

UNIVERSIDAD PERUANA LAS AMÉRICAS



ESCUELA DE DERECHO

TRABAJO DE INVESTIGACIÓN

**“ANÁLISIS E IMPLICANCIAS LEGALES DE LAS
TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA
ASISTIDA EN LIMA, AÑOS 2014-2018”**

PARA OPTAR EL GRADO DE BACHILLER EN DERECHO

AUTOR:

HAROLDO RODRÍGUEZ PADILLA

ASESOR:

DR. JOSÉ MANUEL LLATAS ROMÁN

LINEA DE INVESTIGACIÓN: DERECHO CIVIL- FAMILIA

LIMA- PERÚ

ABRIL - 2019

DEDICATORIA

Dedico mi investigación en primer lugar, al forjador que ilumina mi camino, a mi padre celestial sin nombre y sin fin, el ser que vislumbra con su santo espíritu mi destino; a mi madre, hijos, hermanos, que son la fortaleza de mi constante lucha que de una y otra manera me encaminaron por el buen sendero de este mundo injusto y cruel, que durante todo este tiempo, me incentivaron con sus tenaces consejos en no desmayar y seguir por la senda del triunfo y el cumplimiento de una de mis tantas metas trazadas en el devenir del sendero de la vida.

AGRADECIMIENTO

Mi agradecimiento a la Universidad Peruana de Las Américas, por haberme permitido, acogerme en sus aulas, a sus autoridades, por darme la oportunidad de adiestrarme con sus docentes, los conocimientos impregnados en mi formación jurídica durante todo este tiempo; haciendo de mi persona en el futuro un próspero Abogado, donde uno de mis principios será hacer prevalecer el prestigio de mi alma máter ante la sociedad, y como anhelo particular ser uno más de los tantos docentes de esta Institución, contribuyendo en el realce de su desarrollo, como gratitud de reciprocidad.

Resumen

En la presente investigación, se ha privilegiado el uso de lineamientos importantes, sobre las implicancias de legalidad de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA). La Ley de Salud N° 26842, en su artículo 7°; trata los problemas divergentes, determinando las condiciones dentro de nuestro ordenamiento normativo como instrumento metodológico de la presente investigación, concatenando conceptualizaciones, definiciones y otros elementos de predisposición. En ese sentido la metodología trialista, (documental, axiológico y comparativo) han permitido desarrollar la importancia simplificadora de la presente investigación de este trabajo, desde el planteamiento del problema hasta verificar la hipótesis. Por consiguiente, he tratado de plasmar la problemática que confiere en nuestro estado de derecho, confiriendo los principios éticos, y la no maleficencias morales, jurídicas de las diferentes alternativas técnicas, terapéuticas de reproducción asistida; permitiéndome de esta manera recolectar una serie de conocimientos conceptualizados del marco teórico, análisis de los grandes aportes por especialistas en materia de derecho genético, las diferentes técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), la especificidad de incidencia legal y ausencia de reglamentación legislativa en una materia palpable “Derecho supletorio” dentro nuestro marco legal, que a su vez son respaldados con una serie de información bibliográfica, validando de una y otra manera la presente investigación.

Por lo tanto también quiero informar que el trabajo de investigación, han hecho que la técnica y el instrumento empleado, permita el facilismo, del desarrollo del estudio, finalizando la confrontación del planteamiento hipotético, en sus diferentes capítulos que han facilitado de manera objetiva y simplificadora el logro de los mismos, haciéndole didáctica y pedagógica. Etc.

Palabras Claves: Infertilidad, Bioética, Maternidad Subrogada, Dignidad humana, procrear y/o concebir.

Abstract

In the present research work, the use of important guidelines has been prioritized, with respect to Techniques of Assisted Human Reproduction (TRHA), Health Law, N° 26842, art 7 its legal relevance, divergent problems, determining the conditions within our normative order as a methodological instrument of the present scientific research, concatenating conceptualizations, definitions and other elements of predisposition. In this sense, the trialist methodology (documentary, axiological and comparative) has allowed us to develop the simplifying importance of the present investigation of this work, from the approach of the problem to verify the hypothesis.

Therefore, I have tried to capture the problematic that confers in our state of law, ethical, moral and legal aspects of Assisted Human Reproduction Techniques (TRHA) and the different therapeutic alternatives; allowing me in this way to collect a series of conceptualized knowledge of the theoretical framework, analysis of the great contributions by specialists in the field of genetic law, the different techniques of assisted human reproduction (HRT), the specificity of legal incidence and absence of legislative regulation in a tangible subject.

"Supplementary law" within our legal framework, which in turn are supported by a series of bibliographic information, validating the present investigation in one way or another.

Therefore, I also want to report that the research work, have made the technique and the instrument used, allow the easy, the development of the study, ending the confrontation of the hypothetical approach, in its different chapters that have facilitated in an objective and simplifying way the achievement of them, making it didactic and pedagogical.

Keywords: Infertility, Bioethics, Surrogate Motherhood, Human Dignity, procreate and/or conceive.

Tabla de Contenidos

Dedicatoria	ii
Agradecimiento	iii
Resumen	iv
Abstract	vi
Tabla de Contenidos	viii
Introducción	1
CAPÍTULO I: Problema de la Investigación	
1.1 Descripción de la Realidad Problemática	3
1.2 Planteamiento del Problema	7
1.2.1 Problema General	7
1.2.2 Problemas Específicos	7
1.3 Objetivos de la Investigación	7
1.3.1 Objetivo General	7
1.3.2 Objetivos Específicos	7
1.3 Justificación e Importancia	8
1.4 Limitaciones	9

CAPÍTULO II: Marco Teórico

2.1 Antecedentes	8
2.1.1 Internacionales	9
2.1.2 Nacionales	31
2.2 Bases Teóricas	33
2.2.1 Las Técnicas de reproducción humana asistida	23
2.2.2 Los tipos y técnicas de reproducción asistida	27
2.3 Definición de términos de reproducción asistida	29

CAPÍTULO III: Marco Teórico

3.1 Enfoque de la Investigación	32
3.2 Variable	32
3.2.1 Variable Independiente	32
3.2.2 Variable Dependiente	32
3.2.3 Operacionalización de las variables	32
3.3 Hipótesis	33
3.3.1 Hipótesis General	33

3.3.2 Hipótesis Específicas	33
3.4 Tipos de Investigación	33
3.5 Diseño de la Investigación	34
3.6 Técnicas e Instrumentos de Recolección de Datos	34
3.6.1. Instrumentos:	34
Capítulo IV: Resultados	
4.1 Análisis de los Resultados	35
4.2 Discusión	35
Conclusiones	
Recomendaciones	
Referencias	
Aporte Científico	
Apéndices	

Introducción

En nuestro País, las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA), fueron reguladas hace 21 años por una Ley de Salud, 26842, art. 7° de la presente Ley, (una Ley obsoleta, discriminatoria, incompleta, Antagónica), sin embargo; a pesar que estas técnicas tengan la prioridad de la preservación de la especie humana en pacientes que sufren de esta dolencia o enfermedad con ayuda de las ciencias médicas y el avance de la tecnología principalmente la biotecnología, no se ha tomado en consideración el ritmo galopante del desarrollo científico. Recalco que en el libro de Daniel Capítulo 12, versículo 4. “dice que en los últimos tiempos la ciencia aumentará y el tiempo se acortará” (Santa Biblia), no obstante que en países como gran Bretaña, EE.UU., Dinamarca, Noruega, España y Australia han logrado su regulación, nuestro sistema normativo se ha quedado en éxtasis de desarrollar con una legislación que no está de acorde con la evolución progresiva de las biotecnologías.

Precisando que hace años se está practicando en nuestro país estos tipos de técnicas de reproducción asistida, lo cual crea gran preocupación porque en los últimos 10 años se están ocasionando conflictos relevantes desde una perspectiva jurídica, con efectos mercantilista donde las grandes clínicas ofertan diferentes métodos abiertamente sin control, vulnerando los principios éticos, morales, y legales que dan lugar a una indefensión del embrión humano. Conducta humana que en sociedad, el derecho debe tener una inspiración de postulados de justicia permitiendo resolver los conflictos interpersonales

regulando la convivencia social, generando una movilidad y mutabilidad en el tiempo.

La investigación del presente trabajo se realizó desde una perspectiva metodológica, descriptiva, terialista, (documental, axiológica, y comparativa), no experimental. Donde el análisis de la información tuvo una metodología instrumental, las fichas, los resúmenes, las bibliografías, aspectos textuales y método de observación.

CAPÍTULO I: Problema de la Investigación

La presente investigación respecto al análisis de las implicancias jurídicas de las TRHA; tienen una connotación humanista y jurídica, que a la par aborda una patología respecto a la infertilidad y/o esterilidad, que en los últimos tiempos están causando aspectos controvertidos respecto a su aplicación indiscriminada en nuestra esfera social, mercantilista, sin control, sin desmedro, dentro de una clandestinidad operacional por las diferentes clínicas formales e informales, vulnerando la tutela jurídica, que es el pilar fundamental en un estado de derecho, salvaguardando el interés superior del concebido para todo cuanto lo favorezca, siempre y cuando nazca vivo.

1.1 Descripción de la Realidad Problemática

El problema fundamental se rige principalmente a las características cualitativas e incidentales de dichos métodos novedosos y complejos de las posibles usuarias de dichas técnicas, que predominan particularmente sobre el status jurídico del embrión y la fecundación (In vitro), los bancos de semen, la filiación, el embarazo “Post mortem”, la crioconservación de embriones, los experimentos sobre embriones humanos, como un instrumento biotecnológico que sustituye el derecho natural biológico de los padres de concebir y procrear, donde en los últimos tiempos al no existir una ley específica y reglamentada acorde la modernidad tecnológica, está desbordando grandes problemas por las lagunas legales.

Sin embargo es preciso registrar que el problema sobre esta dolencia o enfermedad de la infertilidad, que en la actualidad concita la atención de la población, no solo por las controversias legales, sino en gran manera por los años infructuosos que las parejas pasan o pasaron por ser padres con estas técnicas, en muchos casos en desmedro de su patrimonio por los costos elevadísimos, que van desde \$4,000.00 y \$ 10,000 dólares a más, donde el tratamiento más utilizado son las técnicas de fertilidad de alta complejidad, (Fecundación in vitro), que desde el 2014 hasta el 2018 han aumentado en más de 34%, siendo explícito que a mayor edad las probabilidades de frecuencia de embarazo de la mujer bajan considerablemente. El Dr. Luis Ernesto Escudero Secretario general de la Sociedad de Fertilidad, precisa, que “Antiguamente se podría hablar que era a consecuencia de infecciones o inflamaciones de las Trompas (Falopio), que obstruían los ductos e impedían la unión del espermatozoide y el óvulo” (*Rangel, Noriega; Falcone, T. Belaiwy, M. 2003. P: 49-55.*

Actualmente los antecedentes clínicos y científicos han variado significativamente en las personas en etapa reproductiva, tanto en la mujer como en el varón, priorizando en particular el estilo de vida, como el trabajo, medio ambiente, el tabaquismo, alcohol y los que están expuesto a materiales cáusticos, como los mineros, y personas expuestas a pesticidas.

Pongo de manifiesto que cada día se acrecienta en nuestro país y esto va ascendiendo paulatinamente, y como una muestra en las parejas para concebir, de acuerdo a las indagaciones estadísticas del Hospital Materno Perinatal (Ex - maternidad de Lima), que se reporta del Consultorio de Medicina

Reproductiva que en 2014, existieron 5,900 consultas por infertilidad, es decir ha aumentado en 3,300 pacientes más que años anteriores, (126%), siendo lo más alarmante es que un 40% tenían que ver con el varón, 30% con la mujer, 20% en ambos casos . Esto cualitativamente puede verse por problemas de la sangre, anormalidades en el útero, en los ovarios y anexos o por problemas con los embriones., teniendo en consideración que esta dolencia en el varón muchas veces se ocasiona por problemas de varicocele (várices en los testículos). Demostrando cuantitativamente que en la actualidad (2018), el 15% al 17% de nuestra población en etapa de fertilidad, por lo tanto existe mayor impacto en el tratamiento de baja y alta complejidad, evocando en primer lugar que los gametocitos del varón, fisiológicamente sea normal, y que las Trompas de Falopio tenga características de permeabilidad y una ovulación correcta en la mujer, para poder concebir. Es predominante y alarmante que en nuestro país las cifras de infertilidad, atribuyéndose particularmente en un 40% tanto en el varón como en la mujer tienen dificultades para concebir y procrear siendo reportada que de cada 100 parejas 15 adolecen de esta enfermedad considerada como problema de salud pública por muchos especialistas en el Perú.

Se tiene que tener en cuenta en aquellas mujeres que pasan los 35 - 38 años, donde lo más factible es practicar la técnica de fecundación in vitro, evitando el riesgo del niño a contraer enfermedades cromosómicas, de preferencia en aquellas mujeres que tienen antecedentes familiares u hombres que pueden ser toxicómanos. Precizando que el Perú 1989, se encontraba en el puesto octavo

en temas de reproducción asistida. Hoy en día nos encontramos en el mismo nivel de Brasil y Argentina, es más somos líderes en la región respecto al diagnóstico cromosómico preimplantacional, teniendo presente que en nuestra actualidad se realiza a escala nacional unos 5 000 a más procedimientos de reproducción asistida anualmente, poniendo en antelación que existen aproximadamente, 1.5 millones de pacientes que sufren de esta dolencia o enfermedad, por lo que merece una preocupación y atención. Ante este fenómeno, el estado peruano está contribuyendo con su pasividad indolente en un peligro de tráfico de embriones, y gametocitos, y la vez la utilización abusiva de la técnicas de fecundación in vítreo, donde las diferentes clínicas utilizando la mercadotecnia hacen grandes anuncios de oferta y demanda, donde los resultados muchas veces son desastrosas por eso y por muchas razones es que debemos de optar urgentemente por un proyecto de ley respecto a dichas técnicas de infertilidad. Es cierto que los grandes avances de la ingeniería genética han revolucionado en los últimos años que actualmente puede paliar una serie de enfermedades hereditarias y congénitas, pero también su uso indiscriminado y sin control puede poner en peligro la vida humana al manipular la información de las células germinales o gametocitos.

Esta enfermedad o dolencia como fenómeno social, debe tener prioridad del estado peruano, mostrando un horizonte necesario con una política de salud reproductiva, tal como lo hacen los grandes países poblacionales como la China y la India. Poniendo como ejemplo que en la India existe alrededor de 2 500 centros de fertilidad, es decir en la actualidad respecto a esta enfermedad o

dolencia en estos países y otros son subvencionados por el gobierno como una política de salud pública en aquellas parejas que quieren ser padres.

1.2. Planteamiento del Problema

1.2.1. Problema General

¿De qué manera las TRHA, vulneran los principios éticos, morales y jurídicos de la dignidad del hombre en la legislación peruana?

1.2.2. Problemas Específicos

¿Cuáles son las consecuencias de los métodos de reproducción asistida en nuestro país sin la legislación que dignifica a la persona humana?

¿Qué límites deben tener las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en nuestra legislación, para no violentar los derechos fundamentales de las personas?

1.3. Objetivos de la Investigación

1.3.1. Objetivo General

Identificar los principios éticos, morales y jurídicos de la dignidad del hombre que se ven vulnerados por las TRHA.

1.3.2. Objetivos específicos.

Determinar que las técnicas de inseminación artificial homóloga y heteróloga sin los límites que establezca una moderna ley en nuestro país vulneran los

principios bioéticos, morales y jurídicos del concebido y de la integración familiar.

Establecer que la legislación peruana debe regular los límites a las TRHA con el fin de impedir que vulneren los derechos fundamentales de las personas.

1.3.3 Justificación e Importancia de la Investigación.

El presente trabajo cuenta con la trascendencia e importancia que implica dichas Técnicas de Reproducción Humana Asistida, desde un contexto bioético y jurídico ante la dolencia e imposibilidad de muchas parejas que por trastornos fisiopatológicos no tienen el privilegio de concebir o procrear y tener el privilegio de ser padres y constituir una familia. Sin embargo, mi preocupación tiene mayor realce sobre el principio de la autonomía de voluntad, desde un enfoque bioético y biojurídico, dentro de un contexto que sustenta el valor de la libertad, inherente a la condición humana que sin ser un derecho absoluto, con determinables límites sin restricciones hacen posible una dimensión existencial y coexistencial.

La práctica de estos métodos artificiales de reproducción asistida, afectan el orden bioético moral y legal, por lo que debe de existir un interés superior de salvaguardar la tutela de derechos, la protección del concebido desde la génesis de la concepción, proporcionando las posibilidades de un desviacionismo coyuntural que coadyuva al bienestar de la vida humana en las posteriores generaciones, y así erradicar las concepciones filosóficas de órdenes clericales que nos impide diferenciar entre vida humana y vida humanizada y

que congruentemente descarta toda manipulación desde el instante mismo de la fecundación de los gametocitos sexuales (óvulo & espermatozoide). En consecuencia es conveniente desde una óptica clínica realizar una exhaustiva y rigurosos exámenes físicos generales, de los órganos reproductores de los donantes de los gametocitos y de madre sustituta, sin olvidar que aquellas personas antes tienen que pasar por una evaluación psicológica a priori de practicarse dichas técnicas de sustitución natural.

1.5.- Limitaciones:

Debo considerar que el problema sobre la Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA), es un círculo cerrado expuesto a limitaciones, por un hecho fundamental, que es la clandestinidad de muchos profesionales de la salud que en la praxis médica han creado un círculo comercial, no solo utilizando las diferentes técnicas sin control, sino también un sistema comercial farmacológica, predominando subjetivamente un celo profesional y esto está evidenciada por una falta de legislación que ponga limitaciones y ordene la licitud de estas técnicas, más aún al no existir una política de salud prioritaria se hace poco común e insipiente en nuestro entorno social, originando conjeturas negativas en nuestro devenir cotidiano, por lo que implica radicalmente revisar y modificar nuestra legislación vigente, tanto en lo Constitucional, Penal, Civil, Procesal Civil, en particular el derecho de Personas, Familia y Sucesiones.

CAPÍTULO II: Marco Teórico

2.1 Antecedentes

Este gran problema, fisiopatológico reproductivo en los seres humanos, no es de estos tiempos modernos, sino tiene un historial cronológico de miles de años, que datan incluso después de la creación del hombre, y uno de esos ejemplos tenemos el antiguo testamento de nuestra Biblia que Rebeca, mujer de Isaac, era estéril, ante esta enfermedad, oró por su mujer, pidiendo a Dios padre para que pudiera tener hijo, y Jehová escucho sus súplicas, y Rebeca su mujer concibió. (Génesis: 25:21).

Explícitamente en el Siglo XVIII, el médico Escocés John Hunter, (1776), realiza la primera práctica de inseminación artificial utilizando una muestra de líquido espermático de un paciente varón con una patología congénita por el cual la abertura de la uretra estuvo localizada en la cara inferior del pene, conocida como hipospadia, por el cual utilizando un canalón hipodérmico depositó el espermatozoide en la matriz del aparato reproductor de la esposa de este, obteniendo el primer embarazo por esta técnica.(TRHA).

Otro de los grandes científicos naturalista (Biólogo), el Italiano Lázaro Spallanzani, en el año de 1779, realiza por vez primera inseminación artificial con gran éxito en mamíferos. Experimento que hacía utilizando ranas, donde la célula sexual femenina (Ovocitos), se convierten en renacuajos a posteriori del contacto con la célula sexual masculina (espermatozoide).

Pero el año de 1978, una noticia de talla mundial remeció al mundo científico, luego de estudios, fracasos, dieron a conocer al mundo entero el nacimiento del primer ser humano extracorpórea utilizando las TRHA. Noticia que fue lo más

hijas o hijos biológicos. La Corte por lo tanto estableció: A decidir libremente con responsabilidad los aspectos de su sexualidad, la protección y promoción de su salud sexual y reproductiva, libre de coacción discriminación o violencia en su vida sexual y en todas las decisiones acerca de la sexualidad.

Segundo, por otro lado se concluyó que al prohibir la salud reproductiva implicaría discriminación, afectando los derechos del embrión, por lo que no es un derecho absoluto, sino que se va graduando e incrementando, de acuerdo con el desarrollo de la vida y otros derechos fundamentales, por lo tanto se debe de señalar que la mujer en edad reproductiva puede acoger a través de las técnicas permitidas, libre de su estado civil y orientación sexual, es más permitirse someterse a técnicas de reproducción asistida como un plan de vida y derecho a concebir con dignidad, constituyendo una posibilidad para la subsistencia tutelar de los otros derechos sin violentar sustancialmente su integridad físico/psíquico.

Es preciso mencionar también el nivel socioeconómico, que pone en tela de juicio la medida total económica y sociológica, que son variables donde las personas sin recursos no tienen acceso a dichas técnicas (FIV) imposibilitando al acceso de estas técnicas e inclusive al tratamiento contra estas dolencias de Infertilidad y Esterilidad.

- **En España**, la Ley sobre Reproducción Asistida N°14/2006, que es la pionera en Europa, donde las mujeres en edad reproductiva pueden acogerse a través de dichas técnicas reproductivas, libre de su estado civil y orientación sexual.

Quedando reflejada en un formulario de consentimiento informado en el que se hará mención expresa de todas las condiciones concretas de cada caso en que se lleve a cabo su aplicación, es más podrá pedir que se suspenda su aplicación en cualquier momento de su realización anterior a la transferencia embrionaria, y dicha petición deberá atenderse, acopiando las historias clínicas individuales, que deberán ser tratadas con las debidas garantías de confidencialidad respecto de la identidad de los donantes, los datos y condiciones de los usuarios y de las circunstancias que concurran en el origen de los hijos así nacidos.

La ley también permite que los niños concebidos con estas técnicas artificiales, tengan un propósito altruista como donantes compatibles para salvar a otros utilizando antígenos leucocitarios humanos de embriones, conocidos como ‘bebés medicamento’ específicamente en aquellos que sufren enfermedades congénitas inmunitarias.

Pero quiero precisar que en España que a pesar de existir una ley de reproducción asistida y quizás una de las más documentadas en Europa y el mundo, dicha ley no permite los trasplantes de útero, que es una técnica moderna y compleja. Recalcando también que la ley española faculta inscribir la doble maternidad en el registro Civil, inclusive en parejas homosexuales, por lo que los niños nacidos de un tratamiento de Maternidad Compartida (ROPA) serán registrados como hijos de dos madres a efectos legales.

2.1.2. Nacionales

Como advierto en el tema introductorio del presente trabajo de investigación, en nuestro país, no contamos con una ley específica respecto a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA), donde en los últimos tiempos

recientes ha existido polémicos casos jurisprudenciales respecto del uso de estas técnicas, recurriendo al ordenamiento jurisdiccional supranacional de control de convencionalidad y a los principios generales como elemento supletorio, donde toda autoridad interna del país (Jueces) están sujetos al imperio de la ley.

Por todo lo expuesto es relevante y prioritario legislar con urgencia respecto a estas (TRHA) poniéndonos en la vanguardia del avance tecnológico a la (**De lege ferenda**), y no atenerse a las tantas objeciones técnicas en la aplicación al haber quedado desfasada en el tiempo como nuestra actual Ley de salud N° 26842.

Hoy en día los conocimientos biotecnológicos han desplazado al sistema natural

Biológico respecto a concebir y procrear un ser humano de manera extrínseca, cuando se trata de pacientes con anomalías fisiopatológicas (infertilidad y/o esterilidad), por lo que debemos de estar atentos a las manipulaciones genéticas, al tráfico de embriones, células sexuales extraíbles y por ende los servicios prestados por las madres sustitutas.

Existen muchas propuestas al respecto, pero como es de conocimiento implícito, en nuestro ordenamiento peruano, es de observarse que dichas (TRHA), no están abiertamente tipificado y reconocida valga la redundancia por nuestra Constitución, sino que tiene una connotación generalizada de otros derechos fundamentales para reconocer a la familia y al concebido, que se encuentra definido en el Artículo 6° de nuestra carta magna, también

conceptualizados en la Declaración Universal de derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Vuelvo a recalcar que la Ley de Salud N° 26842, en su Artículo 7°, es el único precepto, que reconoce a las personas con problemas de infertilidad, de recurrir a estas técnicas con el propósito de concebir y procrear, donde a su vez se prohíbe la cesión de la matriz y/o útero, como así también prohíbe la maternidad sustituta o subrogada, procesos de ovodonación y clonación.

En consecuencia, esta misma Ley de Salud obsoleta, discriminatoria y antagónica hace traslucir en su contexto legal en que solo una misma persona debe de ser la madre gestante y genética, y por ende con el consentimiento expreso de los padres (biológicos), por tanto ante los derechos Universales y Constitucionales de la persona atenta contra los derechos fundamentales, Artículo 2° de nuestra Carta Magna y Artículo 7° Declaración Universal de Derechos Humanos, respecto a lo no discriminación, lo que nos conlleva a reflexionar y con gran preocupación que con esta Ley en pleno Siglo XXI, estamos enmarañando nuestro sistema jurídico, contribuyendo cotidianamente a la ilicitud, ilegitimidad y clandestinidad de instituciones de salud públicas, principalmente las privadas que practican como pan de cada día dichas Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA) en su diferentes modalidades poniendo en peligro no solo a la persona humana sino también al indefenso ser que es el embrión y células sexuales o gametocitos. Con esta ley lo que estamos haciendo es postergar a muchas mujeres solteras y hombres que por una y otra razón no pueden concebir o procrear, desean ser padres, constituir una familia y descendencia.

Otro gran problema de la presente Ley es que muestra un antagonismo jurídico, y esto se debe a que nuestros legisladores no pensaron, no razonaron y filosofaron al momento de redactar o crear la presente ley, pensando en el futuro y las consecuencias que se podrían suscitar ante estos vacíos legales como se acrecienta hoy en día en nuestro sistema normativo, refiriéndome explícitamente el aborto, el auto aborto, el aborto consentido y no consentido y especial al aborto grave por la calidad del agente. La pregunta va en este sentido ¿Qué sucede en una Técnica de Fertilización in vitro (FIV), acaso no existe manipulación de los gametocitos y embriones?, y que para tener éxito muchas veces tienen que morir los embriones inclusive antes de su selección, en ese caso no es cierto que estaríamos hablando de un aborto de embriones, y la pregunta está ¿Dónde está la responsabilidad Penal, Civil del médico y por ende de la Clínica? Por lo que sin una regulación explícita en nuestra legislación estamos vulnerando el derecho fundamental que es la vida humana. No nos olvidemos que en ese sentido existe jurisprudencia respecto de la protección de la vida humana. Casación N° 1486-2007-Cajamarca, donde dicha corte reconoció la legitimidad para obrar de un ser humano mientras estuvo en la etapa de concepción al haber la madre tenido contacto con el derrame de mercurio por el relave acaecido en dicha ciudad.

Al no existir un sistema legal especializado que regule estas técnicas de reproducción humana, donde existen artículos disgregados en nuestra legislación, percibimos que en nuestro derecho positivo carente de una normativa al avance de las grandes tecnologías, como la ingeniería genética y las relaciones sociales; estamos contribuyendo a la desprotección jurídica del

sujeto de derecho. Ante estos acontecimientos científicos llamadas técnicas de reproducción humana asistida, han existido a lo largo de una década de experimentos muestras de infravaloración de los embriones con los objetos de estas técnicas, porque la FIV, es un servicio productivo que se le brinda a ciertos padres, en función de sus deseos, mixtificando derechos del hijo. Y la pregunta está ¿son los hijos acaso exigidos, es objeto de propiedad?, pues el hijo y/o los hijos son el don de reciprocidad de donación de los padres.

Entonces, ¿cómo podemos justificar las grandes pérdidas de embriones con las técnicas de la FIV? porque para llegar a la proeza de conseguir in vitro el nacimiento de un ser, solo el 5% de los embriones tienen éxito de nacer. Esto quiere decir que para conseguir 30,000 nacidos vivos se tendrá que destruir o sacrificar alrededor de 660,000 embriones; y esto se debe específicamente al desconocimiento de muchas cosas sobre el proceso de fecundación, segmentación e implantación embrionaria. Por ende entonces valga la redundancia estamos destruyendo el status de la persona o ser humano que tiene el embrión desde el momento de la fecundación, por lo que estamos creando una nueva expectativa respecto a los conceptos de amparar seres pre-humanos, concediéndoles de un estatuto antropológico y ético posibilitando el actuar sobre ellos.

Pero existe otra gran preocupación concerniente a la investigación o experimentación respecto a empleo de estas técnicas con los embriones humanos y la pregunta está ¿Qué pasa con sobrantes?, la respuesta está que con el objetivo de aumentar la eficacia y evitar problemas a la mujer, se acude a la crioconservación para su posterior transferencia, pero la nefasta pérdida está en

que la paralización de la vida embrionaria en la actualidad está ocasionando una pérdida del 25% más o menos al momento de su descongelamiento. En consecuencia, estamos acometiendo con estas técnicas de reproducción humana asistida, dos grandes problemas:

- La capacidad jurídica de las personas

- El estado civil de los solicitantes.

Por lo tanto, el hijo, de ninguna manera podrá convertirse en un objeto de autodeterminación de los padres, porque la razón de la procreación no ha sido ni será jamás labrantío de las libertades individuales.

Ante estas reflexiones que adolecen en nuestro estamento normativo, donde nos encontramos ante dos grandes externalidades negativas en la que se refieren en particular al esnobismo bioéticos y jurídico que en nuestra actualidad con mayor realce se están suscitando en las grandes clínicas privadas por incapacidad de gobernabilidad de nuestras autoridades; seguido de la carencia o imperfección de una norma reglamentada para su práctica de dichas técnicas pro -creacional, que desde un enfoque humano y sociológico perjudican grandemente a los que tienen menos recursos.

Dentro de estas externalidades, tendremos presente con la práctica del tipo ICSI, que es posterior de la división celular y luego del desenlace de la inoculación existe la posibilidad de realizar un descarte de embriones a partir de un análisis cromosómico.

Al respecto en nuestro sistema Jurídico tenemos varios precedentes vinculantes:

El primer precedente vinculante es la Casación que emitió la Corte Suprema N° 563-2011. En este caso la corte Suprema se pronuncia, respecto a la madre sustituta condicionándole que una vez nacida la niña sea entregada a la pareja de los esposos contratantes. Especificar en el presente caso que el óvulo de madre sustituta fue fecundado con el gametocito del padre biológico siendo tío abuelo por afinidad de la menor). Sin embargo la menor después de su nacimiento fue inscrita ante la RENIEC, favoreciendo a la madre que concibió y su a su pareja, siendo entregada a la pareja contrayente a los pocos días de haber nacido, por lo que demandaron la adopción al amparo de nuestro ordenamiento jurídico, por tanto la parte emplazada absuelve allanándose al proceso, no obstante que los demandantes se desiste procesalmente, a pesar de que en primera instancia se resuelve fundada el interés superior del niño como dispositivo fundamental tal como señala la norma en nuestra legislación nacional e internacional.

La instancia superior confirmó la adopción, siendo elevada a Casación por recurso de los padres legales, argumentando la vulneración de las normas implícitas de nuestros dispositivos legales.

Por lo expuesto siendo esta figura antijurídica, podemos decir que mientras no exista una ley expresa, explícita, y de acuerdo a la especialidad se seguirá practicando jurídicamente este diseño de razonamiento lógico, con el único propósito de la no desprotección del concebido. No obstante debemos tener en cuenta que entre la figura de adopción y la maternidad subrogada y/o sustituta exista una gran diferencia, en la primera la mujer o madre incorpora a su entorno social una niña que ya existe, en la segunda debe resolver criar una

niña para incorporarle a la vida de una mujer, sin embargo en ambos contextos se limitan a proteger al nuevo ser en su integridad física de un modo natural, lo que sucede lo contrario en la maternidad subrogada al tener una prevalencia de voluntad de ser padres mediante estas Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Ahora bien lo que la Corte nos da a entender enfáticamente por sobre todo de la voluntad legal de los padres, (los que le inscribieron) el derecho de identidad en base a las circunstancias que abarcaba la formación y crecimiento de la niña al estar en poder de la pareja comitente de forma, física, psicológica, y sobre todo económicamente bien, permitiéndole de esta manera que la niña tenga una integridad de salud física y psicológica; porque no sería dable arrancarle del seno familiar a una corta edad que dificultaría su desarrollo psicosomático de la niña.

La ley norma sobre propiedad industrial refiere que se puede patentar inventos sobre temas referentes al cuerpo humano y genética.

La Ley General de Salud señala el derecho al tratamiento de infertilidad y procreación con las técnicas pertinentes con la prohibición de utilizar óvulos humanos, con otros fines que pudieran exceder, causando fines ilícitos que están tipificados explícitamente en nuestro código penal, garantizando el bien jurídico tutelado del concebido, donde los supuestos de esta figura del alquiler del vientre puede adquirir un contraste delictivo e ilegal.

Sin embargo, lo que perseguimos en esta investigación tiene una finalidad que no es permisible con nuestra realidad legislativa en contraste con el desarrollo tecnológico de la biotecnología y el avance de la genética en paralelismo con el derecho, donde podemos apreciar específicamente que la conducta de los

órganos jurisdiccionales de nuestro país ante un número de casos que exacerbaban la interpretación doctrinaria de muchos juristas, preocupan grandemente a las personas de a pie, que tienen la necesidad de contar con esta alternativa tecnológica en aquellos que sufren estas dolencias reproductivas.

Por lo que en aras de nuestra realidad idiosincrática, debemos de poner énfasis en crear una Ley específica y reglamentaria sobre dichas técnicas de reproducción asistida estableciendo de modo alguna responsabilidad y límites que resguarden con probidad, mesura y sensatez el orden jurídico-social.

Nos centramos en esta reflexión para que de una vez por todas no tener que crear sensacionalismo jurídico y una psicosis social, como el caso tan patente que se originó a consecuencia de los vacíos legales en nuestro contexto normativo, respecto a este avance tecnológico (TRHA), y que quedó previsto últimamente en la situación de la pareja Chilena, que se habían sometidos a múltiples exámenes y tratamientos de fertilidad, para poder tener la posibilidad de concebir o procrear, y así tener la dicha de ser padres, que no obstante de realizar múltiples intentos en su país, decidieron venir a nuestro país para someterse en el año del 2013, en la Clínica Concebir, que luego de tres intentos decidieron por recomendación científica de los médicos especialistas del Perú, someterse a la técnica del vientre subrogada o vientre de alquiler, que luego del nacimiento del recién nacido, y en el intento de regresar a su país con su vástago fueron detenidos en nuestro Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, siendo acusados la pareja por la fiscalía del Callao por la comisión del delito de trata de personas, habiendo pedido su detención preliminar. No obstante, luego del análisis de ADN, al padre biológico Chileno, fueron liberados para

luego poner en custodia del recién nacido en manos de sus verdaderos padres. Para sustentar este fenómeno jurisprudencialmente el poder judicial se pronunció al respecto con la Casación N° 563-2011, donde la Corte Suprema resolvió el presente caso donde se disputaron el recién nacido dos hermanos, por lo que se resolvió priorizando el principio de interés superior del niño, en atención al derecho a una familia y estar protegidos por sus integrantes.

2.2. Bases Teóricas

Doctrina

2.2.1. Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, como una ciencia moderna y experimental.

Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, como una ciencia moderna y experimental tienen una vinculación con la bioética y los derechos humanos, tomando en cuenta las dimensiones sociales, jurídicas y ambientales.

Sin embargo debo recalcar que durante toda mi investigación y la recopilación de información en el presente trabajo no he podido determinar que ningún trabajo de investigación ni proyectos presentados al congreso cuestionan la única Ley General de Salud respecto a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

Originando diferentes presupuestos en particular respecto a la filiación donde se plantean interrogantes muy controversiales, (con cierta singularidad en el caso de que la mujer realice el aporte genético y a su vez la gestación donde quede evidenciado que la madre es esta mujer). Y me pronuncio de esta manera

porque existe una intervención de multiplicidad de mujeres en el proceso de gestación de un nuevo ser, incidiendo una serie de factores que ponen fluctuaciones si la determinación de la maternidad acaece siempre en el raciocinio de la mujer gestante.

Hacemos hincapié, respecto a la maternidad subrogada o madre sustituta, donde una de ellas aporta el material genético, otra de ellas el parto, y una tercera el anhelo y/o interés, doctrinariamente estaríamos ejecutando una acción de preposición de soluciones:

- Al existir una tripartita de contribución de elementos antes mencionados, para la gestación de un nuevo ser, entonces diríamos que la maternidad debería de recaer en aquella madre que aportó el material genético, siempre y cuando esta esté desposada con el varón que aportó el gametocito masculino (espermatozoide), de no ser así entonces la posibilidad de obtener la maternidad, será la madre que lo gestó al nuevo ser. (*Maritza Melendez Zambrano. P: 757-2015*).
- En el otro supuesto, que ningunas de las mujeres que conforman la contribución tripartita no quisiera el nuevo ser (hijo), como acaece al tomar el óvulo de una de ellas para implantarlo en otra, pero no por el anhelo y/o interés de una de ellas, sino del varón que aportó el gametocito sexual (espermatozoide), por consiguiente se advierte una hipótesis del abandono del nuevo ser, con la disyuntiva de dar inicio a un procedimiento de adopción.
- Otro de los supuestos sería en el caso de que intervienen solo dos mujeres, una de ellas la comitente aportando su material genético

(óvulo), y por otro lado la madre subroga y/o sustituta, que desempeña la gestación, la interrogante es desde un punto de vista doctrinario quien será la madre que se atribuye la maternidad.

Código Civil peruano, Art. V del título preliminar: “Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres”.

De acuerdo a nuestro sistema doctrinario y aquellos precedentes vinculantes, dictaminado por la Corte Suprema, sustenta explícitamente que la maternidad recaerá a favor de quien haya aportado el material genético o con la gestación y sobre todo tenga o exista la voluntad y actitud de arrogarse el título legal de madre. Pero existen otros teóricos que jurídicamente tienen una apreciación que la maternidad debe de constreñirse a favor de aquella que haya aportado el material genético, teniendo también como registrar un derecho preferente e irrenunciable de adopción a favor de la madre gestante. Empero “El Doctor Rubio, en su apreciación jurídica establece que existe una alternativa de solución de poder llegar a una solución de este tipo de conflictos siempre y cuando cumpla estos dos requisitos:

- Que la madre subrogada sea soltera (o que el marido logre negar la paternidad) y que en el parto o que a partir de él, quede físicamente imposibilitada para asumir la maternidad.

Pero restrictivamente existe otra postura doctrinaria, pero teniendo como soporte a las anteriores al afianzar que la valoración de la maternidad se desarrolla en dos puntos de vista muy particulares: Uno de ellos reticente al recién nacido, quien al cumplimiento de sus responsabilidades como tal, puede obligar a la madre (mediante acciones judiciales) y el otro referente al sujeto procreador, quien puede atribuirse una posición jurídica por haber participado

en la procreación siempre y cuando tenga actitud y voluntad de asumir dicha responsabilidad. Pero aquí tiene que existir una concertación respecto del interés superior del niño, que viene a ser uno de los principios fundamentales del ordenamiento de filiación. En tal sentido el recién nacido tiene dos posibilidades de optar entre la madre gestante y genética, pero poniendo énfasis que muchas de estas madres subrogadas, no tienen la solvencia económica para poder sostener al recién nacido, y que el propósito de ellas, es el alquiler de sus vientres ante un interés económico y una mejor calidad de vida (*Petzold Rodríguez, M.P: 661-2014*).

En nuestro actual Código Civil, en su Artículo 409°, expresa que la “maternidad extramatrimonial puede ser declarada judicialmente siempre y cuando se pruebe el hecho del parto y la identidad del hijo”, (*Mater Semper certa est.*), pero en nuestra sociedad evolucionada, con una ciencia a la cúspide del avance tecnológico en particular la ingeniería genética y la bioética, este artículo de nuestro código vigente se ve debilitado y hasta obsoleta influenciada a la de terminación filiación de la maternidad subrogada, donde se observan una pluralidad de participantes en el proceso de gestación de un nuevo ser. En tal sentido se debe de tener en cuenta manejar diferente alternativa materna filial.

Debiendo considerarse que no solo el elemento biológico (gametocitos) debe de ser el único elemento determinante para establecer la maternidad, sino también en este contexto debemos de apreciar otros elementos como los actos volitivos de la madre y el de mayor realce es aspecto genético entre la madre y

el hijo, tomando en consideración el Artículo 3° y 4° del Código del Niño y del Adolescente.

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño fue ratificada por el Estado peruano mediante Decreto Ley N° 25278 del 04/08/90.

Ante todo con real relevancia quiero conceptualizar una introducción breve al respecto del presente trabajo de investigación, de tal manera podemos entender lo explícitamente transcrito en las páginas superiores, por el cual puntualizó lo siguiente que las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, como son la inseminación artificial, la fecundación extrauterina, y la clonación.

2.2.2. Los Tipos y Técnicas de Reproducción Asistida

La Inseminación Artificial: Es una forma de procedimiento técnico científico, a través del cual se introduce los gametocitos sexuales masculinos (espermatozoides) en el órgano genital femenino, sin incurrir en el coito sexual, facilitando el encuentro entre óvulo y espermatozoide, que desde una perspectiva científica el encuentro de los gametocitos es atípica, que a la vez de determinar los componentes genéticos deja que la fecundación se produzca al azar.

Fecundación In Vitro: Es una fecundación extrauterina o in vitro extracorpórea, que consiste en la unión del óvulo con el espermatozoide, para dar origen a la fecundación procesándose esto en una vasija de laboratorio y por consiguiente luego de haberse originado una serie de mecanismos bioquímicos en el interior de dicho material de vidrio donde se origina la formación de los embriones, para luego de realizar un análisis cualitativo de uno de ellos, se podrá implantar en el tercio medio del útero de la mujer para su gestación. En este orden de ideas, si la mujer presenta un problema de

obstrucción irreparable en sus trompas de Falopio, pero su indicativo de ovulación y capacidad para gestar es la manera adecuada, clínicamente es recomendable la Fecundación Extracorpórea.

La clonación. Conocida también como la Partenogénesis, o como Clonación o SNT, es aquella técnica metodológica que se realiza en el laboratorio con el propósito de experimentación biofísico y biomolecular del ADN, cambiando su estado fisiológico, de los codones genéticos constituidos por aminoácidos y una serie de sustancias bioquímicas se obtienen individuos idénticos a partir de un solo sujeto.

La Partenogénesis, es una mecanismo de reproducción asexual que tiene como particularidad la formación de células sexuales a partir de una segmentación de un gametocito sexual femenino caracterizando a su vez como una reproducción sexual de tipo monogamética, que científicamente sirven como un modelo experimental por el cual se han desarrollado experimentalmente en los grande laboratorios para determinar la alternancia generacionales conocidas dentro del campo científico biogenético como metagénesis y heterogonia.

- Microinyección Intracitoplasmática de Espermatozoides Testiculares (TESE-ICSI, TESA-ICSI).
- Fecundación In Vitro tras selección espermática por IMSI
- Diagnóstico Genético Preimplantacional mediante Biopsia Embrionaria
- Diagnóstico Genético Preimplantacional mediante Biopsia del Corpúsculo Polar.
- Crioconservación de Ovocitos.

- Crioconservación de Embriones
- Eclosión Asistida (Assisted Hatching)
- Congelación de semen.
- Embioscopio.

2.3. Definición de Términos Básicos.

Siendo un tema controvertido, pero con terminologías médicas científicas universales vamos a direccionar conceptos puntuales:

¿Cuáles son la TRHA, más utilizadas en nuestro País?

- RSD- IIU- FIV- ICSI- OVODONACIÓN- ÚTERO SUBROGADO.

¿Cuáles son las Clases de IIU y FIV?

- Fuera de Matrimonio
- Homóloga o Intraconyugal
- Heteróloga o Supraconyugal.

-Bioética: Comienza con la concepción, de igual manera la fecundación.

Postura- Concepcional.

- Biología: Diferencia fecundación de concepción Postura Evolutiva:

Visión metabólica, genética, embriológica, neurológica, ecológica/tecnológica, inmunológica, fisiológica integrada, anidación, aparición de la cresta neural, movilidad fetal, aparición en el cerebro de ciclos de vigilia y sueño, adquisición de competencia racional durante la infancia.

Dentro de este contexto existe una posición de un conjunto de investigadores científicos que han desestimado la controversia en el ámbito legal-filosófico desde un enfoque doctrinario.

- **Filiación. Negación de paternidad:** Nuestra Legislación en su contexto normativo no ha previsto jurídicamente que debiera existir un juicio respecto a la Negación de Paternidad en el supuesto que el esposo no haya aceptado la IIU o FIV heteróloga. Si el esposo demuestra imposibilidad material o física de acceso en el período legal de la concepción podría Negar la Paternidad (NP).
- **Naturaleza Jurídica Concebido:** Teoría de la **portio mulieris**: Esta teoría se sostiene doctrinariamente en que una persona a priori a su nacimiento no puede ser considerado como humano porque evidencia que dicho ser se encuentra en proceso de formación y por lo tanto será considerado como parte intrínseca de la madre, pero que restrictivamente no pierde sus derechos, remontándole al pasado su existencia.
- **Teoría de la ficción:** Esta teoría tiene como particularidad que la existencia del concebido se encuentra condicionada a una rescisión, por lo tanto, debe de tener un prestigio supernumerario a efectos de su nacimiento para atribuirle derechos patrimoniales atribuibles siempre y cuando nazca vivo.
- **Teoría de la personalidad:** Esta teoría tiene como soporte dogmática
- **Teoría de la subjetividad:** Se considera al concebido “sujeto de derecho” para todo cuanto le favorece.

El Derecho a la Identidad vs. el Anonimato: El derecho relativo a la posibilidad de conocer el propio origen interfiere con el interés del donante de permanecer en el anonimato.

- **“aborto in vitro:** Podemos hablar de aborto cuando en el laboratorio se desecha algún óvulo fecundado en función de su malformación genética o cuando se destruye un embrión, para ulterior implantación IUT.

CAPÍTULO III: Metodología de la Investigación

3.1 Enfoque de la Investigación

El presente trabajo de investigación tiene como enfoque principal el análisis de las TRHA, teniendo como visión principal los vacíos legales, al no existir una ley específica, como especialidad respecto al derecho genético fuente, derecho privado que nutre y contribuye al derecho civil, por lo que este trabajo ha sido analizado en su carácter cualitativo y regularmente cuantitativo.

Siendo el método utilizado el descriptivo, basado en los datos obtenidos y el análisis que se hace de estos, debe de entenderse como un frenesí con lo que tenemos que enfrentarnos al avance de la tecnología como una necesidad reflexiva a las diferentes formas de vulneraciones que se está contribuyendo evidenciando el mercantilismo humano.

3.2 Variables

3.2.1. Variable Independiente.

Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA): Como medio alternativo de procreación que avasalla al derecho de familia, sobre todo en el tema filial y su prevalencia de la voluntad, desplazando el aspecto biogenético.

3.2.2. Variable Dependiente.

Vacíos legales en el Perú sobre las TRHA: Respecto a la licitud de la práctica de reproducción asistida y la forma de atribución del estatus del nacido a través de la inseminación artificial.

3.2.3 Operacionalización de las Variables

La importancia del ¿Por qué?, urge inmediatamente una ley moderna de acorde con lo ético por encima de la ciencia médica en nuestra legislación

peruana respecto de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA), como un ente de política de salud pública.

3.3 Hipótesis.

Las personas tienen derecho a concebir o procrear y por ende a tener descendencia, si su naturaleza biológica no les permitiera, pueden recurrir a las ciencias médica y/o biológicas como son las TRHA, siempre y cuando esté clínicamente comprobado de su infertilidad y/o esterilidad, y a su vez su capacidad, su deseo, la actitud para poder ser padres, poniendo en evidencia la garantía del derecho a la conservación del embrión, y su identidad biológica como interés ético y moral.

3.3.1 Hipótesis General

Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA), vulneran los principios éticos, morales y jurídicos de la dignidad del hombre en la Legislación Peruana, al no contar con una norma que regule el derecho de las personas que recurren a las ciencias médicas y/o biológicas para superar los cuadros de infertilidad y/o esterilidad.

3.3.2 Hipótesis Específicas

Es importante contar hoy en día, con una ley moderna respecto a las técnicas de inseminación artificial homóloga y heteróloga, con el propósito de no seguir vulnerando los principios bioéticos, morales, jurídicos del concebido y de la integración familiar.

3.4 Tipos de Investigación

El presente trabajo dada su naturaleza de investigación es descriptiva, taxonómica, (documental, axiológica y comparativa), al tratar de comprender su

importancia jurídica desde una concepción hermenéutica como ciencia nueva, que afectan el orden bioético, moral y legal de las personas.

3.5 Diseño de la Investigación

La investigación tuvo un enfoque no experimental, descriptivo por tener un lineamiento sistemático.

3.6 Técnicas e instrumentos de recolección de datos

El presente trabajo está basado en el análisis y evaluación del análisis de la TRHA, y los diferentes principios del derecho jurisprudencial, doctrinario, así como recopilación de legislación tanto nacional como extranjera.

3.6.1. Instrumentos:

Se utilizó los siguientes instrumentos:

- Fichas de resúmenes
- Fichas bibliográficas
- Fichas textuales
- Fichas de Observación

CAPÍTULO IV: Resultados

4.1 Análisis de los Resultados

Sobre el tema de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, en una legislación peruana, obsoleta, desfasada, discriminatoria y antagónica, donde al existen fuentes del derecho jurisprudenciales controvertidos, y al no existir su prohibición de dichas prácticas técnicas de reproducción asistida por los vacíos legales, se están generando en nuestra sociedad un instrumento mercantilista de las diferentes clínicas de nuestro país donde se practican, aprovechándose de la necesidad de la personas que sufren esta dolencia o enfermedad de infertilidad, violentando los derechos fundamentales del concebido, de la ovodonación, embriodonación, y de la madre sustituta y/o subrogada. Teniendo presente que en otros países principalmente España, India, se ha logrado obtener como resultado resaltante la aplicación de una ley moderna de acuerdo a la idiosincrasia de su sociedad constituyéndole en una institución jurídica, donde es posible la TRHA, como política de salud pública.

4.2 Discusión

La discusión está centrada en la importancia que tiene en nuestra actualidad las TRHA, como una alternativa de procreabilidad, en pacientes con este dolencia de infertilidad, y la controversia se sustenta jurídicamente, quien es el que debe de llevar la maternidad, entre la madre biológica o no biológica o la madre gestante, que alquila su vientre va dar origen a un nuevo ser, donde me manifesté anteriormente como una opinión particular que debe tener esa particularidad maternal, aquella que tiene el deseo, la actitud, y el ímpetu de su responsabilidad como tal para configurarse dentro de la sociedad, y no aquel

que necesariamente sea la sustituta o madre subrogada. Otra de las discusiones está basada en que si el concebido, el embrión es considerado como un ser biológicamente con todos sus estamentos estatutarios.

Otra objeción tan discutida es respecto de la filiación en una familia incompleta, es decir monoparental, sin padres conocidos, sin derecho a una identidad, a la patria potestad, y a los lazos familiares relacionados a los derechos sucesorios.

CONCLUSIONES

Debo de considerar que en nuestra época, con el avance y los adelantos de la ingeniería genética, hemos rebalsado el conocimiento científico por encima de la valoración ética, y el derecho, cuando desde una concepción antropológica muy personalísimo, la ciencia debería estar sujeta a los principios éticos y morales, porque si bien es cierto que las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA), se torna recurrente en los últimos años como una alternativa solicitante por un sin número de parejas, casadas, convivientes, solteras, por esta dolencia o enfermedad de la Infertilidad y/o Esterilidad que se suscitan en nuestro medio y el mundo entero, tanto en la mujer como en el varón, pues cognoscitivamente el método de reproducción asistida ha sustituido el acto sexual (coito sexual), lo que evidencia su ilicitud en todas las esferas sociales en los pueblos, países, que no están preparados a las novedades de los grandes descubrimientos tecnológicos de la humanidad. Y este gran debate científico, jurídico, bioético, que en muchos casos es considerado antropomórficamente, por muchos doctrinarios, porque debemos de tener presente que la vida es inviolable, sagrada y que su licitud debe ser reservada solo en matrimonio y de manera natural, sin la intervención, la obstaculización de la mano del hombre para su procreación.

Quiero recalcar que el debate se hace cuestionable en la parte ética, desmereciendo, las actitudes de las personas, poniendo entre la espada y la pared el precepto del embrión, preguntándose ¿El embrión es un ser humano? , y aquí está mi enfoque muy personalísimo, que los gametocitos sexuales (espermatozoide & óvulo), son los componentes, la materia, el tipo, que

intrínsecamente, en un medio insustituible e irremplazable por la ciencia donde se originan una serie de cambios cíclicos bioquímicos teniendo como patrón al ADN (Ácido desoxirribonucleico) dan origen a un nuevo ser “ El Embrión” y me atrevo a ser más radical, a plantear que estos gametocitos ya son seres individuales que al unirse dan origen a otro ser con distinto material genético individualizándoles de sus procreadores.

Al margen de no existir una ley que regule, científicamente y técnicamente desde una perspectiva de los principios éticos, debemos hoy en día contribuir a plantear una ley que dichas técnicas de reproducción humana asistida, a pesar que existe doctrina, principios del derecho respecto a la dignidad de la persona humana en nuestra jurisprudencia, esto debe darse solo en aquellas personas que adolecen de esta enfermedad o infertilidad, para que este sistema de procreatividad sea lícito, sin oponernos a la ovodonación, embriodonación, aceptando que la fecundación homóloga, heteróloga y la maternidad subrogada, como alternativas para aquellos padres que tengan la voluntad, la actitud, deberes y estado de necesidad.

Una propuesta sobre la regulación de las TRHA, debemos ser redundantes en la valoración ética, desde un reflexivo análisis antropológico, realista y personalista por encima de filosofías de reivindicación del hombre como un sujeto libre contemporáneo, autotranscendente, espiritualmente encarnado.

Debemos preservar la fertilidad de los seres humanos, mediante la crioconservación de tejido ovárico, la conservación de folículos mediante técnicas de maduración in vitro, la vitrificación de ovocitos, el trasplante de tejido ovárico, el trasplante de útero, como hoy en día se está practicando en

Brasil, éxito logrado mediante esta nueva técnica, llevada a cabo en el Hospital das Clínicas, de la Universidad de Sao Paulo, supone también el primer trasplante uterino en América Latina y podría aumentar la disponibilidad de donantes y las posibilidades de las mujeres de quedarse embarazadas.

Por lo expuesto, se debe de plantear urgentemente que nuestro país, cuente con una ley de acorde a nuestra idiosincrasia, acorde al avance tecnológico y sobre todo teniendo en cuenta lo ético por encima de la ciencia, respetando la dignidad de la persona humana, sus valores morales, sin violar sus derechos fundamentales. Y valgan verdades se debe de empezar por una nueva constitución que sea el cimiento para la modificación en lo particular del Código Civil, Penal, Administrativo, etc.

Entonces al existir el derecho genético como parte del derecho privado, que se encarga de aportar al derecho civil, los avances de la bioética y la ingeniería genética, respecto a la procreación en sus diferentes modalidades o practicas procreativas, nuestro sistema normativo jurisprudencial como fuente del derecho, debe de dar alcances de prioridad y respaldo jurídico a aquellos padres que quieren ser asistido por estas TRHA, es decir aquellos que tienen el deseo, la voluntad procreacional, previa evaluación psicológica, biológica, existencial de poder formar una familia, siempre y cuando la mujer o el varón padecen de esterilidad irreversible justificada clínicamente o científicamente.

RECOMENDACIONES

La recomendación, respecto a la figura jurídica de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA) en nuestra legislación peruana, se debe de autorizar estas técnicas siempre y cuando exista una justificación irreversible respecto de procrear y concebir, no solamente teniendo el derecho de ser padre, sino que ante todo deben tener la voluntad, la actitud y la moralidad de constituir una verdadera familia.

Otros de los aspectos controversiales que se debe de zanjar, es relacionado a la conservación secreta que se debe de tener en cuenta es sobre la esterilidad o infertilidad de los padres, como así también a aquellos hijos nacidos por estas TRHA.

Se deberá prohibir irrefutablemente la importación de gametocitos sexuales y embriones con fines comerciales, como es de derecho, justicia y sentido común se debe tener en cuenta la creación de bancos de gametocitos y embriones congelados, codificados para ser utilizados en caso de que una de las parejas fallezca y pueda conservar su descendencia Es decir siempre y cuando se garantice la viabilidad e integridad de la no manipulación genéticamente.

Y por último sin ahondar demasiado y siendo versátil a este tema controversial debemos de cambiar nuestra Constitución o legislar primero a nivel de este campo jurídico, actualizando a la modernidad a nuestro Código Civil en todos sus estamentos prescritos.

REFERENCIAS

- De León Arce, A. La Mujer Sola, sin pareja, ante Las Nuevas Técnicas de Reproducción Humana. En la Filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances Científicos en materia de reproducción Humana. II - - Congreso Mundial Vasco. Editorial Trivium S.A. España, 1988.p. 269,278
- Giritharan, G., Talbi, S., Donjacour, A., Di Sebastiano, F., Dobson A.T. Rinaudo, P. F. (2007) -Effect of in vitro fertilization on gene expression and development of mouse preimplantation embryos. *Reproduction*, 134, 63–72.
- Gjerris, A.C., Loft, A. Pinborg, A., Christiansen, M., Tabor, A. (2008) —Prenatal testing among women pregnant after assisted reproductive techniques in Denmark 1995–2000: a national cohort study. *Human Reproduction* 23, 1541–1559.
- ELIZARI BASTERRA, Javier. Bioética. Ediciones Paulinas. España. 1991.
- MARCÓ, Javier; TARASCO, Martha. Diez temas de reproducción asistida. Editions.
- MARSICH, Humberto Mauro. Curso de Bioética impartido en el IMDOSOC, en el verano del 2003.
- La de la Casación de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema. Expediente 183515-2006-00113, Juzgado Décimo Quinto de Familia de Lima.

- La infertilidad como problema de salud pública en el Perú .Infertility as health problem in Peru. Ysis Roa-Meggo. Investigadora, Facultad de Obstetricia y Enfermería, Universidad de San Martín de Porres, Lima, Perú.
- Gros Espiell H. Constitución y Bioética. En: Romeo Casabona CM, (coord.) Derecho Biomédico y Bioética. Granada: Editorial Comares y Ministerio de Sanidad y Consumo; 1998: 137.
- Romeo Casabona CM. La Bioética y el Derecho ante los límites de la vida humana. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces; 1994: 65.69.
- Pontara G. Ética y generaciones futuras. Barcelona: Ariel; 1996: 104-109
- Rimm, A.A., Katayama, A.C., Diaz, M., Katayama K. P. (2004) |A Meta-Analysis of Controlled Studies Comparing Major Malformation Rates in IVF and ICSI Infants with Naturally Conceived Children|. Journal of Assisted Reproduction and Genetics, 21, 437-443-457.
- Gjerris, A.C., Loft, A. Pinborg, A., Christiansen, M., Tabor, A. (2008) - Prenatal testing among women pregnant after assisted reproductive techniques in Denmark 1995–2000: a national cohort study|. Human Reproducción 23, 1545–1559.
- Vila-Coro, María Dolores (1992). —Los límites de la Bioética|. En: Varios autores. Biotecnología y futuro del hombre: la respuesta bioética. Madrid: Eudema, S.A. (Ediciones de la Universidad Complutense S.A.).
- Vila-Coro, María (1995) —El derecho a la identidad personal|. En: Cuadernos de Bioética 1995/4. Madrid: Asociación Española de Bioética y Ética Médica, AEBl.

- Vásquez, Rodolfo (2004). Del aborto a la clonación. Principios de una Bioética Liberal. México: Fondo de Cultura Económica.
- Rincón castellano. Ximena (2012). — ¿Bioética y derecho para qué y para quiénes? Discusiones en torno a la regulación de las técnicas de reproducción humana asistida en Colombia. En: Derecho No. 69, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima: PUCP.
- Morales Godo, Juan (2006). —El estatus del concebido y la problemática de la fecundación asistida. En: Derecho. No. 58, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima: PUCP.
- Mendoza, Héctor (2011). La reproducción humana asistida. Un análisis desde la perspectiva jurídica. México: Universidad Autónoma de Nuevo León y Editorial Fontamara.
- Martínez Coco, Elvira (1998). —La filiación biológica y el artículo 402 del Código Civil. En: Seijas de Jesús, Teresa (compiladora). Estudios sobre los aspectos jurídicos de la biotecnología reproductiva humana en el Perú. Lima: Editorial San Marcos.
- López Guzmán, José y Angela Aparisi (2012). —Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada. En: Cuadernos de Bioética, N° 78, vol XXIII, mayo-agosto 2012.
- Hansen, M.; Kurinczuk, J.J.; Bower, C. y Webb, S. (2002) —The risk of major birth defects after intracytoplasmic sperm injection and in vitro fertilization. En: New England Journal of Medicine, 346, 725-730.

Abellán Salort, José Carlos (2006). Bioética, autonomía y libertad. Madrid: Fundación Universitaria Española.

Cárdenas Rodríguez, Luis. (2012) “Maternidad por Ovodonación”, En Revista Dialogo con la Jurisprudencia N° 166. Lima “Gaceta Jurídica, Julio.

Araya Krstulovic, Rubén. —Secreto y anonimato en la reproducción asistida con donación de gametos. En: [http://medicina.udd.cl/centro-bioetica/files/2010/08/Secreto-y-anonimato-en-la-reproducción-asistida-con-](http://medicina.udd.cl/centro-bioetica/files/2010/08/Secreto-y-anonimato-en-la-reproducción-asistida-con-Donación-de-gametos.pdf)

Donación-de-gametos.pdf. (Consultada el 19.03.2013).

Arias Stella Castillo, Fernando (2012). Derechos Humanos y las sentencias del Tribunal Constitucional que consagran el derecho a investigar la propia filiación. Lima: Instituto de Patología y Biología Molecular —Arias Stella.

Bossert. Gustavo (1995). Fecundación humana asistida. En: Varios autores. Derecho Civil de nuestro tiempo. Lima: Universidad de Lima – Gaceta Jurídica.

Buckett, William; Chian, Ri-Cheng; Holzer, Hananel; Dean, Nicola; Usher, Robert y Seang Lin Tan (2007). —Obstetric Outcomes and Congenital Abnormalities after in Vitro Maturation, In Vitro Fertilization, and Intracytoplasmic Sperm Injection. En: Obstetrics & Gynecology; October 2007 - Volume 110 - Issue 4 – p. 885-891.

Cabrera, Antonio (2011). La atención integral a las personas con problemas de fertilidad: Estudio de campo realizado en México. Tesis de Doctorado para el Ateneo Pontificio Regina Apostolorum, presentada en Roma. México.

Cieza, Jairo (2011). —La técnica de reproducción humana asistida y la Corte Suprema: ¿Quién entonces es la madre?». En: Revista Jurídica del Perú. Publicado en: //////////////// <http://legisprudencia.pe/blogs/2011/04/26/la-técnica-de-reproducción-humana-asistida-y-la.corte-suprema> .

Chunga Lamonja, Fermín, Carmen Chunga Chávez y Lucía Chunga Chávez (2012). Los derechos del niño, niña y adolescente y su protección en los derechos humanos. Lima: Editorial Grijley.

Espinoza Espinoza, Juan (2012). Derecho de las Personas. Concebido y Personas Naturales. Tomo I. 6ª. Edición Lima: Grijley.

Exp. 05527-2008-PHC/TC/11/02/2009/FJ.13 y 20, Derecho a la Igualdad-Discriminación contra la mujer.

Exp. N° 02005-2009/PA/TC.16/10/2009/ FJ. (3-5) “Derecho a la Vida”.

Exp. N°2668-2004/AA/TC/ 24/09/2004/ FJ. (13,14, y 15), “Derecho al libre desarrollo de la persona”.

Exp. N°2273/2005/PHC/TC/ 20/4/2006/ (Fj. 21 al 23) “Derecho a la Identidad”.

APORTE CIENTÍFICO

De las investigaciones y aportes científicos a consecuencia de la praxis médica que se realizó durante los últimos 5 años en el Hospital (Maternidad de Lima) y otras clínicas de renombre, se ha determinado científicamente que de los métodos más utilizados para conseguir el embarazo (fecundación artificial y fecundación in vitro), por cada intento que se realiza durante la primera práctica del procedimiento, el éxito de concepción oscila entre \pm 15% - 20% y en un segundo Intento en un porcentaje de 30%, es decir que el porcentaje de destrucción de gametocitos y principalmente de embriones es abismal, lo que de una y otra manera estaríamos frente a un aborto embriológico, estos riesgos como condicionantes éticos definitivamente pone en evidencia en riesgo severo a la persona y por lo tanto es moralmente ilícita, y a la vez dentro de este apartado otros riesgos que lesionan, más que la salud, la integridad y finalidad de la persona.

Otro de los aspectos preocupantes a nivel científico que va en contra de la salud de la mujer, aunque no es ilícita., concierne respecto al tratamiento farmacológico respecto a la estimulación ovárica puede llegar a causar el conocido síndrome de hiperestimulación, cuando las dosis de hormonas han sido elevadas o se ha repetido de manera excesiva, trayendo como consecuencia trastornos en la coagulación, hemoconcentración, hipovolemia y enfermedades degenerativas e inflamatorias que pueden llegar a causar la muerte en casos severos. Otro de los grandes riesgos a nivel obstétrico es respecto a la intervención de las terceras personas respecto a la técnica del FIVET.

Trae siempre embarazos de alto riesgo, poniendo en peligro la salud de la madre, dado la multiplicidad que se logra al transferir varios embriones al útero. Además, esta técnica trae como consecuencia una disminución del tiempo gestacional, haciendo que una cantidad significativa de los bebés nazcan prematuros.

Y por último otro de los riesgos que predispone en una mujer respecto al tratamiento de la estimulación ovárica utilizando placebos, es que van a originar Síndrome de Hiperovulación, caracteriza por un masivo crecimiento del ovario, fallo renal, distrés respiratorio y fenómenos tromboembólicos, confirmando el riesgo mayor de cáncer en las mujeres sometidas a este tipo de tratamiento hormonal.

Se ha llegado a comprobar científicamente que se podría adelantar el tiempo en que el feto es viable fuera de la mujer gestante aproximadamente a las 22 semanas de gestación, lo que permitiría que a las 12 semanas se podría completar el desarrollo gestacional fuera de la madre subrogada y/o sustituta y de esta manera liberar a la mujer de la gestación. Etc.

Otros casos evidentes para muchos de los pediatras respecto a los niños nacidos con estas TRHA, es **Síndrome Beckwith Wiedemann** hay evidencia de que es más frecuente en niños producidos por FIV que en los engendrados de forma natural.

Para ser más implícitos a mí aporte según los datos del **Nacional Birth Defects Prevention Study de USA**. Los niños nacidos por estas TRHA, se asocian con riesgo mayor de malformaciones cardíacas, labio leporino, paladar abierto, malformaciones anorectales y del esófago.

A título personal, durante todo este tiempo – espacio de investigación hice una reflexión concienzuda respecto a los cambios fisicoquímicos que se realiza en los diferentes tratamientos a los órganos reproductores femeninos principalmente en aquellas que sufren de estas fisiopatologías reproductivas utilizando placebos, con el propósito de eliminar paulatinamente a la demarcación natural respecto al periodo de fertilidad femenina, con la intención de reprogramar células somáticas específicamente a una célula germinal (Oocito), inclusive se facilitaría la crioconservación de los gametocitos sexuales de la mujeres jóvenes en determinados bancos de selección, con el propósito que en el futuro desean ser madres y puedan ser utilizadas. Esto permitiría la hiperreproducción de óvulos imprescindibles para solucionar este fenómeno reproductivo. No obstante, el gran problema sucede particularmente que, en nuestro país por la complejidad, el alto costo y sin una política de salud pública y la candidez de nuestras autoridades, hace inverosímil las diferentes alternativas que se puede emplear para salvaguardar nuestra especie; donde los que más sufren son aquellos pacientes de bajos recursos. Etc.

APÉNDICES

- Constitución Política del Perú
- Código Civil
- Ley N° 26842
- Código Civil Español
- Constitución Política de España
- Código Civil Argentino
- Constitución Política Argentina.