

# Universidad Católica de Santa María

## Escuela de Postgrado

### Maestría en Derecho Civil



**IMPLICANCIAS DE LA APLICACIÓN DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN EL DERECHO A LA IDENTIDAD, A PARTIR DE LAS SENTENCIAS JUDICIALES EMITIDAS A NIVEL LOCAL Y NACIONAL ENTRE LOS AÑOS 2006 AL 2019**

Tesis presentada por la Bachiller:

**Del Carpio Muñoz, Mary Luz**

Para Optar el Grado Académico de:

**Maestro en Derecho Civil**

Asesor:

**Dr. Corrales Otazú, Christian**

**Arequipa –Perú**

**2022**

UCSM-ERP

**UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA** 2022  
**ESCUELA DE POSTGRADO**  
**DICTAMEN APROBACIÓN DE BORRADOR DE TESIS**

Arequipa, 17 de Diciembre del 2021

**Dictamen: 000951-C-EPG-2021**

Visto el borrador del expediente 000951, presentado por:

**1993041512 - DEL CARPIO MUÑOZ MARY LUZ**

Titulado:

**IMPLICANCIAS DE LA APLICACIÓN DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN EL  
DERECHO A LA IDENTIDAD, A PARTIR DE LAS SENTENCIAS JUDICIALES EMITIDAS A NIVEL  
LOCAL Y NACIONAL ENTRE LOS AÑOS 2006 AL 2019**

Nuestro dictamen es:

**APROBADO**

**3158 - PARADA GONZALES JOSE LUIS  
DICTAMINADOR**

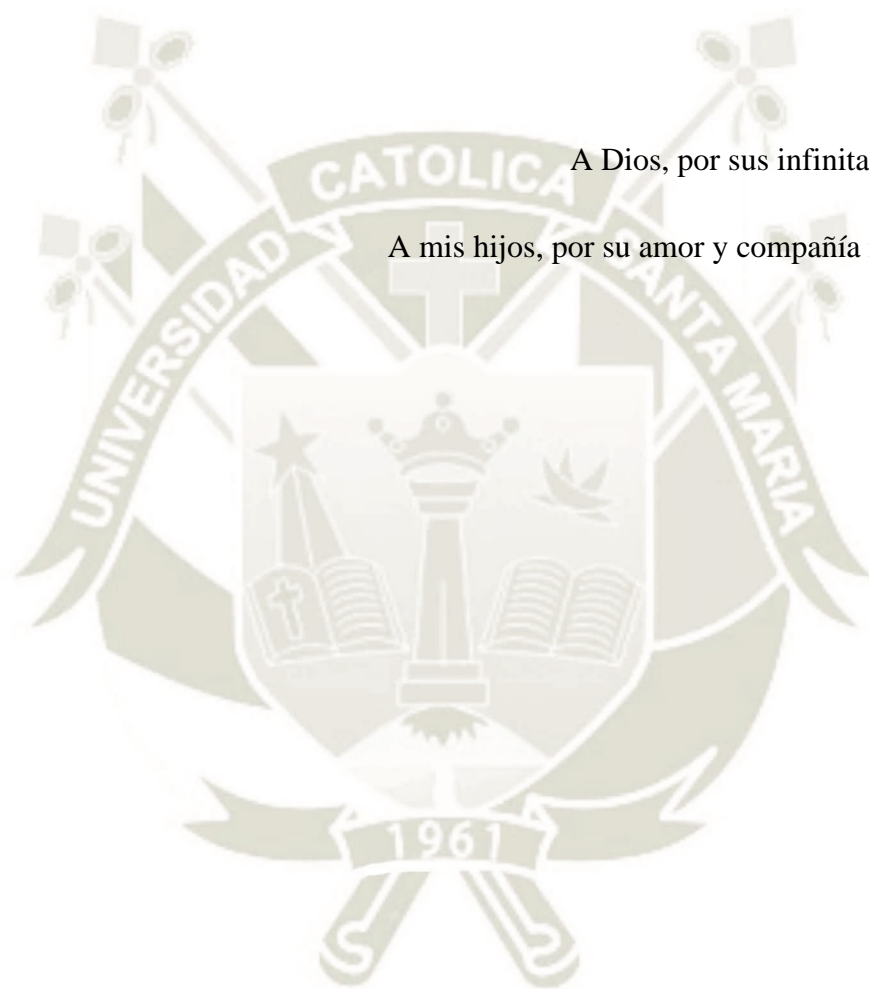


**3161 - MEZA FLORES EDUARDO JESUS  
DICTAMINADOR**



**6784 - PAREDES BEDREGAL EMMEL BENITO  
DICTAMINADOR**





A Dios, por sus infinitas bendiciones.

A mis hijos, por su amor y compañía incondicional.

Cualquier destino, por largo y complicado que sea, consta  
en realidad de un solo momento: el momento en que el  
hombre sabe para siempre quién es.

**Jorge Luis Borges**



## TABLA DE CONTENIDOS

Tabla de contenidos	v
Resumen	xii
Abstract	xiii
Introducción	xiv
Capítulo I. Marco teórico	1
1. Antecedentes investigativos	1
2. Técnicas de Reproducción Artificial	5
2.1. La infertilidad de las personas y la reproducción asistida	5
2.2. La técnicas de reproducción asistida	6
2.3 Tipos de técnicas de reproducción asistida	8
2.3.1. La fecundación intracorpórea	8
2.3.2. La fecundación extracorpórea	9
2.3.3. La maternidad subrogada	13
2.4. La verdad biológica y las técnicas de reproducción asistida	16
2.5 La bioética y las técnicas de reproducción asistida	17
3. Derecho a la identidad y las técnicas de reproducción asistida	19
3.1. La identidad personal	19
3.2. Dimensiones de la identidad personal	20
3.3. El derecho a la identidad	22
3.4. Protección jurídica del derecho a la identidad	23
3.4.1. Contenido del derecho a la identidad	25
3.4.2. El derecho a la identidad como derecho fundamental	28
3.4.3. El derecho a la identidad como manifestación de la dignidad	29

3.5.	El derecho a la identidad y las técnicas de reproducción asistida	30
3.5.1.	Derecho a la identidad biológica	30
3.5.2.	Protección de la identidad biológica en la aplicación de las técnicas de reproducción asistida	31
4.	La filiación y el derecho a la identidad del menor nacido por técnicas de reproducción asistida	31
4.1.	Filiación matrimonial e identidad	32
4.2.	La filiación extramatrimonial e identidad	34
4.3.	La filiación por adopción	35
5.	Derecho a la identidad y el interés superior del niño, en caso de los menores	36
6.	Desarrollo legal nacional y comparada sobre las técnicas de reproducción asistida	39
6.1.	Desarrollo legal nacional sobre técnicas de reproducción asistida	39
6.1.1.	Norma de rango constitucional	39
6.1.2.	Norma de rango legal y reglamentaria	40
6.2.	Los proyectos de ley presentados en el Congreso de la República	44
6.2.1.	Proyecto de Ley N° 01722/2012-CR	44
6.2.2.	Proyecto de Ley N° 2003/2012-CR.	47
6.2.3.	Proyecto de Ley N° 2839-2013-CR	48
6.2.4.	Proyectos de Ley presentados en el año 2018	49
6.3.	Desarrollo en la legislación comparada sobre las técnicas de reproducción asistida	52

6.3.1.	España	52
6.3.2.	Francia	53
6.3.3.	Italia	54
6.3.4.	Inglaterra	54
6.3.5.	Argentina	55
6.3.6.	Uruguay	56
6.3.7.	Chile	57
CAPÍTULO II: MARCO METODOLÓGICO		59
1.	Problemas de investigación	59
1.1.	Descripción de la realidad problemática	59
1.2.	Enunciado del problema	61
1.3.	Interrogantes de la investigación	61
1.3.1.	Pregunta general	61
1.3.2.	Preguntas específicas	61
1.4.	Descripción del problema	62
1.4.1.	Campo, área y línea de investigación	62
1.4.2.	Operacionalización de las variables	62
1.4.3.	Tipo de investigación	64
1.4.4.	Nivel de investigación	65
2.	Justificación	65
3.	Objetivos	66
3.1.	Objetivo general	67
3.2.	Objetivos específicos	67

4.	Hipótesis	67
5.	Métodos empleados en el análisis	69
6.	Técnicas, instrumentos y materiales de verificación	70
7.	Campo de verificación	71
7.1.	Ubicación espacial	71
7.2.	Ubicación temporal	71
7.3.	Unidad de estudios	71
8.	Estrategia de recolección de datos	73
8.1.	Organización	73
8.2.	Validación de instrumentos	73
8.3.	Criterio para manejo de resultados	73
	<b>CAPÍTULO III</b>	<b>74</b>
	<b>RESULTADOS Y DISCUSIONES</b>	
1.	Generalidades	74
2.	La aplicación de las técnicas de reproducción asistida en Perú	74
2.1.	La situación de la infertilidad y la aplicación de las técnicas de reproducción asistida	75
2.2.	La práctica de las técnicas de reproducción asistida en Perú	79
3.	Análisis de la legislación sobre la aplicación de las técnicas de reproducción asistida	82
4.	Análisis de jurisprudencia sobre aplicación de técnicas de reproducción asistida	87
4.1.	Expediente N° 00113-2006-0-1801-JR-FC-15. Impugnación de maternidad	87
4.2.	Casación N° 5003-2007-Lima. Impugnación de maternidad	89



4.3.	Casación N° 4323-2010-Lima. Nulidad de acto jurídico	91
4.4.	Casación N° 563-2011-Lima. Adopción excepcional y maternidad subrogada	94
4.5.	Expediente N° 06374-2016-0-1801-JR-CI-05. Derecho de identidad	96
4.6.	Expediente N° 01286-2017-0-1801-JR-CI-11. Filiación de menor	99
5.	El derecho a conocer su origen biológico de los nacidos mediante las técnicas de reproducción asistida	102
5.1.	El derecho a conocer la identidad biológica en la legislación	102
5.1.1.	A nivel de normas constitucionales	102
5.1.2.	A nivel de normas legales	103
5.2.	El derecho a conocer la identidad biológica en la jurisprudencia	108
5.3.	El derecho a conocer la identidad biológica en la doctrina	110
6.	Análisis de las encuestas efectuadas a jueces de familia	113
6.1.	Las implicancias jurídicas de la infertilidad en nuestro país	113
6.2.	La aplicación de las técnicas de reproducción como solución al problema de la infertilidad	115
6.3.	Conocimiento sobre la práctica/aplicación de las técnicas de reproducción asistida en nuestro país	117
6.4.	Técnicas de reproducción asistida con mayor incidencia en el país	120
6.5.	La regulación de las técnicas de reproducción asistida en nuestro ordenamiento jurídico	123
6.6.	¿Qué implicancias tendría la aplicación de las técnicas de reproducción asistida en el derecho a la identidad de las personas nacidas mediante estas técnicas?	126

6.7.	La regulación de las técnicas de reproducción asistida y la protección del derecho a la identidad de las personas nacidas mediante estas técnicas	127
6.8.	El origen biológico de las personas nacidas mediante las técnicas de reproducción asistida	130
6.9.	Necesidad de establecer una regulación específica de las técnicas de reproducción asistida a fin de proteger mejor el derecho a la identidad de las personas nacidas mediante la aplicación de estas técnicas	132
	<b>CONCLUSIONES</b>	139
	<b>RECOMENDACIONES</b>	141
	<b>PROYECTO DE LEY</b>	142
	<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	148
	<b>ANEXOS</b>	158
	ANEXO 1: Encuesta a jueces	158
	ANEXO 2: Ficha de validación del instrumento por juicio de expertos	160

## LISTA DE ABREVIATURAS

- CAS. : Casación
- CC : Código civil
- CADH: Convención Americana de derechos Humanos.
- CNA : Código de niños y Adolescentes
- CDN : Convención de los Derechos del Niño
- CIDH : Corte Interamericana de Derechos Humanos
- DDN : Declaración de los Derechos del Niño
- DUDH: Declaración Universal de Derechos Humanos
- MIMP : Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables
- MINJUS: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos
- OMS : Organización Mundial de la Salud
- PIDCP: Pacto Internacional de los derechos civiles y políticos
- PJ : Poder Judicial
- RAE : Real Academia Española
- STC : Sentencia del Tribunal Constitucional
- TC : Tribunal Constitucional

## RESUMEN

La presente investigación tuvo como objetivo fundamental determinar las implicancias de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida en el derecho a la identidad de los niños y niñas que nacen mediante estas técnicas. Se desarrolló bajo los lineamientos de la metodología de una investigación documental y de campo, pues fue desarrollada usando fuentes documentales, como resoluciones y sentencias judiciales, así como encuesta aplicada a Jueces de Familia.

Como principales resultados que alcanzamos con la presente investigación es identificar que las técnicas de reproducción asistida que tienen mayor incidencia en nuestro país, conforme a las sentencias judiciales analizadas, es la fecundación in vitro, con ovodonación y madre subrogante. El desarrollo legal de las técnicas de reproducción asistida en el Perú es bastante deficiente, contamos solamente con el artículo 7 de la Ley General de Salud, que es del año 1997, que solo regula el acceso a estas técnicas para cuando la madre genética y madre gestante recaen en la misma persona, excluyendo a las otras técnicas que pueden ser de ayuda para las personas que sufren de infertilidad.

El artículo 7 de la Ley General de Salud, el Código Civil y el Código de Niños y Adolescentes no reconocen expresamente el derecho de las personas nacidas mediante las técnicas de reproducción asistida a conocer su origen biológico, aunque ello no implica que estas personas no tengan ese derecho, pues implícitamente se encuentra amparada por el mandato constitucional del numeral 1) del artículo 2 de la Constitución. Sin embargo, a fin de proteger cabalmente el derecho a la identidad de las personas nacidas mediante estas técnicas lo recomendable es que nuestra legislación reconozca de manera expresa este derecho, sobre todo cuando existan circunstancias extraordinarias que constituyan un peligro cierto para la vida o la salud del hijo (a), previo mandato judicial, en la que se puede revelar la identidad de los donantes, sin que esto signifique determinación legal de la filiación.

**Palabras Claves:** Técnicas de reproducción asistida. Fecundación in vitro.

## ABSTRACT

The main objective of this research was to determine the implications of the application of assisted reproduction techniques in the right to identity of children born through these techniques. It was developed under the guidelines of the methodology of a documentary and field investigation, since it was developed using documentary sources, such as resolutions and judicial sentences, as well as a survey applied to Family Judges.

The main results that we achieve with this research is to identify that the assisted reproduction techniques that have the highest incidence in our country, according to the judicial decisions analyzed, is in vitro fertilization, with egg donation and surrogate mother. The legal development of assisted reproduction techniques in Peru is quite deficient, we only have article 7 of the General Health Law, which is from 1997, which only regulates access to these techniques for when the genetic mother and mother surrogate mother fall on the same person, excluding other techniques that can be helpful for people suffering from infertility.

Article 7 of the General Health Law, the Civil Code and the Children and Adolescents Code do not expressly recognize the right of people born through assisted reproduction techniques to know their biological origin, although this does not imply that these people do not have that right, since it is implicitly protected by the constitutional mandate of numeral 1) of article 2 of the Constitution. However, in order to fully protect the right to identity of people born through these techniques, it is recommended that our legislation expressly recognize this right, especially when there are extraordinary circumstances that constitute a certain danger to life or health. of the child, prior court order, in which the identity of the donors can be revealed, without this meaning legal determination of parentage.

**Keywords:** Assisted reproduction techniques. In vitro fertilization.

## INTRODUCCIÓN

La infertilidad se clasifica ahora como una enfermedad de la salud reproductiva porque es un problema que afecta al bienestar físico, mental y social de las personas. La infertilidad en uno o ambos cónyuges causa inestabilidad familiar y frustración por no poder tener hijos, por lo que estas personas buscan y acuden a varios tratamientos para superar esta aflicción.

En este contexto, las técnicas reproductivas asistidas constituyen métodos suplementarios que ayudan a la esperada procreación y al nacimiento de niños, permitiendo a la pareja superar el déficit biológico que les impide tener un hijo o hijos. Sin embargo, el uso de estas técnicas no está regulado adecuadamente en nuestro país, como en muchos otros.

El artículo 7° de la Ley 26842, de la Ley General de Salud, es la única norma de nuestro sistema legal que regula la posibilidad de acceder a estas técnicas; sin embargo, sólo permite acceder cuando la condición de la madre genética y la madre embarazada coincida en la misma persona, dejando otros casos fuera de su alcance.

La norma citada probablemente para su tiempo (año 1997) fue acorde con la realidad, sin embargo, a la fecha ha sido rebasada ampliamente, pues en la realidad de los hechos se han constatado diversos casos no previstos por esta norma. Así tenemos los casos de fecundación extracorpórea con ovodonación tratada en la Casación N° 4323-2010-Lima; la embriodonación abordada en el Expediente N° 00113-2006-0-1801-JR-FC-15, Décimo Quinto Juzgado Especializado de Familia; la gestación subrogada tratados en las Casaciones N° 5003-2007-Lima y casación N° 563-2011-Lima, entre otros, por cuanto la citada norma no ha previsto.

Debido a las deficiencias o lagunas en nuestra regulación sobre estas técnicas, ahora se practican casi por completo informalmente, casi en su totalidad en clínicas privadas y centros de fertilización, bajo contratos privados que no garantizan la protección de los derechos de los usuarios, especialmente los derechos de los niños nacidos a través de estas técnicas, como los derechos a la identidad de estas personas.

El Código Civil y el Código de Niños y Adolescentes tampoco se ocupan expresamente sobre el derecho a la identidad de las personas que nacen mediante estas técnicas. Estas normativas, que en su tiempo abordaban temas relevantes y vigentes de su época, hoy por hoy han quedado desfasadas, pues como señala Varsi (2018) “la tecnología reproductiva ha avanzado tanto que nuestra norma no ha llegado a regular ciertos avances” (p. 1).

Estas lagunas legales en nuestro sistema jurídico en relación con la regulación de las técnicas de reproducción asistida y los derechos de los que participan en su aplicación permiten la infracción de los derechos de los nacidos a través de estas técnicas, especialmente en términos de filiación e identidad, que son derechos fundamentales e inherentes a la persona y disfrutan de reconocimiento legal, constitucional y convencional en nuestro país.

En ese contexto es que nos planteamos la presente investigación titulada “Implicancias de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida en el derecho a la identidad, a partir de las sentencias judiciales emitidas a nivel local y nacional entre los años 2006 al 2019”, buscando alcanzar como objetivo general:

Determinar las implicancias de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida en el derecho a la identidad.

Y de manera específica para:

1. Identificar cuáles son las técnicas de reproducción asistida que han tenido mayor incidencia en nuestro país, conforme a las sentencias judiciales emitidas a nivel local y nacional.
2. Mostrar cuál ha sido el desarrollo legal y jurisprudencial nacional y comparada sobre la aplicación de las técnicas de reproducción asistida.
3. Analizar si en nuestro país las personas nacidas mediante la aplicación de las técnicas de reproducción asistida tienen el derecho de conocer su origen biológico.
4. Evaluar si la regulación actual de las técnicas de reproducción asistida es suficiente para proteger el derecho a la identidad de las personas nacidas mediante estas técnicas.

A este tiempo, con la ejecución de la presente investigación hemos logrado alcanzar los objetivos propuestos y demostrado la hipótesis planteada. Por ello, con la finalidad de presentar adecuadamente los resultados de nuestra investigación, el presente trabajo se ha estructurado en tres Capítulos.

En este momento, hemos alcanzado los objetivos propuestos y hemos demostrado la hipótesis planteada a través de la ejecución de la presente investigación. Por ello, presentamos los resultados de la investigación organizados en tres capítulos:

En el Capítulo I, se presenta el marco teórico, que contiene el sustento teórico de la investigación, donde se exponen temas referidos a la infertilidad, las técnicas de reproducción asistida, derecho a la identidad, la verdad biológica, filiación de los nacidos por técnicas de reproducción asistida, entre otros.

En el Capítulo II, se presenta el marco metodológico, describiendo las estrategias metodológicas utilizadas en la realización de la investigación.

En el Capítulo III, se presenta los resultados de la investigación con los resultados organizados conforme a los objetivos y la hipótesis planteados.

Asimismo, en la última parte consignamos las conclusiones a las cuales se ha arribado con la investigación, las recomendaciones y la propuesta legislativa consistente en un Proyecto de Ley referido a las técnicas de reproducción asistida, proponiendo la modificación de normas de la Ley General de Salud, Código Civil y Código de Niños y Adolescentes.



## CAPÍTULO I

### MARCO TEÓRICO

#### 1. Antecedentes investigativos

Realizando la búsqueda en los repositorios de la Escuela de Posgrado de la Universidad Católica Santa María de Arequipa, los repositorios de RENATI de SUNEDO y Alicia Concytec, se ha encontrado varios trabajos de investigación referidos a las técnicas de reproducción asistida, así como maternidad subrogada, sin embargo, ninguno de ellos tiene el mismo enfoque que desarrolla la presente investigación.

En este sentido, los siguientes trabajos pueden considerarse los antecedentes de la presente investigación, teniendo en cuenta el enfoque, los objetivos y las conclusiones alcanzadas por la tesis, aunque hay otros que servirán de ayuda pero no se registran en esta sección debido a las limitaciones de espacio:

- **Rodas, W. L. (2019), Tesis titulada “Consecuencia jurídica por el uso de la técnica de reproducción asistida de inseminación artificial en el Perú”** [Tesis de Pregrado], Universidad Privada del Norte.

**Enfoque principal:** El objetivo que pretende lograr el autor con esta tesis es determinar las implicaciones legales que podría tener la utilización de la inseminación artificial.

**Conclusiones más significativas:** La conclusión más importante que tiene relación con nuestra investigación es la que señala que la aplicación de la técnica analizada afectaría “el derecho a la identidad del menor, por los conflictos paternofiliales entre la pareja tratante y pareja subrogante, incluso el ocultamiento de su origen biológico como limitantes al ejercicio pleno del derecho a la identidad” (Rodas, 2019, p. 134)

Esta tesis está relacionada con la nuestra porque concluye, a partir de un análisis de dos sentencias que se refieren a casos de reproducción asistida utilizando la inseminación artificial, que esta práctica afectaría al derecho a la identidad del niño nacido a través de esta técnica, por lo que sirve como marco significativo para nuestro estudio, ya que se ocupa de aspectos relacionados con la variable derecho a la identidad, proporcionando conceptos, metodologías y resultados de la investigación.

Por otro lado, aunque la conclusión en referencia está estrechamente relacionada con nuestras conclusiones, es claro que desde su enfoque al problema, a los objetivos, a la hipótesis y a la metodología del trabajo desarrollado, es claro que esta tesis está orientada a determinar las consecuencias legales del uso de la inseminación artificial solamente, en base a una muestra de análisis constituido por 02 sentencias; mientras en nuestro caso, el enfoque de la investigación está dirigida a analizar de manera general las implicancias de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida en el derecho a la identidad, es decir, para todos los tipos de técnicas de reproducción asistida, intracorpórea o extracorpóreas: inseminación artificial, fecundación in vitro (lo más abundante), la inyección intracitoplasmática de espermatozoides, entre otros, en base al análisis de 06 sentencias más resaltantes que se ha expedido a nivel de nuestros Juzgados. Por ello, no existe una coincidencia exacta entre ambas tesis, por lo que no se afectaría la originalidad nuestra investigación.

- **Cárdenas, A. R. (2014), Tesis titulada “El derecho de las personas concebidas mediante técnicas de reproducción asistida a conocer su identidad biológica, desde una perspectiva biojurídica”** [Tesis de Maestría], Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo de Chiclayo.

**Enfoque principal:** El autor de esta tesis trata de determinar si es posible o no considerar el derecho de todo individuo a conocer su origen biológico, en el caso de las personas nacidas mediante el uso de técnicas de reproducción asistida.

**Conclusiones más significativas:** La conclusión más importante de esta tesis que se relaciona con nuestra investigación es la siguiente:

Del derecho a la identidad y del derecho a saber, se deriva el derecho al reconocimiento del origen biológico en favor de los nacidos mediante fecundación asistida, el cual se ve reforzado teniendo en cuenta el derecho a la salud, a la libertad, a la verdad, al consentimiento informado, a la información y al acceso a los datos personales, así como el principio pro hómine y el principio del interés superior del niño. (Cárdenas, 2014, p. 119)

**Aporte:** Esta tesis está relacionada con nuestra investigación porque examina la situación del derecho a la identidad biológica en el contexto de las técnicas de reproducción asistida, señalando que se busca mantener la anonimidad de las identidades de los donantes por razones personales y empresariales, lo que pone en peligro el derecho a la identidad biológica de los que han sido concebidos por estas técnicas. Esta contribución sirvió de base para pensar en un examen más amplio del uso de estas técnicas y sus implicaciones para el derecho a la identidad de los niños nacidos como resultado de ellas.

Por otra parte, si bien esta tesis y la nuestra tienen enunciados bastante parecidos, es de advertir que la tesis considerada como antecedente se enfoca en determinar el derecho a conocer su origen biológico de las personas nacidas por estas técnicas, en base a un análisis doctrinal y opinión recogida mediante una encuesta de estudiantes universitarios de 20 años de edad en promedio, en cambio, nuestra investigación se enfoca en identificar las técnicas de reproducción asistida que tienen mayor incidencia en nuestro país, en ese contexto analizar el derecho de las personas nacidas por estas técnicas a conocer su origen biológico y evaluar si nuestra legislación es suficiente para proteger dicho derecho, lo cual se ha efectuado en base al análisis de la jurisprudencia (06 sentencias), legislación y opinión de 21 Jueces de Familia, recogida mediante una encuesta, así como la doctrina para corroborar los hallazgos, y sobre esa base presentamos una propuesta legislativa

para su mejora. Por ello, el enfoque, la población de estudio y la metodología de trabajo de ambas tesis no son iguales, por lo que esta tesis no restaría la originalidad de nuestra investigación.

- **Pisfil, E. (2019), tesis de maestría titulada: “Propuestas de principios y normas para regular vacío legales en las técnicas de reproducción humana asistida: Legislación peruana”** [Tesis de Maestría], Universidad Nacional de Trujillo.

**Enfoque principal:** Esta tesis básicamente pretende hacer ver que las nuevas realidades sociales generadas por la fecundación post mortem, fecundación in vitro heteróloga, madre sustituta, crio conservación, entre otras, aún no ha encontrado una solución adecuada, existiendo necesidad normas específicas para estos casos.

**Conclusión más significativa:** La conclusión que consideramos que guarda mayor relación con nuestra tesis es la siguiente:

La regulación de las TERHAS en el Perú, debe realizarse teniendo en cuenta lo decidido por la Corte Internacional de Derechos Humanos, puesto que el Perú es signatario de la Convención Americana de Derechos Humanos desde 1981, sin reserva alguna. Estos tópicos son: a) la protección del embrión in vitro es desde du implantación en el útero de la mujer b) la vigencia de los Derechos Reproductivos c) los embriones excedentes, deben limitarse su producción por ciclo, d) la maternidad sustituta y e) la criogenización, y que esta debe hacerse mediante una ley especial. (Pisfil, 2019, p. 159)

**Aporte:** Esta tesis es relevante para el presente estudio porque demuestra que, como resultado de los avances científicos y tecnológicos, nuestro país tiene un déficit normativo en relación con los TERAS, lo que requiere la creación de una regulación específica para proteger los derechos de los intervinientes. Esta tesis, en cuanto a los aspectos relacionados con la variable aplicación de las técnicas de reproducción asistida, sirve como un marco importante para mi investigación. En este sentido, consideramos que el marco teórico, la metodología y los resultados obtenidos son una referencia para el desarrollo de nuestra tesis, incluso si su incidencia relacional es tangencial.

## **2. Las técnicas de reproducción asistida**

### **2.1. La infertilidad de las personas y la reproducción asistida**

Nuestro país siempre se ha considerado un país multilingüe y multicultural porque, durante muchos años, diversas formas culturales o naciones que hablan sus propios idiomas y preservan sus propias culturas han coexistido en todo el país. Esta situación hace que nuestra realidad sea bastante compleja en muchos aspectos de la vida.

La situación descrita ha dado lugar a una amplia gama de estilos de vida entre los peruanos, que afectan a la realidad sociocultural del país, así como a las vidas personales y familiares de sus ciudadanos. Estos estilos de vida, muchos de los cuales son desorganizados, los que han dado lugar a problemas como la mala nutrición, el abuso de alcohol y drogas, el estrés en el lugar de trabajo, la contaminación, etc. Todos estos problemas tienen un impacto directo en la población, causando múltiples enfermedades y, más recientemente, afectando a la fertilidad de las personas.

Tal es así que, en el último Censo Nacional de Población del Perú, al 22 de octubre del año 2017, se ha determinado que la población peruana tendría 31 millones 237 mil 385 habitantes, de los cuales el 49,2% son hombres y el 50,8% son mujeres. De esta población, el 48% (14 993 945) de las personas (varones y mujeres) se encuentran en edad fértil (INEI, 2018), de los que, una cantidad bastante significativa de personas padecen de infertilidad.

No tenemos una cifra oficial del Instituto Nacional de Estadística e Informática sobre este asunto, pues en nuestro país la infertilidad no es considerada como una enfermedad de salud pública. Sin embargo, existen múltiples publicaciones, sobre todo del sector privado, que afirman que la tasa de infertilidad afectaría a un promedio del 15% de parejas o personas en edad fértil, como lo ha señalado el Dr. Edwin Reyes, Coordinador del capítulo de Andrología de la Sociedad Peruana de Urología, en una entrevista en América Noticias con fecha 18 de junio del 2018.

La infertilidad viene entendiéndose como la incapacidad de las personas para lograr el embarazo de la mujer en un período razonable de relaciones sexuales sin

cuidados de anticoncepción. La Organización Mundial de Salud considera que la infertilidad “es una enfermedad del sistema reproductivo que consiste en la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales sin protección regular” (Organización Mundial de la Salud, 2010, p. 7), definición que fue respaldada por el Tribunal Interamericano de Derechos Humanos en el fundamento 62 de la sentencia del caso Artavia Murillo y otros vs Costa Rica, que se decidió el 28 de noviembre de 2012.

Actualmente, la infertilidad es considerada como una enfermedad de salud reproductiva que tiene numerosos efectos en la salud física y psicológica de las personas, así como generador de “consecuencias sociales, que incluyen inestabilidad matrimonial, ansiedad, depresión, aislamiento social y pérdida de estatus social, pérdida de identidad de género, ostracismo y abuso. Genera angustia, depresión, aislamiento y debilita los lazos familiares” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica, 28 de noviembre del 2012, párrafo 288).

La situación descrita nos lleva a creer que las personas infértiles deben recibir una atención y un tratamiento especial, probablemente no para curarlas, pero sí para suplir ese deseo de tener hijos, y las técnicas de reproducción asistida, en sus diversas modalidades, tratadas adecuadamente, serían una opción para lograr la ansiada procreación.

## **2.2. Las técnicas de reproducción asistida**

Las técnicas de reproducción asistida (TERAS) son métodos biomédicos que tienen como objetivo ayudar a las parejas a procrear cuando no pueden hacerlo naturalmente debido a problemas de fertilidad o a condiciones médicas. Como señala Varsi (2013) son “métodos técnicos que sirven para suplir la infertilidad en la persona, brindándoles la posibilidad de tener descendencia. En ningún caso podemos decir que representan una terapia puesto que nada curan, solamente palían los efectos de la esterilidad” (p. 401).

A nivel de la doctrina extranjera, se tiene dicho que las técnicas de reproducción asistida son:

Técnicas empleadas para concebir un ser humano fuera de la intimidad del acto sexual, con la intervención de terceras personas, técnicas en la materia y gran parte de las veces fuera del hábitat natural en que esto acontece, o al menos alterando o interviniendo en tal hábitat. (Ballesteros & Fernández, 2007, p. 490)

En este sentido, las técnicas reproductivas asistidas se refieren a una variedad de técnicas y procedimientos que pueden utilizarse para sustituir o colaborar con uno o más pasos naturales del proceso reproductivo para dar a una persona la oportunidad de tener hijos.

Debe quedar claro que estos métodos no representan una cura para las personas o parejas que padecen esterilidad, sino solo son técnicas de apoyo para que dichas personas puedan concebir el hijo deseado, pero en ningún caso podrá modificar su estado de infertilidad. Como señala Varsi (2013) las técnicas de reproducción asistida:

Son métodos supletorios, no alternativos. Supletorios porque buscan superar una deficiencia biológica o síquica que impide tener descendencia cuando otros métodos han fracasado o resultados ineficaces de manera tal que, como acto médico, robustecen el derecho a la salud reproductiva positiva (poder tener descendencia). No es alternativo, pues siendo la finalidad directa la procreación no puede estar supeditada a la mera voluntad de la persona. (pp. 401-402)

A pesar de lo beneficiosas que sean estas técnicas, eso no significa que puedan utilizarse sin restricciones; más bien, deben utilizarse dentro de determinados parámetros, de acuerdo estricto con la Constitución y las normas internacionales de derechos humanos. El uso y la aplicación de estas técnicas debe tener una valoración bioética, por cuanto “implica la participación en un acto muy personal y privado, como la concepción de un niño, que está relacionado con cuestiones personales como la reproducción y la manipulación del material germinal” (Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2008, p. 11).

### **2.3. Tipos de técnicas de reproducción asistida**

Las técnicas intracorporales y extracorporales son los dos tipos de técnicas utilizadas en la biomedicina, los cuales pasaremos a revisar a continuación:

### **2.3.1. La fecundación intracorpórea**

Estos son métodos en los que la fertilización tiene lugar dentro del sistema reproductivo sin manipulación del embrión por parte de médicos, biólogos u otros profesionales.

Entre este grupo de técnicas encontramos a:

#### **a) La relaciones sexuales dirigidas**

Estas técnicas se utilizan para corregir el problema de procreación de una pareja dirigiendo su actividad reproductiva a los días ovulatorios, provocando que ambos gametos se acerquen.

Son técnicas bastante sencillas, pues sin mayores aparatos o uso de tecnología, mediante ecografías para determinar el día exacto de la ovulación, y se aconseja a la pareja tener relaciones sexuales en esos días para conseguir el resultado deseado.

#### **b) Inseminación artificial (IA).**

Es otra de las técnicas bastante sencillas que consiste “básicamente en depositar los espermatozoides en el aparato genital de la mujer, por medio del instrumental adecuado” (Sociedad Española de Fertilización, 2011, p. 34). Es decir, es una técnica reproductiva asistida que consiste en introducir semen de manera artificial en el aparato genital de la mujer con la finalidad de provocar la fertilización.

Esta técnica es usada cuando el problema es con el hombre, por lo que, el semen se extrae y se implanta artificialmente en el sistema genital de la mujer, permitiendo que se produzca la fertilización natural.

La inseminación artificial puede ser homóloga o heteróloga. Será homóloga “se transfiere a las vías genitales de una mujer casada, semen previamente tomado de



su marido; mientras en la heteróloga el semen no corresponde al marido de la mujer a quien se insemina, sino a una tercera persona” (Aguilar, 2016, p. 327). En estos casos, en la inseminación homóloga no habrá problemas respecto a la identidad de hijo que va nacer, mientras en el caso de la heteróloga sí, pues el espermatozoide no es del marido.

La técnica de inseminación artificial es usada exclusivamente con fines procreativos, sin intervención de alta tecnología, por lo que no existe mayores posibilidades de manipulación genética de los gametos. Es una técnica cuya “finalidad esencial es la procreación, pues el semen se inyecta, de manera directa, pero asistida, en la vagina de la mujer, y no da la posibilidad de realizar experimentación alguna” (Varsi, 2013, pp. 404-405).

### **c) La transferencia intratubárica de gametos (TIG)**

Por este método se extraen los óvulos y los espermatozoides e inmediatamente se introducen en la trompa de Falopio con un catéter.

Para la aplicación de este método se recolectan previamente óvulos, los que se colocan en un tubo delgado y flexible llamado catéter, junto con los espermatozoides que se utilizarán. Esta mezcla se inyecta en las trompas de Falopio mediante el procedimiento denominado laparoscopia. Es un tratamiento sencillo que no implica mayores complicaciones, más que una inyección, usando anestesia general para calmar algunos dolores que pueden generarse.

Es una técnica muy próxima a la fecundación natural, aunque existe probabilidad de que se produzca embarazos múltiples. Su práctica es cada vez menos, podría decirse que ya está en desuso.

### **2.3.2. La fecundación extracorpórea**

Estas son técnicas en las que la fertilización tiene lugar fuera del cuerpo femenino, en un laboratorio con la ayuda de la tecnología, y luego se inserta en el cuerpo de la mujer, como señala Varsi (2013) “busca la unión del espermatozoide y

óvulo en una probeta” (p. 405), por lo que existe la posibilidad de manipulación de los gametos.

Entre las técnicas extracorpóreas más conocidas tenemos:

**a) Fecundación in vitro con transferencia de embriones (FIVET)**

La fecundación in vitro es “un procedimiento en el cual los óvulos de una mujer son removidos de sus ovarios, ellos son entonces fertilizados con espermatozoides en un procedimiento de laboratorio, una vez concluido, el óvulo fertilizado (embrión) es devuelto al útero de la mujer” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica, 28 de noviembre del 2012, párrafo 64).

En similar sentido, Aguilar (2016) nos dice que la fecundación in vitro “es un procedimiento por el cual se extrae el líquido folicular para fusionar luego el óvulo con el espermatozoide extracorpóreamente (in vitro), procediendo más tarde a la implantación del huevo en el útero materno” (p. 328).

En ese sentido, la fecundación in vitro es un tipo de reproducción asistida en el que el óvulo y los espermatozoides se fusionan fuera del cuerpo de la mujer, en un laboratorio (fecundación extracorpórea), y el óvulo fertilizado se implanta en el útero para continuar el embarazo.

Al respecto Sánchez (2019) explica de manera explícita el procedimiento de la fertilización in vitro, diciendo:

En general, la técnica consiste inicialmente en una estimulación ovárica controlada mediante medicamentos aplicados de forma subcutánea o intramuscular con la intención de obtener múltiples folículos, los cuales contienen los ovocitos que después serán aspirados vía vaginal guiado por ultrasonido. Esos ovocitos serán fertilizados en el laboratorio (in vitro) y posteriormente, los ovocitos que sean fertilizados y progresen de manera adecuada a embriones, ya sea en tres o cinco días, serán transferidos a la cavidad uterina. Este proceso, que por lo general dura alrededor de dos semanas, es llamado un ciclo de fertilización in vitro. (p. S23)

Esta es una de las técnicas más usadas en el caso de las técnicas extracorpóreas de fecundación. Por el hecho de que la fecundación se produce fuera del cuerpo de la mujer, se cree que además de buscar la procreación, podría permitir la práctica de la investigación científica en humanos, por ello el recelo que se tiene frente a esta técnica.

La fecundación *in vitro*, en sus inicios mayormente era usada cuando el problema radicaba en la mujer, pero a la fecha las cosas han cambiado. Como señala Sánchez (2019) “se diseñó en principio para superar el problema de la infertilidad tubárica, ahora representa el tratamiento de elección para la infertilidad inexplicada, infertilidad por factor masculino, endometriosis y la disfunción ovárica resistente a la inducción de la ovulación” (p. S23).

La fertilización *in vitro* puede dar lugar a una fertilización homóloga, heteróloga o mixta. Cuando la fertilización es homóloga, hay pocos problemas legales, pero cuando es heterosexual o mixta, hay numerosos problemas, ya que se pueden presentar varios escenarios: Puede darse la fertilización del óvulo de una mujer casada con espermatozoides de un hombre distinto de su cónyuge; o el espermatozoides pertenece al marido pero el óvulo es de una mujer que no es la cónyuge; o tanto el óvulo como el espermatozoides pertenecen a terceros fuera de la pareja casada (Transferencia de embriones).

En cualquiera de los casos podría plantearse múltiples problemas, pues pueden crearse distorsiones en la paternidad legal y biológica mediante el uso de técnicas heterológicas y mixtas, porque en la primera, el padre biológico será diferente del padre legal, y en la última, no hay certeza de la paternidad porque no se sabe a quién pertenece el material genético que ha conseguido fecundar al óvulo. Además, si la mujer es infértil y no puede tratar la esterilidad, es más probable que se requiera una madre portadora o una madre sustitutiva, lo que crea otro problema.

A pesar de cualquier crítica o pregunta que pueda existir sobre estas técnicas, nos enfrentamos a una realidad que no puede ser ocultada o negada: la ciencia y la tecnología han avanzado hasta el punto de suplantar artificialmente la esperada procreación, permitiendo que el sueño de los que, a pesar de tener voluntad

procreativa, no puedan tener hijos se convierta en una realidad. Sin embargo, también abre un camino que, si no se controla, podría tener un impacto en los derechos e incluso en la propia humanidad.

**b) La inyección intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI).**

La inyección citoplasmática de espermatozoides es una técnica de reproducción asistida similar a la fecundación in vitro, que “consiste en un desarrollo posterior de la FIVET y se realizan mediante la inserción mecánica del espermatozoide, su núcleo o de células espermáticas inmaduras en el espacio perivitelino o en el interior del ovocito” (Santamaría, 2000, p. 44).

En casos graves de infertilidad, este método es el más utilizado. Se utiliza más comúnmente cuando los hombres tienen problemas de fertilidad y sus espermatozoides no pueden pasar por la pared ovárica por sí solos. También se utiliza en el caso de las mujeres que no producen ovocitos de alta calidad o que tienen un pequeño número de folículos al realizar punción ovárica.

La inyección intracitoplasmática se utiliza más comúnmente en parejas que han intentado y fallado a concebir utilizando la técnica de fertilización in vitro, pues es una de las técnicas que hecho posible “que formas severas de infertilidad alcancen porcentajes altos de fertilización” (Sánchez, 2019, p. S23). Es una técnica moderna que abre mayores posibilidades para que las parejas infértiles puedan lograr tener hijos.

Sobre el procedimiento que se sigue en la técnica de inyección citoplasmática de espermatozoides, Sánchez (2019) nos dice:

Se refiere a una técnica en la que se inyecta un solo espermatozoide de manera directa en el citoplasma de un ovocito maduro. Este procedimiento se realiza como parte de un ciclo de fertilización in vitro y proporciona un método eficaz para ayudar a la fertilización en hombres con parámetros de semen alterados o que experimentaron tasas de fertilización nulas o bajas después de la FIV convencional. (p. S24)

De manera que, la inyección intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI) es una técnica de reproducción asistida que se practica en casos graves de infertilidad, mayormente cuando la infertilidad es del varón y todo el tratamiento se efectúa de manera extracorpórea, por lo que es una técnica abierta a la posibilidad de manipulación y experimentación con material genético humano.

En la práctica de esta técnica pueden presentarse los casos de fecundación homóloga, heteróloga o mixta. Similar que en la fecundación in vitro, en los casos de fecundación heteróloga o mixta, se presentan múltiples problemas legales respecto a la paternidad/maternidad y la identidad del concebido o nacido mediante esta técnica.

### **2.3.3. La maternidad subrogada**

La maternidad subrogada no es netamente una técnica de reproducción asistida, sino una técnica de ayuda para éstas, cuando la mujer es infértil o que por razones médicas no pueda completar la gestación. Por lo que, ésta es entendida como:

Una técnica mediante la cual una mujer gesta a un niño o niña por encargo de otra persona o de una pareja ante quien o quienes se compromete a entregar al recién nacido renunciando a sus propios derechos de madre, por lo general a cambio de una suma de dinero. (Camacho, 2009, p. 1)

De modo que, la maternidad subrogada supone el nacimiento de un niño o niña que es gestado por una mujer ajena a quien desea tener al hijo, ya sea una pareja con problemas de infertilidad, una mujer soltera o un hombre que desea tener descendencia.

Para usar esta técnica, se combina con alguna de las alternativas que ofrece la reproducción humana asistida, “inseminación artificial si el óvulo va ser aportado por la mujer que va a gestar, o fecundación in vitro en caso que va ser implantando un embrión fecundado en exterior” (Jouve, 2017, p. 154). Es aquí donde se presentan los problemas sobre la paternidad o maternidad del menor respecto a su identidad.

#### **2.3.3.1. Tipos de maternidad subrogada**

Con el avance de la ciencia y la tecnología cada vez más surgen áreas específicas para la atención de la salud humana, eso también hace que exista diversidad de técnicas de reproducción asistida y por ende modalidades de maternidad subrogada, por lo que no resulta fácil determinar los diversos tipos o modalidades de esta técnica. Sin embargo, a nivel doctrinal se habla de maternidad subrogada plena y parcial:

La gestación subrogada convencional tiene dos modalidades: total o plena y parcial. En el primer escenario, la madre subrogada es también la madre genética, ya que sus propios óvulos son fecundados con el semen de un padre voluntario o de un donante. En la maternidad subrogada parcial, la concepción tiene lugar a partir del óvulo u óvulos de una mujer diferente de la madre subrogada, que normalmente es la madre comitente. Si esta última no puede producir óvulos o no lo puede hacer en condiciones de viabilidad, los aporta otra mujer relacionada con ella por razón de amistad o parentesco o bien, una donante anónima. (Scotti, 2012, p. 275)

Por otra parte, Varsi (2001) nos habla de cuatro tipos de maternidad subrogada, en los siguientes términos:

Pueden ser: a) Madre portadora, cuando una mujer produce ovocitos pero sufre de una deficiencia uterina o física para llevar un embarazo, proporciona a su ovocito esperma de su marido y el embarazo lo lleva otra persona (Subrogación parcial); b) Madre sustituta, cuando la mujer no genera óvulos y tampoco puede gestar, por lo que otra mujer gestará por ella, aportando su óvulo y con espermatozoides del marido (Subrogación plena); c) Ovodonación, cuando la mujer tiene deficiencia ovárica, pero puede gestar, por lo que requerirá óvulo de otra mujer y espermatozoides del marido (Subrogación parcial) y d) Embriodonación, cuando la infertilidad es de la pareja, por lo que otra mujer gesta para ellos, sin intervención de los elementos genéticos de la pareja (Subrogación total). (p. 264).

De esta manera, podemos hablar de maternidad subrogada plena o parcial, conforme con qué elementos genéticos se forma el embrión y justamente ello también será un factor que provoque problemas en la determinación de la identidad de los que nacen mediante esta técnica.

### **2.3.3.2. Problemas que se presentan en la maternidad subrogada**

La maternidad de subrogación se viene constituyendo en una opción para la mujer infértil, cuando su situación no puede resolverse por medios médicos o farmacológicos. Sin embargo, en su utilización, en muchos casos entra en juego el caso de la identidad del concebido o nacido por ella.

Cuando se utiliza la técnica de fertilización in vitro, es posible la presencia de hasta tres tipos de figuras maternas: genética, que proporciona los gametos para la fertilización; subrogativa, que consiste la implantación del embrión en su vientre hasta el parto; y la madre contratante, que solicita la donación de huevos y se conoce como madre intencional.

En ese ámbito surgen algunas interrogantes: ¿quién de las tres es la madre del nacido?, porque se dan casos en que una proporciona el óvulo, otra gesta y pare al bebé, pero es otra persona que solicita o contrata el nacimiento. En esas condiciones ¿Cuál es la identidad del nacido mediante técnica? No hay una respuesta única, especialmente teniendo en cuenta la falta de legislación en nuestro país. Esta incertidumbre tiene un impacto en los derechos de las personas que utilizan estas técnicas, especialmente en los niños que nacen como resultado de ellas.

Nuestro ordenamiento jurídico, para determinar la relación parental en caso de la mujer acude la presunción “*mater semper certa est*”, sin embargo, en el caso de la maternidad subrogada la aplicación de este principio no siempre tiene validez. Pues en este caso, no se puede determinar con facilidad la madre de niño o niña que nació, por cuanto dependerá de quien aporta el elemento genético femenino, porque la mujer que gesta podría ser con su propio óvulo, con el óvulo de la contratante o con de una tercera cedente, por lo que no es fácil decir con certeza quien es la madre.

Nuestras regulaciones tampoco dan respuesta a estos casos. El artículo 7° de la Ley General de Salud, exigiendo que la madre genética y la madre embarazada sean la misma persona, no reconoce el caso de la maternidad subrogada, lo que crea una brecha que hace imposible garantizar el derecho a la identidad de los nacidos a través de esta técnica, pues no pueden “reconocerse y a ser reconocido en todos los términos de la existencia, física, psíquica y espiritual” (Rubio, 2017, p. 22).

#### **2.4. La verdad biológica en la aplicación de las técnicas de reproducción asistida**

La verdad biológica viene a ser la situación o hecho biológico que acredita el origen biológico de la persona, demuestra con certeza la relación biológica entre padre e hijo.

A nivel doctrina no existe opinión única, pero se entiende que la verdad biológica:

Está referida a la transferencia de genes entre progenitores y generados, favor veritatis. Utiliza el presupuesto biológico o genético de la filiación, dejando de lado el aspecto social. El sistema legal tiende a ello, favoreciendo la determinación de la filiación conforme a la realidad biológica. Se sustenta en el vínculo biológico, el ADN. (Varsi, 2017, p. 115)

Entonces, la verdad biológica está vinculada al origen biológico de una persona, por lo que cuando hablamos de determinar la verdad biológica de un niño, hablamos de determinar el vínculo biológico del niño con sus padres biológicos, que suele realizarse a través de una prueba de ADN.

La determinación de la verdad biológica ayuda a identificar a una persona y, en el caso de los niños, a establecer un vínculo con sus ascendientes y descendientes, sirviendo como la base de la filiación y el creador de la identidad de una persona. Sin embargo, en el contexto de las técnicas de reproducción asistida, determinarla plantea una serie de problemas que justamente trataremos en esta tesis.

El progreso científico ha ayudado a la humanidad a satisfacer muchas necesidades, como el deseo de ser padre o madre de personas que no han podido hacerlo durante años; sin embargo, también ha generado problemas. Como ejemplo, el caso de determinación de la identidad de los niños nacidos a través de técnicas reproductivas asistidas, como la inseminación artificial o la fertilización in vitro heterólogas, puede ser difícil. Debido a esas dificultades muchos niños se quedan sin conocer a sus padres.

#### **2.5. La bioética y las técnicas de reproducción asistida**



En la utilización de las técnicas de reproducción asistida, sobre todo en las extracorpóreas, está presente la posibilidad de manipulación del material genético humano, así como la afectación de ciertos derechos de los concebidos o nacidos por medio de las mismas, por lo que se debe tener en cuenta la valoración bioética acerca de estas técnicas.

En nuestro país, la Bioética cuenta con un marco legal expresado en Decreto Supremo N° 013-2001-SA, mediante el cual desde abril de 2001 se crea, en el Ministerio de Salud, el Consejo Nacional de Bioética, que es responsable de salvaguardar los derechos y el bienestar de las personas que participan como sujetos de experimentación en proyectos de investigación científica, al tiempo que se adhiere a principios éticos, bioéticos y deontológicos en diversas etapas del proceso de investigación

Asimismo, tenemos el Decreto Supremo N° 011-2011-JUS, publicado en julio de 2011, norma que aprueba los “Lineamientos para garantizar el ejercicio de la Bioética desde el reconocimiento de los Derechos Humanos”, por lo que, como expresa el artículo 2° de dicha norma, estos lineamientos se dan:

Para garantizar el ejercicio de la Bioética, desde el reconocimiento de los derechos humanos, constituyen un referente vinculante para toda la investigación y aplicación científica y tecnológica en torno a la vida humana en el país y se interpretan de modo unitario e integral, destacando primordialmente el respeto de la persona humana y su inherente dignidad. (D. S. N° 011-2011-JUS, del 27 de julio de 2011, artículo 2°)

De modo que, como manifiesta Torres (2014), este Decreto Supremo “se constituye en la primera fuente normativa que garantiza el ejercicio de la Bioética en nuestra legislación nacional” (pp. 43-44).

Como señala esta normativa, en la práctica de las técnicas de reproducción asistida, se debe desarrollar respetando los principios de:

- a) **Respeto de la dignidad humana**, por cuanto por mandato constitucional la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad es el fin supremo que la

sociedad y el Estado debe tener en cuenta, por lo tanto, es el fundamento para que las personas ejerciten todos los derechos que le son propios.

- b) **Primacía del ser humano y de defensa de la vida física**, porque los intereses humanos deben tener prioridad sobre los científicos. Las investigaciones y las aplicaciones científicas y tecnológicas deben buscar beneficiar a toda la persona, poniendo la ciencia al servicio de la gente en lugar de utilizar a la gente como objeto de investigación.
- c) **Autonomía y responsabilidad persona**, porque la autonomía debe estar siempre orientada hacia el bien de la persona humana y nunca puede estar en conflicto con su dignidad, la autonomía tanto del paciente como del médico que lo trata debe ser considerada en el campo médico y en la práctica de TERAS.
- d) **Principio de totalidad o principio terapéutico**, porque la totalidad física, espiritual y psicológica de una persona debe respetarse en la comprensión de que la corporalidad humana es un todo unitario. Este principio, también conocido como principio terapéutico, rige la legalidad y la obligación de la terapia médica y quirúrgica.
- e) **Principio de sociabilidad y subsidiaridad**, ello porque la vida y la salud son un bien social y personal. Cada individuo debe comprometerse a considerar su propia vida y salud, así como las de los demás, como un verdadero bien. La subsidiariedad debe comenzar con un respeto por la autonomía del paciente, que incluye prestar atención a sus necesidades sin sacrificar su capacidad de decidir y actuar.
- f) **Principio de beneficencia y ausencia de daño**, por lo que al fomentar y aplicar el conocimiento científico, la práctica médica y las tecnologías conexas se debe tener como objetivo el bien del paciente, como persona individual y en su concreta situación familiar y social.
- g) **Principio de igualdad, justicia y equidad**, pues toda investigación, aplicación científica y tecnológica en torno a la vida humana siempre debe tener presente la igualdad ontológica de todos los seres humanos, sin distinguir la etapa de vida en la que se encuentre, por lo que toda persona, sean concebidos, niños, adolescentes, jóvenes o adultos deben ser respetados y protegidos, su vida y su dignidad debe ser considerado prioritario.

Estos lineamientos constituyen normas guías en la práctica médica con humanos, por lo que también en la práctica de las técnicas de reproducción asistida, sin embargo, éstas solo son ayudas y exhortaciones, sobre todo de carácter moral y ético, pues no cuenta con una norma prohibitiva de ejecución inmediata, por lo que el riesgo de que la persona humana esté expuesta a prácticas que puedan distorsionar sus fines y sus derechos es latente.

### **3. Derecho a la identidad y las técnicas de reproducción asistida**

#### **3.1. La identidad personal**

El diccionario de la Real Academia Española (RAE) señala que la identidad es ese “conjunto de rasgos propios de un individuo o de una colectividad que los caracterizan frente a los demás. Conciencia que una persona tiene de ser ella misma y distinta a las demás” (RAE, 2014).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) señala que la identidad se puede definir “como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad” (CIDH, Opinión Consultiva OC-24/17, 24 de noviembre 2017, párrafo 90).

El Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (MIMP) señalan que la identidad personal es:

La imagen de la persona, que se proyecta a través de rasgos y signos característicos que son inherentes a ella y que la diferencian de las demás; estos rasgos son invariables en el tiempo y permiten a los demás conocer a la persona en sí misma, en lo que real y específicamente ella es. (MIMP, 2016, p. 1)

De modo que la identidad personal se encuentra definido por los atributos y las características que hacen que cada persona tenga una singularidad única y distinta a las demás. Por ello, Fernández (2015) con mucho acierto señala que la identidad personal está comprendida por:

Todo aquello que hace que cada cual sea ‘uno mismo’ y no ‘otro’, y estas características se proyectan hacia el mundo exterior, se fenomenaliza, y permite a los

demás conocer a la persona, a cierta persona, en su ‘mismidad’, en lo que ella es en cuanto específico ser humano. (p. 116)

Siendo así, la identidad personal viene a ser ese conjunto de características propias de cada persona que le hace diferente a las demás. Es el sello característico de cada persona, que a pesar de ser estructuralmente igual a los demás, tiene una particularidad que le hace diferente, tanto en los aspectos biológicos, culturales, lingüísticos, religiosos y sociales.

### **3.2. Dimensiones de la identidad personal**

La identidad personal comienza con el mismo nacimiento de la persona y fenece con la muerte de la misma. Nace con sus propias características como sexo, herencia, color de piel, nacionalidad, etc. y durante toda su vida va construyendo ciertas características y cualidades que le son propias, como ejercicio profesional, inclinaciones religiosas, políticas, etc.

Se puede distinguir dos dimensiones en la identidad de una persona, una que mantiene su constancia desde el nacimiento y otra que se desarrolla a medida que transcurre el tiempo. Fernández (2015) nos dice que “los atributos y características que, en su totalidad, definen objetivamente la personalidad que exterioriza, pueden tener la calidad de elementos estáticos, invariables salvo excepciones, o dinámicos, fluidos, en proceso de cambio y de enriquecimiento” (p. 116).

Esta característica bidimensional de la identidad personal también ha sido reconocida por la Corte Suprema de la República en la Casación N° 950-2016-Arequipa, cuando dice que la identidad personal debe ser protegido en sus dos aspectos:

El estático que está restringido a la identificación (fecha de nacimiento, nombre, apellido y aún estado civil) y el dinámico, más amplio y más importante ya que está referido a que la persona conozca cuál es su específica verdad personal, pues el ser humano, en tanto unidad psicosomática, es complejo y contiene múltiples aspectos vinculados entre sí, de carácter espiritual, psicológico o somático, que lo definen e identifican, así como existen aspectos de índole cultural, ideológicos, religiosos o

políticos, las relaciones familiares, las que se instituyen inmediatamente que se conocen quienes son los padres que también contribuyen a delimitar la personalidad de cada sujeto. (Sala Civil Permanente, Casación N° 950-2016-Arequipa, 29 de noviembre del 2017, Segundo Considerando)

De manera que, el derecho a la identidad se manifiesta en dos planos o dimensiones, por ejemplo, hay ciertas características físicas y biológicas de las personas que generalmente permanecen invariables en el tiempo, por ejemplo el lugar de nacimiento, código genético, los progenitores, los apellidos, etc., pero también hay otras características que están en constante cambio y desarrollo, como las creencias, inclinaciones políticas, actitudes, el desarrollo profesional, etc.

Para fines del presente trabajo es muy importante entender ambas dimensiones de la identidad. En la identidad estática, interesa conocer la identidad de la persona a partir de su identidad biológica o filiación sanguínea, toda vez que si el código genético de la persona no cambia, tampoco cambia la identidad biológica. Como señala Zannoni (1998):

La identidad filiatoria está constituida por el dato biológico: la procreación del hijo. O, el presupuesto biológico del vínculo jurídico, y desde el punto de vista de la existencia de tal presupuesto biológico, la identidad filiatoria, presupone el arraigo de vínculos paterno-filiales asumidos y recíprocamente aceptados por padres e hijos en el contexto de relaciones familiares (particularmente, es obvio, de las relaciones paterno-filiales. (p. 159)

Por otra parte, existen otras cualidades que sí cambian, se desarrollan, se acomodan conforme avanza el tiempo y se desarrolla la persona. Por ello, en muchos casos la identidad de la persona no va estar dado solamente por la identidad biológica, por ejemplo, en el caso de la maternidad subrogada, donde no solo se habla de la identidad biológica, sino de la identidad psicoafectiva, pues como señalan Medina y Roveda (2016) “la filiación surge de la intención de ser padres independientes del nexo biológico y es una de las consecuencias de reproducirse sin sexo” (p. 514).

De esta manera, queda claro que la identidad de la persona humana se desarrolla en dos planos, una estática y otra dinámica, constituyendo, sin embargo,

cualidades de la misma persona, merecedoras de protección para su cabal desarrollo y ejercicio.

### 3.3. El derecho a la identidad

Es necesario distinguir el derecho a la identidad de la identidad misma. La identidad de una persona está conformada por todos aquellos atributos y características que hace que una persona sea uno mismo y no otro. Mientras el derecho a la identidad es el derecho de toda persona a que se le reconozca y se respete esa identidad.

El derecho a la identidad nace desde nuestra Constitución Política (CP), cuando en el numeral 1) de su artículo 2° establece que “toda persona tiene derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece” (CP, 1993, artículo 2.1); así como del numeral 1) del artículo 8° de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), que establece que “los Estados partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas” (CDN, 1989, artículo 8.1), norma que al haber sido ratificado por nuestro estado forma parte de nuestro derecho interno y tiene rango constitucional.

Así, el derecho a la identidad es un derecho de rango constitucional, que protege todos los elementos que identifican a una persona. Justamente por ello, el Tribunal Constitucional ha señalado que:

Entre los atributos esenciales de la persona, ocupa un lugar primordial el derecho a la identidad consagrado en el inciso 1) del artículo 2° de la Carta Magna, entendido como el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo cómo es. Vale decir, el derecho a ser individualizado conforme a determinados rasgos distintivos, esencialmente de carácter objetivo, como nombres, seudónimos, registros, herencia genética, características corporales, etc. y aquellos otros que se derivan del propio desarrollo y comportamiento personal, más bien de carácter subjetivo, como ideología, identidad cultural, valores, reputación, entre otros. (STC, Exp. N° 2273-2005-PHC/TC, 20 de abril 2006, FJ. 21)

En similar sentido, se han pronunciado Rubio, Eguiguren y Bernales (2017) cuando nos dicen que el derecho a la identidad es aquel derecho que:

Protege a la persona en lo que constituye su propio reconocimiento: quién y cómo es. Comprende diversos aspectos de la persona que van desde los más estrictamente físicos y biológicos (su herencia genética, sus características corporales, etc.) hasta los de mayor desarrollo espiritual (sus talentos su ideología, su identidad cultural, sus valores, su honor, reputación, y así sucesivamente), lo que no son separados sino un conjunto inseparable y completo. (p. 111)

En ese sentido, el derecho a la identidad es el derecho constitucional o derecho fundamental que protege los atributos y las cualidades de cada persona que le hacen ser lo que es y no otro, que le hace diferente y único en la vida, así en su dimensión estática como dinámica.

### **3.4. Protección jurídica del derecho a la identidad**

Cuando hablamos del derecho a la identidad de la persona, estamos refiriéndonos tanto a niños, adolescentes, jóvenes y adultos, puesto que, conforme a nuestra legislación, así como la legislación internacional sobre derechos humanos, todos son considerados sujetos de derecho.

Nuestra Carta Magna en el numeral 1) de su artículo 2° señala: “Toda persona tiene derecho: 1) A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece” (Constitución, 1993, artículo 2).

Mediante esta norma nuestra Constitución reconoce de manera expresa que es derecho de toda persona la protección de su identidad, derecho que comprende tanto al derecho a tener un nombre y apellidos, conocer a sus padres y a una nacionalidad, y que el Estado reconozca es personalidad.

A nivel de normas internacionales de derechos humanos, la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 6° señala que “todo ser humano

tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica” (DUDH, 1959, artículo 6).

Similarmente, la Convención Americana sobre los Derechos Humanos en su artículo 3° ha reconocido que “toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”, y en su artículo 18° señala que “Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario” (CADH, 1969, artículo 18°).

También el artículo 16° del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y políticos señala que “todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica” (PIDCP, 1976, artículo 16°), y similarmente el artículo 7° de la Convención sobre los Derechos del Niño nos dice que el niño “será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos” (CDN, 1989, artículo 7).

El sustento normativo constitucional del derecho a la identidad lo proporcionan estas normas. Debe ser claro que Perú ha ratificado estas declaraciones internacionales de derechos humanos, y que ahora forman parte de nuestro derecho nacional, en vigor, y de alcance constitucional, vinculantes para todos los órganos públicos y privados, de acuerdo con el artículo 55° de la Constitución.

A nivel de nuestras normas legales, el Código de Niños y Adolescentes en su artículo 6° nos dice que el niño y el adolescente “tienen derecho a la identidad, lo que incluye el derecho a tener un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y llevar sus apellidos. A desarrollar su personalidad” (CNA, 2000, artículo 6). De modo que, todo niño y todo adolescente tiene derecho a tener un nombre que incluye los apellidos, a una nacionalidad que normalmente es la de los padres y a conocer a sus padres, lo que le identificará con una familia y una nación.

#### **3.4.1. Contenido del derecho a la identidad**



El derecho a la identidad ha sido consagrado en la Constitución de nuestro país, aunque sin especificar el alcance y el contenido de este derecho. Este derecho constitucionalmente reconocido, se complementa con lo establecido en el artículo 6° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el artículo 1) del artículo 8° de la Convención sobre los Derechos del Niño, normas que forman parte de nuestro derecho interno y de rango constitucional en nuestro país. En este último se hace referencia a algunos elementos que integran el contenido del derecho a la identidad.

Igualmente, a partir del artículo 6° del Código de Niños y Adolescentes, referidos puntos arriba, está claro que el derecho a la identidad implica mayormente que el niño tiene derecho a un nombre, a la nacionalidad, a conocer a sus padres y llevar sus apellidos, que serían los derechos concernientes a la identidad estática, pero cuando nos dice que tiene derecho al desarrollo integral de su personalidad, nos está hablando sobre la identidad dinámica, la misma que va construyéndose a medida que transcurre el tiempo y se desarrolla la persona.

Asimismo, el Tribunal Constitucional, Expediente N° 04509-2011-PA/TC, ha dejado establecido que el derecho a la identidad se encuentra constituido por elementos objetivos y subjetivos, y “entre los primeros cabe mencionar los nombres, los seudónimos, los registros, la herencia genética, las características corporales, etc., mientras que entre los segundos se encuentran la ideología, la identidad cultural, los valores, la reputación, etc.” (STC, Exp. N° 04509-2011-PA/TC, 11 de julio 2012, FJ. 9)

En similar sentido se ha pronunciado nuestra Corte Suprema, por ejemplo en la Corte Suprema en la Casación N° 950-2016-Arequipa, ha señalado que “el estático está restringido a la identificación (fecha de nacimiento, nombre, apellido y aún estado civil) y el dinámico, más amplio y más importante ya que está referido a que la persona conozca cuál es su específica verdad personal” (Sala Civil Permanente, Casación N° 950-2016-Arequipa, 29 de noviembre del 2017, Segundo Considerando).

Entre los que más resaltan encontramos los siguientes:

**a) El derecho al nombre y apellidos**

El nombre es el dato o signo más importante de identificación de una persona. Como señala Torres (2016):

Constituye un derecho fundamental, inalienable (no se puede enajenar), imprescriptible (no se adquiere por el uso ni se pierde por dejar de usarlo durante cierto tiempo), irrenunciable (nadie puede negarse a tener un nombre), inmutable (no puede ser modificado arbitrariamente, sino bajo control judicial o en otros casos previstos por la ley: matrimonio, divorcio, adopción, etc.), indivisible (no puede ser mutilado arbitrariamente), tiene función identificadora. (p. 194)

Respecto al nombre, que incluye los apellidos, nuestro Código Civil, en sus artículos 19, 20 y 21, regula como un derecho fundamental que refleja la identidad de la persona, pues el nombre constituye una expresión visible y social de la persona que “sirve para identificar e individualizar a la persona dentro de la familia y la sociedad, por lo que adquiere singular importancia dentro de los derechos fundamentales de la persona” (Varsi, 2014, pp. 621-622).

#### **b) El derecho a la nacionalidad**

La nacionalidad es el derecho de toda persona ser considerado natural del lugar donde ha nacido, que le identifica con esa nación. Por ello, tanto nuestra legislación, así como la legislación internacional consideran a la nacionalidad como un componente del derecho a la identidad.

Por la naturaleza del presente trabajo, este componente de la identidad de la persona no tendría mayor relevancia, por lo que solo hacemos esta breve referencia.

#### **c) Derecho de conocer a sus padres y llevar sus apellidos**

El derecho a conocer a sus padres necesariamente implica el conocer la verdad biológica de su persona, lo que determina justamente su identidad biológica o genética.

El derecho a la identidad biológica o genética está referido al derecho de conocer la fuente de donde proviene la vida de una determinada persona, que implica

conocer a las personas que colaboraron con los cromosomas que dieron origen a su vida. Por lo que, como señala Varsi (2013) “implica un reconocimiento a la revelación del propio ser” (Varsi, 2013, p. 447).

El conocer a sus padres, otorga al niño el estado de familia y de pertenencia a una familia, lo que generalmente es un deseo natural de toda persona. Como señala Apud (2013) implica:

Poder conocer su propia génesis, su procedencia, es aspiración connatural del ser humano que, incluyendo lo biológico, lo trasciende. Tender a encontrar raíces que den razón del presente a la luz del pasado, permite reencontrar una historia única e irrepetible en el movimiento de su vida. (p. 1)

Además de estos derechos, hay otros de naturaleza dinámica que cambian y se consolidan con el tiempo, dependiendo de la familia y las relaciones sociales de la persona. Entre ellos están sus sentimientos por su familia, sus creencias e inclinaciones religiosas, políticas y filosóficas, entre otras, que formarán su personalidad con el tiempo.

### **3.4.2. El derecho a la identidad como derecho fundamental**

Los derechos fundamentales son “el conjunto de derechos y libertades que, por ser inherentes al ser humano, se encuentran reconocidos en el ordenamiento jurídico constitucional” (Rubio et al., 2017, p. 19). Es decir, aquellos derechos inherentes a la persona humana que fueron reconocidos en cartas y pactos internacionales (derechos humanos), constituyen derechos fundamentales cuando “se encuentran garantizados y tutelados expresa o implícitamente por el ordenamiento constitucional de un Estado en particular” (García, 2022, p. 27).

El derecho a la identidad ha sido consagrado en el artículo 6° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el artículo 3° y 18° de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, así como en el artículo 16° del Pacto Internacional de los Derechos Civil, por lo que constituye un derecho humano, por lo que este mismo derecho, al haber sido también reconocido en el inciso 1) del artículo

2° de nuestra Constitución Política, en nuestro goza de la categoría de derecho fundamental.

Siendo que el derecho a la identidad es un derecho fundamental, éste es vinculante para todas las personas, autoridades y el Estado mismo. Pues, como señala el Tribunal Constitucional “conforme al artículo 38° de la Constitución, todos tienen el deber de respetar, cumplir y defender la Constitución, de donde se desprende que los derechos fundamentales vinculan no sólo a los poderes públicos sino también a los particulares” (Tribunal Constitucional, Exp. N° 1848-2004-AA/TC, 26 de agosto 2004, Fundamento jurídico 2).

En este sentido, el derecho a la identidad tiene prioridad frente a otros derechos. Po lo que, si el derecho a la identidad con otro derecho están en conflicto, el derecho a la identidad sería de prioridad. Por ejemplo, en el caso de las técnicas de reproducción asistida, si se debate el derecho a conocer la identidad de los nacidos por esta técnica con el derecho a no revelar la identidad de los donantes de gametos masculinos o femeninos, el derecho de los menores sería prioritario.

En ese sentido, el derecho a la identidad tiene preeminencia sobre cualquier otro derecho. Por lo que, si existe conflicto entre el derecho a la identidad y cualquier otro derecho, el derecho a la identidad debe prevalecer. Por ejemplo, en el caso de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, si se discute el derecho a no revelar la identidad de los donantes de los gametos masculinos o femeninos frente al derecho a la verdad biológica (conocer la identidad biológica) de los hijos nacidos mediante estas técnicas, prevalecería la segunda.

### **3.4.3. El derecho a la identidad como manifestación de la dignidad**

La Constitución Política del Perú en su artículo 1° señala que “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado” (Constitución, 1993, artículo 1°), hace que nos demos cuenta de que la dignidad es un valor y un principio inherente al ser humano y en base a ella se construyen los derechos y las libertades de las personas.

Al considerar a la persona, así como el respeto a su dignidad, como el centro de protección del Estado y la sociedad, nos hace ver que la persona es un fin en sí mismo, digno de respeto y protección. Es pues la persona humana “un ser que tiene fines propios de cumplir por sí mismo, por lo que no debe ser un mero medio para fines extraños o ajenos a los suyos propios” (Recasens, 2008, p. 548).

En ese sentido, siendo la dignidad de la persona el valor supremo y principio nuclear de la persona, hace que sea inevitable y primordial su consideración en cualquier discusión sobre los derechos fundamentales de las personas. Por ello, como bien lo ha dicho el Tribunal Constitucional peruano, la dignidad “constituye el fundamento esencial de todos los derechos que, con calidad de fundamentales, habilita el ordenamiento” (STC, Exp. N° 02273-2005-PHC/TC, 20 de abril de 2006, FJ. 5).

Como bien ha señalado Landa (2017), la dignidad “es un valor supremo de la Constitución que fundamenta los derechos fundamentales de la persona, así como delimita los fines que el Estado debe cumplir” (p. 17). En ese entender, el derecho a la identidad, como derecho fundamental, se sustenta y constituye una manifestación de la dignidad, pues como señala Espezúa (2008) la dignidad “es la fusión de la identidad, de la libertad y de los derechos de la personalidad, por lo que se ubica como un valor subjetivo, un principio rector de valoración y realización de la persona humana” (p. 62).

### **3.5. El derecho a la identidad y las técnicas de reproducción asistida**

#### **3.5.1. Derecho a la identidad biológica**

La identidad biológica “es la manera como se individualiza a una persona a través del material genético” (Ibarra & Posada, 2014, p. 3). Es la particularidad de cada persona debido a su origen genético.

De esta manera, la identidad biológica constituye parte de la identidad personal toda persona. Por lo que el derecho a la identidad biológica o identidad genética, se materializa en el derecho que toda persona tiene de “conocer la fuente de donde proviene su vida, la dotación cromosómica y genética particular, así como los transmisores de ella –los progenitores o padres– y el entorno del medio en que se expresan los genes” (Varsi, 2013, pp. 447-448).

La identidad biológica o genética de los hijos debería corresponderse con de sus padres, pero en la realidad, no siempre existe esta coincidencia. Esta situación aún más se complica con el uso de las técnicas de reproducción artificial, pues en estos ámbitos, la concepción no siempre se produce con elementos genéticos de los padres, sino puede haber la participación de elementos genéticos de terceras personas, con lo que la determinación de la identidad biológica se complica.

Si bien en los casos de procreación mediante las técnicas de reproducción asistida, en los casos de fecundación heteróloga, hay la consigna para que el donante o la donante permanezcan anónimos, también es cierto, como señala Espinoza (2019) “tanto el hijo adoptivo, como el que es producto de las técnicas de reproducción asistida, cuando cumplan la mayoría de edad, tienen el derecho de conocer quién fue su progenitor biológico para defender sus intereses, incluyendo su salud” (pp. 2014-215)

### **3.5.2. Protección de la identidad biológica en la aplicación de las técnicas de reproducción asistida**

Para nuestra Constitución la protección de la persona y de su dignidad constituyen la finalidad máxima del Estado, así como de la sociedad (artículo 1), por lo que también, la protección de la identidad de la persona (artículo 2), que no es otro, sino la manifestación de su dignidad, tal como señalamos en los puntos anteriores. Entonces, siendo la identidad biológica, parte integrante del derecho a la identidad, también encuentra su sustento y protección en la Constitución.

Por otra parte, la Convención sobre Derechos del Niño, en el numeral 1) de su artículo 8 de manera expresa señala que “los Estados partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas” (CDN, 1989, artículo 8.1.). Es decir la protección del derecho a la identidad, por lo que también su derecho a la identidad genética, es un compromiso y obligación de cada Estado. Esta norma forma parte de nuestro derecho interno, al haber sido ratificado por nuestro Estado.

Asimismo, en nuestra normativa legal interna, el artículo 6° del Código de Niños y Adolescentes, ha regulado de manera expresa sobre la protección del derecho a la identidad de los niños, niñas y adolescentes, especificando que todos ellos, tienen el derecho a conocer a sus padres, como también a llevar sus apellidos. En similar situación se manifiesta el Código Civil peruano.

#### **4. La filiación y el derecho a la identidad del menor nacido por técnicas de reproducción asistida**

Cuando hablamos de filiación de manera inmediata pensamos en la descendencia, de lazo que une a una persona con sus ascendientes. Varsi (2010) nos dice que la filiación de manera genérica es el vínculo “que une a una persona con todos sus ascendientes y descendientes y, en sentido estricto, es la que vincula a los hijos con sus padres y establece una relación de sangre y de derecho entre ambos” (pp. 659-660).

En ese sentido, para los fines de este trabajo nos interesa la definición de la filiación en sentido estricto o específico. Por lo que entenderemos como el vínculo que relaciona a un hijo o hija con sus padres. Como una “relación jurídica parental existente entre el padre y su hijo” (Del Águila, 2019, p.24), del cual nacerán una serie de derechos, como también responsabilidades.

Entendida de esta forma, la filiación establece un estado familiar que surge de la relación existente entre los padres y los hijos, creando vínculo familiar entre los ascendientes y los descendientes, por lo que toda persona es hijo de un padre y una madre, “inclusive los niños concebidos por el procedimiento in vitro tienen de una manera fatal un padre y una madre, sean estos conocidos o desconocidos” (Peralta, 2008, p. 388).

La filiación es un derecho de toda persona, íntimamente relacionado con el derecho a la identidad. Como consecuencia de la filiación los hijos tienen derecho de llevar un nombre que incluye los apellidos (en el caso peruano es el primer apellido del padre y el primer apellido de la madre), la nacionalidad, entre otros, que son componentes básicos de la identidad personal.

##### **4.1. Filiación matrimonial e identidad**

En este caso estamos hablando de la filiación de hijos nacidos dentro del matrimonio. Por lo que, “si una persona es concebida o nace dentro del matrimonio o dentro del periodo de trecientos días siguientes a su disolución, la filiación que surge, une al nacido con el marido de la mujer casada que le dio vida” (Del Águila, 2019, p. 23), aunque no siempre puede ser de su marido, por lo que nuestro Código Civil ha previsto la posibilidad de que la madre puede indicar lo contrario.

El artículo 362° del Código Civil, refiriéndose a hijos nacidos dentro del matrimonio, establece que “el hijo o hija se presume matrimonial, salvo que la madre declare expresamente que no es del marido” (Código Civil, 1984, artículo 362). Lo que nos hace ver que la presunción de paternidad ya no es absoluta, como anteriormente era, sino que la madre podría manifestar lo contrario en aras de salvaguardar la verdadera filiación y la identidad del nacido o nacida.

El Código Civil ha establecido la presunción de paternidad condicionada a la manifestación de la madre. Por lo que, si la madre al inscribir al niño o niña no indica ninguna situación, entonces se presume que es hijo o hija del esposo, aunque no lo fuera. Sin embargo, si la madre señala que no es hijo de su esposo, entonces la presunción de paternidad se descarta, y si consigna como padre del niño o de la niña al que señale la madre.

La materialización de lo señalado se complementa con lo previsto por el artículo 396° del Código Civil, pues por ello, si la madre señala que el niño o niña que nació no es de su marido, entonces podrá ser reconocido por el progenitor biológico indicado en ese acto o posteriormente. También dicho progenitor puede reconocerlo cuando el marido haya negado su paternidad y obtenido sentencia favorable.

Situación parecida ocurre en el caso de los niños nacidos por fecundación in vitro o técnicas parecidas, cuando el elemento masculino no es del marido. Si la gestante es la madre misma, declarará como su hijo, pero el padre será según ella declare, puede declarar que es de su marido, entonces el niño será inscrito como hijo del esposo, aunque su identidad biológica no coincida; mientras, si declara que no es



de su marido, el padre podrá ser una persona conocida o desconocida, en este último caso habrá un problema de identidad para el menor.

Respecto a la madre, nuestro Código Civil no regula expresamente la filiación materna. Sin embargo, interpretando contrario sensu el artículo 371° del mismo cuerpo legal se puede llegar a concluir que será madre aquella mujer que llevó el embarazo y dio a luz. En ese sentido, la filiación del hijo o hija se determina tomando en cuenta su nacimiento. Sin embargo, en nuestros tiempos la filiación biológica no siempre puede coincidir entre hijo y madre, pues con el uso de las técnicas de reproducción asistida, una mujer podría llevar embarazo sin que sea con su óvulo, como también, con su óvulo otra mujer podría llevar el embarazo.

Si la mujer lleva embarazo con óvulo de otra mujer (donación de óvulo), al nacer declarará, o se inscribirá como su hija, a pesar que no coincida su identidad biológica, pero si con su óvulo otra mujer lleva embarazo, el nacido o nacida se inscribirá como hijo o hija de quien le dio a luz, a pesar que no coincida su identidad filiatoria.

En estos casos, si fuera el caso, la identidad filiatoria o paternidad del hijo puede ser cuestionada por el padre conforme con el artículo 363° del Código Civil, así como filiación de maternidad o identidad filiatoria de la madre puede ser impugnada conforme con el artículo 371° del mismo Código, en caso que el parto sea supuesto (una mujer finge o aparenta un embarazo y parto de un supuesto hijo o hija) o cuando haya suplantación de parto (la mujer da luz a un hijo, pero tal hijo es sustituido por otro), aunque no se precisa sobre los casos de nacimiento de niños y niñas mediante técnicas de reproducción asistida.

#### **4.2. La filiación extramatrimonial e identidad**

Nuestro Código Civil considera como hijos extramatrimoniales a los hijos e hijas que hayan sido concebidos y nacido fuera del matrimonio. Entonces, si “la concepción o el nacimiento de la persona acontece fuera del matrimonio o fuera del periodo de trescientos días de su disolución, la filiación que surgirá entre el nacido y sus padres, se denomina filiación extramatrimonial” (Del Águila, 2019, p.23).

Para establecer la filiación de hijos o hijas extramatrimoniales, nuestro Código Civil en su artículo 387 establece dos medios probatorios específicos: El reconocimiento y la sentencia declaratoria de la paternidad o la maternidad. En caso del padre, éste será aquel que de manera voluntaria haya reconocido al hijo o hija y así conste en el acta de nacimiento, o que dicha paternidad haya sido declarado por sentencia judicial. En caso de la madre, será aquella que dio a luz.

El reconocimiento debe haber sido efectuado por el padre de manera libre y voluntaria, como señala Aguilar (2016) este es un “acto jurídico, libre y voluntario por el que una persona manifiesta su paternidad o maternidad extramatrimonial respecto de otra” (p. 265). De modo que, si ha habido coacción o algún tipo de engaño, podría ser causal de nulidad del reconocimiento. En caso de la sentencia judicial que declare la paternidad o maternidad del menor, ésta debe ser una sentencia firme, obtenida en un proceso regular.

El reconocimiento de los hijos extramatrimoniales pueden hacerlo de manera conjunta ambos progenitores, o puede ser efectuado por uno de ellos, tal como señala el artículo 288 del Código Civil. El reconocimiento también puede efectuarse posteriormente, así como nuestro Código Civil en su artículo 389° prevé casos especiales de reconocimiento por abuelos y abuelas de la línea parental correspondiente. En cualquier caso, el reconocimiento constará en el registro de nacimientos de los registros civiles, o puede ser mediante escritura pública o testamento.

En el caso de las sentencias que declaran la paternidad o maternidad de un hijo, esta tiene que haber sido obtenido en un proceso regular de filiación extramatrimonial, por lo que su inscripción será por mandato judicial, no por decisión libre y voluntaria del padre o madre, pues “es en un proceso judicial donde el juez mediante sentencia determina la paternidad o maternidad, basada en pruebas relativas al nexo biológico” (Peralta, 2008, p. 401).

De este modo, la filiación extramatrimonial de los hijos o hijas se establece a través del reconocimiento o sentencia judicial, en cualquier caso estableciendo el

vínculo filial paterno o materno, a través del cual también se establece la identidad del niño, aunque la identidad establecida no coincide necesariamente con la verdad biológica o la identidad biológica del niño, porque, como se ha señalado para los hijos matrimoniales, con el uso de técnicas de reproducción asistida esta situación ha experimentado grandes cambios, los cuales aún no han sido previstos cabalmente por nuestras legislaciones.

#### **4.3. La filiación por adopción**

La adopción es otra de las formas como puede surgir la filiación, esto no porque exista vínculo de sangre entre padres e hijos(as), sino por afectividad y de conformidad con la ley.

En realidad la adopción es una institución familiar por la que “se establece una relación paterno filial o materno filial, entre dos personas que no lo son por naturaleza, generándose entre adoptante y adoptado los mismos derechos y obligaciones de la relación paterno o materno filial natural” (Aguilar, 2016, p. 339).

De esta manera mediante la adopción una persona, generalmente menor de edad, se constituye hijo o hija de otra persona que no es su padre o madre de sangre, gozando de todos los derechos, así como cumpliendo deberes como si fuera hijo o hija natural.

En el caso de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, sobre todo en fecundación in vitro con maternidad subrogada, cuando la que gesta lo hace con su óvulo y espermatozoide del varón de la pareja contratante, la mujer contratante, generalmente adquiere la calidad de madre mediante una adopción. Si el embarazo se produce con óvulo y espermatozoide donado, la pareja contratante normalmente se convierte en padre y madre del niño, mediante un proceso de adopción. De modo que este sistema es bastante usado en esos ámbitos.

#### **5. Derecho a la identidad y el interés superior del niño, en caso de los menores**

La práctica de las técnicas de reproducción asistida necesariamente implica el nacimiento de niños o niñas, por lo que será necesario velar por los derechos de dichos menores, los que deberán estar conforme al interés superior de los mismos.

La Declaración de los Derechos del Niño (DDN), del 20 de noviembre de 1959, en su principio 2, por primera vez reconoce el interés superior del niño a fin de proteger sus derechos y que los Estados en la promulgación de las leyes tengan en cuenta este principio. Sin embargo, la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) es la que de una manera expresa regula el interés superior del niño, al establecer en su artículo 3° que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial que atender será el interés superior del niño” (CDN, 1989, artículo 3.1).

En ese marco, nuestra Constitución en su artículo 4° establece como deber del Estado y de la comunidad brindar una protección especial al niño y al adolescente, por lo que el Tribunal Constitucional ha señalado que “este principio se encuentra implícitamente reconocido en el artículo 4° de la Constitución” (Tribunal Constitucional, Exp. N° 01817-2009-PHC/TC, 07 de octubre del 2009, FJ 11.). Es decir, el principio de interés superior del niño goza del estatus de principio y derecho constitucional, por lo tanto vinculante tanto para el Estados, sus organismos y los particulares.

De igual manera, dada su importancia, este principio ha sido regulado en el artículo IX del Título Preliminar del Código de Niños y Adolescentes, el mismo que ha sido precisado y desarrollado por la Ley 30466, estableciendo parámetros y garantías procesales a considerarse su aplicación. Esta norma proporciona una definición explícita sobre el interés superior del niño, diciendo:

El interés superior del niño es un derecho, un principio y una norma de procedimiento que otorga al niño el derecho a que se considere de manera primordial su interés superior en todas las medidas que afecten directa o indirectamente a los niños y adolescentes, garantizando sus derechos humanos. (Ley N° 30466, 2016, artículo 2)

A nivel jurisprudencial la Corte Suprema de la República, en la Casación N° 4881-2009-Amazonas, 05 de abril del 2011, sobre el principio de interés superior del niño, nos dice:

El principio de intereses superior del niño implica que el desarrollo del niño y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la aplicación de las normas en lo relativo a la vida del niño; igualmente este principio rector se constituirá en un estándar jurídico que permitirá adecuar los contenidos normativos abstractos a lo empírico, solucionando de esta manera, la disociación existente en un caso concreto, entre la norma y su administración o realización. (Sala Civil Permanente, Casación N° 4881-2009-Amazonas, 05 de abril del 2011, Quinto Considerando)

En este sentido, el interés superior del niño primeramente se entiende como un derecho de los niños, a fin de garantizar a éstos desarrollarse integralmente; segundo como un principio, buscando la aplicación de las normas interpretando a favor de los niños; y por último como norma de procedimiento, buscando que los trámites ante cualquier organismo sea en beneficio de los niños. Por ello, el interés superior del niño “debe ser la guía y criterio rector en la toma de decisiones en materia de infancia, lo que a la vez garantizará la vigencia efectiva de los derechos de los niños, niñas y adolescentes” (Sokolich, 2013, p. 89).

En este sentido, la consideración del principio del interés superior del niño es muy importante en la aplicación de las tecnologías reproductivas asistidas. Por ejemplo, si un tercer donante de espermatozoides participa en la procreación, se mantiene en el secreto la identidad del donante, y la víctima es el niño o niña nacido, porque, mientras el niño o niña crece en una familia, el padre que tiene no es su padre biológico.

Otra situación es cuando un niño nace a través de la procreación asistida con donación de óvulo y madre subrogada, el niño se entrega a la madre o pareja contratantes para que puedan vivir con el niño, pero la madre no es su madre biológica. Por otra parte, como la madre gestante es otra, al nacer el niño o niña, en el hospital inscriben como madre a la madre subrogada, pero ella no lo tiene y no lo tendrá al niño o niña.

En casos como los señalados el perjudicado o la perjudicada son los menores que nacen mediante la aplicación de estas técnicas, por cuanto, debido a que se guardan en reserva la identidad de los donantes, los nacidos no tendrán la posibilidad de conocer a sus padres, por lo tanto su verdadera identidad biológica, lo cual es su interés superior. Por ello, en estos casos en salvaguarda del interés superior de los menores, se debe abogar para que las personas nacidas por estas técnicas tengan la posibilidad de conocer su origen biológico.

## **6. Desarrollo legal nacional y comparada sobre las técnicas de reproducción asistida**

### **6.1. Desarrollo legal nacional sobre las técnicas de reproducción asistida**

#### **6.1.1. Norma de rango constitucional**

En nuestro país no existe un reconocimiento constitucional expreso de las técnicas de reproducción asistida. Sin embargo, su reconocimiento implícito encuentra sustento en el artículo 3 de la Constitución, el mismo deja en claro que el reconocimiento de algunos derechos en el capítulo primero de la Constitución, no excluía a los demás derechos que la Constitución garantiza, mucho menos aquellos derechos que se fundan en la dignidad del hombre.

En ese sentido, si bien la Constitución peruana no reconoce expresamente el derecho de las personas de acceder a las técnicas de reproducción asistida, ello no impide que la aplicación de estas técnicas encuentren sustento a partir de otros derechos constitucionalmente reconocidos, como el derecho a la dignidad, a la libertad, al libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la intimidad personal y familiar, el derecho de formar libremente una familia, los derechos sexuales y reproductivos, entre otros.

Los derechos sexuales y reproductivos y el derecho de toda persona de formar una familia que constituyen bases para el derecho de acceder a las técnicas de reproducción asistida, han sido reconocidos en el artículo 6 de la Constitución Política, cuando señala que “la política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables. Reconoce el derecho de las

familias y de las personas a decidir. En tal sentido, el Estado asegura los programas de educación y la información adecuada y el acceso a los medios, que no afecten la vida o la salud” (CP, 1993, artículo 6). Este parecer ha sido confirmado por el Tribunal Constitucional en la Sentencia del Expediente N° 2005-2009-PA/TC, fundamento 5. Por lo que el derecho de toda persona de acceder a las técnicas de reproducción asistida encuentra sustento constitucional en esta norma.

Asimismo, los derechos sexuales y reproductivos también han sido consagrados en normas internacionales de derechos humanos, como la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 16) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 23), por lo que constituyen derechos humanos que involucran otros derechos como el derecho a la dignidad, a la vida, a la integridad, entre otros. Estas normas internacionales han sido ratificadas por nuestro país, por lo que forman parte de nuestro derecho interno, en virtud al artículo 55 y la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución

En ese sentido, las técnicas de reproducción asistida, íntimamente ligado con los derechos sexuales y reproductivos, constituirían derechos constitucionales implícitos. Pues como señala Abad (2008):

*Si bien los derechos sexuales y derechos reproductivos no han sido reconocidos por nuestro ordenamiento jurídico en forma expresa, estos son una manifestación de los derechos fundamentales a la libertad, a la salud y a la intimidad de las personas; por lo que deberán ser garantizados a cabalidad. Asimismo, deberán ser tomados en cuenta para la creación de políticas públicas y normas relativas a la sexualidad y reproducción. A nuestro juicio, estamos en realidad ante derechos constitucionales implícitos, que pueden ser calificados como tales al amparo del artículo 3 de la Constitución. (Abad, 2008, p. 143).*

#### **6.1.2. Norma de rango legal y reglamentaria**

En el derecho nacional no existe una normativa especial que regule de una manera completa las técnicas de reproducción asistida. La única norma que hace mención a las técnicas de reproducción asistida es el artículo 7 de la Ley 26842, Ley General de Salud, la cual dispone que:

Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida se requiere el consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos. Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos. (Ley 26842, 1997, artículo 7)

A partir de esta norma podemos ver que en nuestro país toda persona que sufre de infertilidad tiene el derecho de acudir al tratamiento de su infertilidad, así como de procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida.

En primer lugar, se habla sobre el tratamiento de la infertilidad, porque la infertilidad actualmente es considerada como una enfermedad. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en la Sentencia del caso *Artavia Murillo Vs Costa Rica*, ha señalado que:

La infertilidad es una enfermedad (de salud reproductiva) que tiene numerosos efectos en la salud física y psicológica de las personas, así como consecuencias sociales, que incluyen inestabilidad matrimonial, ansiedad, depresión, aislamiento social y pérdida de estatus social, pérdida de identidad de género, ostracismo y abuso (...). Genera angustia, depresión, aislamiento y debilita los lazos familiares. (CIDH, Sentencia del Caso *Artavias Murillo vs Costa Rica*, del 28 de noviembre del 2012, párrafo 62),

En segundo lugar, el artículo 7 de la Ley General de Salud señala que las personas que sufren de infertilidad pueden acudir al uso de las técnicas de reproducción asistida para procrear. Se entiende que está permitida tanto la fecundación homóloga como heteróloga, con la condición de que la madre genética y la madre gestante coincidan. Implica que la misma mujer que proporciona el óvulo a fecundarse, también sería la que se embarace con dicho óvulo ya fecundado. En este caso se exige la aprobación, precedente y por escrito, de ambos progenitores biológicos de la criatura que va formarse.

La condición que exige esta norma para la procreación asistida, de que la madre genética y la madre gestante recaigan sobre la misma persona, ha sido en sí “la frase de discordia” (Siverino, 2012, p. 216). Esta norma, por una parte faculta a toda persona



el uso de las técnicas de reproducción asistida, pero por otra parte, impone una restricción tan rigurosa, con lo que hace que una escasísima cantidad de personas puedan utilizar estas técnicas.

La condición impuesta, hace que queden sin ninguna posibilidad de acudir a estas técnicas las mujeres que por alguna malformación no puedan tener una ovulación apta para fecundar o no puedan completar el embarazo. La mujer que no tiene una ovulación apta para para fecundar, y tampoco con ningún tratamiento pueda corregirse, entonces no queda otro que utilizar óvulos donados, lo cual no estaría permitido. En caso de no tener la posibilidad de completar el embarazo, tendría que acudir a la técnica de vientre de alquiler, ya sea usando sus propios óvulos, los del vientre de alquiler o de otra donante. Sin embargo, con la condición exigida por la norma 7 de la Ley General de Salud, implícitamente, quedaría descartada la aplicación de la técnica de maternidad subrogada, con ello también la posibilidad de esta mujer de tener hijos mediante esta técnica.

Por otra parte, además de las condiciones rigurosas y contradictorias, también ha dejado de regular aspectos muy importantes sobre la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, como la fecundación in vitro, la ovodonación, la maternidad subrogada, contratos de vientre de alquiler, entre otros. Sin embargo, al no existir prohibición expresa, dichas técnicas se practican bajo la consigna de que “aquello que no está prohibido, está permitido”.

Sobre lo manifestado, nuestra Corte Suprema también ha tenido ocasión de manifestarse en la Casación N° 4323-2010-Lima:

Los hechos acaecidos tienen sustento en la técnica de reproducción asistida, denominada ovodonación en virtud de la cual la mujer puede gestar, pero es incapaz de ovular, por lo que se requiere de una donante para que le ceda el óvulo necesitado, al respecto se debe señalar 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 (...) por consiguiente el aludido procedimiento de “ovodonación” no es ilícito ni constituye delito, constituyendo más bien un

vacío normativo y jurisprudencial. (Sala Civil Permanente, casación N° 4323-2010-Lima, 11 de agosto del 2011, considerando séptimo)

De esta manera, los aspectos no regulados por el artículo 7 de la Ley General de Salud, no pueden entenderse como prohibiciones, sino constituyen vacíos normativos, pues como señala Siverino (2012) “las prohibiciones no pueden interpretarse de manera analógica, sino que deben estar explicitadas. Lo contrario vulneraría el principio de clausura que establece que *aquello no está prohibido, está permitido*” (p. 216).

Por otra parte, admitir la fecundación heteróloga con material genético masculino, pero impedirla con material genético femenino, constituye un tratamiento discriminación por razón de género, sobre todo “teniendo en cuenta que en los casos de deficiencia ovárica el índice de éxitos de fertilizaciones con óvulos propios ronda el 20% mientras que con óvulos de donante alcanza hasta 70%” (Sociedad Peruana de Fertilidad, agosto de 2010). De modo que, entender como prohibido la ovodonación equivaldría a negar la posibilidad de acceder a la maternidad cuando la infertilidad es de parte de la mujer.

De igual manera, esta normativa no prohíbe expresamente la maternidad subrogada. Sin embargo, al exigir la coincidencia entre la madre genética y madre gestante, utilizando espermatozoides de un donante anónimo o del varón de la pareja, descarta implícitamente la posibilidad de acudir a esta técnica cuando no se cumple con la condición exigida, dejando excluidas a muchas mujeres que haciendo uso de esta técnica podrían lograr el ansiado deseo de tener un hijo, como ejercicio de su derecho a la procreación.

Asimismo, al exigir el consentimiento expreso de los padres biológicos, en el caso de fecundación con espermatozoides donados (siendo el varón el padre biológico) se estaría exigiendo la presencia de un donante anónimo, pues nuestra legislación privilegia el anonimato de los donantes. Por lo que, no se entiende, de qué manera un donante anónimo podría asumir obligaciones de este tipo, lo que nos hace ver claramente la errónea técnica legislativa empleada.

Como podemos ver la regulación legal de las técnicas de reproducción asistida en nuestro país se reduce al artículo 7 de la Ley General de Salud, la misma que además de efectuar una regulación con contradicciones internas, como las advertidas, deja en vacío muchos conceptos. Su redacción probablemente encontraba alguna justificación en las dificultades técnicas y científicas de ese momento, sin embargo, a la fecha, se ha vuelto desfasada, por lo que necesita ser reformada.

## **6.2. Los proyectos de ley presentados en el Congreso de la República**

La escasa regulación de las técnicas de reproducción asistida en nuestro ordenamiento jurídico ha permitido que la aplicación de estas técnicas se dé de manera informal, con infinitas limitaciones para realizar el seguimiento y control de los procedimientos utilizados por parte de los centros médicos privados donde son practicadas, así como sin proteger adecuadamente los derechos de los involucrados, sobre todo de los niños y niñas que nacen a través de estas técnicas.

El uso de las tecnologías reproductivas asistidas en nuestro país está en aumento, hasta el punto de que ha rebasado nuestro marco legal casi inexistente, lo que ha impulsado que se introduzcan varios proyectos de ley sobre el tema a nivel del Congreso de la República para superar las limitaciones del artículo 7° de la Ley General de Salud.

Si bien los diferentes Proyectos de Ley presentados no han sido aprobados, que a la fecha son 06. Sin embargo, han puesto en discusión una serie de cuestiones muy importantes sobre la aplicación de estas técnicas de reproducción humana asistida. Por lo que a continuación, nos referiremos a dichos proyectos de ley, resaltando su importancia para nuestra tesis.

### **6.2.1. Proyecto de Ley N° 01722/2012-CR. Ley que regula la reproducción humana asistida, del 15 de noviembre del 2012.**

El presente Proyecto de Ley fue presentado al Congreso de la República el 15 de noviembre del 2012, que consta de 04 capítulos, 16 artículos y 03 disposiciones complementarias, transitorias, derogatorias y finales.

En el primer capítulo, referido al objeto y el alcance de la aplicación de la ley, se afirma que el objetivo es regular el uso de técnicas de reproducción asistida humana científicamente y clínicamente indicadas como prevención y tratamiento de enfermedades genéticas, así como incorporar los supuestos y requisitos de los gametos y preembriones humanos criopreservados, asimismo la prohibición de la clonación humana.

El proyecto de ley reconoce como técnicas a la inseminación artificial, la fertilización *in vitro*, la inyección intracitoplasmática de espermatozoides y la transferencia intratubárica de gametos. Teniendo en cuenta que el uso de cualquier otra técnica no relacionada requerirá la aprobación de la autoridad sanitaria competente, tras un informe favorable de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida del Ministerio de Salud.

Asimismo, establece las condiciones personales de la aplicación de las técnicas y los requisitos de los centros y servicios de reproducción asistida.

En su segundo capítulo, referido a los participantes en las técnicas de reproducción asistida, nos habla acerca de donantes y contratos de donación, usuarios de la técnica, filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida, determinación legal de la filiación, premoriencia del marido y la gestación por sustitución.

Respecto a la donación de gametos y preembriones para los fines autorizados por esta ley se realizaría a través de un contrato libre, formal y confidencial acordado entre el donante y el centro autorizado, para el que el Ministerio de Salud, tras un informe de la Comisión Nacional para la Reproducción Humana Asistida, establecería las condiciones básicas que garanticen la libertad de donaciones de forma regular.

Precisa que la donación será anónima, y que los bancos de gametos, o en el caso de que se establezcan los registros de identidad de los donantes, garanticen la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes. La identidad de los donantes sólo puede revelarse en circunstancias excepcionales, como cuando existe un peligro grave para la vida o la salud del niño, o cuando se procede en virtud de las leyes procesales penales, si se requiere tal divulgación para evitar el peligro o alcanzar el objetivo legal propuesto.

El proyecto de ley establece que las leyes civiles rigen la filiación de los niños nacidos a través de tecnologías reproductivas asistidas. En estos casos, ni la madre progenitora ni el marido pueden impugnar la filiación matrimonial del niño nacido como resultado de esta fertilización si han dado su consentimiento formal, previo y expreso a una determinada fertilización con la contribución del donante o donantes.

También hace hincapié en que la inscripción en el Registro Civil nunca reflejará datos que puedan utilizarse para inferir el carácter de la generación. Excepcionalmente, cuando implican un determinado peligro para la vida o la salud del niño, o cuando se procede en virtud de las leyes procesales penales, siempre se privilegia la anonimidad de los donantes, y se niega al niño el derecho a conocer su identidad genética, excepto en las excepciones mencionadas, cuando se puede revelar la identidad de los donantes, siempre que sea indispensable para evitar el peligro o para alcanzar el propósito legal propuesto.

Por otro lado, establece que cualquier contrato, con o sin precio, en el que se acuerde la gestación por sustitución a cambio de que se renuncie a la filiación materna en favor del contratista o de un tercero, se declarará nulo. Además, la filiación de los hijos nacidos por gestación sustitutiva se determinará por el parto, dejando de lado el derecho del padre biológico a reclamar la paternidad en virtud de las normas generales. De este modo, la filiación materna se prioriza en función del nacimiento, declarando como madre a quien dio a luz, lo que no siempre corresponde a la madre biológica, lo que supone una amenaza para el derecho a la identidad de los niños.

Este Proyecto de Ley, para su tiempo, mejorando las deficiencias advertidas, tenía muy buena organización. Al respecto, en junio del 2014, la Comisión de Justicia y Derechos Humanos emitió un pre dictamen, acordando que sea una comisión especial de estudio quien proponga una nueva propuesta legislativa, sin embargo, conforme aparece en la página web del Congreso, hasta la fecha continua en dicha comisión, entendiéndose que tácitamente ya ha sido archivado, perdiéndose con ello la oportunidad de poder sancionar, con las mejoras del caso, una norma especial sobre las técnicas de reproducción asistida.

**6.2.2. Proyecto de Ley N° 2003/2012-CR. Ley que modifica el artículo 7° de la ley N° 26842, Ley General de Salud, referida al uso de las técnicas de reproducción asistida, del 11 de marzo del 2013.**

El presente Proyecto de Ley fue presentado ante el Congreso de la República el 11 de marzo del 2013, con la finalidad de modificar el artículo 7° de la Ley General de Salud, respecto al uso de las técnicas de reproducción asistida.

El Proyecto de Ley materia de análisis mediante su artículo 2° plantea la modificación del segundo párrafo del artículo 7° de la Ley General de Salud, a través del cual pretende: 1) Reconocer el derecho de toda persona de recurrir al tratamiento de su infertilidad. 2) Reconocer que los integrantes de matrimonios o concubinatos, en caso de tener problemas de infertilidad, puedan acudir a las técnicas de reproducción asistida, en el caso de la fecundación homóloga. Si se utilizan técnicas de reproducción asistida heteróloga, en particular la maternidad subrogada, deben ser aprobadas por el Juzgado de Familia y/o Mixto, junto con un informe médico del especialista en el tratamiento.

Este proyecto tiene una estructura, redacción y fundamentación muy básica. Está compuesta por tres artículos, de los cuales el más importante es el artículo 2, que introduce la modificación propuesta.

El origen de las modificaciones propuestas se basa en la revolución científica que ha creado diferentes métodos de reproducción asistida, por lo que debe legislarse sobre estas materias, como la maternidad subrogada, aunque existen otros centros que funcionan. Sin embargo, no proporciona ninguna precisión conceptual de los términos utilizados en la redacción de su texto, como la infertilidad, las técnicas reproductivas asistidas y sus tipos, la maternidad subrogada, ni trata de ninguna manera con las partes interesadas en este proceso, ni con los derechos de los nacidos a través de estas técnicas, como la filiación y la identidad.

Por ello, si bien el proyecto de ley pretende declarar la legalidad de las técnicas de reproducción asistida heteróloga y de manera especial la maternidad subrogada, conocida como vientre de alquiler, no se ocupa de manera cabal sobre el proceso que se debe seguir, los intervinientes y los derechos en juego. Por lo que, para nuestra tesis no aporta mucho.

### **6.2.3. Proyecto de Ley N° 2839-2013-CR, Ley que modifica el artículo 7° de la Ley N° 26842, Ley General de Salud**

El presente proyecto de ley fue presentado ante el Congreso de La República el 30 de octubre del 2013, con la finalidad de modificar el artículo 7° de la Ley 26842, Ley General de Salud e incorporar una nueva modalidad de maternidad conocida como maternidad sustituta parcial altruista.

El Proyecto de Ley materia de análisis no incorpora cambios sustanciales, pues mediante su artículo 2° pretende incorporar un segundo párrafo al artículo 7° de la Ley General de Salud, referido a la maternidad sustituta parcial y altruista, siempre que sea con el material genético femenino y los gametos masculinos, empleando la técnica de fertilización in vitro.

Esta norma preserva el primer párrafo del artículo 7° de la Ley General de Salud, reconociendo el derecho de cualquier persona que sufre infertilidad a buscar tratamiento para su infertilidad, así como la capacidad de reproducirse utilizando técnicas reproductivas asistidas, siempre que la madre genética y la madre gestante sean la misma persona.

Se pretende regular la maternidad parcial y altruista a través de este proyecto, sin modificar el primer párrafo del artículo 7 de la Ley General de Salud, incorporando a una tercera persona femenina que llevaría en su vientre, de forma altruista, la gestación del nuevo ser concebido mediante la fertilización in vitro, utilizando material genético femenino y los gametos masculinos de los padres.

De este modo, esta propuesta mantendría la regulación del artículo 7 de la Ley General de Salud sobre las tecnologías reproductivas asistidas, pero también incorporaría la maternidad subrogada de forma limitada, sólo para el caso de que el material genético femenino y el gameto masculino sean ambos de los padres, es decir, sólo para la fertilización homóloga.

En la práctica, la regulación de las tecnologías reproductivas asistidas conservaría sus defectos y vacío, ya que habría poco progreso en su aplicación, y el caso de la maternidad subrogada se limitaría injustamente a un pequeño grupo de

personas, excluyendo a los padres que, debido a un defecto genético o biológico, no son capaces de contribuir con su material genético para la procreación del nuevo ser.

La contribución que encontramos en este proyecto para nuestra tesis es nula, porque en el uso de la maternidad subrogada en los casos en los que el material genético femenino y el gameto masculino proceden de los mismos padres, no habría porque preocuparse por la identidad de los niños nacidos a través de esta técnica.

#### **6.2.4. Proyectos de Ley presentados en el año 2018**

A finales de agosto y los inicios de setiembre del 2018, en nuestro país se vivió una coyuntura bastante especial debido al sonado caso de la pareja extranjera de nacionalidad chilena Jorge Tovar y Rosario Madueños, de la cual ya hicimos referencia líneas arriba.

En ese contexto se presentaron tres proyectos de ley bastante parecidos por lo que la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República decidió tramitarlo de manera acumulada. Los cuales son:

**a) Proyecto de Ley N° 03313/2018-CR, del 07 de setiembre del 2018.**

El Proyecto de Ley materia de análisis fue presentado ante el Congreso por el Grupo Parlamentario Alianza Para el Progreso, con la finalidad de garantizar el acceso universal a las técnicas de reproducción humana asistida reconocidas por la Organización Mundial de la Salud, así como el reconocimiento de la infertilidad como una enfermedad, con el fin de proporcionar soluciones necesarias.

**b) Proyecto de Ley N° 03404/2018-CR, del 18 de setiembre del 2018.**

El presente Proyecto de Ley tiene por objeto modificar el artículo 7° e incorpora el artículo 7-A a la Ley General de Salud, con el objetivo de evitar las lagunas legislativas en el acceso a las tecnologías reproductivas asistidas, para permitir su uso no sólo en los casos en los que la madre genética y la madre embarazada son la misma persona, sino también cuando terceras personas colaboren en la aplicación de estas técnicas de forma solidaria, sin querer lucrar, para evitar acuerdos viciosos y buscar que la prestación de salud de este tipo sean en centros sanitarios públicos y privados, con protocolos médicos sobre el tema.



**c) Proyecto de Ley N° 03542/2018-CR, del 11 de octubre del 2018.**

Este Proyecto de Ley tiene por objeto es regular el uso y el acceso de la población a las técnicas de reproducción humana, así como los requisitos mínimos que deben cumplir los centros y/o servicios sanitarios que las realizan, las responsabilidades de los equipos biomédicos interdisciplinarios, la promoción de la investigación biomédica, y los derechos y obligaciones de los usuarios.

El contenido y las propuestas de los tres Proyectos de Ley reseñados son bastante parecidos, por lo que la Comisión de Salud y Población del Congreso ha visto por conveniente tramitarlo de manera acumulada, lo que podemos ver en el Dictamen 06-2020-2021/CSP-CR, del 06 de agosto del 2020, que establece el texto sustitutorio de los Proyectos de Ley 3313/2018-CR, 3404/2018-CR y 3542/2018-CR, denominado ley que garantiza el acceso a técnicas de reproducción humana asistida.

Por la indicada razón, con la finalidad de no redundar analizando cada uno de los Proyectos de Ley, en este apartado nos ocuparemos del análisis del texto sustitutorio de estos proyectos, establecido por el Dictamen 06-2020-2021/CSP-C.

El proyecto de ley tiene como objetivo regular el uso y el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida reconocidas por la Organización Mundial de la Salud (OMS), así como reconocer la infertilidad como una enfermedad y proporcionarle las opciones de tratamiento necesarias, para que las regulaciones se apliquen a todas las personas que reciben tratamientos de reproducción humana asistida, incluidas a las entidades del sector público y privado que puedan ser implementados.

Esta propuesta es mucho más completa que las anteriores. En este sentido, comienza definiendo precisamente los conceptos clave que se utilizarán en la regulación, afirmando que estas técnicas sólo deben utilizarse como procedimiento excepcional después de que los padres intencionales hayan agotado todos los demás métodos y/o procedimientos para tener hijos, y voluntariamente, especialmente en el caso de la mujer, mientras haya probabilidades razonables de éxito y no suponga un riesgo mayor para su salud.

El proyecto procura que todas las personas mayores que tienen algún grado de infertilidad se beneficiarán de estas técnicas, recomendando su uso para ayudar a la

procreación, con consentimiento expreso informado. Señala que la donación de gametos (ovocitos o espermatozoides) y embriones debe ser gratuito, mediante documento formal de carácter confidencial y manteniendo el anonimato del donante, tanto en los centros autorizados públicos o privados.

En el caso de la maternidad subrogada, los padres intencionales deben firmar un acuerdo de consentimiento previo ante notario público con la mujer gestante voluntaria para ser declarados padres legales en el certificado de nacimiento cuando el niño nace, prohibiendo cualquier mención del estatus civil de los padres y la naturaleza de la filiación en los registros civiles y en cualquier otro documento de identidad, por lo que los padres intencionales serán considerados como tal desde la transferencia del embrión al vientre de la embarazada sustituida, y cualquier reclamación judicial por su parte es inadmisibile.

Como se ha dicho anteriormente, la anonimidad se favorece cuando se trata de conocer las identidades genéticas de los donantes. Esto se ve reforzado por el hecho de que los receptores de gametos o embriones (centros de fertilización públicos o privados) tienen derecho a obtener información general de los donantes que no revele su identidad. La identidad de los donantes sólo puede revelarse en circunstancias excepcionales, como cuando existe una amenaza grave para la vida o la salud del niño, o cuando se emita una orden judicial, que no implica la determinación legal de la filiación.

Con esa finalidad también plantea la modificación del artículo 7° de la Ley 26842, Ley General de Salud, reconociendo que todos los peruanos tienen derecho a recibir tratamientos contra la infertilidad y a reproducirse utilizando cualquier técnica reproductiva asistida, incluso si la madre genética y la madre embarazada no son la misma persona. Asimismo, a fin de evitar la intermediación onerosa de embriones y gametos criopreservados, busca incorporar el artículo 318-B al Código Penal, penalizando dichas acciones.

En consecuencia, la propuesta legal en cuestión tiene una mejor accesibilidad y visión para el uso de las tecnologías reproductivas asistidas, así como la maternidad subrogada. Se prevé como un estándar que fomente el uso de estas técnicas al tiempo que protege los derechos de la mayoría de las personas que pueden experimentar algún nivel de infertilidad, así como la filiación de los menores nacidos a través de estos

métodos. Sin embargo, no creemos que el derecho de los niños nacidos con estas técnicas a saber su origen biológico deba limitarse a circunstancias excepcionales, porque creemos que este derecho puede ejercerse libremente una vez que ha alcanzado la edad de mayoría, sin implicar en ningún caso una determinación legal de filiación.

### **6.3. Desarrollo en la legislación comparada sobre las técnicas de reproducción asistida**

En el ámbito mundial, el 25 de julio de 1978 fue un momento histórico para la humanidad en el campo de la reproducción humana, ya que la humanidad vio el nacimiento del primer bebé nacido mediante reproducción asistida: Louise Joy Brown de Inglaterra, que fue concebida mediante fertilización in vitro. Poco después en Australia nace por el mismo sistema Zoe Leyland. Amandine. Luego en Francia nace Amandine en mayo de 1981 y Elisabeth Jordan Carr nació en Estados Unidos en diciembre del mismo año. De la misma manera, Victoria Anna Sánchez Pereafue nació en España en 1984.

El éxito de estos procedimientos se demostró en las situaciones descritas, dando esperanza a muchas parejas que no podían concebir naturalmente. Sin embargo, surgieron muchas cuestiones sobre la situación de los niños nacidos como resultado de estas técnicas, lo que llevó a varios países a cambiar sus leyes. Algunos han dictado reglamentos especiales, mientras que otros han modificado sus reglamentos existentes.

#### **6.3.1. España**

En España, mediante la Ley N°14/2006, de 26 de mayo del 2006, Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, de manera especial se establece la normatividad que regula la aplicación de las técnicas de reproducción asistida.

En España, la aplicación de técnicas de reproducción asistida está regulada mediante Ley No. 14/2006, de 26 de mayo de 2006, una ley especial sobre estas técnicas.

Esta regulación tiene como objetivo regular el uso de técnicas reproductivas humanas científicamente y clínicamente indicadas en la prevención y tratamiento de enfermedades genéticas, siempre que se establezcan garantías adecuadas de

diagnóstico y tratamiento, así como los supuestos y requisitos de utilización de gametos y preembriones humanos criopreservados.

Esta normativa especial es bastante completa, permite de manera amplia a las mujeres acceder a las técnicas de reproducción asistida independientemente de su orientación sexual o situación jurídica, permitiendo tanto la fecundación homóloga como heteróloga, privilegiando el anonimato de las donantes, y permitiendo el diagnóstico genético preimplantacional y la donación de material genético. .

### **6.3.2. Francia**

En Francia mediante la Ley No. 2004-800, Código de Salud Pública, del 06 de agosto del 2004, se ha regulado respecto a las técnicas de reproducción asistida, el mismo que en su título VII, sección IV establece que:

Se permite acceder a las parejas heterosexuales casadas y que viven juntas durante al menos dos años, con problemas de infertilidad medicamente probada, en la edad reproductiva y vital, con consentimiento escrito, no permite la donación de gametos o embriones, ni la fertilización post mortem, ni la maternidad subrogada.

Mediante esta norma se ha creado la Agencia de Biomedicina, un órgano administrativo de gestión pública, con experiencia en la trasplante, la reproducción, la embriología y la genética, a fin de permitir el diagnóstico prenatal para detectar un embrión grave siempre que la Agencia de Biomedicina lo aprueba. Asimismo, es de destacar que esta norma prohíbe expresamente la investigación con embriones humanos.

### **6.3.3. Italia**

En Italia, la Ley 40/2004, Normas en materia de procreación médica asistida, de 19 de febrero de 2004, regula la aplicación de las técnicas de reproducción asistida en este país, con el objetivo de favorecer la solución de los problemas reproductivos

derivados de la infertilidad humana, protegiendo al mismo tiempo los derechos de todos los afectados, incluido de los concebidos.

De esta manera en Italia las técnicas de procreación sólo se permiten cuando la reproducción es imposible, es decir, en casos de infertilidad o infertilidad certificada por un médico y con autorización escrita, según el artículo 4 de norma señalada, sólo se permite la fertilización homológica y prohíbe la maternidad sustitutiva. También prohíbe la criopreservación del embrión y las pruebas genéticas antes de la implantación. Además, sólo los adultos de ambos sexos, casados o convivientes, en edad fértil, son elegibles para utilizar técnicas reproductivas asistidas por la medicación, según el artículo 5 de la misma normativa señalada.

De esta manera, la legislación italiana considera la fecundación artificial como un recurso permitido en el caso que no existan otros métodos terapéuticos eficaces para eliminar las causas de infertilidad o esterilidad, señalando expresamente que no es un método procreativo alternativo al natural, sino que es un recurso último para las parejas que sufren esterilidad comprobada.

#### **6.3.4. Inglaterra**

Mediante Ley de Fertilización Humana y Embriología, del 01 de noviembre de 1990, que en su introducción manifiesta que regula y dispone lo concerniente a los embriones humanos y a cualquier desarrollo posterior de los mismos, prohíbe ciertas prácticas relativas a embriones y gametos.

Esta normativa también crea el Consejo de Fertilización Humana y Embriología; dispone qué personas han de ser tratadas en determinadas circunstancias como padres de un niño; asimismo, se acepta la congelación, donación de embriones, maternidad subrogada y no permite la manipulación genética. Sin embargo, no se pronuncia sobre la fecundación post mortem, tampoco sobre el ámbito de aplicación de la reproducción asistida.

Esta norma busca velar por la filiación de los niños nacidos por estas técnicas, como también vela por la identidad de los mismos. Sin embargo, es bastante reducido el tratamiento que hace al respecto.

### 6.3.5. Argentina

En Argentina, mediante la Ley N° 26.862, del 25 de junio de 2013, Ley de acceso integral a los procedimientos y técnicas médico asistenciales de reproducción medicamente asistida, se ha establecido la normatividad que regula la aplicación de las técnicas de reproducción asistida en dicho país, con el objeto de garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida.

Dicha norma incluye en el Programa Médico Obligatorio los procedimientos y las técnicas que la OMS define como técnicas de reproducción médicamente asistida, así como el diagnóstico, los medicamentos y terapias de apoyo, con los criterios y modalidades de cobertura que establezca la autoridad correspondiente, sin requisitos o limitaciones que impliquen la exclusión debido a la orientación sexual o al estado civil de los destinatarios.

Asimismo, en su artículo 4° menciona la creación de un registro único en el ámbito del Ministerio de Salud de la Nación, en el que deben estar inscritos todos aquellos establecimientos sanitarios habilitados para realizar procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida. Quedan incluidos los establecimientos médicos donde funcionen bancos receptores de gametos y/o embriones. Además, que sólo pueden realizarse estos procedimientos en los establecimientos sanitarios habilitados que cumplan con los requisitos que determine la autoridad de aplicación.

La cobertura prestacional la deben brindar los establecimientos asistenciales de los tres (3) subsectores de la salud: público, seguridad social (obras sociales) y privado.

El Ministerio de Salud de la Nación cumple con las siguientes funciones: a) Arbitrar las medidas necesarias para asegurar el derecho al acceso igualitario de todos los beneficiarios a las prácticas normadas por la presente; b) Publicar la lista de centros de referencia públicos y privados habilitados, distribuidos en todo el territorio nacional con miras a facilitar el acceso de la población a las mismas; c) Efectuar campañas de información a fin de promover los cuidados de la fertilidad en mujeres y varones.

En su artículo 7° señala que “tiene derecho a acceder a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida, toda persona mayor de edad que, de plena conformidad con lo previsto en la ley N° 26.529 de derechos del paciente en

relación con los profesionales e instituciones de la salud y que haya explicitado su consentimiento informado. El consentimiento es revocable hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer”.

La ley argentina es permisiva por establecer: como único requisito para su acceso la mayoría de edad y el consentimiento, como un ente supervisor al ministerio de salud, un registro obligatorio de todos los establecimientos sanitarios habilitados y finalmente que todos los agentes que brinden servicios médicos, incluyan una cobertura integral del abordaje, diagnóstico, medicamentos y las terapias de apoyo.

### **6.3.6. Uruguay**

Uruguay es uno de los países que cuenta con una legislación especial sobre la materia tratada. Pues, mediante la Ley 19.167, sobre técnicas de reproducción humana asistida, publicada el 29 de noviembre de 2013, que “tiene por objeto regular las técnicas de reproducción humana asistida acreditadas científicamente así como los requisitos que deben cumplir las instituciones públicas y privadas que las realicen” (Ley 19.167, 2013, artículo 1).

Esta normativa establece en su artículo 3º, que es deber del Estado garantizar que las técnicas de reproducción humana asistida queden incluidas dentro de las prestaciones del Sistema Nacional Integrado de salud.

A lo largo de su texto, la citada norma regula de una manera exhaustiva sobre la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, de la transferencia de embriones y conservación de gametos, de la donación de gametos y embriones, de la gestación subrogada y de la comisión honoraria de reproducción humana asistida.

En su artículo 21, la norma se ocupa sobre la identidad del donante, señalando que ésta será revelada previa resolución judicial cuando el nacido o sus descendientes así lo soliciten al Juez competente, aclarando que la información proporcionada no implicará en ningún caso la publicidad de la identidad de los donantes ni producirá ningún efecto jurídico en relación a la filiación. De igual manera, en los artículos 27 y 28 señala que la filiación del nacido corresponderá a quienes hayan solicitado y acordado la subrogación de la gestación, así como que la filiación materna estará

determinada por el parto o la cesárea de la madre biológica o en su caso por la mujer cuya gestación ha sido subrogada.

### 6.3.7. Chile

En vecino país Chile no cuenta con una legislación que regule de manera exhaustiva las técnicas de reproducción asistida. Solo se tiene el artículo 182 del Código Civil chileno que fue introducida mediante la Ley N° 19.585, Ley que modifica artículos del Código Civil y otros cuerpos legales.

El artículo 182 del Código Civil chileno, en materia de filiación de los hijos señala que:

Artículo 182.- El padre y la madre del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida son el hombre y la mujer que se sometieron a ellas. No podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo a la regla precedente, ni reclamarse una distinta. (Código Civil, 2000, Artículo 182).

Por otra parte, en el año 2006 se ha emitido la Ley N 20.120, sobre la investigación científica en el ser humano, su genoma y prohíbe la clonación humana, con la “finalidad de proteger la vida de los seres humanos, desde el momento de la concepción, su integridad física y psíquica, así como su diversidad e identidad genética, en relación con la investigación científica biomédica y sus aplicaciones clínicas” (Ley 20.120, 2006, artículo 1). Sin embargo, esta norma no regula las técnicas de reproducción asistida, sino solamente se ocupa de la protección de la vida humana de la concepción, prohibiendo la clonación y la destrucción de embriones para la obtención de células troncales.

Por otra parte, en Chile mediante el Fondo Nacional de Salud de Chile (Fonasa) se ofrece dos programas especiales, cuyo objetivo es facilitar el embarazo, estos son:

- Programa de fertilización asistida de baja complejidad, para lo cual las personas deben acreditar su infertilidad y como pareja ser beneficiaria de Fonasa. En estos casos, por Resolución Exenta N° 2843, Fonasa e Isapres cubren el tratamiento de fertilización asistida.
- Programa de fertilización asistida de alta complejidad, se ha implementado a través de convenios suscritos con instituciones privadas y clínico-universitarias



definidas por el Ministerio de Salud para la realización de los tratamientos. El programa otorga atención a las todas las parejas que cumpla con los criterios de inclusión, pudiendo acceder al tratamiento de fertilización in vitro (FIV), Inyección intracitoplasmática de espermios (ICSI) y la Criopreservación de pronúcleos (PN) y embriones.

Para estos asuntos, mediante la Resolución Exenta N° 241, el gobierno chileno aprobó la “Guía para el Estudio y Tratamiento de la Infertilidad”, buscando mejorar sus servicios en esta materia y beneficiar a mayor cantidad de sus ciudadanos.

Como vemos, en Chile, tampoco cuentan con una legislación especial sobre las técnicas de reproducción asistida, sino solamente el artículo 182 del Código Civil, en el que sólo se determina la filiación del hijo nacido mediante estas técnicas. Sin embargo, existen regulaciones reglamentarias que tratan de complementar estas carencias, buscando de alguna manera beneficiar a su población con la aplicación de estas técnicas.

## CAPÍTULO II

### MARCO METODOLÓGICO

#### 1. Problema de investigación

##### 1.1. Descripción de la realidad problemática

De la revisión del último Censo Nacional de Población realizado en el año 2017, se constata que la población peruana asciende a 31'237,385 habitantes, encontrándose que el 48% (14'993,945) son personas en edad fértil, entre varones y mujeres, de los cuales un 15%, que es equivalente 2'249,091 personas padecen algún tipo de infertilidad.

Como afirma el Tribunal Interamericano de Derechos Humanos (ICCH) en su sentencia en el caso Artavia Murillo contra Costa Rica, la infertilidad se considera una enfermedad de la salud reproductiva que tiene numerosos efectos en la salud física y psicológica de las personas (CIDH, 2012).

De manera que, las personas con esta enfermedad requieren especial atención y tratamiento a fin de lograr la procreación, por lo que las técnicas reproductivas asistidas (TERAS) serían los métodos suplementarios en estos casos, pues permitiría superar la deficiencia biológica que les impide tener hijos (Sala Civil Permanente, Casación N° 4323-2010-Lima, del 11 de agosto del 2011).

También queda claro que se utilizan técnicas de reproducción asistida en nuestro país, por lo que existe numerosa cantidad de clínicas de fertilidad en la capital y las principales ciudades de nuestro país, así como proliferan anuncios en periódicos y en Internet, casos de fertilización artificial y maternidad subrogada que han hecho noticia en los últimos años, proyectos de ley introducidos en el Congreso pero que no

han prosperado y casos judicializados desde 2006, entre otros factores. Sin embargo, no tenemos una normativa que regule plenamente estas circunstancias.

Frente a esta problemática, en nuestro país solo contamos con la única norma contenida en el artículo 7 de la Ley General de Salud, que con ciertas limitaciones y deficiencias, regula la posibilidad de acudir a estas técnicas, que señala: “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” (Ley 26842, 1997, artículo 7).

Como podemos ver, esta norma permite el uso de técnicas reproductivas asistidas sólo cuando la madre genética y la mujer embarazada son la misma persona; sin embargo, esta regulación ya se ha superado en la práctica, ya que se han descubierto casos no regulados por ella, como la fertilización extracorpórea con la donación de óvulos, que se abordó en el caso No. 4323-2010-Lima; la donación de embriones, que se abordó en el caso No. 00113-2006-0-1801-JR-FC-15. Estos y otros casos destacan las limitaciones y defectos de nuestras normas nacionales para abordar el problema causado por el uso de tecnologías reproductivas asistidas, con lo que, los más afectados son los niños y niñas que nacen mediante estas técnicas, encontrándose en juego su identidad y derechos conexos.

En ese sentido, el citado artículo 7 de la Ley General de Salud, así como el Código Civil, no se ocupan del derecho a la identidad de las personas nacidas mediante estas técnicas, por lo que la vulneración de los derechos de las personas que nacen por medio de estas técnicas es latente en todo momento.

En estas circunstancias, proponemos este estudio para analizar las implicaciones de las técnicas de reproducción asistida en el derecho a la identidad de las personas nacidas como resultado de estas técnicas, y para proponer alternativas normativas basadas en este análisis para proteger mejor el derecho a la identidad de las personas en nuestro país.

## 1.2. Enunciado del problema

Enunciar un problema consiste en declarar o expresar el problema de investigación. No existe unanimidad en la forma como debe enunciarse el problema, sin embargo, dos son las alternativas más aceptadas, que puede ser efectuada de manera “declarativa o interrogativa” (Paredes, 2014, p. 58).

De esta manera, en la presente investigación utilizamos la forma declarativa, quedando de la siguiente forma la redacción de nuestro enunciado:

Implicancias de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida en el derecho a la identidad, a partir de las sentencias judiciales emitidas a nivel local y nacional entre los años 2006 al 2019.

## 1.3. Interrogantes de la investigación

Las interrogantes de la investigación constituyen las preguntas que se plantea el investigador frente al problema de investigación. Como señala Espejo (2019) “la investigación buscará dar respuesta a un problema y la forma de presentar un problema es en forma interrogativa, pues su estructura predispone a la respuesta” (p. 68).

En tal sentido en la presente investigación nos hemos planteado las siguientes interrogantes o preguntas:

### 1.3.1. Pregunta General

¿Cuáles son las implicancias de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida en el derecho a la identidad?

### 1.3.2. Preguntas Específicas

1. ¿Cuáles son las técnicas de reproducción asistida que han tenido mayor incidencia en nuestro país, conforme a las sentencias judiciales emitidas a nivel local y nacional?
2. ¿Cómo ha sido el desarrollo legal y jurisprudencial nacional y comparada sobre la aplicación de las técnicas de reproducción asistida?

3. ¿En nuestro país las personas nacidas mediante la aplicación de las técnicas de reproducción asistida tienen el derecho de conocer su origen biológico?
4. ¿La regulación actual de las técnicas de reproducción asistida es suficiente para proteger el derecho a la identidad de las personas nacidas mediante estas técnicas?

#### 1.4. Descripción del problema

##### 1.4.1. Campo, área y línea de investigación

- a) **Campo.** - La presente investigación se desarrolla en el campo jurídico, pues se ocupa de analizar las implicancias de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida en el derecho a la identidad, por lo que se encuentra necesariamente inmerso en el campo jurídico.
- b) **Área.** - El objeto de estudio de la presente investigación se circunscribe en el área del Derecho Civil, por cuanto nuestro objetivo consiste en determinar las implicancias de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida en el derecho a la identidad, que implica enfocarnos mayormente desde el punto de vista del primer libro del Código Civil: Derecho de personas.
- c) **Línea.** - La línea que abarca nuestra investigación está referida al Derecho a la Identidad en el ámbito de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida.

##### 1.4.2. Operacionalización de las variables

La variable viene a ser una característica o atributo de un hecho o fenómeno que se desea investigar, el mismo que es susceptible de ser medido u observado, como señala Ríos (2017) “son características, propiedades, atributos o cualidades de la realidad susceptibles de asumir diferentes valores” (p. 91).

Las variables por constituir unidades de medición en la investigación, necesitan ser operacionalizadas “descomponiéndola en sus elementos integrantes,

denominados indicadores (Aranzamendi, 2015, p. 231). Por ello en la presente investigación se ha descompuesto la variable en indicadores y sub indicadores. El mismo es como sigue:

**Variable independiente:**

- Aplicación de las técnicas de reproducción asistida

**Variable dependiente:**

- Derecho a la identidad

**La operacionalización de las variables es el siguiente:**

VARIABLES	INDICADORES	SUB INDICADORES
<p><b>Variable Independiente:</b></p> <p><b>Aplicación de las técnicas de reproducción asistida</b></p> <p>Es la utilización de las técnicas de reproducción asistida como métodos que sirven para suplir la infertilidad de la persona, posibilitando tener descendencia.</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Procedimientos usados en las técnicas de reproducción asistida</li> <li>• Regulación actual de las técnicas de reproducción asistida</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Inseminación artificial homóloga</li> <li>- Inseminación artificial heteróloga</li> <li>- Fecundación in vitro homóloga</li> <li>- Fecundación in vitro heteróloga</li> <li>- Ley General de Salud</li> <li>- Código Civil</li> <li>- Normas reglamentarias</li> <li>- Jurisprudencia nacional</li> </ul>

	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Tratamiento jurisprudencia de las técnicas de reproducción asistida</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Jurisprudencia extranjera</li> </ul>
<p><b>Variable Dependiente:</b></p> <p><b>Derecho a la identidad</b></p> <p>Es el derecho que tiene todo ser humano a ser uno mismo, y a ser reconocido como tal, la misma que podría ser afectado con la aplicación de las técnicas de reproducción asistida.</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Protección del derecho a la identidad en la aplicación de las técnicas de reproducción asistida</li> <li>• Dimensiones de la identidad afectadas en la aplicación de las técnicas de reproducción asistida</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Protección constitucional</li> <li>- Protección legal</li> <li>- Protección a nivel de normas internacionales de derechos humanos</li> <li>- Dimensión estática (nombres, apellidos, identidad biológica).</li> <li>- Dimensión dinámica (relaciones familiares, proyectos de vida).</li> </ul>

### 1.4.3. Tipo de investigación

La tipología de la presente investigación se determina en base a ciertos criterios:

- a) **Según su enfoque.-** Es una investigación de tipo mixto, con predominio cualitativo, pues mayormente se trata de la recopilación y análisis de sentencias judiciales que resuelven conflictos generados en la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, y en base a dicho análisis de determina la afectación del derecho a la identidad de las personas nacidas mediante estas técnicas. Luego para corroborar estos resultados se utilizan encuesta a Jueces de Familia, para cuyo análisis se utiliza estadística descriptiva básica, efectuando mayormente análisis teórico.
- b) **Según su diseño.-** Es una investigación de tipo no experimental, pues es una investigación que se limita a la observación de hechos a través de las sentencias judiciales que resuelven conflictos generados en la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, sin manipular variables.

- c) **Según su profundidad.-** Es una investigación descriptiva-explicativa, pues se pretende determinar las implicancias de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida en el derecho a la identidad, identificando como causa la aplicación de la técnicas de reproducción asistida y como consecuencia la afectación del derecho a la identidad de los nacidos por esta técnica.
- d) **Según su espacio temporal.-** Es una investigación de tipo longitudinal, pues se efectúa analizando sentencias que fueron emitidos en diferentes años y diferentes Juzgados, desde el año 2006 en adelante, pero referidos a los conflictos generados por la aplicación de las técnicas de reproducción asistida.
- e) **Según su fuente de datos.-** Es una investigación que conjuga la investigación documental y de campo, por cuanto ha sido realizado apoyándonos en fuentes de carácter documental como resoluciones judiciales y sentencias casatorias, pero también nos hemos apoyado en encuestas para obtener información de los Jueces de Familia sobre su opción sobre la aplicación de las técnicas de reproducción asistida y sus implicancias en el derecho a la identidad.

#### 1.4.4. Nivel de investigación

La presente investigación responde al nivel descriptivo-explicativo, por cuanto mediante la descripción y análisis de las resoluciones y las sentencias, apoyándonos en las encuestas a Jueces de Familia, se determina las implicancias de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida en el derecho a la identidad.

## 2. Justificación

La investigación planteada aborda un problema muy importante y actual de nuestra sociedad, asimismo busca aportar alternativas de solución al problema que analiza, por lo que encuentra justificación, por cuanto tiene:

*Relevancia Jurídica*, porque nos permitirá evaluar si el uso de las tecnologías reproductivas asistidas infringe el derecho a la identidad de los niños nacidos como resultado de estas técnicas. Esto se hará revisando y analizando in situ las sentencias



emitidas en nuestros tribunales nacionales, así como las opiniones de los jueces, en comparación con las normas legales, constitucionales e internacionales de derechos humanos, para garantizar que el problema en investigación es legalmente relevante.

*Relevancia Científica*, pues el análisis de las decisiones judiciales, el contraste con las normas legales, constitucionales e internacionales de derechos humanos, así como las opiniones doctrinales y jurisprudenciales, permitirá el desarrollo y planteamiento de nuevos criterios para la interpretación de las normas y la corrección de la situación actual a través de una propuesta legal, que enriquecerá la cultura legal sobre el tema.

*Relevancia Humana*, porque los resultados de la presente investigación favorecerán al reconocimiento de la afectación del derecho a la identidad de las personas nacidas de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida y buscará plantear una solución viable para la protección del derecho en mención.

*Relevancia Contemporánea*, porque la aplicación de las técnicas de reproducción asistida ocurre en nuestros tiempos, por lo que la vulneración del derecho a la identidad de las personas nacidas por estas técnicas se vienen dando actualmente, por lo que el problema que pretendemos analizar es actual.

Por las razones mencionadas anteriormente, es necesario considerar adecuadamente las implicaciones de las técnicas de reproducción asistida en el derecho a la identidad, a fin de evitar los posible daños a la identidad de los menores que nacen mediante estas técnicas, por lo que el estudio que pretendemos realizar “es necesario e importante” (Hernández, Fernández & Baptista, 2014, p. 40).

### **3. Objetivos**

Los objetivos “suponen el logro que se espera de la investigación y, por ello, son el propósito del trabajo de la investigación” (Ríos, 2017, p. 69). Es decir, tienen la finalidad de señalar a lo que se aspiramos o qué es lo que queremos lograr con la investigación.

En ese sentido, con el presente trabajo de investigación nuestra aspiración ha sido lograr los siguientes:

### 3.1. Objetivo general

Determinar las implicancias de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida en el derecho a la identidad.

### 3.2. Objetivos específicos

1. Identificar cuáles son las técnicas de reproducción asistida que han tenido mayor incidencia en nuestro país, conforme a las sentencias judiciales emitidas a nivel local y nacional.
2. Mostrar cuál ha sido el desarrollo legal y jurisprudencial nacional y comparada sobre la aplicación de las técnicas de reproducción asistida.
3. Analizar si en nuestro país las personas nacidas mediante la aplicación de las técnicas de reproducción asistida tienen el derecho de conocer su origen biológico.
4. Evaluar si la regulación actual de las técnicas de reproducción asistida es suficiente para proteger el derecho a la identidad de las personas nacidas mediante estas técnicas.

## 4. Hipótesis

La hipótesis constituye “una formulación lógica y coherente de aquello que estamos buscando o tratando de probar en nuestro trabajo” (Ramos, 2018, p. 126), por lo que la hipótesis constituye una explicación anticipada que nos permite acercarnos a la realidad, la misma que se expresa como una proposición verificable, que establece relaciones entre hechos.

La estructura formal de la hipótesis está constituida por un fundamento o principio y otra de deducción o respuesta. En ese sentido, nos hemos planteado la siguiente hipótesis:

**DADO QUE** no contamos con una regulación exhaustiva de las técnicas de reproducción asistida, ni de la protección de los derechos involucrados en su práctica, sino solo con la regulación mínima efectuada mediante el artículo 7° de la Ley General de la Salud, y sin embargo, la práctica de estas técnicas en nuestro país se da innegablemente, **ES PROBABLE QUE** la aplicación de las técnicas de reproducción asistida en nuestro país, en la forma como se encuentran regulados, vulnere el derecho fundamental a la identidad de las personas nacidas mediante estas técnicas, por lo que requieran de una urgente regulación específica y modificación de las normas del Código Civil y la Ley General de Salud.



## **5. Métodos empleados en el análisis de la información**

### **5.1. Método sistemático**

Sabemos que nuestro sistema legal es una unidad, lo que implica que las normas legales están interconectadas, por lo que cuando nos encontramos con un problema legal, debemos aplicar diversas normas de manera coordinada, interpretando una de acuerdo con la otra.

En este sentido, se ha tenido en cuenta la unidad e interconexión de las normas que regulan la aplicación de las tecnologías reproductivas asistidas (Ley General de Salud) y la identidad de la persona, como la Constitución política, el Código Civil, el Código de Niños y Adolescentes y las normas internacionales de derechos humanos, entre otras, en la realización de esta investigación, analizando sistemáticamente su alcance y sobre dicha base proponer soluciones para el problema analizado.

### **5.2. Método histórico sociológico**

Para determinar las implicaciones de las técnicas de reproducción humana asistida en nuestro sistema legal, también fue necesario mirar las situaciones sociales que han influido en cómo se han regulado en nuestro sistema legal.

### **5.3. Método Funcional**

Pues también abordamos el problema basándonos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la Corte Suprema y sentencias emitidas por los Juzgados de familia de primera y segunda instancia en los casos de aplicación de tecnología reproductiva asistida, porque creemos que es ahí donde se encuentra la ley viva, que se analiza a medida que la aplicación de estas técnicas y los cambios que se están produciendo en la sociedad evolucionan.

#### **5.4. Método inductivo-deductivo**

Mediante el análisis de la forma de regulación de las técnicas de reproducción asistida, así como de las resoluciones judiciales que resuelven casos sobre la aplicación de las mismas, se ha deducido las implicancias de estas técnicas en el derecho a la identidad de las personas que han nacido mediante estas técnicas.

### **6. Técnicas, instrumentos y materiales de verificación**

#### **6.1. Técnicas**

En la ejecución de la presente investigación se ha utilizado las siguientes técnicas:

- La observación documental.- Para la revisión y análisis de las resoluciones judiciales (sentencias) que resuelven conflictos que se generaron en la aplicación de las técnicas de reproducción asistida a nivel nacional.
- La encuesta.- Para recoger información respecto a las implicancias de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida en el derecho a la identidad, de parte de los Jueces de Familia.

#### **6.2. Instrumentos**

Concordante con las técnicas empleadas que se han empleado, para materializar su aplicación, se han utilizado los siguientes instrumentos:

- La ficha de observación documental estructurada, especialmente elaborada por la investigadora para recojo de la información de las resoluciones judiciales (sentencias).
- El cuestionario, para recoger la información de los Jueces, sobre su opinión respecto a la aplicación de las técnicas de reproducción asistida en el derecho a la identidad.

## 7. Campo de verificación

### 7.1. Ubicación espacial

La presente investigación abarca el ámbito nacional. Para la obtención de las sentencias judiciales que resuelven conflictos generados por la aplicación de las técnicas de reproducción asistida se considerado a nivel nacional y para la aplicación de la encuesta mayormente ha sido de Ica y Lima.

### 7.2. Ubicación temporal

La presente investigación ha abarcado el periodo comprendido entre los años 2006 al 2019, por cuanto se ha analizado resoluciones judiciales que resuelven casos que surgieron en la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida en diferentes Juzgados del país, a lo largo de ese periodo.

### 7.3. Unidad de estudio

Las unidades de estudio están constituidas por cada información referida a las técnicas de reproducción asistida, como normas legales, sentencias del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional y los Jueces de Familia.

#### Universo:

El universo de la investigación está conformado por:

- a) **06 sentencias judiciales que resuelven conflictos que surgieron en la aplicación de las técnicas de reproducción asistida.** En cuanto a las sentencias que conforman nuestra población son muy pocas a nivel nacional, pues, a pesar que es de conocimiento público que en nuestro país se practica las técnicas de reproducción asistida, sin embargo son pocos los casos que se judicializan, por lo que hemos optado, por convenir a nuestra investigación, considerar las 06 sentencias conocidas que tenemos a nivel nacional hasta la fecha, en base a consultas bibliográficas, hemerográficas, de tesis y conversaciones con Jueces, profesionales de derecho y otros investigadores.

Entre las sentencias que se analizarán son las siguientes:

- Expediente N° 00113-2006-0-1801-JR-FC-15. Impugnación de maternidad
- Casación N° 5003-2007-Lima. Impugnación de maternidad
- Casación N° 4323-2010-Lima. Nulidad de acto jurídico
- Casación N° 563-2011-Lima. Adopción excepcional y maternidad subrogada.
- Expediente N° 06374-2016-0-1801-JR-CI-05. Derecho de identidad.
- Expediente N° 01286-2017-0-1801-JR-CI-11. Filiación de menor.

**b) Jueces de la especialidad Civil y Familia**, hemos escogido a los Jueces Civiles y Familia de Ica, debido a que la investigadora trabaja en la Corte Superior de Ica y Jueces de Familia de Lima, debido que la mayor parte de los casos se han dado en los Juzgados de Familia de Lima. En todos ellos se ha escogido a los integrantes de nuestra muestra conforme a la referencia que tuvimos de su conocimiento sobre la materia de nuestra investigación.

#### **Muestra**

- a) **En cuanto a las sentencias judiciales que resuelven conflictos que surgieron en la aplicación de las técnicas de reproducción asistida**, será igual a la población, debido a que el tamaño de nuestra población es pequeña.
- b) **21 jueces de la especialidad Civil y Familia** hemos escogido a los Jueces Civiles y Familia de Ica que son 16 Jueces en total, debido a que la investigadora trabaja en la Corte Superior de Ica y 05 Jueces de Familia de Lima, debido a que la mayor parte de los casos se han dado en los Juzgados de Familia de Lima y son jueces conocedores de la materia. En todos ellos se ha escogido a los integrantes de nuestra muestra conforme a la referencia que tuvimos de su conocimiento sobre la materia de nuestra investigación, es decir siguiendo el muestreo no probabilístico por conveniencia. Debido a la coyuntura que vivimos no se ha podido contactar más jueces de Lima, sino solamente los indicados.

## **8. Estrategia de recolección de datos**

### **8.1. Organización**

- Para llevar a cabo la recolección de datos e información, primeramente se coordinó con la Escuela de Post Grado de la Universidad Católica de Santa María de Arequipa, como también con los docentes de la maestría.
- Para la recolección de datos se utilizó fichas de observación documental estructurada, para recolectar la información de las sentencias judiciales analizadas y un cuestionario para recoger información de los Jueces de familia encuestados.
- La recolección de datos documentales se ha efectuado directamente de la lectura de las sentencias judiciales, mientras en el caso de la encuesta, esta se ha remitido a los Jueces vía virtual, los mismos devolvieron llenados.
- La información recolectada, se ha organizado con ayuda de un ordenador, elaborando tablas y gráficos, los que fueron analizados, interpretados y expresados en las conclusiones de nuestra tesis.

### **8.2. Validación del instrumento**

- La ficha de observación documental estructurada se validó mediante una prueba piloto, que consistía en utilizar la hoja para recoger datos de dos resoluciones y luego hacer los ajustes necesarios para que pudiera utilizarse de la manera más adecuada.
- La validación del cuestionario se ha utilizado mediante Juicio de Expertos, la misma que fue efectuada por tres Abogados con Grado de Maestría: Carlos Raúl Jesús Balbuena Carrasco, Tania Alicia Peralta Vega y Gloria María Rosas Pachas, que laboran en la Corte Superior de Justicia de Ica.

### **8.3. Criterios para el manejo de resultados**

Los datos recolectados primeramente se han organizado en grupos conforme a las variables y los objetivos de la investigación, luego se organizó en cuadros y gráficos estadísticos, para presentarlo adecuadamente el informe. Para la elaboración de los cuadros y gráficos nos hemos apoyado con un ordenador y el programa EXCEL.



## CAPÍTULO III

### RESULTADOS Y DISCUSIONES

#### 1. Generalidades

Luego de revisar la parte del marco teórico sobre el tema materia de investigación, en esta parte nos ocuparemos acerca de los resultados que hemos obtenido con la presente investigación, con la finalidad de determinar las implicancias de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida en el derecho a la identidad de las personas nacidas por medio de estas técnicas, en base a las sentencias judiciales emitidas a nivel local y nacional.

La secuencia de presentación de los resultados se efectúa en el orden de nuestros objetivos de investigación, por lo que comenzaremos analizando la situación de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida en nuestro país, con la finalidad de determinar cuáles de estas técnicas han tenido mayor incidencia, conforme a las sentencias judiciales emitidas a nivel local y nacional.

Asimismo, analizamos el desarrollo legal y jurisprudencial nacional y comparada sobre la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, sobre el derecho a conocer su origen biológico de los nacidos mediante las técnicas de reproducción asistida y en base a ello evaluamos si la regulación actual de las técnicas de reproducción asistida es suficiente para proteger el derecho a la identidad de las personas nacidas mediante estas técnicas.

De igual manera expondremos los hallazgos obtenidos mediante el análisis de las sentencias sobre la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, complementando con el resultado de la encuesta aplicada a 21 Jueces de Familia, a fin de corroborar el logro de nuestros objetivos y demostrar nuestra hipótesis.

#### 2. La aplicación de las técnicas de reproducción asistida en Perú

Para ver si en nuestro país se practica las técnicas de reproducción asistida, y de serlo, analizar su regulación, primeramente, nos enfocaremos en la situación de la infertilidad en nuestro país, por cuanto, debido a los problemas de infertilidad, muchas parejas no pueden tener hijos, por lo que, por el deseo natural de tener un hijo y una

descendencia, acuden a diversos métodos, entre ellos las técnicas de reproducción asistida.

Asimismo, será necesario analizar otros factores como la presencia de las clínicas de fertilización, los casos judicializados y los proyectos de ley presentados al Congreso de la República para inferir la práctica de las técnicas de reproducción asistida y la necesidad de su regulación.

En ese sentido, en los siguientes puntos pasaremos a analizar los factores que indicamos.

### **2.1. La situación de la infertilidad y la aplicación de las técnicas de reproducción asistida**

En el último Censo Nacional de Población del 2017, hasta el 22 de octubre de ese año, la población peruana era de 31 millones 237 mil 385 habitantes, de los cuales el 48% de la población (varones y mujeres), que asciende a 14 993 945 personas, son personas en edad fértil (INEI, 2018).

De la población masculina y femenina en edad fértil, un buen porcentaje de ellos tendrían problemas de infertilidad. Sin embargo, en nuestro país la infertilidad no es considerada como una enfermedad de salud pública, por lo que los organismos públicos o estatales no registran estas situaciones, por lo que casi no existen estadísticas oficiales. Sin embargo existen estudios y estadísticas que señalan que la tasa de infertilidad afectaría a un promedio del 15% de parejas o personas que están en edad fértil.

La investigadora Roa (2012), en un estudio sobre la infertilidad en nuestro país, nos decía que la “infertilidad afecta a más de 15% de personas en edad fértil en el mundo” (Roa, 2012, p. 82). De modo que en nuestro país, la situación de infertilidad, también se encontraría alrededor de ese porcentaje.

La Sociedad Peruana de Urología en una entrevista realizada en América Noticias el 18 de junio de 2018, en el que el coordinador del capítulo de andrología de la institución, el Dr. Edwin Reyes, declaró que la infertilidad afecta al menos al 15% de las personas de edad reproductiva en Perú.

El Dr. Francisco Escudero Díaz, especialista en ginecología y fertilidad del Centro de Fertilidad y Reproducción Asistida (CEFRA), nos dice:

Se estima que alrededor de un millón y medio de peruanos tienen problemas para concebir y 15 de cada 100 parejas en el Perú tienen dificultades para ser padres. La infertilidad puede deberse a causas masculinas y femeninas, aproximadamente en el hombre (40%) y en la mujer (40%) y en ambos o de origen inexplicable (20%). (Escudero, 31 de agosto de 2016).

La Dra. Katherine Chávez, ginecóloga del Hospital de la Solidaridad de Chorrillos, señala que:

Las cifras de infertilidad siguen incrementándose de forma alarmante en el Perú. Los últimos reportes indican que 15 de cada 100 parejas tienen dificultades para ser padres. Pese a esto la infertilidad aún no es considerada como un problema de salud pública en el Perú, manifestó la especialista. (Chávez, 10 de mayo de 2017)

Ello nos hace ver que en nuestro país existe alrededor de 15% de personas en edad fértil padecen de infertilidad.

Teniendo en cuenta la información señalada y las cifras actuales de la población peruana en edad fértil publicada por INEI, tendríamos:

Tabla 01

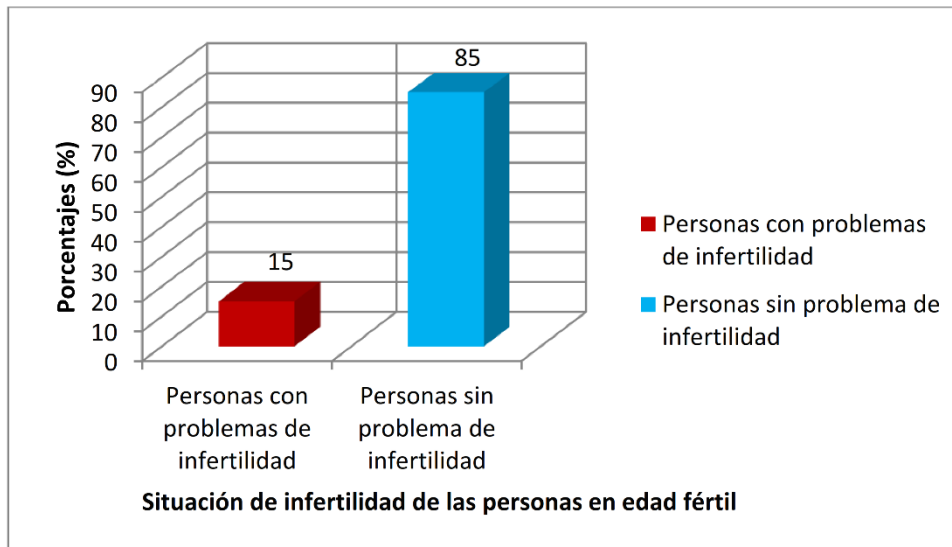
Situación de infertilidad de las personas en edad fértil en el Perú

Situación de las personas	N	%
Personas con problemas de infertilidad	2 249 091	15
Personas sin problema de infertilidad	12 744 854	85
Total	14 993 945	100

**FUENTE:** Elaboración propia (En base a la información de INEI y Sociedad Peruana de Urología).

**Gráfico 01**

Situación de infertilidad de las personas en edad fértil en el Perú



**FUENTE:** Elaboración propia.

En la Tabla 01, y su gráfico, nos hace ver la situación de infertilidad de personas en edad fértil de nuestro país, donde el 15% (2 249 091 personas) padecerían de algún tipo de infertilidad, mientras un promedio del 85% (12 744 854 personas) no tendría este tipo de problemas.

Esto también corrobora las afirmaciones del Dr. Luis Noriega Hoces, médico especialista en Reproducción Asistida de la Clínica de Fertilidad Asistida y Ginecología Concebir, quien señala que “se estima que entre el 10% y 15% de la población en edad fértil –entre 20 y 43 años– tiene problemas de fertilidad. En Perú estamos hablando de que por lo menos un millón y medio de personas” (Diario El Comercio, 13 de mayo de 2018).

El Dr. Luis Noriega, es un profesional referente en estos temas, teniendo en cuenta algunos casos notorios que ha tenido a su cargo, como son: El caso del primer bebé probeta peruano que nace en el año 1990, mediante la Fecundación In Vitro con Transferencia Embrionaria (FIVTE) en el Instituto de Ginecología y Reproducción Humana Asistida, estuvo a cargo de su persona, así como el reciente caso de los chilenos Jorge Tobar y Rosario Madueños.

Por otra parte, tenemos la estadística del Instituto Nacional Materno Perinatal del Ministerio de Salud, respecto a la infertilidad femenina:

**Tabla 02**

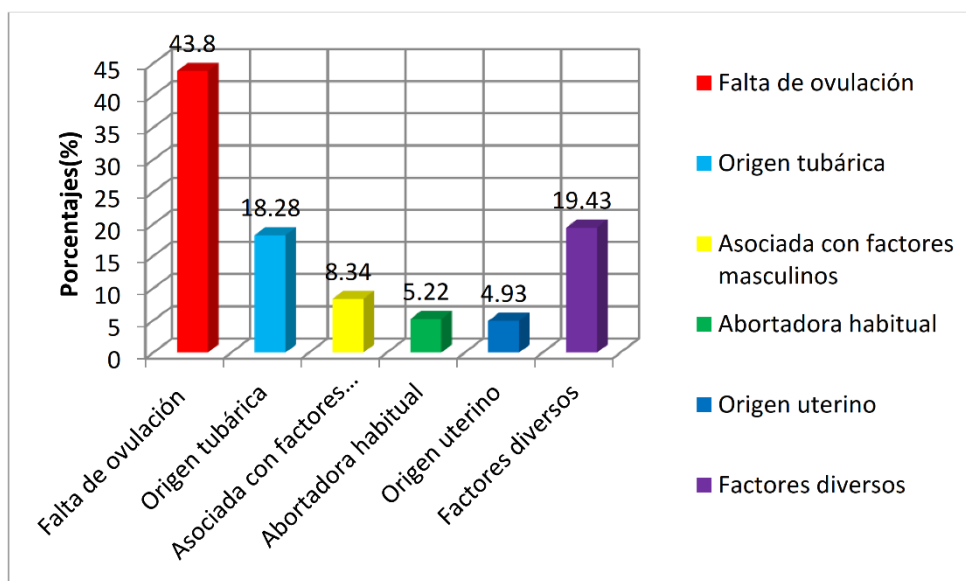
**La infertilidad femenina según el Consultorio de Medicina Reproductiva del Instituto Nacional Materno Perinatal – MINSA en el año 2019**

Situaciones tratadas	N	%
Infertilidad femenina asociada a falta de ovulación	2 516	43.80
Infertilidad femenina de origen tubárica	1 050	18.28
Infertilidad femenina asociada con factores masculinos	479	8.34
Abortadora habitual	300	5.22
Infertilidad femenina de origen uterino	283	4.93
Factores diversos	1116	19.43
Total	5744	100.00

**FUENTE:** Elaboración propia en base a la estadística de MINSA.

**Gráfico 02**

**La infertilidad femenina según el Consultorio de Medicina Reproductiva del Instituto Nacional Materno Perinatal – MINSA en el año 2019**



**FUENTE:** Elaboración propia en base a la estadística de MINSA.

En la Tabla 02 observamos que en el año 2019 al Consultorio de Medicina Reproductiva del Instituto Nacional Materno Perinatal del ministerio de Salud, durante el año 2019, han asistido 5744 personas femeninas para consultar sobre su situación de infertilidad, por factores diversos. Por infertilidad femenina asociada a la falta de ovulación acudieron 43.80%, por infertilidad de origen tubárica 18.28%, por infertilidad asociada a factores masculinos 8.34%, por ser abortadora habitual 5.22%, por infertilidad de origen uterino 4.93% y por otros factores o combinación de varios factores 19.43%.

Las tablas mostradas, así como la manifestación de los profesionales e instituciones públicas y privadas señaladas, nos hacen ver que en nuestro la tasa de infertilidad es notable, que alcanza al 15% de las personas en edad fértil.

## **2.2. La práctica de las técnicas de reproducción asistida en Perú**

Dada la problemática de la infertilidad en nuestro país, las personas que padecen este mal buscan encontrar de alguna manera solucionar su problema. Unos optan algunos métodos tradicionales, o acuden a médicos de hospitales comunes, o buscan suplir mediante la adopción de niños, y otros, sobre todo aquellos que cuentan con una buena solvencia económica, acuden a las clínicas especializadas en técnica de reproducción asistida.

A nivel de nuestro país, los centros o clínicas de fertilidad mayormente son privados. En el sector público solamente contamos con el área de Medicina Reproductiva del Instituto Nacional Materno Perinatal del Ministerio de Salud. Esta institución brinda servicios de:

Exámenes de infertilidad a través de diversas pruebas, atención integral del manejo de la pareja infértil, consultorio de Consejería en Medicina Reproductiva y Biología Reproductiva, asimismo brindan tratamiento de Reproducción Asistida, brindando los servicios de inseminación intrauterina (IIU) y tratamientos de alta complejidad mediante la técnica de fecundación in vitro. (Instituto Nacional Materno Perinatal [INMP], 20 de agosto de 2019)

A nivel privado en nuestro país existen una infinidad de centros y clínicas de fertilidad. Sin embargo, no contamos con un registro de ellos, por lo que no tenemos una estadística que nos indique cuántas de estas instituciones operan en el país.

Conforme a la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida (REDLARA), que es una institución que agrupa a más del 90% de los centros dedicados de fertilidad en América Latina, en Perú tendríamos las siguientes Clínicas:

**Tabla 03**  
**Clínicas Privadas de Fertilidad que operan en Perú según la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida**

N°	NOMBRE DE LA CLÍNICA
1	CEFERGIN - Centro Especializado de Fertilidad y Ginecología
2	CEFRA - Centro de Fertilidad y Reproducción Asistida
3	CFGS - Centro de Fertilidad y Ginecología del Sur
4	Clínica Miraflores - Ginecología y Fertilidad
5	CLINIFER - Centro de Fertilidad en Chiclayo
6	Grupo PRANOR del Instituto de Ginecología y Reproducción
7	INMATER - Clínica de Fertilidad y Reproducción Asistida
8	Instituto de Medicina Reproductiva Clínica Ricardo Palma
9	NACER - Centro de Reproducción Humana de Lima
10	PRANOR San Isidro - Clínica Concebir
11	Clínica de Fertilidad PROCREAR

**FUENTE:** Estadísticas de la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida

Las Clínicas de Fertilidad que aparecen en la Tabla 03, que fue elaborado conforme a su acreditación en la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida (REDLARA), son las principales y notorias, de las que algunas operan a su vez con sucursales en los diferentes distritos de Lima y las ciudades más importantes del país.

La existencia de la cantidad de clínicas privadas que se especializan en esta rama, se da porque, como dice el doctor Julio Dueñas Chacón, Director del Centro de Fertilidad y Reproducción PROCREAR:

En el Perú, a pesar del número de personas infértiles, no se contempla en su verdadera dimensión a la infertilidad como una cuestión de importancia. Si bien la gran mayoría de hospitales tiene un protocolo de infertilidad y unidades de reproducción asistida, estos no encuentran solución al problema, ya que no cuentan con el equipamiento necesario para hacer, primero, el diagnóstico más acertado y, segundo, los médicos gineco-obstetras no están capacitados como infertólogos. (Dueñas, 31 de agosto de 2015)

En consecuencia, es evidente que nuestro país carece de hospitales y de equipos adecuados para abordar estas cuestiones a nivel del sector público. En consecuencia, las clínicas de fertilidad están gestionadas casi por completo por empresas privadas. Sin embargo, no tenemos registro de estas clínicas ni de los servicios que prestan debido a la falta de regulación en el campo. Podemos ver una infinita cantidad de propaganda leyendo periódicos, revistas o navegando por Internet, lo que indica que varios de estos establecimientos operan en nuestro país, la mayoría de ellos de forma informada.

Esto demuestra que el uso de técnicas reproductivas asistidas en nuestro país es innegable, y va en aumento, como lo demuestra el número de Clínicas de Fertilidad en la capital del país y en las principales ciudades, noticias como el caso de los maridos chilenos Rosario Madueños y Jorge Tovar, anuncios en periódicos e Internet, la existencia de casos judicializados y Proyectos Jurídicos presentados al Congreso pero no aprobados. Sin embargo, en nuestro país, el uso de estas técnicas no está regulado adecuadamente.

La única norma referida a las técnicas de reproducción humana asistida es el artículo 7° de la Ley 26842, Ley General de Salud, que establece que solo permite acudir al uso de las técnicas de reproducción asistida en caso que la madre biológica y la que gesta son la misma persona, por lo que dejan en vacío otras técnicas que podrían ser valiosas para el tratamiento de la infertilidad. Sin embargo, en la práctica los vacíos de esta ley son interpretados como permisibles porque no existe una prohibición expresa de su uso, especialmente en el caso de fecundación heteróloga.



Como veremos en los siguientes puntos a partir de los casos que se han judicializado, esta situación ha provocado graves problemas tanto para las partes implicadas como para los niños nacidos a través de estas técnicas, por lo que se necesita urgentemente una regulación especial sobre la práctica de las técnicas reproductivas asistidas en nuestro país.

### **3. Análisis de la legislación sobre la aplicación de las técnicas de reproducción asistida.**

En nuestro país no existe un reconocimiento constitucional expreso de las técnicas de reproducción asistida. Sin embargo, su reconocimiento implícito encuentra sustento en el artículo 3 de la Constitución, el mismo que deja en claro que el reconocimiento de algunos derechos en el capítulo primero de la Constitución, no excluye a los demás derechos que la Constitución garantiza, mucho menos aquellos derechos que se fundan en la dignidad del hombre.

En este sentido, aunque la Constitución Peruana no reconoce expresamente el derecho de los individuos a acceder a las tecnologías reproductivas asistidas, esto no excluye su uso basado en otros derechos reconocidos por la Constitución, como el derecho a la dignidad, la libertad, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la intimidad personal y familiar, el derecho a formar libremente una familia, y los derechos sexuales y reproductivos, por nombrar algunos.

Los derechos sexuales y reproductivos y el derecho de toda persona de formar una familia que constituyen bases para el derecho de acceder a las técnicas de reproducción asistida, han sido reconocidos en el artículo 6 de la Constitución Política, cuando señala que:

La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir. En tal sentido, el Estado asegura los programas de educación y la información adecuada y el acceso a los medios, que no afecten la vida o la salud. (Constitución Política, 1993, artículo 6)

Este parecer ha sido confirmado por el Tribunal Constitucional en la Sentencia del Expediente N° 2005-2009-PA/TC, fundamento 5. Por lo que el derecho de toda persona de acceder a las técnicas de reproducción asistida encuentra sustento constitucional en esta norma.

Asimismo, los derechos sexuales y reproductivos también han sido consagrados en normas internacionales de derechos humanos, como la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 16) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 23), por lo que constituyen derechos humanos relacionados con otros derechos como el derecho a la dignidad, a la vida, a la integridad, entre otros. Estas normas internacionales han sido ratificadas por nuestro país, por lo que forman parte de nuestro derecho interno, en virtud al artículo 55 y la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución

En ese sentido, las técnicas de reproducción asistida, íntimamente ligado con los derechos sexuales y reproductivos, constituirían derechos constitucionales implícitos. Como señala Abad (2012);

Si bien los derechos sexuales y derechos reproductivos no han sido reconocidos por nuestro ordenamiento jurídico en forma expresa, estos son una manifestación de los derechos fundamentales a la libertad, a la salud y a la intimidad de las personas; por lo que deberán ser garantizados a cabalidad. Asimismo, deberán ser tomados en cuenta para la creación de políticas públicas y normas relativas a la sexualidad y reproducción. A nuestro juicio, estamos en realidad ante derechos constitucionales implícitos, que pueden ser calificados como tales al amparo del artículo 3 de la Constitución. (p. 143)

En ese sentido, siendo los derechos sexuales y reproductivos derechos fundamentales implícitos, obliga al Estado, como también a la sociedad, a proteger y tomar en cuenta en la creación de políticas públicas o cualquier decisión sobre la materia, así como en la emisión de normas relativas a la sexualidad y reproducción, por lo tanto, también en el caso de la reproducción por medio de técnicas asistidas.

En el derecho nacional no existe una normativa especial que regule de una manera completa las técnicas de reproducción asistida. La única norma que hace mención a las técnicas de reproducción asistida es el artículo 7 de la Ley 26842, Ley

General de Salud, sin embargo como ya señalamos en múltiples ocasiones, reconoce que las personas tienen derecho de acudir al tratamiento de su infertilidad, como también a utilizar las técnicas de reproducción asistida, pero solo cuando la madre gestante y la biológica sean las mismas personas.

Conforme a la normatividad, se habla sobre el tratamiento de la infertilidad, pues actualmente la infertilidad es considerada como una enfermedad de salud pública. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en la Sentencia del caso *Artavia Murillo Vs Costa Rica*, ha señalado que:

La infertilidad es una enfermedad (de salud reproductiva) que tiene numerosos efectos en la salud física y psicológica de las personas, así como consecuencias sociales, que incluyen inestabilidad matrimonial, ansiedad, depresión, aislamiento social y pérdida de estatus social, pérdida de identidad de género, ostracismo y abuso (...). Genera angustia, depresión, aislamiento y debilita los lazos familiares. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia del Caso *Artavia Murillo vs Costa Rica*, del 28 de noviembre del 2012, párrafo 62)

En segundo lugar, el artículo 7 de la Ley General de Salud señala que las personas que sufren de infertilidad pueden acudir al uso de las técnicas de reproducción asistida para procrear. Se permite entonces la fertilización homóloga y heteróloga, siempre que la madre genética y la madre embarazada sean las mismas. Es decir, que la misma mujer que proporciona el óvulo a fecundarse, también sería la que se embarace con dicho óvulo ya fecundado, exigiéndose para el caso, la aprobación por escrito y anticipado de ambos progenitores biológicos de la criatura que va formarse.

La condición que exige esta norma para la procreación asistida, de que la madre genética y la madre gestante recaigan sobre la misma persona, ha sido en sí “la frase de discordia” (Siverino, 2012, p. 216). Por un lado, esta norma permite a cualquiera utilizar las técnicas de reproducción asistida, pero por otro, impone tal restricción que sólo un pequeño número de personas pueden utilizarlas.

En ese sentido, las mujeres que no pueden tener una ovulación adecuada para la fertilización o que no pueden completar un embarazo debido a la malformación no pueden utilizar estas técnicas debido a la condición impuesta. Una mujer que no puede

concebir debido a una ovulación insuficiente y no puede recibir tratamiento no tiene más remedio que utilizar óvulos donados, lo que va en contra de la ley. Si no es capaz de llevar a cabo un embarazo a término, tendrá que utilizar la técnica del vientre de arrendamiento, que implica utilizar tus propios óvulos, los óvulos de la persona que te alquila el vientre, o de otro donante. Esta posibilidad, así como el deseo de tener un hijo o hijas, sería rechazada en virtud de las condiciones impuestas por el artículo 7 de la Ley General de Salud.

Por otro lado, ha dejado de regular técnicas muy importantes en la aplicación de técnicas reproductivas asistidas, como la fertilización in vitro, la ovodonación, la maternidad subrogada y los contratos de útero de arrendamiento, entre otros, además de las condiciones estrictas y contradictorias. Sin embargo, al no existir prohibición expresa, dichas técnicas se practican bajo la consigna de que “aquello que no está prohibido, está permitido”.

Sobre lo manifestado, nuestra Corte Suprema ha tenido ocasión de manifestarse en la Casación N° 4323-2010-Lima, señalando lo siguiente:

Los hechos acaecidos tienen sustento en la técnica de reproducción asistida, denominada ovodonación en virtud de la cual la mujer puede gestar, pero es incapaz de ovular, por lo que se requiere de una donante para que le ceda el óvulo necesitado, al respecto se debe señalar 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 (...) por consiguiente el aludido procedimiento de ‘ovodonación’ no es ilícito ni constituye delito, constituyendo más bien un vacío normativo y jurisprudencial. (Sala Civil Permanente, casación N° 4323-2010-Lima, 11 de agosto del 2011, considerando séptimo)

De esta manera, los aspectos no regulados por el artículo 7 de la Ley General de Salud, no pueden entenderse como prohibiciones, sino vacíos normativos, pues como señala Siverino (2012) “las prohibiciones no pueden interpretarse de manera analógica, sino que deben estar explicitadas. Lo contrario vulneraría el principio de clausura que establece que *aquello no está prohibido, está permitido*” (p. 216).

La aceptación de la fertilización heteróloga con material genético masculino pero no con material genético femenino sería discriminatoria en función del género, más “teniendo en cuenta que en los casos de deficiencia ovárica el índice de éxitos de fertilizaciones con óvulos propios ronda el 20% mientras que con óvulos de donante alcanza hasta 70%” (Siverino, 2012, p. 216). De esta manera, considerar prohibido la ovodonación constituiría negar a la mujer que padece infertilidad acceder a la tan ansiada maternidad.

Del mismo modo, esta regulación no prohíbe expresamente la subrogación materna. Sin embargo, exigiendo la coincidencia de la madre genética y de la madre embarazada cuando se utiliza el espermatozoides de un donante anónimo o del varón de la pareja, excluye implícitamente a muchas mujeres que, utilizando esta técnica, podrían lograr su ansiado deseo de tener un hijo como ejercicio de su derecho a la procreación.

Asimismo, al exigir el consentimiento expreso de los padres biológicos, en el caso de fecundación con espermatozoides donado (siendo el varón el padre biológico) se estaría exigiendo la presencia de un donante anónimo, pues nuestra legislación privilegia el anonimato de los donantes. En consecuencia, no está claro cómo un donante anónimo podría asumir estas responsabilidades, lo que demuestra el uso de la técnica legislativa incorrecta.

En este sentido, el marco legal de nuestro país para las tecnologías reproductivas asistidas se reduce al artículo 7 de la Ley General de Salud, que, además de promulgar una regulación plagada de inconsistencias internas, también deja muchos conceptos y técnicas indefinidos. Su creación probablemente se justificó por las dificultades técnicas y científicas de la época; sin embargo, ahora es obsoleta y requiere reformarse urgentemente.

#### 4. Análisis de jurisprudencia sobre aplicación de técnicas de reproducción asistida

##### 4.1. Expediente N° 00113-2006-0-1801-JR-FC-15, impugnación de maternidad

**Tabla 04**

##### **Análisis de la Sentencia del Expediente N° 00113-2006-0-1801-JR-FC-15.**

Juzgado	: Décimo Quinto Juzgado Especializado de Familia de Lima
Resolución	: Sentencia
Materia	: Impugnación de maternidad
Demandante	: Carla Monique See Aurich
Demandados	: Jenni Lucero Aurich De la Oliva y Luis Eduardo Mendoza Barber
<b>Sobre la demanda</b>	
<p>“Carla Monique See Aurich interpone demanda de impugnación de maternidad con la finalidad de que el Juzgado declare que la menor Daniela Mendoza Aurish es su hija, por haber sido concebida por su persona y su esposo Luis Eduardo Mendoza Barber, y en consecuencia se rectifique la partida de nacimiento donde erróneamente aparece como madre doña Jenni Lucero Aurish De La Oliva.</p> <p>La señora Carla Monique fue diagnosticada con insuficiencia renal, por lo que no resistiría un embarazo. Es así que opta por la maternidad subrogada, teniendo a su madre la Sra. Jenni Lucero Aurish De La Oliva como vientre subrogante. La fecundación se produce mediante fecundación in vitro, con óvulo de la demandante y espermatozoide de su esposo. Con fecha 06 de mayo del 2005 nace la menor Daniela, y se les fue entregada de inmediato. Sin embargo, en la Partida de la menor se consigna como madre a Jenny Lucero Aurish De La Oliva”.</p>	
<b>Los fundamentos de la sentencia</b>	
<p>“El Juzgado primeramente analiza la legitimidad de la demandante para intervenir en el proceso, indicando que a pesar que nuestra legislación no la habilita, sin embargo hay que tener en cuenta que nuestro ordenamiento jurídico se viene desfasando con el tiempo y los avances de la ciencia médica biológica, por lo que a fin de dar tutela jurisdiccional efectiva resulta procedente emitir pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, teniendo en cuenta los mandatos del principio del interés superior del niño y el respeto a sus derechos, como el derecho a preservar su identidad, el derecho al nombre y las relaciones familiares.</p> <p>Transitado todo el proceso, concluye que en el presente caso se establece que sus padres genéticos de Daniela Mendoza Aurich es Carla See Aurich y Luis Eduardo Mendoza Barber, madre subrogante Jenny Lucero Aurich De La Oliva, por lo que, siendo que en nuestra legislación no existe prohibición expresa contra la maternidad subrogada es amparable la demanda”.</p>	
<b>Fallo</b>	
<p>“En base a dichos fundamentos el Juez del Décimo Quito Juzgado de Familia de Lima, declara Fundada la demanda, en consecuencia declara que la menor Daniela Mendoza Aurish es hija de Carla Monique See Aurish. Dispone dejar sin efecto la inscripción y reconocimiento efectuado por doña Jenni Lucero Aurish De La Oliva como madre de la indicada menor en el acta de nacimiento de la Municipalidad de Miraflores, ordenando la inscripción y reconocimiento de la citada niña por su madre Carla Monique See Aurich en el acta de nacimiento correspondiente, con nombres rectificadas como: Daniela Mendoza See, conforme lo dispone el Artículo 20° del Código Civil”.</p>	

**Fuente:** Elaboración Propia

En la Tabla 04, vemos la sentencia emitida por el Juez del Décimo Quinto Juzgado Especializado de Familia de Lima, sobre una demanda de impugnación de maternidad, respecto a una niña que nació mediante la técnica de fecundación in vitro, maternidad subrogada y transferencia de embriones.

La Sra. Carla Monique See Aurish presentó la demanda para que el Juzgado declare que la menor Daniela Mendoza Aurish es su hija, ya que fue concebida con elementos sexuales de ella y de su marido Luis Eduardo Mendoza Barber, y que el certificado de nacimiento se corrija, con su nombre correcto y ella como la madre biológica, en lugar de la Sra. Jenni Lucero Aurich De La Oliva, que fue la madre sustitutiva.

El Juez, constatando que nuestras normas nacionales no prohíben la maternidad subrogada, declara fundada la demanda, porque considera que en un caso como este, en el que los derechos de una minoría están en riesgo, el principio del interés superior de la niña debe prevalecer para proteger el derecho de la niña a mantener su identidad, su derecho al nombre y al apellido, así como las relaciones familiares.

La sentencia analizada demuestra que las tecnologías reproductivas asistidas, como la fertilización in vitro, se utilizan en nuestro país, así como la precariedad de nuestros reglamentos legales sobre estas cuestiones, siendo los menores los más maltratados.

En este proceso, el juez utiliza la verdad biológica para determinar la filiación del menor, declarando que Daniela Mendoza Aurich es la hija de Carla Monique See Aurish y Luis Eduardo Mendoza Barber, sus padres genéticos, estableciendo correctamente la identidad personal del menor, que es su interés superior. Ello es muy importante, pues como tiene dicho Varsi (2013) “entre la identidad personal y la realidad biológica existe una relación mediante la cual un sujeto encuentra su ubicación en una familia y obtiene el emplazamiento que le corresponde, el derecho a saber quiénes son sus padres” (p. 564).

## 4.2. Casación N° 5003-2007-Lima, sobre impugnación de maternidad

**Tabla 05**

**Análisis de la Casación N° 5003-2007-Lima.**

Juzgado	: Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de la Republica
Resolución	: Casación
Materia	: Impugnación de maternidad
Demandante	: Mónica Cedelinda Oblitas Chicoma
Demandada	: María Alicia Alfaro Dávila
<b>Materia del recurso</b>	
<p>“El recurso de casación fue interpuesta por Mónica Cedelinda Oblitas Chicoma, en representación de su menor hijo Olsen Fabrizio Quispe Oblitas, en contra de la Resolución de Vista que confirma la apelada que declara improcedente la demanda de impugnación de maternidad.</p> <p>Como causales de su recurso invoca la contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, toda vez que las instancias de mérito han declarado improcedente su demanda argumentando que no tiene interés moral ni económico, sin considerar que actúa en representación de su menor hijo Olsen Fabrizio Quispe Oblitas, impugnando el reconocimiento de maternidad efectuada por María Alicia Alfaro Dávila a favor de la menor Alicia Beatriz Alfaro Dávila hermana de su hijo demandante, toda vez la demandada no es madre biológica de la indicada menor, sino es fruto de inseminación artificial con óvulo de una mujer distinta (ovodonación) y espermatozoides del esposo de la recurrente, Custodio Olsen Quispe Condori, sin el consentimiento de éste”.</p>	
<b>Fundamento de la Casación</b>	
<p>“Al resolver la casación la Sala Suprema advierte que la demandante interviene en representación de su menor hijo Olsen Fabrizio Quispe Oblitas, quien a su vez es hermano paterno de la menor Alicia Beatriz Alfaro Dávila. La demandada habría reconocido como su hija a la menor en base al resultado de una prueba de ADN, el mismo que a su vez demuestra que Olsen Fabrizio Quispe Oblitas y Alicia Beatriz Alfaro Dávila son hermanos, hijos de Custodio Olsen Quispe Condori.</p> <p>La demandante tendría interés legítimo, pues impugna el reconocimiento porque no concuerda con la realidad biológica de maternidad, lo que transgrede lo dispuesto por el artículo 7 de la Ley General de Salud y vulnera el derecho a la propia identidad de la menor”.</p>	
<b>Fallo</b>	
<p>“En base a los argumentos señalado, los vocales de la Corte Suprema, conforme a lo dispuesto por el numeral 3) del inciso 2) del artículo 396 del Código Procesal Civil, declara fundado el recurso de casación, consecuentemente nula la sentencia de vista e insubsistente la sentencia apelada, ordenando al Juez de primera instancia expedir nueva sentencia atendiendo los considerandos de esta sentencia casatoria”.</p>	

**Fuente:** Elaboración Propia



En la Tabla 05, tenemos la sentencia casatoria expedida en un proceso de impugnación de maternidad, por cuanto el nacimiento de la menor se dio mediante la técnica de inseminación artificial con ovodonación y maternidad subrogada.

En este caso, la Sra. Mónica Cedelinda Oblitas Chicoma presentó la demanda en nombre de su menor hijo Olsen Fabrizio Quispe Oblitas en contra de María Alicia Alfaro Dávila (madre sustituta), alegando que ha reconocido a la niña Alicia Beatrice Alfaro Dávila como su madre biológica sin serlo, pues fue concebida con esperma de su marido, el padre de su hijo Olsen Fabrizio Quispe Oblitas, y un óvulo donado por otra mujer cuya identidad es desconocida

A pesar que la demanda fue declarada improcedente en primera y segunda instancia, por considerar que no tenía legitimidad para obrar, la Sala Suprema resuelve declarar fundada el recurso de casación, al constatar que la recurrente interviene en representación de su menor hijo Olsen Fabrizio Quispe Oblitas, quien es hermano de padre de la menor Alicia Beatriz Alfaro Dávila, por lo que la sentencia de vista es declarada nula e insubsistente la de la primera instancia.

Si bien es cierto que no existe un pronunciamiento de fondo sobre la filiación y demás derechos de la menor Alicia Beatriz Alfaro Dávila, sin embargo a partir de los fundamentos de casación, vemos que la Corte Suprema privilegia a la verdad biológica como determinante de la identidad de la menor, señalando que el “reconocimiento efectuado por la demandada, transgrede lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley General de Salud y se vulnera derechos fundamentales de la citada menor, como su derecho a la propia identidad” (Sala Civil Permanente, Casación N° 5003-2007-Lima, 06 de mayo del 2008, octavo considerando).

Mediante esta sentencia nos hace ver que es posible tutelar los derechos de la menor en resguardo su interés superior, sobre todo su derecho a la identidad, toda vez que no podemos olvidar que como persona o como Estado tenemos el deber de “respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas” (CDN, 1989, artículo 8.1). También nos deja en claro que en nuestro se utilizan las técnicas de reproducción asistida y a pesar de las lagunas legales de nuestra legislación, es posible tutelar los derechos de los que nacen por estas técnicas.

### 4.3. Casación N° 4323-2010-Lima, sobre nulidad de acto jurídico.

**Tabla 06**

**Análisis de la Casación N° 4323-2010-Lima**

Juzgado	: Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de la República
Resolución	: Casación
Materia	: Nulidad de acto jurídico
Demandante	: Custodio Olsen Quispe Condori
Demandado	: Pranor SRL y otros.
<b>Materia del recurso</b>	
<p>“El recurso de casación es interpuesto por Pranor SRL (Instituto de Ginecología y Reproducción - Clínica de Fertilidad Asistida y Ginecología Concebir) contra la Sentencia de Vista expedida por la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, la misma que revocando la apelada, reformándola declara fundada la demanda.</p> <p>Como causal alega: a) Infracción normativa procesal del artículo 50 inciso 6) del Código Procesal Civil al no encontrar debidamente motivada y b) Infracción normativa por interpretación errónea del artículo 7 de la Ley General de Salud, por considerar que ésta prohibiría la ovodonación”.</p>	
<b>Fundamento de la Casación</b>	
<p>“Sobre la causal de indebida motivación, la Sala Suprema señala encontrar la sentencia de vista debidamente motivada. Sobre la errónea interpretación del artículo 7 de la Ley General de Salud, la Sala Suprema argumenta que los hechos acaecidos se sustentan en la técnica de reproducción asistida, denominada Ovodonación, a través del cual la mujer que no puede gestar por incapacidad de ovular, puede lograr la procreación mediante el óvulo cedido por una donante. De modo que, si bien dicho procedimiento no se encuentra legislado, sin embargo ‘todo lo que no está prohibido está permitido’ conforme reiteradamente ha señalado el Tribunal Constitucional. Entonces, el aludido procedimiento no es ilícito ni constituye delito, más bien lo que existe es un vacío normativo y jurisprudencial. Por ello, el documento denominado autorización de Fertilización In Vitro y Transferencia Embrionaria es válido y el interés superior de la niña nacida de este procedimiento se encuentra protegida”.</p>	
<b>Fallo</b>	
<p>“En base a los fundamentos señalados, la Sala Suprema declara fundado el recurso de casación interpuesto por Pranor SRL, en consecuencia, declara Nula la Sentencia de Vista recurrida, la misma que revocando la apelada y reformándola declaraba fundada la demanda. En la misma sentencia, actuando en sede de instancia confirmaron la sentencia apelada de primera instancia, que declaró infundada la demanda de nulidad de acto jurídico”.</p>	

**Fuente:** Elaboración Propia

La Tabla 06 nos muestra la sentencia casatoria expedida en un proceso de nulidad de acto jurídico, para cuestionar documentos firmados y utilizados para la aplicación de la técnica fertilización in vitro.

En el presente caso, Custodio Olsen Quispe Condori presentó la demanda en contra de PRANOR SRL con la finalidad de que judicialmente se declare nula los documentos de autorización para la fertilización in vitro, para la transferencia de embriones, el acuerdo firmado para la ejecución del procedimiento de reproductiva asistida y cualquier procedimiento efectuado en virtud de este acuerdo, debido a que la ovodonación es ilegal en nuestro país.

La demanda fue declarada infundada en primera instancia y fundada en apelación, por lo que PRANOR SRL interpone casación cuestionando la falta de motivación y errónea interpretación del artículo 7 de la Ley General de Salud respecto a la ovodonación en la sentencia de vista. Resolviendo, la Sala Suprema encuentra correctamente motivada la sentencia recurrida; sin embargo, respecto a la ovodonación, considera que esta técnica no estaría prohibida por nuestra legislación. Considera que la falta de su regulación en la indicada norma no significa que esté prohibida, sino que es un vacío normativo, de modo que, como señala el Tribunal Constitucional, todo “aquello que no está prohibido, está permitido” (Tribunal Constitucional, Exp. N° 0013-2003-CC/TC, FJ. 10.6 literal b).

Según este argumento, en nuestro país, la donación de óvulos no es ilícita, por lo que los documentos en cuestión son válidos. Además, las partes manifiestan su conformidad en la octava consideración del mencionado documento, por lo que éstos cumplen con el artículo 140 del Código Civil.

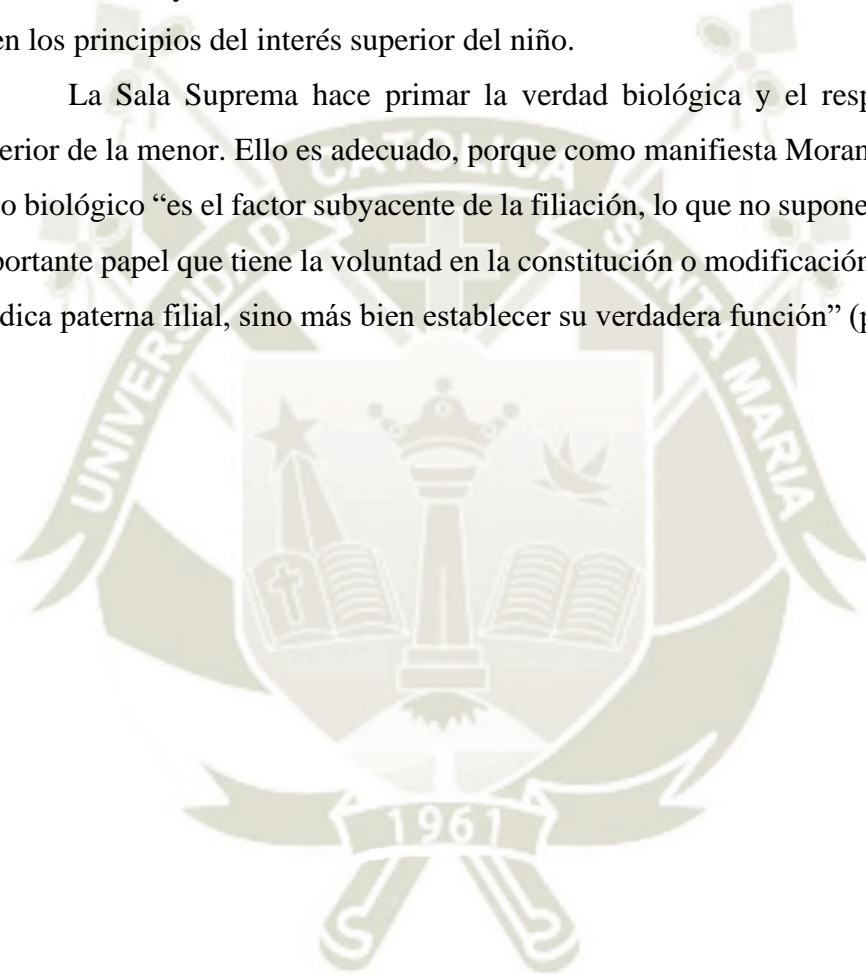
Con ello, la casación analizada evidencia que la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, como el caso de la ovodonación, no está prohibida en nuestro país. La falta de regulación o su deficiente regulación en el artículo 7° de la Ley General de Salud no puede ser impedimento para que las personas que sufren algún tipo de esterilidad no puedan acudir a estas técnicas para procrear.

Si bien en esta resolución la Corte Suprema no se pronuncia expresamente sobre los derechos de la menor nacida por esta técnica, sino solamente sobre la validez de los documentos suscritos por las partes para el proceso de fecundación in vitro, es claro que, para declarar fundada el recurso de casación, valora de manera primordial

la existencia del nexo biológico que une a la niña con su padre biológico, sin desconocer el papel de la madre gestante.

También hace hincapié en que una niña nació como resultado del procedimiento, y que está protegida por las disposiciones del artículo 1 del Código Civil, el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los artículos 2, 3, 6, y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, todos ellos que rigen los principios del interés superior del niño.

La Sala Suprema hace primar la verdad biológica y el respeto al interés superior de la menor. Ello es adecuado, porque como manifiesta Moran (2005), dicho nexo biológico “es el factor subyacente de la filiación, lo que no supone desconocer el importante papel que tiene la voluntad en la constitución o modificación de la relación jurídica paterna filial, sino más bien establecer su verdadera función” (p. 89).



#### 4.4. Casación N° 563-2011-Lima, sobre adopción excepcional y maternidad subrogada

**Tabla 07**

##### **Análisis de la Casación N° 563-2011-Lima**

Juzgado	: Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de la Republica
Resolución	: Casación
Materia	: Adopción (excepcional) de menor.
Demandante	: Dina Felicitas Palomino Quicaño Y Giovanni Sansone
Demandado	: Isabel Zenaida Castro Muñoz
<b>Materia del recurso</b>	
<p>“Se trata del recurso de casación interpuesto por la demandada Isabel Zenaida Castro Muñoz, contra la Sentencia de Vista que confirma la apelada, que declara fundada la demanda de adopción por excepción, que declara a la menor Vittoria Palomino Castro, hija de don Giovanni Sansone y de doña Dina Felicitas Palomino Quicaño, nacida el 20 de diciembre de 2006 en el distrito de San Borja. Como causal de su recurso argumenta la infracción normativa sustantiva de los artículos 115 y 128 inciso b) del Código de los Niños y Adolescentes; 378 inciso 1) y 5) y 381 del Código Civil, pues la niña ha sido concebida mediante la técnica de inseminación artificial, con elemento sexual de Giovanni Sansone, por lo tanto es su hija biológica”.</p>	
<b>Fundamento de la Casación</b>	
<p>“La demanda de adopción especial de la niña Vittoria Palomino Castro fue interpuesta por doña Dina Felicitas Palomino Quicaño y don Giovanni Sansone, fundamentando que dicha niña es hija de Paul Frank Palomino Cordero (sobrino de la demandante) y Zenaida Castro Muñoz, invocando el inciso b) del artículo 128 del CNA, la misma que se encuentra en su poder desde que tenía 07 días de nacida, cuando los padres biológicos la entregaron provisionalmente.</p> <p>Los demandados se allanan. La codemandada Zenaida Castro se desiste del recurso. Por ello, el Juez ante la duda de asentimiento o no de la madre biológica, valorando la solvencia moral de los demandantes y demandados, el interés superior de la menor y sus derechos, declara fundada la demanda, la que es confirmada por la Sala Superior, valorando el interés superior de la menor, el derecho a la identidad y demás derechos, que también valora la Sala Suprema”.</p>	
<b>Fallo</b>	
<p>“Por los motivos expuestos, la Sala Suprema declaró infundado el recurso de casación interpuesto por Isabel Zenaida Castro Muñoz, en consecuencia, no casaron la sentencia de vista que confirma la sentencia que declara fundada la demanda”.</p>	

**Fuente:** Elaboración Propia

4.5. En la Tabla 07, vemos la sentencia casatoria en un proceso adopción excepcional, respecto a un menor que fue concebida mediante la técnica de inseminación artificial.

La demanda fue interpuesta por la pareja Giovanni Sansone y Dina Felicitas Palomino Quicaño en contra de Isabel Zenaida Castro Muñoz y Paul Frank Palomino Cordero (madre gestante y su esposo), sobre la menor Vittoria Palomino Castro nacida mediante inseminación artificial, quien se encuentra en poder de la pareja desde que tenía 07 días de nacida, al haberseles entregado provisionalmente con fines de adopción. La demanda fue declarada en primera instancia, confirmada en apelación, por lo que fue recurrida en casación por la demandada Isabel Zenaida Castro Muñoz, afirmando que la menor es su hija biológica, habiendo sido concebida con esperma del denunciante Giovanni Sansone y su elemento sexual.

Según el Tribunal Supremo, aunque los demandantes aparecen como padres en la Partida de Nacimiento, nunca han deseado tenerlos, prefiriendo entregarlos a los demandantes, como hicieron a los siete días, y son los demandantes los encargados de la atención y la protección del menor. Hace hincapié en que los demandantes lo han hecho claramente por razones económicas, no valorando la vida humana, por lo que confirma la adopción del menor en favor de los peticionarios.

En el presente la Sala Suprema valorando el vínculo biológico que une a la menor con el padre biológico, el interés superior de la menor y la convivencia que mantenían con los demandantes desde que tenía 07 días de nacido, confirma la adopción especial, a fin de permitir el desarrollo integral de la menor, a pesar que la codemandada Zenaida Castro Muñoz es madre biológica, que sin embargo ella y su pareja Paul Frank Palomino Cordero nunca han deseado tenerla, sino lo hacían para obtener beneficios económicos.

De esta manera, se evidencia que la Sala Suprema, cuidando el interés superior de la menor, privilegia el nexo biológico que une a la menor con uno de los adoptantes, por cuanto considera que “el derecho a la identidad implica un reconocimiento a la revelación del propio ser. Debe primar fundamentalmente el derecho a la identidad en su faz estática que está representada en el origen genético biológico de la persona” (Varsi, 2013, p. 447).

#### 4.6. Expediente N° 06374-2016-0-1801-JR-CI-05, sobre derecho de identidad

##### Tabla 08

##### Análisis de la Sentencia del Expediente N° 06374-2016-0-1801-JR-CI-05

Órgano judicial	: Quinto Juzgado Especializado Constitucional de Lima
Resolución	: Sentencia
Materia	: Proceso de Amparo de Reconocimiento de Hijo
Demandante	: Francisco David Nieves Reyes y otros.
Demandado	: RENIEC
<b>Sobre la demanda</b>	
<p>“Se trata de la demanda interpuesta por la Sociedad conyugal Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau y la sociedad conyugal Fausto César Lázaro Salecio y Evelyn Betzabé Rojas Urco, con la finalidad se otorgue protección a los derechos a la identidad de L. N.R. y C. D. N. R (los menores) y al principio superior del niño, solicitando se deje sin efecto la Resoluciones registrales que denegaron la inscripción de las actas de nacimiento de los menores, y que se declare en sus respectivas actas de nacimiento que el Señor Francisco David Nieves Reyes es el padre de los menores, procediéndose al respectivo reconocimiento y que Aurora Nancy Ballesteros es la madre de los menores, efectuándose la respectiva rectificación.</p> <p>Solicitan ello, por cuanto las menores fueron procreadas mediante técnica de <b>reproducción asistida, con óvulo donado</b> y elemento sexual de Francisco David Nieves, previo acuerdo y consentimiento expreso interviene Evelyn Betzabé Rojas Urco como vientre de alquiler, quien ha entregado a las menores a la pareja contratante en cumplimiento de lo acordado. Sin embargo, en la partida aparece esta última como madre, por lo que no pueden ejercer sus derechos ni los padres ni las menores, lo que se agrava con la denegatoria del RENIEC”.</p>	
<b>Fundamento de la Casación</b>	
<p>“Frente a la demanda el RENIEC interpuso excepciones de Falta de representación y falta agotamiento de vía administrativa, las cuales el Juzgado las declaró improcedentes, por cuanto el actuar de RENIEC es lo que ha causado esta situación de falta de representación y además los demandantes actúa en representación de las menores y en derecho propio. Asimismo, señalan que nuestra legislación no prevé vía previa para este tipo de procesos, y se hubiera serviría para acrecentar la vulneración de los derechos de los menores.</p> <p>Respecto al fondo del asunto, señala que nuestro ordenamiento jurídico a través del artículo 7° de la Ley General de Salud regula la aplicación de las TERAs solo cuando la madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Sin embargo, ello no significa que otros supuestos no previstos estén proscritos. Por ello, teniendo en cuenta la protección de los derechos de protección familiar, el principio de interés superior del niño, la identidad de los menores y valorando la convivencia de los menores, considera amparable la demanda”.</p>	
<b>Fallo</b>	
<p>“Por las razones expuestas, el Juez del Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional, declara fundada la demanda de amparo, interpuesta por la sociedad conyugal Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau; la sociedad conyugal Fausto César Lázaro Salecio y Evelyn Betzabé Rojas Urco y por los menores de iniciales L. N. N.R. y C. D. N. R., en consecuencia, declara nulas las Resoluciones Registrales: 299-2016-ORSBORJJR10LIM-GOR/RENIEC y 300-2016-ORSBORJ-JR10LIM-GOR-RENIENC, asimismo, se anulan las actas de nacimiento 30022117908 y 3002217885 y se ordena a RENIEC que emita nuevas partidas de nacimiento de L. N. N.R. y C. D. N. R, con sus apellidos (paterno y materno), los de los señores Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau.</p> <p>Al haber sido apelado, la Sala Superior confirmó bajo los mismos argumentos. La cual ha quedado firme, pues no ha sido recurrida”.</p>	

**Fuente:** Elaboración Propia

En la Tabla 08, vemos la sentencia de una demanda por problemas de inscripción en RENIEC de dos menores nacidos mediante la técnica fecundación en vitro, ovodonación y maternidad subrogada.

La demanda de amparo fue presentada contra RENIEC por las sociedad conyugal Francisco David Nieves Reyes (padre biológico) y Aurora Nancy Ballesteros Verau, así como por la sociedad conyugal Fausto César Lázaro Salecio y Evelyn Betzabé Rojas Urco (madre embarazada), con el fin de proteger los derechos de las menores L. N. R. y C. D. N. R. a la identidad y al interés superior, por lo que solicitan se deje sin efecto las resoluciones del RENIEC que deniegan registrar las partidas de nacimiento de las menores, así como considerar a Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros como padre y madre de las mismas, efectuándose las rectificaciones que corresponda.

El Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima, encargado de resolver la demanda, declara fundada la misma, considerando que ciertamente el artículo 7° de la Ley General de Salud regula la aplicación de las técnicas de reproducción asistida solo para casos en que la madre genética y de madre gestante coincidan en la misma persona, lo que no significa que otros supuestos no previstos en dicha norma estén prohibidos, por lo que en aplicación del artículo 2, inciso 24, literal a) de la Constitución Política, las técnicas reproductivas realizadas sería legítimos pues “nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe” (Constitución, 1993, artículo 2.24.a).

Además, el Tribunal hace hincapié en que los menores y demandantes tienen derecho a una familia y su protección. La pareja conformada por Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau tienen derecho a establecer una familia utilizando los métodos científicos y legales que permite el sistema legal peruano. Asimismo, valora que esta pareja tenía la voluntad de procrear hijos desde un principio, mientras que la madre biológica tenía la voluntad de procrear para entregarlos a la pareja contratante y así lo hizo.

Igualmente, señala que se debe respetar el interés superior de los niños, entendido como:



El conjunto de circunstancias que establecen las adecuadas condiciones de vida del niño y que, en casos concretos, permiten determinar la mejor opción para la debida protección de sus derechos fundamentales, preservando su personalidad, de prevalencia de lo espiritual sobre lo material y de lo futuro sobre lo inmediato, atendiendo en lo posible a sus gustos, sentimientos y preferencias, etc., que también influyen en los medios elegibles. (Plácido, 2015, p. 190)

Asimismo, el Juzgado advierte que con la situación de incertidumbre se afecta la identidad de las menores, por lo que, es necesario que de inmediato se tutele el derecho a la identidad de los mismos, conforme a los previstos en el inciso 1) del artículo 2° de la Constitución Política del Perú.

El RENIEC apela la sentencia, sin embargo la Sala Superior confirmó la sentencia bajo argumentos similares, decisión que quedó firme al no haber sido recurrida por ninguna de las partes.

De este modo, las sentencias analizadas evidencian que en nuestro país se practica las técnicas reproductivas, principalmente la fertilización in vitro, que su falta de regulación provoca una serie de cuestiones legales, afectando mayormente los derechos de los menores nacidos a través de esta técnica, especialmente al derecho a la identidad.

Los Juzgados, de primera y segunda instancia, para determinar la filiación de las menores nacidas por la técnica de reproducción asistida, han tenido en cuenta el nexo biológico que une a las menores con el padre biológico, el deseo de tener hijos de los padres contratantes, cuidando en todo momento el interés superior de las niñas. Ello es adecuado, porque, como señala Cárdenas (2017), constituye derecho fundamental de toda persona “conocer y preservar su identidad filiatoria, con prescindencia de las circunstancias fácticas en las que se desarrolló el acto procreativo, por la consideración primordial del interés superior del niño, dándose preferencia a la realidad biológica” (p. 56).

#### 4.7. Expediente N° 01286-2017-0-1801-JR-CI-11, sobre filiación de menor

**Tabla 09**

#### **Análisis de la Sentencia del Expediente N° 01286-2017-0-1801-JR-CI-11**

Órgano judicial	: Décimo primer Juzgado Constitucional de Lima
Resolución	: Sentencia
Materia	: Acción de Amparo de Reconocimiento de Hijo
Demandante	: Francisco David Nieves Reyes y otros.
Demandado	: RENIEC
<b>Sobre la demanda</b>	
<p>“La demanda de amparo interpone Carmen Rosa López Rojas y Nilton Dante Zamudio Vilca, y Zovelina Pozo Rojas contra del Registro Nacional de identidad y Estado Civil (RENIEC), solicitando que deje sin efecto la Resolución N°1469-2016 0RSJ0RJ-JR10LIM-GOR/RENIEC que declara improcedente la rectificación de apellido materno de la niña que fue registrado con las iniciales L.V. Z. P., y se declare formalmente la filiación de la niña como hija del matrimonio Dante-López.</p> <p>El matrimonio Dante-López argumenta que por un tiempo de 20 años no pudieron tener hijos, pues la esposa no podía concebir, por lo que acudieron a la gestación subrogada heteróloga. Producto de ello, nació la menor L.V. que se inscribe en RENIEC con apellidos de la madre gestante y como padre el esposo contratante, por lo que buscan cambiar los apellidos, pero RENIEC los negó”.</p>	
<b>Fundamento de la sentencia</b>	
<p>“El Juzgado señala que no existe regulación y tampoco una prohibición expresa del uso de las técnicas de reproducción asistida en el artículo 7° de la Ley General de Salud, por lo que debe ser interpretada como una permisión, en mérito al principio: Lo que no está prohibido está permitida. Tampoco existe procedimiento para estos casos en la jurisdicción ordinaria, por lo que es atendible en el proceso de amparo, a fin de tutelar el derecho a la identidad y la filiación de la menor.</p> <p>El principio del <i>mater semper certa est</i> ya no es absoluta, toda vez que la realidad ha cambiado, pues en casos como el presente, muchas mujeres que no pueden gestar buscan a quien pueda hacerlo por ellas con o sin su carga genética, por lo que el acuerdo privado de útero subrogado, que tampoco está regulado en nuestra legislación, es un documento válido. Por ello, en salvaguarda del interés superior del niño y proteger la identidad de la menor, debe ampararse la demanda, reconociendo como padres de la menor al matrimonio que ha tenido la vocación procreacional.</p> <p>Esta sentencia fue apelada y la Sala Superior ha revocado la sentencia, la misma que fue recurrida en casación, que a la fecha aún no se encuentra resuelta”.</p>	
<b>Fallo</b>	
<p>“Por las razones expuestas, el Juzgado declara Fundada la demanda de amparo, promovido por Carmen Rosa López Rojas y Nilton Dante Zamudio Vilca, y Zovelina Pozo Rojas, contra el Registro Nacional de identidad y Estado Civil- RENIEC, En consecuencia dispone dejar sin efecto la Resolución N°1469-2016 0RSJ0RJ-JR10LIM-GOR/RENIEC, que declara improcedente la rectificación de apellido materno de la niña que fue registrada con las iniciales L.V. y los apellidos ZAMUDIO POZO, deja sin efecto las partidas de nacimiento”.</p>	

**Fuente:** Elaboración Propia

En la Tabla 09 observamos la sentencia de un proceso de amparo sobre nulidad de una resolución emitida por el Registro Nacional de Identidad y Estado Civil sobre inscripción de dos menores nacidos mediante la técnica fecundación en vitro.

La pareja Carmen Rosa López Rojas y Nilton Dante Zamudio Vilca, así como Zovelina Pozo Rojas, presentaron una demanda contra RENIEC, solicitando la nulidad de la resolución que declaró improcedente la rectificación del apellido materno de la niña L.V. ZAMUDIO POZO, que nació por la técnica de maternidad subrogada heteróloga, y en consecuencia sea declarado expresamente la filiación de la niña, haciendo constar que sus padres son Nilton Dante Zamudio Vilca y Carmen Rosa López Rojas.

La demanda se tramitó ante el Décimo Primer Juzgado Constitucional de Lima, quien declaró fundada bajo los siguientes argumentos:

- El artículo 7 de la Ley General de Salud se refiere a los casos en los que la madre genética y la madre biológica comparten la misma identidad, lo que no es el caso aquí, por lo que debe interpretarse como una autorización, porque lo que no está prohibido está permitido.
- En estos tiempos es imposible sostener como incólume el principio de *mater semper cert est*, porque la realidad ha cambiado, y muchas mujeres que no pueden concebir buscan a alguien que pueda hacerlo por ellas con o sin su carga genética, en cuyo caso el principio indicado ya no estaría en vigor.
- El acuerdo privado de útero subrogado, que tampoco está regulado en nuestra legislación, ha sido firmado delante de un Notario, quien dio fe de lo pactado, por lo que es un documento válido.
- La voluntad procreativa y las técnicas reproductivas asistidas permiten una nueva forma de filiación, por lo que la demanda debe ser apoyada, reconociendo como padres del menor al matrimonio que ha tenido la vocación procreativa, con el fin de salvaguardar el interés superior del niño y proteger la identidad del menor.

La sentencia fue apelada por el RENIEC y se tramitó ante la Segunda Sala Constitucional Permanente, quien resolvió revocar la sentencia de primera instancia, declarando improcedente, bajo los siguientes argumentos:

- Por el principio del *mater semper certa est*, la madre es la que ha dado a luz y que se considera padre al hombre que ha contribuido con la mitad de la estructura genética del niño. Por lo que, el RENIEC ha expedido el acta de nacimiento de la menor conforme al certificado de nacido vivo, pues en ella figura Z.P.R como madre y por declaración de ésta el demandante como padre, haciendo prevalecer el derecho de toda persona de llevar un nombre y los apellidos de sus padres. Asimismo, advierte que nadie puede cambiar sus nombres, salvo por motivos justificados y mediante autorización judicial.
- De acuerdo con el artículo 7° de la Ley General de Salud, la legalidad de las técnicas reproductivas asistidas está restringida en términos de la identidad de una madre genética y de una mujer embarazada, por lo que la realización de procedimientos contrarios, como el presente caso, se prohibiría, además de exaltar el cumplimiento de las disposiciones de la misma ley sobre el consentimiento previo y escrito de los padres biológicos.

La parte demandante ha interpuesto recurso de agravio constitucional a fin de que la causa sea vista por el Tribunal Constitucional y resolver en instancia definitiva. A la fecha aún no ha sido resuelto dicho recurso.

En este caso, como en los casos anteriores, la falta de regulación adecuada de las técnicas de reproducción asistida es notable, ya que nuestra regulación actual está desfasada, por lo que como señala Kemelmajer (2014) todas estas prácticas “deben ser reguladas aun cuando se realice con material genético de las mismas personas que se someten a estas técnicas” (p. 78), con mayor razón cuando se utiliza elementos sexuales de terceras personas.

Los vacíos y las imprecisiones de nuestra legislación sobre las técnicas reproductivas generan fallos contradictorios, como en el presente, afectando la identidad de los menores, que es su interés superior y está relacionado “con el respeto de la dignidad de la persona” (Cárdenas, 2015, p. 297), por lo que es necesario que estas materias sean reguladas de una manera adecuada.

## **5. El derecho a conocer su origen biológico de los nacidos mediante las técnicas de reproducción asistida**

### **5.1. El derecho a conocer la identidad biológica en la legislación**

### 5.1.1. A nivel de normas constitucionales

Como señalamos líneas arriba, la Constitución Política del Perú no regula sobre las técnicas de reproducción asistida. Sin embargo, ello no niega que el derecho de acceso a las técnicas de reproducción asistida se encuentre amparado por el artículo 3 de la Constitución, por cuanto se trata de un derecho que viabiliza el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos, así como el derecho de toda persona de fundar una familia, que son derechos fundamentales que han sido reconocidos constitucionalmente, así como por las normas internacionales de derechos humanos.

En la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida, hay una situación que debe merecer una especial atención. Nos referimos al derecho de conocer su origen biológico de los nacidos mediante las técnicas de reproducción asistida.

El derecho de una persona de conocer su origen biológico no es otra cosa que conocer su identidad biológica. Por lo que, este derecho nace directamente del derecho constitucional a la identidad, reconocido expresamente en la Constitución en el numeral 1) del artículo 2 que señala que “toda persona tiene derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar” (Constitución, 1993, artículo 2).

En ese sentido, si el derecho a la identidad ha quedado consagrado constitucionalmente, el derecho de conocer su origen biológico o la identidad biológica de la persona, se encontraría consagrado implícitamente en la Constitución.

Por otra parte, el derecho a la identidad también ha sido consagrado en normas internacionales de derechos humanos, entre ellos el artículo 6 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) que señala que “todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica” (DUDH, 1959, artículo 6), concordante con el artículo 3 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos de San José de Costa Rica, artículo 16 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. Estas normas internacionales de derechos humanos forman parte de nuestro derecho interno al haber sido ratificados por nuestro país, de conformidad con el artículo 55° de la Constitución y tienen rango constitucional como lo ha señalado el Tribunal Constitucional en la sentencia del Exp. N° 00025-2005-

PI/TC (y acumulados), por lo que constituyen derecho vigente, vinculante para todo organismo público y privado.

En ese sentido, habiendo recibido una consagración constitucional el derecho de conocer su origen biológico de la persona, éste “puede ser caracterizado, de forma general, como derecho humano y fundamental y, de manera más específica, como uno de los aspectos del derecho a la identidad personal” (De Lorenzi, 2016, p. 1). Por lo tanto, constituye un derecho constitucional, superior a cualquier norma legal o reglamentaria que pueda prohibir su ejercicio, mucho más cuando mediante contratos privados se estipulan el anonimato de las donaciones del material genético masculino o femenino.

De manera que, dada la naturaleza fundamental del derecho de conocer la identidad biológica, éste tiene preeminencia sobre cualquier otro derecho. Por lo que, si existe conflicto entre este derecho fundamental y cualquier otro derecho, el derecho a la identidad debe prevalecer.

Además, debemos tener en cuenta que, como señala Cárdenas (2015), el derecho de toda persona a conocer su origen biológico o identidad biológica se encuentra amparado en derechos constitucionales como:

El derecho a la salud, el derecho a la identidad, el derecho a saber, el principio de no discriminación, el derecho a la verdad, el principio del interés superior del niño, el derecho al acceso a los datos personales, el derecho a la información y el derecho a la dignidad. (p. 1)

### **5.1.2. A nivel de normas legales**

#### **a) La ley 26842, Ley General de Salud**

Como ya tenemos señalado, la única norma que regula las técnicas de reproducción asistida en nuestro país es el artículo 7 de la Ley General de Salud. Sin embargo, esta norma en ninguna parte se ocupa sobre la identidad biológica o el derecho de conocer su origen biológico de las personas.

El indicado artículo 7 de la Ley 26842, Ley General de Salud, expresamente señala lo siguiente:

Toda persona tiene derecho 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 y que para ello, se requería del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos. (Ley 26842, 1997, artículo 7)

Como podemos ver, esta norma en ninguna parte habla del derecho de los nacidos por estas técnicas de conocer su origen biológico, sino deja en vacío, lo que muchas veces viene siendo interpretado como una prohibición. Sin embargo, como tiene señalado la Corte Suprema en la Casación N° 4323-2010-Lima, refiriéndose a la ovodonación, ha señalado que “si bien dicho procedimiento no se encuentra legislado, sin embargo en virtud al axioma jurídico *‘todo lo que no está prohibido está permitido’*, por consiguiente no es ilícito ni constituye delito, constituyendo más bien un vacío normativo y jurisprudencial” (Sala Civil Permanente, Casación N° 4323-2010-Lima, 11 de agosto del 2011, Séptimo considerando)

A pesar de esto y de otras jurisprudencias, el silencio del artículo 7 de la Ley General de Salud se interpreta como negativo en la práctica cuando se trata del uso de ciertas tecnologías reproductivas asistidas. Por ello, se establece en los contratos que las clínicas de fertilidad firman con los usuarios, así como en los contratos de alquiler de fertilidad, que la identidad de los donantes de material genético debe mantenerse anónima. En consecuencia, cuando los niños nacen utilizando estos métodos, desconocen su verdadera identidad.

Cuando los niños o niñas nacen mediante las técnicas de reproducción asistida, son inscritos a nombre de los padres de intención en caso que la misma mujer que desea tener hijo ha llevado el embarazo, en casos de maternidad subrogada normalmente se inscribe como madre a la que alumbró, luego, generalmente por medio de adopción pasan a ser hijos de los padres de intención, y estos hijos o hijas no tienen la posibilidad de conocer su verdadero origen.

Esta negativa no tiene justificación, pues en algunos casos cuando la vida y la salud de los hijos se encuentran en riesgo, debería permitirse investigar el origen biológico de los nacidos por estas técnicas, entendiendo que es derecho inherente a la persona, por lo que como señala Fama (2012) su “restricción no se justifica en orden

a satisfacer otros derechos, como la intimidad del donante y el acceso a las TRA por parte de los usuarios” (p. 191).

Por otra parte, la situación de anonimato de los donantes, podría permitir que entre hermanos biológicos, padres e hijas o madres e hijos, puedan entablar lazos sentimentales y llegar a procrear hijos, lo que sería riesgoso para la salud de los descendientes. Estos y otros asuntos deben ser tomados muy en cuenta, y sobre esta base, buscar una regulación especial e integral de las técnicas de reproducción asistida, contemplando el derecho de conocer su origen biológico de los nacidos por estas técnicas.

#### **b) En el Código Civil**

El Código Civil [CC], Decreto Legislativo 295, artículo 1, del 25 de julio de 1984 (Perú), reconoce que “la persona es sujeto de derecho desde su nacimiento. La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece” (artículo 1). Es decir, los derechos inherentes a la persona humana, como el derecho a la vida y derechos conexos, deben respetarse desde su concepción.

Ello es así, porque como señala Fernández (2005) el derecho a la vida viene a ser:

El derecho primario, básico y natural que posee la persona. Por ello merece la protección de la sociedad y del Estado. El ser humano goza de este derecho, que le es inherente simplemente por ser tal, por el hecho de haber sido concebido. El derecho a la vida es el presupuesto indispensable de todos los demás derechos. Sin vida no cabe el goce y disfrute de todos los derechos que son inherentes a la persona humana. (pp. 14-15)

En ese sentido, reconocido el derecho a la vida como el derecho básico y esencial, conexas a ello se encuentran otros derechos, como el derecho a la identidad, considerada tanto en su dimensión estática, como el nombre, los apellidos, su filiación biológica, etc. Así como en su dimensión dinámica, como son sus creencias, costumbres, entre otros.

Respecto al nombre, el Código Civil nos indica que “es derecho y deber de toda persona tener un nombre, incluido los apellidos” (artículo 19) y en su artículo 20 señala que “al hijo le corresponde el primer apellido del padre y el primero de la madre”. Esto



constituye la primera manifestación del derecho a la identidad de las personas, sin embargo solamente está destinado a proteger el derecho de las personas nacidas mediante una procreación natural, por lo que, los hijos o hijas que nacen mediante las técnicas de reproducción asistida, donde no necesariamente los padres coinciden con los padres biológicos, no quedarían dentro de los alcances de esta norma.

Por otra parte, cuando se trata de establecer la filiación de los hijos, tanto materna o paterna, se determinan, por el parto en el caso de la madre, en caso de duda mediante prueba de ADN, y en el caso de los padres, se determina mediante prueba de ADN u otra prueba científica de igual o mayor certeza.

Asimismo, en caso de los hijos o hijas que nacen dentro del matrimonio, se presume matrimonial, excepto que la madre declare expresamente que no es del marido, tal como la actual regulación del artículo 362 del Código Civil lo establece. Mientras, si son hijos extramatrimoniales, la paternidad o maternidad debe haber reconocimiento expreso o sentencia que declare esa condición, como tiene señalado el artículo 387 del mismo Código. En el caso de reconocimiento del hijo extramatrimonial, este puede ser efectuado por el padre y la madre conjuntamente, o puede ser reconocido solo por uno de ellos.

De esta manera, vemos que la identidad filiatoria en el caso de los hijos matrimoniales se presume y en los hijos extramatrimoniales está condicionado al reconocimiento, pero para los hijos nacidos mediante la procreación natural, mientras, respecto al caso de los hijos nacidos mediante las técnicas de reproducción asistida la norma no se pronuncian.

Por otra parte, conforme al artículo 413 del Código Civil, para determinar la filiación paterna y materna “en los procesos sobre declaración de paternidad o maternidad extramatrimonial es admisible la prueba biológica, genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza”, lo que en el caso de las niñas y los niños nacidos por técnicas de reproducción asistida no ayudaría, pues los padres que desearon tener a estos hijos, y los tienen consigo, no siempre coincide con los padres biológicos.

En todos los casos vistos, vemos que existe un vacío legal sobre la filiación y la identidad de los hijos nacidos mediante la aplicación de las técnicas de reproducción asistida. Por ello sería necesario, introducir modificaciones a las normas analizadas, a

fin de que contemplen el caso de los hijos que nacen mediante estas técnicas y posibiliten la investigación de su origen biológico, bajo algunas condiciones o parámetros, ente ellos, la mayoría de edad por ejemplo.

**c) En el Código de Niños y Adolescentes**

Código de Niños y Adolescentes [CNA], Ley N° 27337, artículo 6, de 02 de agosto del 2000 (Perú), señala:

**Artículo 6.- A la identidad.-** “El niño y el adolescente tienen derecho a la identidad, lo que incluye el derecho a tener un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y llevar sus apellidos. Tienen también derecho al desarrollo integral de su personalidad. Es obligación del Estado preservar la inscripción e identidad de los niños y adolescentes, sancionando a los responsables de su alteración, sustitución o privación ilegal, de conformidad con el Código Penal. En caso de que se produjera dicha alteración, sustitución o privación, el Estado restablecerá la verdadera identidad mediante los mecanismos más idóneos. Cuando un niño o adolescente se encuentren involucrados como víctimas, autores, partícipes o testigos de una infracción, falta o delito, no se publicará su identidad ni su imagen a través de los medios de comunicación. (CNA, 2000, artículo 6)

El Código de Niños y Adolescentes reconoce el derecho a la identidad del niño y adolescente “a tener un nombre, una nacionalidad y en la medida de lo posible a conocer a sus padres y llevar sus apellidos” (Chunga. 2012, p. 73). Es decir, es un derecho de los hijos de poder identificarse con una familia y los integrantes de esa familia, sobre todo con sus padres y desarrollar un sentido de pertenencia que le dé seguridad y confianza en la vida.

Esta norma reconoce el derecho a la identidad de los niños y adolescentes, como también a conocer a sus padres. Sin embargo, no es expreso para el caso del derecho de conocer su identidad biológica o conocer su origen biológico de los niños que nacen mediante las técnicas de reproducción humana asistida. Creemos que a partir del derecho de los hijos que tienen de conocer a sus padres, podemos interpretar de manera extensiva y entender que los niños que nacen de las técnicas de

reproducción asistida también tienen derecho el derecho de conocer a sus padres biológicos.

Lo ideal sería que de manera expresa se pueda reconocer que los hijos nacidos por las técnicas de reproducción asistida, a través de sus representantes tengan derecho a poder investigar su origen biológico, de manera excepcional y en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo y por mandato judicial, podrá revelarse la identidad de los donantes, lo que no implica en ningún caso determinación legal de la filiación.

## **5.2. El derecho a conocer la identidad biológica en la jurisprudencia**

Como hemos visto, nuestra jurisprudencia señala que la técnica reproductiva más practicada es la fertilización *in vitro*, con ovodonación y maternidad subrogada, en los que los jueces o miembros de los tribunales superiores y supremos han desarrollado criterios específicos para determinar la filiación de los niños nacidos a través de estas técnicas, por lo tanto sobre su identidad.

Los Jueces, para declarar la filiación de las personas nacidas mediante alguna de las técnicas reproductivas, privilegian la verdad biológica. En base a ello declaran su relación filial con las personas que mantiene vínculo genético, así como valorando la intención de los padres contratantes, siempre en salvaguarda del interés superior del niño o niña.

Respecto a la verdad biológica poco a poco se viene desarrollando conceptos cada vez más precisos. Varsi (2017) manifiesta que la verdad biológica se refiere:

A la transferencia de genes entre progenitores y generados, favor veritatis. Utiliza el presupuesto biológico o genético de la filiación, dejando de lado el aspecto social. El sistema legal tiende a ello, favoreciendo la determinación de la filiación conforme a la realidad biológica. Se sustenta en el vínculo biológico, el ADN. (p. 115)

De este modo, la verdad biológica está vinculada al origen biológico de una persona, lo que permite, en el caso de los niños, reconocer el enlace biológico que existe entre ellos y sus padres biológicos, que suele determinarse a través de una prueba de ADN y forma la base de la filiación y la identidad.

En ese sentido, la verdad biológica es la raíz de la identidad personal de una persona, por lo que no se podría negar a estas personas conocer esa verdad. Ello se refuerza con lo señalado por nuestro Código de Niños y Adolescentes, pues en su artículo 6° de manera expresa reconoce que los niños y adolescentes tienen derecho a “conocer a sus padres y llevar sus apellidos” (CNA, 2000, artículo 6), que no es otro, sino, reconocimiento expreso de que toda persona tiene derecho de conocer a sus padres biológicos.

Por otra parte, el derecho a la identidad se encuentra reconocido en el numeral 1) del artículo 2° de la Constitución, constituyéndose en derecho fundamental de la persona y como tal no puede ser negado a nadie el derecho de conocer su verdadera identidad. Como señala Lloveras (1998):

La identidad biológica implica el derecho a conocer la fuente de donde proviene la vida, la dotación cromosómica y genética particular, así como los transmisores de ella –los progenitores o padres– y el entorno del medio en que se expresan los genes, lo cual importa la definición del contexto histórico y cultural del nacimiento o aparición de la persona en el mundo externo y social. (p. 46)

A nivel de nuestra Jurisprudencia, la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, ha resaltado la importancia de la identidad biológica, señalado que:

Al estar en discusión el derecho a la identidad y consecuente filiación conforme a la verdad biológica, de un menor reconocido por quien, como se ha comprobado en juicio en merito a los resultados de la prueba científica de ADN, obrante a fojas cuarenta y uno, no tiene la calidad de padre biológico; resulta necesario que tal circunstancia sea dilucidada en armonía del Interés Superior del Menor, recogido por el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, precisándose que en el presente caso el Interés Superior del menor, es conocer su verdadero origen biológico, el mismo que forma parte de su identidad, derecho fundamental que nos asiste a todos los individuos. (Consulta N° 2669-2008 Lambayeque, del 13 de noviembre del 2008. Considerando Séptimo)

Con ello nos deja en claro la importancia de que una persona conozca su verdad biológica o genética, pues es indispensable para que pueda construir su propia identidad.

Actualmente, con el avance de la ciencia, se hace cada vez más fácil averiguar la verdad biológica sobre la filiación de una persona acudiendo a la prueba de ADN, aunque ello también abre puertas a nuevos problemas para la humanidad. Por ejemplo, a pesar que existe la presunción de paternidad del hijo matrimonial, porque la madre nunca manifestó lo contrario, mediante la prueba de ADN podría llegarse a saber la situación exacta de la identidad del padre.

En ese sentido también se ha pronunciado nuestra jurisprudencia en los casos de la aplicación de las diferentes técnicas de reproducción asistida, analizadas anteriormente, por lo que priorizan para determinar la filiación de los menores nacidos por estas técnicas, la verdad biológica, sin embargo, la anonimidad en las donaciones del material genético no permite en todos los casos se pueda conocer dicha verdad biológica. A pesar que existe esa apertura en los Juzgados de preferir la verdad biológica, en ninguna parte se refiere al derecho conocer su origen biológico de los hijos o hijas que nacieron mediante las técnicas de reproducción asistida.

Ello hace ver que existe la necesidad de que nuestra legislación avance en esa dirección, haciendo que la búsqueda de la verdad biológica sea prioritaria en la búsqueda de la identidad y la filiación de una persona, sobre todo cuando aún son niños o niñas, y en caso de no conocerse, cuando tengan una edad suficiente puedan conocer o investigar sobre su verdadero origen biológico.

### **5.3. El derecho a conocer la identidad biológica en la doctrina**

A nivel de la doctrina nacional y extranjera, es unánime el reconocimiento de que toda persona tiene derecho a conocer su origen biológico. Así, Varsi (2013) nos dice que “es facultad del ser humano sustentada en el principio de la verdad biológica que le permite saber quién es su progenitor que, por distintas causas, puede ser desconocido, estar en discusión o ser debatible” (p. 564).

El mismo autor añade señalando que “entre la identidad personal y la realidad biológica existe una relación mediante la cual un sujeto encuentra su ubicación en una familia y obtiene el emplazamiento que le corresponde, el derecho a saber quiénes son

sus padres” (Varsi, 2013, p. 564). En ese sentido, el conocimiento de sus orígenes biológicos, permite una adecuada formación de su identidad y le da el sentido de pertenencia a una familia.

La situación de la identidad biológica o de conocer el origen biológico de una persona toma especial relevancia en el ámbito de los procedimientos de fecundación asistida con intervención de un tercero, donde normalmente se mantiene en anonimato al cedente o dador de los gametos sexuales. Pues como se señala en la doctrina, toda persona tiene derecho de conocer cuál es su origen biológico:

Al amparo del derecho a la salud, el derecho a la identidad, el derecho a saber, el principio de no discriminación, el derecho a la verdad, el principio del interés superior del niño, el derecho al acceso a los datos personales, el derecho a la información y el derecho a la dignidad. (Cárdenas, 2015, p. 1)

El derecho a conocer el origen biológico de una persona no es otro sino parte de la propia identidad personal de la persona. Pues permite “tener y desarrollar nuestra propia identidad, nuestra personalidad, aquello que nos individualiza y nos diferencia de otros responde a un interés natural y existencial que debe ser protegido por el derecho” (Rabadán, 2019, 590). Por ello, los hijos nacidos mediante las técnicas artificiales de reproducción humana con mucha razón tienen el derecho de conocer su origen biológico o genético, de saber quién o quiénes son sus progenitores, conforme a los mandatos constitucionales.

En ese sentido está claro que las personas nacidas mediante las técnicas de reproducción asistida tienen derecho de conocer su origen biológico, pues no existe motivo que valga para negárselo, más teniendo en cuenta que “el derecho a conocer los orígenes biológicos está considerado como un derecho humano y fundamental y, de manera más específica, como uno de los aspectos del derecho a la identidad personal” (De Lorenzi, 2016, p. 1).

Dada esas condiciones, negar a estas personas el derecho de conocer su identidad biológica vulneraría el derecho constitucional a la identidad personal, pues como señala Varsi (2013) “no se puede negar a una persona la facultad a establecer el cuadro de su identidad cuando en su generación de por medio hubo la asistencia reproductiva” (p. 564).

El parecer de la doctrina descrita en esta parte, nos hace ver que no existe motivo valedero que permita negar a los nacidos por esta técnica su derecho de conocer su origen biológico, por lo que existe la necesidad de que exista una normativa especial sobre estas técnicas de reproducción asistida que viabilice esta posibilidad.

A partir de lo señalado, siendo que es derecho fundamental de toda persona conocer sus orígenes biológicos, en nuestro país reconocido desde el derecho a la identidad regulada en el artículo 2, inciso 1) de la Constitución y normas internacionales de derechos humanos, no existe razón que justifique que las personas nacidas mediante las técnicas de reproducción asistida, no tengan el derecho de conocer su origen biológico. En consecuencia, creemos que con la promulgación de una ley especial que regule el uso de las técnicas de reproducción asistida o modificando nuestro Código Civil, se debe reconocer el derecho de los nacidos con estas técnicas a conocer e investigar sus orígenes biológicos, tal como hacemos en nuestra propuesta legislativa.

## 6. Análisis de las encuestas efectuadas a jueces de familia

En esta parte presentaremos el resultado de la encuesta efectuada a 21 Jueces de los Juzgados de Familia, buscando captar sus opiniones acerca de las implicancias de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida en el derecho a la identidad.

### 6.1. Las implicancias jurídicas de la infertilidad en nuestro país

**Tabla 10**

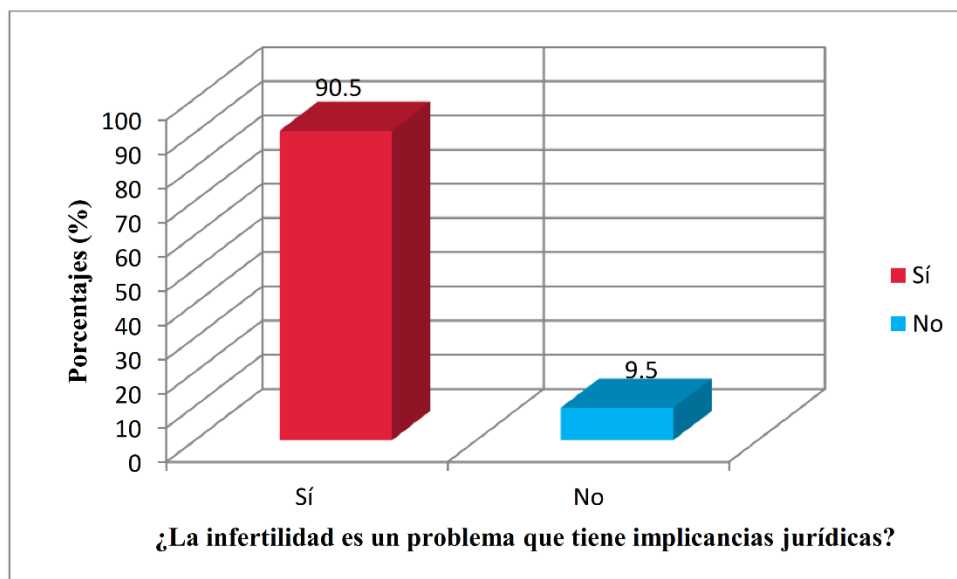
¿En nuestro país, la infertilidad es un problema que tiene implicancias jurídicas?

RESPUESTA	N	%
Sí	19	90.5
No	2	9.5
TOTAL	21	100

FUENTE: Encuesta a Jueces de Familia

**Gráfico 03**

¿En nuestro país, la infertilidad es un problema que tiene implicancias jurídicas?



FUENTE: Elaboración propia, 2021.



A partir de la Tabla 10 y su gráfico vemos que del total de los Jueces de Familia encuestados, el 90,5% manifiestan que la infertilidad humana es un problema que tiene implicancias jurídicas, mientras que el 9,5% señalan que la infertilidad no tiene implicancias jurídicas.

Ello nos hace ver que la infertilidad, entendida “como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegidas” (Zegers-Hochschild, 2010, p. 7), por lo que se entiende como sinónimo de no tener hijos o no tener descendencia.

Esta situación afecta gravemente a los que padecen la infertilidad, dado que la razón de ser de las familias es tener una descendencia a quien cuidar, proteger, educar. Por lo que, esta problemática, además de afectar tanto en el plano fisiológico y psicológico, también conlleva implicancias jurídicas, pues no tener descendencia implica no poder gozar de sus derechos reproductivos, asimismo quedarse sin heredero o herederos que se hagan cargo de los asuntos familiares al fallecer los padres

En ese sentido, con la infertilidad las personas ven truncada toda posibilidad de tener herederos, con los consecuentes problemas jurídicos tanto en el ámbito personal-familiar, como en el ámbito material. Es por ello, el tema de la infertilidad tiene especial relevancia para la presente investigación, por cuanto, las personas o parejas que sufren este mal, son los que buscan solucionar dicho problema mediante la aplicación de las técnicas de reproducción asistida.

**6.2. La aplicación de las técnicas de reproducción como solución al problema de la infertilidad.**

**Tabla 11**

¿La aplicación de las técnicas de reproducción asistida podría ser una de las soluciones al problema de la infertilidad?

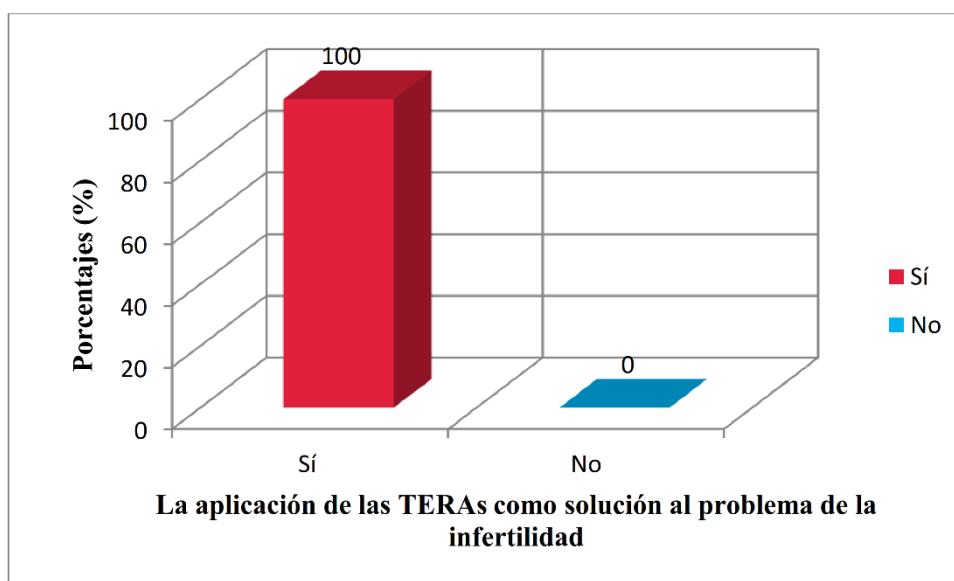
Respuesta	N	%
Sí	21	100
No	00	00
TOTAL	21	100

FUENTE: Encuesta a Jueces de Familia



**Gráfico 04**

¿La aplicación de las técnicas de reproducción asistida podría ser una de las soluciones al problema de la infertilidad?



FUENTE: Elaboración propia, 2021.

A partir de la Tabla 11 y su gráfico podemos afirmar el total de los Jueces de Familia encuestados, aseguran que la aplicación de las técnicas de reproducción asistida constituiría una de las soluciones al problema de la infertilidad humana en nuestro país.

Esta afirmación tiene sustento, porque debido a la problemática de la infertilidad en nuestro país, las personas que los padecen buscan encontrar de alguna manera solución a sus problemas. Unos optan por buscar la solución en algunos métodos tradicionales, algunos acuden a médicos de hospitales comunes, otros buscan solucionar sus problemas mediante la adopción, mientras otros, sobre todo aquellos que cuentan con una buena solvencia económica, acuden a las clínicas especializadas en técnica de reproducción asistida.

De modo que, la aplicación de las técnicas de reproducción asistida constituye una respuesta a los problemas de la infertilidad, pues “una forma de protección de los derechos reproductivos es facilitar el acceso a las técnicas de reproducción asistida (inseminación artificial, fecundación in vitro, etc.) para aquellas mujeres infértiles. De esta manera se permite que cumplan su proyecto de vida” (Núñez, 2015, p. 97)

Similarmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en la sentencia del Caso Artavia Murillo vs Costa Rica, ha señalado que:

El derecho a la vida privada y la libertad reproductiva guarda relación con el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. El derecho al goce de los beneficios del progreso científico ha sido reconocido internacionalmente y, en el ámbito interamericano, se encuentra contemplado en el artículo XIII de la Declaración Americana y en el artículo 14.1 b) del Protocolo de San Salvador. (CIDH, Caso Artavia Murillo Vs Costa Rica, 28 de noviembre del 2012, párrafo 50)

**6.3. Conocimiento sobre la práctica/aplicación de las técnicas de reproducción asistida en nuestro país**

**Tabla 12**

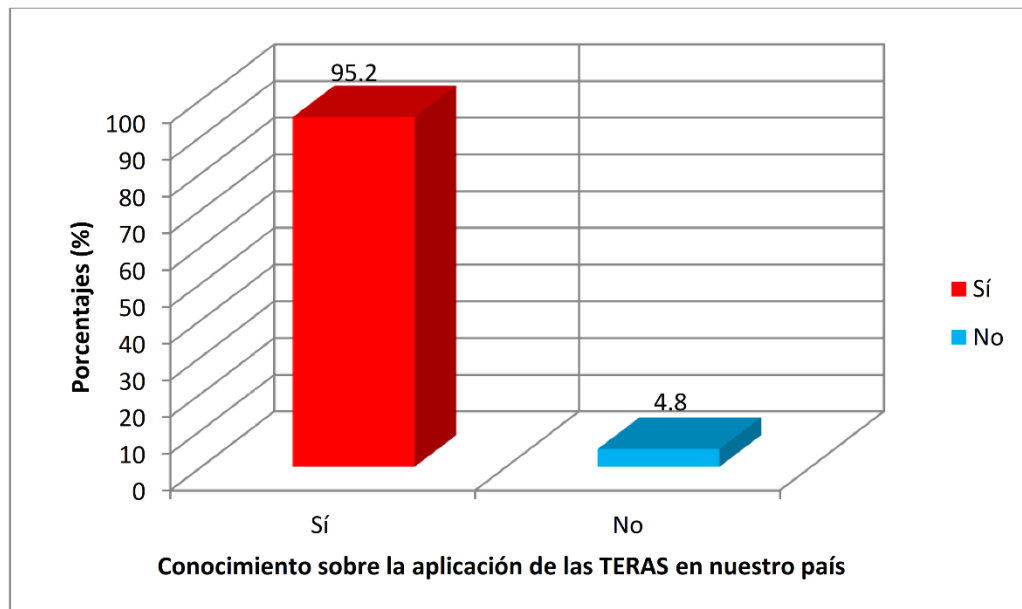
**¿Tiene conocimiento de la práctica/aplicación de las técnicas de reproducción asistida en nuestro país?**

Respuesta	N	%
Sí	20	95.2
No	01	4.8
TOTAL	21	100

FUENTE: Encuesta a Jueces de Familia

**Gráfico 05**

**¿Tiene conocimiento de la práctica/aplicación de las técnicas de reproducción asistida en nuestro país?**



FUENTE: Elaboración propia, 2021.

A partir de la Tabla 12 y su gráfico se tiene que, de la totalidad de los Jueces de Familia encuestados, el 95,2% manifiestan tener conocimiento de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida en nuestro país, mientras que el 4,8% señalan que desconocen de dicha aplicación.

Ello nos hace ver que los Jueces de Familia en nuestro país, en su mayoría tienen conocimiento de que las técnicas de reproducción asistida se aplican en nuestro país, sea porque haya conocido algún caso relacionado con la misma, en base a las sentencias judiciales emitidas a nivel de nuestros juzgados de Familia o Constitucionales, por las noticias, etc.

La información plasmada en la Tabla bajo análisis, confirma que en el Perú, a pesar que no existe una normativa que específicamente regule la utilización de las técnicas de reproducción asistida, éstas son aplicadas de manera informal. Ello también es corroborada por la Red Latinoamericana de Fertilización Asistida (REDLARA) cuando afirma que en nuestro país existen 10 centros de fertilización, entre ellos el Centro Especializado de Fertilidad y Ginecología (CEFERGIN), Centro de Fertilidad y Reproducción Asistida (CEFRA), Centro de Fertilidad y Ginecología del Sur (SFGS), Clínica Miraflores: Ginecología y fertilidad, Centro de Fertilidad en Chiclayo (CLINIFER), Grupo PRANOR del Instituto de Ginecología y Reproducción Clínica de Fertilidad y Reproducción Asistida (INMATER), Instituto de Medicina Reproductiva Clínica Ricardo Palma, Centro de Reproducción Humana de Lima (NACER) y Pranor San Isidro - Clínica Concebir. La presencia de estos centros de fertilización revela la alta demandad de los tratamientos mediante las técnicas de reproducción asistida, de lo contrario su presencia, que demanda altos costos, no se justificaría. (Véase la página Web de REDLARA).

Ello también se corrobora con los casos judicializados, como son el Expediente N° 00113-2006-0-1801-JR-FC-15, de impugnación de maternidad, Casación N° 5003-2007-Lima de impugnación de maternidad, Casación N° 4323-2010-Lima, de nulidad de acto jurídico, Casación N° 563-2011-Lima, de adopción excepcional y maternidad subrogada, Expediente N° 06374-2016-0-1801-JR-CI-05, sobre derecho a la identidad y Expediente N° 01286-2017-0-1801-JR-CI-11, sobre filiación de menor, cada uno de ellos tratados en los puntos anteriores de este mismo capítulo.

A ello también puede sumar como sustento el caso de la pareja extranjera de nacionalidad chilena Jorge Tovar y Rosario Madueños, ocurrido en el año 2018. Esta pareja al detectar que Rosario Madueños no podía concebir, decidieron acudir a la técnica de fertilización in vitro con maternidad subrogada, en una clínica de fertilización de la capital.

Fruto de este procedimiento, el 28 de julio del 2018, nacieron dos niños. La madre gestante que dio a luz entregó los niños a sus contratantes Jorge Tovar y Rosario Madueños, quienes fueron detenidos en el aeropuerto Jorge Chávez, toda vez que en su registro de ingreso no constaba entrar con hijos, pero al salir sí. Este hecho, como se señaló en un reportaje de la Televisión Peruana América Noticias, no encajaba en el tiempo, pues los niños nacieron el 28 de julio del 2018, pero la pareja chilena ingresó al Perú el 29 de julio del 2018 (América Noticias, 09 de setiembre del 2018).

En razón a ello, la pareja fue acusada de falsificación de documentos y trata de menores en su modalidad de venta de niños, por lo que fueron reclusos separados de sus hijos recién nacidos, por mandato judicial por el plazo de 12 meses, sin embargo en base a los argumentos desarrollados por el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema en situaciones similares, más la prueba de ADN que confirmaba la paternidad de Jorge Tovar, a solicitud de la defensa de los acusados, la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Callao revocó el fallo, recobrando la libertad la pareja el sábado 08 de setiembre del 2018.

Esta es la realidad que se vive nuestro país y demuestra claramente que en nuestro país se practica las técnicas de reproducción asistida, cuya falta de regulación ha traído múltiples problemas. Por ello, creemos que es tiempo de buscar alternativas de solución a estos problemas, y una de esas soluciones sería la apropiada regulación de las técnicas de reproducción asistida, estableciéndose protocolos de atención que permitan que los usuarios sepan a qué se atienen cuando acuden a estas técnicas, así como las clínicas de fertilidad tendrían responsabilidades específicas frente a cualquier contingencia.

**6.4. Técnicas de reproducción asistida con mayor incidencia en el país**

**Tabla 13**

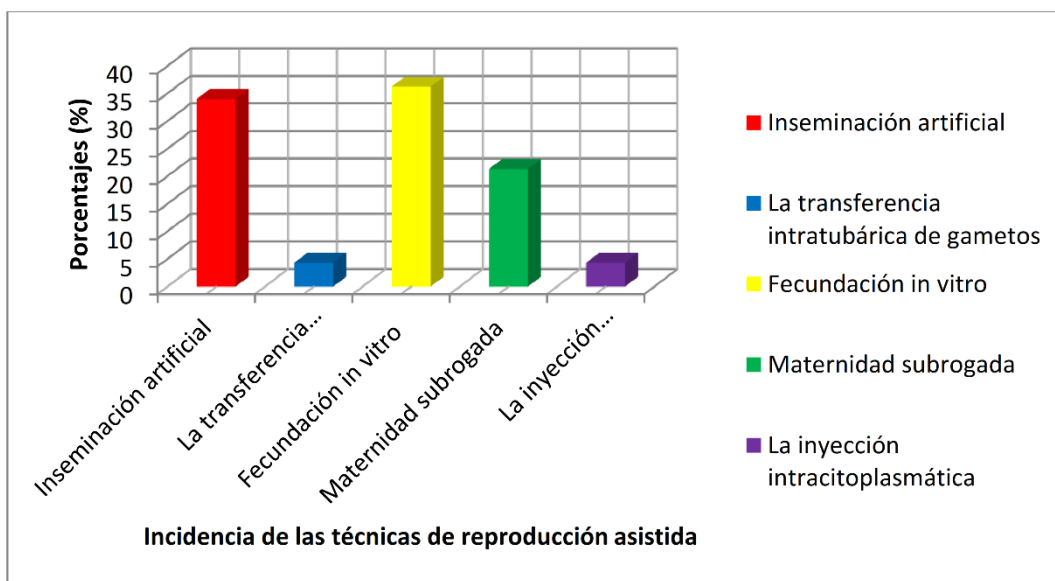
**¿Qué tipo de técnicas de reproducción asistida tendría mayor incidencia en nuestro país?**

Alternativas	N	%
Inseminación artificial	16	34.0
La transferencia intratubárica de gametos	2	4.3
Fecundación in vitro	17	36.2
Maternidad subrogada	10	21.3
La inyección intracitoplasmática de espermatozoides	2	4.3
TOTAL	47	100

FUENTE: Encuesta a Jueces de Familia

**Gráfico 06**

**¿Qué tipo de técnicas de reproducción asistida tendría mayor incidencia en nuestro país?**



FUENTE: Elaboración propia, 2021.

A partir de la Tabla 13 y su gráfico podemos manifestar que de la totalidad de las respuestas proporcionadas por los Jueces de Familia encuestados, el 36,2% consideran que la fecundación in vitro es la técnica de reproducción asistida con mayor incidencia en nuestro país, un 34% consideran que la inseminación artificial tiene mayor incidencia, un 21,3% consideran que la maternidad subrogada es la que tiene mayor incidencia, un 4,3% considera que la transferencia intratubárica de gametos es la de mayor incidencia y finalmente otro 4,3% considera que la inyección intracitoplasmática de espermatozoides sería la que tiene mayor incidencia en nuestro país.

Ello nos hace ver que la fecundación in vitro es la que tiene mayor incidencia en nuestro país, seguida por la inseminación artificial. Esta afirmación se corrobora con las sentencias judiciales emitidas en los Juzgados de Familia y Constitucionales analizados en los puntos anteriores de este mismo capítulo, pues de los 06 casos analizados, en todos ellos hubo la presencia de las técnicas de fecundación in vitro.

De manera que, la fecundación in vitro sería la técnica más usada en el caso de las técnicas extracorpóreas de fecundación y pueden darse casos de fecundación homóloga, heteróloga o mixta. Cuando la fecundación es homóloga, no ofrece mayores problemas legales, pero cuando se trata de fecundación heteróloga o mixta, sí se presentan múltiples problemas, pues pueden presentarse diversos escenarios: podría darse la fecundación del óvulo de una mujer casada con espermatozoides de un hombre diferente de su cónyuge, o que el espermatozoides pertenezca al marido pero que el óvulo sea de una mujer que no es la cónyuge, o que tanto el óvulo como el espermatozoides pertenezcan a terceras personas ajenas a la pareja matrimonial, con lo cual estaríamos ante la denominada transferencia de embriones.

En estos casos es donde se presentan los problemas de filiación del nacido por esta técnica, con ello los problemas en cuanto a su identidad, por lo que debe tomarse mayor atención, buscando su regulación normativa en nuestro país y evitar la vulneración de los derechos de los nacidos por estas técnicas.



La opinión de los Jueces concuerda con lo encontrado en el análisis de la jurisprudencia efectuada en los puntos anteriores, pues hay mayor incidencia de la técnica de fecundación in vitro, respecto a las otras técnicas. La razón de su importancia y mayor práctica de la fecundación in vitro se debe:

A que la fecundación in vitro se diseñó en principio para superar el problema de la infertilidad tubárica, pero ahora se considera que representa el tratamiento de elección para la infertilidad inexplicada, infertilidad por factor masculino, endometriosis y la disfunción ovárica resistente a la inducción de la ovulación. Esto se ha reflejado en la rápida expansión de las indicaciones para la FIV y el número anual en la actualidad de ciclos de FIV en todo el mundo. (Sánchez, 2019, p. S22)

Es decir, la técnica de fecundación in vitro se puede utilizar para más casos y se puede combinar con otras técnicas, como la ovodonación y la gestación subrogada, por lo que su mayor importancia, como también su mayor práctica.

**6.5. La regulación de las técnicas de reproducción asistida en nuestro ordenamiento jurídico**

**Tabla 14**

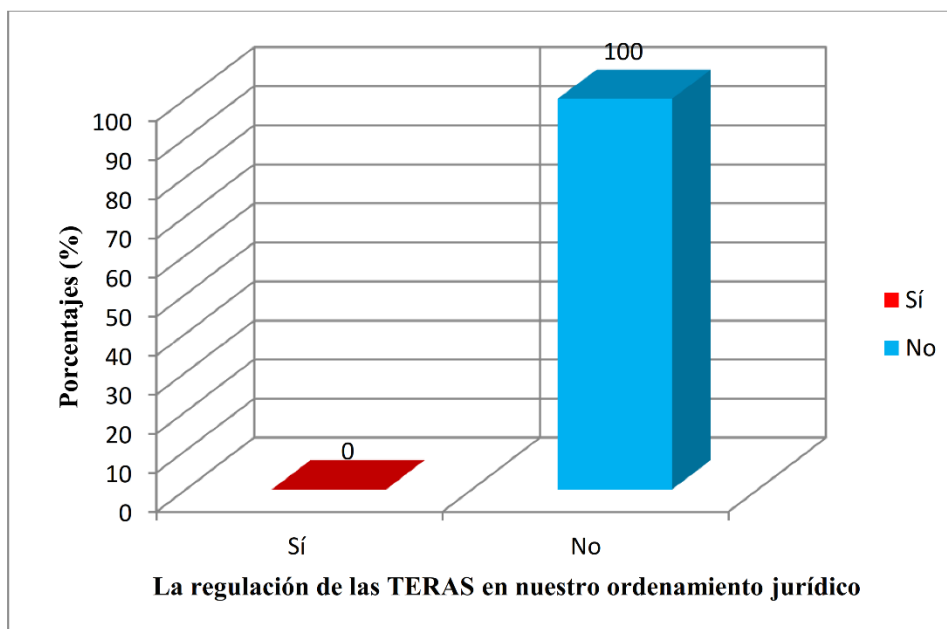
**¿Nuestro ordenamiento jurídico regula cabalmente la aplicación de las técnicas de reproducción asistida?**

Respuestas	N	%
Sí	00	00
No	21	100
TOTAL	21	100

FUENTE: Encuesta a Jueces de Familia

**Gráfico 07**

**¿Nuestro ordenamiento jurídico regula cabalmente la aplicación de las técnicas de reproducción asistida?**



FUENTE: Elaboración propia, 2021.

En la Tabla 14 y su gráfico vemos que el total de los Jueces de Familia encuestados afirman que la aplicación de las técnicas de reproducción asistida no se encuentra cabalmente regulada en nuestro ordenamiento jurídico.

Lo señalado por los Jueces de Familia es verdad, porque las técnicas de reproducción asistida no tienen una regulación específica en la legislación peruana, pues la única norma referida a esta materia, contenida en el artículo 7 de la Ley 26842, Ley General de Salud, resulta ser una norma muy genérica e incompleta.

La norma referida, si bien reconoce el derecho de toda persona con infertilidad a acceder a estas técnicas, no puntualiza qué técnicas están permitidas ni prevé las consecuencias jurídicas de su aplicación, no se ocupa claramente de quiénes serían los usuarios de estas técnicas, de los protocolos a seguir en su aplicación, del organismo supervisor de las clínicas que realizan estos procedimientos, de los límites o márgenes de permisibilidad en caso que los usuarios resulten ser parientes sanguíneos o de afinidad de los donantes del material genético, entre otros, más al contrario es una norma discriminatoria por condicionar que la madre genética y la madre gestante recaiga sobre la misma persona.

Por otra parte, debemos advertir que esta norma ya no se ajusta a las demandas jurídicas de la sociedad peruana actual, pues al haber sido promulgado en el año 1997, hace más de dos décadas, se entiende que su regulación estaba dirigida a una realidad diferente, teniendo en cuenta el avance vertiginoso de la ciencia y la tecnología en estas últimas décadas, los alcances de esta norma han sido rebasadas ampliamente. Lo que hace ver que actualmente la regulación de las técnicas de reproducción asistida ha quedado desfasad, siendo necesaria una nueva regulación, preferiblemente mediante una norma especial que regule de manera íntegra la práctica de estas técnicas.

La situación descrita hace ver que nuestro ordenamiento jurídico no regula cabalmente la aplicación de las técnicas de reproducción asistida. La única norma sobre la materia, el artículo 7 de la Ley General de Salud reconoce a las personas que sufren infertilidad acudir al uso de las técnicas de reproducción asistida para procrear, pero limitando a que la madre genética y la

madre gestante recaigan sobre la misma persona. La condición que exige esta norma para la procreación asistida, ha sido en sí, como señala Siverino (2012) “la frase de discordia” (p. 216), pues, por una parte faculta a toda persona el uso de las técnicas de reproducción asistida, pero por otra, impone una restricción tan rigurosa, que ha hecho que una muy reducida cantidad de personas puedan utilizar estas técnicas.

Como quiera que la regulación legal de las técnicas de reproducción asistida en nuestro país se reduce solo al artículo 7 de la Ley General de Salud, la misma que además de efectuar una regulación con contradicciones internas, deja en vacío muchos aspectos. Su redacción probablemente encontraba justificación para la época de su redacción, sin embargo, a la fecha, se ha desfasado, por lo que necesita ser reformada, como señala Moadie (2020) “el derecho positivo ha sido desbordado por los adelantos biotecnológicos y médicos, ubicándolo en desventaja frente a temas no reglamentados, que podrían tener incidencia en los aspectos tradicionales de filiación” (Moadie 2011).

## **6.6. ¿Qué implicancias tendría la aplicación de las técnicas de reproducción asistida en el derecho a la identidad de las personas nacidas mediante estas técnicas?**

A este respecto los Jueces opinaron en diferentes sentidos, pues unos señalaron que no tendría implicancias negativas pues entienden como componentes del derecho a la identidad a la identificación de la persona, como sus nombres, seudónimo, inscripción en las instituciones como el RENIEC y de seguridad social, títulos, grados, condecoraciones, reconocimientos y todo cuanto la individualice y distinga de las demás personas, así como su derecho de integrar una familia.

Mientras otros señalaron que se debería hacer una interpretación extensiva, aplicando el principio *in dubio pro homine* en este vacío legal respecto a las técnicas de reproducción asistida, por lo que debe primar el derecho a la identidad biológica.

Asimismo, señalaron que siendo esta una realidad creciente en nuestro país, sin regulación expresa y adecuada, se viene realizando a modo de contrato mercantil, no se está considerando el derecho del concebido como ser humano con derechos, sino únicamente el derecho de los progenitores que deciden procrear mediante métodos de fertilidad asistida con donantes anónimos, recreando una realidad de paternidad, que priva al concebido de conocer su verdadera identidad biológica y las implicancias en su vida.

Como una alternativa de solución, los jueces encuestados plantean que debe haber una debida regulación sobre la reserva o anonimato de las personas donantes, pues con ello se evitaría implicancias relativas a la identidad de las personas, como sucede en otros países, debe regularse sobre los bancos de esperma y óvulos, más teniendo en cuenta que en el Perú se cuenta con clínicas especializadas, propiciando que los nacidos por esta técnica tengan derecho de conocer su origen biológico.

En ese sentido, la aplicación de las técnicas de reproducción asistida si una adecuada regulación, en nuestro país estaría permitiendo la práctica informal de estas técnicas, afectando principios éticos y derechos de los usuarios. Como señala Roa (2014) la “falta de un verdadero control supone que se ofrezcan muchos procedimientos sin haber superado, muchos de ellos, un auténtico examen previo de calidad, seguridad, eficacia y sin haber superado los mismos centros un nivel estricto de calidad de servicio” (p. 101).

**6.7. La regulación de las técnicas de reproducción asistida y la protección del derecho a la identidad de las personas nacidas mediante estas técnicas**

**Tabla 15**

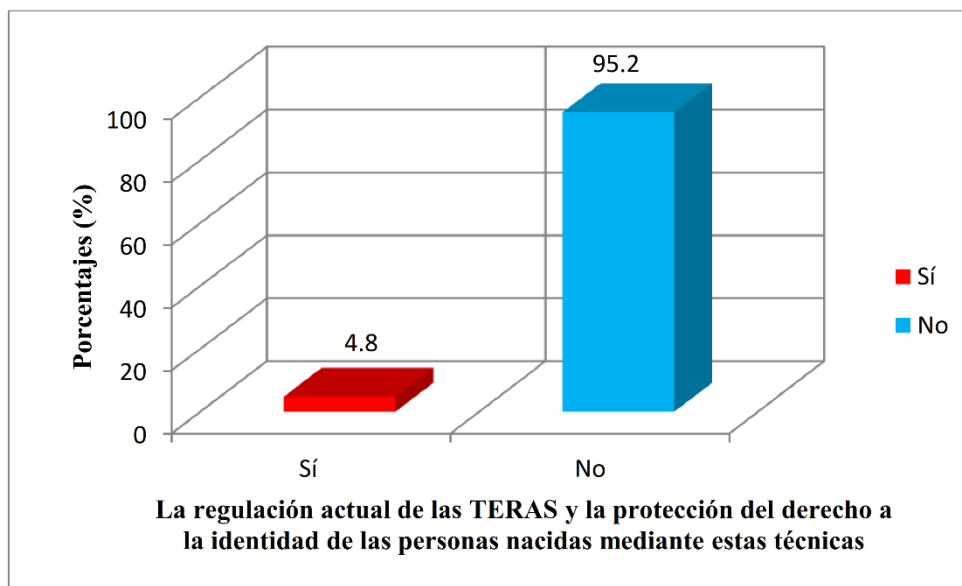
**¿La regulación actual de las técnicas de reproducción asistida es suficiente para proteger el derecho a la identidad de las personas nacidas mediante estas técnicas?**

Respuestas	N	%
Sí	01	4.8
No	20	95.2
TOTAL	21	100

FUENTE: Encuesta a Jueces de Familia

**Gráfico 08**

**¿La regulación actual de las técnicas de reproducción asistida es suficiente para proteger el derecho a la identidad de las personas nacidas mediante estas técnicas?**



FUENTE: Elaboración propia, 2021.

De la Tabla 15 y su gráfico podemos asegurar que de la totalidad de los Jueces de Familia encuestados, 4,8% de ellos manifiestan que la regulación actual es suficiente para proteger el derecho a la identidad de las personas nacidas mediante la técnicas de reproducción asistida, mientras que un 95,2% considera que la regulación actual no protege el derecho a la identidad de las personas nacidas mediante estas técnicas.

Entre las razones que los Jueces de Familia exponen, para considerar que la regulación actual de las técnicas de reproducción asistida en nuestro país es insuficiente para proteger el derecho a la identidad de las personas nacidas mediante estas técnicas, es la antigüedad de la norma, teniendo en cuenta los avances científicos y la naturaleza de las técnicas de reproducción asistida, por lo que dicha norma habría quedado desfasado, pues la realidad ha hecho que quede desfasada.

Asimismo señalan que la carencia de un ordenamiento jurídico especializado sobre esta vendría ocasionando una desprotección, no solo de las personas nacidas por estas técnicas, sino también en la familia y en la sociedad en general. Con la práctica de estas técnicas se afecta el derecho a la identidad de los niños y niñas que nacen mediante ellas, porque siguiendo la postura de legislaciones extranjeras, más se preocupa por resguardar la identidad del donante, que de la identidad de los niños y niñas.

Señalan también que en estos casos no existen normas claras sobre la paternidad y maternidad, por lo que existen problemas en la determinación de la filiación de los nacidos por estas técnicas, lo que afecta directamente la identidad de éstos. Por ejemplo, en el caso de fecundación in vitro con ovodonación, la madre gestante cuando da a luz, en el acta de nacido vivo da los nombres del padre y de ella, con eso se inscribe al niño, haciendo que éste desconozca su origen, salvo que sean sus propios padres que les cuente. En los casos de vientres de alquiler, generalmente se realiza un proceso de adopción por excepción, sin embargo, son múltiples los problemas que pueden generarse en estos casos, como se ha visto en las sentencias analizadas anteriormente.

Lo descrito nos hace ver que la normativa con que contamos no es suficiente para proteger la identidad de los que nacen por estas técnicas. Ello

también ha sido resaltado por Moadie (2020), quien reconociendo la ausencia de regulación sobre las técnicas de la reproducción humana asistida, nos dice que “el derecho positivo ha sido desbordado por los adelantos biotecnológicos y médicos, ubicándolo en desventaja frente a temas no reglamentados, que podrían tener incidencia en los aspectos tradicionales de filiación y por ende en aspectos familiares” (p. 41).

Ello hace ver que existe la necesidad de regular la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, pues como señala Rabadán (2019):

Teniendo en cuenta la trascendencia que el conocimiento de sus orígenes biológicos tiene en la conformación de la identidad y en la salud emocional, psíquica o física de las personas cuya filiación legal y biológica se presenta disociada o bien de las personas que desconocen aspectos de su filiación biológica, se puede asimismo afirmar la necesidad de reconocer y proteger este derecho tanto en normas internacionales como en leyes estatales. (p. 592)

En ese sentido, es necesario brindar una adecuada protección al derecho a la identidad de los menores nacidos de estas técnicas, lo cual en nuestro país no se estaría dando, sino más bien vulnerándose el mismo.



**6.8. Origen biológico de las personas nacidas mediante las técnicas de reproducción asistida**

**Tabla 16**

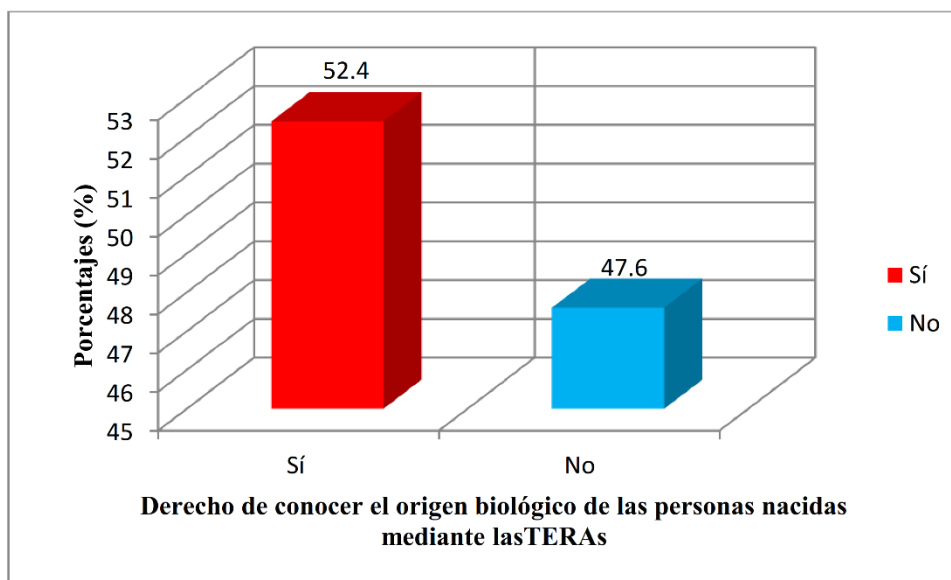
**¿Conforme a nuestra regulación actual, las personas nacidas mediante las técnicas de reproducción asistida tienen el derecho de conocer su origen biológico?**

Respuestas	N	%
Sí	11	52.4
No	10	47.6
TOTAL	21	100

FUENTE: Encuesta a Jueces de Familia

**Gráfico 09**

**¿Conforme a nuestra regulación actual, las personas nacidas mediante las técnicas de reproducción asistida tienen el derecho de conocer su origen biológico?**



FUENTE: Elaboración propia, 2021.

A partir de la Tabla 16 y su gráfico podemos confirmar que de la totalidad de los Jueces de Familia encuestados, 52,4% de ellos manifiestan que la regulación actual garantiza el derecho de conocer su origen biológico de las personas nacidas mediante el uso de estas técnicas, mientras que un 47,6% considera que la regulación actual no protege el derecho a conocer sus orígenes biológicos de las personas nacidas mediante TERAS.

Conforme a ella, la mayoría de los Jueces consideran que los menores que nacen mediante la técnica de reproducción asistida tendrían el derecho de conocer su origen biológico, por cuanto conforme al artículo 7 de la ley General de Salud, para la aplicación de estas técnicas se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos, por lo que el padre que provee los gametos masculinos y la madre que provee los óvulos deben dar su consentimiento para que el procedimiento se realice.

Si bien lo señalado hace ver que existe los antecedentes de los padres biológicos, por lo que los nacidos por estas técnicas podrían investigar. Sin embargo, en estos casos se firma un contrato de confidencialidad y de anonimato de los donantes, por lo que los hijos o hijas nacidos mediante estas técnicas no tendrían derecho a dicha información.

Sabemos que es derecho de toda persona conocer su origen biológico, con mayor razón de aquellos que nacen mediante las técnicas de reproducción asistida, pues este derecho está considerado como un “derecho humano y fundamental y, de manera más específica, como uno de los aspectos del derecho a la identidad personal” (De Lorenzi, 2016, p. 1). Por lo tanto, es un derecho de rango constitucional, de observancia y consideración obligatoria.

De esta manera el derecho a conocer los orígenes biológicos de los niños y niñas que nacieron de estas técnicas constituye:

Una parte o aspecto del derecho a la identidad, pues implica tener y desarrollar nuestra propia identidad, nuestra personalidad, aquello que nos individualiza y nos diferencia de otros responde a un interés natural y existencial que debe ser protegido por el derecho, por lo que todo ser humano tiene derecho a la identidad personal. (Rabadán, 2019, p. 590)

En ese sentido, teniendo en cuenta la importancia de la identidad biológica, nuestra Corte Suprema, en la Consulta N° 2669-2008 Lambayeque, ha señalado que:

Al estar en discusión el derecho a la identidad y consecuente filiación conforme a la verdad biológica, de un menor reconocido por quien, como se ha comprobado en juicio en merito a los resultados de la prueba científica de ADN, obrante a fojas cuarenta y uno, no tiene la calidad de padre biológico; resulta necesario que tal circunstancia sea dilucidada en armonía del Interés Superior del Menor, recogido por el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, precisándose que en el presente caso el Interés Superior del menor, es conocer su verdadero origen biológico, el mismo que forma parte de su identidad, derecho fundamental que nos asiste a todos los individuos. (Sala Constitucional y Social Permanente, Consulta N° 2669-2008 Lambayeque, del 13 de noviembre del 2008. Considerando Séptimo).

Sobre el derecho de conocer su origen biológico, Espinoza (2012), también se ha pronunciado diciendo que:

El hijo adoptivo, como el que es producto de las técnicas de reproducción asistida, cuando cumplan la mayoría de edad, tienen el derecho de conocer quién fue su progenitor biológico para defender sus intereses, incluyendo su salud, como podría ser el caso en que necesite un trasplante de riñón, para lo que se requiere de un pariente biológico que altruistamente lo ceda. (p. 108)

Lo señalado hasta ahora, deja en claro la importancia de conocer la verdad biológica o genética, pues es indispensable para que pueda construir su propia identidad, por lo tanto es derecho de los nacidos por la técnica de reproducción asistida conocer su origen biológico, o su identidad biológica. De modo que “negar al nacido por Técnicas de Reproducción Asistida (TRA) su derecho a conocer su identidad, su origen biológico vulnera su dignidad, dado que impide el pleno desarrollo de su personalidad” (Tortajada, 2018, p. 474).

**6.9. Necesidad de establecer una regulación específica de las técnicas de reproducción asistida para proteger el derecho a la identidad de las personas nacidas mediante su aplicación**

**Tabla 17**

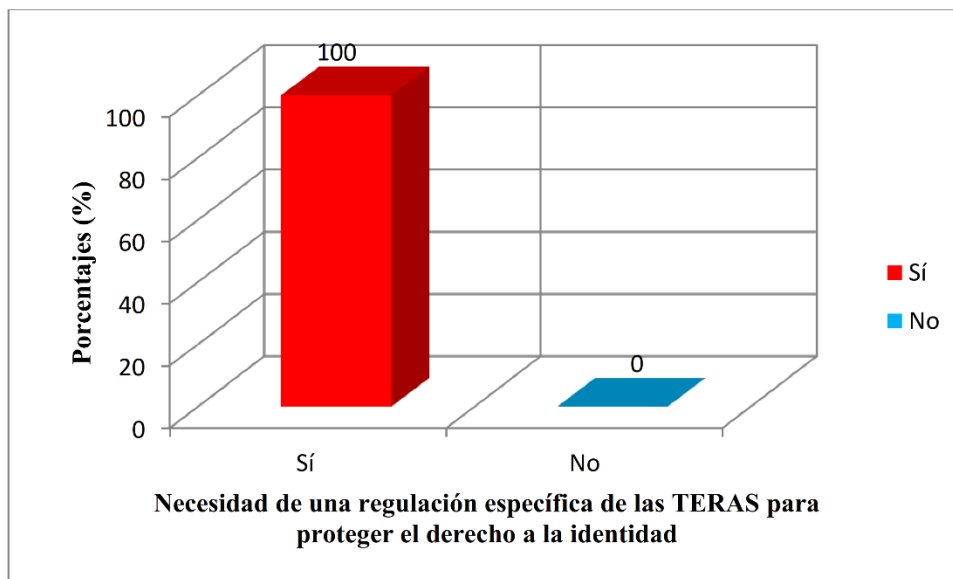
¿Existe necesidad de establecer una regulación específica de las técnicas de reproducción asistida a fin de proteger mejor el derecho a la identidad de las personas nacidas mediante la aplicación de estas técnicas?

	N	%
Sí	21	100
No	00	00
TOTAL	21	100

FUENTE: Encuesta a Jueces de Familia

**Gráfico 10**

¿Existe necesidad de establecer una regulación específica de las técnicas de reproducción asistida a fin de proteger mejor el derecho a la identidad de las personas nacidas mediante la aplicación de estas técnicas?



FUENTE: Elaboración propia, 2021.

A partir de la Tabla 17 y su gráfico podemos ver que del total de los Jueces de Familia encuestados todos afirman que se necesita una regulación específica para las técnicas de reproducción asistida enfocada en proteger el derecho a la identidad.

En este sentido, en la opinión de los profesionales llamados a resolver cuestiones o conflictos derivados del uso de técnicas de reproducción asistida, es necesaria una norma especial que regule las técnicas de reproducción asistida y su uso. Esto es correcto, porque una norma especial podría abordar integralmente los aspectos de estas técnicas, como ampliar su definición, clasificarlas y detallar los derechos y responsabilidades de las partes implicadas, como las responsabilidades de los centros o clínicas de fertilidad, el derecho de filiación e identidad de los niños nacidos a través de esta técnica, etc.

Como ya hemos señalado anteriormente, la ley peruana sólo tiene el artículo 7 de la Ley General de Salud, que reconoce el derecho de las personas a buscar tratamiento para su infertilidad, sin especificar qué medios o técnicas, y también reconoce el derecho de las personas que sufren ese mal, 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, sin embargo en ninguna parte señala sobre la filiación de los menores que nacen mediante esta técnica, por lo que no existe una preocupación sobre el derecho a la identidad de los mismos.

Esta situación hace ver que una norma genérica como el artículo 7 de la Ley General de Salud, frente a normas específicas como de España, Argentina o Uruguay, por ejemplo, no se abasteca para proteger todos los derechos y las obligaciones de los intervinientes en la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, entre ellos el derecho de filiación y el derecho a la identidad de los nacidos por estas técnicas.

En ese sentido, es conveniente que la regulación de estas técnicas sea mediante una norma especial, previendo de manera expresa los parámetros para la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, así como la protección de los derechos de los nacidos por esta técnica.

La opinión de los Jueces encuestados también tiene sustento en la doctrina y la jurisprudencia. Así Neciusup (2018) nos dice que:

Como se observa, la técnica de reproducción humana asistida no está expresamente reconocida en nuestra Constitución, sino que se deriva de otros derechos reconocidos

constitucionalmente como el derecho a la libertad, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la intimidad personal y familiar; y el derecho a la libertad para formar una familia. La Ley General de Salud en su artículo 7, reconoce el derecho de las personas a recurrir a los tratamientos de infertilidad, sin embargo la misma norma no contempla otras modalidades o técnicas de reproducción asistida que vienen siendo practicadas en instituciones de salud públicas y privadas dedicadas al tratamiento y a la investigación clínica sobre seres vivos. (pp. 19-20)

De esta manera se reconoce que existe vacío en nuestra legislación nacional, lo que hace que exista la necesidad de establecer una regulación específica de las técnicas de reproducción asistida. La necesidad de regulación de las técnicas de reproducción asistida también es avalada por Torres (2014) cuando señala que:

El Estado debe garantizar el ejercicio del derecho a la identidad personal a través del reconocimiento del derecho a conocer el propio origen biológico, el cual no se satisface con la mera revelación de datos personales, sino que implica el legítimo derecho a tener contacto con quienes serían sus progenitores genéticos e incluso establecer vínculos jurídicos filiatorios a través de las acciones de estado correspondientes. (p. 246)

Por otra parte, la falta de regulación también estaría generando que muchas personas acudan a nuestro país para este tipo de prácticas, acrecentando más la vulneración de los derechos de los nacidos por este medio y de sus familiares, pues:

La falta de regulación de las técnicas de reproducción asistida genera una falla de mercado ya que hace inaccesible el tratamiento en el sector público para quienes tienen menos recursos, dejándose que en el lado privado se privilegie al cliente en lugar del paciente. (Neciusup, 2018, p. 21)

Por todo ello, como dice Moadie (2019) en el vecino país de Colombia: “es urgente que haya una regulación legislativa al respecto, máxime si se tiene en cuenta que las técnicas de reproducción humana asistida no son de reciente creación” (p. 40), pues es la manera como se puede garantizar los derechos de los usuarios de estas técnicas.

#### **6.10. Parámetros para nueva regulación de las técnicas de reproducción asistida**

**Tabla 18**

**¿En una nueva regulación, sugeriría que se establezca algún límite o parámetro a fin de proteger adecuadamente el derecho a la identidad en la aplicación de las técnicas de reproducción asistida?**

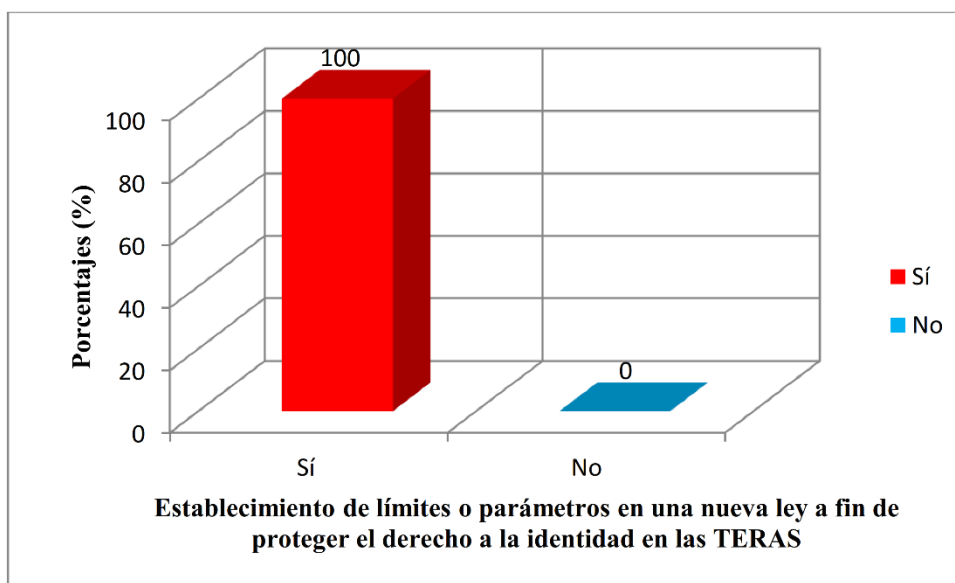
Respuestas	N	%
Sí	21	100
No	00	00
TOTAL	21	100

FUENTE: Encuesta a Jueces de Familia.



**Gráfico 11**

**¿En una nueva regulación, sugeriría que se establezca algún límite o parámetro a fin de proteger adecuadamente el derecho a la identidad en la aplicación de las técnicas de reproducción asistida?**



FUENTE: Elaboración propia, 2021.

A partir de la Tabla 10 y su gráfico podemos señalar que el total de los Jueces de Familia encuestados afirman que para una adecuada aplicación de las técnicas de reproducción asistida, se necesita de límites o parámetros en su regulación, sobre todo para proteger el derecho a la identidad de las personas que nacen mediante estas técnicas.

Los Jueces señalan que en la nueva ley que pueda emitirse para la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, deben incluirse límites y parámetros específicos, sobre todo de los procedimientos médicos y protocolos que se apliquen durante el tiempo que dure la aplicación de la técnica adoptada. Sin embargo, no debe ser una norma que tenga injerencias en las decisiones de las personas, sino sobre la aplicación de los procedimientos, siempre cuidando el interés superior del niño.

Igualmente recomiendan que debe regularse sobre las obligaciones y las responsabilidades de las clínicas que intervienen en estos procesos, con la finalidad de cualquier persona que opte por estas técnicas tenga claro las condiciones bajo las cuales contrata estos servicios, como el caso de los contratos que van a firmar la clínica y los usuarios, como también entre los usuarios en caso de haber transferencia de material genético, a fin de evitar los posibles conflictos que pudieran generarse.

De igual manera recomiendan que los hijos nacidos por estas técnicas de reproducción asistida tengan la posibilidad de conocer a sus padres biológicos, cuando tengan una edad adecuada, preferiblemente previa autorización judicial. Consideran que para estos casos, en atención a los mandatos de la Convención Americana de Derechos Humanos y normas conexas, para estos casos debe contarse con recurso fácil y efectivo que les permita conocer su origen biológico, con miras a hacer efectivo su derecho a la identidad.

En ese sentido, la regulación de las técnicas de reproducción asistida debe ser regulada, no para darle carta abierta al hombre para que puedan practicar de manera desmedida o lucrar con ellos, sino para beneficiar a las personas que necesitan de ellos. Pues como señala Ramón (2008):



La regulación de las condiciones de acceso a las técnicas de reproducción asistida dependerá de que éstas se conciban con una finalidad estrictamente terapéutica, esto es, para remediar situaciones de esterilidad de una pareja o evitar la transmisión de enfermedades genéticas o hereditarias, o, por el contrario, con una finalidad más amplia, como es la de posibilitar, con carácter general, la procreación por cauces distintos a los naturales. (p. 195)

Es importante que así sea, que éstas técnicas sean utilizadas por razones de estricta necesidad y bajo control, pues como señala Neciusup (2018):

En la actualidad las prácticas médicas en el ámbito genético están fuera del necesario control y tienen potencial lesivo de las normas constitucionales y legales. De igual forma se evidencia la ausencia de manuales o protocolos nacionales de seguimiento y supervisión de los procedimientos médicos de reproducción asistida. (p. 21)

En este sentido, es necesaria la regulación de la práctica de las tecnologías reproductivas asistidas, para garantizar que se lleven a cabo correctamente y, sobre todo, para proteger los derechos de los que nacen como resultado de estas técnicas, incluido el derecho a la identidad, porque:

Toda persona tiene derecho a conocer su origen biológico, al amparo del derecho a la salud, el derecho a la identidad, el derecho a saber, el principio de no discriminación, el derecho a la verdad, el principio del interés superior del niño, el derecho al acceso a los datos personales, el derecho a la información y el derecho a la dignidad. (Cárdenas, 2015, p. 48)

## CONCLUSIONES

**PRIMERA:** Las técnicas de reproducción asistida que han tenido mayor incidencia en nuestro país, conforme a las sentencias judiciales analizadas, son la fecundación in vitro, con ovodonación y con participación de madre subrogante, donde la fecundación se produce de manera extracorpórea, utilizando un óvulo donado con espermatozoide del marido, procediendo más tarde a la implantación del huevo o cigoto en el útero de la mujer que va gestar, que en su mayoría es una mujer diferente a la que desea tener el hijo o hija.

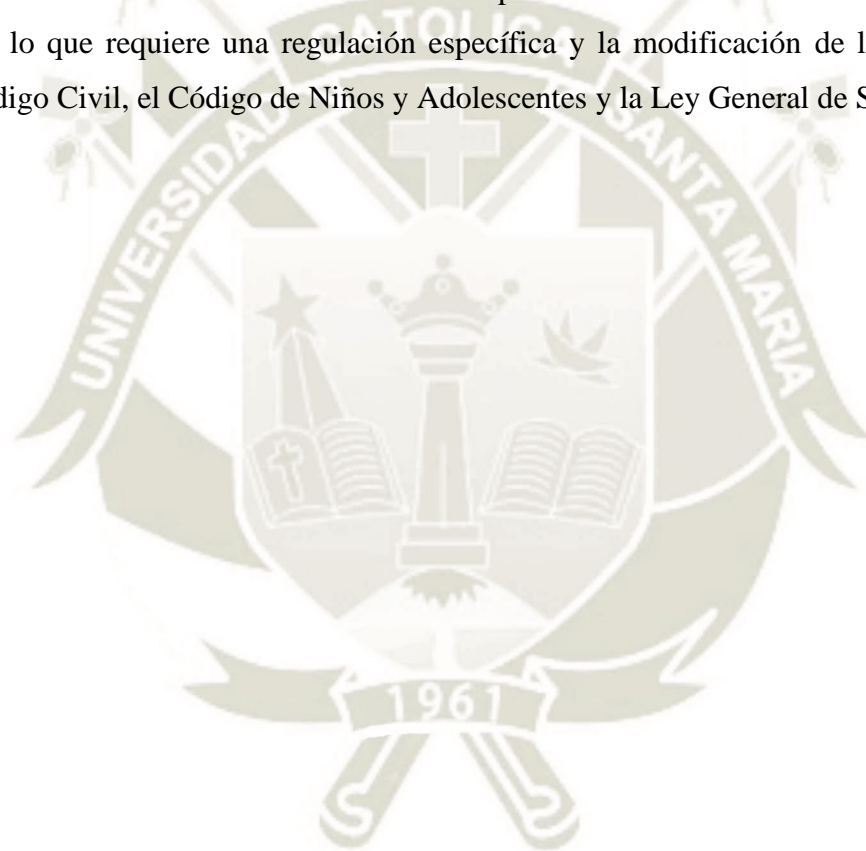
**SEGUNDA:** El desarrollo legal sobre las técnicas de reproducción asistida en nuestro país es todavía incipiente, solo contamos con el artículo 7 de la Ley General de Salud, que data del año 1997, el que aprueba el uso de estas técnicas solo cuando la condición de madre genética y madre gestante recaiga en la misma persona, dejándose fuera de sus alcances a otras técnicas de reproducción asistida que serían de ayuda para las personas que sufren de infertilidad, no se ocupa de maternidad subrogada ni de los derechos de los intervinientes, así como los nacidos por estas técnicas. En cuanto al desarrollo jurisprudencial encontramos 06 sentencias conocidas, donde se han señalado que la falta de regulación de ciertas técnicas no significa que estén prohibidos, demostrando un avance beneficioso para la población peruana.

**TERCERA:** En nuestro país las personas nacidas mediante la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, a pesar de que el artículo 7 de la Ley General de Salud u otra normativa no reconocen, sí tendrían el derecho de conocer su origen biológico, pues implícitamente estaría amparado en el mandato constitucional del numeral 1) del artículo 2 de la Constitución, lo que también es corroborado por los Jueces encuestados. Sin embargo, lo recomendable es que nuestra legislación reconozca de manera expresa este derecho a los nacidos por estas técnicas, sobre todo cuando existan circunstancias extraordinarias que constituyan un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o hija, previo mandato judicial, en la que se puede revelar la identidad de los donantes, sin que esto implique en ningún caso determinación legal de la filiación.

**CUARTA:** La regulación actual de las técnicas de reproducción asistida no es suficiente para proteger el derecho a la identidad de las personas nacidas mediante

estas técnicas, pues el artículo 7 de la Ley General de Salud, el Código Civil y el Código de Niños y Adolescentes no regulan la posibilidad de que los nacidos mediante las técnicas de reproducción asistida puedan conocer su origen biológico, con lo que se vulneran los derechos de estas personas de poder investigar su origen biológico, a fin de proteger su vida y su salud, así como conocer su verdadera identidad.

**QUINTA:** En base a lo señalado en los puntos anteriores, la aplicación de técnicas reproductivas asistidas en nuestro país, tal y como se regula actualmente, viola el derecho fundamental a la identidad de las personas nacidas a través de estas técnicas, por lo que requiere una regulación específica y la modificación de las normas del Código Civil, el Código de Niños y Adolescentes y la Ley General de Salud.



## RECOMENDACIONES

**PRIMERA:** Debido que el tema de técnicas de reproducción asistida es poco conocido, recomendamos se organicen cursos de formación, talleres e investigaciones sobre la misma, recomendándose su organización al Poder Judicial, Fiscalías de Familia, universidades u otros organismos públicos y privados.

**SEGUNDA:** Dado que el desarrollo legal de nuestro país sobre las técnicas reproductivas asistidas es todavía incipiente, y que la norma contenida en el artículo 7 de la Ley General de Salud ha quedado desfasada, se propone que esta ley se modifique para incluir una aplicación más amplia de estas técnicas, buscando proteger de los derechos de los intervinientes, así como de los nacidos por estas técnicas.

**TERCERA:** Dado que en nuestro país el derecho de las personas nacidas mediante la aplicación de las técnicas de reproducción asistida y de conocer su origen biológico, no se encuentra expresamente regulado, se sugiere que nuestra legislación reconozca de manera expresa estos derechos, sobre todo cuando existan circunstancias extraordinarias que constituyan un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o hija, previo mandato judicial, a fin de que en esas situaciones, se puede revelar la identidad de los donantes, sin que esto implique determinación legal de la filiación.

**CUARTA:** Como nuestra regulación actual sobre las técnicas de reproducción asistida no es suficiente para proteger el derecho a la identidad de las personas nacidas mediante estas técnicas, se debe modificar el artículo 7 de la Ley General de Salud, normas el Código Civil y el Código de Niños y Adolescentes posibilitando que los nacidos mediante estas técnicas puedan conocer su origen biológico, a fin de proteger su vida y su salud, así como conocer y formar su verdadera identidad.

**QUINTA:** A fin de viabilizar la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, así como proteger de manera adecuada el derecho a la identidad de las personas nacidas mediante las técnicas de reproducción asistida, proponemos la siguiente propuesta legislativa:

## PROPUESTA DEL PROYECTO DE LEY

### LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 7° DE LA LEY 26842, LEY GENERAL DE SALUD, NORMAS DEL CÓDIGO CIVIL Y CÓDIGO DE NIÑOS Y ADOLESCENTES

PROYECTO DE LEY N°: \_\_\_\_\_

Proyecto de Ley que propone la modificación del artículo 7 de la Ley 26842, Ley General de Salud, normas del Código Civil y Código de Niños y Adolescentes, referido a la aplicación de las técnicas de reproducción asistida y protección del derecho a la identidad de los niños y niñas nacidos por estas técnicas.

El Congresista de la República que suscribe, \_\_\_\_\_, miembro del Grupo Parlamentario \_\_\_\_\_, en ejercicio del derecho de iniciativa conferida por el artículo 107° de la Constitución Política del Perú, presenta el siguiente:

#### **I. CONSIDERANDO**

Que, el artículo 1° de la Constitución señala que “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”. Estableciendo de esta manera que el centro de atención del Estado y de la comunidad es la persona humana.

Que, el artículo 2.1. de la Constitución establece que “toda persona tiene derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece”. Dejándonos en claro que la persona humana goza de la protección legal y constitucional desde su concepción, por lo que los concebido por la

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

Que, la indicada norma ha regulado el uso de las técnicas de reproducción asistida, solo para cuando la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona, con lo que se ha dejado fuera de sus alcances a otras técnicas de reproducción que pueden ser de mucha ayuda para las personas que sufren infertilidad, así mismo no se pronuncia sobre la maternidad subrogada ni de los derechos de los intervinientes, menos de los nacidos por estas técnicas, entre ellos el derecho a la identidad.

Que, el Código Civil en su artículo 20 regula que a los hijos les corresponde el primer apellido del padre y el primero de la madre, dejando fuera de su alcance el caso de niños y niñas que nacen mediante las técnicas de reproducción humana asistida. Más aun, el indicado Código establece que en los procesos sobre declaración de paternidad o maternidad extramatrimonial es admisible la prueba biológica, genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza, dejando con ello en desventaja la posibilidad de la paternidad o maternidad de los padres de intención en el caso de aplicación de las técnicas de reproducción asistida, sobre todo en la maternidad subrogada, de los cuales tenemos varios casos judicializados.

Que, asimismo nuestra normatividad no regula la posibilidad de que los nacidos mediante las técnicas de reproducción asistida puedan conocer su origen biológico, con lo que se vulneran derechos de las personas nacidas por estas técnicas de poder investigar su origen biológico, a fin de proteger su vida y su salud, así como conocer su verdadera identidad.

Que, por los motivos señalado es que se sugiere modificar el artículo 7° de la Ley General de Salud y normas del Código Civil, sobre el uso de las técnicas de reproducción asistida, maternidad subrogada y la identidad de los nacidos por estas técnicas, además disponiendo su reglamentación.

## II. FÓRMULA LEGAL

### **LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 7° DE LA LEY 26842, LEY GENERAL DE SALUD, NORMAS DEL CÓDIGO CIVIL Y CÓDIGO DE NIÑOS Y ADOLESCENTES**

**Artículo 1.-** El objeto de la presente Ley es modificar el artículo 7 de la Ley 26842, Ley General de Salud, normas del Código Civil y del Código de Niños y Adolescentes, a fin de viabilizar el acceso de las personas a las técnicas de reproducción asistida y protección de la identidad de los nacidos por estas técnicas.

#### **Artículo 2.- Modificación del artículo 7 de la ley 26842, Ley General de salud**

Modifíquese el artículo 7 de la Ley 26842, Ley General de Salud, el cual quedará redactado de la siguiente forma:

##### **“Artículo 7.- Acceso a las técnicas de reproducción humana asistida**

Toda persona tiene derecho a:

- a.- Recurrir tratamiento de su infertilidad.
- b.- Procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que sea realizado como un procedimiento excepcional después de que los padres de intención, con informe médico, demuestre que hayan agotado todos los métodos y/o procedimientos para tener descendencia, que será aplicado a la mujer voluntaria cuando exista posibilidades razonables de éxito y costos no supongan riesgos graves para su salud, previo acuerdo suscrito de consentimiento de gestación voluntaria y libre.
- c.- Excepcionalmente, en los casos en que la mujer no pueda lograr embarazarse o no pueda concluir su embarazo debido a enfermedades, o alguna incapacidad, genéticas o adquiridas, diagnosticada y certificada por el equipo biomédico

tratante, podrá acudir a la maternidad subrogada acordando con otra mujer de manera altruista, la implantación y gestación del embrión formado por los gametos de la pareja o de donantes altruistas. En estos casos la filiación del nacido corresponderá a quienes hayan solicitado y acordado la gestación por sustitución, llamados padres de intención.

- d.- En los casos anteriores, las receptoras de los gametos o embriones tienen derecho a obtener información general de los donantes que no incluyan su identidad. Sin embargo, de manera excepcional y en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo y por mandato judicial, podrá revelarse la identidad de los donantes, lo que no implica en ningún caso determinación legal de la filiación.

Los procedimientos y demás circunstancias para la correcta aplicación de la presente norma serán reglamentadas por el Ministerio de Salud, las que forman parte de la presente norma”.

### **Artículo 3.- Modificación del artículo 20 del Código Civil.**

Modifíquese el artículo 20 del Código Civil, el que quedará redactado de la siguiente forma:

**“Artículo 20.- Apellidos del hijo.-** Al hijo le corresponde el primer apellido del padre y el primero de la madre, *o de sus padres de intención en el caso de nacidos por técnicas de reproducción humana asistida”.*

### **Artículo 4.- Incorporación de un último párrafo al artículo 413 del Código Civil.**

Incorpórese un último párrafo al artículo 413 del Código Civil, el que quedará redactado de la siguiente forma:

**“Artículo 413.- Prueba biológica o genética**

(...).

*En los casos de menores nacidos mediante las técnicas de reproducción asistida, el niño o niña puede tener como padres a sus padres de intención, casos en los que no se necesita someter a pruebas biológica, genética u otra de validez científica para determinar su filiación paterna o materna. Sin embargo, el nacido por estas técnicas puede investigar su origen biológico, de manera excepcional, a partir de haber alcanzado la mayoría de edad, previa autorización judicial, sin que los resultados obtenidos constituyan filiación paterna o materna”*



### **Artículo 5.- Incorporación de segundo párrafo al artículo 6 del Código de Niños y Adolescentes.**

Incorpórese un segundo párrafo al artículo 6 del Código de Niños y Adolescentes, el que quedará redactado de la siguiente forma:

**“Artículo 6º.- A la identidad.**

(...)

*En el caso de los niños nacidos por las técnicas de reproducción asistida, tendrán derecho a través de sus representantes, a conocer su origen biológicos, de manera excepcional y en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo y por mandato judicial, podrá revelarse la identidad de los donantes, lo que no implica en ningún caso determinación legal de la filiación.*

(...)”

### **DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS**

Las normas modificadas o incorporadas entrarán en vigencia una vez que el Ministerio de Salud apruebe el Reglamento correspondiente, la que ocurrirá en un plazo de 90 días desde la publicación de la presente.

### **III. ANÁLISIS DE COSTO-BENEFICIO DE LA PROPUESTA**

El objeto del presente proyecto de ley es únicamente velar por el adecuado cumplimiento y aplicación de las técnicas de reproducción asistida, incluido la maternidad subrogada y salvaguardar el derecho a la identidad de los niños y niñas nacidas por estas técnicas. Por ello, no es posible establecer una valoración de carácter económico referido a los efectos que generen la aprobación de la presente iniciativa legislativa. Lo que más bien se logrará es dar la seguridad y garantía para los usuarios de estas técnicas.

Lima, 14 de septiembre del 2021

## REFERENCIA

- Aguilar, B. (2016). *Tratado de Derecho de Familia*. Grupo Editorial Lex & Iuris.
- América Noticias (09 de setiembre del 2018). Vientre de alquiler: enfermera que llevó embarazo subrogado da detalles del caso. Recuperado de: <https://www.americatv.com.pe/noticias/actualidad/vientre-alquiler-enfermera-que-llevo-embarazo-subrogado-da-detalles-caso-n337977>
- Apud, M. S. (2013). La filiación y el derecho a la identidad. La Gaceta. [www.Lagaceta.com.ar/nota/238069/tribunales](http://www.Lagaceta.com.ar/nota/238069/tribunales).
- Abad, S. B. (2012). *¿Es el Perú un Estado laico? Análisis jurídico desde los derechos sexuales y derechos reproductivos*. Organización peruana de católicas por el Derecho a Decidir.
- Ballesteros, J. y Fernández, E. (2007). *Biotechnología y pos humanismo*. Editorial Aranzadi.
- Ballesteros, J. (2001). Identidad personal y técnicas de reproducción asistida. *En Anuario de Derechos Humanos*. Ediciones Claudia Iriarte.
- Camacho, J. M. (2009). *Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores*. <http://www.fundacionforo.com/pdfs/maternidadsubrogada.pdf>
- Cárdenas, A. R. (2014). *El derecho de las personas concebidas mediante técnicas de reproducción asistida a conocer su identidad biológica, desde una perspectiva biojurídica*. [Tesis de Maestría, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo]. Repositorio Institucional - Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo de Chiclayo.
- Chávez, K. (10 de mayo del 2017). Infertilidad: 15 de cada 100 parejas peruanas tienen dificultades para ser padres. *Agencia peruana de Noticias Andina*. <https://andina.pe/agencia/noticia-infertilidad-15-cada-100-parejas-peruanas-tienen-dificultades-para-ser-padres-666314.aspx>

- Castaldi, L. et al. (2016). *Artavia Murillo vs. Costa Rica. Análisis crítico a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fallo sobre fertilización in vitro*. Centro de Investigación Social Avanzada A. C.
- Chunga, F. et al. (2016). *Comentarios al Código de los Niños y Adolescentes. Infracción penal y derechos humanos*. Idemsa.
- Cornejo, E. (1999). *Derecho familiar peruano*. Tomo I. Quinta edición. Gaceta Jurídica.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012). *Sentencia del Caso Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica*, 28 de noviembre del 2012.
- De Gasparín, G. (2009). *Dignidad de la persona humana*. p. 1, Disponible en Web: <https://es.scribd.com/doc/3282900/LA-DIGNIDAD-DE-LA-PERSONA-HUMANA-por-Rafael-de-Gasperin-Gasperin>
- Del Águila, F. R. (2009). *Maternidad subrogada y sus efectos jurídicos. Nuevas perspectivas en derecho de familia*. Universidad de san Martín de Porras.
- Del Águila, J. C. (2019). *Patria potestad, tenencia y régimen de visitas*. Ubilex Asesores.
- De Lorenzi, M. (2016). El reconocimiento del derecho a conocer los orígenes biológicos en el ordenamiento jurídico español: ¿Una materia pendiente? En *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDSES)*, Número 8, Época I. Dykinson, S.L.
- De Lorenzi, M. (2016). El reconocimiento jurídico del derecho a conocer los orígenes biológicos en la adopción y en la reproducción humana asistida en España y Cataluña. En *Revista Afin*, Número 85. [https://ddd.uab.cat/pub/afin/afinSPA/afin\\_a2016m7n85iSPA.pdf](https://ddd.uab.cat/pub/afin/afinSPA/afin_a2016m7n85iSPA.pdf)
- De Valdivia, R. (2017). La fertilización in vitro (FIV). *Revista Oficial del Poder Judicial*, 8(10), 27-62. <https://doi.org/10.35292/ropj.v8i10.229>

- Dueñas, J. (31 de agosto de 2015). La infertilidad en el Perú. *Diario La República*.
- Escudero, F. (31 de agosto de 2016). Novedosas técnicas para la preservación de la fertilidad. *Diario Médico*. <https://www.diariomedico.pe/novedosas-tecnicas-para-la-preservacion-de-la-fertilidad/>
- Espejo, F. G. (2019). *Tesis. Desarrollo metodológico de la investigación*. Ediciones Normas Jurídicas SAC.
- Espezúa, B. (2008). *La protección de la dignidad humana. Principio y derecho exigible*. Editorial Adrus.
- Espinoza, J. (2019). *Derecho de las Personas. Concebidos y personas naturales*. Tomos I Lima: Instituto Pacífico.
- Estrada, H. (2018). *Maternidad Subrogada: Desarrollo Conceptual y Normativo*. Departamento de Investigación y Documentación Parlamentaria del Congreso de la República.
- Fama, M. V. (2012). El derecho a la identidad del hijo concebido mediante técnicas de reproducción humana asistida en el proyecto de código civil y comercial de la nación. *En Lecciones y Ensayos*, Nro. 90. Departamento de Publicaciones Facultad de Derecho – UBA.
- Fernández, C. (2015). *Derecho a la identidad personal*. Segunda Edición. Lima: Instituto Pacífico.
- Fernández, C. (2016). *Derecho de las personas*. Décimo Tercera. Lima: Instituto Pacífico.
- Fernández, C. (2005). Derecho a la vida, a la identidad, a la integridad, a la libertad y al bienestar. *En Constitución Política Comentada*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Gaceta Jurídica (2015). *Constitución Política Comentada*. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica S. A.

- Gaceta Jurídica (2010). *Código Civil Comentado*. Tomos I. Título Preliminar, Derecho de personas y Acto Jurídico. Gaceta Jurídica.
- Gaceta Jurídica (2020). *Código Civil Comentado*. Tomos I. Título Preliminar, Derecho de personas y Acto Jurídico. Gaceta Jurídica.
- Gaceta Jurídica (2018). Compendium de Familia & de los niños y adolescentes. Gaceta Jurídica.
- García, V. (2012). La constitución y la dignidad de la persona humana. En: *Revista Alerta Informativa Los Avalos*. Lima.
- García, V. (2021). *Los derechos fundamentales en el Perú*. Instituto Pacífico.
- González, M. (2013). *La verdad biológica en la determinación de la filiación*. Dykinson
- Hernández, R., Fernández, R. y Baptista, P. (2014). *Metodología de la investigación*. Mc Graw Hill.
- Ibarra, A. y Posada, Y. (2014). Derecho a la identidad: por el acceso a todos los derechos. *Revista IdentiGen*. Universidad de Antioquia.
- Instituto Interamericano de Derechos Humanos (2008). *Reproducción asistida, género y derechos humanos en América Latina*. Unidad de Información y Servicio Editorial del IIDH.
- Instituto Nacional Materno Perinatal [INMP] (20 de agosto de 2019). *Tratamientos de Reproducción Asistida*. Medicina Reproductiva. <https://www.inmp.gob.pe/servicios/servicios/1554818856>
- Jiménez, F. J. (2012). *La reproducción asistida y su régimen jurídico*. Colección Jurídica. Editorial Reus.

- Jouve De La Barreda, Nicolás (2017). Perspectivas biomédicas de la maternidad subrogada. *En Cuadernos de Bioética N° 93*. Volumen XXVIII. Madrid: Asociación española bioética y ética médica.
- Kemelmajer, A. et al. (2014). *Tratado de derecho de familia. Según el Código Civil y Comercial del 2014*. Tomo I. Rubinzal Culzoni Editores.
- Lamm, Eleonora (2013). *Gestación por sustitución. Ni madre subrogada ni vientre de alquiler*. Barcelona: Universidad de Barcelona.
- Landa, C. (2017). *Los derechos fundamentales*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Lloveras, N. (1998). La identidad personal: Lo dinámico y lo estático en los derechos del niño. RDF.
- Meza, Y. (2018). *Código de Niños y Adolescentes Comentado*. Lima: Jurista Editores.
- Medina, G. y Roveda, E. (2016). *Manual de Derecho de Familia*. Abeledo Perrot.
- Moadie, V. (2020). Reflexión crítica sobre el principio de anonimidad en los datos del donante en procedimientos de técnicas de reproducción humana asistida heterólogas. *Revista Saber, Ciencia y Libertad*, 15(1), 40–53. <https://doi.org/10.18041/2382-3240/saber.2020v15n1.6288>
- Morán, C. (2005). *El concepto de filiación en la fecundación artificial*. Ara Editores.
- Neciosup, V. H. (2018). *Problemas de política pública y estado situacional de las técnicas de reproducción humana asistida en el Perú*. Departamento de Investigación y Documentación Parlamentaria del Congreso de la República.
- Noriega, L. (13 de mayo de 2018). La reproducción asistida puede ayudar a un millón y medio de peruanos. *Diario El Comercio*.

<https://elcomercio.pe/tecnologia/reproduccion-asistida-ayudar-millon-medio-peruanos-noticia-519707-noticia/>

Núñez, A. (2015). Derechos reproductivos de la mujer infértil en el Perú: acceso a la técnica de reproducción asistida de maternidad subrogada. *Revista Foro Jurídico*. Pontificia Universidad Católica del Perú.

Organización Mundial de la Salud (2010). *Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA)*. Versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART).

Paredes, J. (2014). *Manual para la investigación científica*. Universidad Católica Santa María de Arequipa.

Peralta, J. R. (2008). *Derecho de Familia en el Código Civil*. Idemsa.

Pérez, A. E. (2004). *Los derechos fundamentales*. Editorial Tecnos.

Pisfil, E. (2019). *Propuestas de principios y normas para regular vacío legales en las técnicas de reproducción humana asistida: Legislación peruana*. [Tesis de Maestría, Universidad Nacional de Trujillo]. Repositorio Institucional - Universidad Nacional de Trujillo.

Plácido, A. F. (2016). *El principio de Interés Superior del Niño*. Lima: Academia de la Magistratura.

Plácido, A. F. (2018). *Identidad filiatoria y responsabilidad parental*. Instituto Pacífico.

Plácido, A. et al. (2015). La evidencia biológica y la presunción de paternidad matrimonial. *En Revista Actualidad Civil*, Nro. 9. Instituto Pacífico.

Pozo, J. (2018). *Suma Civil. Sustantivo, interpretativo y práctico*. Nomos & Tesis.

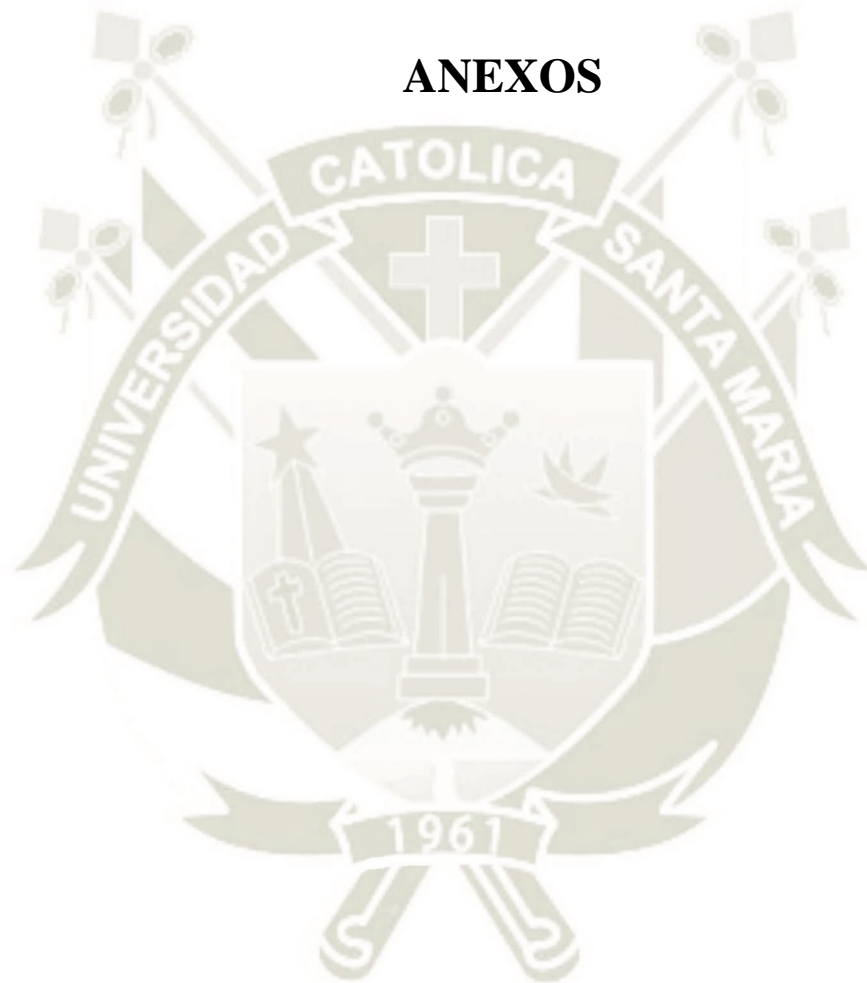
- Rabadán, F. (Junio 2019). El derecho a conocer los orígenes biológicos en la reproducción asistida. En *Actualidad Jurídica Iberoamericana* N° 10. <https://idibe.org/wp-content/uploads/2019/08/586-613.pdf>
- Ramos, C. (2018). *Cómo hacer una tesis de Derecho y no envejecer en el intento*. GrijLey Editores.
- Recasens, L. (1974). Los derechos humanos. En *Revista Filosófica Diánoia*, Volumen 20, Número 20.
- Recasens, L. (2008). *Tratado general de filosofía del derecho*. Editorial Porrúa.
- Rioja, A. (2018). *Constitución Política comentada y su aplicación jurisprudencial*. Juristas editores.
- Ríos, G. (2017). *¡Hagamos juntos tu tesis de derecho! Teoría y Práctica*. Soluciones Editorial Ideas.
- Roa, Y. (2014). Divergencia entre reproducción asistida, ley y salud mental: En torno a la situación de las parejas infértiles en el Perú. *Vox Juris* 28(2): 93-104.
- Rodas, W. L. (2019). *Consecuencia jurídica por el uso de la técnica de reproducción asistida de inseminación artificial en el Perú*. [Tesis de Pregrado, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Privada del Norte], Repositorio Institucional - Universidad Privada del Norte.
- Rodríguez-Cadilla, M. R. (1997). *Derecho genético: técnicas de reproducción humana asistida: su trascendencia jurídica en el Perú*. Editorial San Marcos.
- Rosales, P. (2013). *Fertilización humana asistida. Aspectos legales, jurisprudenciales y sociales desde un abordaje interdisciplinario*. La Ley
- Rubio, M. (2017). *Para conocer la Constitución de 1993*. Sexta Edición. Fondo Editorial de la PUCP.



- Rubio, M. et al. (2017). *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del tribunal Constitucional*. Fondo Editorial de la PUCP.
- Saavedra, A. (2018). *El uso de las TERAS y el derecho a la reproducción* (Tesis de Licenciatura en Derecho). Facultad de derecho. Universidad de Piura.
- Sánchez, A. et al. (2019). Fertilización in vitro e inyección intracitoplasmática de espermatozoides. *En Acta Médica Grupo Ángeles*, 17 (Suplemento 1): 22-26. <https://www.medigraphic.com/pdfs/actmed/am-2019/ams191e.pdf>
- Santamaría, L. (2000). Técnicas de reproducción asistida. Aspectos bioéticos. *En Cuadernos de Bioética N° 41*. Asociación española Bioética y Ética Médica.
- Scotti, L. (2012). El reconocimiento extraterritorial de la maternidad subrogada: una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas. *Revista Pensar en Derecho, N° 1 (1)*, 267-289. Facultad de Derecho. Universidad de Buenos Aires. <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/revista-pensar-en-derecho.pdf>
- Sociedad Española de Fertilidad (2011). *Saber más sobre fertilidad y reproducción asistida*. Fondo editorial de la Sociedad Española de Fertilidad.
- Sokolich, M. (2013). La aplicación del principio del interés superior del niño por el sistema judicial peruano. *En Revista Vox Juris N° 25*. Universidad San Martín de Porres.
- Siverino, P. (2012). Una mirada desde la bioética jurídica a las cuestiones legales sobre la infertilidad en el Perú. *Revista Peruana de Ginecología y Obstetricia N° 58*: 213-219.
- Tortajada, P. (Agosto 2018). Derecho de los hijos nacidos por reproducción asistida a conocer la identidad de sus padres biológicos: Breves reflexiones y propuestas. *En Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 9*. <http://www.revista-aji.com/articulos/2018/9/472-487.pdf>

- Torres, A. (2016). Código Civil. Comentario y Jurisprudencia, concordancias, antecedentes, sumillas y legislación comparada. Tomo I. Idemsa.
- Torres, A. (2014). *Derecho a la identidad y reproducción humana asistida heteróloga*. Fondo Editorial de la Universidad Católica San Pablo de Arequipa.
- Varsi, E. (2010). *El moderno tratamiento legal de la filiación extramatrimonial*. Jurista Editores.
- Varsi, E. (2013). *Tratado de Derecho de Familia*. Tomo IV. Gaceta Jurídica.
- Varsi, E. (2013). *Derecho Genético*, Quinta Edición. Editorial GrijLey.
- Varsi, E. (2014). *Tratado de derecho de la persona*. Gaceta Jurídica.
- Varsi, E. (Enero-Junio 2017). Determinación de la filiación en la procreación asistida. En *Revista Jus del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, Nueva Época*, Vol. 11 (39), pp. 110-137.
- Varsi, E. (2018). *Entrevista en Enfoque de los Sábados*, Sección Judiciales, RPP Noticias, del 08 de setiembre del 2018, sobre “*Vientre de alquiler*”. Recuperado de: <https://rpp.pe/lima/judiciales/vientre-de-alquiler-expertos-advierten-vacios-legales-en-la-regulacion-de-maternidad-asistida-noticia-1148659>
- Vidal, J. (2019). Acerca de la regulación jurídica de las técnicas de reproducción humana asistida. En *Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 10*. <http://www.revista-aji.com/wp-content/uploads/2019/06/478-513.pdf>
- Warnock, M. (2014). *Fabricando bebés. ¿Existe un derecho a tener hijos?* Editorial Gerisa.
- Zegers-Hochschild, A., et al (2010). Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA). *Organización mundial de la Salud*. [https://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art\\_terminology2/es/](https://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology2/es/)

## ANEXOS





7. ¿La regulación actual de las técnicas de reproducción asistida es suficiente para proteger el derecho a la identidad de las personas nacidas mediante estas técnicas?

Sí ( )

No ( )

¿Por qué?

---

---

8. ¿Conforme a nuestra regulación actual, las personas nacidas mediante las técnicas de reproducción asistida tienen el derecho de conocer su origen biológico?

Sí ( )

No ( )

9. ¿Existe la necesidad de establecer una regulación específica de las técnicas de reproducción asistida a fin de proteger mejor el derecho a la identidad de las personas nacidas mediante la aplicación de estas técnicas?

Sí ( )

No ( )

10. En caso de ser necesario una nueva regulación Ud. ¿Sugeriría que se establezca algún límite o parámetro a fin de proteger adecuadamente el derecho a la identidad en la aplicación de las técnicas de reproducción asistida?

---

---

Gracias

ANEXO 02

FICHA DE VALIDACIÓN DEL INSTRUMENTO POR JUICIO DE  
EXPERTOS

1.- Encuesta al Magister: Carlos Raúl Jesús Balbuena Carrasco

FICHA DE VALIDACIÓN DEL INSTRUMENTO DE INVESTIGACIÓN JUICIO DE EXPERTOS

I. DATOS GENERALES

- 1.1. APELLIDOS Y NOMBRES : Mary Luz Del Carpio Muñoz
- 1.2. GRADO ACADEMICO : Bachiller en Derecho
- 1.3. INSTITUCIÓN EN QUE LABORA : ODECEMA -C.S.J. DE ICA
- 1.4. TITULO DE LA INVESTIGACION : Implicancias de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida en el derecho a la identidad, a partir de las sentencias judiciales emitidas a nivel local y nacional entre los años 2006 al 2019
- 1.5. AUTOR DEL INSTRUMENTO : Ismael Elvis Cueva Villanueva
- 1.6. PROGRAMA DE POSTGRADO : Maestro en Derecho Civil
- 1.7. MENCION
- 1.8. NOMBRE DEL INSTRUMENTO : Encuesta: Cuestionario
- 1.9. CRITERIO DE APLICABILIDAD : Cualitativos y Cuantitativos
  - a) De 01 a 09: (No válido, reformular)
  - b) De 10 a 12: No válido, Modificar
  - c) De 12 a 15: (Válido, Mejorar)
  - d) De 15 a 18: (Válido, precisar)
  - e) De 18 a 20: (Válido, aplicar)

II. ASPECTOS A EVALUAR:

INDICADORES DE EVALUACION DEL INSTRUMENTO	CRITERIOS CUALITATIVOS CUANTITATIVOS	Deficiente	Regular	Bueno	Muy Bueno	Excelente
		(01-09) 01	(10-12) 02	(12-15) 03	(15-18) 04	(18-20) 05
1. CLARIDAD	Está formulado con lenguaje apropiado				x	
2. OBJETIVIDAD	Está expresado en conductas o acciones observables					x
3. ACTUALIDAD	Adecuado al avance de la ciencia y las instituciones jurídicas					x
4. ORGANIZACIÓN	Existe una organización y lógica					x
5. SUFICIENCIA	Comprende los aspectos estudiados en cantidad y calidad					x
6. INTENCIONALIDAD	Adecuado para validar los aspectos de estudio					x
7. CONSISTENCIA	Basado en el aspecto científico y jurídicos estudiados					x
8. COHERENCIA	Entre las variables, indicadores y sub indicadores					x
9. METODOLOGIA	La estrategia responde al propósito del estudio					x
10. CONVENIENCIA	Genera nuevas pautas para la investigación y construcción de teorías					x
SUB TOTAL					4	45
TOTAL						49

VALORACIÓN CUANTITATIVA (total x 0,4) 19,6  
 VALORACIÓN CUALITATIVA Válido  
 CRITERIO DE APLICABILIDAD Aplicar (Aplicable)  
 Lugar y Fecha: Arequipa, 07 de setiembre del 2020

Carlos Raúl Jesús Balbuena Carrasco  
 Colegiatura: N° 3340  
 DNI N° 40038704

## 2.- Encuesta al Magister: Tania Alicia Peralta Vega

### FICHA DE VALIDACIÓN DEL INSTRUMENTO DE INVESTIGACIÓN JUICIO DE EXPERTOS

#### I. DATOS GENERALES

- 1.1. APELLIDOS Y NOMBRES : Mary Luz Del Carpio Muñoz  
 1.2. GRADO ACADEMICO : Bachiller en Derecho  
 1.3. INSTITUCION EN QUE LABORA : ODEMA -C.S.J. DE ICA  
 1.4. TITULO DE LA INVESTIGACION : Implicancias de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida en el derecho a la identidad, a partir de las sentencias judiciales emitidas a nivel local y nacional entre los años 2006 al 2019  
 1.5. AUTOR DEL INSTRUMENTO : Ismael Elvis Cueva Villanueva  
 1.6. PROGRAMA DE POSTGRADO : Maestro en Derecho Civil  
 1.7. MENCIÓN  
 1.8. NOMBRE DEL INSTRUMENTO : Encuesta: Cuestionario  
 1.9. CRITERIO DE APLICABILIDAD : Cualitativos y Cuantitativos  
 a) De 01 a 09: (No válido, reformular) b) De 10 a 12: No válido, Modificar  
 c) De 12 a 15: (Válido, Mejorar) d) De 15 a 18: (Válido, precisar)  
 e) De 18 a 20: (Válido, aplicar)

#### II. ASPECTOS A EVALUAR:

INDICADORES DE EVALUACION DEL INSTRUMENTO	CRITERIOS CUALITATIVOS CUANTITATIVOS	Deficiente	Regular	Bueno	Muy Bueno	Excelente
		(01-09)	(10-12)	(12-15)	(15-18)	(18-20)
		01	02	03	04	05
1. CLARIDAD	Está formulado con lenguaje apropiado				x	
2. OBJETIVIDAD	Está expresado en conductas o acciones observables					x
3. ACTUALIDAD	Adecuado al avance de la ciencia y las instituciones jurídicas					x
4. ORGANIZACION	Existe una organización y lógica					x
5. SUFICIENCIA	Comprende los aspectos estudiados en cantidad y calidad					x
6. INTENCIONALIDAD	Adecuado para validar los aspectos de estudio					x
7. CONSISTENCIA	Basado en el aspecto científico y jurídicos estudiados					x
8. COHERENCIA	Entre las variables, indicadores y sub indicadores					x
9. METODOLOGIA	La estrategia responde al propósito del estudio					x
10. CONVENIENCIA	Genera nuevas pautas para la investigación y construcción de teorías					x
SUB TOTLA					4	45
TOTAL						49

VALORACIÓN CUANTITATIVA (total x 0,4)

19,6

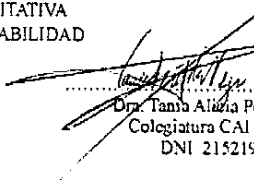
VALORACION CUALITATIVA

Válido

CRITERIO DE APLICABILIDAD

Aplicar (Aplicable)

Lugar y Fecha: Arequipa, 07 de setiembre del 2020

  
 Dra. Tania Alicia Peralta Vega.  
 Colegiatura CAI No. 1808  
 DNI 21521923

### 3.- Encuesta al Magister: Gloria María Rosas Pachas

#### FICHA DE VALIDACIÓN DEL INSTRUMENTO DE INVESTIGACIÓN JUICIO DE EXPERTOS

##### I. DATOS GENERALES

- 1.1. APELLIDOS Y NOMBRES : Mary Luz Del Carpio Muñoz  
 1.2. GRADO ACADEMICO : Bachiller en Derecho  
 1.3. INSTITUCION EN QUE LABORA : ODECMA -C.S.J. DE ICA  
 1.4. TITULO DE LA INVESTIGACION : Implicancias de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida en el derecho a la identidad, a partir de las sentencias judiciales emitidas a nivel local y nacional entre los años 2006 al 2019  
 1.5. AUTOR DEL INSTRUMENTO : Ismael Elvis Cueva Villanueva  
 1.6. PROGRAMA DE POSTGRADO : Maestro en Derecho Civil  
 1.7. MENCIÓN  
 1.8. NOMBRE DEL INSTRUMENTO : Encuesta: Cuestionario  
 1.9. CRITERIO DE APLICABILIDAD : Cualitativos y Cuantitativos  
 a) De 01 a 09: (No válido, reformular) b) De 10 a 12: No válido, Modificar  
 c) De 12 a 15: (Válido, Mejorar) d) De 15 a 18: (Válido, precisar)  
 e) De 18 a 20: (Válido, aplicar)

##### II. ASPECTOS A EVALUAR:

INDICADORES DE EVALUACION DEL INSTRUMENTO	CRITERIOS CUALITATIVOS CUANTITATIVOS	Deficiente	Regular	Bueno	Muy Bueno	Excelente
		(01-09)	(10-12)	(12-15)	(15-18)	(18-20)
		01	02	03	04	05
1. CLARIDAD	Está formulado con lenguaje apropiado				x	
2. OBJETIVIDAD	Está expresado en conductas o acciones observables					x
3. ACTUALIDAD	Adecuado al avance de la ciencia y las instituciones jurídicas					x
4. ORGANIZACIÓN	Existe una organización y lógica					x
5. SUFICIENCIA	Comprende los aspectos estudiados en cantidad y calidad					x
6. INTENCIONALIDAD	Adecuado para validar los aspectos de estudio					x
7. CONSISTENCIA	Basado en el aspecto científico y jurídicos estudiados					x
8. COHERENCIA	Entre las variables, indicadores y sub indicadores					x
9. METODOLOGIA	La estrategia responde al propósito del estudio					x
10. CONVENIENCIA	Genera nuevas pautas para la investigación y construcción de teorías					x
SUB TOTLA					4	45
TOTAL						49

VALORACIÓN CUANTITATIVA (total x 0,4)

VALORACION CUALITATIVA  
CRITERIO DE APLICABILIDAD

19.6

Válido

Aplicar (Aplicable)

Lugar y Fecha: Arequipa, 07 de setiembre del 2020

Gloria María Rosas Pachas  
 Colegiatura: 4338  
 DNI N° 44995875