2. Resultados normativos**

En el caso de la temática planteada, las dos variables (ovodonación y derechos reproductivos) no se encuentran literalmente establecidas en todos los dispositivos legales pertinentes al tema. Empero si es factible la interrelación de estas por intermedio del contenido de la norma jurídica en cuales se ha podido apreciar y resaltar lo siguiente:

### **3.2.1. Derecho Interno**

#### **3.2.1.1. Derecho Interno de los derechos reproductivos**

##### **3.2.1.1.1. Normativa en torno a los derechos reproductivos**

Asimismo haciendo referencia a los llamados derechos reproductivos, debemos de apreciar que a la fecha no se encuentran regulados taxativamente en la normativa interna. Empero nuestro más importante documento normativo, la Constitución Política, en su artículo 3<sup>100</sup> evidencia una clausula numerus apertus para la incorporación de nuevos derechos. Dado que no excluyen a nuevos derechos que puedan ser reconocidos por el Perú, siendo el caso de los derechos reproductivos al formar parte de los tratados internacionales.

Acotando que, según el artículo el artículo 55 de la referida ley los tratados celebrados por el Estado forman parte del derecho nacional. Más aun teniendo en consideración la cuarta disposición final transitoria donde refiere que 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 ratificados por el Perú.

Sin embargo a opinión de la defensoría del pueblo en la Resolución N° 01 de 26 de enero de 1998, los derechos reproductivos se encontrarían en la constitución. Por cuanto el artículo 6° de la Constitución refiere “La política nacional de

---

<sup>100</sup> Artículo 3.- La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye a los demás que la constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se funden en la dignidad del hombre o en los principios de la soberanía del pueblo, del estado democrático de derecho y de la forma republicana del gobierno.

población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir. En tal sentido, el estado asegura los programas de educación y la información adecuados y el acceso a los medios, que no afecten la vida o la salud (...) <sup>101</sup>. Empero es de señalar que el reconocimiento que se habría dado a criterio de la defensoría es en el caso de autonomía reproductiva, por cuanto esta es definida como el derecho a expresar el momento de procrear.

Subsecuentemente, si bien el Perú aún no tiene un dispositivo normativo que avale taxativamente a los derechos reproductivos, sin embargo a razón de lo antes expuesto no se puede dejar de lado al derecho reproductivo en nuestro ordenamiento jurídico nacional.

### **3.2.1.2. Derecho interno de la ovodonación**

#### **3.2.1.2.1. Normativa en torno a la ovodonación**

En cuanto a la Tera en referencia, ha sido evidenciado que esta no se encuentra regulada a la fecha. Por cuanto solo hace referencia en la ley general de salud en el artículo 7 que la mujer puede acudir a la técnica de su preferencia siempre y cuando la madre genética y gestante sea la misma, dejando de lado así los casos de ovodonación y otros. Sin embargo en el Código Civil en el artículo 409 este haría referencia a lo que comúnmente se conoce como *mater semper certa est*, es decir que la maternidad está probada por el parto.

No obstante, a la luz de la interpretación actual de ambas normas tendríamos que tener en cuenta el año que se promulgo el referido código. Por ende a raíz del avance de la ciencia, además de probar el parto se tendría que realizar una prueba de ADN que avale la maternidad, en caso contrario se vería la madre inmersa en problemas legales, por cuanto la ovodonación no está regulada. Siendo el contenido de ambas norma el siguiente:

---

<sup>101</sup> RAMOS, Mayda, “Los derechos reproductivos son derechos humanos: su protección por la Defensoría del Pueblo”, en: Debate Defensorial, Revista de la Defensoría del Pueblo, N° 5, Lima, 2003, pp. 83.

- **Código Civil**

El artículo 409 del código civil, se rige por el clásico principio *mater semper certa est*, en base a lo tradicionalmente dicho, que madre es aquella que da a luz a una nueva vida. En tal sentido afirman Birke, Himmelweit y Vines que “la mayoría de las legislaciones tratan la maternidad como una certidumbre, mientras que la paternidad siempre ha sido una cosa incierta. Sin embargo, “la transferencia de embrión de una mujer a otra desafía esta certidumbre”. ¿Quién es la madre? ¿La mujer gestante, la mujer que ha producido el óvulo o la mujer que desea reconocer al menor? La respuesta depende de la propia concepción de la maternidad, si se cree o no en un determinismo genético”.<sup>102</sup>

Al respecto a razón de los casos de *teras Varsi y Severino* señalan que en lo que refiere a este artículo “La prueba de la maternidad extramatrimonial estará actualmente dirigida a lo siguiente: Probanza del parto, la que se entiende que debe ser en fecha determinada, esto puede probarse con el certificado de nacimiento vivo, la partida de nacimiento; posesión de estado inmediato al parto, testimonios del embarazo o parto, identidad del hijo cuya filiación es discutida, en este caso hay libertad de prueba y primará la prueba de la genealogía; Acreditación genética del vínculo maternal<sup>103</sup>.”

- **La ley General de salud**

La Ley General de Salud, nos va hablar de las *Teras* en un único artículo, para la presente ley en su artículo 7 “ahora bien salvo ese artículo, no existen normas que traten ese espinoso problema como ya existe en otros países”<sup>104</sup>; cabe decir que dicho artículo expresa de la siguiente manera:

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

---

<sup>102</sup> TORRES. “El carácter relativo de la presunción *mater semper certa est* en los supuestos de maternidad subrogada A propósito de una reciente sentencia”, *cit.*, p. 84.

<sup>103</sup> VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique Y SIVERINO BAVIO, Paula, “*Declaración judicial de maternidad extramatrimonial*”. En: MONGE TALAVERA, Luz, et. al. *Código Civil Comentado*. Tomo III, Derecho de Familia- Segunda Parte, Lima, Gaceta Jurídica, p. 51.

<sup>104</sup> AGUILAR LLANOS, Benjamín. *Estudios Críticos sobre el Código Civil*. Lima. Gaceta Jurídica, 2014, p.532

condición de madre genética y madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida se requiere el consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos. Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos.<sup>105</sup>

Este al ser el único artículo que habla sobre el tema es sujeto de mucha controversia y debate, debido a que no aclara nada, además de que no regular el procedimiento a seguir en caso que se violente el artículo<sup>106</sup>. Ahora de acuerdo a ello los doctrinarios expresan lo siguiente:

Según el jurista Varsi es importante señalar que “no es condición indispensable para recurrir a las teras el haber seguido sin éxito un tratamiento de fertilidad, sino que se puede llegar a las mismas directamente. Es de tener en cuenta que siendo las teras procesos supletorios de la fertilidad debería exigir la ley demostrar el agotamiento de estos tratamientos a efectos de consolidar los medios y fines de la procreación asistida”.<sup>107</sup>

Por otra parte Lalupu Sernaque manifiesta respecto a la ley general de salud que:

Hay que reparar que no se ha dispuesto nada a la fecundación de pareja con semen de terceros, es decir la fecundación de un nasciturus sin vínculo genético, con el esposo o conviviente, pero si con la esposa, lo cual al respetarse la intangibilidad de la condición de madre genética y gestante pareciera que la norma si lo admitiera, sin embargo, esto tampoco es admisible, ya que al referirse la norma que para la utilización de las técnicas se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos, se refiere a los miembros de la pareja [...] de ahí que nos lleve a concluir que también prohíbe la inseminación de gametos masculinos.<sup>108</sup>

---

<sup>105</sup> MINSA. “Ley general de salud”. <http://www.minsa.gob.pe/renhice/documentos/normativa/Ley%2026842-1997%20-%20Ley%20General%20de%20Salud%20Concordada.pdf>. (consulta: 20 de octubre del 2017).

<sup>106</sup> En la actualidad las personas que recurren a las teras van en aumento, por ello la problemática y la falta de regulación o vacío ocasiona una serie de conflictos que están sin solución a falta de nueva regulación en cuanto a las teras.

<sup>107</sup> VARI ROSPIGLIOSI, Enrique. *Derecho Genético*. 4<sup>ta</sup> edición, Lima, Editorial GRILEY, 2001, p.349

<sup>108</sup> LALUPU SERNAQUE, Luis. *Las técnicas de fecundación artificial: maternidad subrogada y dignidad humana*. Lima, Editorial san marcos, 2013, p.156

### **3.2.2. Derecho Internacional**

#### **3.2.2.1 Derecho internacional de los derechos reproductivos**

En cuanto al título en mención tenemos que los instrumentos internacionales han hecho referencia a los derechos reproductivos y su importancia en el mundo, definiéndolo como derechos humanos que contienen otros derechos. En tal sentido, primigeniamente vio esbozos en Teherán en la conferencia de derechos humanos de 1968, donde refiere que “el derecho a la reproducción era un “derecho de los padres”<sup>109</sup>. Para luego ser masificado en diversos convenios que señalaremos a continuación:

##### **3.2.2.1.1. Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (CIPD)**

La gran evolución en materia de derecho genético, hizo que el tema se tocara por primera vez en la referida conferencia en el año de 1994, llevada a cabo en la ciudad de El Cairo en Egipto. En el cual se estableció que expresamente que “la salud sexual y reproductiva es fundamental para las personas, las parejas y las familias, así como para el desarrollo social y económico de las comunidades y las naciones”.

Indicando que la salud reproductiva debía ser entendido en un concepto de derechos humanos, habiendo llegado a contener un capítulo bajo la denominación derechos reproductivos donde define a los derechos reproductivos y manifiesta que estos derechos contienen a otros derechos. En esa dirección la normativa en mención refiere lo siguiente:

7.3. Teniendo en cuenta la definición que antecede, los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobados por consenso. Esos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas y de cada persona a decidir libre y responsablemente el número de hijos,

---

<sup>109</sup> Irán. Proclamación de Teherán, 13 de mayo de 1968, punto 16.

*el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos 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.* También incluye su derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos. En el ejercicio de este derecho, las parejas y las personas deben tener en cuenta las necesidades de sus hijos nacidos y futuros y sus obligaciones con la comunidad. La promoción del ejercicio responsable de esos derechos de todos debe ser la base primordial de las políticas y programas estatales y comunitarios en la esfera de la salud reproductiva, incluida la planificación de la familia<sup>110</sup>.

Siendo así los derechos reproductivos a concepción de la conferencia en mención se basan en el derecho de toda persona de decidir el número de niños que trae al mundo, el momento de procrearlos, las técnicas o métodos para procrear, y la recepción de información respecto a los derechos de ello. Consecuentemente a partir de la definición antes descrita es que los derechos reproductivos surgieron como un derecho que abarcaba a otros pero que tenía nexo claro con la libertad de elección y la responsabilidad derivada de ello.

#### **3.2.2.1.2. La Declaración y Plan de Acción de Beijing- IV Conferencia Mundial sobre la Mujer, 1995.**

En esta conferencia veremos que al igual que la convención de El Cairo hace referencia a los derechos reproductivos, la salud reproductiva, definiéndolos y señalando una serie de parámetros. En esa dirección es de señalarse que uno de los ítems relevantes es el siguiente:

“N° 96: “Los derechos humanos de las mujeres incluyen su derecho a ejercer el control y decidir libre y responsablemente sobre las cuestiones relativas a su sexualidad, incluida su salud sexual y reproductiva, libres de coerción, discriminación y violencia. Las relaciones igualitarias entre mujeres y hombres. respecto de las relaciones sexuales y la reproducción, que incluyan el pleno respeto de la integridad de la persona, exigen el respeto y el consentimiento

---

<sup>110</sup> Naciones Unidas. Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, El Cairo, 5 a 13 de setiembre del 1994.

mutuo y el asumir de forma compartida las responsabilidades del comportamiento sexual y sus consecuencias.”

De igual modo hace un acápite del tratamiento llevado de los derechos reproductivos en relación al derecho de las mujeres refiriendo que:

“Nº 97. (...) en la mayor parte de los países, la falta de atención de los derechos reproductivos de la mujer limita gravemente sus oportunidades en la vida pública y privada, incluidas las oportunidades de educación y pleno ejercicio de sus derechos económicos y políticos. La capacidad de la mujer para controlar su propia fecundidad constituye una base fundamental para el disfrute de otros derechos(...)”.

En suma por la declaración en mención tenemos que son parte fundamental y derechos humanos de las mujeres los derechos reproductivos. En cuanto guardan relación con la capacidad de esta de elegir el momento adecuado para procrear. Por lo que los estados deben promover servicios de atención a fin de poder cumplir con las propuestas de la declaración.

### **3.2.2.1.3. La Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW).**

La convención a referencia, es una en la cual nuestro país forma parte y esta ratificada en su compromiso por la aplicación de los criterios que contienen sus disposiciones. Refiere en clara alusión a los derechos reproductivos, que la mujer tiene derecho:

“Artículo 16.- 1. Los estados partes adoptaran todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y relaciones familiares, y en particular se asegurara las relaciones de igualdad entre mujeres y hombres: e) *a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos* y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permita ejercer estos derechos”<sup>111</sup>.

---

<sup>111</sup> Naciones Unidas. Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, 18 de diciembre de 1979.



Con respecto a esta norma, es de precisarse que la convención en mención hace manifestó a la autonomía reproductiva, derecho contenido dentro de los derechos reproductivos, siendo este de los más importantes. En cuanto a ello tenemos que las políticas de la convención busca eliminar la discriminación a partir de cumplir con la autonomía reproductiva.

De igual modo debe tenerse en consideración la recomendación general 24 de la CEDAW en cuanto refiere que:

“La negativa de un Estado parte a prever la prestación de determinados servicios de salud reproductiva a la mujer en condiciones legales resulta discriminatoria. Por ejemplo, si los encargados de prestar servicios de salud se niegan a prestar esa clase de servicios por razones de conciencia, deberán adoptarse medidas para que remitan a la mujer a otras entidades que prestan esos servicios”.

Es decir expresa otros de los derechos reproductivos, el derecho de salud reproductiva, viéndose por intermedio de la recomendación que el estado peruano se encuentra obligado a tener políticas en materia de salud reproductiva tanto a nivel de instituciones como de las autoridades que laboran en ella

#### **3.2.2.1.4. Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC)**

En el pacto mencionado veremos el derecho a la salud. El cual se encuentra como un derecho progresivo y de política de estado el bienestar de las personas. En ese sentido se aprecia que el pacto aparte de mencionar sobre este derecho, mediante la Observación General 14, manifiesta que “para suprimir la discriminación contra la mujer, es necesario asegurarle, de forma particular, acceso a servicios en materia reproductiva, por lo cual el Estado debe abstenerse de limitarlo y suprimir las barreras que impiden el mismo, incluso cuando provengan de terceros”.

Por lo que en merito a la recomendación expresada, evidenciamos que se inserta la figura de la salud reproductiva. Solicitando a los estados partes brinden política adecuadas en supresión de barreras que afecten este derecho. Esbozándose así una protección más al contenido de los llamados derechos reproductivos que aún no han sido reconocidos de manera expresa en el ordenamiento jurídico nacional.

### **3.2.2.1.5. Otros convenios relevantes**

En este ítem es de señalarse aquellos convenios o acuerdos regionales en beneficio de los derechos reproductivos. En tal sentido en relación a ello, tenemos a la VIII Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe, del año 2000 realizado en Lima en el denominado “Consenso de Lima”- documento final. En el cual refiere lo siguiente:

“Los países participantes en la Octava Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe, se comprometen a: Inc. o) Garantizar a nivel nacional la atención preventiva e integral de la salud de las mujeres y el acceso equitativo a servicios de salud de calidad en todas las etapas de su vida, considerando la incidencia diferencial del género en los procesos de salud y enfermedad; Inc. p) Formular y perfeccionar programas encaminados a proteger la salud y los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, de conformidad con las disposiciones adoptadas en El Cairo por la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo y en Beijing por la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer”.

Por lo que en base a esta conferencia los países firmantes se comprometen a perfeccionar y formular programas a favor de los derechos reproductivos de la mujer, teniendo en cuenta la incidencia del género.

De igual modo, la IX Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe realizada en México en el año 2004, en el Consenso de México, ratifico los compromisos anteriores señalando en el:

” Párrafo 6, inciso xi). Los gobiernos de los países participantes en la novena Conferencia Regional de la Mujer de América Latina y el Caribe reafirmamos nuestra decisión de hacer lo siguiente: xi) Revisar e implementar la legislación que garantice el ejercicio responsable de los derechos sexuales y reproductivos y el acceso sin discriminación a los servicios de salud, incluida la salud sexual y reproductiva de conformidad con el Consenso de Lima”.

### **3.2.2.2. Derecho internacional de la ovodonación**

Al respecto es de señalarse que la ovodonación en el marco internacional no ha sido legislada. No obstante mediante la Declaración de Bioética y derechos

humanos, de fecha 19 de octubre del 2005, refieren con respecto a la atención de un tratamiento médico, en el cual puede incluirse a la ovodonación. En tal sentido el artículo en relación al tema es el siguiente:

Artículo 6.- Consentimiento: 2. La investigación científica sólo se debería llevar a cabo previo consentimiento libre, expreso e informado de la persona interesada. La información debería ser adecuada, facilitarse de forma comprensible e incluir las modalidades para la revocación del consentimiento. La persona interesada podrá revocar su consentimiento en todo momento y por cualquier motivo, sin que esto entrañe para ella desventaja o perjuicio alguno. Las excepciones a este principio deberían hacerse únicamente de conformidad con las normas éticas y jurídicas aprobadas por los Estados, de forma compatible con los principios y disposiciones enunciados en la presente Declaración, en particular en el Artículo 27, y con el derecho internacional relativo a los derechos humanos.

Por lo expuesto tenemos que si bien la ovodonación no cuenta con un dispositivo legal supra. Empero la declaración referida señala parte del procedimiento de las técnicas de reproducción asistida. Siendo fundamental indicar que el artículo 14 de la declaración en su inciso 2 sección a, señala que se debe ofrecer una atención de calidad en especial a mujeres y niños. Que para la investigación son de relevancia al tener intervención en la ovodonación.

### **3.2.3. Derecho Comparado**

En cuanto al derecho comparado, los casos de ovodonación y derechos reproductivos han sido desarrollados. Observándose respecto al tema, que países como Colombia y España regulan las técnicas de reproducción asistida, incluida la ovodonación regulándose legalmente la donación de óvulos.

### 3.2.3.1. Derecho comparado en torno a los derechos reproductivos

- **Colombia**

En el ordenamiento jurídico colombiano, los derechos reproductivos han sido desarrollados. En tal sentido se observa que el artículo 42<sup>112</sup> de la constitución política colombiana refiere entorno a la autonomía reproductiva. De igual modo reconocen a los derechos reproductivos como derechos humanos, desarrollándose un concepto al respecto en la jurisprudencia colombiana. Siendo así la Corte Constitucional Colombiana se ha pronunciado refiriendo que:

“En definitiva, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y distintos pronunciamientos de organismos internacionales han señalado que *el ejercicio de los derechos reproductivos supone el reconocimiento, el respeto y la garantía de la facultad que tienen las personas de decidir libremente sobre la posibilidad de procrear o no, cuándo y con qué frecuencia, así como la libertad de decidir responsablemente el número de hijos*. La injerencia injustificada sobre este tipo de decisiones trae consigo la limitación en el ejercicio de otros derechos fundamentales como la libertad y la autodeterminación, el libre desarrollo de la personalidad, la intimidad personal y familiar y el derecho a conformar una familia.”<sup>113</sup>

Agregando en su jurisprudencia que si bien el ejercicio de los derechos reproductivos es tanto para varones como mujeres. Sin embargo:

”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

---

<sup>112</sup> artículo 42.- (...) Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progenitura responsable. La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos.

<sup>113</sup> Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana. T. 274-15, 12 de mayo de dos mil quince, F.J N° 4.3.5

históricamente despojadas del control sobre su cuerpo y de la libertad sobre sus decisiones reproductivas por la familia, la sociedad y el Estado<sup>114</sup>”.

En consecuencia se puede expresar que los derechos reproductivos en el ordenamiento jurídico colombiano se encuentran presentes en su carta magna al hablar en esta de la autonomía reproductiva. Habiendo ahondado sobre los derechos reproductivos en su jurisprudencia. Además de señalar contenido y ámbito de protección de estos.

- **Argentina**

Los derechos reproductivos en el ordenamiento jurídico argentino han sido expresados mediante la Ley Nacional N° 25.673 de Salud Sexual y Procreación Responsable (“Ley Nacional de Salud Sexual”), del año 2003 en la cual se inserta parte del contenido de la salud reproductiva. Al respecto es de referirse que mediante la señalada ley se integró a su normativa jurídica en los objetivos señalados en su artículo 2 incisos f y g. En los cuales hace referencia que la ley señalada “f) Garantizar(a) a toda la población el acceso a la información, orientación, métodos y prestaciones de servicios referidos a la salud sexual y procreación responsable; g) Potenciar(a) la participación femenina en la toma de decisiones relativas a su salud sexual y procreación responsable”<sup>115</sup>.

En ese sentido se advierte que la normativa Argentina ha regulado con respecto a los derechos reproductivos. Implantando dentro de sus políticas de estado el apoyar a la población acerca de la salud reproductiva. Siendo así evidencia acogida de los lineamientos signados por los convenios internacionales en materia de derechos reproductivos.

- **España**

En el país Ibérico los derechos reproductivos se encuentran aceptados por el ordenamiento jurídico español. Siendo así ello es de manifiesto con la ley de

---

<sup>114</sup> Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana. T. 627-2012, 10 de agosto del 2012.

<sup>115</sup> Argentina. Ley Nacional N° 25.673, del 21 de noviembre del 2002.

reproducción asistida con la que cuentan en la cual se puede apreciar el aval los derechos reproductivos como la autonomía reproductiva, salud reproductiva, consentimiento para la experimentación entre otros. Denotando mediante su normativa que estos derechos se encontrarían en garantía.

No obstante, a pesar de la aparente aplicación de los derechos reproductivos. Según el informe del Consejo de Europa, España sería uno de los países de la unión europea en retroceso de aplicación de derechos reproductivos<sup>116</sup>. Toda vez que el estado español no estaría cumpliendo con las políticas que se habría comprometido a firmar. Ocasionando ello que sea un país que ha retrocedido en la aplicación adecuada de este derecho.

### **3.2.3.2. Derecho comparado respecto a la ovodonación**

#### **▪ Colombia**

Colombia a la fecha no cuenta con una legislación en materia de reproducción asistida, tan solo existe una breve referencia en el artículo 42 de la constitución política. Sin embargo ha regulado aspectos de esta técnica mediante su jurisprudencia en la cual refiere aspectos de estos métodos, usos y demás. Debiendo indicar que en el Código Civil colombiano a partir del artículo 335 hace referencia la impugnación de maternidad.

En tal sentido dichos procesos refiérase que se acreditan con el parto. Por cuanto las causales de impugnación son por falso embarazo o suplantación de hijo. Ahora en caso se impugne por un caso de ovodonación u alguna técnica, las partes deberán explicar las causales de la situación a fin de que el juez emita un veredicto. Asimismo se tiene en cuenta la voluntad de la madre y el consentimiento de las partes.

---

<sup>116</sup> KOHAM, Marisa. “España, uno de los países donde más crece la oposición a los derechos reproductivos de las mujeres”. Publico, 05/12/17, sociedad.

## ▪ Argentina

Este país es uno de los cuales goza de grandes similitudes con la legislación nacional. En tal sentido hasta antes del 26 de Junio de 2013 no existía legislación en materia de técnicas de reproducción asistida. Manifestando así un gran vacío que igualmente como en nuestro país devenía en conflictos.

En vista de ello en el año 2013 se publicó la ley nacional 26.862, la cual paso a regular la reproducción asistida. Siendo denominada como la “Ley de Fertilización Asistida”. Al respecto podemos manifestar que esta ley tiene como objetivo “el acceso integral e igualitario a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida (...) considerando que incluye los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo, comprendiendo todo tipo de técnicas ofrecidas por la ciencia médica<sup>117</sup>”.

Asimismo la ley indica en su artículo 3 que “(...) Quedan comprendidos la fecundación in vitro, la inseminación artificial, la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos y de cigotos, sin exclusión de las nuevas técnicas desarrolladas mediante avances técnicos científicos,(...)”. Por lo que es de acotarse que al hacer referencia a la fecundación invitro es factible indicar que la ovodonación sería una técnica permitida. Más aún si en el título II del capítulo II señalado " Del aporte de material genético de terceros", expresa en su artículo 5 que “Las mujeres que se constituyan en aportantes de gametos para terceros deben ser capaces, mayores de 21 años, y menores de 35 años.”

En suma las técnicas de reproducción asistida en Argentina a la fecha se encuentran reguladas. Además que la ovodonación no se encontraría prohibida por cuanto su aplicación solamente debe seguir las normas y procedimientos de ley. Lo cual conlleva que a la fecha en el señalado país se cuente con una

---

<sup>117</sup> NICOLAS CAMPANA, Maximiliano. “*Derechos sexuales y reproductivos en Argentina: nuevas tendencias legislativas y opinión de los médicos*”. <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/download/135341/131195>(consulta: 20 de marzo del 2018)

regulación más idónea que la nuestra, toda vez que dispone de un conjunto normativo.

- **España**

Mediante la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, en España se tiene una regulación más completa de dichas técnicas debiendo señalar que en el artículo 5 inciso 1 prescribe que “La donación de gametos y pre embriones para las finalidades autorizadas por esta Ley es un contrato gratuito, formal y confidencial concertado entre el donante y el centro autorizado”.

Asimismo indica en el inciso 5 del artículo en mención que “3. La donación nunca tendrá carácter lucrativo o comercial. La compensación económica resarcitoria que se pueda fijar sólo podrá compensar estrictamente las molestias físicas y los gastos de desplazamiento y laborales que se puedan derivar de la donación y no podrá suponer incentivo económico para ésta”.

De igual modo en el artículo 6 de la ley refiere que son usuarios de la técnica “1. Toda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en esta Ley, siempre que haya prestado su consentimiento escrito a su utilización de manera libre, consciente y expresa. La mujer podrá ser usuaria o receptora de las técnicas reguladas en esta Ley con independencia de su estado civil y orientación sexual”. Además en su artículo 8 hace referencia a la determinación legal de la filiación en la cual indican que “1. Ni la mujer progenitora ni el marido, cuando hayan prestado su consentimiento formal, previo y expreso a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación.”

En consecuencia la legislación del país señalado se encuentra más explícita que la normativa peruana que solo cuenta con artículo. En cuanto se aprecia que a diferencia de la legislación peruana, esta cuenta con un cuerpo legal al completo.



Toda vez que regula la filiación, el número de embriones y la modalidad de donación.

### **3.3. Resultados jurisprudenciales**

A nivel jurisprudencial se realizó una serie de puntos de vista, acorde a las variables materia del trabajo de investigación. Habiéndose pronunciado con mayor contundencia y claridad en los casos de reproducción asistida y derechos reproductivos de los cuales se puede resaltar lo siguiente:

#### **3.3.1. Tribunal Constitucional**

##### **3.3.1.1. Resultados jurisprudenciales de los derechos reproductivos**

Respecto a los derechos reproductivos en el ámbito constitucional observaremos que se pronunció el tribunal constitucional respecto al derecho a la autonomía reproductiva, el cual es parte del contenido de derechos que abarca a los derechos reproductivos.

En tal sentido el tribunal hizo pronunciamiento en un caso problemático como es el anticonceptivo oral de emergencia, la STC 7435-2006-PC/TC, con referencia a la autonomía reproductiva, señalando 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 sólo 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. Dignidad y libertad concretizadas a partir de la necesidad de poder optar libremente y sin ninguna interferencia en el acto de trascender a través de las generaciones. Libertad para poder decidir como ser racional, con responsabilidad, sobre: 1) el momento adecuado u oportuno de la reproducción; 2) la persona con quién procrear y reproducirse; y, 3) la forma o método para lograrlo o para impedirlo [STC 7435-2006-PC/TC, fundamento de voto del Magistrado Mesía Ramírez]. En consecuencia, toda mujer tiene derecho a elegir libremente el método anticonceptivo de su preferencia, lo que

está directamente relacionado con su decisión acerca de cuántos hijos quiere tener, con quién y cuándo<sup>118</sup>.

Por lo que, refiere que la autonomía reproductiva permite decidir el momento adecuado de reproducción y los métodos para lograr dicho objetivo. Dicho aspecto que entra en relación con la ovodonación al ser una forma para lograr la reproducción, y de la cual algunas personas no podrían hacer un uso legal por encontrarse prohibida.

### **3.3.2 Poder Judicial**

El Poder Judicial, en cuanto a las variables materia de investigación se ha pronunciado en dos sentencias muy importantes para el ámbito del derecho genético. En las cuales ha referido respecto a los aspectos normativos y doctrinarios de la ovodonación como derechos reproductivos, desprendiéndose lo siguiente:

#### **3.3.2.1. Resultados jurisprudenciales de los derechos reproductivos**

- **Expediente N° 06374-2016-0-1801-JR-CI-05, Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional, sentencia del 21 de febrero del 2017.**

El expediente en referencia, hace de conocimiento acerca de la salud reproductiva, entre otros derechos contenidos de los derechos reproductivos para dar a conocer que las mujeres que acuden a tratamientos para procrear en pleno uso de sus derechos. Indicando el juez en la referida sentencia que “la normativa y jurisprudencia convencional – al que se encuentra sometido este Juzgado por imperio del Artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional- disponen que el derecho a la salud reproductiva, sumado a los derechos a la autodeterminación y privacidad, reconocen la potestad fundamental de las mujeres

---

<sup>118</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 7435-2006-PC/TC, 16 de octubre del 2009, F. J N° 2.

para –de manera informada- asistirse de las técnicas científicas que existan para acceder a la condición de madre”<sup>119</sup>.

Agregando que “el artículo 7 de la ley general de salud no regula más supuestos que la madre gestante comparta carga genética con su bebé”, por ende expresa que estaríamos ante un vacío de la norma y que no se puede interpretar contrario sensu el artículo 7 porque se vulneraría el principio de legalidad.

### **3.3.2.3. Resultados jurisprudenciales de la ovodonación**

- **Casación Nro. 5003-2007- Lima, Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, sentencia del 8 de mayo del 2008**

Es el primer pronunciamiento que se da en materia de reproducción asistida<sup>120</sup> en el cual se impugna el reconocimiento de maternidad, ya que la demandada no es la madre biológica, debido a que hizo uso de la técnica de ovodonación. La sala en vez de pronunciarse de forma efectiva sobre el tema, lo abarca de forma superficial y ejecuta lo que dice la normativa de la ley general de salud. Así como también procede la legitimidad para obrar del hermano de esta (caso muy polémico también), con lo cual falla a favor del demandante y casa.

Esta primera casación que se emitió en materia de teras fue muy debatible, por los doctrinarios en cuanto a los aspectos de la legitimidad para obrar, el pronunciamiento que la norma prohíbe la ovodonación y la falta de abarcamiento amplio en cuanto al tema.

---

<sup>119</sup> Fundamento 7.

<sup>120</sup> Este pronunciamiento a razón de varios doctrinarios, no fue debidamente aprovechado para establecer lineamientos en cuanto a las teras, sino que ocasionó una serie de conflictos.

- **Casación 4323-2010 – Lima, Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, sentencia del 11 de agosto del 2011.**

Tiene relación con el primero, empero aquí profundizan un poco más el tema. En este recurso en el que “se pide la nulidad del acto jurídico por parte del padre de la menor y que la madre de la niña llega a casación, en la cual la corte establece que la ovodonación no es ilícita y que lo que no está prohibido está permitido; legalizando así la ovodonación, contrario lógicamente a lo dicho por la ley general de salud.”<sup>121</sup>. En cuanto a esta casación<sup>122</sup> también ha sido bastante debatible, en cuanto los doctrinarios discuten la legalidad de la ovodonación y más aun a razón de los argumentos establecidos por el juez que a parecer de los doctrinarios tiende a ser insuficiente.

### **3.3.3. Corte Interamericana de Derechos Humanos**

En cuanto a la jurisprudencia intencional y vinculante, es de advertirse que la jurisprudencia de este organismo internacional, la corte se ha pronunciado respecto a los derechos reproductivos y las técnicas de reproducción asistida, expresando los siguientes alcances:

#### **3.3.3.1. Resultados jurisprudenciales de los derechos reproductivos**

- **Caso Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica, sentencia de fecha 28 de noviembre de 2012**

Es uno de los casos con mayor relevancia en materia de derechos reproductivos, siendo el caso que mediante un decreto legislativo de Costa Rica se autorizó la fecundación invitro tan solo a parejas casadas. Por lo que un grupo de peticionantes afectados por la decisión del estado, demandó a Costa Rica, pronunciándose la corte respecto a los derechos reproductivos.

---

<sup>121</sup> LALUPU SERNAQUE, Luis. *Las técnicas de fecundación artificial: maternidad subrogada y dignidad humana*. Lima, Editorial san marcos, 2013, p. p161-162

<sup>122</sup> En cuanto a esta casación es una secuencia de la casación anterior en la cual, la sala rectifica el error en el aspecto que debe primar el interés superior del niño.

Del cual podemos dar el siguiente alcance ”la CIDH declaró que la sentencia de la Sala Constitucional de la Suprema Corte de Justicia de Costa Rica violó el derecho de las víctimas a estar libres de injerencias arbitrarias en la vida privada (artículo 11.2), su derecho a fundar una familia (artículo 17.2) y su derecho a la igualdad ante la ley (artículo 24) en relación con las obligaciones de los artículos 1 y 2 de la CADH”<sup>123</sup>. Además se pronuncio acerca de la autonomía y salud reproductiva y su relación con el acceso a las técnicas de reproducción asistida.

### **3.4 Caso Emblemático**

#### **3.4.1. Caso Reniec y esposos Nieves Ballesteros**

##### **3.4.1.1. Descripción de los Hechos**

En el año 2005, los señores Nieves Ballesteros contrajeron matrimonio y luego de intentar en reiteradas oportunidades concebir un hijo, la pareja decidió recurrir a las técnicas de reproducción asistida. Sometiéndose en el 2011, a la ovodonación, no obstante el procedimiento no obtuvo el resultado esperado. En razón a ello la pareja decidió someterse al útero subrogado. Es así que apareció una amiga de la pareja, quien decidió ser el útero subrogado. No sin antes suscribir un acuerdo sin contraprestación de ello con la aceptación además de la pareja de madre subrogada. En razón a ello, a la señora se le implanto un cigoto con el material genético del señor Nieves y una donante anónima. .

Posteriormente en noviembre del año 2015, nacieron dos mellizos en la Maternidad de Lima. Empero, en referido hospital consignaron en el certificado de nacido vivo como madre a aquella que había dado a luz a los mellizos, pese a que esta señalara que no era la madre. Asimismo fue consignado como el padre el señor Nieves. Emitiendo posteriormente el certificado de nacimiento la Reniec en base a los datos de certificado de nacido vivo, lo que origino el problema materia del caso.

---

<sup>123</sup> RAMIREZ HUAROTO, Beatriz. “*Los derechos reproductivos en la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos Humanos Apuntes sobre la sentencia en el caso Artavia Murillo y otros contra costa rica*”. Gaceta Constitucional de Gaceta Jurídica, N° 61, Lima, p.368

En base a ello los esposos Nieves Ballesteros iniciaron el proceso de reconocimiento y rectificación de partida de los mellizos ante la Reniec. Resolviendo la entidad como improcedente. Por lo que la madre subrogada y el señor Nieves interpusieron en el año 2016 una demanda de amparo por vulneración al derecho a la identidad e interés superior del niño ante el quinto juzgado especializado en lo constitucional de Lima. El cual fallo a favor de los peticionante, en cuanto el juez de dicho juzgado refiere que no existe una prohibición de la normativa vigente en cuanto al útero subrogado. Declarando fundada la demanda, nula las anteriores actas registrales y ordenando emitir una nueva partida donde aparezca como madre la señora Ballesteros.

#### **3.4.1.2. Argumentos relevantes de la Sentencia**

En el caso emblemático tenemos el Expediente N° 06374-2016-0-1801-JR-CI-05, de fecha 21 de febrero del 2017, se tocó temas de maternidad subrogada, técnicas de reproducción asistida y derechos reproductivos. Siendo resaltante destacar de la sentencia lo siguiente:

“La normativa y jurisprudencia convencional – al que se encuentra sometido este Juzgado por imperio del Artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional- disponen que el derecho a la salud reproductiva, sumado a los derechos a la autodeterminación y privacidad, reconocen la potestad fundamental de las mujeres para –de manera informada- asistirse de las técnicas científicas que existan para acceder a la condición de madre. Situación a la que pueden llegar no solo con el apoyo tecnológico disponible, sino que, en algunos casos, con la cooperación adicional y necesaria de terceras personas (por ejemplo, los casos de maternidad subrogada comúnmente conocido como “vientre de alquiler”). (...) no existen razones para que el Estado, actuando a través de este Juzgado constitucional, niegue la protección que el ordenamiento convencional reconoce, tanto más, si no existe legislación que prohíba expresamente la técnica de reproducción utilizada por los actores. (...) el artículo 7 de la ley general de salud no regula más supuestos que la madre gestante comparta carga genética con su bebé (...).”

El caso en mención, es una acción de amparo demandado por una pareja de esposos contra Reniec, por registrar a la madre subrogante y no a la peticionante del registro para ser considerada madre de los bebés que fueron concebidos mediante el vientre de alquiler. Al respecto la referida sentencia causo revuelo en el ambiente jurídico, por cuanto detallo a mayor amplitud los argumentos por los cuales consideraba que debía registrarse a la demandante como madre de los menores.

Argumentando el juez, que la normativa no prohíbe la maternidad subrogada. Además que al amparo de los derechos fundamentales del derecho al libre desarrollo de la personalidad, el derecho a fundar una familia, así como derechos reproductivos reconocidos por normas internacionales de los cuales somos firmantes señalan que es factible acudir a las teras. Por ende vio por procedente la inscripción anulando la inscripción hecha en nombre de la madre subrogada.

## CAPÍTULO IV

### DISCUSIÓN Y VALIDACIÓN DE HIPÓTESIS

Como se ha evidenciado del capítulo anterior, los derechos a la salud y autonomía reproductiva así como el derecho a la experimentación se ven afectados cuando se hace uso de la ovodonación en el Perú. Por lo que, a continuación se buscare validar la presente hipótesis, partiendo de lo siguiente:

#### **4.1. Discusión doctrinaria**

##### **4.1.1. Posturas o argumentos a favor**

###### **4.1.1.1 Postura a favor de los derechos reproductivos**

Los derechos reproductivos, son derechos que taxativamente no se encuentran en el ordenamiento jurídico. Toda vez que este derecho se encuentra implícito en otros derechos fundamentales. No obstante antes de hacer referencia aquello es de hacerse mención que, si bien existen corrientes jurídicas a favor de la existencia de los derechos reproductivos, también existe lo contrario.

En ese sentido de acuerdo con Celinda Mosquera los derechos reproductivos son definidos como “el ejercicio de su libertad reproductiva, derecho humano reconocido por documentos internacionales sobre derechos humanos y que reconoce el derecho de todos de decidir si se tiene o no descendencia, el número de hijos, el espaciamiento entre nacimiento de sus hijos, y si lo hace de manera natural o por medio de técnicas de reproducción asistida”<sup>124</sup>.

Siendo así ” las personas tienen derecho a decidir en sentido positivo o negativo sobre su reproducción, es decir, pueden tomar partido respecto a ellas mismas sobre la aplicación de medidas de anticoncepción o contracepción, tratamientos seguros para fertilidad, infertilidad, información actualizada sobre medicamentos,

---

<sup>124</sup> MOSQUERA VASQUEZ, Clara.” La Ovodonación en los tribunales peruanos”. En: *Actualidad Jurídica*, tomo N° 203, Gaceta jurídica, Lima, 2010, p.53.



tecnologías y tratamientos médicos, en función de la procreación”<sup>125</sup>. Por ende los derechos reproductivos según esta noción son derechos humanos que tienen amparo internacional. Basándose en la libertad de las personas para elegir aspectos de su reproducción. Teniendo dos vertientes evocando para la presente investigación a la vertiente positiva.

#### **4.1.1.2 Postura a favor de la ovodonación**

En cuanto a la ovodonación, por esta entendemos que es una técnica de reproducción asistida. La cual se encuentra como parte de las llamadas técnicas de fecundación in vitro. Donde la madre evidencia una deficiencia ovárica pero puede gestar un nuevo ser, insertándose entonces un cigoto con el material genético de terceros.

Por lo expuesto veremos entonces que la ovodonación es una técnica suscitada en “aquellos casos en los cuales la mujer tiene una deficiencia ovárica, no genera óvulos pero sí puede gestar por lo que necesita una mujer que sólo le ceda óvulos. Es un caso de maternidad parcial. Se produce un caso de trigeneración humana 1) espermatozoides del marido, 2) óvulo de una mujer cedente y, 3) gestación de la mujer. La madre procreante no es la misma que la gestante”<sup>126</sup>.

Y si bien en los casos de ovodonación por lo general se encuentran dentro del acápite de maternidad subrogada. No es menos cierto que la técnica de ovodonación no es muy diferente a la inseminación artificial donde se hace un donativo de un espermatozoide anónimo avalando la concepción. En suma los procesos de ovodonación son casos en los cuales la mujer presenta una deficiencia que impide que ella ofrezca material genético. Sin embargo ello no la descalifica en el proceso de gestación y afectividad a un hijo que tendrá en el vientre.

---

<sup>125</sup> VALDÉS DIAZ, Caridad. “*Del derecho a la vida y los derechos sexuales y reproductivos, ¿configuración armónica o lucha de contrarios?*”. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México, ISSN: 1870-2147. año VI N°. 29, enero-junio de 2012. (consulta: 19 de febrero del 2018).

<sup>126</sup> VARSÍ ROPIGLIOSI, Enrique. *La filiación Extramatrimonial*. 2da Edición, Lima, Jurista Editores, 2010, p.247.

#### **4.1.1.4 Pre conclusión**

En el aspecto doctrinario se puede señalar que los derechos reproductivos tienen asidero en la legislación nacional en cuanto son derechos humanos que contienen derechos fundamentales. Encuadrados en la elección de la persona respecto a su reproducción, lo cual nos lleva a la ovodonación. Toda vez que esta técnica es un método para tratar la infertilidad y lograr la concepción.

De este modo se evidencia que la ovodonación es una técnica que tiene cabida en la legislación nacional. En cuanto es avalada por los derechos reproductivos y por el neoconstitucionalismo que enfoca aspectos de intervención del juez constitucional en la interpretación de normas. Las que deberán estar orientadas conforme a los valores y principios de los derechos humanos.

#### **4.1.2. Posturas o argumentos en contra**

##### **4.1.2.1 Postura en contra de los derechos reproductivos**

Los derechos reproductivos, son derechos reconocidos de reciente data para el derecho. En tal sentido su reconocimiento supuso una serie de debate en torno a la importancia de este para ser un derecho humano, más aun ser declarado derecho fundamental de cada país. De este modo a pesar de haberse declarado derecho humano en la Conferencia de El Cairo, no obstante existen detractores.

Al respecto los críticos del reconocimiento de los derechos reproductivos, evidencian como punto más álgido el derecho a procrear. En cuanto refieren que este derecho no es un derecho absoluto, además que sería producto de pretensiones mercantilistas de los laboratorios clínicos para producir cigotos en masa sin importarles el concebido. Siendo así expresa Juan Gumucio que “aceptar la existencia de un “derecho al hijo” sería trasladar al hijo al rol de objeto del derecho desconociéndole su calidad de sujeto del mismo”<sup>127</sup>. En ese sentido Varsi

---

<sup>127</sup> GUMUCIO SCHÖNTHALER, Juan Cristóbal, *Procreación Asistida. Un análisis a la luz de la legislación chilena*. Santiago, Editorial Conosur, 1997, p. 149.

indica que” no se puede confundir el derecho a la procreación con el derecho al hijo o lo peor con el derecho a tener el hijo a toda costa, cueste lo que cueste”<sup>128</sup>.

Por ende a decir de los anteriores, los derechos reproductivos se pueden ver objetivizados cuando se utiliza los tratamientos contra la infertilidad como menos fines de cumplir caprichos. Empero “más que la negación de la existencia de los derechos reproductivos, esta corriente pretende excluir del contenido exigible del derecho “el resultado positivo del acto reproductor”<sup>129</sup> lo cual es traer a un niño al mundo el cual será colmado de cariño por sus progenitores.

#### **4.1.2.2 Postura en contra de la ovodonación**

Respecto a la ovodonación se puede manifestar que esta técnica presuntamente estaría dentro de la maternidad subrogada. Por ende su utilización y aprobación en la norma se debe prohibir. Toda vez que hay una desnaturalización de la maternidad al existir más de una madre en estos casos.

En ese orden de ideas Luis Cárdenas refiere que “la ovodonación” implica una disociación entre maternidad genética y maternidad gestacional, al recaer dichas calidades en personas distintas, entonces se encuentra prohibida dentro de la previsión normativa”<sup>130</sup>. Igualmente Gonzales Cáceres, señala que la ovodonación “es una Tera supra conyugal que desplaza la verdad biológica, es un acto ilícito y constituye un abuso de derecho”<sup>131</sup>.

En pocas palabras, la ovodonación no es una técnica que debería usarse en el Perú. Toda vez que desplaza la verdad biológica del menor y genera conflictos en torno a la maternidad. Ocasionando así más que una solución a la infertilidad un abuso del derecho en detrimento de los menores por nacer.

---

<sup>128</sup> VARSÍ ROSPIGLIOSO, Enrique. *Derecho Genético*. Quinta Edición, p. 400.

<sup>129</sup> CORRAL TALCIANI, HERNÁN, “Admisibilidad Jurídica de las Técnicas de Procreación Artificial”. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 19 N° 3, Santiago, 1992, p. 459.

<sup>130</sup> CÁRDENAS RODRÍGUEZ, Luis. *Op. Cit*, p.77

<sup>131</sup> GONZÁLEZ CÁCERES, Alberto. “Cuando mi madre es un número .identidad genética e interés superior del niño”. *Revista jurídica del Perú de Normas Legales*. Tomo 93,Lima, 2008 ,p.46

### **4.1.2.3 Postura o argumento personales**

Es pertinente la aplicación de los derechos reproductivos en el ordenamiento peruano toda vez que es un derecho humano reconocido en tratados internacionales y que contiene derechos fundamentales dentro de su contenido. Este derecho obedece a la capacidad de elegir el momento de procreación y lo que ello conlleva.

Relacionándose en dicho aspecto con la ovodonación, toda vez que guarda nexo con la procreación y el hecho de acudir a tratamientos médicos con fines de concebir. Apreciándose así que este método más allá de los problemas de maternidad. Toda vez que el hecho concreto es que la persona que acude a dicho método genera un vínculo con el menor que procreara. Nexo fortalecido cuando el menor nace y convive con la madre portadora.

## **4.2. Discusión normativa**

### **4.2.1. Análisis o discusión de la normatividad interna**

#### **4.2.1.1 Análisis o discusión de los derechos reproductivos**

Los derechos reproductivos no han sido reconocidos en la legislación nacional de manera taxativa. No obstante en la constitución política del estado peruano se hace una breve referencia a la autonomía reproductiva. En cuanto en el artículo 6 del cuerpo normativo en mención, hace referencia al derecho de las familias a decidir el momento de procrear.

Ahora bien, además de ello debemos acotar que el artículo 3 de la constitución deja carta libre a nuevos derechos. Siendo se toma en cuenta lo previsto en el artículo 55 y la 4° disposición transitoria en la cual mencionan que los tratados firmados por el país forman parte de la legislación nacional. Por ende habría factibilidad de tener a los derechos reproductivos como parte del ordenamiento jurídico por intermedio de esta situación.

#### 4.2.1.2 Análisis o discusión de la ovodonación

La ovodonación no se encuentra legislada en el ordenamiento jurídico peruano. No obstante contamos con un artículo en la ley general de salud que hace referencia a las técnicas de reproducción asistida. Señalando que solo se regula cuando la madre genética y gestante coinciden.

En vista de ello el jurista Varsi expresa que es importante señalar que “no es condición indispensable para recurrir a las teras el haber seguido sin éxito un tratamiento de fertilidad, sino que se puede llegar a las mismas directamente. Es de tener en cuenta que siendo las teras procesos supletorios de la fertilidad debería exigir la ley demostrar el agotamiento de estos tratamientos a efectos de consolidar los medios y fines de la procreación asistida”.<sup>132</sup> Asimismo agrega que “la ley general de salud es un adefesio, es una norma incompleta, una norma que a alguien se le ocurrió plasmar y luego ni siquiera se ha estudiado, reglamentado ni complementado, (...) creo que sería una vergüenza utilizar el art. 7 como una fundamentación para hablar de Derecho Genético en el Perú”<sup>133</sup>.

De otro lado Lalupu Sernaque manifiesta respecto a la ley general de salud que:

Hay que reparar que no se ha dispuesto nada a la fecundación de pareja con semen de terceros, es decir la fecundación de un nasciturus sin vinculo genético, con el esposo o conviviente, pero si con la esposa, lo cual al respetarse la intangibilidad de la condición de madre genética y gestante pareciera que la norma si lo admitiera. Sin embargo, esto tampoco es admisible, ya que al referirse la norma que para la utilización de las técnicas se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos, se refiere a los miembros de la pareja [...] de ahí que nos lleve a concluir que también prohíbe la inseminación de gametos masculinos.<sup>134</sup>

---

<sup>132</sup> VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Derecho Genético*. 4<sup>ta</sup> edición, Lima, Editorial GRIJLEY, 2001, p.349

<sup>133</sup> VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. “*La primera Casación en materia de procreación asistida*”. *Revista Jurídica del Perú de Normas Legales*, tomo 93, 2008, p. 17

<sup>134</sup> LALUPU SERNAQUE, Luis. *Las técnicas de fecundación artificial: maternidad subrogada y dignidad humana*. Lima, Editorial san marcos, 2013, p.156

En último lugar, se debe dar a conocer la opinión de Juan Espinoza, donde expresa que “el art.7 de la ley general de salud regula que, en el caso de las teras, la condición de madre genética y gestante debe ser la misma (...) pero no regula que se debe hacer cuando no suceda ello: este es el problema”.<sup>135</sup>

Consecuentemente es de verse que la ley en mención evidencia un gran vacío que no ha sido suplido con la ley vigente. En tanto es solo hace mención a un tipo de técnica de reproducción asistida dejando sin legislar los otros tipos de técnicas. Evidenciándose así que se encuentran a la deriva y en posible abuso del derecho de los usuarios al no ser regulada.

#### **4.2.1.3 Pre conclusión**

Del análisis normativo se puede pre concluir que la normativa en torno al tema de investigación evidencia un vacío normativo. Toda vez que los derechos reproductivos evidencian un reconocimiento implícito y la ovodonación manifiesta un vacío legal pleno. En tal sentido, la ovodonación debería contar con una regulación que lo ampare legalmente a fin de cesar con los abusos del derecho que originaría el uso descontrolado de la técnica en mención.

Teniendo en cuenta además que los derechos reproductivos avalan a la ovodonación. En base a tres derechos: el derecho a la salud y autonomía reproductiva, así como el derecho a la experimentación. Los cuales se verían afectados toda vez que la ovodonación no cuenta con un régimen legal que los proteja.

#### **4.2.2. Análisis o discusión de la normatividad internacional**

##### **4.2.2.1. Análisis o discusión de la normatividad de los derechos reproductivos**

Los derechos reproductivos han sido reconocidos en la normativa internacional. De acuerdo con ello la declaración en el Cairo fue hito de gran baluarte para el

---

<sup>135</sup> ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las personas*. Tomo I, ed. 6, Lima, editorial Grijley, 2012, p.151

desarrollo de este. Siendo que definió a los derechos en mención así como lanzo políticas de protección de este derecho.

De igual modo es de mencionarse que la normativa posterior a ella ha buscado garantizar este derecho. En tanto los estados firmantes de las respectivas convenciones se comprometen a cumplir con lo dispuesto en la normativa. Reconociendo además que aún no se ha protegido ni regulado cabalmente los derechos reproductivos.

#### **4.2.2.2. Análisis o discusión de la normatividad de la ovodonación**

La ovodonación en los convenios internacionales no ha sido desarrollada como tal. Sin embargo es de señalarse que las técnicas de reproducción asistida tienen reconocimiento genérico en la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos humanos. La referencia es con respecto a las autorizaciones a las personas con fines médicos y el fomentar una atención médica de calidad en aras de proteger la salud de las personas.

Por lo expuesto, si bien la ovodonación no evidencia normativa internacional. Los convenios vigentes en materia de bioética tiene nexos con ella y ampararían cierta forma una atención adecuada cuando se recurra a la técnica en mención.

#### **4.2.2.3. Pre conclusión**

En consecuencia en base a lo esgrimido en argumentos anteriores podemos señalar que los derechos reproductivos han evolucionado paulatinamente desde la Convención de El Cairo a la fecha. Al punto de servir de refuerzo a la ovodonación en cuanto esta es una técnica de reproducción asistida en indefensión en el estado peruano. Toda vez que se encuentra en vacío legal y es necesario una regulación legal que ampare a la técnica referida.

### **4.2.3. Análisis o discusión en el derecho comparado**

#### **4.2.3.1. Análisis o discusión en el derecho comparado de los derechos reproductivos**

En el caso de los derechos reproductivos se evidencia que en ambas legislaciones es diferente. Por cuanto en la legislación española se evidencia un retroceso que ya ha sido dado cuenta por un organismo supra. Toda vez que el país en mención habría desatendido los acuerdos pactados en materia de derechos reproductivos.

De otro lado el ordenamiento jurídico colombiano ha evolucionado en este aspecto. En vista que ha emitido reiterada jurisprudencia en materia de derechos reproductivos. Vinculando incluso con las técnicas de reproducción asistida e infertilidad.

#### **4.2.3.2. Análisis o discusión en el derecho comparado de la ovodonación**

En cuanto a la ovodonación tenemos que la legislación española y argentina cuenta con una ley que regula la reproducción asistida en general. Indicando en cuanto a la ovodonación quienes pueden ser donante y cuantos óvulos se puede hacer uso. Evidenciando así una regulación mucho más detallada que la del país materia de investigación.

Sin embargo al analizar la legislación colombiana advertimos que a pesar de reiterados intentos de regula la reproducción asistida. Ello a la fecha no se ha dado, por lo que es regulada por el código civil en cuanto a lo que es aplicable. Siendo lo demás apoyado por su jurisprudencia.

#### **4.2.3.3 Pre conclusión**

De los países comparados se manifiesta que la regulación española y argentina es mucho más detallada que la colombiana. Empero el progreso en materia de derechos reproductivos es mucho más detallado en la legislación colombiana. Por



ende seria apreciable tener en consideración una parte de cada uno de los criterios de ambos países a fin de logra una legislación en materia de ovodonación.

### **4.3. Discusión Jurisprudencial**

#### **4.3.1. Análisis o discusión de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional**

##### **4.3.1.1 Análisis o discusión de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en los derechos reproductivos**

En el caso de los derechos reproductivos, mediante el expediente del anticonceptivo oral de emergencia, se denota a la autonomía reproductiva. La cual es definida como la libre determinación del momento de procrear así como el uso de métodos para prevenir o concebir.

En tal sentido es de indicarse que lo manifestado tiene relación con la investigación. En cuanto lo referido por el tribunal tiene nexos con los derechos reproductivos positivos el cual se manifiesta en la búsqueda de métodos para concebir. Siendo uno de dichos métodos la ovodonación.

#### **4.3.2. Análisis o discusión de la jurisprudencia del Poder Judicial**

##### **4.3.2.1 Análisis o discusión de la jurisprudencia del Poder Judicial en los derechos reproductivos**

En relación a esta jurisprudencia debemos acotar que es un caso emblemático a razón que el juez a cargo del caso fallo a favor de la madre subrogante. Además de indicar que existe un vacío en la ley general de salud. Por cuanto la normativa habría indicado solo el caso de identidad entre madre genética y gestante no regulando lo demás.

De igual modo fundamento su decisión amparado en los derechos reproductivos, y sus variantes (autonomía y salud reproductiva). Indicando que este es un derecho humano que no puede ser obviado y que ampara a la ovodonación.

#### **4.3.2.2 Análisis o discusión de la jurisprudencia del Poder Judicial en la ovodonación**

- **Casación Nro. 5003-2007- Lima, Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, sentencia del 8 de mayo del 2008**

Esta primera casación, fue la primera que se emitió en materia de teras. Por lo cual fue muy debatible. Toda vez que se cuestionaba el porque los jueces no se pronunciaron de forma efectiva en el caso. Limitándose a señalar que la ley prohíbe la ovodonación.

En vista de ello Lalupu Sernaque señalo que este fallo es “errado, ya que tratándose de un hijo extramatrimonial, los medios hermanos no pueden impugnar la calidad de madre que el ordenamiento jurídico le otorga a una mujer que gesta y alumbró [...]”<sup>136</sup>

Asimismo cabe resaltar la opinión de la jurista Moran de Vizenci, quien manifiesta” que un sector importante de la doctrina reconoce la maternidad legal de la mujer que dio a luz al hijo alegando estrecha relación psicofísica que se establece entre la mujer y el concebido durante la gestación, en el cual la madre contribuye a la formación de un nuevo ser humano con la totalidad de su cuerpo”<sup>137</sup>. Podemos decir que la opinión de esta doctrinaria es válida en razón de que nuestro Código ampara esa postura.

- **Casación 4323-2010 – Lima, Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, sentencia del 11 de agosto del 2011.**

En la presente casación, se vio un caso de nulidad de acto jurídico en materia de ovodonación. En la cual la Sala dio una opinión tibia en los casos de ovodonación

---

<sup>136</sup> LALUPU. *Las técnicas de fecundación artificial: maternidad subrogada y dignidad humana*, *op. cit.*, p. 161

<sup>137</sup> MORÁN DE VICENZI, Claudia. *El concepto de la filiación en la fecundación artificial*. Ara Editores. Universidad de Piura. 1999, p. 207

y su regulación jurídica en el Perú. Debiendo acotar que la casación en mención guarda relación con el primer expediente en cuanto son las mismas partes.

Por lo que Luis Cárdenas Rodríguez manifestó que “la Sala Civil Permanente sostuvo que a diferencia de la maternidad subrogada, la ovodonación si se encuentra permitida, siguiendo el axioma de que todo lo que no está prohibido está permitido: en tal caso, se está en presencia de un vacío normativo jurisprudencia, por lo que no se trata de un acto ilícito ni de un delito”<sup>138</sup>

Contrario a ello, en opinión de Clara Mosquera “si bien la demandada recurrió a la ovodonación, ello es permitido pues el articulado en mención, se refiere al art. 7 de la ley general de salud, al señalar que la madre gestante y genética debe recaer en la misma persona, está referida a los vientres de alquiler y no a la ovodonación”<sup>139</sup>

Posteriormente a opinión de Luis Alberto Lalupu “este pronunciamiento, es errado en cuanto el art. 7 de la ley general de salud si prohíbe la ovodonación por ser considerada una modalidad de la maternidad subrogada”<sup>140</sup>

Concluyendo en opinión de Rafael Quito Mejia acerca de la ovodonación, expresa que:

“si bien dicho procedimiento no se encuentra legislado, sin embargo en virtud al axioma jurídico de que “todo lo que no está prohibido está permitido”, reconocido por el Tribunal Constitucional: “En el ámbito del derecho constitucional opera el apotegma jurídico que dice que “sólo le está permitido al Estado aquello que expresamente le ha sido conferido”, ello a diferencia de lo dispuesto para la ciudadanía, la que se rige por el principio de que ‘aquello que no está prohibido, está permitido’, por consiguiente el aludido procedimiento de “ovodonación” no es ilícito ni constituye delito, constituyendo más bien un vacío normativo y jurisprudencial”.<sup>141</sup>

Consecuentemente en análisis del expediente se puede indicar que el magistrado dio un argumento flojo sobre el vacío de la norma. En razón a ello el debate

---

<sup>138</sup> CÁRDENAS RODRÍGUEZ, Luis. “La ovodonación sustentada en el vacío”, en: Actualidad Jurídica. Tomo N° 226. Gaceta Jurídica, Lima, 2012, p.77

<sup>139</sup> MOSQUERA VÁSQUEZ, Clara. “La genética en los tribunales peruanos”, en: Dialogo con la Jurisprudencia. Tomo N° 123. Gaceta jurídica. Lima, 2010, p. 23

<sup>140</sup> LALUPU SERNAQUE, Luis. *Óp. Cit.*, p. 164

<sup>141</sup> QUITO MEJÍA, Rafael. “La ovodonación”. <http://eljurista-caj.blogspot.pe/2013/07/la-ovodonacion.html>. (consulta: 02 de diciembre del 2017)

continuó a fin de esclarecer esa norma. Lo cual se dio en el expediente del año 2017.

### **4.3.3. Análisis o discusión de la Jurisprudencia de la CIDH**

#### **4.3.3.1 Análisis o discusión de la jurisprudencia de la CIDH en los derechos reproductivos**

El caso llevado a la Corte Interamericana fue un caso de fecundación in vitro, de parte de un grupo de personas contra el estado costarricense. Demandando que se había vulnerado sus derechos, por cuanto Costa Rica contaría con una ley que impedía la fecundación invitro en pareja no casadas.

En tal sentido la corte paso a desarrollar el tema señalando que la ley indicada era vulneratoria del derecho de los impugnantes. En cuanto vulneraba sus derechos reproductivos a los que reconocía como derecho humano que formaban parte de derechos fundamentales como el derecho a la vida, la libertad, libre desarrollo de la personalidad y el derecho de formar una familia. Por tanto concluye que al ver la afección de estos derechos la ley tenía que ser revocada.

### **4.4. Discusión del Caso Emblemático**

En el expediente referido, es de apreciarse que es un caso emblemático en cuanto reinterpreta la ley general de salud en su artículo 7 referente a las técnicas de reproducción asistida. Por cuanto si bien como aspecto preliminar hace referencia al contenido de los derechos reproductivos. Es decir el derecho a la salud y autonomía reproductivas como mecanismos para la procedencia de la recurrencia a una tera. El análisis propiamente del artículo 7 de la ley de salud es el escenario focalizado de la sentencia.

En tal sentido el juez señala que no se puede realizar una interpretación contrario censu de una norma en cuanto a las prohibiciones. Dado que, a razón de la jurisprudencia ha quedado manifestado que las prohibiciones en una norma deben señalarse taxativamente, permitiendo así la maternidad subrogada, ovodonación y otros. Asimismo toma en consideración los principios relacionados a los derechos

reproductivos como fundamento para la procedencia de la técnica avalando sus ideas en el derecho al libre desarrollo de la personalidad y el derecho a fundar una familia. Toda vez que estos entran en nexo cuando una persona decide procrear un nuevo ser mediante una técnica de reproducción.

En consecuencia es loable la actitud del juez respecto al tema de las teras. A razón que hasta la fecha no se había hecho un análisis e interpretación clara de la norma. Solucionando anteriormente otros jueces respecto a casos parecidos no abarcando el tema de fondo. Dejando así en incertidumbre a las partes y los operadores del derecho.

#### **4.5. Validación de Hipótesis**

##### **4.5.1. La afectación de los derechos reproductivos en los casos de ovodonación regulado en el artículo 7 de la ley general de salud.**

El derecho reproductivo en el Perú en los casos de ovodonación se ve afectado. Por cuanto existe un vacío normativo que afecta a los derechos contenidos en los derechos reproductivos. Que para efectos de la investigación se advierte que son los derechos a la salud y autonomía reproductiva, así como el derecho a disfrutar del progreso científico y a dar consentimiento para la experimentación.

Respecto a estos derechos el doctor Vergara Gotelli señaló en su voto dirimente en el Exp. N° 01575-2007-PHC/TC respecto a los derechos reproductivos que:

”todo aquello {que} encuentra sustento constitucional en que el derecho reproductivo está consignado en diferentes instrumentos internacionales, entre ellos tenemos a la Primera Conferencia Internacional sobre Derechos Humanos celebrada en Teherán el año 1968, la Conferencia Mundial de Derechos Humanos realizado en Viena el año 1993 y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Tratado de Roma) realizado el año 1998, resultando que en este último instrumento internacional se reconoce que “los padres tienen el derecho humano fundamental de determinar libremente el número de sus hijos y los intervalos entre los nacimientos”. Ahora, si bien en nuestra Norma Fundamental no tenemos expresamente reconocido éste derecho lo encontramos como derivado de otros derechos fundamentales de la persona humana como lo es el derecho fundamental a la vida y lo concerniente al concebido, reconocido en el numeral 2 del artículo 2° de la Constitución. Por tanto se concibe al derecho reproductivo como inherente a toda persona y susceptible de ser limitado por

otros derechos fundamentales o por la Ley en salvaguarda de valores superiores<sup>142</sup>

Asimismo respecto del contenido de los derechos reproductivos se advirtió que la autonomía reproductiva se encuentra en la jurisprudencia del tribunal constitucional en el caso del anticonceptivo oral de emergencia y de forma implícita en el artículo 6 de la Constitución Política en cuanto reconoce el derecho de las personas a decidir; asimismo se evidencia que el derecho a la salud reproductiva parte del derecho a la salud en cuanto atañe el derecho a informarse de los métodos de reproducción asistida así como la facultad de decidir el momento de la procreación.

De otro lado si bien el derecho a disfrutar del progreso científico y dar consentimiento para la experimentación no se encuentra en legislación nacional, es de verse que se encuentra en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el cual se encuentra ratificado por el país por lo que es de tenerse en cuenta; además que si bien es cierto es un derecho restringido, tal como se refiere en las líneas precedentes, este derecho a efectos de la investigación se orienta en el sentido que las personas víctimas de la infertilidad accedan a las técnicas de reproducción asistida a fin de suplir su enfermedad y concebir, siendo que en ningún momento se debe afectar la dignidad de las personas para conseguir fines egoístas o que atenten derechos fundamentales, debiendo regularse adecuadamente su uso.

En tal sentido, se debe indicar que el estado peruano a pesar de estar afiliados a convenios internacionales donde propugna el fomentar políticas de implementación de salud reproductiva, así como autonomía, ha dejado dicha tarea parcialmente, dado que el estado se ha ocupado a lo largo de los años de manera limitada a implementar los derechos reproductivos en sentido negativo, es decir difundiendo los métodos anticonceptivos y planificación familiar, dejando de lado el aspecto positivo de los derechos reproductivos es decir el acceso a las mujeres a hacer uso adecuado y regulado de tratamientos para tratar su fertilidad, para el

---

<sup>142</sup> Fundamento de voto del magistrado Vergara Gotelli, Exp. N° 01575-2007-PHC/TC, de fecha 20 días del mes de marzo de 2009, *FJ N° 23*

caso las técnicas de reproducción asistida, ya que su uso va en aumento y no se encuentra regulado adecuadamente en cuanto a la ovodonación, siendo esta una técnica nueva que evidencia mayores tratamientos médicos a mujeres con el paso del tiempo, a razón que no existe una normativa que regule el procedimiento médico, administrativo y legal en los casos de ovodonación. Lo que origina problemas entorno a la maternidad y filiación, siendo que llegado el caso a la madre receptora le podrían impugnar la maternidad.

#### **4.5.2. Se ha evidenciado el vacío normativo en el artículo 7 de la ley general de salud.**

El vacío normativo evidenciado se origina a razón que el artículo 7 de la ley general de salud solamente regula los casos de identidad genética y gestante dejando de lado a las técnicas como la ovodonación. En cuanto el referido artículo se limita a restringir el ámbito de aplicación de las técnicas de reproducción asistida a aquellas que evidencien coincidencia de madre genética y gestante, no siendo claro en cuanto a las prohibiciones o técnicas no aplicables.

Toda vez que no se puede interpretar a contrario sensu o bajo algún criterio de analogía, más aun teniendo en consideración que “el Tribunal Constitucional ha establecido que el principio de legalidad exige no sólo que por ley se establezcan los delitos, sino también que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas por la ley, prohibiéndose tanto la aplicación por analogía como también el uso de cláusulas generales e indeterminadas en la tipificación de las prohibiciones”<sup>143</sup>.

De igual modo es de verse que lo señalado por el legislador puede ser sujeto de diversas interpretaciones, para el caso puede deducirse como la voluntad de no regular las otras técnicas de reproducción asistida o como un criterio prohibitivo de las demás técnicas; en base a ello dado el carácter de derechos en afectación es necesario delimitar de forma taxativa las prohibiciones a fin de no ser sujeto de pluralidad de interpretaciones por los operadores del derecho. Más aun teniendo

---

<sup>143</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente N° 3954-2006-PA/TC, *F.J N° 34*

en consideración el precepto “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”.

#### **4.5.3. Los derechos a la salud, a fundar una familia y al libre desarrollo de la personalidad son fundamentos para avalar la regulación de la ovodonación**

Como se ha demostrado el contenido de estos derechos evidencian relación con los derechos reproductivos, a razón de las esferas de sus esencias se centran en el desarrollo de todas las etapas del ser humano, su desarrollo en familia, el fin de la procreación y los mecanismos para salvaguardar la integridad de las personas afectadas por intermedio de la protección de la salud reproductiva, las cuales forman parte de los derechos reproductivos. De igual modo se advierte que el derecho a la salud es un medio para combatir la infertilidad la cual ha sido definida como enfermedad y a la fecha los casos aumentan progresivamente sin aplicación y regulación alguna frente al tema. Por lo que la regulación de la ovodonación resultaría un medio idóneo para paliar el problema en mención.

#### **4.5.4 .Es necesario modificar el artículo 7 de la ley general de salud.**

A efectos de validar la hipótesis del presente trabajo de investigación es de relevancia señalar una cuestión previa en cuanto a las técnicas de reproducción asistida en el ámbito de ovodonación y la posible afectación al derecho a la vida y la dignidad humana. Debiendo acotar al respecto que en la ovodonación de forma preliminar se realizan una serie de procedimientos médicos (estimulación y control de calidad) a fin concebir al nuevo ser, utilizándose en un principio gametos<sup>144</sup> femeninos como masculinos los cuales carecen de vida.

Posteriormente a ello se realiza la fusión tanto de los óvulos como espermatozoides lo cual conlleva a que luego de unos días se inserte en la mujer receptora, es decir la madre gestante. En esa línea, los partidarios contrarios a la ovodonación y técnicas de reproducción asistida en general aducen que se estaría

---

<sup>144</sup> Son las células sexuales de los seres vivos.



vulnerando a razón de este procedimiento los derechos a la vida y dignidad humana, en esa línea indican que al concebirse el nuevo ser se afectaría su dignidad en cuanto se utiliza a este como un mero objeto dejándose de lado su estatus de persona, además que al generar una pluralidad de pre embriones a fin de implantar un nuevo ser se estaría atentando contra la vida del ser.

A razón de ello es de indicarse que si bien el derecho a la vida en el ordenamiento jurídico nacional es un derecho fundamental base de otros derechos, “por cuanto este es un derecho natural del que goza el ser humano por el hecho de existir”<sup>145</sup>, este no ostenta un carácter absoluto evidenciando también ser relativo en casos de guerra y otros; asimismo es polémico también a razón del origen de la vida y la calidad de concebido como sujeto de derecho, el cual a nivel del ordenamiento nacional se configura con el hecho de la concepción; sin embargo en base al criterio interpretativo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se redefine el término “concepción”, en su fundamento 186 y 187 del siguiente modo:

*186. (...) la Corte considera que es procedente definir, de acuerdo con la Convención Americana, cómo debe interpretarse el término “concepción”. Al respecto, la Corte resalta que la prueba científica concuerda en diferenciar dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación. El Tribunal observa que sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción. Teniendo en cuenta la prueba científica presentada por las partes en el presente caso, el Tribunal constata que, si bien al ser fecundado el óvulo se da paso a una célula diferente y con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un “ser humano”, lo cierto es que si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas. Si un embrión nunca lograra implantarse en el útero, no podría desarrollarse pues no recibiría los nutrientes necesarios, ni estaría en un ambiente adecuado para su desarrollo (supra párr. 180). 187. En este sentido, la Corte entiende que el término “concepción” no puede ser comprendido como un momento o proceso excluyente del cuerpo de la mujer, dado que un embrión no tiene ninguna posibilidad de supervivencia si la implantación no sucede. Prueba de lo anterior, es que sólo es posible establecer si se ha producido o no un embarazo una vez se ha implantado el óvulo fecundado en el útero, al producirse la hormona denominada “Gonodotropina Coriónica”, que sólo es detectable en la mujer que tiene un embrión unido a ella. Antes de esto es imposible determinar si en el*

---

<sup>145</sup> VASQUEZ RIOS, Alberto. *Derecho de las Personas*, Editorial San Marcos, Lima, 1997, p. 105.

*interior del cuerpo ocurrió la unión entre el óvulo y un espermatozoide y si esta unión se perdió antes de la implantación*<sup>146</sup>.

Consecuentemente a criterio de la Corte en mención la “concepción” debe ser interpretada en el contexto que se origina un nuevo ser a razón de la implantación en el útero de la mujer; ahora es de indicarse además que el trabajo referido considera que no se debe realizar un uso desproporcionado de esta técnica debiendo limitarse a ovulo fecundado y no a una variedad de estos.

De otro lado respecto a la presunta afectación a la dignidad humana, es de acotarse que debe establecerse una noción con respecto a la persona, históricamente la cual ha tenido una serie de fases a fin de llegar a tal y como la conocemos, primeramente fue conocida como sustancia de naturaleza individual entendiéndose en tal sentido a las personas como “un sujeto completo y acabado, un todo unitario integrado por sustancia en su ser y su esencia y accidentes y cuyos aspectos fundamentales son la individualidad y la subsistencia”<sup>147</sup>, posteriormente la persona es reconocida como sujeto de imputación.

En tal sentido Kelsen refiere que “el hombre es libre, porque se le imputa algo, porque su conducta es punto de término de su imputación”<sup>148</sup>, acotando al respecto que “la persona física o jurídica que “tiene” obligaciones y derechos como titular, son estas obligaciones y derechos, un conjunto de obligaciones y derechos jurídicos cuya totalidad se expresa figurativamente en el concepto de “persona”<sup>149</sup>, siendo a opinión de este autor que no puede atribuirse una conducta a un ser humano que no se encuentra sujeto a derechos y deberes legales.

Ahora en la tercera etapa tenemos la dignidad como esencia de personalidad, en cuanto se considera a la persona como un ser que no puede ser un instrumento, por cuanto la dignidad se “remite al valor único, insustituible e intransferible de

---

<sup>146</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica, de fecha 28 de noviembre de 2012,

<sup>147</sup> MARTÍ ANDRÉS, Gabriel, *Sustancia individual de naturaleza racional: el principio personificador y la índole del alma separada*. En: *Metafísica y Persona, Filosofía, conocimiento y vida*, Año 1—Número 1, 2009, p119.

<sup>148</sup> KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, 2º edición, 1960, p. 102.

<sup>149</sup> KELSEN, Hans, *General Theory of Law and State*, Transaction Publishers, New Brunswick (U.S.A.), 2007, p. 172.

toda persona humana, con independencia de su situación económica y social, de la edad, del sexo, de la religión, etcétera, y al respeto absoluto que ella merece”<sup>150</sup>, agregándose además que la dignidad humana busca la protección frente a “la degradación, la estigmatización, la persecución, la proscripción y otras conductas similares por parte de terceros o del propio Estado”<sup>151</sup>.

En ese sentido coordinamos que el ser humano no debe ser considerado mero objetos al poder de la ciencia, siendo así la finalidad de la investigación no es cosificar ni brindar un trato degradante al nuevo ser sino establecer parámetros a fin de regular la técnica de reproducción asistida ovodonación a fin de no afectar derechos fundamentales.

Por lo que se ha validado, lo expresado en el presente trabajo de investigación a raíz de lo referido en líneas anteriores y a razón que la no regulación generaría problemas éticos, médicos y legales a raíz de no saber cuándo se estaría transgrediendo derechos u optando por conductas inapropiadas, toda vez que infringiría éticamente cuando realice procedimientos que afecte la dignidad o integridad del pre embrión o la madre, siendo problemas médicos en la medidas el médico tratante realice actos negligentes y no se cuente con regulación apropiada respecto al procedimiento de ovodonación, asimismo origina problemas legales a razón de los posteriores problemas de filiación que ocasionaría.

En tanto el vacío normativo de la ley general de salud puede ser suplido en cuanto se modifique la normativa. Ello es amparado en la protección de los derechos fundamentales como el derecho a la salud, al libre desarrollo de la personalidad, y el derecho a formar una familiar.

Por ende la modificatoria debe versar en una regulación de la donación de óvulos los cuales deben limitarse a 3 siendo además con fines altruistas, asimismo los óvulos fecundados deberán ser insertados en la madre gestante y los casos de admisión de tal procedimiento debería ser facultado en aquellos casos de fallo

---

<sup>150</sup> MICHELINI, Dorando. “*Dignidad humana en Kant y Habermas*”. En: <http://www.scielo.org.ar/pdf/efphi/v12n1/v12n1a03.pdf>(consulta: 06 de mayo del 2018), p. 42

<sup>151</sup> DWORKIN, Ronald. *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*. Ariel, Barcelona, 1998, p. 305

ovárico primario(la mujer no puede generar óvulos por alteraciones genéticas), fallo ovárico precoz(la mujer no puede generar óvulos antes de los 40 años), y la mujeres portadoras de enfermedades genéticas. En tanto aquellas mujeres en mención ven su proyecto de vida truncado por enfermedad, lo cual constituyen razones válidas al no ser por motivos de conseguir un hijo a toda costa o meros caprichos, señalando además que madre en la técnica de ovodonación es la determinada por el parto. Teniendo en consideración además que en otros países es avalada la ovodonación al ser semejante con la donación de esperma, por cuanto se cuenta con un banco de óvulos debidamente regulado.

## CONCLUSIONES

1. Los derechos reproductivos en los casos de ovodonación se ven afectados en su contenido respecto al derecho a la autonomía, salud reproductiva y consentimiento para la experimentación, en la medida que el artículo 7 de la ley general de salud no regula técnicas de reproducción asistida como la ovodonación, dejando a libre albedrío de los médicos y pacientes que realizan este procedimiento, afectando así a posteriori los derechos de los recurrentes a dichas técnicas.
2. Asimismo pese a que los derechos reproductivos han sido declarados como derechos humanos y plasmado ello en Convenios internacionales. aún son sujeto de vulneración en países como el Perú en los cuales no se ha implementado e interpretado de manera adecuada el contenido de estos derechos. En cuanto no aplica a cabalidad los convenios internacionales descritos, limitándose a aplicar los derechos reproductivos en su vertiente negativa dejando de lado la vertiente positiva que admite el uso de las técnicas de reproducción asistida, dando cabida a su vulneración mediante la ovodonación.
3. El artículo 7 de la ley general de salud evidencia vacíos en cuanto no regula la ovodonación, limitándose a normar solo los casos de identidad entre la madre genética y gestante. Siendo objeto de variedad de interpretaciones lo cual desemboca en diferencia de criterio en los operadores del derecho.
4. El derecho a la salud, a formar una familia y el libre desarrollo de la personalidad, son fundamentos para la regulación de la ovodonación en el Perú. En cuanto parte del contenido de los derechos en mención evidencia plena relación con el acceso de las personas a técnicas de reproducción

asistida a fin de cumplir sus proyectos de vida tales como la descendencia dentro de una unidad familiar.

5. Es necesaria la modificación del artículo 7 de la ley general de salud, a razón que la falta de regulación jurídica acarrea problemas éticos, médicos y legales, en los aplicadores de tal procedimiento quienes al no existir norma regulatoria de la ovodonación, pueden afectar derechos indiscriminadamente.

## RECOMENDACIONES

1. Se recomienda implementar de manera progresiva las recomendaciones y acuerdos suscritos por los convenios internacionales suscritos por el país en materia de derechos reproductivos. Empezando por regular estos derechos en sus dos vertientes tanto positiva como negativa; asimismo realizar capacitaciones y programas a fin de proteger los derechos reproductivos.
2. Se aconseja modificar el artículo 7 de la ley general de salud, en el sentido de excluir la denominación “siempre que la condición de madre genética y madre gestante recaiga sobre la misma persona”. Debido a que esta proposición no es compatible con los derechos reproductivos, acotándose en el párrafo sujeto a modificación lo siguiente:

Artículo 7.- Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad. Así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, *ya sea inseminación artificial o fecundación invitro. La donación de gametos se realizara de manera altruista, usándose solo 3 ovocitos por receptora, siempre que existan posibilidades razonables de éxito y no supongan riesgo para la salud, física o psíquica, de la mujer o su futura descendencia. La filiación se determina por el parto.* Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida se requiere el consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos. Está prohibido *el útero subrogado*, la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos“.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACOSTA GONZÁLEZ, Martín. “*Peruanas ofrecen alquilar su vientre a S/.70 mil en internet*” .Diario el Comercio, [http://elcomercio.pe/lima/ciudad/peruanas-ofrecen-alquilar-su-vientre-s70-mil-internet-noticia-1737829?ref=flujo\\_tags\\_535379&ft=nota\\_2&e=titulo](http://elcomercio.pe/lima/ciudad/peruanas-ofrecen-alquilar-su-vientre-s70-mil-internet-noticia-1737829?ref=flujo_tags_535379&ft=nota_2&e=titulo)
- AGUILAR LLANOS, Benjamín. *Estudios Críticos sobre el Código Civil*. Lima. Gaceta Jurídica, 2014
- ALBORNOZ ÁLVAREZ, Carla. “*Una mirada psicológica a la ovodonación y la alternativa de revelar o no la historia de concepción al futuro hijo*”. <http://www.aulavirtualusmp.pe/ojs/index.php/VJ/article/view/8/9>, (consulta 09 de noviembre del 20179, p. 53.
- ARAMBURU, Florencia Y CIANI, Mariela, “*Una mirada trialista a la ovodonación*”. [www.carpacio.edu.pe](http://www.carpacio.edu.pe)
- ARAUJO RODRÍGUEZ, Lizbeth. “*Problemas en la Determinación de la Filiación: Alternativas y Propuestas*”.<http://aboutderecho.blogspot.pe/2009/04/problemas-en-la-determinacion-de-la.html>.
- ARAZAMENDI NINACONDOR, Lino. *La investigación Jurídica. Diseño del Proyecto de Investigación y Estructura y Redacción de la Tesis*. 2da. Ed, Lima, Editorial y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L, 2011
- ASOCIACIÓN AMERICANA DEL EMBARAZO. “*Falla Ovárica Prematura: La Menopausia Prematura*”. <http://americanpregnancy.org/es/womens-health/premature-ovarian-failure/>
- ATIENZA, Manuel. *Derecho y Argumentación*. Bogotá, Ediciones Universidad Externado de Colombia.
- ATIENZA, Manuel. *Las razones del Derecho. Teoría de la Argumentación jurídica*. Lima, Editorial Palestra, 2004



- BARON, L. “*Aspectos psicológicos de la ovodonación*”. Asociación Psicoanalítica Argentina Sociedad de Fertilidad. Argentina. [www.luisabaron.com/?page\\_id=176](http://www.luisabaron.com/?page_id=176)
- CANESSA Rolando, “*Problemas Jurídicos que plantean las técnicas de reproducción humana asistida en la legislación civil peruana*”. Tesis para optar el grado académico de Magister en derecho con mención en Derecho civil y comercial, Lima, Perú, 2008
- CÁRDENAS RODRÍGUEZ, Luis. “*La ovodonación sustentada en el vacío*”, en: Actualidad Jurídica. Tomo N° 226. Gaceta Jurídica , Lima, 2012
- CENTER FOR REPRODUCTIVE RIGTH. *Los Derechos Reproductivos son derechos humanos*. Reproductive Righth, 5<sup>ta</sup> edición, 2006.
- CORRAL TALCIANI, HERNÁN, “*Admisibilidad Jurídica de las Técnicas de Procreación Artificial*”. Revista Chilena de Derecho, vol. 19 N° 3, Santiago, 1992.
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. *Sentencia T-528/14*. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-528-14.htm>
- DIARIO LA LEY. ”Justicia francesa ordena inscribir a tres niños nacidos por ‘vientres de alquiler’”. <http://laley.pe/not/2518/justicia-francesa-ordena-inscribir-a-tres-ninos-nacidos-por-lsquo-vientres-de-alquiler-rsquo->
- DWORKIN, Ronald. *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*. Ariel, Barcelona, 1998
- ENCICLOPEDIA JURÍDICA MEXICANA M-P. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Editorial Porrúa, México, 2012
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las personas*. Tomo I, ed. 6, Lima, editorial Grijley, 2012
- FERNANDEZ REVOREDO, Marisol. “*Familia vista a la luz de la Constitución y los Derechos Fundamentales: aproximación a un análisis crítico de las instituciones familiares*”. <https://www.google.com.pe/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web>

&cd=7&cad=rja&uact=8&vve=0ahUKEwiF2u-  
gqf3XAhWBZyYKHTRwBAYQFgg8MAY&url=http%3A%2F%2Frevistas.pucp.edu.pe%2Ffindef.php%2Fforojuridico%2Farticle%2Fdownload%2F18290%2F18536&usg=AOvVaw3SNANtdZ5UfkVJ8bcU2XvL, (consulta: 02 de diciembre del 2017)

FERNANDEZ SEGADO, Francisco. “*La Teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional*”. En:<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/79497.pdf>

- GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz. “*Análisis jurídico y propuestas normativas sobre temas específicos de regulación en una ley de reproducción humana asistida*”. En: LECAROS, Alberto (Direct.), *Seminario académico 2012: “los problemas éticos y jurídicos de la reproducción humana asistida”*. Observatorio de Bioética y Derecho, 2012.
- GONZÁLEZ CÁCERES, Alberto. “*Cuando mi madre es un número .identidad genética e interés superior del niño*”. Revista jurídica del Perú de Normas legales, tomo 93, Lima, 2008
- GONZÁLEZ PLA, Florencia, et al. “*Ovodonación y subjetividad: aportes clínicos a partir de un estudio teórico empírico*”. [http://www.psi.uba.ar/investigaciones/revistas/investigaciones/indice/trabajos\\_completos/anio22\\_1/ovodonacion\\_y\\_subjetividad.pdf](http://www.psi.uba.ar/investigaciones/revistas/investigaciones/indice/trabajos_completos/anio22_1/ovodonacion_y_subjetividad.pdf)
- GUASTINI, Ricardo. “*La interpretación: objetos, conceptos y teorías*”, en: Vásquez, Rodolfo (Compilador): *Interpretación Jurídica y decisión judicial*. México, Ediciones Fontanera S.A. Tercera edición, 2002.
- GUMUCIO SCHÖNTHALER, Juan Cristóbal, *Procreación Asistida. Un análisis a la luz de la legislación chilena*. Santiago, Editorial Conosur, 1997
- HANANEL CASSARO, Cecilia Elizabeth & MANAYALLE MANAY, Jorge Luis. “*La necesidad de Regulación de la ovodonación en la legislación Peruana*”.

<http://repositorio.uss.edu.pe/bitstream/USS/6/1/LA%20NECESIDAD%20DE%20REGULACION%20DE%20LA%20OVODONACION%20EN%20LA%20LEGISLACION%20PERUANA.pdf>

- HERNANDEZ SAMPIERI, Roberto; FERNÁNDEZ COLLADO, Carlos; BAPTISTA LUCIO, Pilar. *Metodología de la Investigación*. México, Mc Graw Hill, 1997
- IGAREDA GONZÁLEZ , Noelia, “*El hipotético derecho a la reproducción*”, En: *CEFD*, N° 23, 2011, Barcelona
- INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. *Los derechos reproductivos son derechos humanos*. Costa Rica, Editorama S.A, 2008
- KELSEN, Hans, *General Theory of Law and State*, Transaction Publishers, New Brunswick (U.S.A.), 2007.
- KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, 2° edición, 1960
- KOHAM, Marisa. “*España, uno de los países donde más crece la oposición a los derechos reproductivos de las mujeres*”. Publico, 05/12/17, sociedad.
- LALUPU SERNAQUE, Luis. *Las técnicas de fecundación artificial: maternidad subrogada y dignidad humana*. Lima, Editorial san marcos, 2013
- LOPEZ BORGONÓZ, Alfonso. “*El Derecho al Progreso Científico*”. [https://www.escepticos.es/repositorio/elesceptico/articulos\\_pdf/ee\\_39/ee\\_39\\_el\\_derecho\\_al\\_progreso\\_cientifico.pdf](https://www.escepticos.es/repositorio/elesceptico/articulos_pdf/ee_39/ee_39_el_derecho_al_progreso_cientifico.pdf)
- LUPA YUCRA, Manuel. “*¿Existe el derecho humano de procreación?*”. En: <https://legis.pe/existe-derecho-humano-la-procreacion/>
- MARTÍ ANDRÉS, Gabriel, *Sustancia individual de naturaleza racional: el principio personificador y la índole del alma separada*. En: *Metafísica y Persona, Filosofía, conocimiento y vida*, Año 1— Número 1, 2009
- MICHELINI, Dorando. “*Dignidad humana en Kant y Habermas*”. En: <http://www.scielo.org.ar/pdf/efphi/v12n1/v12n1a03.pdf>

- MINSA. "Ley general de salud".  
<http://www.minsa.gob.pe/renhice/documentos/normativa/Ley%2026842-1997%20-%20Ley%20General%20de%20Salud%20Concordada.pdf>.
- MORAN DE VICENZI, Claudia. *El concepto de filiación en la fecundación artificial*. ARA Editores. Lima, 2005
- MORÁN DE VICENZI, Claudia. *El concepto de la filiación en la fecundación artificial*. Ara Editores. Universidad de Piura. 1999
- MORO ALMARAZ, María de Jesús, *Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial*, Colección Librería Bosch, Barcelona, 1988
- MOSQUERA VÁSQUEZ, Clara. "La genética en los tribunales peruanos", en: *Dialogo con la Jurisprudencia*. Tomo N° 123. Gaceta jurídica. Lima, 2010
- MOSQUERA VASQUEZ, Clara. "La Ovodonación en los tribunales peruanos ". *Actualidad Jurídica de Gaceta jurídica*, tomo N° 203, Lima, 2010
- MOSQUERA VASQUEZ, Clara." *La Ovodonación en los tribunales peruanos*". *Actualidad Jurídica de Gaceta Jurídica*, tomo N° 203, Lima, 2010, p.53.
- MOSQUERA VASQUEZ, Clara." *La Ovodonación en los tribunales peruanos*". En: *Actualidad Jurídica*, tomo N° 203, Gaceta jurídica, Lima, 2010
- NICOLAS CAMPANA, Maximiliano. "*Derechos sexuales y reproductivos en Argentina: nuevas tendencias legislativas y opinión de los médicos*".  
<https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/download/135341/131195>
- NUÑEZ MEREJILDO, André. *Derechos reproductivos de la mujer infértil en el Perú: acceso a la técnica de reproducción asistida de maternidad subrogada*. Comisión de Investigaciones de la Asociación Civil Foro Académico de la Pontifica Universidad Católica del Perú
- OBSERVATORI ESC, "El derecho a la Salud".  
En:"<http://observatoridesc.org/es/derecho-la-salud>."

- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. "Salud Reproductiva". [http://www.who.int/topics/reproductive\\_health/es/](http://www.who.int/topics/reproductive_health/es/)
- PALOMBELLA, Guianluigi "Derechos fundamentales, argumentos para una teoría". En: [rua.ua.es](http://rua.ua.es) > ... > Revistas - DOXA - 1999, N. 22
- PAZO PINEDA, Oscar. "Los derechos fundamentales y el Tribunal Constitucional". Lima, Gaceta Jurídica, 2014
- QUITO MEJÍA, Rafael. "La ovodonación". <http://eljurista-caj.blogspot.pe/2013/07/la-ovodonacion.html>
- RAMIREZ HUAROTO, Beatriz. "Los derechos reproductivos en la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos Humanos Apuntes sobre la sentencia en el caso Artavia Murillo y otros contra costa rica". Gaceta Constitucional de Gaceta Jurídica, N° 61, Lima
- RAMIREZ SANCHEZ, Félix. *Estudios de derecho Constitucional y Procesal Constitucional*. Lima, Grijley
- RAMOS NUÑEZ, Carlos. "Como hacer una Tesis de Derecho y no morir en el intento". Lima, Primera Edición, Gaceta Jurídica, 2000
- RAMOS NUÑEZ, Carlos. *Cómo hacer una tesis y no envejecer en el intento*. Lima, Editorial Grijley, 2001
- RAMOS, Mayda, "Los derechos reproductivos son derechos humanos: su protección por la Defensoría del Pueblo", en: Debate Defensorial, Revista de la Defensoría del Pueblo, N° 5, Lima, 2003
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la lengua española. contenido de la 22ª edición y las enmiendas incorporada hasta 2012. <http://lema.rae.es/drae/?val=maternidad>
- RIVERO HERNANDEZ, Francisco. "¿Mater Semper certa est? Problemas en la Determinación de la Maternidad en el ordenamiento español". En: *Anuario de Derecho Civil*, Número L – 1, Publicación del Boletín Oficial del Estado – BOE, Madrid, 1997
- ROBLES TREJO, Luis; ROBLES BLACIDO, Elmer & FLORES LEIVA, Efraín. *El paradigma neoconstitucionalista en la configuración del estado constitucional. El caso peruano según la constitución de 1993*. Lima, Fecat,

- RUBIO CORREA, Marcial. *”Retos que la reproducción humana asistida presenta al futuro de los Derechos Humanos”*. En: Derechos Humanos en el umbral del tercer Milenio. Retos y proyecciones. Comisión Andina de Juristas. Lima.1997
- SANCHEZ LOPEZ, Luis. *“La protección de los derechos fundamentales en la legislación peruana”*. <http://legis.pe/proteccion-derechos-fundamentales-legislacion-peruana/>
- Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana. T. 274-15, 12 de mayo de dos mil quince, F.J N° 4.3.5
- Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana. T. 627-2012, 10 de agosto del 2012.
- Sentencia del Tribunal Constitucional N° 2005-2009-PA/TC, F.J N° 6.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, EXP. N° 09332-2006-PA/TC , FJ N° 4, Caso Reynaldo Armando Shols Pérez
- Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 7435-2006-PC/TC, 16 de octubre del 2009, F. J N° 2.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente N° 3954-2006-PA/TC, *F.J N° 34*
- Sentencia del Tribunal Constitucional N° 2868-2004-AA/TC, de fecha 24 de noviembre del 2004, FJ N° 14.
- SIVERINO BAVIO, Paula. *“Bioética y Sexualidad: dinámicas y tensiones a propósito de algunos casos concretos en América Latina”*. <http://agusvinnus.prodiversitas.org/libros/bioetica/Siverino.pdf>
- SIVERINO BAVIO, Paula. *“Quién llamó a la cigüeña? Maternidad impugnada e identidad genética, reflexiones a propósito de dos sentencias peruanas”*. Gaceta Jurídica, Tomo 141, Lima, 2010
- SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José. *“Una revisión de la Teoría de los Derechos Fundamentales”*. En: <https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/viewFile/6263/6735>.
- SOTO BARDALES, Magali. *“Método de la Investigación Jurídica”*. Derecho y Cambio Social, 2013. [http://www.academia.edu/63\\_10180/ Metodologia\\_de\\_la\\_Investigacion\\_Juridica](http://www.academia.edu/63_10180/ Metodologia_de_la_Investigacion_Juridica)

- TORRES DURAN, Cristina. “*El efecto del número de ciclos de la receptora y la donante en las tasas de gestación en ovodonación*”. <http://digibuo.uniovi.es/dspace/bitstream/10651/27825/6/Cristina.pdf>
- TORRES MALDONADO, Marco Andrei. “*El carácter relativo de la presunción mater semper certa est en los supuestos de maternidad subrogada A propósito de una reciente sentencia*”. Actualidad Civil del Instituto Pacífico, N° 48, 2017
- TORRES MALDONADO, Marco Andrei. “*Sobre infidelidades, amor y reencuentros. A propósito del estado constante de familia y la identidad filiatoria*”. Actualidad Civil de Instituto Pacífico, Volumen 3, Lima, 2014
- UGOZZOLI, F. et al. “*Investigación: Actitud hacia la ovodonación*”. <http://temasdeenfermeria.com.ar/2014/02/investigacion-sobre-actividad-hacia-la-ovodonacion-premio-dr-miguel-correa-para-cegyr-argentina/>.
- VALDÉS DIAZ, Caridad. “*Del derecho a la vida y los derechos sexuales y reproductivos, ¿configuración armónica o lucha de contrarios?*”. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México, ISSN: 1870-2147. año VI N°. 29, enero-junio de 2012
- VARSÍ ROPIGLIOSI, Enrique. *La filiación Extramatrimonial*. 2da Edición, Lima, Jurista Editores, 2010
- VARSÍ ROPIGLIOSI, Enrique Y SIVERINO BAVIO, Paula, “*Declaración judicial de maternidad extramatrimonial*”. En: MONGE TALAVERA, Luz, et. al. *Código Civil Comentado*. Tomo III, Derecho de Familia- Segunda Parte, Lima, Gaceta Jurídica.
- VARSÍ ROPIGLIOSI, Enrique. “*La primera Casación en materia de procreación asistida*”. Revista Jurídica del Perú de Normas Legales, tomo 93, 2008
- VARSÍ ROPIGLIOSI, Enrique. “*La primera casación en materia de reproducción asistida*”. Revista Jurídica del Perú de normas legales, tomo 93, Lima

- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Derecho Genético*. 4<sup>ta</sup> edición, Lima, Editorial GRILEY, 2001
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Derecho Genético*. Quinta Edición, Lima, Editora Grijley, 2013
- VARSÍ, Enrique. *Filiación extramatrimonial*. Jurista editores, Lima, 2010, p. 238
- VASQUEZ RIOS, Alberto. *Derecho de las Personas*, Editorial San Marcos, Lima, 1997.
- VILLALOBOS BADILLA, Kevin. *El Derecho Humano al Libre Desarrollo de la Personalidad*. Universidad de Costa Rica Facultad de Derecho, Costa Rica, 2012



ANEXOS

A. Matriz de Consistencia lógica

TÍTULO: LA OVODONACION Y LA AFECTACION AL DERECHO HUMANO DE REPRODUCCIÓN EN EL PERU.					
PROBLEMA	OBJETIVOS	HIPOTESIS	VARIABLES E INDICADORES	MARCO TEORICO	METODOLOGÍA
<b>General</b>	<b>General</b>	<b>General</b>	<b>Variables Generales</b>	<b>1. ANTECEDENTES</b>	TIPO: Enfoque cualitativo: toda vez que se realizara una investigación dogmática-teórica.  <b>NIVEL: DESCRIPTIVO</b>  <b>DISEÑO: NO EXPERIMENTAL, LONGITUDINAL.</b>  <b>MÉTODOS:</b>  Los métodos generales de Investigación a emplearse serán:  Método Descriptivo  El método Deductivo  Los métodos específicos a emplea en la investigación serán:  Método Dogmático:  Método de la Argumentación Jurídica  Método Exegético.
¿Cuál es la afectación, en el caso de la ovodonación en el Perú, al derecho reproductivo como derecho humano?	Describir cuál es la afectación en el caso de la ovodonación en el Perú, al derecho reproductivo como derecho humano.	La ovodonación contraviene el derecho reproductivo en el Perú como derecho humano, por cuanto afecta la salud y autonomía reproductiva, así como el derecho a disfrutar del progreso científico y a dar consentimiento para la experimentación.	<u>Variable Independiente</u>  Derechos Reproductivos (DD HH).  Indicadores  Derecho a la salud reproductiva.  Derecho a la autonomía reproductiva.  Derecho a disfrutar del progreso científico y a dar consentimiento para la experimentación  <u>Variable Dependiente (i)</u>  Ovodonación  Indicadores  Donante  Receptora	<b>2. MARCO TEÓRICO</b>  2.1 Derechos Reproductivos  2.1.1 Fundamento de los derechos reproductivos  2.1.2 Los derechos Reproductivos como derechos humanos  2.1.3 Derechos contenidos en los Derechos Reproductivos.  2.1.3.1 Derecho a la salud reproductiva  2.1.3.2 Derecho a la	
<b>Específico 1</b>	<b>Específico 1</b>	<b>Específico 1</b>	<b>Variables Especificas</b>		
¿Cuál es el vacío normativo en el supuesto de la	<b>Analizar</b> cuál es el vacío normativo en el supuesto de	El vacío normativo en el supuesto de la ovodonación en	<b>Específica 1</b>		<b>TECNICAS E INSTRUMENTOS:</b>
			<u>Variable Independiente</u>		

ovodonación, a fin de optimizar y desarrollar el derecho humano de reproducción en el ordenamiento jurídico peruano?	la ovodonación, a fin de optimizar y desarrollar el derecho humano de reproducción en el ordenamiento jurídico peruano.	ordenamiento jurídico peruano, para optimizar y desarrollar el derecho humano de reproducción, es porque la Ley general de salud expresa la procedencia de las técnicas de reproducción asistida en caso exista coincidencia entre la madre genética y madre gestante, excluyendo tácitamente los casos de maternidad parcial suscitados en la ovodonación..	Derechos Reproductivos <b>Indicadores:</b> Derecho a la salud reproductiva. Derecho a la autonomía reproductiva. <b>Variable Dependiente (i)</b> Ovodonación Donante Receptora <b>Variable Dependiente(iii)</b> Ordenamiento Jurídico <b>Indicadores</b> Código Civil Ley General de Salud	autonomía reproductiva . 2.1.3.3 Derecho a disfrutar del progreso científico y a dar consentimiento para la experimentación. 2.2 Ovodonación 2.2.1. Definición y sujetos intervinientes. Donante Receptora 2.2.2 Determinación de maternidad en los casos de ovodonación . 2.2.3 La teoría de la voluntad Procreacional. 2.3 La Ovodonación en el ordenamiento Jurídico. 2.3.1 Código Civil	Fichajes Ficha de análisis documental.
<b>Específico 2</b>	<b>Específico 2</b>	<b>Específico 2</b>	<b>Específica 2</b>		
¿Cuáles son los fundamentos jurídicos constitucionales para suplir el vacío normativo respecto al caso de ovodonación en el ordenamiento jurídico peruano?	<b>Exponer</b> cuáles son los fundamentos jurídicos constitucionales para suplir el vacío normativo respecto al caso de ovodonación en el ordenamiento jurídico peruano.	Los fundamentos jurídicos constitucionales para suplir el vacío normativo respecto al caso de ovodonación en el ordenamiento jurídico peruano son: el derecho a la salud, el derecho a la	<b>Variable Independiente</b> Ovodonación <b>Indicadores</b> Donante Receptora <b>Variable Dependiente (i)</b> Fundamentos jurídicos constitucionales <b>Indicadores</b>		

		<p>familia y el libre desarrollo de la personalidad.</p>	<p>Derecho a la salud reproductiva.</p> <p>Derecho a formar una familia</p> <p>Derecho al libre desarrollo de la personalidad.</p>	<p>2.3.2 La ley General de salud y la regulación de la ovodonación</p> <p>2.4 Fundamentos Jurídicos Constitucionales</p> <p>2.4.1 Derecho a formar una familia</p> <p>2.4.2 Derecho al Libre Desarrollo de la Personalidad</p> <p>2.4.3 Derecho a la Salud.</p> <p><b>3. DEFINICION DE TÉRMINOS</b></p>	
--	--	--	--	---	--