

FACULTAD DE
DERECHO Y CIENCIAS
POLÍTICAS



Carrera de Derecho y Ciencias Políticas

“CONSECUENCIA JURÍDICA POR EL USO DE LA TÉCNICA
DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA DE INSEMINACIÓN
ARTIFICIAL EN EL PERÚ”

Tesis para optar el título profesional de:

Abogado

Autor:

Br. Wilmer Lenín Rodas Malca

Asesor:

Abg. Agustín Fernando Moreno Díaz

Cajamarca - Perú

2019

DEDICATORIA

A Dios y a mis padres Esmilda y Wilmer por su
apoyo incondicional.

AGRADECIMIENTO

Tengo una deuda dantesca con todos mis maestros, en especial con aquellos que nunca perdieron su mirada de esperanza ante mis fracasos, para todos mis mayores agradecimientos.

TABLA DE CONTENIDOS

AGRADECIMIENTO..	3
ÍNDICE DE FIGURAS	7
CAPÍTULO 1. INTRODUCCIÓN	11
1.1. Realidad problemática.....	11
1.2. Formulación del problema	17
1.3. Objetivos	17
1.3.1. <i>Objetivo general</i>	17
1.3.2. <i>Objetivos específicos</i>	17
1.4. Hipótesis.....	18
CAPÍTULO 2. METODOLOGÍA	19
2.1. Operacionalización de variables	19
2.1.1. <i>Variable independiente</i>	19
2.1.2. <i>Variable dependiente</i>	19
2.2. Tipo de investigación	20
2.3. Población y muestra (Materiales, instrumentos y métodos)	21
2.3.1. <i>Unidad de estudio</i>	21
2.3.2. <i>Población</i>	22
2.3.3. <i>Muestra (muestreo o selección)</i>	22

2.4.	Técnicas e instrumentos de recolección y análisis de datos.....	24
2.5.	Procedimiento	25
CAPÍTULO 3.	RESULTADOS	26
3.1.	Identificación de la afectación al derecho a la identidad del menor por el uso de la técnica de reproducción asistida de inseminación artificial en las sentencias emitidas por la Corte Suprema de la República del Perú	26
3.1.1.	<i>Casación N° 5003-2007-Lima.....</i>	<i>28</i>
3.1.2.	<i>Sentencia Cas. N° 563-2011-Lima</i>	<i>30</i>
3.2.	Aportes doctrinales respecto al derecho a la identidad en las técnicas de reproducción asistida.....	35
CAPÍTULO 4.	DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES	40
4.1.	Discusión.....	40
4.1.1.	<i>Análisis de la consecuencia jurídica de afectación del derecho a la identidad del menor por la utilización de la técnica de reproducción asistida de inseminación artificial identificada en las sentencias de la Corte Suprema de la República del Perú.....</i>	<i>40</i>
4.1.2.	<i>Marco legal nacional e internacional que garantiza el derecho a la identidad de las personas y su vinculación con la técnica de inseminación artificial.....</i>	<i>50</i>
4.1.3.	<i>El Tribunal Constitucional en la interpretación del derecho a la identidad y la afectación por la técnica de reproducción asistida de inseminación artificial.....</i>	<i>55</i>

4.1.4.	<i>Análisis de las opiniones de especialistas respecto al derecho a la identidad de los menores que nacen bajo las técnicas de reproducción asistida.....</i>	58
4.1.5.	<i>La filiación y la importancia del derecho a la identidad de los niños nacidos bajo la técnica de inseminación artificial.....</i>	64
4.1.6.	<i>La maternidad subrogada y vientre de alquiler respecto al derecho a la identidad del menor.....</i>	72
4.1.7.	<i>Las clases de la técnica de reproducción asistida de inseminación artificial concerniente a la afectación positiva y negativa del derecho a la identidad.....</i>	109
4.1.8.	<i>Análisis sobre las técnicas de reproducción asistida en su alcance dentro del marco legal peruano.....</i>	116
4.1.9.	<i>Concepto, diferencias, ventajas y desventajas al utilizar las técnicas de inseminación artificial y fecundación in vitro según el análisis de las sentencias emitidas por la Corte Superior de Justicia y la Corte Suprema de la República del Perú</i>	129
4.1.10.	<i>Contrastación de la hipótesis</i>	131
4.2.	Conclusiones	134
4.3.	Recomendación.....	136
4.4.	Propuesta normativa	137
	REFERENCIAS	140
	ANEXOS.....	150

ÍNDICE DE FIGURAS

FIGURAS	PÁGINAS
Cuadro n° 01	
Operacionalización de las variables	19
Cuadro n° 02	
Selección de las sentencias relacionadas con la técnica de reproducción asistida de inseminación artificial	23
Cuadro n° 03	
Utilización de las técnicas e instrumentos para la recopilación de información	24
Cuadro n° 04	
Consecuencias jurídicas por la utilización de la técnica de reproducción asistida de inseminación artificial identificadas en las sentencias emitidas por los órganos de justicia del Perú	27
Cuadro n° 05	
Opiniones de especialistas respecto al derecho a la identidad en las técnicas de reproducción asistida	59
Cuadro n° 06	
Las diferencias y semejanzas de la maternidad subrogada y el vientre de alquiler	86

Cuadro n° 07

Problemática jurídica de las clases de la técnica de inseminación artificial y fecundación in vitro en torno a la filiación	113
---	-----

Cuadro n° 08

Aporte al cuadro de Gayosso y Navarrete sobre la problemática jurídica de las clases de la técnica de inseminación artificial y fertilización in vitro en torno a la filiación	113
--	-----

Cuadro n° 09

La inseminación artificial y la fecundación in vitro, concepto, diferencias, ventajas y desventajas según el análisis de las sentencias emitidas por la Corte Superior de Justicia y Corte Suprema de la Republica del Perú	129
---	-----

Cuadro n° 10

Contrastación de la hipótesis respecto de las consecuencias jurídicas por el uso de las TRA en el Perú	131
--	-----

RESUMEN

La presente investigación tuvo como propósito identificar la consecuencia jurídica por el uso de la técnica de reproducción asistida de inseminación artificial en el Perú.

Para tal efecto, se ha realizado un estudio cualitativo, de tipo básico, de alcance descriptivo y de diseño no experimental, realizado mediante guía de análisis elaborada para el análisis de las sentencias emitidas por la Corte Suprema de la República y la Corte Superior de Justicia del Perú que son materia de estudio para la identificación de las consecuencias jurídicas por el uso de la técnica de reproducción asistida.

Los resultados establecen que el uso de la técnica de reproducción asistida tiene como consecuencia jurídica la afectación al derecho a la identidad del menor.

Palabras clave: Técnica, fecundación, maternidad, filiación y embrión.

ABSTRACT

The present investigation had as purpose to identify the juridical consequence for the use of the artificial insemination assisted reproductive technology in Peru.

For this purpose, there has been realized a qualitative study, of basic type, of descriptive scope and of not experimental design realized by means of guide of analysis elaborated for the analysis of the Judgments Issued by the Supreme Court of the Republic and the Superior Court of Justice of Peru that are subject of study for the identification of juridical consequence for the use of assisted reproduction technique.

The results establish that the use of the assisted reproductive technology has as juridical consequence the affectation to the right to the identity of the minor.

Key words: Technique, fertilization, motherhood, filiation, embryo.

CAPÍTULO 1. INTRODUCCIÓN

1.1. Realidad problemática

La procreación es por naturaleza una de las leyes de la vida. Sin embargo, no para todas las parejas es una opción, algunas en sus diversos intentos fallidos, llegan aceptar en cierta forma lo que la naturaleza les niega por el momento. La existencia del grave problema de parejas que presentan infertilidad, según la Organización Mundial de la Salud (OMS), en “todo el mundo es de 50 millones de parejas infértiles para el 2013” (Iglesias, 2013). Mientras en Perú, afirma Julio Díaz que existe un millón de peruanos con problemas de infertilidad para el año del 2014 (Díaz Pinillos, 2014).

Para el 2018 contamos con 1 millón y medio de personas que tiene problemas de infertilidad esto equivale aproximadamente a 33 millones de habitantes peruanos que padecen de estos trastornos reproductivos, estimándose que las personas entre la edad de 20 y 43 años de la población en edad fértil el 10% y 15% de ellas muestran este mal.¹

Avanzando en el tiempo encontramos que los científicos del mundo para enfrentar y resolver este mal que agobia a las parejas han desarrollado tecnologías y avances

¹ Suárez Bosleman, Diego. (13 de 11 de 2018). El Comercio. Obtenido de <https://elcomercio.pe/tecnologia/reproduccion-asistida-ayudar-millon-medio-peruanos-noticia-519707>

científicos los cuales se les conoce como Técnicas de Reproducción Asistida en adelante “TRA”².

Cierto es que hoy la infertilidad tiene soluciones, es así, que las parejas peruanas y del mundo pueden optar por cualquier tratamiento médico de los muchos que existen; como la fecundación in vitro (FIV)³ o inseminación artificial (IA).

² Las técnicas de reproducción asistida denominada (TRA), es la utilización de métodos biomédicos direccionados a la facilitación y sustitución de los procesos biológicos normales de procreación humana destinada a la creación de un nuevo ser humano. (Santamaría Solís, 2000, p. 37)

Asimismo, la Sociedad Española de Fertilidad (2012), sostiene que “Las técnicas de reproducción asistida forman parte de los recursos de tratamiento de los trastornos de la fertilidad. Son un conjunto amplio de procedimientos caracterizados por la actuación directa sobre los gametos (ovocitos y/o espermatozoides) con el fin de favorecer la fecundación y la transferencia o depósito de embriones en la cavidad uterina.” (p. 32)

Para el jurista Varsi Rospigliosi (1996), quien afirma que “Las técnicas de reproducción asistida (TERAS o TRA) son aquellos métodos técnicos que sirven para suplir la infertilidad en la persona, brindándole la posibilidad de tener descendencia.” (p. 48), pero sin olvidar que dichos procedimientos son artificiales, dado que no es un proceso natural, además de ser controlado por una tercera persona.

Son métodos técnicos por los cuales se va a utilizar para reemplazar un gameto de la persona o en todo caso los gametos de la pareja que padece de infertilidad con el fin de tener un resultado de llegar a tener prole o descendencia. (Varsi Rospigliosi, 1995, p. 62)

Por lo tanto, cuando una persona o la pareja en sí, no puede llegar a tener hijos, ya no es necesario recurrir a la adopción, existe métodos con las diferentes técnicas de reproducción asistida para tener una pequeña probabilidad de poder lograr una descendencia propia y que es mediante la ayuda de un tercero.

Del mismo modo el maestro Espinoza Espinoza (2006), considera que estas técnicas van a salvar la descendencia de las personas, mediante la fecundación artificial del óvulo con el espermatozoide, superando de esta manera el percance de la infertilidad, y lograr uno de los fines de la familia que es la prole. (p. 110-111)

Sin embargo, hay que tener presente que lo prescrito por la Ley 26842 - Ley General de Salud (publicada el 20 de julio de 1997) en su art 7 que determina:

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.

El limita el uso de estas técnicas con la condición de que la “madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona”, por lo que es necesario tener presente que la maternidad subrogada y vientre de alquiler es válida cuando la misma mujer es quien gestante y aporte el óvulo según lo determinado por el art 7 de la ley referida.

No cabe duda de que estas TRA viene desarrollándose con fuerza actualmente en el Perú, más aún cuando no hay una legislación específica que delimite su utilización, razón por la cual la realidad ha superado el derecho. Por tales razones la inseminación artificial al igual que la fecundación in vitro han desarrollado una serie de conflictos sociales y jurídicos, vulnerando derechos de las personas como: la integridad física, el libre desarrollo, la filiación, la identidad, la igualdad, etc., también poniendo en peligro el derecho a la vida del concebido y de la mujer gestante.

³ “Consiste en un procedimiento mediante el cual se produce la fertilización de un óvulo femenino fuera del cuerpo de la mujer, con el espermatozoide de un hombre.” (García Toma, 2013, p. 130). Siendo lo peculiar de esta técnica, que la fecundación sea realizada en un ambiente externo, diferente a la inseminación artificial que el procedimiento es realizado dentro del útero.

La fecundación in vitro es llevada el proceso de fecundación del óvulo por el espermatozoide en un ambiente artificial como ya se explicó, pero es controlado por una tercera persona al igual que la inseminación artificial. Lo resaltante de esta técnica es la producción no solo de un embrión sino de varios, de los cuales unos son utilizados en la implantación al útero de la mujer, mientras los otros son criopreservados o criocervados (son congelados).

Varsi Rospigliosi (1995), quien considera "que el procedimiento (utilización y aplicación) de las TRA no es muchas veces con una finalidad de procreación o la obtención de descendencia, ni mucho menos por un trastorno en la fertilidad de las parejas, sino que sirven para canalizar indirectamente a experimentaciones negativas o manipulaciones genéticas, conducta que es contraria a la ley, atenta las buenas costumbres y al orden público.” (p. 63-64)

Resalto que esta técnica es la más eficaz, por tener ya óvulos fecundados (embriones), los cuales son insertados en el útero de la pareja o de otra mujer, quien llevará a cabo la función de la anidación del embrión.

Ahora, bien la inseminación artificial, cuyo método es acercar al gameto masculino al encuentro con óvulo, procedimiento que se realiza dentro de la cavidad uterina. Esta técnica como uno de los tipos de técnicas de reproducción asistida más utilizadas en el Perú para tratar la infertilidad no solo por los nacionales sino también por personas extranjeras.

Por su lado la fecundación in vitro siempre ha sido una técnica con mucha polémica en su uso, tendiendo en fecundar en un ambiente artificial a los gametos, además de ser manipulados por un tercero. Y uno de los cuestionamientos es la utilización de esta técnica en personas con una edad ya avanzada para la reproducción, siendo evidente lo aludido por Augusto Ascenzo Aparicio, director del Instituto de Ginecología⁴ y Fertilidad, quien refiere que: “están implantando embriones⁵ en mujeres hasta los 50 años.

Aunque es la técnica con más eficacia en el tratamiento, al igual que la más conflictiva para el derecho, puesto que en esta técnica como expresa Varsi, puede manipularse los genes, sumado a esto tenemos que los gametos tanto de la mujer y varón pueden ser de la pareja o de otras personas, asimismo que el útero donde se anide el embrión puede ser de una tercera.

Nuestra legislación es muy clara, precisa y concreta en cuanto al tratamiento de la infertilidad, tal es así que las restricciones en lo prescrito por la Ley N° 26842 su art 7 que determina:

“...la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona.”. (Cursiva agregada)

Por lo que, la realización de las TRA es necesario tener en cuenta lo que la norma ha determinado. Sin embargo, cuando el procedimiento se lleva a cabo a puertas cerradas y con muchos embriones, estos son criopreservados (convirtiéndose en embriones sobrantes), para posibles donaciones u otros experimentos.

Al analizar el art 7 de la Ley N° 26842, la restricción que determina el legislador es atentatorio contra el derecho del tratamiento de la infertilidad de la mujer, ya que puede ser el caso que está no cuente tanto con las condiciones de genética ni gestante, por lo que la pareja podría acudir a una donación de óvulos y a la maternidad subrogada que pueden ser altruistamente.

⁴ “Parte de la medicina que estudia la fisiología y enfermedades de los órganos sexuales de la mujer.” (Lexus Diccionario Enciclopédico Color, 2004, p. 425)

⁵ “Primeras fases de un ser vivo después de la fecundación del ovulo. En la especie humana, producto de la concepción hasta el hasta el final del tercer mes.” (Gispert, 1997, p. 564). Para Francesco Donato, explica que en el ordenamiento jurídico italiano entiende por embrión a la célula huevo fecundado, capaz de desarrollar, a partir del momento de la fecundación. (Donato Busnelli, 2003, p. 122).” Desarrollo de la cédula fecundada durante los primeros meses de la vida uterina.” (Dabout, 1998, p. 278)

Refiriendo además que el útero casi no cambia entre los 30 y los 45 años, se puede mantener después de los 50 años, pero a esa edad se incrementa la probabilidad de problemas médicos como: la preeclampsia⁶, la presión alta o el parto prematuro”. (Costa, 2013); pese a conocer los riesgos antes referidos, realizan el procedimiento de fertilización a mujeres de 50 años, poniendo en peligro la integridad física a la madre y al concebido.

Asimismo, no solo se realiza en este tipo de técnica la *intervención de mujeres en edad avanzada*⁷, sino también tenemos la utilización de la TRA de inseminación artificial; lo que representa una puesta en peligro de la vida y la integridad física de estas mujeres, que a futuro sufren de problemas de salud que ponen en peligro la vida del concebido como la de ellas.

⁶ “*La Preeclampsia*; se define como la aparición de hipertensión y proteinuria después de la semana 20 del embarazo. Se suele acompañar de edemas, pero no es necesaria la presencia de éstos para ser diagnosticada. Es una enfermedad característica y propia del embarazo de la que se pueden tratar los síntomas, pero sólo se cura con la finalización del mismo y si no se trata adecuadamente puede ser causa de graves complicaciones tanto para la mujer embarazada como para el feto. En la gestante, puede complicarse evolucionando a una eclampsia, o puede manifestarse con el grave cuadro de Síndrome HELLP, pero también en forma de hemorragias cerebrales, edema agudo de pulmón, insuficiencia renal, CID, etc. que explican que sea una de las cuatro grandes causas de mortalidad materna incluso en países desarrollados. En el feto, se suele acompañar de insuficiencia placentaria que suele manifestarse por enlentecimiento o restricción del crecimiento intrauterino (RCrIU), pero que puede llegar a provocar la muerte fetal. Es habitual que el estado fetal, si no lo ha hecho antes la situación de riesgo materno obligue a terminar la gestación antes de término, de forma que, junto a la rotura prematura de membranas, es una de las causas más frecuentes de prematuridad extrema.” (Cararach Ramoneda & Botet Mussons, 2008, p. 139)

⁷ Hay límites en cuanto al uso de estas técnicas, una de ellas es la edad; por lo que “el tratamiento de la FIV no es garantía para obtener los resultados deseados por mujeres que ya superen los 40 años, cuya tasa de éxito de embarazo es de 10% a 12%, además de no lograrse en un primer intento” (Castillo, 2011). A lo que, la ginecóloga francesa Joëlle Belaïsch- Allart, advierte que estas técnicas en un “embarazo tardío con riesgos como: diabetes, prematuridad, hemorragia en el parto, aborto involuntario, etc.” (Empresa Editora El Comercio S.A., 2016).

Para el 2010 tenemos el conocido caso de “las mellizas⁸, Silvana y Mariana, esta última presenta síndrome de Down⁹, los padres no están conformes por el resultado obtenido del tratamiento, culpan a la clínica por no realizar un procedimiento idóneo, que consistiría en verificar la calidad de los gametos¹⁰, mediante un examen de pre – implantación¹¹.” (Sandoval Del Águila, 2010).

De lo referido, el padre de las niñas señala que el contrato debe asegurar un resultado perfecto y no una entrega de producto defectuoso; lo que implicaría que el concebido que es un ser humano es visto como objeto por el cual existe una contraprestación pecuniaria para obtener un producto en buenas condiciones.

Por otro lado; la fecundación in vitro e inseminación artificial, son las técnicas más usadas para los tratamientos de infertilidad de los peruanos, al igual son causantes del incremento de nacimientos de gemelos en todo el Perú, teniendo que: “...el Hospital de Lambayeque atendió un total de 55 nacimientos múltiples¹² para el año 2014, lo que va

⁸ “...mellizos cuando se trate de óvulos y espermatozoides diferentes que han dado lugar a dos nacimientos en un mismo parto, es decir, hermanos que han nacido a la vez...” (Belén Lledó, 2012) “...gémus, femellus: llámanse gemelos los niños que nacen de un mismo parto: por analogía han llamado los anatómicos músculos gemelos los músculos pares que están unidos el uno al otro.” (Nysten, 1848, p. 83)

⁹ “Este síndrome es una de las anomalías más frecuentes y constituye la principal causa congénita de retraso mental de todas las de etiología u origen conocido.
La causa es la existencia de un cromosoma extra en el par 21. Las células del cuerpo humano contienen 46 cromosomas repartidos en 23 pares (22 de ellos se denominan autosomas o cromosomas ordinarios y un par contiene los ligados al sexo -XY o XX según sea hombre o mujer-). En las personas con Síndrome de Down se da la presencia de 47 cromosomas en las células y ese cromosoma suplementario se encuentra en el par 21.” (Arregi Martínez, 1997, p. 6)

¹⁰ “Cada una de las dos células que, en la reproducción sexual, se funcionan originando el cigoto.” (Gispert, 1997, p. 731), “Uno de los períodos de evolución hematzoario del paludismo.” (Dabout, 1998, pág. 386)

¹¹ “El diagnóstico preimplantatorio es un tipo de diagnóstico prenatal, ligado a las técnicas de fecundación artificial, destinado a conocer el estado genético del embrión antes de ser implantado en la placenta.” (Santa María D’ Angelo, 2010, p. 24)

¹² “El embarazo múltiple se define como el desarrollo simultáneo de más de un feto dentro del útero. Se considera un embarazo de alto riesgo debido al aumento de las complicaciones materno-fetales, en comparación con los embarazos simples.” (Rasines & Aller, 1999, p. 264)

del mes de julio de 2015 ya atendían 26 casos...” (Empresa Editora El Comercio S.A., 2015).

A lo que el Dr. Hugo Villate Alvarado, jefe del Servicio de Neonatología en ese entonces, aludía que el “...parto gemelar es cada vez más frecuente, refiriendo que la causa es la aplicación de tecnología a la fertilización”. (Empresa Editora El Comercio S.A., 2015)

Incluso en el artículo publicado por el diario El Comercio, de fecha 22 de junio de 2014, que titula “*La ley debe favorecer a las parejas y frenar los delitos*”, dicho reporte periodístico refiere que cada año se vienen realizando cerca de 4500 procedimientos de fertilización (Empresa Editora El Comercio S.A., 2014). Por otro lado, se tiene que una sola clínica que es “Concebir”, desde el año de 1998 hasta el año 2010, han obtenido 5000 nacimientos a través de las TRA. (Sandoval Del Águila, 2010)

En este punto se puede inferir que de todos estos años desde la creación de la Ley General de Salud en 1997 la utilización de la técnica de reproducción asistida de inseminación artificial estaría vulnerando los derechos de las personas tales como: integridad física, filiación, igualdad, etc., además que se pone en peligro la vida del concebido y de la mujer embarazada en los procedimientos que se realiza.

Finalmente, el conflicto latente que trae consigo las TRA en el Perú, cuyos procedimientos y usos al tratar la infertilidad no se tiene en cuenta las posibles

consecuencias que estos tiene dentro de la sociedad y de las personas concebidas bajo la técnica de inseminación artificial por la falta de un marco normativo el cual regule situaciones fácticas en específico que por el momento las clínicas son las únicas beneficiadas por el ingreso económico que da la infertilidad de las personas.

1.2. Formulación del problema

¿Qué consecuencia jurídica se tiene por el uso de la técnica de reproducción asistida de inseminación artificial en el Perú?

1.3. Objetivos

1.3.1. Objetivo general

Identificar la consecuencia jurídica por el uso de la técnica de reproducción asistida de inseminación artificial en el Perú.

1.3.2. Objetivos específicos

- Analizar sentencias sobre casos de la técnica de reproducción asistida de inseminación artificial, emitidas por los órganos de justicia del Perú.
- Determinar el alcance de las técnicas de reproducción asistida en el marco jurídico peruano.

- Determinar los conceptos, diferencias, ventajas y desventajas al utilizar las técnicas de inseminación artificial y fecundación in vitro.

1.4. Hipótesis

La consecuencia jurídica por el uso de la técnica de reproducción asistida de inseminación artificial en el Perú es la afectación al derecho a la identidad del menor.

CAPÍTULO 2. METODOLOGÍA

2.1. Operacionalización de variables

2.1.1. Variable independiente

Técnica de reproducción asistida de inseminación artificial en el Perú.

2.1.2. Variable dependiente

Afectación al derecho fundamental a la identidad del menor.

Cuadro n° 1

Operacionalización de las variables

VARIABLE	DEFINICIÓN CONCEPTUAL	INDICADORES
VARIABLE INDEPENDIENTE	Fecundación artificial del óvulo dentro del cuerpo de la mujer, manipulado por un tercero, distinto a un proceso natural de fecundación.	<ul style="list-style-type: none"> - Artículo 7 de la Ley N° 26842 - Ley General de Salud. - Inciso 1 del artículo 2 de La Constitución Política del Perú de 1993. - Reportes de casos en Perú. - Casos judicializados. - Opinión de especialistas de las TRA.
Técnica de reproducción asistida de inseminación artificial en el Perú.		
VARIABLE DEPENDIENTE	Alteración al derecho del niño a ser individualizado conforme a sus rasgos distintivos como el nombre y herencia genética.	<ul style="list-style-type: none"> - Reportes periodísticos. - Casos judicializados con sentencia emitidas por la Corte Superior de Justicia o la Corte Suprema de la República del Perú, relacionadas con el tema de las técnicas de reproducción asistida. - Opinión de especialistas de las TRA.
Afectación al derecho a la identidad del menor		

Fuente: Elaboración propia del autor.

2.2. Tipo de investigación

La presente investigación jurídica tiene como objetivo identificar la principal consecuencia jurídica derivada por el uso de las TRA en la sociedad peruana; en ese sentido se ha recabado casos judicializados que dieron cabida al resalte legal que brillaba por su gran ausencia de una regulación específica sobre el derecho genético en general, a razón de ello convierte a esta investigación de un **tipo básico**, porque no se puede hacer manipulación en los hechos sociales ya ocurridos anteriormente, ni en el criterio de la decisión del juez, ni mucho menos influir en la decisión de estos al motivar sus sentencias.

El **alcance** de la investigación es *descriptivo*, porque se realizó un estudio de las propiedades, características y rasgos importantes de las técnicas de reproducción asistida de inseminación artificial en el Perú y se halló la consecuencia jurídica. Como se sabe este alcance solo se “limitará a describir la realidad problemática” (Tantaleán Odar, 2015, p. 6).

Además, esta investigación es de **corte longitudinal**, porque permitió realizar los análisis y estudios en relación de los hechos y fenómenos que ya han ocurrido al utilizar las TRA. (Carrasco Díaz, 2013, p. 73)

No obstante, la **tipología** está encuadrada en la *investigación dogmática jurídica*¹³, dado que se analiza si se afectó el derecho a la identidad del menor y el art 7 de la Ley N° 26842, pues este tipo de investigación se basa en el “... estudio de las normas jurídicas y todo lo que tenga que ver con ellas, pero siempre en sede teórica.” (Tantaleán Odar, 2016, p. 04)

El *Enfoque de la Investigación es Cualitativo*, porque ha permitido evaluar el desarrollo natural de los hechos, eventos y sucesos, que hayan ocurrido por el uso de las TRA, además no hay una manipulación ni estimulación con respecto a la realidad, por ser hechos ya pasado, entonces no existirá una manipulación de las variables. (Hernández Sampieri, Fernández Collado, & Baptista Lucio, 2006, p. 8)

2.3. Población y muestra (Materiales, instrumentos y métodos)

2.3.1. Unidad de estudio

La unidad de estudio está compuesta por cada una de las sentencias emitidas por la Corte Suprema de la República del Perú, relacionadas con el tema de la técnica de reproducción asistida de inseminación artificial y sus posibles consecuencias jurídicas.

¹³ La tipología de la investigación que se indica es sugerida por el jurado; no obstante, el autor tiene el criterio que la investigación es socio jurídica, dado que este trabajo se realiza al tomarse como muestra a la sentencias las cuales sirven con el único propósito de comprobar a través de sus hechos la existencia de problemas al utilizar la TRA de inseminación artificial, siendo uno de ellos la afectación al derecho a la identidad del menor, además se tiene en cuenta que “... En este tipo de investigaciones lo que se busca es verificar la aplicación del derecho, pero en sede real; por tanto, se trata de ir a la misma realidad, a los hechos para discutir, criticar y reformular las normas jurídicas.” (Tantaleán Odar, 2016, p. 10)

Asimismo, está compuesta por cada una de las opiniones de los especialistas dentro de la doctrina, que aporten comentarios sobre el derecho a la identidad en las TRA.

2.3.2. Población

El universo estará constituido por todas las sentencias emitidas por los órganos de justicia del Perú relacionadas con el tema de la técnica de reproducción asistida de inseminación artificial, ascendiendo la población a un total de 2 sentencias.

De igual manera, la población está constituido por todas las opiniones de especialistas dentro de la doctrina, que aporten comentarios sobre el derecho a la identidad en las TRA.

2.3.3. Muestra (muestreo o selección)

El presente trabajo de investigación es cualitativo¹⁴, tiene como muestra a las sentencias emitidas por los órganos de justicia del Perú relacionadas con la TRA

¹⁴ En lo que el proceso cualitativo, la muestra, es entendida como un conjunto de sucesos, hechos o eventos, sobre el cual se dé la comprensión, descripción e interpretación de los datos que habrá que recolectar del fenómeno, sin la manipulación de las variables. (Sánchez Carlessi, 2008, p. 27)

de inseminación artificial, las cuales hacen un total de 2 sentencias de los 6 procesos que se encuentran relacionados con las técnicas de reproducción asistida encontrados a la fecha tanto en la Corte Superior de Justicia y la Corte Suprema de la República del Perú; por lo tanto, al ser la población manejable y del *tipo de muestra por caso extremo*¹⁵, se procedió a analizar y estudiar las sentencias relacionadas con la técnica de inseminación artificial.

Las sentencias encontradas sobre las técnicas de reproducción asistida (tanto de inseminación artificial y fecundación in vitro) son:

- Sentencias emitidas por la Corte Superior de Justicia del Perú = 02
- Sentencias emitidas por la Corte Suprema de la República del Perú = 04

Cuadro n° 02

Selección de las sentencias relacionadas con la técnica de reproducción asistida de inseminación artificial

CATEGORÍA JUDICIAL	N° DE SENTENCIA	SENTENCIA	TIPO DE TRA
Corte Superior de Justicia del Perú	02	Exp. N° 183515 – 2006 - Lima	Fecundación in vitro
		Exp. N° 06374 – 2016 - Lima	Fecundación in vitro
Corte Suprema de la República del Perú	04	Cas. N° 5003 – 2007 - Lima	Inseminación artificial
		Cas. N° 2141 – 2009 - Lima	Fecundación in vitro
		Cas. N° 4323 – 2010 - Lima	Fecundación in vitro
		Cas. N° 563 – 2011- Lima	Inseminación artificial
TOTAL	06	02	

Fuente: Elaboración propia del autor.

¹⁵ Este tipo de muestra, se da cuando la población en análisis es manejable, no entrando en este caso los hechos empíricos, es decir no judicializado, ni las normas legales relacionadas en la regulación de las TRA, encontrándose su sustento a lo dicho por Hernández Sampieri (2006) tal como de otro lado, solo involucra a unos cuantos sujetos u objetos de estudio, no pretende la presente investigación generalizar los resultados del estudio, siendo diferente su recolección de datos, no se aplican mediciones numéricas, por lo tanto, el análisis que se realizará no es estadístico. (p. 13)

En el presente trabajo de investigación, se realizó un estudio y análisis de los datos obtenidos de la recolección de información extraídos de las sentencias emitidas por la Corte Suprema de la República del Perú, relacionadas con el tema de la técnica de reproducción asistida de inseminación artificial, con el fin de hallar la principal consecuencia jurídica.

Finalmente, formará parte de la muestra las opiniones de especialistas dentro de la doctrina, que aporten comentarios sobre el derecho a la identidad en las TRA.

2.4. Técnicas e instrumentos de recolección y análisis de datos

Las técnicas e instrumentos de recolección utilizados son los que se detallan en el siguiente cuadro:

Cuadro n° 03

Utilización de las técnicas e instrumentos para la recopilación de información

TÉCNICAS	INSTRUMENTOS
Análisis Documental	Guía de análisis elaborada: usadas para recabar información de las sentencias emitidas por la Corte Suprema de la República del Perú, relacionadas con el tema de la TRA de inseminación artificial. Con los cuales se halló la principal consecuencia jurídica.
Fichaje	La ficha: la utilización de esta técnica e instrumento el cual es de vital importancia para recopilar la información de las diferentes opiniones doctrinales, que sirvió para determinar conceptos y puntos de vista en cuanto al fenómeno de estudio.

Fuente: Elaboración propia del autor.

2.5. Procedimiento

Los instrumentos utilizados con los cuales se realizó el análisis de las sentencias emitida por la Corte Suprema de la República del Perú. La guía de análisis elaborada tubo la finalidad de extraer los datos más relevantes de las consideraciones de los magistrados, incluso se ha elaborado una ficha con el cual se recolectó y analizó las diferentes opiniones de los doctrinarios respecto a las TRA, relacionado con el derecho a la identidad.

Respecto a las sentencias de los órganos de justicia del Perú sobre la consecuencia jurídica, se realizó una lectura y análisis minucioso de las sentencias emitidas por la Corte Suprema de la República del Perú, y con ayuda de la guía de análisis elaborada, se transcribió los principales argumentos que fundamentan cada sentencia.

Por último, y posteriormente al análisis de los resultados obtenidos con la ayuda de las guías de análisis elaborada, se valoró los principales argumentos que fundamentan las sentencias en estudio, con la finalidad de identificar la consecuencia jurídica a causa del uso de la técnica de reproducción asistida de inseminación artificial.

CAPÍTULO 3. RESULTADOS

Siguiendo con lo indicado en la muestra, en este capítulo se divide en dos partes: primero, se analiza e identifica los hechos o fundamentos fácticos de las dos sentencias casatorias emitidas por la Corte Suprema de la República del Perú, con el fin de comprobar la existencia de consecuencias jurídicas al utilizarse la técnica de inseminación artificial, téngase en cuenta que el tipo de proceso iniciado y la decisión del magistrado no serán materia de análisis ni mucho menos de cuestionamiento en esta investigación.

Segundo, se consigna las opiniones de los especialistas que aporten comentarios sobre el derecho a la identidad en las técnicas de reproducción asistida.

3.1. Identificación de la afectación al derecho a la identidad del menor por el uso de la técnica de reproducción asistida de inseminación artificial en las sentencias emitidas por la Corte Suprema de la República del Perú

A continuación, se procede en el análisis a las dos sentencias emitidas por la Corte Suprema de la República del Perú, teniendo como finalidad identificar: i) la utilización de la técnica de inseminación artificial, ii) problemas surgidos por el uso de la técnica de reproducción y iii) corroborar si existió la afectación al derecho a la identidad del menor.

Mediante las guías de análisis de las sentencias (ver Anexo 2), sea obtenido los siguientes resultados:

Cuadro n° 04

Consecuencias jurídicas por la utilización de la técnica de reproducción asistida de inseminación artificial identificada en las sentencias de los órganos de justicia del Perú

RESULTADO	CONSECUENCIAS JURÍDICAS	Afectación al derecho a la identidad del menor		X	X	X			X		
		Otras	Afectación a la filiación del menor		X						
			Presencia del uso de maternidad subrogada	X	X		X				
			Presencia del uso del vientre de alquiler		X		X				X
			Disposición de los embriones	X			X				
			Ovodonación		X	X		X			
		EXP. N° 183515-2006 – Lima	EXP. N° 06374-2016 – Lima	CAS. N° 5003-2007 – Lima	Consulta del EXP. N° 2141-2009 – Lima	CAS. N° 4323-2010 - Lima	CAS. N° 563-2011 – Lima				
		CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PERÚ		CORTE SUPREMA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ							
		TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA									
		TIPO DE TÉCNICA UTILIZADA				N° DE SENTENCIAS					
		Fecundación in vitro				4					
		Inseminación artificial				2					
		TOTAL DE SENTENCIAS				6					

Fuente: Elaboración propia del autor.

En este punto de la investigación procedo en colocar la recolección de información obtenida mediante la guía de análisis elaborada con el fin de identificar el tipo de TRA, obteniendo el resultado de la hipótesis y otras consecuencias jurídicas más, los sujetos afectados, un resumen de los hechos ocurridos (con lo que se identifica la utilización

de la técnica de inseminación artificial y la existencia de la afectación al derecho a la identidad del menor); además, se detalla los fundamentos de la sentencia resaltándose el sustento doctrinal, jurisprudencial y legal que utilizó el juez para motivar su decisión, con el objeto de solucionar el conflicto de partes, pero téngase en cuenta que no serán materia de análisis ni mucho menos de cuestionamientos en esta investigación.

A continuación, la información obtenida de las sentencias:

3.1.1. Casación N° 5003-2007-Lima

- **Proceso** : impugnación del reconocimiento de maternidad
- **Tipo de TRA** : Inseminación artificial
- **Consecuencias jurídicas identificadas** : - Afectación al derecho a la identidad de la menor
- La ovodonación
- **Sujeto afectado** : La menor

Hechos:

Mónica Oblitas en representación de su hijo Olsen Quispe Oblitas, demanda impugnación de reconocimiento de maternidad en contra de María Alfaro (madre gestante y madre social); a consecuencia que ella ha utilizado el gameto de

Custodio Quispe (padre biológico de los menores y esposo de la demandante) sin su consentimiento, para ser inseminada artificialmente, además usando también el gameto de una tercera (madre biológica) mediante la ovodonación.

A consecuencia de la TRA utilizada por María Alfaro, esta queda embarazada y posteriormente da a luz a la menor Alicia Alfaro Dávila; durante el proceso se realizó una la prueba de ADN de los menores, resultando que los dos son hijos de Custodio Quispe, a lo que la Corte Suprema considera que el menor Olsen tiene interés para obrar. Finalmente, se declara fundado el recurso de casación.

Fundamentos de la sentencia:

- Argumento

Considerando Octavo: (...) legítimo interés en el pronunciamiento, por su condición de hermanos del menor hijo de la demandante y la menor Alicia Alfaro Dávila, en la necesidad de que el órgano jurisdiccional decida, respecto al reconocimiento efectuado por la demandada, que se señala transgrede lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley General de Salud, y porque se vulnerarían derechos fundamentales de la citada menor, como su derecho a la identidad. (...)

Decisión tomada en la sentencia:

Se declara fundado el recurso de casación interpuesto por Mónica Cedelinda Oblitas Chicoma en representación de su menor hijo Olsen Fabrizio Quispe Oblitas.

3.1.2. Sentencia Cas. N° 563-2011-Lima

- **Proceso** : adopción por excepción
- **Tipo de TRA** : Inseminación artificial
- **Consecuencias jurídicas identificadas** : - Afectación del derecho a la identidad de la menor
- Presencia del uso de vientre de alquiler
- **Sujeto afectado** : La menor

Hechos:

Diana Palomino (madre social – madre adoptante) y Giovanni Sansone (padre biológico) pareja que no lograba tener hijos, decidiendo recurrir a las TRA, siendo así que en un acuerdo verbal entre Paul Palomino (sobrino de Diana) y su esposa Isabel (madre biológica y gestante), deciden que Isabel realice el proceso de inseminación artificial con el gameto de Giovanni, a cambio de una contraprestación económica, y que al nacimiento del bebé estos deben entregarlo a Diana y Giovanni mediante la adopción.

De manera que el 26 de diciembre de 2006, Isabel da a luz a la menor Vittoria, no obstante, en su partida de nacimiento figuran como padres Isabel y Paul; siendo ellos que al noveno día de nacida la niña, fue entregada a los pre adoptantes mediante un acta de entrega provisional de la menor con firmas legalizadas ante Notario, posteriormente a ello Isabel desiste del proceso de adopción.

Con lo acontecido, Diana y Giovanni presentan una demanda de adopción de la menor, que dentro del proceso se realiza una prueba de ADN, teniendo como resultado que Giovanni es el padre biológico; además que, se tiene presente que Isabel y Paul recibían dinero mensualmente durante todo el periodo que duró la gestación, incluso se comprobó que estos habrían extorsionado a Diana y Giovanni con el fin de rescribir más dinero caso contrario Isabel abortaría.

Asimismo, la extorsión se prolongó después del nacimiento de la menor, razón por el cual Diana y Giovanni denuncian el hecho. En la confrontación entre Diana e Isabel, se concluyó que la primera entregó a la segunda una suma total de 19 mil dólares americanos, siendo uno de los fundamentos que sirvieron a la Sala Superior confirmar la sentencias, que declaró fundada la demanda.

Por último, se declarar infundada el recurso presentado por Isabel y Paul.

Fundamentos de la sentencia:

- **Argumento Legal**

Considerando Quinto: Que, al respecto se debe precisar previamente que, encontrándonos ante un proceso en el que se encuentran involucrados derechos fundamentales de una niña, corresponde aplicar el derecho bajo estricta sujeción del Interés Superior del Niño y el Adolescente, según el cual “*En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y judicial, del Ministerio Público, los gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto de sus derechos.*”, principio que guarda relación con la Constitución Política del Perú que asumiendo el principio protector del niño y del adolescente ha señalado en su artículo 4 que *la comunidad y el estado protegen especialmente al niño y adolescente;* asimismo se encuentra consagrado en la Declaración de los Derechos del Niño y en la Convención sobre los Derechos de las que somos Estado parte; y cuenta con legislación supranacional que regula los derechos del niño en el mismo sentido otorgándole un tratamiento especial, las que también constituyen fuente de regulación en el tratamiento de protección a los niños y adolescentes; tales como la *Declaración Universal de Derechos Humanos* que en su artículo 25 reconoce el principio de protección especial al señalar que la infancia tiene derecho a cuidados especiales; asimismo la *Declaración Americana sobre Derechos Humanos* que ha reconocido en su artículo 19 que todo niño tiene derecho a las medidas de

protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, la sociedad y el Estado.

Considerando Sexto: Que, debe entenderse por Interés Superior del Niño con la Plena satisfacción de sus derechos, la protección integral y simultánea de su desarrollo integral y la calidad o nivel de vida adecuado (artículo 27.1 de la Convención Internacional sobre Derechos de los Niños) el cual nos trae como consecuencias que en virtud del mismo, los derechos del niño y la niña deban ser interpretados sistemáticamente ya que en su conjunto aseguran la debida protección de los mismo; pues el mismo permite resolver “conflicto de derechos” recurriendo a la protección de los derechos en conflicto, luego de haberse establecido la imposibilidad de satisfacción conjunta; siendo los dos parámetros que enmarcarán el presente pronunciamiento.

- **Argumento jurisprudencial**

Considerando séptimo: Que, asimismo el Tribunal Constitucional mediante la sentencia expedida en el expediente 02079-2009-PHC/TC, al interpretar los alcances del principio del interés superior del niño y del adolescente, así como el presupuesto de interpretación constitucional; en su fundamento trece ja interpretado: “(...) *el deber especial de protección sobre los Derechos del Niño vincula no solo a las entidades estatales y público sino también a las entidades privadas e inclusive a la comunidad toda, a fin de que en cualquier medida que*

adopten o acto que los comprometa velen por el interés superior del niño, el cual debe anteponerse a cualquier otro interés. Por tanto, constituye un deber el velar por la vigencia de los derechos del niño y la preferencia de sus intereses, resultado que ante cualquier situación en la que colisione o se vea en riesgo el interés superior del niño, indudablemente, este debe ser preferido antes que cualquier otro interés. Y es que la niñez constituye un grupo de personas de interés y de protección prioritaria del Estado y de toda la comunidad, por lo que las políticas estatales le deben dispensar una atención preferente. En consecuencia, en la eventualidad de un conflicto frente al presunto interés del adulto sobre el del niño, prevalece el de este último; y es que parte de su esencia radica en la necesidad de defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos a plenitud por sí mismo y de quien, por la etapa de desarrollo en que se encuentran, no puede operar resistencia o responder ante un agravio de sus derechos...”

- **Otro argumento**

Considerando tercero: (...) análisis de lo acontecido en el proceso: (...) iv) la Sala Superior **confirmó la sentencia** que declaró fundada la demanda, mediante sentencias de fecha 30 de noviembre de dos mil diez, sustentándola en los siguientes argumentos: (...) **d)** (...) lo que revela en los demandados su intencionalidad en la concepción de un ser humano con fines distintos a la maternidad o paternidad, razón por la cual el Colegiado se aparta del previsión

legal contenida en el artículo 378 inciso 5) del Código Civil referente al asentimiento de los padres para la adopción, privilegiándose el derecho fundamental de la niña a permanecer con la familia que le ha brindado protección, atención y cariño frente al derecho de la patria potestad de un padre y una madre que desde su concepción y posterior nacimiento actuaron desvalorizando la condición humana de la niña.

Decisión tomada en la sentencia:

Se declaró infundado el recurso de casación interpuesto por Isabel Zenaida Castro Muñoz, en consecuencia, no casaron la sentencia que declara fundada la demanda.

3.2. Aportes doctrinales respecto al derecho a la identidad en las técnicas de reproducción asistida

Por su parte la doctrina muestra los siguientes puntos de vista respecto al derecho a la identidad en cuanto a las técnicas de reproducción asistida:

- Nelly Minyersky, considera la existencia de la *identidad genética*, que viene hacer el patrimonio genético heredado de los progenitores biológicos (de las personas quienes han aportado gametos); e, *identidad filiatoria*, se da un estado de familia, respecto ‘a quienes aparecen jurídicamente como padres’, que puede

o no concordar con la identidad genética. Sin embargo, para determinar una solución en casos de problemas con las TRA considera dos cosas para determinar la filiación y asimismo la identidad del menor: a) interés superior del niño afirmando: ‘El derecho deberá dar respuesta y adecuarse a estas nuevas realidades, la línea directriz deberá ser el interés superior del niño según el artículo 3° de la Convención sobre los Derechos de Niño, el tratado ratificado prácticamente por todos los países del orden. Deberá tenerse en cuenta que el interés superior del niño no es otra cosa que respetar y satisfacer todos los derechos que le otorga el cuerpo legal mencionado.’¹⁶ (Cursiva agregada)

Y, b) la voluntad procreacional, refiriendo lo siguiente: ‘Deberán darse nuevos y distintos contenidos al dogma *mater semper est* privilegiando, en su caso, la voluntad procreacional como garantía de un mejor cumplimiento de las funciones paternas, cualquiera sea la forma de procreación que se haya elegido para formar e integrar el núcleo familiar.’¹⁷ (Bergel & Minyersky, 2004, p. 133 - 169)

- Michele Sesta ha concluido lo siguiente respecto de la verdad biológica el otorgamiento de la filiación del menor:

¹⁶ (Bergel & Minyersky, 2004, pág. 169)

¹⁷ (Bergel & Minyersky, 2004, pág. 169)

“... el estatus correspondiente a la verdad biológica se le deba superponer, en nombre del interés del menor, un status meramente legal y desvinculado, por lo tanto, de la verdad natural de la filiación misma. Así las cosas, resulta preferible que el ordenamiento, en esos casos, en lugar de favorecer la atribución de un status meramente legal, permita que se creen vínculos jurídicos que le den relevancia a una ‘paternidad social’, fundad en el principio de responsabilidad...” (Goyena Copello & al, 2002, p. 79 - 122)

- El doctor Enrique Varsi (2013) refiere la siguiente postura:

“... la filiación forma parte del derecho a la identidad habiendo surgido nuevos derechos que tienden a su protección y determinación, como el derecho a la individualidad biológica y el derecho a conocer el propio origen biológico, prerrogativas estas que son innatas en el nombre...” (Varsi Rospigliosi, 2013a, p. 271)

- La tesis postulada por Cárdenas Krenz (2014), llegó a la conclusión que, el derecho a la identidad que tiene las personas nacidas mediante las TRA es el de conocer su origen biológico frente al derecho de confidencialidad del donante.
- Benjamín Aguilar Llanos (2017) alude lo siguiente:

“... parece importante la protección del hijo nacido bajo estas técnicas, en cuento a la protección de su intimidad, dando solo información adecuada en su registro de estado civil, de lo contrario se atentaría a su condición y se discriminaría por su forma de concepción.” (Aguilar Llanos, 2017, p. 124)

- El maestro Juan Espinoza Espinoza refiere que:

“... en un futuro no muy lejano deberá legislarse sobre la materia otorgando al niño el derecho a conocer su identidad biológica’. En efecto, tanto el hijo adoptivo, como aquel producto de las técnicas de reproducción asistida, cuando cumplan la mayoría de edad, tienen el ‘derecho a conocer quien fue su progenitor biológico o a contar con ese dato para la defensa de sus intereses morales y materiales como así también los relacionados con su salud mental o física.” (Espinoza Espinoza, 2006, p. 124 - 125)

- Bermúdez Tapia señala lo siguiente sobre el derecho a la identidad de las personas que nacen bajo las TRA:

“Es importante señalar que tanto el hijo adoptado como el hijo procreado por reproducción asistida, cuando se enteran por terceras personas u otros medios de su verdadero origen, provocan severos cuadros de depresión y de crisis de

identidad. Por ello, fundamentamos nuestra posición de que todo hijo tiene derecho de conocer su origen, si no fue procreado naturalmente.”¹⁸

- Por último, el aporte de la doctora Elizabeth Amado Ramírez, que señala lo siguiente respecto a la filiación:

“... es necesario que se replantee todo el sistema de filiación ya que la llamada filiación biológica está perdiendo fuerza frente a la llamada filiación civil, en la cual, lo que se valora es la voluntad, la cual se fundamenta en el principio de la autonomía de la voluntad y en el principio de afectividad.”

(Amado Ramírez, 2017, p. 199)

¹⁸ Bermúdez Tapia, Manuel. (2010). *Conflictos Jurídicos y Éticos Generados en los Procesos de Reproducción Asistida*. En N. Legales, Revista Jurídica, N° 118 (p. 29 - 37). Lima: Normas Legales.

CAPÍTULO 4. DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES

4.1. Discusión

4.1.1. Análisis de la consecuencia jurídica de afectación del derecho a la identidad del menor por la utilización de la técnica de reproducción asistida de inseminación artificial identificada en las sentencias de la Corte Suprema de la República del Perú

En el presente punto se desarrollará un análisis exhaustivo respecto a la afectación al derecho a la identidad evidenciado en las sentencias de la Corte Suprema de la República del Perú, que permitirá determinar la existencia de la consecuencia jurídica señalada en la hipótesis, el cual es causada la utilización de la TRA.

El derecho a la identidad¹⁹ es un derecho fundamental que está reconocido por la Constitución que otorga a la persona el derecho de tener un nombre, así como

¹⁹ La identidad entiéndase como “Conjunto de circunstancias que determinan quién y qué es una persona.” (Gispert, 1997, p. 840); “Cualidad de ser una persona la misma que se supone” (Lexus Diccionario Enciclopédico Color, 2004, p. 484); “En lo personal, con repercusión en el estado civil y en lo criminalístico, filiación o señas particulares de cada cual.” (Ossorio, 2010, p. 467). Gutiérrez (2005), citando al doctor Fernández Sessarego, considera que “si bien las personas somos iguales estructuralmente pero no somos idénticas entre sí, por la simple razón que no se puede poseer un mismo código genético ni una igual biografía, esto a consideración que toda persona tiende a elaborar su proyecto de vida, el cual sería: personal, único, irrepetible, intransferible. Asimismo, el realizar un proyecto de vida configuraría una determinada personalidad siendo la manera cómo la persona aparece y se presenta en el mundo frente a los demás, mostrando sus características psicológicas, así como su propia escala de valores.” (p. 53) Por consiguiente, se puede deducir que Fernández Sessarego; considera al derecho a la identidad como aquel derecho en que la persona es distinta a la demás a razón de su código genético y a su historia que realice de acuerdo a sus acciones siendo este el proyecto de vida (referido a la personalidad), el cual se tiene rasgos distintivos de los demás, por lo que nos hace únicos e irrepetibles, etc. Por su parte Víctor García Toma (2013), ha señalado que el derecho a la identidad es consiste en el que el ser humano tiende hacer una autoconciencia y considerarse como un ser único y distinto a los demás de su especie; a lo que él llama rasgos por el cual se distingue o individualizamos a una persona son por sus signos jurídicos distintivos. (p. 139-140)

también llevar los apellidos de los progenitores y otras implicancias más relacionadas al reconocimiento de la persona por lo que es y cómo es en la sociedad.

Ahora bien, para identificar si realmente se afecta el derecho a la identidad del menor que nació bajo la “técnica de inseminación artificial”²⁰, de los resultados que

Para los autores Marcial Rubio, Francisco Eguiguren y Enrique Bernales, (2011), señalan que el derecho constitucional a la identidad se encarga de proteger “¿quién es? y ¿cómo es?”, este derecho está conformado por diferentes elementos y características tanto física, biológicas y espirituales, de los cuales hacen que una persona sea diferente a otra. (p. 111)

Por su parte el maestro Eto Cruz (2017), concluye que el derecho fundamental a la identidad es:

“cuando la persona hace uso libre de una serie de acciones y toma de opciones que va a fortalecer según Eto Cruz el fuero interno como el externo, siendo este un modo de construcción de la identidad personal que realiza la persona para conseguir con esto realizar su proyecto de vida, lo que diferencia de los demás individuos.” (p. 40)

El doctor Carlos Fernández Sessarego (2015), en su libro de Derecho de las Personas, nos alude a la identidad personal como el conjunto de atributos u características que van a permitir individualizar a la persona en sociedad. (2015, p. 116)

Juan Espinoza, en su libro Derecho de las Personas (2006), nos define claramente que se entiende como derecho a la identidad:

“... es una situación jurídica en la que se tutela la identificación de los sujetos de derecho (identidad estática), en la que se encuentra datos como el nombre, el domicilio, las generales de ley, entre otros, así como su proyección social (identidad dinámica), vale decir, el conglomerado ideológico de una persona, sus experiencias, sus vivencias, tanto su ser como su quehacer.” (p. 279)

Y por último el doctor Rosas Alcántara (2015), quien afirma que el derecho a la identidad es un reconocimiento al individuo por lo que es y por el modo como es. Aludiendo, además que todo sujeto va a ser individualizado por los rasgos distintivos que toda ser humano posee en sí mismo que diferencia de sus semejantes, estos rasgos distintivos son dos: carácter objetivo y subjetivo¹⁹. (p. 182)

De otro lado, tenemos lo que resalta nuestro Tribunal Constitucional en relación como es que se debe entender el derecho a la identidad, por lo que he creído conveniente realizar la cita textual de los principales fundamentos de las sentencias tratadas por esta Institución, a lo que tenemos:

En el Exp N° 04509-2011-PA/TC, en su fundamento 9, el Tribunal Constitucional (en adelante el TC), ha determinado que:

“la identidad referida por el inciso 1 del art 2 de la Constitución; tiene un lugar esencial en los atributos de la persona, siendo el derecho de todo individuo a ser reconocido por lo que es y del modo como es; todo esto relacionado a las características físicas de la persona y también características ideales o es decir subjetivas.” (Salas Vásquez, 2016, p. 23-24)

La pregunta que nos puede surgir está relacionada ¿cómo se puede entender el tema del reconocimiento de una persona por lo que es y del modo como es?, esta respuesta nos da el TC en la sentencia del Exp. N° 02273-2005-PHC/TC, en el fundamento 21, que señala lo siguiente:

“...derecho de toda persona 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* (*nombres, seudónimos, registros, herencia genética, características corporales, etc.*) y aquellos otros que se derivan del propio desarrollo y comportamiento personal otros que se derivan del propio desarrollo y comportamiento personal, más bien de *carácter subjetivo* (*ideológico, identidad cultural, valores, reputación, etc.*) ...” (Eto Cruz, 2015, p. 129) (Cursiva agregada)

²⁰ A palabras de Herrera del Collado (1991), precisa que “...la intervención del hombre no hace artificiales los fenómenos que se derivan del encuentro de los dos gametos, ni determina directamente el encuentro. Se limita a favorecerlo con medios anteriores, diversos de los naturales, poniendo los espermias en vía para que lleguen por los órganos femeninos al encuentro del óvulo.” (p. 7)

Por otro lado “...la inseminación artificial se entiende la intervención médica, mediante la cual se introduce el semen en el organismo femenino, no a través de un acto sexual normal, sino de manera artificial, con la finalidad de producir la fecundación” (Rodríguez Cadilla Ponce, 1997, pág. 23)

Del mismo modo, García Toma (2013), quien considera que es colocar el espermia de una manera no natural es decir diferente a un acto carnal por medio un instrumento que es colocado en el útero de la mujer con el fin de obtener la fecundación. (p. 130)

“La inseminación artificial es la más sencilla de las técnicas de reproducción asistida, y básicamente consiste en depositar los espermatozoides en el aparato genital de la mujer, por medio del instrumental adecuado.” (Sociedad Española de Fertilidad, 2012, pág. 34)

Entendiéndose que el método de inseminación artificial es la introducción del semen en el tracto genital femenino mediante un instrumento que lleve el espermia al interior de la cavidad uterina, facilitando y haciendo más certero la llegada de los gametos masculinos, para la reunión con el óvulo. Es decir, se va a depositar de forma no natural los espermatozoides en el tracto reproductivo de la mujer, con el fin de conseguir un embarazo.

Finalmente se conceptualiza la inseminación artificial, como la técnica de reproducción asistida que consiste en transmitir artificialmente el semen a la cavidad uterina, a fin de llevarse a cabo la concepción, sin llevar a cabo un acto carnal, logrando superar la esterilidad e infertilidad de la pareja, ya sea hombre o mujer.

se ha extraído los hechos, obteniéndose lo siguiente y que posteriormente serán materia de análisis:

- **Casación N° 5003-2007-Lima:** En la casación he podido observar que se ha iniciado un proceso de impugnación de reconocimiento de maternidad en contra de la demandada (madre gestante) por haber utilizado material genético (Gameto masculino) sin consentimiento de su titular para ser inseminada artificialmente con óvulos donados.

Sin embargo, la demanda iniciada fue declarada improcedente y confirmada con la resolución de vista. La parte demandante apela la resolución referida anteriormente y la decisión del magistrado es declarar fundada la casación, considerando que es necesario pronunciarse respecto del reconocimiento de la menor y la vulneración del art 7 de la Ley N° 26842, por la posible vulneración de los derechos fundamentales de la menor, tal como la identidad.

- **Cas. N° 563-2011 Lima:** En esta sentencia casatoria, se tiene que el proceso iniciado es respecto a la adopción por excepción de fecha 2007, el cual fue declarada fundada en primera instancia y confirmada en la sentencia de vista de 2010, dando así la menor en adopción a los demandantes.

El recurso de casación fue presentado por la demandada, quien de manera conjunta con su pareja habían aceptado el sometimiento de ella al proceso de

inseminación artificial con el gameto (espermatozoides) del demandante con el fin de procrear un niño, él que nació en diciembre de 2006 y que fue entregado a los demandantes en enero de 2007, por lo que posteriormente inician un proceso de adopción, que en audiencia la demandada (madre gestante y genética) desiste del mismo; por su parte el juez declaró fundada la demanda reconociendo los siguientes puntos: se comprobó la existencia del acuerdo, el interés económico al someterse a las TRA de los demandados, actos de extorsión por parte de los demandados.

La decisión de la Sala Suprema se fundamenta en tener presente el principio del interés superior del niño, ya que en el proceso se estaba involucrando derechos fundamentales de la menor. Razón por el cual declaró infundada el recurso de casación interpuesta por la demandada en el año 2011.

Análisis sobre los hechos

Por consiguiente, de las sentencias analizadas se puede observar que los hechos indican la utilización de la técnica de inseminación artificial, lo cual ha dado lugar posteriormente a la vulneración al derecho a la identidad del menor, a causa se producirse conflictos paternofiliales y sumado a ello tenemos el tiempo que toma en resolverse el proceso, claro ejemplo es la Cas N° 563 – 2011, el cual tardó 4 años.

Las consecuencias de los conflictos paternofiliales son: i) el inicio de los procesos judiciales de impugnación de maternidad y/o paternidad; y, ii) el desistimiento de los procesos de adopción o cualquier otro proceso judicial que involucre el aspecto filial del menor.

La interrogativa que resalta a la luz es ¿Por qué se inicia un proceso judicial en los que se involucra directa e indirectamente el estatus filial de los menores nacidos bajo la técnica de inseminación artificial?; pues bien, dando respuesta a esta interrogante y de acuerdo con el análisis hecha a las sentencias las causas son: i) la existencia de intereses económicos de las parejas subrogantes; y, ii) del uso no autorizado de material genético por las personas tratantes.

El nombre como aquel derecho que se le otorga a la persona con fin de individualizarlo y distinguirlo de los demás miembros de la sociedad, por su puesto dentro de esta se encuentra los apellidos, es así como se “identifica a las personas responsables del cuidado del menor”, inc. 1 del art 7 de la Convención sobre los derechos del Niño.

Asimismo, el nombre como parte del ‘carácter objetivo del derecho a la identidad’²¹, se ve afectado en los casos de conflicto filial que surge entre la pareja tratante y la pareja subrogante que muestran interés en obtener la tenencia del menor,

²¹ Fundamento 21 de la Sentencia del TC recaída en el Exp. N° 02273-2005-PHC/TC

poniendo en incertidumbre e incerteza sobre la verdadera identidad del menor, pero que al final cualquier decisión que tome el juez simplemente ya se afectó la personalidad jurídica de este.

Los intereses económicos que ambicionan las parejas subrogantes en obtener más ganancias por conceder la filiación y tenencia del niño representan una inestabilidad en la utilización de la técnica de inseminación artificial siendo el único perjudicado el niño quien es tratado como una cosa u objeto el cual es materia de comercio finalmente.

Por otro lado, el uso no autorizado de material genético por las personas tratantes (mujeres solteras, viudas – hombres solteros, viudos), da cabida a cuestionamientos en la filiación y tenencia del menor, produciéndose así una inseguridad en la identidad de los menores, y que además de limitaciones de otros derechos como: la libertad de tránsito, educación, salud, hereditarios, etc.

‘La inseminación artificial ya sea homóloga o heteróloga’²², y se consigne los datos correctamente de la pareja tratante como padres en la partida de nacimiento

²² Clases de inseminación artificial, dentro de esta técnica se tiene dos divisiones o clases:

a. Inseminación homóloga

“Se entiende por técnica homóloga aquella en la que tanto el espermatozoide como el óvulo proceden de la pareja que se somete a la técnica correspondiente.” (Santamaría Solís, 2000, p. 38), siendo de esta manera que sus gametos son de la propia pareja sometida al procedimiento de fertilidad, por lo que, son los padres biológicos del nuevo ser (concebido).

b. Inseminación heteróloga

“Se entiende por técnica heteróloga aquella en la que ya sea uno de los gametos (óvulo o espermatozoide) o ambos, proceden de donantes ajenos a la pareja.” (Santamaría Solís, 2000, p. 38). Siendo diferente a la anterior, consecuentemente el concebido puede tener una conexión o nexo biológico con sus padres o no, puede ser que uno de ellos se encuentre imposibilitado y tengan que recurrir a un tercero para que le done o venda el gameto faltante.

del menor, no es suficiente para decir que exista un ejercicio pleno del derecho a la identidad y más hacia el futuro. Al igual como en la adopción el adoptado tiene el derecho a conocer su origen, de manera que puedo decir que el menor que nace bajo la técnica de inseminación artificial debe conocer su origen biológico y genético, que actualmente el art 7 de la Ley N° 26842, como único marco legal que regula el uso de la TRA no ha previsto garantías mínimas de protección a la identidad del menor, ni mucho menos de limitar el conocer el origen biológico.

El principio de confidencialidad del donante se encuentra protegida por el numeral 6.2 del art 6 de la Ley N° 28189 – Ley General de Donación y Trasplante de Órganos y/o Tejidos Humanos; no obstante, esto no debe representar algún límite al derecho de conocer su origen biológico el cual forma parte también del derecho a la identidad.

Sin embargo, parte de la doctrina considera que solo se debe consignar de manera selectiva algunos datos del menor con el objetivo de que no se cuestione el modo de nacimiento y evitar la discriminación de las personas que nacen bajo las técnicas de reproducción asistida, también proteger al donante de perjuicios en su contra como: la pensión de alimentos, herencia, educación, etc.

Mientras otros consideran que lo principal es que la persona que nace bajo las TRA debe conocer su origen, es decir saber quiénes son sus progenitores tanto biológicos como legales, ya que a través de esto podrá comprender su personalidad.

La utilización de la técnica de inseminación artificial en los que se tenga problemas filiales entre la pareja tratante y pareja subrogante, o no exista estos problemas, igualmente el ejercicio pleno del derecho a la identidad no se da, porque a la persona que nace bajo esta técnica no se permite conocer su origen biológico por el límite del principio de confidencialidad del donante, viéndose afectado el carácter objetivo del derecho a la identidad.

Finalmente debo concluir afirmando que del análisis realizado a los hechos o fundamentos facticos a las sentencias, se evidencia la utilización de la técnica de inseminación artificial, y que esta acarrea problemas como la afectación al derecho a la identidad del menor por los conflictos filiales la pareja tratante y pareja subrogante.

Por otro lado, tener en cuenta que no solo los conflictos filiales afectan a la personalidad jurídica, sino también el no conocer el origen biológico es un límite al ejercicio pleno del derecho a la identidad.

Análisis sobre los fundamentos considerados por los magistrados al sentenciar

Como se explicó líneas atrás este trabajo se basa en demostrar exclusivamente lo siguiente: i) la utilización de la técnica de inseminación artificial, ii) problemas surgidos por el uso de la técnica de reproducción y iii) corroborar si existió la afectación al derecho a la identidad del menor. Los cuales fueron evidenciados en los hechos de la sentencia analizadas; sin embargo, no esta de más realizar un análisis respecto a los fundamentos considerados por el magistrado para sentenciar, aun a pesar de que el proceso iniciado no guarde relación con el tema que es materia de investigación en esta tesis, que de alguna u otra manera existe una vinculación.

Primera sentencia tenemos la **Cas N° 5003-2007-Lima**, la Sala a considerado declarar fundada el recurso casatorio por la necesidad de un pronunciamiento de fondo por las siguientes razones: **i)** la evidencia de transgresión del art 7 – Ley N° 26842, al no estar permitido la ovodonación, y, **ii)** vulneración de derechos fundamentales de la menor, como el derecho a la identidad.

Y, segundo la **Cas N° 563-2011-Lima**, en que la Sala a considerado conveniente declarar infundada el recurso de casación por los siguientes fundamentos: **i)** en aplicar el principio del interés superior del niño puesto que el conflicto entre el interés del adulto sobre el niño prevalece el de este último; y, **ii)** otorgar la filiación en considerar el fin de la procreación y los actos de las partes (ejemplo la existencia de extorciones).

Es evidente que de estas dos sentencias podemos deducir que, en donde este presente la utilización de la técnica de inseminación artificial o cualquier otra técnica en un proceso judicial se ve involucrado indirectamente los derechos del niño y su filiación.

En la primera casación considero que si realmente existe vacíos legales y a razón de ello es que se debe crear una normatividad en específico, asimismo que cualquier proceso iniciado en los cuales involucran a menores tiene que existir un pronunciamiento sobre el fondo, por la posible afectación del derecho del menor.

En cuanto a la segunda casación infiero que, si realmente debe aplicarse el principio del interés superior del niño para resolver cualquier conflicto jurisdiccional que este involucrado directa o indirectamente un menor, y esto debe ser también para considerar otorgar la filiación del menor, y no el fin procreacional de las partes, punto el cual estoy en contra de la sentencia.

Por su lado la doctrina considera que para otorgar la filiación de un niño que nace bajo las TRA debe considerarse bien el principio de la unidad de la procreación, o, voluntad procreacional, ambas posturas muestro mi total rechazo pues en la primera solo es aplicable en los casos que las parejas tratantes hayan aportado material genético, dado que este principio es amparar el resultado de la prueba biológica ante cualquier presupuesto legal o postura del Estado en cuanto a la filiación.

En los casos de la voluntad procreacional, es referido el fin por el cual cada pareja a decidido procrear a ser humano, y a razón de ello es suficiente motivo para otorgar la filiación.

Mi postura en cuanto al otorgamiento de la filiación de los niños que nacen bajo la técnica de inseminación artificial es tener en cuenta el principio del interés superior del niño y considerar el ambiente familiar armónico donde pueda desarrollarse plenamente el menor.

4.1.2. Marco legal nacional e internacional que garantiza el derecho a la identidad de las personas y su vinculación con la técnica de inseminación artificial

Ya se identificó la forma que viene vulnerándose el derecho a la identidad del menor cuyos problemas son suscitados por la sola utilización de la técnica de inseminación artificial, derecho que tiene toda persona y que se encuentra reconocido en lo prescrito por el inciso 1 del art 2 de la Constitución que determina:

“Toda persona tiene derecho:

1. A la vida, *a su identidad, ...*” (cursiva agregada)

La identidad es un derecho fundamental de la persona y por lo tanto les corresponde a todos los niños por el solo hecho de tener la condición de persona; a lo que se debe consignar el nombre completo (contar con prenombre (s) y apellidos)

sin alteraciones, asimismo registrar los datos del recién nacido lo más pronto posible, lo dicho encuentra sustento en lo prescrito por el art 7 de la Convención Sobre los Derechos del Niño:

1. *El niño será inscripto 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 progenitores y a ser cuidado por ellos.*
(cursiva agregada)

Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el inciso 2 del art 24 prescribe que:

(...)

2. *Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre.* (cursiva agregada)

Por tal razón el menor una vez nacido debe ser inscrito y contar con un nombre para atribuirle una personalidad jurídica. La inscripción inmediata es por la protección del niño a fin de que no sea objeto de comercio, rapto o cualquier otro atentado contra su persona.

La identidad y la inscripción del nombre del menor está garantizado por tratados internacionales como La Declaración Universal de Derechos Humanos en su art 6²³ y la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en el art 18 sobre el derecho al nombre²⁴.

La personalidad jurídica se les atribuye a los individuos desde su nacimiento por lo que deben contar con un nombre y llevar los apellidos de los progenitores legales (pareja tratante) para determinar así el cuidado de este. Sin embargo, los problemas que nacen entre las parejas tratantes y parejas subrogantes por la filiación del niño, está causando perjuicios y daño a la identidad de este al crear una situación de incertidumbre sobre la verdad del nombre.

Recurrir al tratamiento de la infertilidad mediante el uso de la técnica de inseminación artificial está causando beneficios, pero perjuicio al derecho a la identidad de niño nacido bajo esta técnica ya sea por conflictos filiales o no, igual no se ejerce plenamente el derecho a la identidad a razón que se omite el derecho del menor a conocer su verdad biológica (que cuenta con progenitores tanto biológicos y legales los cuales deben ser identificados y consignados en la partida de nacimiento del menor a fin que solo él pueda tener esa información).

²³ **Artículo 6**

Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica. (cursiva agregada)

²⁴ **Artículo 18 Derecho al Nombre**

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. (cursiva agregada)

Asimismo, la atribución de la personalidad jurídica de un individuo recién nacido encuentra sustento legal en lo referido por el art 6 de Ley N° 27337 – Código de los Niños y Adolescentes que prescribe:

El niño y adolescente tiene 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. (...)

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, (...)

En caso de que se produjera dicha alteración, sustitución o privación, el Estado restablecerá la verdadera identidad mediante los mecanismos más idóneos. (cursiva agregada)

Ahora bien, de todas las normas referidas, se puede deducir que la identidad de una persona va a atribuir y establecer la personalidad jurídica de un ser humano, por tales razones un recién nacido debe llevar en su nombre los datos de sus progenitores (biológicos y legales), y señalar quiénes serán responsables de su cuidado en la partida de nacimiento (es decir quienes tendrían la filiación y tenencia).

A pesar de que, el art 7 de la Ley N° 26842, no ha determinado quienes deben tener el cuidado del menor ante algún problema paternofilial que surgiera y más cuando se recurre a métodos como la maternidad subrogada o vientre de alquiler; o bien, en los casos de problemas al utilizar gametos sin autorización.

El hecho que el sometimiento a las TRA de inseminación artificial por mujeres solteras o viudas con el fin de lograr tener un hijo no debe implicar vulneración de derechos del recién nacido hacia futuro y de las personas que hayan donado material genético. Debiendo el Estado prohibir la entrega en adopción al menor, así con la exigencia de algún requerimiento de pensión alimenticia al donante de gametos o requerirle una parte de la masa hereditaria ya repartida por la existencia de un heredero forzoso, etc. Pues el objeto de conocer el origen biológico es el ejercicio pleno del derecho a la identidad, implicando conocer a los progenitores biológicos como legales, teniendo como límite respetar los derechos del donante.

Las prohibiciones anteriormente referidas también son para los varones que por sí solos se sometan a las TRA o sean viudos y utilicen el gameto de su pareja a fin de tener algún aprovechamiento económico. Dado que todo esto implicaría una afectación al derecho a la identidad del menor porque no se tendría inmediatamente una personalidad jurídica por el cual se le pueda reconocer y lo más importante no tendría un núcleo familiar adecuado para su cuidado.

Los conflictos paternos filiales presentados en las sentencia de las Casación N° 5003-2007-Lima y la Casación N° 563-2011-Lima, vulneran el derecho a la identidad del menor según lo prescrito tanto por normas nacionales e internacionales los cuales buscan un ejercicio pleno del derecho a la identidad, pero que el art 7 de la Ley N° 26842, no ha previsto soluciones para los problemas filiales causando incertidumbre sobre la verdad de la personalidad del menor, e incluso no determina que en la inscripción de los datos del menor también se deba consignar la información respecto de los progenitores tanto biológicos como legales, a lo que sugiero que esto debe darse al momento de su inscripción, así como determinar la filiación y tenencia del menor.

4.1.3. El Tribunal Constitucional en la interpretación del derecho a la identidad y la afectación por la técnica de reproducción asistida de inseminación artificial

El derecho a la identidad, según el Tribunal Constitucional en la sentencia del Exp N° 02273-2005, en el fundamento 21 se señala los siguiente:

“derecho de toda persona 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 (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 (ideológico, identidad cultural, valores, reputación, etc.)” (Eto Cruz, 2015, p. 129) (cursiva agregada)

La sentencia señalada anteriormente guarda concordancia con la Sentencia del Tribunal Constitucional del Exp N° 04509-2011-PA/TC.

En tal sentido la personalidad jurídica que se atribuye al hombre desde el nacimiento mediante el acto de inscripción registral, *en el cual se consigna el nombre y se identifica quienes son los progenitores*, además el Tribunal Constitucional (también conocido como “TC”) ha señalado que esa parte de del derecho a la identidad viene hacer el carácter objetivo con el cual se va a individualizar a un ser humano para distinguirlo de otro semejante. (cursiva agregada)

El conflicto paternofilial por utilizar la inseminación artificial está causando vulneración al derecho a la identidad del recién nacido, esto a causa del interés económico de las parejas subrogantes y de la utilización de material genético, los cuales lleva a iniciar diferentes tipos de procesos, y consigo la incertidumbre de la personalidad jurídica del menor.

El derecho a la identidad un derecho que tiene toda persona desde el momento de su nacimiento, en la cual los progenitores determinaran el nombre de su hijo en mucho de los casos, atribuyéndole así personalidad jurídica ante el Estado y la

sociedad, sin embargo con la utilización de las TRA de inseminación artificial ha creado una inestabilidad jurídica en cuanto al destino del menor y quiénes son sus verdaderos progenitores (filiación y tenencia en los hechos de los casos de las Casación N° 5003-2007-Lima y la Casación N° 563-2011-Lima), siendo evidente que al pasar ese suceso se vulnera el derecho a la identidad de cualquier persona, aparte de restringir otros derechos hasta que se resuelva el percance.

Como mencione anteriormente lo que se debe tener presente actualmente al utilizar cualquier técnica de reproducción asistida es que el menor deba conocer su origen biológico y que en cuya inscripción se determine los progenitores tanto biológicos como legales, es así como esto forma parte del “carácter objetivo como una de las dimensiones del derecho a la identidad”²⁵ según lo señalado en el Exp N° 02273-2005.

Al parecer solo se estaría afectado el carácter objetivo del derecho a la identidad del menor al utilizar la técnica de inseminación artificial por las parejas tratantes, sino que también se viene afectado el carácter subjetivo, concerniente que la persona

²⁵ Como se aprecia líneas atrás, algunos autores, así como el TC han determinado que el derecho a la identidad tiene dos dimensiones, caracteres o elementos; por lo que a continuación daré a conocer como es esta doble dimensión que tiene el derecho en análisis, y como es que debemos entenderlo según lo sugerido por las opiniones de los diversos autores:

Para Gutiérrez (2005), considera que el derecho a la identidad tiene dos vertientes, tenemos por un lado la estática y la otra la dinámica lo que tendría que tutelar el estado en relación con la vulneración del derecho de las personas:

Vertiente estática; en la que se considera como identidad personal, son datos con los cuales se identifican a la persona, origen, años de nacido, etc.; este autor considera que son elementos entre ellos tenemos: el lugar y fecha de nacimiento, datos de los progenitores, género, características físicas inmodificables, el nombre y el contorno somático.

Vertiente dinámica; son atributos que tiene la persona, pero que con el tiempo puede cambiar, los elementos que tiene son los siguientes: creencias religiosas o filosóficas, la ideología, los principios morales, la profesión, las opiniones, las actitudes, la inclinación política, el perfil psicológico, la sexualidad, etc. (p. 54-55)

La misma consideración tiene Rubio correo, Eguiguren Praeli y Bernal Ballesteros (2011), sobre la existencia de una doble vertiente del derecho a la identidad, sin embargo; ellos lo denominan dimensiones, aludiendo a lo siguiente; “*La identidad estática* está dada por el físico, su nombre, lo que sí ha merecido tradicionalmente tutela jurídica; mientras que la *identidad dinámica* se manifiesta como un conjunto de atributos y calificaciones de la persona.” (p. 101) (Cursiva agregada)

que nace bajo esta técnica no podrá comprender su personalidad, identificarse con las creencias de sus familiares, la satisfacción espiritual, etc. De lo aludido, es razón suficiente para que se establece legalmente el derecho del menor a conocer su origen biológico.

4.1.4. Análisis de las opiniones de especialistas respecto al derecho a la identidad de los menores que nacen bajo las técnicas de reproducción asistida

A continuación, se mostrará un cuadro resumen sobre las opiniones que tienen algunos doctrinarios especialistas en el análisis de la institución de las técnicas de reproducción asistida, en los cuales podemos encontrar los siguientes puntos: primero, la importancia sobre el derecho a la identidad; i) conocer el origen biológico; y, ii) protección a la intimidad del menor.

Segundo, el estatus filial en relación con la voluntad procreacional. Estos aportes nos servirán para comprender la importancia o no por lo cual una persona que nace bajo estas técnicas deba conocer su origen biológico o no; que si realmente eso es importante al momento de la filiación y tenencia del recién nacido.

Cuadro n° 05

Opiniones de especialistas respecto al derecho a la identidad en las técnicas de reproducción asistida

APORTE DE OPINIONES DE ESPECIALISTAS RESPECTO AL DERECHO A LA IDENTIDAD EN LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA			
Postura adoptada	IDENTIDAD		FILIACIÓN
	Origen biológico	Protección a la intimidad	Voluntad procreacional
Autor			
Nelly Minyersky			X
Michele Sesta	X		
Enrique Varsi	X		
Cárdenas Krenz	X		
Benjamín Aguilar Llanos		X	
Juan Espinoza Espinoza	X		
Bermúdez Tapia	X		
Elizabeth Amado Ramírez			X

Fuente: Elaboración propia del autor.

El derecho a la identidad según el maestro Gerardo Eto Cruz (2017) refiere que “El hecho que cada ser humano posea su verdad personal exige que se le reconozca ‘tal como es’ y que nadie pueda transfigurar su identidad atribuyéndole características, conductas, rasgos psicológicos o de otra índole que no le correspondan ...” (p. 40)

Por su parte el doctor García Toma (2013) quien sostiene que el nombre como parte del derecho a la identidad no es más que una designación que permite individualizar a los sujetos de derechos el cual permitirá reconocer y diferenciar de otras personas naturales. (p. 141)

Asimismo, el doctrinario Enrique Varsi (1996) afirma lo mismo que los dos autores anteriormente señalados que los atributos de la personalidad como el nombre, edad, sexo, estado civil, etc., van a determinar la individualidad propia de cada persona en la sociedad y ante el derecho. (p. 111)

Y finalmente el maestro Fernández Sessarego citado por Varsi (2014) señala que el nombre viene hacer una expresión visible y social por medio de la cual se va a identificar a las personas, razón que logra singular importancia dentro de los derechos de la persona. (p. 624)

Como se puede apreciar en lo referido a estos autores el derecho a la identidad es de tal importancia para el ser humano que trasciende de lo jurídico pues involucra también un aspecto uno social.

El aspecto social es el modo por el cual la sociedad va a reconocer a un individuo es decir mediante un documento que lo identifique y señale su nombre. Con respecto a la indeterminación de la identidad del menor las consecuencias que acarrearía en los casos de conflicto paterno filial son: ejemplo la imposibilidad de viajar vulnerando su derecho a la libertad de tránsito, realizar control médico al menor, asimismo la inscripción un centro educativo, etc.

Y, el aspecto legal se debe entender cómo te reconoce el Estado. En el caso del menor nacido bajo las TRA en los conflictos filiales entre la pareja tratante y pareja

subrogante los datos concernientes a la madre y/o padre son inciertos, produciéndose repercusiones en otros derechos como: no tendría derechos hereditarios, se afectaría al derecho de libertad de tránsito en el caso de realizar algún viaje, el derecho al libre desarrollo de su personalidad, el derecho a la intimidad, derecho a fundar una familia, etc.

Por lo tanto, no importa como una persona ha sido concebida, si el nacimiento fue natural o cesárea, lo que interesa es que el recién nacido el cual es una persona, sujeto de derecho, es decir es un ser humano y como tal tiene derechos como: la identidad y el respeto de su dignidad, por lo que la indeterminación de su nombre no permite otorgarle una personalidad jurídica estable ni mucho menos individualizar a los niños nacidos bajo las TRA, siendo necesario que se cree una normatividad especial respecto a las técnicas de reproducción.

En los casos de impugnación de maternidad o paternidad habrá que tener presente los problemas que trae consigo el uso de material genético que no tiene un consentimiento expreso para ser utilizarlo (casación N° 5003-2007-Lima y Casación N° 563-2011-Lima cuyos hechos han sido materia de análisis), y que actualmente ocasiona conflictos en el reconocimiento paternofilial sobre el menor, problema que se extiende hasta la identidad del menor causando un gran desequilibrio de su personalidad.

De las opiniones doctrinales en los cuales está vinculado la disputa paternofamiliar del menor, ejemplo de ello las casaciones anteriormente referidas, cuyos hechos se evidencia la utilización de la técnica de inseminación artificial y con ello posteriormente la afectación al derecho a la identidad de la persona nacida bajo esta. Pues se observó que en dichas casaciones solo se quiere determinar la filiación del menor y mas no hay una evaluación sobre la identidad y sus implicancias de esta por la técnica de reproducción asistida.

Es por ello, que Nelly Minyersky y Elizabeth Amado Ramírez, afirman que lo importante en problemas con las TRA es establecer el estado filial del menor; y, aún a pesar que se tenga en cuenta el principio del interés superior del niño lo que importar es establecer la filiación mediante la voluntad procreacional, por lo que no consideran que esta persona deba conocer su verdad biológica, y eso pasa en la decisión de las casaciones N° 5003-2007-Lima y Casación N° 563-2011-Lima.

La identidad no solo queda en tener un nombre o llevar los apellidos de los progenitores, sino que trasciende y ello es también el derecho de las personas nacidas bajo estas técnicas conocer el origen biológico. Michele Sesta, Enrique Varsi, Juan Espinoza Espinoza, Cárdenas Krenz y Bermúdez Tapia, son de la opinión de que estas personas sepan la verdad biológica de su procedencia sea si existe problemas en la filiación o no el individuo tiene el derecho de saber quién es realmente y poder comprender su personalidad.

El menor y la incertidumbre en su identidad a causa de los acuerdos sobre vientre de alquiler o maternidad subrogada los cuales no están regulados taxativamente en el art 7 de la Ley N° 26842, y que los conflictos filiales están afectando el derecho a la identidad de los niño, además que son mirados como un objeto por el cual se negocie existiendo solo puros intereses económicos por parte de la pareja subrogante – ejemplo casación N° 563-2011-Lima, por consiguiente es necesario que estas personas conozcan su origen biológico para que no se transgreda derechos a tal grado de no permitir el desarrollo libre en el seno social y familiar de los menores los cuales también guardan relación en la construcción de la identidad de las personas.

La tesis postulada por Cárdenas Krenz (2014), considera que el derecho a la identidad que toda persona nacida bajo la utilización de las TRA tiene en conocer su origen biológico ante cualquier derecho que pueda tener el donante. Todo esto encuentra su fundamento, cuando el material genético es donado y el principal motivo es el derecho a la salud puesto que al conocer sus raíces genéticas se podría detectar enfermedades hereditarias y asimismo evitar relaciones incestuosas al conocer a todos sus progenitores tanto biológicos como legales.

Por las razones expuestas anteriormente, es que no comparto la idea de Benjamín Aguilar Llanos referido a proteger la intimidad del menor que nace bajo las técnicas de reproducción asistida, porque puede ser discriminado por la forma de concepción, olvidando que la identidad es esencial para un individuo y que este se autoidentifique y entienda el porqué de su personalidad, por tales motivos es que comparto la idea

que las personas conozca su origen biológico y que exista un cambio, mejora o se reforme el art 7 de la Ley N° 26842, con el fin de garantizar y proteger los derechos de las personas que nacen bajo la técnica de inseminación artificial o cualquier otra.

4.1.5. La filiación y la importancia del derecho a la identidad de los niños nacidos bajo la técnica de inseminación artificial

La filiación como aquella relación entre progenitores e hijos que están enlazados por un hecho biológico o legal, con consecuencias jurídicas de derechos y deberes para el cuidado del menor.

El art 6 de la Constitución ha prescrito temas relacionados al derecho reproductivo de las personas cuyo alcance no puede afectar el derecho a la vida y salud concebido y la madre gestante (ejemplo: cuando la mujer de tercera llevando un embrazado), el derecho de ejercer una paternidad y maternidad responsables permitiendo así poder llegar a utilizar las TRA a fin de que las parejas puedan procrear de acuerdo con su planificación familiar.

De todo lo dicho en el párrafo anterior se deduce que traer a la vida un ser humano acarrea derechos y deberes que tendrán los padres frente a los hijos y viceversa, por el simple hecho de tener un lazo filial el cual ha trascendido en una relación de vínculo biológico y relación jurídica (inscripción del menor en su partida de nacimiento) a causa del uso de las TRA, razón por lo cual en el momento de

determinar su relación filial y tenencia del menor se debe tener en cuenta el interés superior de niño y un ambiente armónico para su desarrollo de este.

Las normas internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos en su art 16 prescribe lo siguiente:

(...)

3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. (*cursiva agregada*)

Por su parte la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su art 17 sobre la protección a la familia ha determinado:

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.
2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, (...) (*cursiva agregada*)

Se aprecia que tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, determinan que la familia es una institución de gran importancia para la sociedad y el Estado en la cual ambos están

obligados a protegerla, motivo por el cual el menor o recién nacido debe ser tomado en cuenta al momento de resolver un proceso judicial que este involucrando directa o indirectamente, puesto que no solo se trata de los derechos reproductivos y la finalidad procreacional de las parejas o personas sometidas a técnicas como la inseminación artificial, sino el bienestar del menor al momento de establecer la filiación y tenencia, y de por sí ya es una vulneración del derecho a la identidad en la dimensión del carácter objetivo, pero que a través del procesos de impugnación del reconocimiento paternofilial se procura con la decisión del justiciable otorgarle un ambiente familiar idóneo.

Cabe señalar que en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño se determina lo siguiente: “Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”

Apreciándose que la Convención anteriormente aludida, sugiere que para un desarrollo íntegro de la personalidad del niño este debe crecer en el seno de su familia, además tener un ambiente armonioso para que pueda desarrollarse sin dificultad alguna y se identifique con esta. Por tales razones para asignarle una familia a un menor en los casos de conflictos surgidos por la utilización de la técnica de inseminación artificial, es necesario tener en cuenta el interés superior de niño y un ambiente familiar armónico.

Mis palabras referidas en el párrafo anterior encuentran su sustento en lo prescrito por el art 8 de la Ley N° 27337, que determina: “El niño y adolescente tiene derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia.”

Como he podido apreciar las normas especiales de los cuales tratan de proteger al menor y las normas internacionales referidas tanto a la familia y a los derechos del niño a vivir en familia, de tal manera se protege y garantiza los lazos que tienen las personas para conformar su familia que por ser seres humanos es nuestra naturaleza y es de gran importancia para la sociedad, pero a un más importante es el interés del niño ante cualquier conflicto paternofilial que surja.

La filiación natural para nuestro sistema peruano es la relación de parentesco entre padres e hijos lo que está ligado a lo biológico (vínculo natural de sangre); de esta manera da lugar el regular y formar una relación jurídica entre padres e hijos para luego generar derechos y deberes. (Amado Ramírez, 2016, p. 164)

Ahora, la doctrina nos muestra sus diferentes puntos de vista respecto a la filiación y su importancia en la sociedad:

El doctor García Cantero (1994) sostiene que la filiación ayudará a la persona ubicarse dentro de la sociedad lo que hace necesario además que el individuo conozca su orígenes y progenitores tanto biológicos como legales, esto significa saber la composición de su genoma que servirá para que comprenda su personalidad,

y que según este autor es para que el hombre pueda decidir a quienes amar, admirar e imitar o en todo caso discrepar. (p. 159)

Por lo tanto la identidad de la persona se va moldeando dentro del seno familiar y es así como la sociedad lo reconoce, sin embargo, también es necesario que se tome en cuenta que este debe conocer su origen biológico en caso que genéticamente tenga otros progenitores distintos a los que figuran en la partida de nacimiento, todo esto está relacionado con el carácter objetivo del derecho a la identidad de la persona que ha nacido bajo la técnica de inseminación artificial.

Para el maestro Guzmán Zapater citado por Varsí (1999) señala la existe un principio llamado la unidad de la filiación que es entendido como el interés del hijo en conocer sus orígenes biológicos para establecer la paternidad por medios de pruebas más exactas como las biológicas ante cualquier presupuesto legal o la posición que tenga el Estado. (p. 231 - 232)

Apreciamos que la filiación actualmente ha dejado de lado los lazos sanguíneos abriendo la posibilidad a nuevas perspectivas de filiación desde el punto del derecho genético, incluso los dos párrafos anteriores se infiere que la doctrina está encaminada que el hijo sepa la verdad biológica de su existencia y en casos que haya problemas en la filiación con la madre gestante y la pareja tratante lo que primará es la prueba biológica ante cualquier presupuesto legal según el principio de unidad de la filiación.

Por lo que en estos dos puntos vemos que solo están enfocados en desarrollar que el menor conozca quienes son sus progenitores biológicos, al mismo tiempo el principio de unidad de la filiación ayuda en los casos de problemas con la maternidad subrogada y vientre de alquiler para establecer quienes son los padres biológicos en los casos que la pareja aporte gametos.

Sin embargo, el principio de unidad de la filiación no serviría de mucho en los casos que las parejas tratantes que no hayan aportado material genético pues ellas solo tienen la voluntad procreacional por lo que utilizan las TRA en los métodos de maternidad subrogada o vientre de alquiler, razón por la cual en aplicación de este principio no tendría la filiación del niño.

Por otro lado, Miranda Luna (2002) alude que la filiación debe ir más allá que la simple voluntad procreacional, a lo que debe haber ciertos alcances y límites de legalidad en los cuales una persona pueda someterse a las TRA, a razón de que la filiación es una institución de interés general o de orden público, por lo que el Estado no puede dejar a la voluntad de los particulares la forma y uso de estas técnicas. (p. 303)

Al parecer la voluntad procreacional de la filiación según la doctrina actual con el hecho que la persona que nace bajo las TRA conozca su origen biológico permitiendo así un desarrollo pleno del derecho a la identidad de las personas que

naces bajo las TRA. Por lo que debo agregar que estas son las palabras del maestro Enrique Varsi (2013a) alude lo siguiente:

“... la filiación es consubstancial e innata al ser humano en el sentido que el status filii es un atributo natural, siendo aceptado y fomentado actualmente que toda persona debe conocer su filiación (derecho a conocer su propio origen biológico) no solo para generar consecuencias legales, sino para permitir la concreción y goce de su derecho a la identidad.” (p. 273)

Ahora con respecto a lo que es la filiación desde un punto de vista del derecho de familia enfocado desde la perspectiva social:

“... es un estado jurídico que la Ley asigna a determinada persona, como consecuencia de la relación natural de procreación que la liga con la otra. Es un estado social en cuanto se tiene con respecto a otra u otras personas; es un estado civil, por cuanto implica la situación jurídica del hijo frente a la familia y a la sociedad, lo cual determina su capacidad para el ejercicio de ciertos derechos y el cumplimiento de determinadas obligaciones.” (Gallegos Canales & Jara Quispe, 2015, p. 282) (cursiva agregada)

De todas las consideraciones doctrinales debo resaltar en especial el aporte brindado por el doctor Amado Ramírez (2017) pues afirma que la filiación debe replantearse “...ya que la llamada filiación biológica está perdiendo fuerza frente a

la llamada filiación civil, en la cual, se valora la voluntad fundamentándose en el principio de la autonomía de la voluntad y en el principio de afectividad.” (p. 199)

En el caso de impugnación de maternidad o paternidad contra la persona que utilizó gametos sin el consentimiento de sus titulares, asimismo cuando la pareja subrogante desista entregar legalmente al menor a la pareja tratante, se debe tener en cuenta el interés superior del niño y el ambiente familiar armónico para el desarrollo pleno del menor, y brindarle así un hogar idóneo para que viva el menor.

Antes de finalizar lo que postula el doctor Aguilar Llanos (2017), en cuanto a la filiación es la protección de la intimidad del menor, dado que puede ser discriminado por su forma de concepción razón por el cual la información brindada en el registro civil debe ser adecuada.

Este postulado la mayoría de las personas dentro de la doctrina están sugiriendo que el sujeto nacido bajo las TRA deba conocer origen biológico a fin de que se ejerza plenamente el derecho a la identidad lo que es todo lo contrario a lo postulado por este autor; y que valga verdades en aplicación de la lógica común y los máximos de la experiencia es necesario que se conozca el origen biológico para evitar el riesgo uniones con parientes sanguíneos (padres, hermanos, tíos, etc.).

Por estas consideraciones, la protección a la familia se encuentra en una parte en la filiación, advirtiéndose que los particulares están disponiendo a su antojo sobre el

destino del menor sin tener en cuenta donde este puede desarrollar adecuadamente, además que nuestros juzgados solo están valorando la voluntad procreacional de las parejas tratantes no muestran interés en la afectación del derecho a la identidad del menor y sobre todo el derecho que este conozca su origen biológico, razón por el cual es necesario tener alcances y límites para la utilización de la técnica de inseminación artificial o cualquier otra técnica, pues deja a la vista el vacío normativo que muestra el art 7 de la Ley N° 26842.

4.1.6. La maternidad subrogada y vientre de alquiler respecto al derecho a la identidad del menor

4.1.6.1. Maternidad subrogada

La maternidad subrogada²⁶ entendida como aquel método en la cual una mujer cede voluntariamente su vientre a fin de llevar a cabo la gestación de un

²⁶ Se considera “madre subrogada, como aquella que ha cedido su útero para la gestación de un embrión.” (Aguilar Llanos, 2017, p. 119)

Para tener en claro, cuando hablo de maternidad subrogada no significa que la mujer sería infértil o no pueda concebir un niño. A veces tenemos que hay mujeres que van a producir óvulos fértiles, pero lo que no pueden es llevar el embarazo por problemas en su salud, el aborto involuntario; razón por el cual necesitaría de otra persona para que puede llevar a cabo la gestación del embrión fecundado in vitro con su propio material genético. (Bergel & Minyersky, 2004, p. 152-153)

El doctor Varsi (2013), nos alude a la existencia de una infertilidad total por la mujer, no produce óvulos fértiles y además que no pueda gestar; es decir hay deficiencia ovárica y uterina, motivo que lleva a la pareja buscar una mujer que cumpla con aquellas funciones. (p. 578)

Ahora bien, cuando tenemos una mujer infértil que puede ser parcial o total, los casos son diferentes; 1° deficiencia parcial; la deficiencia puede ser, a) deficiencia ovárica: el material genético puede ser aportado por una tercera persona; o, b) deficiencia uterina: la gestación sería llevada a cabo por una tercera persona, es allí donde surge la figura de maternidad subrogada.

2° deficiencia total: la deficiencia ovárica y uterina encuentra su solución de la siguiente manera: a) cuando el material genético sería brindado por la mujer que también llevaría a cabo la gestación; o, b) el material genético sería dado por una tercera persona quien sería la madre genética, y la gestación lo realizaría una mujer distinta siendo considerada madre gestante.

Ahora bien, el tema trata de la mujer que llevaría a cabo la gestación de otra, a lo que Michele Sesta citado por Goyena Copello (2002), considera:

Una mujer adquiere la obligación de llevar a término un embarazo por cuenta de una pareja estéril, a la que se compromete a entregar al niño una vez nacido; asimismo la mujer subrogante que se presta a ello puede ser fecundada con el semen del marido o puede recibir el implante de un embrión ya concebido in vitro. (p. 118)

ser humano denominado concebido ha pedido de terceras personas (una pareja) que tiene problemas con la gestación, sin tener algún beneficio económico.

Al respecto a la maternidad²⁷ y su importancia que tiene dentro de la sociedad y el Estado para la conformación de la familia nuclear o tradicional, ha llevado a diferentes parejas tanto matrimoniales y no matrimoniales a optar por la utilización de las TRA para lograr el sueño de una descendencia propia.

A. Modalidades de maternidad subrogada

Fernando Alarcón Rojas, que es citado por Goyena Copello (2002), considera la existencia de dos modalidades:

- i) La maternidad por “*simple sustitución*”, que consiste en que la mujer que gesta y que da a luz aporta al proceso su material genético puesto que es la productora del óvulo fecundado.

²⁷ La maternidad comprendida como el estado de ser madre, y por otro lado se entiende como subrogada, a la sustitución de una persona que entra en remplazo de otra. A lo que llego a entender que es el remplazo de una mujer que llevaría a cabo la función materna – madre.

Ahora bien, definamos la maternidad subrogada, primero definiré el concepto de que se entiende por madre:

Madre es la “Mujer que ha tenido uno o varios hijos.” (Lexus Diccionario Enciclopédico Color, 2004, p. 572); o “Hembra que ha parido.” (Gispert, 1997, p. 994)

Por su lado, la doctrina considera que, “...madre es una calidad jurídica que el ordenamiento atribuye a una mujer porque ella ha sido la generante biológica de un ser humano.” (Goyena Copello & al, 2002, p. 133)

Asimismo, es “La mujer que ha tenido uno o más hijos. En relación con el hijo, constituye el primer grado de parentesco consanguíneo de la línea recta femenina ascendente.” (Ossorio, 2010, p. 570)

- ii) La maternidad por “*sustitución en la gestación*”, que consiste en que la mujer que gesta y que da a luz no aporta al proceso su material genético puesto que no es la productora del óvulo fecundado. (p. 130)

B. Clases de maternidad subrogada

He creído conveniente clasificar a la figura jurídica de maternidad subrogada en tres clases de madres:

a) Madre gestante

El maestro Benjamín Aguilar (2018), sostiene que “... la madre biológica, aquella que gestó y alumbró ...” (p. 119) al niño, para luego entregarlo a la pareja tratante.

De lo aludido anteriormente, se complementa al decir que es “La mujer que va a convertirse en portadora se obliga generalmente a entregar al niño nacido a la pareja tratante cuyos gametos se unieron en la probeta.” (Bergel & Minyersky, 2004, p. 153)

b) Madre genética

Debemos entender por “... madre genética aquella que cedió su óvulo, ...” (Aguilar Llanos, 2017, p. 119), el cual será implantado a la madre biológica o gestante.

Complementando la idea inicial, tenemos a Bergel y Minyersky (2004), quienes consideraban que es la mujer que ha donado sus óvulos para que sean fecundados por el espermatozoide que no es de su marido, sino el esposo de otra. (p. 153)

c) Madre legal o social

Por último, tenemos a la “... madre legal si el convenio se celebró entre una pareja de cónyuges y la mujer que cede su vientre.” (Aguilar Llanos, 2017, p. 119); es decir la madre legal viene hacer la mujer tratante dado que ella en forma conjunta con su pareja celebraron un acuerdo con la mujer subrogante sea verbal o escrito para que gaste.

En resumidas cuentas, esta clase de madre, también considerada como “... madre social no aporta ni material genético ni es gestante...” (Bergel & Minyersky, 2004, p. 153)

4.1.6.2. Vientre de alquiler

El vientre de alquiler²⁸ es un contrato que realiza una mujer con una pareja tratante (son personas que padece de problemas de infertilidad), permitiendo la prima que se le implante en su vientre un embrión o se le implante gametos con el objeto de que realice el proceso de gestación y que al finalizar entregue al niño a la pareja tratante a cambio de una compensación económica.

A. Un análisis al acto jurídico del contrato de vientre de alquiler

Antes de consignar los aportes doctrinarios debemos primero desarrollar el punto de los acuerdos o contratos de vientre de alquiler con la finalidad de entender más a profundidad esta figura jurídica que no está regulada en su totalidad por nuestro marco legal, incluso nos sirve para comprender los problemas que actualmente se tiene y del porque se rechaza este tipo de actos.

En primer plano, debo definir que es un contrato que para nuestra legislación es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial según lo prescrito por el art 1351 del C.C.

El contrato de vientre de alquiler tiene como objeto prestar el servicio de la gestación para el desarrollo del embrión, y que cuya contraprestación es el pago

²⁸ Enrique Varsi (2013), considera que la mujer que presta su vientre es considerada madre portadora, ya que la mujer tratante puede generar óvulos, sin embargo cuenta con una deficiencia uterina o física lo que impide llevar a cabo su gestación, de esta manera busca a una mujer quien pueda realizar el proceso biológico del embarazo. (p. 581)

Antes de darle una definición a esta figura jurídica es bueno tener en claro los siguientes puntos:

La definición de *alquiler* en lo jurídico es el “Precio o renta del contrato de arrendamiento de bienes inmuebles, muebles o semovientes” (Ossorio, 2010, p. 66)

Por otro lado, tenemos que es el “Precio en que se alquila alguna cosa”, lo que viene ser necesario definir que es alquilar el cual se entiende como “Dar a otro alguna cosa para que use de ella, mediante el pago de una cantidad.” (Gispert, 1997, p. 70)

Por otro lado, la definición de *vientre* que es considerada como “... cavidad corporal del hombre posee significado jurídico por equipararla a feto, cuando una mujer está embarazada...” (Ossorio, 2010, p. 990)

por el servicio. Sin embargo, la doctrina y opiniones sociales basadas en la moral y ética cuestionan estos contratos por no ser de carácter patrimonial, y que por lo tanto no podría ser consideras un contrato.

Por el contrario, desde mi perspectiva y en aplicación del literal a numeral 24 del art 2 de la Constitución concluyo que este contrato al no estar prohibido por algún base legal contrario sensun está permitido, por lo que sería un contrato atípico.

Ahora bien, la definición de contrato sería el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica.

Para la celebración de un contrato debemos tener en cuenta los elementos y requisitos del acto jurídico negocial que es aplicable a cualquier contrato²⁹, los cuales los hallamos prescritos por el art 140 del C.C.:

El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere:

1. Agente capaz.

²⁹ “... resulta claro que el contrato: i) debe ser celebrado por *sujetos* (las partes) que tengan *capacidad* para contratar; ii) estos sujetos deben emitir una *declaración de voluntad común*, la misma que debe ser *concordante*, es decir, que lo quieren las partes debe corresponder con lo que declaran en conjunto y, desde luego, con lo que cada una de ellas se ha formado previamente como voluntad interna individual; iii) debe tener un *objeto*, y este debe ser *posible*, tanto físicamente como jurídicamente; iv) debe estar encaminado hacia una *finalidad*, y esta debe ser *lícita*; y v) por último, solo cuando la ley lo señala expresamente y bajo sanción de nulidad, el contrato debe cumplir con una *formalidad* específica a efectos de su validez.” (Muro Rojo, 2016, p. 8)

2. Objeto física y jurídicamente posible.
3. Fin lícito.
4. Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad.

La manifestación de voluntad, como aquella externalización del querer interno del sujeto en dar pie a crear una relación jurídica, en la que concurre elementos internos (discernimiento, intención y libertad)³⁰ y elementos externos (manifestación), de los cuales la mujer prestadora del vientre y la mujer o pareja tratante deben manifestar su voluntad, y como apreciamos de las sentencias referidas podemos ver que bien es por escrito o verbal, “dando pie a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas”³¹.

Por otro lado, en cuanto al **agente capaz**, entiéndase que es aquel sujeto que va a tener un “... goce de suficiente madurez y lucidez mental que le permita discernir sobre el acto que realiza y sus alcances.” (Torres Vásquez, 2008, p. 163). Lo cual es aplicado a todos las partes que celebran el contrato, sin

³⁰ A continuación, paso a conceptualizar los puntos referido a los requisitos del elemento interno de la manifestación de voluntad, los cuales son: **Discernimiento**: “... se puede distinguir el bien del mal y entender el alcance, el valor y las consecuencias de cualquier acto.” (Ossorio, 2010, p. 334); **intención**: “Determinación de la voluntad en orden a un fin. Deseo, voluntad...” (Gispert, 1997, p. 872) y **libertad**: “Estado existencial del hombre en el cual éste es dueño de sus actos y puede autodeterminarse conscientemente sin sujeción a ninguna fuerza o coacción psicofísica interior o exterior.” (Ossorio, 2010, p. 553)

³¹ En este punto desarrollaremos las funciones del contrato, iniciando por la función creadora: “Respecto de la primera puede decirse que, salvo las limitaciones legales, mediante el contrato se puede crear toda clase de obligaciones, utilizándose, utilizándose para ello tanto los contratos típicos como los atípicos.

Respecto de la función regulatoria, esta debe entenderse como la utilización de un contrato para precisar los alcances de la relación jurídica creada por un contrato previo o cualquier otra fuente de las obligaciones ya sea para interpretarlo o estableciendo reglas de detalle, que sin construir una modificación no estaban precisadas en la relación jurídica original.

Por su parte, la función modificatoria permite utilizar al contrato para variar parcialmente la relación obligacional nacida de un contrato previo, dejando subsistentes determinadas disposiciones contractuales, por lo que – pese a las modificaciones de contenido – la relación obligatoria sigue siendo la misma.

Por último, tenemos la función extintiva, por la cual el contrato tiene por objeto resolver una relación jurídica patrimonial existente entre las partes, cualquiera sea la fuente de ella. A esta función extintiva se le conoce como distracto.” (Avendaño Valdez, 2013, p. 114)

embargo, considero que en el caso de la mujer prestadora del vientre no debe ser una persona con algún padecimiento físico o mental, a fin de que no sean manipuladas para realizar el procedimiento de gestación ni poner en riesgo la integridad física ni la vida de estas mujeres.

Además, no solo debe ser tomado en cuenta la capacidad en este tipo de contrato sino también la edad de la mujer prestadora del vientre, tomándose en cuenta el nivel reproductivo de la mujer, siendo idóneo que las mujeres prestadoras de vientre tengan una edad entre “20 a 30 años, pues a partir de los 30 años la fertilidad de la mujer va disminuyendo gradualmente”³² de tal manera se evite atentar contra la integridad física de la mujer gestante.

El nivel o la capacidad reproductiva de la mujer debe ser considerada dentro del agente capaz como un requisito para realizar la prestación del servicio de la gestación, y no ocurra como en el caso sobre maternidad subrogada en la que la madre subrogante era una mujer de la tercera edad que al someterse al proceso de fecundación in vitro el cual fue exitoso, dio a “luz a un bebe de 7 meses y 20

³² “La mejor edad reproductiva de una mujer es cerca de los 20 años. La fertilidad disminuye gradualmente a partir de los 30 años, sobre todo después de los 35 años. Cada mes que lo intente, una mujer sana fértil de 30 años tiene una probabilidad del 20% de quedar embarazada.” (American Society for Reproductive Medicine, 2013, p. 4)

días, debido a la hipertensión arterial³³ que sufrió a causa de su edad el cual era de 54 años”³⁴.

A lo referido al **objeto física y jurídicamente posible**, el doctor Aníbal Torres Vásquez (2008) señala que “El objeto del acto jurídico es la *relación jurídica* (arts. 140, 1351, 1402), a su vez, la relación jurídica tiene por objeto a la *prestación*, y la prestación tiene por objeto a los *bienes, los derechos, los servicios y las abstenciones*.” (p. 224)

Cuando hablamos del objeto del contrato de vientre de alquiler como ya lo mencioné sería el servicio de la gestación, por lo tanto, el objeto es físicamente posible³⁵ siempre y cuando la mujer tenga la capacidad reproductiva, lo concerniente a la jurídico al no tener una restricción para realizar el contrato además en aplicación del literal a numeral 24 del art 2 de la Constitución se consideraría permitido dicho negocio jurídico por lo tanto no habría nulidad del acto jurídico celebrado tal cual lo sanciona el inciso 3 del art 219 del C.C.

³³ La tensión arterial se mide en milímetros de mercurio (mm Hg) y se registra en forma de dos números separados por una barra. El primero corresponde a la tensión arterial sistólica, la más alta, que se produce cuando el corazón se contrae. El segundo corresponde a la tensión arterial diastólica, la más baja, que se produce cuando el músculo cardíaco se relaja entre un latido y otro. La tensión arterial normal en un adulto se define como una tensión sistólica de 120 mm Hg y una tensión diastólica de 80 mm Hg.

Sin embargo, los beneficios cardiovasculares de la tensión arterial normal se extienden incluso por debajo de esos niveles de tensión sistólica (105 mm Hg) y de tensión diastólica (60 mm Hg). *La hipertensión se define como una tensión sistólica igual o superior a 140 mm Hg y una tensión diastólica igual o superior a 90 mm Hg*. Los niveles normales de ambas, sistólica y diastólica, son particularmente importantes para el funcionamiento eficiente de órganos vitales como el corazón, el cerebro o los riñones, y para la salud y el bienestar en general. (Organización Mundial de la Salud, 2013, p. 17) (Cursiva agregada)

³⁴ Lo afirmado puede verificarse en el considerando decimo primero del Expediente N° 183515-2006-00113-0.

³⁵ A lo referido a la posibilidad física del objeto debemos entender que “La prestación, sea de hacer o de no hacer, debe estar dentro de las posibilidades física e intelectuales del ser humano ...” (Torres Vásquez, 2008, p. 254)

En cuanto a la “licitud del objeto”³⁶ en el contrato de vientre de alquiler es posible y también lícita pues no encuentra alguna restricción normativa que prohíba llevar a cabo el cumplimiento obligatorio del contrato es prestar el servicio de gestación el cual es la determinación de la prestación, por lo tanto, todo lo dicho referido a este acto jurídico esta conforme a lo prescrito por el art 1403 del C.C.

Por otro lado, para un acto y negocio jurídico sean “válidos y eficaces” deben cumplir con lo prescrito por el art V del Título Preliminar del C.C., que prescribe:

“Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres.”

Desde esta perspectiva referido al orden público debiendo ser entendida como:

“... un conjunto de normas jurídicas que el Estado considera de cumplimiento ineludible y de cuyos márgenes no puede escapar ni la conducta de los órganos del Estado ni la de los particulares, para lo cual

³⁶ “El objeto del acto jurídico es lícito cuando es conforme con el ordenamiento jurídico, es decir, cuando no transgrede normas imperativas, el orden público o las buenas costumbres.” (Torres Vásquez, 2008, p. 254)

el Estado compromete sus atribuciones coercitivas y coactivas, de ser necesario.” (Rubio Correa, 2008, p. 94)

Pero, en los casos de contratos de vientre de alquiler no se encuentra prohibida por ninguna base normativa y que en aplicación del literal a inciso 24 del art 2 de la Constitución se determinaría su licitud de este acto jurídico.

En cuanto a las buenas costumbres, el maestro Rubio Correa (2008) refiere que es necesario en su aplicación tener presente desde una mirada sociológica como aquella conciencia social espacial y temporalmente ubicada. (p. 107). Por tales motivos, este negocio jurídico actualmente es aceptado por la sociedad en las cuales muchas parejas en tratar su infertilidad acuden a diversas técnicas y métodos de reproducción.

No obstante, desde mi punto de vista si bien la sociedad y el Estado en el tema de resguardar el derecho reproductivo da por consentida dichos acuerdos el cual a mi consideración son lícitos y válidos como he venido demostrando, sin embargo, es necesario que se determine una ley especial que regule estos contratos asimismo se procure brindar al sujeto nacido bajo estas técnicas y métodos reproductivos la verdad biológica de su origen a fin de evitar posibles relaciones incestuosas y también conocer posiblemente enfermedades hereditarias, asegurando así su derecho a la identidad.

De todo lo mencionado en relación al objeto Torres Vásquez (2008) lo resume con las siguientes palabras: “... los requisitos o características del acto jurídico son los siguientes: Licitud, posibilidad física, posibilidad jurídica y determinación. Sólo si reúne los requisitos de licitud, posibilidad y determinación, el acto es válido y eficaz.” (Torres Vásquez, 2008, p. 253)

Cuando se dice que el acto o negocio jurídico debe tener un **fin lícito**, no es otra cosa que la finalidad o fin que persiguen las partes al celebrar un acuerdo o contrato, a lo que el referido tema de vientre de alquiler la finalidad que persiguen las partes son la conformación de la familia y procurar el derecho reproductivo de la mujer.

También hay tener presente la **forma del acto jurídico**, en el que el legislador a establecido lo siguiente en lo prescrito por el art 144 del C.C.

“Cuando la ley impone una forma y no sanciona con nulidad su inobservancia, constituye sólo un medio de prueba de la existencia del acto.”

De esta manera se ha determinado que si el contrato de vientre de alquiler no tiene una forma establecida por el legislador solo constituiría un medio probatorio para indicar la existencia de la relación jurídica entre las partes en la prestación del servicio de gestación, pero esto no quita que las partes puedan realizar alguna forma que ellas establezcan y que para el contrato la forma

representa un requisito el que tendría que ser por escrito tal como lo establece el art 1411 del C.C.

Y que a palabras de Torres Vásquez (2008), quien refiere que “El acto es jurídicamente válido cualquiera que sea la forma usada por las partes, eso es garantía de seguridad y celeridad en el tráfico comercial.” (p. 344)

De todo esto es necesario tener en cuenta la duración y la contraprestación del contrato de vientre de alquiler:

i. Duración: para la celebración de este contrato atípico la pregunta que surgiría es ¿sí el contrato de vientre de alquiler es necesario determinar un plazo para su cumplimiento?, la respuesta lo encontramos en el tipo de plazo, el cual es a plazo indeterminado por hecho que el cumplimiento del servicio de gestación se da con el nacimiento del niño, que viene puede ser a las 7 o llegar a los 9 meses, sea menos o más el proceso de gestación es lo que convierte al contrato a plazo indeterminado según lo prescrito por el art 1365 del C.C.

ii. Contraprestación: entendía como la “Prestación a la cual se obliga una de las partes, en los contratos bilaterales, para corresponder a lo ofrecido o efectuado por la otra; así, el precio frente a la cosa, la

remuneración frente al servicio (Sic. Der. Usual).” (Ossorio, 2010, p. 217).

Con lo que respecta al contrato de vientre alquiler el objeto al ser el servicio de la gestación, cuya prestación se va a cumplir con el nacimiento y entrega del menor a la pareja tratante, y está a la vez le correspondería efectuar el pago³⁷ respectivo por el servicio prestado por la mujer prestadora del vientre y dar por extinguida las obligaciones pactadas.

Todo lo desarrollado y el punto de vista que la gestación sea el objeto del contrato solo es posible cuando la mujer prestadora del vientre solo lleve a cabo la gestación y no aporte el óvulo. Por lo tanto, el contrato de vientre de alquiler en el Perú sería contrario a lo dispuesto por el art 7 de la Ley N° 26842, ya que ésta establece que para la utilización de las TRA es necesario que la condición de madre gestante y madre biológica recaiga sobre una misma mujer.

Sin embargo, en los casos en análisis tenemos varios problemas que se evidencia en la Cas N° 563 – 2011, en la cual la mujer prestadora del vientre también aporta el óvulo, siendo esta forma el problema principal de los contratos de vientre de alquiler y además de un cuestionamiento de tratar al niño con si fuera objeto de venta.

³⁷ Art 1220 del C.C., da una noción de pago el cual “Se entiende efectuado el pago sólo cuando se ha ejecutado íntegramente la prestación.”

Por estas razones al realizarse un contrato de vientre de alquiler y cumplir con lo establecido por el art 7 de la ley antes referida la mujer prestadora del vientre también aporte el material genético y al momento de entregar el niño a la pareja tratante, se estaría tomando al ser humano como un objeto del cual se puede comprar. Por tal motivo concluyo en esta parte que la única forma que es procedente realizar y llevara a cabo un contrato de vientre de alquiler es que la mujer solo lleve a cabo la gestación.

4.1.6.3. Diferenciación entre la maternidad subrogada y el vientre de alquiler

A continuación, desarrollaré las diferencias y semejanzas que existe entre la maternidad subrogada y el vientre de alquiler:

Cuadro n° 06

Las diferencias y semejanzas de la maternidad subrogada y el vientre de alquiler

DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS DE LA MATERNIDAD SUBROGADA CON EL VIENTRE DE ALQUILER		
Figura jurídica	Maternidad subrogada	Vientre de alquiler
Definición	Aquel método en la cual una mujer cede voluntariamente su vientre a fin de llevar a cabo la gestación de un ser humano denominado concebido ha pedido de terceras personas (una pareja) que tiene problemas con la gestación, sin tener algún beneficio económico.	Una mujer ha decidido permitir que se le implante un embrión mediante las TRA a encargo de una pareja tratante con el fin de llevar el proceso de gestación y que al nacimiento del menor sea entregada a la pareja a cambio de una contraprestación económica.
Objeto	Llevar el proceso de gestación y entregar al recién nacido.	Llevar el proceso de gestación y entregar al recién nacido.
Altruismo	Sí	No
Oneroso	No	Sí
Aporte	La gestación Donar material genético	Sólo llevar la gestación

Fuente: Elaboración propia del autor

Como podemos apreciar el procedimiento a realizar es lo mismo; sin embargo, la diferencia se encuentra en la contraprestación en la cual la maternidad subrogada no existe ello.

4.1.6.4. Comentario

La legislación peruana tiene la posición que madre es aquella mujer que ha dado a luz a un ser humano tal como lo prescribe el art 409 del C.C.

La maternidad extramatrimonial también puede ser declarada judicialmente cuando se pruebe el hecho del parto y la identidad del hijo. (*cursiva agregada*)

Por lo tanto, a lo determinado por el Código Civil podemos observar que no admite como idea que madre sea aquella mujer generante biológica de un ser humano, razón del cual esta norma es contraria al art 4 de la Constitución porque no se procuraría proteger a la familia ante el uso de la técnica inseminación artificial, según lo prescripto por artículo en mención el cual determina:

“La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.” (*cursiva agregada*)

La familia como lo define Varsi Rospigliosi (2011a) es "... la base de la estructura social y la sede de la plenitud de bienestar de los seres humanos." (p. 18), por tal razón las personas en su condición de pareja (esposos o cónyuges, convivientes, concubinos, etc.) buscan la realización en la conformación de su familia, pero que al tener problemas de infertilidad o cualquiera otra anomalía reproductiva recurren a las TRA y demás métodos reproductivos.

El utilizar técnicas de reproducción y el método de maternidad subrogada o vientre de alquiler por diferentes motivos no se debe limitar derechos filiales a la madre tratante o a la pareja tratante, por la simple postura legal que se tenga, puesto que se vería vulnerado la protección a la familia y otros derechos fundamentales del niño nacido bajo cualquier TRA, tal como es el caso del derecho a la identidad.

Por otro lado, tenemos que el art 6 de la Constitución el cual prescribe el derecho a la familia ligado al derecho reproductivo:

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 adecuados y el acceso a los medios, que no afecten la vida o la salud.

(...) (cursiva agregada)

En este artículo podemos identificar el reconocimiento del derecho reproductivo que tiene toda persona o la pareja en decidir libremente el número de hijos que desean tener, así como el derecho de alcanzar el nivel más alto de salud sexual y reproductiva por lo que el Estado promueve políticas públicas a fin de alcanzar y brindar información sobre planificación familiar.

En lo que concierne a la salud reproductiva³⁸ está relacionada con el problema de infertilidad que tiene las personas o parejas de hacer uso de un tratamiento informado, lo que implicaría que las TRA y métodos de reproducción (maternidad subrogada o vientre de alquiler) estarían permitidos a fin de tratar trastornos en la fertilidad de las personas, pero con el simple objeto de complementar los intereses familiares.

No hay que olvidar que el derecho a la identidad de las personas que nacen bajo estas técnicas se está viendo vulnerado, tanto el carácter objetivo como subjetivo, que por un lado en un proceso judicial varié el nombre del menor al designarse que familia es la idónea para que se le conceda la filiación, así mismo el carácter subjetivo el cual está ligado con la formación de la personalidad de

³⁸ Sentencia de 28 de noviembre de 2012, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el caso Artavia Murillo y otros VS Costa Rica, lo referente a la salud reproductiva se señala en el fundamento 149 lo siguiente:

(...) “conjunto de métodos, técnicas y servicios que contribuyen a la salud y al bienestar reproductivo, al evitar y resolver los problemas relacionados con la salud reproductiva.”

la persona y su identidad familiar a razón de ellos es que debe conocer la verdad biológica, evitando a futuro problemas sociales y de salud.

Por otro lado, debo indicar que los tratados internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su art 16 ha determinado lo siguiente respecto a la familia:

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

(...)

3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. (*cursiva agregada*)

Igualmente, lo ha prescrito la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su art 17 respecto la protección a la familia:

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, (...) (cursiva agregada)

Si la maternidad subrogada y vientre de alquiler como métodos reproductivos que facilitan alcanzar el nivel más alto del derecho reproductivo y utilizarlos siempre y cuando la finalidad sea complementar los vínculos familiares y patología en la fertilidad. Resaltando la evidente importancia que tiene la familia en la legislación nacional como internacional razón por el cual la maternidad biológica o genética en algunos casos debe ser tomada en cuenta (cuando el aporte del gameto femenino sea por parte de la pareja tratante), necesariamente teniendo presente el interés superior del niño en problemas al otorgar la filiación.

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre algunos alcances de la maternidad subrogada y vientre de alquiler respecto al derecho reproductivo (caso Artavia Murillo VS Costa Rica)

Para interpretar los derechos constitucionales se debe tener en cuenta las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al ser un tribunal internacional el cual servirá de ayuda para aclarar algunos contenidos y alcances de los derechos constitucionales tal como lo ha prestado el art V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional; por lo tanto a lo referido a las

TRA tenemos a la sentencia del 28 de noviembre de 2012, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en adelante la “Corte” sobre el caso Artavia Murillo (“fecundación in vitro”) y Otros VS Costa Rica, cuyos aportes son muy importantes en temas relacionados a la maternidad y al derecho reproductivo; en la que ha decidido que el tener hijos biológicos a través del acceso a técnicas de reproducción asistida forma parte del ámbito de los derechos a la integridad personal, libertad personal y a la vida privada y familiar.

A continuación, algunos puntos que he creído necesarios de tener en cuenta al respecto al utilizar las técnicas de reproducción como son la maternidad, derecho a fundar una familia y el derecho a la vida privada, lo que a pasó a desarrollar:

i) La Sentencia refiere en el fundamento¹⁴³ sobre la maternidad:

(...) la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres. Teniendo en cuenta todo lo anterior, la Corte considera que la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada³⁹ e incluye, en el presente caso, la decisión

³⁹ Sentencia de 28 de noviembre de 2012, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el caso Artavia Murillo y otros VS Costa Rica, concerniente al derecho a la vida privada se señala en el fundamento¹⁴³ lo siguiente:

(...) El concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior. La efectividad del ejercicio del derecho a la vida privada es decisiva para la posibilidad de ejercer la autonomía personal del *derecho a la vida privada es decidida para la posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevante para la calidad de vida de la persona. La vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás.* (Cursiva agregada)

de ser madre o padre en el sentido genético o biológico. (cursiva agregada)

La condición de madre el cual desea tener una mujer al originar una familia esta se ubica en la autodeterminación que tiene por la condición de ser humano. Cuando hablo de la autodeterminación estoy refiriéndome al derecho de libre desarrollo de la personalidad, que según García Toma (2013) la define:

“... ejercicio de una facultad que reconoce a cada persona la posibilidad de hacer uso de todas sus potencias físicas, intelectuales y morales en su propio beneficio. Ello a efectos de ‘coronar’ su realización integral como ser humano.

Mediante este derecho se busca asegurar la realización del plan de vida libremente escogido, y en donde el desarrollo de la persona es expresión de sus aptitudes, intereses, convicciones y deseos mediante su actuación o verificación en el seno de la sociedad.” (p. 162)

Las acciones que pueda realizar una mujer a fin de alcanzar la condición de madre por medio de la maternidad subrogada y vientre de alquiler en el uso de la técnica de inseminación artificial están protegidas por el derecho al libre desarrollo de la personalidad según

el enfoque de la Corte, a razón que tiene un beneficio e interés propio el cual es ser madre, procurar la descendencia, la integración familiar al contar con todos los miembros de una familia nuclear (papá, mamá e hijo).

Sin embargo, no hay que dejar de lado el derecho que tiene una mujer de decidir de forma voluntaria y sin coerción ayudar a otra a lograr la maternidad, además de tomar la decisión de llevar un embarazo de aproximadamente 9 meses ya sea de manera altruista o a cambio de una contraprestación económica (referido a la figura jurídica del vientre de alquiler), esta decisión de la mujer subrogante y mujer prestadora del vientre en la maternidad también se encontraría protegida por el derecho al libre desarrollo de la personalidad, dado que hay un interés bien sea espiritual o económico; siempre y cuando no se atente contra la vida e integridad del concebido y no se afecte derechos fundamentales.

De otro lado, no está de más la posición que tiene los magistrados del TC respecto del derecho al libre desarrollo de la personalidad, encontrado lo siguiente en la Sentencias recaída en el Exp N° 00032-2010-PI/TC, en su fundamento 22:

22. Así las cosas, el Tribunal Constitucional, tal como quedó establecido en la STC 2868-2004-PA, F. J. 14, considera que el derecho al libre desarrollo de la personalidad, encuentra reconocimiento en el artículo 2º, inciso 1, de la Constitución, que refiere que toda persona tiene derecho “a su libre desarrollo”, pues si bien en este precepto no se hace mención expresa al concreto ámbito que libremente el ser humano tiene derecho a desarrollar, es justamente esa apertura la que permite razonablemente sostener que se encuentra referido a la personalidad del individuo, es decir, a la capacidad de desenvolverla con plena libertad para la construcción de un propio sentido de vida material en ejercicio de su autonomía moral, mientras no afecte los derechos fundamentales de otros seres humanos.

Como bien se afirmó en la citada sentencia, el derecho al libre desarrollo garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad. Es decir, de parcelas de libertad natural en determinados ámbitos de la vida, cuyo ejercicio y reconocimiento se vinculan con el concepto constitucional de persona como ser espiritual, dotada de autonomía y dignidad, y en su condición de miembro de una comunidad de seres libres. (...). Tales espacios de libertad para la estructuración de la vida personal y social

constituyen ámbitos de libertad sustraídos a cualquier intervención estatal que no sean razonables ni proporcionales para la salvaguarda y efectividad del sistema de valores que la misma Constitución consagra.” (F. J. 14). (Cursiva agregada)

Puedo concluir que tanto la mujer tratante y la mujer subrogante y mujer prestadora del vientre, en el uso pleno de su derecho al libre desarrollo de la personalidad pueden llevar acabo el método de maternidad subrogada siempre y cuando no afecte interés de terceros como el uso no autorizado de material genético, no exista vicios en la voluntad, no exponer la vida de la mujer subrogante y no poner en peligro la vida del concebido, es de notar que hasta este punto no existe problema alguno respecto al derecho a la identidad del menor.

ii) La Corte en su fundamento 145, señala lo siguiente sobre del derecho a fundar una familia:

(...) el Comité de Derechos Humanos ha señalado que la posibilidad de procrear es parte del derecho a fundar una familia.

Lo que refiere la Corte respecto al derecho a fundar una familia en relación con la procreación en la cual toda mujer puede someterse en los usos de las TRA y cualquier otro método reproductivo a fin de poder

tener prole. La procreación se encuentra dentro del derecho reproductivo que tiene toda persona a fin de alcanzar el nivel más alto en la calidad de salud reproductiva, sin embargo debo hacer hincapié que no existe problema en la inseminación artificial al momento de la fecundación, ya que no tiende a crear embriones, pero los conflictos suscitan cuando existe cuando el interés económico es mayor por la pareja prestadora del vientre al momento de entregar al menor a la pareja tratante a lo que niegan realizar el trámite correspondiente para otorgar la filiación del niño nacido bajo esta técnica, vulnerándose así el derecho a la identidad ente los procesos judiciales.

iii) Un último aporte que es propicio resaltar es el derecho a la vida privada aludido en el fundamento 146:

(...) el derecho a la vida privada se relaciona con: i) la autonomía reproductiva, y ii) el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer este derecho.

El derecho a la vida privada que tienen las mujeres en utilizar cualquier método o técnicas de reproducción para lograr ser madres, lo que solo se debe tener en cuenta es la autodeterminación de la mujer en acudir a cualquier centro médico que brinde servicios de reproducción

asistida, para hacer uso de su derecho a la salud reproductiva, con una única condición que la manifestación de voluntad no tenga vicios.

Finalmente puedo decir, que la mujer tratante puede hacer uso de las TRA o cualquier otro método reproductivo a fin de poder cumplir su sueño de ser madre, todo esto en amparo en el derecho de fundar una familia, derecho a la vida privada y el derecho al libre desarrollo de la personalidad, y además que este último derecho también permite a la mujer subrogante y mujer prestadora del vientre poder llevar a cabo el embarazo y someterse a las TRA ya sea por altruismo o dinero.

¿Realmente la maternidad subrogada y vientre de alquiler se encuentra permitida en la legislación peruana?, pues muchos comentarios y opiniones tanto doctrinales como sociales han surgido en 2018 a causa del caso de una pareja chilena que fueron detenidos en Perú al querer llevar a dos recién nacidos a su país⁴⁰, no obstante, la mujer que dio a luz a los niños afirma no ser la madre de estos porque no fueron sus gametos los utilizados en el procedimiento de FIV y que solo había aportado el vientre.

Ahora bien, el art 7 de la Ley N° 26842 es la única base legal que regula el uso de las TRA, y prescribe lo siguiente:

⁴⁰ La información fue extraída de un artículo del diario El Comercio publicado el 05 de 09 de 2018, que tiene como título “Caso de esposos chilenos: peruana asegura que alquiló, su vientre” para más información véase la siguiente página web: <https://elcomercio.pe/lima/sucesos/caso-esposos-chilenos-peruana-asegura-alquilo-ventre-noticia-554059>

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. (Cursiva agregada)

Tal como podemos observar este artículo determina que la maternidad subrogada y vientre de alquiler están permitidos cuando y sólo cuando la madre genética y madre gestante sea una misma mujer, por consiguiente, no estaría permitido llevar a cabo este método si el padecimiento de la mujer tratante es parcial, ya que implicaría que esta puede aportar bien sea material genético (óvulo) o llevar la gestación, y la condición es clara sobre el estado de la mujer.

La mayor parte de la doctrina muestra estar de acuerdo con la utilización del método de maternidad subrogada, pero sugiriendo algunos criterios para su aplicación, por lo que a continuación veremos las diversas opiniones doctrinales.

Para Cárcaba Fernández que es citado por Enrique Varsi (2013a) considera que la maternidad subrogada es un acto jurídico ilícito por las siguientes razones:

- Objeto física y jurídicamente imposible.
- Fin ilícito.
- Atenta contra el ordenamiento público, pues se comercializa con el cuerpo humano.
- Es contrario a la ley al contrariar las normas naturales de la filiación.
- Es un fraude a la institución de la adopción.
- Es contrario a la moral y a las buenas costumbres, se asemeja al contrato de prostitución.
- Tipifica casos delictuales como el tráfico de niños, fingimiento de preñez, suposición de parto, alteración de la filiación y del estado civil, falsos reconocimientos. (p. 435)

Lo concerniente a este punto, lo que respecta a la maternidad subrogada y vientre de alquiler no cabría considerar que es un objeto física y jurídicamente imposible y que el fin es ilícito, pues los deseos de maternidad y la disposición de la mujer subrogante o mujer prestadora del vientre se ampara en el derecho al libre desarrollo de su personalidad. Además, hay que recordar que el derecho reproductivo que tiene las parejas en poder acudir a la prestación de servicios de más alta calidad sobre salud reproductiva, a fin de tratar su infertilidad reconocido también por el art 7 de la Ley N° 26842 y el art 6 de la Constitución, por tales razones no habrá un fin ilícito.

En el caso de la comercialización del cuerpo humano, en la maternidad subrogada no existe una contraprestación económica dado que la mujer subrogante lo realiza con un fin altruista, por tal motivo los argumentos utilizados por este autor encuentran un desarrollo social y contextual amparado en el derecho reproductivo que toda persona tiene.

Miranda Luna (2002) refiere que el contrato de vientre de alquiler en la que el ser humano el cual se esté gestado o se gestaría, se convertiría en la cosa o materia al realizarse un contrato, a lo que no puede llegarse a tratar a un ser humano como un objeto del cual se obtenga un beneficio económico, razón por el cual no puede realizarse ningún negocio jurídico. (p. 130)

Por otro lado, el doctrinario Cieza Mora (2016) quien considera que la maternidad subrogada deba ser aplicada siempre y cuando cuente con restricciones en el acceso y no se cumpla caprichos de mujeres que no desean tener los padecimientos de un embarazo ni menos la del parto; una pareja acude a las TRA y métodos reproductivos por la simple razón de padecimientos de infertilidad y como última alternativa recurren a estas a fin de ser padres, por lo que acuden a una tercera mujer para que lleve en su vientre a su hijo. (p. 172)

Por consiguiente, cualquier acto de vanidad, estética u homosexualidad no debe ser admitida por lo que comparto la idea de doctor Cieza a fin de que en las clínicas se lleve un control riguroso a las parejas que se someten a las técnicas de reproducción asistida o método (maternidad subrogada y vientre de alquiler) a fin de que se procure tratar un padecimiento en la fertilidad.

Esta restricción en la aplicación de las TRA y más aún en la maternidad subrogada y vientre de alquiler se justifica en el derecho reproductivo y esta a su vez en la base de la familia o el derecho a fundar una familia, en la cual va a tener consecuencias jurídicas al concebir un hijo como son (filiación, patria potestad, tenencia, obligaciones alimentarias, derechos sucesorios, etc.), por tales razones debe restringirse la aplicación de la maternidad subrogada y vientre de alquiler con fines distintos a la imposibilidad de gestar, con el simple objeto de evitar conflictos judiciales a futuro y poder garantizar así los derechos de los menores que nacen bajo estas técnicas, por lo que reitero que hace necesario una ley especial que lo regule.

De esta manera se debe tener en cuenta que según el art 7 de la Ley N° 26842 solo estaría permitido la maternidad subrogada total ya que la condición madre gestante y madre biológica debe recaer en una misma mujer, lo mismo aplica en los contratos de vientre de alquiler; que a mi parecer el legislador quiso evitar de alguna manera problemas jurídicos en los casos de filiación del menor nacido bajo las TRA.

Por lo que Nelly Minyersky (2004) considera lo siguiente para resolver los problemas de filiación en la cual tendrán que ver mucho las pruebas bilógicas, diciendo lo siguiente: “en las acciones de filiación se admitirán toda clase de

pruebas, incluso las biológicas, las que podrán ser decretadas de oficio o a pedido de parte.” (p. 137)

No obstante, hay que recordar que nuestra legislación tiene la postura que la condición de madre tendrá la mujer que dio a luz al niño – art 409 del C.C., de cualquier modo “... los postulados constitucionales y legales referentes al estado civil se desprenden que en esta materia impera el principio de la prevalencia de la verdad jurídica sobre la verdad biológica.” (Alarcón Rojas, 2002, p. 135)

Que a mi parecer debe dejarse de lado las posturas legales que tenga un Estado y opte en razones más objetivas que favorezca principalmente al recién nacido y poder garantizar así sus derechos como el de identidad, filiación, hereditarios, etc., además que con sano criterio al determinar la filiación en casos de conflictos entre la pareja tratante y la madre subrogante o mujer prestadora del vientre se debe tener en cuenta dos criterios el primero la prueba biológica y el principio del interés superior del niño, puesto que este último garantiza la protección de sus derechos fundamentales, porque el conflicto trata de su destino y está en juego su identidad.

Porque hay que tener presente que la mujer que llevará en su vientre a un ser humano será por 9 meses aproximadamente y de los cuales puede desarrollar y sentir afecto con el recién nacido motivo por el cual no se puede tomar con la simple decisión de una prueba biológica, por lo tanto, a mi parecer debe

considerarse el interés superior del niño y el ambiente familiar armónico para el desarrollo pleno del menor.

Pues como se sabe la “...filiación es un estado de familia asignado por ley que goza la persona como consecuencia directa de la procreación. Por esta surge un nuevo sujeto de derecho que se relaciona con sus progenitores, con los demás individuos y con el Estado.” (Varsi Rospigliosi, 2013, p. 63), cuando el proceso es natural, pero en las TRA esto cambia ya que tenemos a una mujer que lleva el embarazo que es un ser humano que también tiene emociones y sentimientos razón por el cual se debe resolver cualquier problema en base a los intereses del menor.

Por su parte Sesta (2002) afirma que “No cabe duda de que el criterio del parto no permite plenamente que la verdad natural se convierta también en la verdad legal” (p. 121). A lo referido anteriormente es necesario tener en presente que los autores más desarrollan la importancia de determinar y designar la paternidad de un niño nacido bajo las TRA, que el bienestar de este en torno a la familia.

Asimismo, la maternidad subrogada es una figura diferente al vientre de alquiler, razón por el cual no debe haber confusión ya que su diferencia es la existencia del altruismo en una y no en la otra. Traigo también a colación que esta figura jurídica si se encuentra regulada por el art 7 de la Ley N° 26842,

permitiendo únicamente la maternidad subrogada total lo que es aplicable también al vientre de alquiler.

El amparo de la utilización de este método es el derecho a fundar una familia y el derecho reproductivo; así mismo el derecho al libre desarrollo de la personalidad que tiene tanto la pareja y mujer tratante al igual que la mujer subrogante y mujer prestadora del vientre en someterse a este procedimiento.

Además, que la presencia de esta figura el Estado debe flexibilizar su postura en cuanto a la maternidad, ya que madre ya no es solo la mujer que da a luz a un ser humano.

Miranda Luna señala el problema emocional de la madre gestante o en este caso la mujer prestadora del vientre en la cual aparecería las deficiencias en la naturaleza y objeto de la relación jurídica contractual por lo siguiente:

“... al darse el caso que la madre que ha llevado por nueve meses en su vientre se dificulta la posibilidad de exigir el legal cumplimiento de tal acuerdo, que objetivamente fue otorgado en condiciones físicas, emocionales y materiales completamente diferentes a las que se presentan una vez acontecido el alumbramiento. No es propio de los sistemas legislativos intervenir o medir entre las partes otorgantes de un acuerdo que implique negociaciones sobre un ser humano...” (p. 303)

De lo referido sucedió en el caso de la Cas N° 563 – 2011, en la que se comprobó que había una contraprestación, el niño fue entregado a la pareja tratante, pero días después la mujer prestadora del vientre y además madre biológica del niño, desiste junto a su pareja no dar al menor en adopción.

Sin embargo, el caso ya en proceso judicial se probó que la mujer prestadora del vientre también madre biológica y su pareja, primero habían realizado dicho acuerdo con fines económicos; segundo que había extorsiones a cambio de la vida del menor para su desarrollo normal en la gestación contra la pareja tratante, y por último la madre biológica y su pareja querían más dinero para dar en adopción al menor; dando todo esto en vulneración al derecho fundamental a la identidad del menor.

A lo que el doctor Juan Espinoza Espinoza (2006) en estos casos nos recomienda “El único derecho que le queda a esa pareja es el de pedir la reparación civil correspondiente: indemnización por daños y perjuicios y reparación por el daño a la pareja o moral si los hubiere.” (p. 141)

Que a mi parecer no es la salida correcta en los casos de contratos de vientre de alquiler o maternidad subrogada, pues si bien es cierto la mujer al tener aproximadamente 9 meses al niño desarrolla emociones y sentimientos que tal vez no son comprobables ni medibles; no obstante, el actuar de las partes ante

estas situaciones debe ser tomado en cuenta para la decisión de un proceso judicial y principalmente sobre todas las cosas el interés superior del niño.

Como en muchos casos que tal vez no son judicializados es lo que ocurre al no estar legamente desarrollado a plenitud tanto las TRA, maternidad subrogada y el contrato de vientre de alquiler, que al parecer viene tratándose al concebido y al niño como si fueran un objeto, cosa o bien del cual se puede sacar un provecho económico a costas de la infertilidad de una pareja que solo desea fundar una familia.

Por esta razón la consideración del doctor Juan Espinoza, no viene hacer la salida más idónea del caso, ya que no se trata de un simple contrato o acuerdo, acá está en decisión el futuro de un ser humano, y que a mi idea solo quedaría devolver todos los gastos realizados por la pareja tratante, así como la contraprestación si la hubiere por parte de la mujer prestadora del vientre y mujer subrogante, pero mas no habría una indemnización por el simple hecho de su condición de madre y la aplicación del derecho tuitivo.

Una de las opiniones más resaltantes es de Miranda Luna (2002) quien considera algunos requisitos para que se lleve a cabo los contratos de vientre de alquiler los cuales son: impedimento fisiológico para gestar de la mujer tratante, no debe ser aceptado realizar estos contratos por vanidad, la estética, la homosexualidad, las circunstancias laborales, el sólo arbitrio, la situación

económica, etc., el amparo de realizar los contratos de vientre de alquiler es el derecho reproductivo de la pareja tratante. (p. 132 - 133); aplicado también a la maternidad subrogada.

Por las consideraciones anteriores se hace “... necesario que nuestro ordenamiento jurídico acepte este tipo de prácticas y valide los contratos, los cuales, deben ser claros y favorecer a las dos partes y, lo más importante, velar por el interés superior del niño.” (Amado Ramírez, 2017, p. 191). Ya que actualmente el contexto social está que supera al derecho lo que éste debe ser dinámico al cambio social para así regularla y garantizar una protección mínima a las personas más agraviada.

Y para finalizar tenemos en los casos de filiación más que la prueba biológica siempre debe primar el interés superior de niño y no la condición paterna de las personas en discusión.

Porque la creación de una ley específica facilitaría el uso de este método sin tener que recurrir a procedimientos de adopción para poder registrarlo con hijo propio al menor, asimismo se evitaría los casos de extorciones a las parejas tratantes, el uso indebido de material genético, los procesos judiciales en impugnación de maternidad, etc., protegiendo sobre todo la identidad del menor.

4.1.7. Las clases de la técnica de reproducción asistida de inseminación artificial concerniente a la afectación positiva y negativa del derecho a la identidad

Dentro de la inseminación artificial se tiene dos divisiones o clases, en una parte la TRA de inseminación artificial homologa y la TRA de inseminación artificial Heteróloga que a continuación paso a desarrollar:

4.1.7.1. Técnica de inseminación artificial homóloga

“Se entiende por técnica homóloga aquella en la que tanto el espermatozoide como el óvulo proceden de la pareja que se somete a la técnica ...” (Santamaría Solís, 2000, p. 38), siendo de esta manera que sus gametos son de la propia pareja sometida al procedimiento de fertilidad, por lo que, son los padres biológicos del nuevo ser (concebido).

No todo es felicidad en esta técnica, dado que puede darse el supuesto, de inseminación artificial post mortem, es decir que existen gametos de la pareja, el cual están crioconservados, uno de ellos muere, la otra (o) decide proceder con el tratamiento de fertilidad, la duda que nos surge es, ¿sí el nuevo ser debe o no ser considerado hijo o no del difunto?, y ¿Cabría la posibilidad de considerarlo heredero? (Bisco, 1987, p. 802)

4.1.7.2. Técnica de inseminación artificial heteróloga

“Se entiende por técnica heteróloga aquella en la que ya sea uno de los gametos (óvulo o espermatozoide) o ambos, proceden de donantes ajenos a la pareja.” (Santamaría Solís, 2000, p. 38). Siendo diferente a la anterior, consecuentemente el concebido puede tener una conexión o nexo biológico con sus padres o no, puede ser que uno de ellos se encuentre imposibilitado y tengan que recurrir a un tercero para que le done o venda el gameto faltante.

En esta clase de procedimiento puede llevar a problemas desde el punto de vista jurídico y sociológico, como determinar la filiación del niño que va a nacer, sus alimentos, su posible derecho sucesorio y sumado a esto el conocimiento de su origen biológico, más aún cuando esta atente contra las buenas costumbres y el orden público.

Pues este procedimiento da pie a negociaciones con fines económicos con terceras personas para la obtención de gametos y hasta el alquiler de un vientre (métodos de maternidad subrogada y vientre de alquiler), ejemplo de ellos la Casación N° 563-2011-Lima.

Todos estos supuestos vulneran el derecho fundamental de a la integridad tanto física como psíquica del niño, cuando sepa que puede tener varios padres (tres a más padres biológicos y una madre que solo lo llevo por nueve meses),

sin embargo, hace necesario que el menor conozca la verdad sobre su origen biológico sabiendo quienes serían sus progenitores tanto biológicos y legales.

En este tipo de procedimiento existe otra preocupación y es el supuesto de la integridad física el cual se podría ver afectado por las diversas combinaciones del material genético, teniendo como resultado malformaciones o alguna enfermedad hereditaria.

Las parejas matrimoniales o las uniones de hecho o convivientes, que no presten su consentimiento para la realización de esta técnica están incumpliendo lo prescrito por el art 7 de la Ley N° 26842, en cuanto a la formalidad de expresar la voluntad de someterse a las TRA.

A estos problemas Luigi Lombardi citado por Varsi Rospigliosi (1995), considera la revisión de ciertos requisitos para someterse a esta técnica de reproducción asistida que es:

- “a) La infecundidad de la pareja (no superable ni siquiera con la Fecundación Extra-corpórea)
- b) La existencia de un grave riesgo de transmisión de tara hereditaria
- c) Que la pareja sea capaz de adoptar y
- d) Que precisamente haya realizado de manera infructuosa un procedimiento de adopción.” (p. 63)

No se comparte la idea de considerar las restricciones antes referidas, dado que, al existir un medio alternativo de solucionar la infertilidad, se debe optar por éste, cabe la posibilidad que sea uno de la pareja que padezca de este mal.

Al obligar realizar la adopción de niños a las parejas tratantes antes de agotar el sometimiento de las TRA estaríamos vulnerado su derecho al libre desarrollo de su personalidad y el derecho reproductivo, asimismo se afecta uno de los fines del matrimonio que es la procreación⁴¹ (la descendencia), además la familia se agrupar por medio de afecto⁴².

Sin embargo, se debe considerarse como restricción la aplicación de las técnicas de reproducción asistida a las mujeres solteras, mujeres mayores de edad que se encuentren superando los 45 años, dado que se pondría en peligro su vida y del concebido o causarse daño a la integridad física de ambos.

Ahora bien, ya explicado de manera clara de que trata las clases de la técnica de inseminación artificial, a continuación, paso a desarrollar la relación los modos de afectación del derecho a la identidad del menor, por lo que he creído conveniente citar un cuadro elaborado por Gayosso y Navarrete citado por Espinoza Espinoza

⁴¹ Fernández Clérigo, citado por Gallegos Canales y Jara Quispe (2015, p. 42), que considera que el matrimonio “se dirige a tres fines sustanciales; procreación y perfección de la especie, mutuo auxilio y mejor cumplimiento de los fines de la vida”

⁴² “El derecho de familia busca la protección de la institución entendida como el conjunto de individuos que comparten una vida bajo semejante escala de valores en los que el afecto es su principal razón de integración.” (Varsi Rospigliosi, 2012)

(2006), que ejemplifica y advierte sobre la problemática jurídica de las clases de la técnica de inseminación artificial y fertilización in vitro en torno a la filiación, mencionando una serie de casos que esquematizó en el siguiente cuadro.

Cuadro n° 07

Problemática jurídica de las clases de la técnica de inseminación artificial y fertilización in vitro en torno a la filiación

CASO	SEMEN	ÓVULO	ÚTERO	FILIACIÓN
1	Tercero	Esposa	Esposa	Natural de la madre y legal del padre (adopción)
2	Esposo	Esposa	Tercera	Natural de ambos (sui generis)
3	Esposo	Tercera	Tercera	Natural del padre
4	Tercero	Mujer soltera	Mujer soltera	Natural de la madre

Fuente: Elaborado por Gayosso y Navarrete citado por Espinoza Espinoza (p.150)

Un aporte que puedo hacer al cuadro muy bien desarrollado por Gayosso y Navarrete es el siguiente:

Cuadro n° 08

Aporte al cuadro de Gayosso y Navarrete sobre la problemática jurídica de las clases de la técnica de inseminación artificial y fertilización in vitro en torno a la filiación

CASO	SEMEN	ÓVULO	ÚTERO	FILIACIÓN
5	Tercero	Tercera	Esposa	Gametos de terceros y legal de ambos
6	Tercero	Tercera	Tercera	Extraño de ambos

Fuente: Elaboración propia del autor.

4.1.7.3. Afectación positiva del derecho a la identidad

La afectación del derecho a la identidad de manera positiva se desarrollaría cuando:

- Se cambie el estatus filiatorio de la madre subrogante por el de la madre genética (forma parte de la pareja tratante), a razón que esta primera aparece como la madre legal del menor en la partida de nacimiento.

Este caso ocurre cuando se haya realizado el sometimiento de la técnica de inseminación artificial de manera homóloga (material genético de la pareja tratante), y que una tercera persona quien aportaría el útero para la gestación, y se haya inscrito a la madre subrogante como madre legal del menor.

Al parecer es un ejemplo claro cuando se produce una afectación positiva del derecho a la identidad del menor dentro del enfoque de la clase homóloga de la técnica de inseminación artificial. Sin embargo, existe un requisito el cual es “el tiempo de tenencia del menor dentro del entorno familiar”.

Puesto que el tiempo hace que el niño se identifique con los progenitores ya sea biológicos o legales y que posteriormente se solicite el cambio o se deniegue el cambio del apellido, se otorgue o no el cambio de la filiación de este, la afectación al derecho a la identidad es positiva, pues el niño ya reconoce su entorno familiar y va desarrollando de cierta manera su personalidad de acuerdo con el entorno de su familia ejemplo de ello es la Casación N° 563-2011-Lima; y el cambio o no de los datos del apellido del menor debe guardar relación. Pero, para que no exista afectación al derecho a la identidad es necesario que el menor conozca su origen biológico y saber quiénes son sus progenitores biológicos y legales.

4.1.7.4. Afectación negativa del derecho a la identidad

Como se produce una afectación negativa al derecho a la identidad del menor en la utilización de la técnica de inseminación artificial, a continuación, un ejemplo respecto a la clase heteróloga:

- Una pareja tratante (aportará el gameto masculino) contratan a una tercera (aportará el gameto femenino y el útero – madre subrogante), nace el menor se inscribe en su partida los datos de la madre subrogante y del padre biológico, y la tenencia la ejerce la madre subrogante desde el nacimiento. Se inicia un proceso

judicial de impugnación de maternidad el cual se resuelve después de 6 años y el juez decide conceder la filiación y tenencia del menor a la pareja tratante.

Como se aprecia no se tuvo en cuenta la identificación del entorno familiar del menor y que es parte del derecho a la identidad, pues es evidente que es una afectación negativa del derecho a la identidad. Además, también implica una afectación negativa el ocultar el origen biológico de la persona que nace bajo estas técnicas.

4.1.8. Análisis sobre las técnicas de reproducción asistida en su alcance dentro del marco legal peruano

La Ley N° 26842 - Ley General de Salud, como la única base legal que regula las TRA en el Perú, en su único art 7 el cual prescribe:

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.

Este artículo encuentra su sustento en el derecho reproductivo el cual está garantizado en el art 6 de la Constitución, consistiendo que la persona tiene el derecho de alcanzar el nivel más alto de la salud reproductiva con único fin el de conformar una familia.

De lo prescrito a continuación procederé a realizar un análisis concerniente a los alcances respecto a las técnicas y métodos de reproducción humana, procediendo a extraer puntos importantes sobre este artículo a fin de identificar los derechos protegidos y las limitantes que tiene este artículo ante el constante avance de la sociedad en este mundo de ciencia y tecnología.

Ha continuación los siguientes puntos a tratar:

A. El derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad

Toda persona tiene el derecho a tratar su infertilidad, el art 7 de la ley referida otorga ese derecho tanto a mujeres como varones con un fin en especial el de fundar una familia, además este derecho tiene una garantía constitucional en el art 6 de la Carta Magna, que prescribe:

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 adecuados y el acceso a los medios, que no afecten la vida o la salud.

(...) (cursiva agregada)

Identificándose el reconocimiento del derecho reproductivo que tendrá toda persona o la pareja, al derecho de alcanzar el nivel más alto de la salud sexual y reproductiva, razón por el cual el Estado promueve charlas relacionadas con planificación familiar, puesto que los hombres y mujeres tiene el derecho de elegir libremente el número de hijos que deseen tener.

Del art 6 se deduce que las personas y parejas tienen una libertad amplia del derecho reproductivo el cual debe ser utilizado siempre con responsabilidad, implicando que utilizar las TRA debe respetar y garantizar los derechos del concebido.

La salud reproductiva⁴³ como parte del derecho reproductivo está ligada a problemas de infertilidad de las personas o parejas pueden hacer uso de las TRA y métodos de reproducción (maternidad subrogada y vientre de alquiler) a fin de tratar problemas de fertilidad de las personas.

Hay que recordar que el derecho reproductivo que tiene las parejas en poder acudir a la prestación de servicios de más alta calidad sobre salud reproductiva, a fin de tratar su infertilidad reconocido también por el art 7 de la Ley N° 26842 y el art 6 de la Constitución, por tales razones no habrá un fin ilícito, permitiendo a las personas utilizar cualquier técnica o método reproductivo que no está prohibido expresamente por ley.

B. La condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona

En esta parte del art 7 está referida a la maternidad subrogada, permitiendo así hacer uso de este método siempre y cuando se realice el tipo de maternidad subrogada total, es decir que la mujer subrogante aporte el óvulo y lleve a cabo la gestación, haciendo válidos los acuerdos

⁴³ Sentencia de 28 de noviembre de 2012, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el caso Artavia Murillo y otros VS Costa Rica, lo referente a la salud reproductiva se señala en el fundamento 149 lo siguiente: (...) “conjunto de métodos, técnicas y servicios que contribuyen a la salud y al bienestar reproductivo, al evitar y resolver los problemas relacionados con la salud reproductiva.”

de este método, pero tendría que ser altruista para evitar comercializar con el concebido.

La mujer tiene el derecho a tratar su problema de infertilidad que está amparado en el art 6 de la Constitución, en la que se reconoce el derecho a acudir al nivel más alto de salud reproductiva, permitiendo así hacer uso de la maternidad subrogada y de las de más técnicas o métodos de reproducción artificial, a fin de satisfacer su derecho con el solo objeto de conformar una familia.

De lo desarrollado la Sentencia de 28 de noviembre de 2012, emitida por la Corte sobre el caso Artavia Murillo y Otros VS Costa Rica, se ha determinado en el fundamento¹⁴³ sobre **la maternidad** como un derecho de la mujer:

(...) la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres. Teniendo en cuenta todo lo anterior, la Corte considera que la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada⁴⁴ e incluye, en el

⁴⁴ Sentencia de 28 de noviembre de 2012, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el caso Artavia Murillo y otros VS Costa Rica, concerniente al derecho a la vida privada se señala en el fundamento¹⁴³ lo siguiente

*(...) El concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior. La efectividad del ejercicio del derecho a la vida privada es decisiva para la posibilidad de ejercer la autonomía personal del *derecho a la vida privada es decidida para la posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona. La vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás.**
(Cursiva agregada)

presente caso, la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico. (cursiva agregada)

Las mujeres y su derecho a ser madres amparados por el art 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el art 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como aquel derecho que forma parte al derecho a fundar una familia, a lo que las personas en su derecho de libre desarrollo de su personalidad, las mujeres con su deseo de ser madres hacen uso de su derecho reproductivo el cual está reconocido por la Constitución en el art 6 y en el art 7 de la Ley N° 26842, pero con la única condición de conformar una familia.

En los casos de vientres de alquiler como parte de la maternidad subrogada pero que son totalmente distintas, se podría decir que si se encuentra permitida siempre y cuando cumpla con la condición que la mujer prestadora del vientre también aporte el gameto, sin embargo, al ser un contrato y tener como objeto el servicio de gestación a cambio de algún beneficio económico, se estaría permitiendo hacer negocios con seres humanos viendo ya al concebido y recién nacido como objetos de derecho siendo contrario a la dignidad humana que posee las personas, que está garantizada en el art 1 de la Constitución.

Por tales motivos el contrato de vientre de alquiler no puede ser permitido en nuestro país, y si en el caso que se permita o se esté utilizado sólo debe prestarse el servicio de la gestación mas no se aporte el óvulo por parte de la mujer prestadora del vientre.

Sin embargo, nuestro Estado aun con lo dinámico que es la sociedad tiene la postura que madre es aquella mujer que ha dado a luz a un niño, según lo prescribe por el art 409 del C.C.

La maternidad extramatrimonial también puede ser declarada judicialmente cuando se pruebe el hecho del parto y la identidad del hijo. (cursiva agregada)

Por lo cual, considero que esta postura que tiene el Estado debe ser cambiada ya que los avances científicos y tecnológicos han traído las TRA y métodos de reproducción asistida los cuales hacen posible que las parejas con problemas de infertilidad puedan tratarse y encontrar una solución, sin embargo, tenemos que por medio de la maternidad subrogada ya existe diversos tipos de madre como la genética, gestante, social y legal, que en algunos casos exista problemas en la filiación del menor.

C. Consentimiento para el sometimiento de las TRA

El utilizar las TRA implica que se tenga una manifestación de voluntad previamente al ser utilizada, esta voluntad debe estar por escrito por las partes intervinientes, si bien es cierto el art 7 refiere a los padres biológicos, siendo así que es posible la donación siempre y cuando se tenga consentimiento escrito para el uso de sus gametos.

Sin embargo, la posibilidad de uso por otras personas de los gametos en casos de donarlos es legamente válido, debo expresar mi opinión que esta parte del art 7 consiste en regular la manifestación de voluntad al someterse a las TRA por las parejas tratantes, a fin de evitar que una sola persona haga uso o disponga de las TRA, cuando no haya interés por alguna de las partes.

Asimismo, la disposición por una sola persona para someterse a las TRA como en los casos de personas viudas, solteras con fines netamente de aprovechamiento como son reclamar una pensión de alimentos, temas hereditarios, etc., hacen ver al concebido como una cosa; a lo que nuestra legisladora trata de garantizar derechos de las personas que no den su consentimiento, así como de los niños en vivir en un ambiente armónico en el seno familiar.

D. Prohibición de la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación

El art 7 refiere un límite a la utilización del material genético de la mujer, tenido exclusivamente el fin de procreación solo eso, sin embargo, deja la puerta abierta al tema de ovodonación en la cual las mujeres pueden donar sus óvulos, además de recordar que este no implica un deterioro a la integridad física de las mujeres ni mucho menos acorta su tiempo de vida.

Las manipulaciones genéticas las cuales no estaría permitido en nuestro país según el art 7, es decir manipular los gametos a fin de alcanzar ideales subjetivistas como son el color de la piel, color ojos, sexo del niño, etc., no son problemas netamente en la fertilidad de una persona son más cuestiones de vanidad lo que este artículo prohíbe.

Además, recordemos, que las técnicas de reproducción asistida solo atienden casos de infertilidad con un único fin que es el de conformar una familia, eso implica no manipular material genético dado que no es parte de los fines de las TRA según nuestro marco legal.

Esta prohibición no solo debe quedar en el material genético femenino sino también debe prohibirse en los casos de manipulación de

los embriones obtenidos mediante las TRA, no obstante, el art 1 del Código de los Niños y Adolescentes, nos da un alcance respecto a la protección del concebido ante la manipulación genética, en la que prescribe:

El niño y el adolescente tienen derecho a la vida desde el momento de la concepción. El presente Código *garantiza la vida del concebido, protegiéndolo de experimentos o manipulaciones genéticas contrarias a su integridad y a su desarrollo físico o mental.* (Cursiva agregada)

Razones como estas es que hace necesario una legislación especial que desarrolle todo el alcance que debe tener las TRA en el Perú.

E. Prohibición de clonación de seres humanos

Antes de nada, determinamos que significa la clonación tomando la definición de Elio Sgreca citado por Varsi Rospigliosi (1996) sostiene que “la clonación consiste en la reproducción de dos o más individuos genéticamente idénticos” (p. 67)

El maestro Morillas Cueva citado por Peña Cabrera Freyre (2010) afirma que “... la clonación es cualquier medio o procedimiento capaz

de crear seres humanos idénticos entre sí, bien sea actuando exclusivamente sobre preembriones, bien sea utilizando material celular de otros embriones, fetos o seres humanos nacidos o muertos.” (p. 556)

Donato Busnelli (2003) nos muestra las razones por las cuales la clonación no es viable aún, por el simple hecho que es una técnica no perfeccionada, la ética de su prohibición es el de la seguridad (al crear otro ser humano idéntico que consecuencias físicas o mentales padecería), si consentimos la clonación en seres humanos estaríamos instrumentalizando al ser humano (considerar a la persona como una cosa, bien u objeto apartándolo de su dignidad). Crear otra persona idéntica estamos vulnerando la unicidad del ser humano es decir como sujeto único e irreplicable, además lo que se trata de salvaguardar es la dignidad humana, por lo que reproducir seres humanos no es ético.” (p. 86 y 87)

El art 7 no es la única base legal que prohíbe la clonación de personas, el Código Penal en su art 324 a prescrito la siguiente sanción al que lo realice:

Toda persona que haga uso de cualquier técnica de manipulación genética con la finalidad de clonar seres humanos será reprimida con pena privativa de la libertad no menor de seis

ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme al Artículo 36,
incisos 4 y 8.

En el análisis de este artículo he recurrido a la ayuda del maestro Peña Cabrera Freyre (2010), quien considera que el bien jurídico tutelado es la humanidad, entendamos que la clonación vendría a poner en peligro la raza humana por lo tanto merece protección; lo que respecta a la tipicidad objetiva de este tipo penal, tenemos que el sujeto activo vendría a ser quien ejerza el dominio de ejercer la técnica de manipulación genética, y en calidad de sujeto pasivo tenderemos a la Comunidad Universal (en otras palabras todos los seres humanos), sin embargo si se identifica de quien se extrajeron las células sería éste. (p. 558 - 561)

Para determinar la modalidad típica del delito es necesario que definamos primero que es la manipulación genética, consiste en "... aquel procedimiento que intenta modificar, o alterar el patrimonio genético de un ser viviente, sea en su integridad como en sus sustancias o componentes. Es la intervención o instrumentación directa para dirigir o alterar un organismo trayendo consecuencias dañinas y alterando su esencia natural." (Varsi Rospigliosi, 2013a, p. 18 y 186)

La modalidad típica se configuraría punible según Peña Cabrera Freyre (2010) cuando se acredite que el sujeto activo ha tomado la realización de

prácticas y/o técnicas, con la información genética de seres humanos, a fin de crear otro ser idéntico al existente. (p. 56)

Finalmente puedo concluir que el art 7 de la Ley N° 26842, garantiza el derecho reproductivo a fin de que las personas puedan tratar su infertilidad mediante los diferentes técnicas o métodos reproductivos con el objeto de hacer uso de su derecho a la salud reproductiva. Asimismo, es evidente que la maternidad subrogada está permitida en la legislación peruana siempre y cuando la realización de la gestación y aporte el óvulo recaiga en la misma mujer.

El uso de las TRA debe tener el consentimiento de la pareja tratante mediante un documento, el cual permitirá salvaguardar el derecho de personas nacidos bajo estas técnicas y solo sea con fines de conformar una familia.

La ovodonación se encuentra permitida, siempre y cuando los óvulos sean utilizados con fines de procreación. Además, que la manipulación genética con fines de clonar seres humanos está prohibida e incluso es sancionada por el art 324 del Código Penal.

Sin embargo, todos estos temas solo están relacionados con derecho reproductivos de las parejas tratantes, mas no se tiene pronunciamiento del concebido, ni tampoco garantiza derechos fundamentales de las personas que nacen bajo estas técnicas, lo que es evidente de la existencia del vacío legal que tiene

nuestra normatividad en lo que respecta a la utilización de la TRA de inseminación artificial.

4.1.9. Concepto, diferencias, ventajas y desventajas al utilizar las técnicas de inseminación artificial y fecundación in vitro según el análisis de las sentencias emitidas por la Corte Superior de Justicia y la Corte Suprema de la República del Perú

El trabajo de investigación realizado sobre el análisis de las sentencias de los órganos de justicia del Perú respecto del uso de las técnicas de reproducción asistida con el objeto de identificar las consecuencias jurídicas se ha podido extraer información relacionada con las técnicas de inseminación artificial y fecundación in vitro para determinar sus semejanzas, diferencias y en principal las ventajas y desventajas que se tiene al ser utilizadas.

A continuación, se desarrollará en un cuadro que técnica de reproducción asistida contiene más aspectos negativos al ser utilizada en la sociedad peruana según el análisis extraído de las sentencias:

Cuadro n° 09

La inseminación artificial y la fecundación in vitro, concepto, diferencias, ventajas y desventajas según el análisis de las sentencias emitidas por la Corte Superior de Justicia y Corte Suprema de la Republica del Perú.

TÉCNICAS	CONCEPTO	DIFERENCIAS	SEMEJANZAS Y VENTAJAS	DESVENTAJAS
Inseminación artificial	Consiste en el empleo de algún artefacto para introducir el semen en el tracto genital de la mujer. (Exp N° 2141 - 2009, Cas N° 4323 - 2010)	<ul style="list-style-type: none"> - No existe embriones sobrantes ni criopreservados. (Cas N° 5003 - 2007 y Cas N° 563 - 2011) - La fecundación se da en el útero de la mujer. (Exp N° 2141 - 2009, Cas N° 4323 - 2010) - No hay manipulación del embrión. - No hay un diagnóstico preimplantario. - No hay selección de embriones 	<ul style="list-style-type: none"> - Tratar la infertilidad. (aplicado en todas las sentencias) - Son técnicas de reproducción que pueden ser utilizados en la maternidad subrogada y en el vientre de alquiler. (Exp N° 183515 - 2006, Exp N° 2141 - 2009 y Cas N° 563 - 2011) - Consentimiento previo y por escrito de la pareja tratante. (art 7 de la Ley N° 26842) - Fin está justificado en la conformación de la familia. 	<ul style="list-style-type: none"> - Afectación al derecho a la identidad del menor al consignar como madre a la mujer que llevo a cabo la gestación. (Cas N° 5003 - 2007 y Cas N° 563 - 2011) - En el vientre de alquiler la existencia de extorciones a cambio de la vida del concebido. (Cas N° 563 - 2011) - Afectación a la filiación del menor. (Cas N° 5003 - 2007 y Cas N° 563 - 2011)
Fecundación in vitro	Consiste en extraer un óvulo de la mujer que luego se coloca en contacto con el esperma del varón con el propósito de lograr la fertilización. (Exp N° 2141 - 2009, Cas N° 4323 - 2010)	<ul style="list-style-type: none"> - Embriones sobrantes y criopreservados. (Exp N° 183515 - 2006 y Exp N° 2141 - 2009) - La fecundación se lleva a cabo en un ambiente artificial. (Exp N° 2141 - 2009, Cas N° 4323 - 2010) - Se manipula el embrión hasta se dispone de los embriones criopreservados. (Exp N° 183515 - 2006 y Exp N° 2141 - 2009) - Posibilidad de vulneración del derecho a la vida del embrión criopreservado al no permitir su desarrollo vital. (Exp N° 183515 - 2006 y Exp N° 2141 - 2009) - Se puede realizar el diagnóstico preimplantario. - Se puede seleccionar los embriones. 	<ul style="list-style-type: none"> - Ambas se justifican su utilización en el derecho reproductivo. - Afectación al derecho a la identidad del menor. (Exp N° 183515 - 2006, Exp N° 06374 - 2016, Exp N° 2141 - 2009, Cas N° 5003 - 2007 y Cas N° 563 - 2011) - Ambas admiten la ovodonación. (Exp N° 06374 - 2016 y Cas N° 5003 - 2007) - La posibilidad que la persona nacida bajo las TRA tenga madre gestante, madre biológica, madre social. 	<ul style="list-style-type: none"> - Embriones sobrantes. (Exp N° 183515 - 2006 y Exp N° 2141 - 2009) - El menor nacido bajo esta TRA va a tener diferentes madres al utilizarse la maternidad subrogada o vientre de alquiler. (Exp N° 183515 - 2006, Exp N° 06374 - 2016 y Exp N° 2141 - 2009) - En casos de maternidad subrogada o vientre de alquiler la mujer de tercera edad que utilice esta TRA pone en riesgo su vida y la vida del concebido. (Exp N° 183515 - 2006 y Exp N° 2141 - 2009) - Al ser utilizado en la maternidad subrogada o vientre de alquiler se tiene problemas en inscribir en la partida de nacimiento del menor los datos de la mujer tratante como madre de éste. (Exp N° 183515 - 2006, Exp N° 06374 - 2016 y Exp N° 2141 - 2009) - Afectación a la filiación del menor cuando en la partida de nacimiento se registre como madre a la mujer que llevo a cabo la gestación. (Exp N° 183515 - 2006, Exp N° 06374 - 2016 y Exp N° 2141 - 2009) - Afectación al derecho a la identidad del menor al consignar como madre a la mujer que llevo a cabo la gestación. (Exp N° 183515 - 2006,

Fuente: Elaboración propia del autor.

Como se puede evidenciar las desventajas al utilizar la técnica de inseminación artificial es menor a comparación de lo que viene provocando la fecundación in vitro, pero, si hace falta actualmente contar con una norma específica que aborde las técnicas de reproducción asistida y con esto se aseguraría una protección a los niños nacidos bajo estas técnicas, y no se vulnera así derechos fundamentales como es la identidad, la vida en caso de los embriones crioconservados, etc.

4.1.10. Contrastación de la hipótesis

En esta parte del presente trabajo de investigación se desarrollará la contrastación de la hipótesis mediante el siguiente cuadro:

Cuadro n° 10

Contrastación de la hipótesis respecto de las consecuencias jurídicas por el uso de las TRA en el Perú.

FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	¿Qué consecuencia jurídica se tiene por el uso de la técnica de reproducción asistida de inseminación artificial en el Perú?
HIPÓTESIS	La consecuencia jurídica por el uso de la técnica de reproducción asistida es la afectación al derecho a la identidad del menor.
VARIABLES	RESULTADOS

**Afectación al derecho a la
identidad del menor**

El análisis realizado a los hechos o fundamentos facticos a las sentencias (Cas N° 5003-2007 y Cas N° 563 - 2011), se evidencia la utilización de la técnica de inseminación artificial, y que esta acarrea problemas como la afectación al derecho a la identidad del menor por los conflictos filiales de la pareja tratante y pareja subrogante. Se evidenció durante toda la investigación que no solo los conflictos filiales afectan a la personalidad jurídica, sino también el no conocer el origen biológico es un límite al ejercicio pleno del derecho a la identidad.

Asimismo, los conflictos paternos filiales presentados en las sentencia de las Casación N° 5003-2007-Lima y la Casación N° 563-2011-Lima, se evidencia una vulneración al derecho a la identidad del menor, el cual está protegida tanto por normas nacionales e internacionales los cuales buscan un ejercicio pleno del derecho a la identidad de las personas, pero que el art 7 de la Ley N° 26842, no ha previsto soluciones para los problemas filiales causando incertidumbre sobre la verdad de la personalidad del menor, e incluso no determina que en la inscripción de los datos del menor también se deba consignar la información respecto de los progenitores tanto biológicos como legales.

Al parecer, solo se estaría afectado el carácter objetivo del derecho a la identidad del menor al utilizar la técnica de inseminación artificial por las parejas tratantes, sino que también se viene afectado el carácter subjetivo, concerniente que la persona que nace bajo esta técnica no podrá comprender su personalidad, identificarse con las creencias de sus familiares, la satisfacción espiritual, etc.

Por el contrario el Dr. Benjamín Aguilar Llanos, refiere que hay que proteger la intimidad del menor que nace bajo las técnicas de reproducción asistida, porque puede ser discriminado por la forma de concepción, olvidando que la identidad es esencial para un individuo y que este se autoidentifique y entienda el porqué de su personalidad, por tales motivos es que comparto la idea que las personas conozca su origen biológico y que exista un cambio, mejora o se reforme el art 7 de la Ley N° 26842, con el fin de garantizar y proteger los derechos de las personas que nacen bajo la técnica de inseminación artificial.

Ahora bien, la protección a la familia se encuentra en una parte en la filiación, pero se advierte que los particulares están disponiendo a su antojo sobre el destino del menor sin tener en cuenta donde este puede desarrollar adecuadamente, además que nuestros juzgados solo están valorando la voluntad procreacional de las parejas tratantes no muestran interés en la afectación del derecho a la identidad del menor y sobre todo el derecho que este conozca su origen biológico, razón por el cual es necesario tener alcances y límites para la utilización de la técnica de inseminación artificial, pues deja a la vista el vacío normativo que muestra el art 7 de la Ley N° 26842, como única ley que regula las técnicas de reproducción asistida.

Y, en los casos de la presencia de maternidad subrogada y vientre de alquiler, otorgar la filiación debe ir más allá que la prueba biológica, siempre debe primar el interés superior de niño y no la condición paterna de las personas en discusión (pareja tratante y pareja subrogante).

Empero la creación de una ley específica facilitaría el uso de este método (maternidad subrogada y vientre de alquiler) sin tener que recurrir a procedimientos de adopción para poder registrarlo con hijo propio al menor, asimismo se evitaría los casos de extorsiones a las parejas tratantes, el uso indebido de material genético, los procesos judiciales en impugnación de maternidad, etc., protegiendo sobre todo la identidad del menor.

Finalmente tenemos que, del análisis realizado a la ley, existe solo temas relacionados con derecho reproductivos de las parejas tratantes, mas no se tiene pronunciamiento del concebido, ni tampoco garantiza derechos fundamentales de las personas que nacen bajo estas técnicas, lo que es evidente de la existencia del vacío legal que tiene nuestra normatividad en lo que respecta a la utilización de la TRA de inseminación artificial.

Fuente: Elaboración propia del autor.

4.2. Conclusiones

- La consecuencia jurídica por el uso de la técnica de reproducción asistida de inseminación artificial es la afectación al 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.
- El análisis realizado a las sentencias se evidencia que los conflictos por la utilización de la técnica de reproducción asistida de inseminación artificial vulneran el derecho a la identidad del menor al iniciarse un proceso judicial sobre impugnación de reconocimiento de maternidad o paternidad a causa de interés económicos de las parejas subrogantes y del uso no autorizado de material genético por las parejas tratantes.
- El art 7 de la Ley N° 26842, como único marco legal que regula el uso de las técnicas de reproducción asistida no ha previsto soluciones para los problemas paternofiliales derivado de la técnica de reproducción asistida de inseminación artificial, ni la consignación de los datos de los progenitores tanto biológicos como legales en la partida de nacimiento del menor afectándose el derecho a la identidad en el carácter objetivo y subjetivo.

- Las técnicas de reproducción asistida tienen como fin tratar los padecimientos de la infertilidad de las parejas peruanas, sin embargo, la fecundación in vitro y la inseminación artificial heteróloga tienden a producir conflictos en la filiación del menor, razón por el cual se afecta el derecho fundamental a la identidad.

4.3. Recomendación

Se recomienda a los representantes del Poder Legislativo del Perú crear una ley especial para determinar los alcances y límites de la utilización de las técnicas de reproducción asistida, con el fin que se proporcione un resguardo y protección de los derechos fundamentales de los involucrados en la utilización de la técnica de inseminación artificial.

4.4. Propuesta normativa

La propuesta que se presentará a continuación es parte de las conclusiones a las cuales se ha llegado en este trabajo de investigación y ha recogido en gran medida los aspectos de resguardar la salud de las personas que se someten a estas técnicas de reproducción, el derecho a conocer el origen biológico como parte del derecho a la identidad; por último, el interés superior del niño y el ambiente familiar armónico como consideraciones en los casos de conflictos filiatorios.

LEY N° XXX

El Presidente de la República

Por cuanto:

El Congreso de la República ha dado la Ley siguiente:

LEY QUE INCORPORA LOS ARTÍCULOS 7°-A y 7°- B, A LA LEY

GENERAL DE SALUD – LEY N° 26842

ARTÍCULO 1° – Incorporar el Artículo 7°-A a la Ley N° 26842

Incorpórese el Artículo 7°-A a la Ley N° 26842, en los términos siguientes:

“**Artículo 7°-A.-** Las técnicas de reproducción humana asistida son la inseminación artificial y fecundación in vitro, cuya utilización se realizará solamente por parejas que presentar problemas de infertilidad debidamente acreditadas mediante certificado médico, pudiéndose utilizar gametos propios o donados.

Para el uso del método de maternidad subrogada, la mujer subrogante y la pareja tratante realizarán un acuerdo notarial previo, declarando el consentimiento libre, voluntario y altruista, además anexándose el certificado médico que exprese no haber ningún riesgo para la salud, física o psicológica de la mujer subrogante.

Queda prohibido la utilización de la maternidad subrogada para los hombres y mujeres solteros, así como para las parejas tratantes que no demuestren mediante exámenes médicos que la mujer tratante presenta problemas en llevar a cabo la gestación.”

ARTÍCULO 2° – Incorporar el Artículo 7°-B a la Ley N° 26842

Incorpórese el Artículo 7°- B a la Ley N° 26842, en los términos siguientes:

“**Artículo 7°-B.-** La persona nacida bajo cualquier técnica de reproducción asistida tendrá derecho a conocer su origen biológico, siendo así que en la partida de nacimiento se consignará los datos de los progenitores tanto biológicos como

legales. La partida en el rubro que detalle el origen biológico será de uso y conocimiento exclusivamente del titular de la partida y los padres que tengan la tenencia en caso de menores de edad.

Para cualquier trámite o procedimiento en instituciones públicas o privadas que se requiera identificar al niño o la persona que nace bajo cualquier técnica de reproducción no se mostrará el rubro de los datos del origen biológico, en los casos de menores de edad se seguirá lo normalmente establecido en los artículos 6 y 7 de la Ley N° 27337.

En los casos de conflictos que se vea involucrada la filiación del menor nacido bajo estas técnicas, y para no afectar el derecho a la identidad se tendrá en cuenta el interés superior del niño y el ambiente familiar armónico para el desarrollo pleno del menor.”

ARTÍCULO 3° – Deroga dispositivos legales

Derogase todas las normas legales que se opongan a la presente ley.

Comuníquese al señor presidente de la República para su promulgación.

REFERENCIAS

- Aguilar Llanos, B. (2017). *Matrimonio y Filiación Aspectos Patrimoniales*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Alarcón Rojas, F. (2002). La Maternidad por Sustitución. En H. R. Goyena Copella, & e. al., *Familia, Tecnología y Derecho* (págs. 123 - 137). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Amado Ramírez, E. (2016). La Filiación, la Revocación de Reconocimiento y la Prueba del ADN. En J. Avendaño Valdez, & e. al., *Gaceta Civil y Procesal Civil* (págs. 163 - 174). Lima: Gaceta Jurídica.
- Amado Ramírez, E. (2017). Un Vistazo a la Maternidad Subrogada en el Perú. En D. e. García Belaunde, *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional, Tom 116* (págs. 187 - 200). Lima: Gaceta Jurídica.
- American Society for Reproductive Medicine. (2013). Edad y Fertilidad. *American Society for Reproductive Medicine*, 1 - 20.
- Arregi Martínez, A. (1997). *Síndrome de Down: Necesidades Educativas y Desarrollo del Lenguaje*. Gobierno Vasco: Victoria Gasteiz.
- Avendaño Valdez, J. (2013). *Diccionario Civil*. Lima: Gaceta jurídica.
- Banda Vergara, A. (1998). Dignidad de la Persona y Reproducción Humana Asistida. *Revista de Derecho. Universidad de Valdivia. Norma IX*.
- Belén Lledó. (30 de 04 de 2012). *Instituto Bernabeu*. Obtenido de <https://www.institutobernabeu.com/foro/2012/04/30/gemelos-o-mellizos/>

- Bergel, S. D., & Minyersky, N. (2004). *Genoma Humano*. Argentina: Rubinzal- Culzoni.
- Bisco, B. (1987). El Desconocimiento o Impugnación de la Paternidad en los casos de Inseminacion Artificial Heteróloga. *Revista Jurídica Argentina La Ley*, 802.
- Boza Dibos , b. (1991). Los adelantos de la ciencia y la permeabilidad del derecho. Reflexiones en torno a la reproducción asistida. *Pontificia Universidad Católica del Perú*, 71 - 110.
- Cabanellas, G. (2003a). *Diccionario Encilopédico de Derecho Usual, Tom IV*. Argentina: Heliasta.
- Camargo de la Hoz, C. (2002). Las Personas Naturales. En U. d. Colombia, *FAMILIA, Tecnología y Derecho* (págs. 175 - 188). Perú: Cordillera.
- Cararach Ramoneda, V., & Botet Mussons, F. (2008). Preeclampsia. Eclampsia y Síndrome HELLP. *Asociación Española de Pedriatría AEP*, 139-144.
- Cárdenas Krenz, A. (2014). *El Derecho de las Personas Concebidas Mediante Técnicas de Reproducción Asistida a Conocer su Identidad Biológica, desde una Perspectia Biojurídica*. Lima: Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo.
- Carrasco Díaz, S. (2013). *Metodología de la Investigación Científica*. Perú: Editorial San Marcos.
- Castillo, A. (20 de 03 de 2011). *El Comercio*. Obtenido de <http://elcomercio.pe/sociedad/lima/que-hay-nuevo-horizonte-fertilizacion-asistida-noticia-730366>
- Cervantes Ramírez, M., & Hernández Hernández, M. (2015). *Biología General (3° ed.)*. México: Patria.

Cieza Mora, J. (2016). Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida. En J. Avendaño Valdez, & e. al, *Gaceta Civil y Procesal Civil, Tom 32* (págs. 143 - 178). Lima: Gaceta Jurídica.

Comercio, E. (17 de 11 de 2012). *El comercio*. Obtenido de <http://elcomercio.pe/sociedad/lima/primer-caso-vientre-alquiler-fue-resuelto-poder-judicial-noticia-1497716>

Comercio, E. (20 de 07 de 2015). *El Comercio*. Obtenido de <http://elcomercio.pe/sociedad/lambayeque/se-incrementa-nacimientos-gemelos-hospital-lambayeque-noticia-1827172>

Cornejo Chávez, H. (1999). *Derecho Familia Peruano*. Lima: Gaceta Jurica.

Costa, A. (05 de 10 de 2013). *El Comercio*. Obtenido de <http://elcomercio.pe/economia/peru/vitrificar-ovulos-peru-conoce-costo-no-desesperarse-embarazo-noticia-1640473>

Dabout, E. (1998). *Diccionario de Medicina, Tom II D-H (1ª ed.)*. México: Instituto Polotécnico Nacional.

Díaz Pinillos, J. (7 de 1 de 2014). *PERÚ 21*. Obtenido de <http://Perú21.pe/actualidad/cerca-millon-peruanos-tienen-problemas-infertilidad-216451>

Donato Busnelli, F. (2003). *Bioética y Derecho Privado*. Lima: Grijley.

Empresa Editora El Comercio S.A. (22 de 06 de 2014). *El Comercio*. Obtenido de <https://elcomercio.pe/lima/ley-debe-favorecer-parejas-frenar-delitos-332751>

Empresa Editora El Comercio S.A. (17 de 11 de 2012). *El comercio*. Obtenido de <http://elcomercio.pe/sociedad/lima/primer-caso-vientre-alquiler-fue-resuelto-poder-judicial-noticia-1497716>

Empresa Editora El Comercio S.A. (20 de 07 de 2015). *El Comercio*. Obtenido de

<http://elcomercio.pe/sociedad/lambayeque/se-incrementa-nacimientos-gemelos-hospital-lambayeque-noticia-1827172>

Empresa Editora El Comercio S.A. (16 de 06 de 2016). *El Comercio*. Obtenido de

<http://elcomercio.pe/mundo/europa/espana-dorado-tratamientos-reproduccion-asistida-noticia-1909919>

Empresa Editora El Comercio S.A.C. (22 de 06 de 2014). *El Comercio*. Obtenido de

<https://elcomercio.pe/lima/ley-debe-favorecer-parejas-frenar-delitos-332751>

Espinoza Espinoza, J. (2006). *Derechos de las Personas*. Perú: Rodhas.

Eto Cruz, G. (2015). *Las Sentencias Básicas del Tribunal Constitucional Peruano*. Perú: Gaceta jurídica.

Eto Cruz, G. (2017). El Derecho a la identidad Sexual de los Transexuales. En G. Eto Cruz, *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional Tom 109* (págs. 15 - 47). Lima: Gaceta Jurídica.

Faggioni, M. (2010). La Vena Eugénica de la Fecundación In Vitro. En M. A. Torres Carrasco, & e. al, *Revista Jurídica del Perú, Tom 118* (págs. 19 - 22). Lima: Normas Legales.

Fernández Sessarego, C. (1982). Las Personas, el Personalismo y la Constitución peruana de 1979. *Derecho. Pontificia Universidad Católica del Perú. N° 36*, 81 - 96.

Fernández Sessarego, C. (2005). De la Persona y de la Sociedad. En W. Gutierrez, *La Constitución Comentada, Tom I (1° ed.)* (págs. 42-64). Perú: Gaceta Jurídica.

Fernández Sessarego, C. (2015). *Derecho a la Identidad Personal, ed 2*. Lima: Instituto Pacífico.

- Galindo Garfias, I. (1994). *Estudios de Derecho Civil, 2 ed.* México : Porrúa.
- Gallegos Canales, Y., & Jara Quispe, R. (2015). *Manual de Derecho de Familia.* Lima - Perú:
Jurista Editores.
- García Cantero, G. (1994). *El Derecho a la Propia Identidad, en el Derecho ante el Proyecto
de Genoma Humano, Vol. IV.* Madrid: Fundación BBV.
- García Toma, V. (2008). *Derechos fundamentales en el Perú (1° ed.)*. Perú: Jurista.
- García Toma, V. (2013). *Derechos Fundamentales.* Perú: Editorial ADRUS.
- Gispert, C. (1997). *Océno Uno Color Diccionario Enciclopédico* . España: Océano Grupo.
- Goyena Copello, H. R., & al, e. (2002). *Familia, Tecnología y Derecho.* Perú: Universidad
Externado de Colombia.
- Gracia Toma, V. (2013). *Los Derechos Fundamentales en el Perú (2ª ed.)*. Perú: ADRUS.
- Guevara Pezo, V. (2004). *Personas Naturales.* Lima Perú: Gaceta Jurídica.
- Gutiérrez Camacho, W. (2005). *La Constitución Comentada, tomo I.* Perú: Gaceta Jurídica.
- Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C., & Baptista Lucio, P. (2006). *Metodología de
la Investigación.* México: Mc Graw Hill.
- Herrera del Collao, T. (1991). *La Inseminación Artificial Humana ante el Derecho Penal.*
España: Universidad de Granada.
- Iglesias, M. (29 de 01 de 2013). *Clarín*. Obtenido de la infertilidad sigue alta, pese a los grandes
avances médicos: http://www.clarin.com/sociedad/infertilidad-sigue-grandes-medios_0_856114458.htm
- Kcomt Reyna, M.-L. (2009). *Aspectos Jurídicos de la Manipulación Genética: una Perspectiva
desde el Derecho de Daños, (1° ed.)*. Perú: CEA.
- Lexus Diccionario Enciclopédico Color.* (2004). Colombia: Lexus.

- López de Carril, J. (1984). *Derecho de Familia*. Buenos Aires: Ed. Abeledo Perrot.
- López Díaz, C. (2005). *Manual de Derecho de Familia y Tribunales de Familia, tom II*. Chile: Librotecnia.
- Mendez Costa, M. J. (1986). *La Filiación*. Argentina: Rubinzal y culzoni S.C.C.
- Miranda Luna, E. (2002). Bioética y derecho de Familia: Problemas Actuales sobre Filiación y Responsabilidad. En H. R. Goyena Copello, & e. al, *Familia, Tecnología y Derecho* (págs. 285 - 311). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Mosset Iturraspe, J. (1984). *El Valor de la Vida Humana*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- Muro Rojo, M. (2016). *Contratos Civiles y Obligaciones Temas Claves*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Nysten, P. H. (1848). *Diccionario de Medicina, Cirugía, Farmacia, Medicina Legal, Física, Química, Botánica, Mineralogía, Zoología y Veterinaria, Tom 2*. Barcelona: J. Roger.
- Olaya Godoy, M. (2014). *Régimen Jurídico de la Tecnología Reproductiva y la Investigación Biomédica con Material Humano Embrionario*. Madrid: Dykinson.
- Organización Mundial de la Salud. (2013). Información General sobre la Hipertensión en el Mundo. *Organización Mundial de la Salud*, 1 - 40.
- Ossorio, M. (2010). *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales (1° ed electrónica)*. Heliasta.
- Peña Cabrera Freyre, A. (2010). *Derecho Penal Parte Especial, tom IV*. Lima: Idemsa.
- Pérez Pita, D. (2015). *Presupuestos Éticos y Jurídicos Mínimos que se deben Tener en Cuenta Ante una Inminente Regulación de Técnicas de Reproducción Asistida en el Perú*. Chiclayo: Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo.
- Piña, R. G. (2004). Las Técnicas de Fecundación Asistida, ¿Dieron Lugar a la Aparición de un Nuevo Sujeto de Derechos? El Embrión Humano y su Relación con Bienes Jurídicos

- de Protección Penal. *Revista Latinoamericana de Derecho. Rubinzal- Culzoni Editores. México. N° 2, 249 - 271.*
- Placido Vilcachagua, A. (2001). *Manual de Derecho de Familia. Gaceta Juridica.*
- Rabinovich Berkaman, R. (2005). La Tutela de los Embriones Congelados. *Suplemento de la Revista del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal. Argentina. N°46, 5 - 11.*
- Ramos Nuñez, C. (2005). *Como Hacer una Tesis de Derecho y no Envejecer en el Intento. Perú: Gaceta Jurídica.*
- Rasines, M. I., & Aller, J. (1999). Embarzo Múltiple. En J. Aller, & G. Pagés, *Obstetricia Moderna (3° ed.)* (págs. 263-277). Venezuela: Mc Graw Hill Interamericana.
- Rodríguez Cadilla Ponce, M. (1997). *Derecho Genético. Técnicas de Reproducción Humana Asistida, su trascendencia jurídica en el Perú.* Lima: Editorial San Marcos.
- Romeo Casabona, C. M. (1994). *El derecho y la Bioética ante los Límites de la Vida Humana.* España: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces.
- Rosas Alcántara, J. (2015). *El Derecho Constitucional y Procesal Constitucional en sus Conceptos Claves.* Perú: Gaceta Jurídica.
- Rosental, M. (2005). *Diccionario Filosófico.* Lima - Perú: Huascarán.
- Rubio Correa, M. (2008). *El título Preliminar del Código Civil, 10° ed.* Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Rubio Correa, M., Eguiguren Praeli, F., & Bernales Ballesteros, E. (2011). *Los Derechos Fundamentales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.* Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Saenz Dávalos, L. (2001). El Derecho a la Vida y la Interrupción Voluntaria del Embarazo.

Revista Jurídica del Perú. Editora Normas Legales. Trujillo. N°29.

Salas Vásquez, P. (2016). *10 Años de Sentencias Claves del Tribunal Constitucional, Tom I*

(1° ed.). Perú: Gaceta Jurídica.

Salas, O. L. (28 de 03 de 2016). *El Comercio*. Obtenido de WWW.elcomercio.com

Sánchez Carlessi, H. (2008). *Investigación Acción*. Perú: Editorial Visión Universitaria.

Sánchez Zorrilla, M. E. (2006). *Guía para Elaborar Tesis*. Perú: Universidad Nacional de Cajamarca.

Sandoval Del Águila, P. (13 de 11 de 2010). *El Comercio*. Obtenido de

http://elcomercio.pe/lima/sucesos/fecundacion-in-vitro-presenta-grave-vacio-legal_1-noticia-668332?ref=flujo_tags_152249&ft=nota_12&e=imagen

Santa María D' Angelo, R. (2010). El Derecho que Admite Discriminación. En M. A. Torres

Carrasco, & e. al, *Revista Jurídica del Perú, Tom 118* (págs. 23 - 27). Lima: Normas Legales.

Santamaría Solís, L. (2000). Técnica de Reproducción Asistida. *Cuadernos de Bioética*, 37-47.

Obtenido de Aebioetica: <http://aebioetica.org/revistas/2000/1/41/37.pdf>. Página 37 - 47

Sesta, M. (2002). Pruebas Genéticas, "Favor Veritatis" e Interés del Menor: ¿Hacia Nuevo

Equilibrios? En H. R. Goyena Copella, & e. al., *Familia, Tecnología y Derecho* (págs. 79 - 123). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Siverino Bavio, P. (2012). Una Mirada desde la Bioética Jurídicas a las Cuestiones Legales

Sobre la Infertilidad en el Perú. *Peruana de Ginecología y Obstetricia*, 213 - 219.

Sociedad Española de Fertilidad. (14 de 2 de 2012). *sefertilidad*. Obtenido de

WWW.sefertilidad.com

Tantaleán Odar, R. M. (01 de 07 de 2015). *Derecho y Cambio Social*. Obtenido de <http://www.derechoycambiosocial.com/>

Tantaleán Odar, R. M. (01 de 02 de 2016). *Derecho y Cambio Social*. Obtenido de www.derechoycambiosocial.com

Torres Vásquez, A. (2008). *Acto Jurídico*. Lima: Idemsa.

Troncoso Larronde, H. (2011). *Derecho de Familia, 14 ed.* Chile.

Universidad Externado de Colombia. (2002). *Familia, Tecnología y Derecho (1. ed.)*. Perú: Cordillera.

Valverde y Valverde, C. (1926). *Tratado de Derecho Civil Español, Tom IV, 3° ed.* España: Valladolid.

Varsi Rospigliosi, E. (1995). *Derecho Genético. Principios Generales*. Trujillo: Editora Norma Legales.

Varsi Rospigliosi, E. (1996). *Derecho y Manipulación Genética*. Lima: Fondo de Desarrollo Editorial.

Varsi Rospigliosi, E. (1999). *Filiación, Derecho y Genética*. Lima: Universidad de Lima.

Varsi Rospigliosi, E. (2011a). *Tratado de Derecho de Familia, Tom. I*. Perú: Gaceta Jurídica.

Varsi Rospigliosi, E. (2012). *Tratado de Derecho de Familia La nueva Teoría Institucional y Jurídica de la Familia, Tom I (1° ed.)*. Lima - Perú: Gaceta Jurídica.

Varsi Rospigliosi, E. (2013). *Tratado de Derecho de Familia, Tom IV*. Perú: Gaceta Jurídica.

Varsi Rospigliosi, E. (2013a). *Derecho Genético Principios Generales (5° ed.)*. Lima: Grijley.

Varsi Rospigliosi, E. (2014). *Tratado de Derecho de las Personas (1° ed.)*. Perú: Gaceta Jurídica.

- Vela Sanchez, A. (2013). *La familia concepto doctrinal y constitucional*. España: S.L. Dykinson.
- Wagner Grau, P. (2002). Técnicas de reproducción asistida: Aspectos médicos, éticos y deontológicos. *Bioética y Biojurídica. La unidad de la vida. Ediciones jurídicas UNIFE. Lima*, 97 - 115.
- Zannoni, E. (1989). *Derecho de Familia, 2º ed, tom II*. Buenos Aires: Astrea.
- Zarraluqui, L. (1988). *Procreación Asistida y Derechos Fundamentales*. Madrid: Tecnos.
- Zelayarán Durand, M. (2003). *Metodología de Investigación Jurídica*. Lima, Perú: Ediciones Jurídica.

ANEXOS

ANEXO n.º 01.

MATRIZ DE CONSISTENCIA

PROBLEMA	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	VARIABLES		
			DENOMINACIÓN	DEFINICIÓN CONCEPTUAL	INDICADORES
¿Qué consecuencia jurídica se tiene por el uso de la técnica de reproducción asistida de inseminación artificial en el Perú?	OBJETIVO GENERAL	La consecuencia jurídica por el uso de la técnica de reproducción asistida es la afectación al derecho a la identidad del menor.	Técnica de reproducción asistida de inseminación artificial	Introducción del semen en el tracto genital femenino, mediante un instrumento que lleve esperma al interior de la cavidad uterina.	<ul style="list-style-type: none"> - Identificación de las TRA en el Artículo 7 de la Ley N° 26842 - Ley General de Salud. - Análisis de los casos judicializados con sentencia emitidas por la Corte Suprema de la República del Perú, relacionadas con el tema de las TRA.
	OBJETIVO ESPECIFICO		Afectación al derecho a la identidad del menor	Alteración al derecho del niño a ser individualizado conforme a sus rasgos distintivos como el nombre y herencia genética.	<ul style="list-style-type: none"> - Análisis de los casos judicializados con sentencia emitidas por la Corte Superior de Justicia del Perú, relacionadas con el tema de las TRA. - Análisis de los casos judicializados con sentencia emitidas por la Corte Suprema de la República del Perú, relacionadas con el tema de las TRA. - Opinión de especialistas de las TRA.

ANEXO n.º 02.

GUÍA DE ANÁLISIS PARA LAS SENTENCIAS EMITIDAS POR LA
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA Y LA CORTE SUPREMA DE LA
REPÚBLICA DEL PERÚ

DATOS GENERALES	Órgano resolutor	:		PARTES PROCESALES	Demandante	
	Número de Exp/Cas	:			Demandando	
	Distrito judicial	:				
	Fecha de publicación	:				
TIPO DE TÉCNICA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA UTILIZADA		SUCESOS RELEVANTES			ARGUMENTOS UTILIZADOS POR LOS JUECES PARA FUNDAMENTAR SU DECISIÓN ANTE LOS PROBLEMAS QUE CAUSAN LAS TRA	
Fecundación in vitro	Inseminación artificial				Argumentos legales Consecuencia:	
SUJETO AFECTADO POR EL USO DE LA TRA						
Madre biológica						
Madre gestante						
Concebido						
Otros						
CONSECUENCIAS JURÍDICAS IDENTIFICADAS						
1. Afectación al derecho a la identidad del menor						
2. Otros:						
CENTRO DEL TRATAMIENTO					Argumentos jurisprudenciales Consecuencia:	
		Argumentos doctrinales Consecuencia:				
		Otros argumentos Consecuencia:				
		Ningún argumento ()				

ANEXO n.º 03.

HOJA DE FICHA BIBLIOGRÁFICA

FICHA BIBLIOGRÁFICA	
TEMA	
NOMBRE DEL LIBRO	
AUTOR (ES)	
AÑO PUBLICACIÓN	
EDITORIAL	
Comentario	Análisis del comentario
Páginas	