



UNIVERSIDAD
PRIVADA
DEL NORTE

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

CARRERA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

“LOS CRITERIOS JUDICIALES SOBRE LOS CONTRATOS DE OVODONACIÓN EN CLÍNICAS PRIVADAS Y SU INCIDENCIA EN EL DERECHO A LA IDENTIDAD DE MENOR NACIDO EN EL PERÚ.”

Tesis para optar el título profesional de:

Abogada

Autora:

Fatima Giovanna Tinoco Nassi

Asesor:

Dr. Edwin Adolfo Morocco Colque

Trujillo – Perú
2021

APROBACIÓN DE LA TESIS

El (La) asesor(a) y los miembros del jurado evaluador asignados, **APRUEBAN** la tesis desarrollada por el(la) Bachiller **Fatima Giovanna Tinoco Nassi**, denominada:

**“LOS CRITERIOS JUDICIALES SOBRE LOS CONTRATOS DE
OVODONACIÓN EN CLÍNICAS PRIVADAS Y SU INCIDENCIA EN EL
DERECHO A LA IDENTIDAD DE MENOR NACIDO EN EL PERÚ”**

Dr. Edwin Adolfo Morocco Colque
ASESOR

Dr. Nombres y Apellidos
JURADO
PRESIDENTE

Dr. Nombres y Apellidos
JURADO

Dr. Nombres y Apellidos
JURADO

DEDICATORIA

La presente tesis va dedicada a mi padre y mi tía Guissella,
que sin ellos no estaría donde estoy.
A mi madre, quien soñó con verme graduada de la universidad,
Y que, aunque ya no la tenga a mi lado,
sé que su recuerdo siempre estará conmigo.

AGRADECIMIENTO

A mi madre Patricia Nassi Llerena, por enseñarme a luchar por lo que quiero,
ser fiel a mis principios y entender que nada es imposible.
A mi tía Guissella Nassi Llerena, por ser mi segunda mamá
y mi apoyo incondicional.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

APROBACIÓN DE LA TESIS	2
DEDICATORIA	3
AGRADECIMIENTO	4
ÍNDICE DE CONTENIDOS	5
RESUMEN	8
ABSTRACT	9
CAPÍTULO 1. INTRODUCCIÓN	10
1.1. Realidad problemática	10
1.2. Antecedentes	12
1.3. Definiciones Conceptuales	13
1.3.1. <i>Técnicas de reproducción asistida</i>	13
1.3.1.1. Antecedentes y evolución	13
1.3.1.2. La embriología en el primer periodo del siglo XX	13
1.3.1.3. La embriología en el segundo periodo del siglo XX	14
1.3.1.4. Inseminación artificial	15
1.3.1.5. Fecundación extracorpórea o in vitro	15
1.3.1.5.1. Fertilización in vitro y transferencia de embriones (FIV-ET)	15
1.3.1.5.2. Transferencia intratubárica de gametos (GIFT)	15
1.3.1.5.3. Maternidad subrogada	16
1.3.1.6. Ovodonación	16
1.3.1.6.1. Definición.	16
1.3.1.6.2. Evaluación y selección de donantes	17
1.3.1.6.3. Procedimiento médico	17
1.3.1.6.4. Diagnóstico genético preimplantacional (DGP)	17
1.3.1.7. Tratamiento Jurisprudencial	17
1.3.1.7.1. El derecho a tratar la infertilidad.	18
1.3.1.7.2. Ley general de salud - Ley N°26842	19
1.3.1.7.3. El anonimato en la ovodonación	20
1.3.1.7.4. Filiación en la fecundación artificial (heteróloga)	21
1.3.1.7.5. El primer pronunciamiento de la Corte Suprema sobre ovodonación.	24
1.3.1.7.6. Proyecto de ley 1722/2012-CR - Ley que regula la reproducción humana asistida.	25
1.3.1.8.1. Bioética y Derechos del niño	27
1.3.2. <i>Derecho a la identidad.</i>	29

1.3.2.1. Definición	30
1.3.2.2. Dimensiones del Derecho a la Identidad.	30
1.3.4. <i>Integridad genética</i>	31
1.3.5. <i>El daño a la libertad</i>	31
1.4. Formulación del problema	32
1.5. Objetivos	32
1.5.1. <i>Objetivo general</i>	32
1.5.2. <i>Objetivos específicos</i>	32
1.6. Hipótesis	32
1.6.1. <i>Hipótesis general</i>	32
1.6.2. <i>Hipótesis específica</i>	32
1.7. Justificación	33
2.1. Tipo de investigación	34
2.2. Población	34
2.3. Muestra	34
2.4. Técnicas e instrumentos de recolección y análisis de datos	37
2.5. Procedimiento	37
2.6. Aspectos éticos	38
CAPÍTULO 3. RESULTADOS	39
3.1. Análisis e interpretación de resultados.	39
3.1.1 <i>Entrevista</i>	39
3.1.2 <i>Análisis Jurisprudencial</i>	39
Tabla N°04	39
3.1.3 <i>Estudios teóricos</i>	49
3.1.4. <i>Entrevistas con expertos</i>	53
CAPÍTULO 4. DISCUSIÓN	55
4.1. Discusión de resultados	55
4.2. Implicancias	55
CONCLUSIONES	58
REFERENCIAS	60

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla Nro. 01: Población y Muestra	39
Tabla Nro. 02: Técnica e instrumentos	42
Tabla Nro. 03: Procedimiento.....	42
Tabla Nro 04: Ficha jurisprudencial N° 01	44
Tabla Nro 05: Ficha jurisprudencial N° 02.....	45
Tabla Nro 06: Ficha jurisprudencial N° 03.....	46
Tabla Nro07: Ficha jurisprudencial N°04.....	51
Tabla Nro. 08: Ficha jurisprudencial N° 05.....	53
Tabla Nro. 09: Ficha de análisis teórico nº01.....	55
Tabla Nro. 10: Ficha de análisis teórico nº02.....	56
Tabla Nro. 11: Ficha de análisis teórico nº03	56
Tabla Nro.12: Ficha de análisis teórico nº04	57

RESUMEN

La presente tesis titulada *“Los criterios judiciales sobre los contratos de ovodonación en clínicas privadas y su incidencia en el derecho a la identidad del menor nacido, en el Perú”*, analiza la institución de la ovodonación desde una óptica bioética, así como también la naturaleza de los contratos que se desprenden de esta práctica médica, planteando para ello un análisis en torno a la doctrina nacional y comparada, jurisprudencia y antecedentes histórico- teóricos, dentro del marco de la Ley General de Salud y la Constitución Política del Perú; en el cual, se deja ver la inexistente regulación de la ovodonación, teniendo como resultado que las clínicas se autorregulen y realicen contratos según sus criterios; es por ello que los contratos de ovodonación generan conflictos que son necesarios resolver por la vía judicial.

En conclusión, los convenios de ovodonación vulneran el derecho a la identidad de los menores, puesto que los mismos no generan seguridad jurídica al momento de su celebración, dando pie a múltiples demandas de nulidad de acto jurídico.

Palabras clave: ovodonación, contrato, identidad.

ABSTRACT

This thesis entitled "The judicial criteria on egg donation contracts in private clinics and their impact on the right to identity of the minor born in Peru", analyzes the institution of egg donation from a bioethical perspective, as well as the nature of the contracts that arise from this medical practice, proposing an analysis around the national and comparative doctrine, jurisprudence and historical-theoretical background, within the framework of the General Health Law and the Political Constitution of Peru; In which, the non-existent regulation of egg donation is seen, resulting in the clinics self-regulating and making contracts according to their criteria; That is why egg donation contracts generate conflicts that must be resolved through the courts.

In conclusion, egg donation contracts violate the right to identity of minors, since they do not generate legal security at the time of their conclusion, giving rise to multiple demands for the nullity of the legal act.

Keywords: egg donation, contract, identity,

CAPÍTULO 1. INTRODUCCIÓN

1.1. Realidad problemática

En la actualidad, gran parte de la población mundial viene siendo afectada por el crecimiento de la tasa de infertilidad, tanto en hombres como en mujeres. Según el Instituto Nacional de Estadística e Informática:

“El nivel de fecundidad no es uniforme en el país pues se observan marcadas diferencias, según el nivel educativo de la mujer y región natural. Entre los resultados de las Encuestas 2013 y 2017-2018, el nivel de fecundidad ha disminuido en las mujeres de la región Selva (12,1%) y en el Resto Costa (12,0%). Igualmente, ha descendido en las mujeres sin nivel de educación (16,7%)”.

Las principales causas de la disminución del nivel de fecundidad, está ligada a diferentes factores tales como una mala alimentación, el consumo de alcohol, factores ambientales, problemas de salud sexual (ETS) e inserción de la mujer en el mundo laboral.

Es así, que ante el problema de reproducción de las parejas, la ciencia ha buscado la manera de tratarlos, a fin de que estas, sin importar los problemas de salud reproductiva puedan concebir. Esta serie de procedimientos que contribuyen al proceso de concepción son conocidos como Técnicas de Reproducción Asistida (en adelante TERAS), mediante las cuales se realizan prácticas como la inseminación artificial o incluso una fecundación extrauterina, que se puede dar gracias a los gametos de la pareja o de un donante.

Al procedimiento con intervención de un donante, se le conoce como ovodonación, a través del cual se utiliza el óvulo de una mujer externa a la pareja. Esta tercera persona, donadora del óvulo, en el proceso interviene únicamente hasta la fase de extracción del mismo, renunciando a todos los derechos paterno filiales, en el supuesto de que se lograra la concepción.

Esta técnica de reproducción asistida, es bastante usada en nuestro país como tratamiento a la infertilidad, sin embargo, no se encuentra regulada. La constitución no reconoce expresamente a las TERAS, sino a los derechos constitucionales que derivan del derecho al desarrollo de la personalidad y el derecho a formar una familia, este último se encuentra delimitado por el artículo 6 de la constitución política. De la misma forma, la declaración universal de los derechos humanos y el pacto internacional de derechos civiles y políticos reconoce el derecho a la procreación como una extensión del derecho a la vida.

La ley general de salud, en su artículo 7° reconoce el derecho de las personas a tratar su infertilidad; sin embargo, limita el uso de técnicas como la maternidad subrogada y el vientre de alquiler, eso incluye a la ovodonación.

No obstante, la bioética, y con ella su oposición, nos permitirá también una visión de la realidad moral y de principios humanitarios que juegan un papel regulador entre la naturaleza humana y su intento de manipulación. El derecho, al mismo tiempo, en su rol normativo y legislador, tiene un importante lugar para el análisis de estas prácticas, pues, prevalece ante todo y nada puede vulnerar su orden jurídico interno. Sin embargo, no existen en el Perú normas que regulen las prácticas médicas en el ámbito genético, y que puedan garantizar la protección de derechos constitucionales. Siendo así, que ello ha ocasionado que algunos donantes no cumplan con lo establecido en sus contratos de dador realizados con clínicas privadas, afectando directamente el derecho a la identidad de los menores nacidos mediante esta práctica.

1.2. Antecedentes

Victor Neciosup, en su informe de investigación: “Problemas de Política Pública y Estado Situacional de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en el Perú”, presentado ante el Departamento de Investigación y Documentación Parlamentaria nos refiere que:

“se evidencian importantes cambios en el tamaño, la estructura y la distribución espacial de las familias, los hogares y las comunidades en todo el mundo por la baja fecundidad; lo que plantea a su vez, oportunidades como problemas para los gobiernos en la formulación de múltiples acciones encaminadas a asegurar la transmisión intergeneracional y el capital social y humano de un país, así como evitar las enfermedades producto de estos cambios.”.

Por tanto, resalta la importancia de la intervención del estado, a fin de garantizar los derechos fundamentales del concebido y la madre gestante.

De otro lado, Sthefanie Gonzales, en su tesis “Situación jurídica y jurisprudencial de las técnicas de reproducción humana asistida en el Perú: el caso de la ovodonación” (2017), presentado ante la Universidad Ricardo Palma, para optar por el grado de Abogado, recalca la necesidad de un tratamiento legislativo integral de las técnicas de reproducción asistida y que regulen de manera expresa la ovodonación.

Además, Antony Castro en su tesis “La ovodonación y la necesidad de regulación en la legislación peruana” (2016), presentado ante la Universidad Privada Antenor Orrego, para optar por el título de Abogado, da cuenta de la escasa información que reciben los donantes y receptores de gametos humanos al contratar con una clínica privada el servicio de reproducción asistida. A su vez, resalta que los sujetos inmersos en este procedimiento no conocen de las implicancias jurídicas que conlleva el uso de estas técnicas, por lo cual recomienda una urgente reforma de la Ley General de Salud.

Adicionalmente, Diana Perez en su tesis “Presupuestos éticos y jurídicos mínimos que se deben tener en cuenta ante una inminente regulación de técnicas de reproducción asistida en el Perú” (2015), presentado ante la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, para optar el grado de magíster en Derecho de familia y de la persona, refiere que la Ley General de Salud es inconstitucional y que debe primar el respeto a la dignidad de la persona tanto del concebido como de la madre.

De la misma forma, Arturo Cárdenas en su tesis “El derecho de las personas concebidas mediante técnicas de reproducción asistida a conocer su identidad biológica, desde una perspectiva biojurídica” (2014) presentado ante la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, para optar el grado de magíster en bioética y biojurídica”, establece que en favor al derecho a la identidad, el código civil debería incorporar una norma que establezca el derecho de las personas a conocer su identidad biológica, a su vez sugiere fomentar la adopción como una alternativa ante la infertilidad y el deber de los operadores jurídicos a conocer sobre bioética.

1.3. Definiciones Conceptuales

1.3.1. Técnicas de reproducción asistida

“Las técnicas de reproducción humana son todos aquellos medios por los cuales el hombre interviene artificialmente en el acto de la procreación. Entre ellas encontramos dos grandes grupos: aquellas que se basan en la inseminación artificial y las que se realizan a partir de la fecundación extracorpórea o in vitro.” (Rivera, 2004, p. 367).

Según el Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida define a las técnicas de reproducción asistida:

“todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo. Esto incluye, pero no está limitado sólo a, la fecundación in vitro y la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos, la transferencia intratubárica de cigotos, la transferencia intratubárica de embriones, la criopreservación de ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y embriones, y el útero subrogado. TRA no incluye inseminación asistida (inseminación artificial) usando espermatozoides ni de la pareja ni de un donante.” (Organización mundial de la salud, 2010).

1.3.1.1. Antecedentes y evolución

El avance de la medicina genética tuvo lugar en la segunda mitad del siglo XX, pues gracias a los eventos como el tratado de Roma de 1957, la caída de la URSS, la segunda guerra mundial y el atentado del 11 de septiembre del 2001 en Estados Unidos, la política internacional cambió totalmente. Las naciones velaban por sus intereses propios y el avance de la medicina genética era una de sus principales metas.

En ese periodo destacan grandes filósofos de diferentes países, como Habermas en Francia, Sartre en Austria, Korn en Argentina y Salazar Bondy en Perú. De la misma forma el papa Pío XII mostraba de manera expresa su interés por la bioética.

1.3.1.2. La embriología en el primer periodo del siglo XX

Las primeras prácticas de fecundación in vitro, fueron realizadas en animales. En 1890, el científico Heape, logró un hito en la ciencia al transferir con éxito embriones de conejo. Heape logró recuperar dos embriones de las trompas de Falopio de una coneja, estos los transfirió al útero de una segunda coneja de raza belga, obteniendo así, seis conejos perfectamente saludables. Sin embargo, aún se tenía la duda de que, en el trasplante de los mismos, un error pudiera ocasionar malformaciones o problemas de salud en el producto final.

Científicos de diferentes partes del mundo, al ver el éxito de Heape, empezaron a experimentar con embriones, pues deseaban poderlos cultivar en un laboratorio, para lo cual utilizaban plasma sanguíneo o fluidos biológicos. Siendo así, que en 1949 se logró que un embrión de ratón que constaba de ocho células sobreviviera ser blastocisto. Un gran descubrimiento salió a la luz, ya que el *“Contributions to Embryology de Carnegie Institution of Washington”* logró preservar veintisiete ejemplares en perfecto estado.

1.3.1.3. La embriología en el segundo periodo del siglo XX

En la segunda mitad del siglo XX, ya se realizaban diferentes estudios para poder realizar el procedimiento de fecundación in vitro de manera segura. En 1951, los científicos Chang y Austin de manera separada el fenómeno “capacitación espermática”, con lo cual se descubrió que los espermatozoides deben pasar por procedimiento para adquirir la capacidad de fecundar. Siendo así, que en 1959, Chang entendió que debía de tener especial cuidado al seleccionar a los espermatozoides que serían usados para una fecundación in vitro; gracias a ello, logró mediante el uso del método científico *“Heape”* el nacimiento de unos conejos perfectamente sanos.

La década de los sesenta trajo consigo una amplia gama de procedimientos, tales como la recuperación de óvulos como producto del procedimiento de lavado de trompas de falopio, el cultivo de cigotos para su posterior transferencia a la madre genética o un vientre subrogado, la colección de espermatozoides y la fecundación in vitro.

En la década de los setenta, surgió un nuevo reto, pues era necesario recolectar óvulos maduros para posteriormente fecundarlos mediante alguno de los métodos antes descritos. Después de realizar diversas investigaciones, llegaron a la conclusión de que el proceso natural de maduración podía ser reemplazado administrando la hormona gonadotropina coriónica humana (en adelante HCG).

En 1960, el científico Steptoe fue el precursor del uso del laparoscopio ginecológico a fin de visualizar de manera más clara los órganos pélvicos de las mujeres.

Siendo así, que el 25 de julio del año 1978, nace en Inglaterra el primer bebe concebido mediante la técnica de fecundación in vitro; el ovocito con el que se llevó a cabo el procedimiento, fue extraído el 10 de noviembre de 1997. Con el tiempo se determinó que la Hiperestimulación ovárica era la clave para aumentar el porcentaje de éxito de un embarazo, dado que se desarrollaban más embriones que posteriormente eran

transferidos. Además de ello, se determinó que la tasa de éxito de un embarazo por laparoscopia era de un cuarenta por ciento, de la misma forma si se transfieren dos embriones era de un veintiocho por ciento y si se transfería solo un embrión, la tasa bajaba a un doce por ciento; por lo cual en cada procedimiento se transferían hasta cinco embriones. Al pasar los años se estandarizó que en los procedimientos se implantaran tres embriones.

La iglesia católica en esos años condenó el uso de estas prácticas como método para solucionar la fecundidad, trayendo como consecuencia una fuerte corriente que estudiaba la bioética; Steptoe y Edwards fueron satanizados por el embarazo de Lesley Brown, ya que determinaban que su trabajo era “*una labor del demonio*”. En la ignorancia de la época, se creía que los niños productos de fecundación in vitro se formaban de forma completa en un tubo de ensayo. A pesar de las críticas, otros países empezaron a realizar los procedimientos, tales como Estados Unidos con el primer nacimiento en 1980, España en 1984 y Chile.

1.3.1.4. *Inseminación artificial*

Es mediante la cual se extrae semen del hombre y se introduce de manera artificial en el órgano reproductor femenino, a fin de conseguir un embarazo. Existen dos tipos, la inseminación artificial homóloga mediante la cual se usa el semen de la pareja que desea concebir y la inseminación artificial heteróloga mediante la cual es necesaria la intervención de un tercero como donador, el cual es ajeno a la pareja.

1.3.1.5. *Fecundación extracorpórea o in vitro*

Es el procedimiento mediante el cual a través de intervenciones médicas se consigue la obtención del óvulo y el espermatozoide, para posteriormente ser fecundado en el exterior de útero e implantado en el útero de la madre o en una persona adoptiva (esto es conocido como maternidad subrogada).

1.3.1.5.1. *Fertilización in vitro y transferencia de embriones (FIV-ET)*

Este es uno de los procedimientos más usados, ya que la muestra de semen se recolecta de manera manual, a través de la masturbación y la recolección de óvulos se realiza mediante un aspirado intrauterino, para luego depositarlos en una incubadora por 48 horas a fin de conseguir la fertilización, para posteriormente ser implantados en útero de la madre.

1.3.1.5.2. *Transferencia intratubárica de gametos (GIFT)*

Este procedimiento se caracteriza por la colocación de óvulos y espermatozoides (previamente extraídos) en las trompas de falopio, para

lograr la fecundación en la misma cavidad de la mujer; además de ello, en este procedimiento se puede optar por usar el semen del esposo, del concubino o de un donador que no tiene ningún vínculo con la madre; de la misma forma, este procedimiento puede realizarse en el vientre de la madre cuyo óvulo se fecunda o de una madre portadora.

1.3.1.5.3. Maternidad subrogada

Cuando nos referimos a maternidad subrogada, se puede advertir que existe una disociación entre la maternidad genética, la maternidad social y la gestacional. Por lo cual, se entiende que mediante esta práctica una mujer puede gestar un bebe para terceras personas; en estos casos puede darse que los gametos sean aportados por la pareja contratante o que los gametos provienen de donantes. Así mismo, en algunas ocasiones se utiliza el óvulo de la pareja contratante, más el espermatozoide de un donador y viceversa.

1.3.1.6. Ovodonación

1.3.1.6.1. Definición.

La donación de óvulos u ovodonación, consiste en realizar una fecundación mediante in vitro (por sus iniciales FIV), utilizando el óvulo de una donante en vez del óvulo de la mujer gestante y los espermatozoides de la pareja, para luego obtener un embrión que será transferidos a la mujer receptora. A la que luego se le transferirán los embriones.

Este procedimiento médico es aplicado a pacientes que tienen una mala calidad de ovarios y que a su vez presentan un mal funcionamiento de los mismos. Además existen mujeres que padecen de menopausia precoz, o que por problemas de salud crónica tuvieron que retirarse los ovarios.

Uno de los factores más importantes que ha influido en la utilización de esta técnica, es la edad de la paciente que desea quedar embarazada, pues con la inserción de la mujer en el clima laboral, muchas de ellas retrasan la maternidad y cuando tienen entre cuarenta y dos años en adelante buscan poder concebir sin éxito, recurriendo así a una donante. En la actualidad es una de las técnicas de reproducción asistida con mayor tasa de éxito, ya que para ello, se usan óvulos de una donante que se encuentra entre los dieciocho y veintiocho años de edad, además de evaluar que se encuentre en perfectas condiciones de salud. Dichas pruebas incluyen exámenes psicológicos, ginecológicos, serológicos y genéticos.

1.3.1.6.2. Evaluación y selección de donantes

Las donantes de óvulos, deben tener como límite de edad veintiocho años y ser mayores de edad, a fin de poder dar su consentimiento informado sobre el procedimiento al que se va a someter. Además, se les practica un examen físico y psicológico para evaluar qué tan viable es como posible donadora, con ello se aseguran de que no sufra de ninguna enfermedad genética que pueda transmitir al futuro bebe. Otro requisito importante es no haber sido adoptada, ya que es necesario poder contrastar el historial médico de su parientes en línea directa a fin de evitar enfermedades de transmisión genética, tales como la diabetes, epilepsia e hipertensión arterial entre otros.

De la misma forma se procede a medir su índice de masa corporal, la cual debe estar entre veinte y veinticuatro. Se realizan pruebas antidrogas, para descartar el consumo de sustancias ilícitas y para finalizar no haberse realizado tatuajes y/o perforaciones en el último año.

1.3.1.6.3. Procedimiento médico

Como primera medida, se prepara el útero de la paciente a quien se le implantaran los gametos, para que así se encuentre lista, para una implantación.

Se extraen los óvulos de la donante y solo pasan el proceso de selección los que se encuentren en óptimas condiciones, de la misma forma los espermatozoides de la pareja y se fecundan en el exterior, para luego ser implantados en la madre gestante.

1.3.1.6.4. Diagnóstico genético preimplantacional (DGP)

Este diagnóstico genético preimplantacional es de suma importancia, ya que se realiza a fin de evitar un aborto; dado que en la gran mayoría de procedimientos de reproducción asistida los abortos espontaneos son muy comunes. El objetivo final del mencionado diagnóstico es realizar la selección de embriones libres de cualquier rasgo genético perjudicial que pueda estar asociado con el padecimiento de alguna enfermedad.

1.3.1.7. Tratamiento Jurisprudencial

En el Perú, al igual que en la Argentina, no existe una ley de reproducción asistida. Sin embargo, existen numerosas clínicas privadas especializadas en reproducción humana, las cuales ofrecen al público tratamientos de reproducción asistida de alta y baja complejidad. Lo más grave de esta situación, es que se rigen básicamente mediante autorregulación, difiriendo en los tipos de tratamiento, los costos y el enfoque de prácticas que realizan; entre los tratamientos de alta complejidad que ofrecen, se puede

encontrar a la ovodonación, la criopreservación de embriones y el diagnóstico preimplantatorio.

Actualmente el sistema público de salud cuenta con tratamientos de baja complejidad para tratar la infertilidad, sin embargo, solo parejas casadas o que se encuentren bajo unión de hecho, pueden acceder a este servicio de salud brindado por el Estado; esto gracias a que los tratamientos contra la infertilidad se han considerado dentro de los derechos reproductivos, que se encuentran englobados por el derecho a la salud y al proyecto de vida.

Se estableció que la donación de ovocitos debe ser de carácter altruista, voluntario y sobretodo anónimo, por lo que queda implícito que está prohibido escoger a la donante o receptora; sin embargo, es posible acceder a la información general de la donante, como por ejemplo los resultados de los exámenes realizados.

Para Kcomt, M. (2009),

“La ausencia de regulación ha originado que en muchas clínicas locales se realicen tanto la inseminación artificial como la fecundación in Vitro, -cada una con sus respectivas variantes-, sin ningún tipo de control legal, sin parámetro alguno, lo que trae como consecuencia la alteración de las relaciones sociales, familiares y sobre todo la vulneración de derechos fundamentales del ser humano.”

Cabe resaltar que las clínicas privadas tienen diferentes normas a seguir, sin embargo es frecuente que seleccionen a sus donantes con un rango de edad entre los dieciocho años de y los veintiocho años, además de ellos es común que diferentes clínicas se rijan a las normas de clínicas en europa, pues su tasa de éxito es bastante alta.

Además de ello, se ha determinado que solo se pueden obtener un máximo de seis gestaciones a partir de los gametos de un mismo donante; esta cifra incluye a los descendientes generados por reproducción no asistida.

1.3.1.7.1. El derecho a tratar la infertilidad.

En la actualidad, a fin de defender y justificar el uso de técnicas de reproducción asistida, se han invocado diferentes derechos, a fin de suponer la transgresión de los mismos y con ello conseguir el acceso a prácticas que puedan solucionar su infertilidad; siendo así que surgió el llamado “derecho a un hijo”; esto trae consigo que se reconozca el tener un hijo como un derecho y no como un sujeto de derecho. Si bien es cierto, el Estado debe garantizar el acceso a tratamientos para solucionar la infertilidad como política de salud, no se le puede exigir a este que proporcione un bebé a quienes no puedan tenerlo, dado que se estaría cosificando la vida humana, lo cual es una transgresión directa a la dignidad humana.

Abellán, F. (2007) en su libro “Selección genética de embriones”, establece

que este supuesto podría ser entendido como el derecho a la reproducción; sin embargo, ello no se encuentra reconocido por ninguna declaración internacional. Por otro lado, Vásquez, R. (1993) señala:

“Deliberadamente me ubico en el derecho del hijo a una vida estable y rechazó la idea de que exista en la mujer un derecho al hijo que haría de este último, que es un fin en sí mismo, un medio al servicio de los deseos o intereses de otra persona”.

Siendo así, que se entiende que el autor defiende el derecho a la dignidad humana, y no la postura que busca instaurar el “derecho a un hijo”, por considerar que no se puede cosificar al ser humano a fin de satisfacer los deseos de terceros. Aunado a ello el autor Olguín, A. (2007) señala que: “El derecho al hijo no existe, ya que se debe tener una visión del niño no como un objeto o como un medio para satisfacer intereses personales o de pareja, sino como un sujeto, como un fin en sí mismo”; de ello se infiere que la función de procrear debe ser entendida como un proceso de la naturaleza, más no como un derecho fundamental.

1.3.1.7.2.

Ley general de salud - Ley N°26842

En el Perú, la única norma existente sobre técnicas de reproducción asistida es la Ley General de Salud, publicada el 20 de julio de 1997, la cual en su artículo siete señala que:

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

Claramente se puede denotar que la norma es ambigua e inexacta, lo cual ha generado diversos conflictos a fin de determinar si la ovodonación se encuentra o no permitida; aunado a ello, podría reconocerse según la misma norma que el recurrir al uso de técnicas de reproducción asistida es un derecho; lo cual implica que el Estado facilite el acceso de estas prácticas para con su población.

La norma es condicionante debido a que permite el uso de técnicas de reproducción asistida siempre y cuando la condición de madre gestante y madre genética recaigan en la misma persona. Sin embargo, no existe una prohibición expresa sobre la ovodonación y dado que la misma no puede ser interpretada de manera analógica. Por ello, de interpretarse de manera

contraria conllevaría a infringir el principio que establece que aquello que no está prohibido, está permitido.

Para Vallejos & Delgado (2011) “El artículo 7° de la Ley General de Salud que permite el uso de las técnicas de reproducción asistida devendría en inconstitucional, pues al practicarse estas técnicas, queda demostrado que atentan contra la vida del concebido, contra su dignidad, además el Tribunal Constitucional se pronuncia protegiendo al ser humano desde el momento de la concepción y estas técnicas al atentar contra la vida del concebido estarían prohibidas.”

Además de ello, se entiende que la prohibición de la ovodonación, traería como consecuencia, que también se impidiera la embriodonación, por tanto afectaría directamente a las parejas infértiles, que no pueden contratar con las clínicas tratamientos de costo elevado.

1.3.1.7.3. El anonimato en la ovodonación

A fin de proteger el derecho a la identidad del menor y evitar conflictos entre los padres y donantes, en el procedimiento de ovodonación es de suma importancia el anonimato. Sin embargo, existen casos en donde la pareja de esposos es quien busca al donante de óvulo, esperma o incluso embriones; no obstante, igual se mantiene en reserva, ya que en la mayoría de casos esta información es ocultada al menor nacido de esta técnica de reproducción asistida.

En alguno países como Australia, se hizo viable la posibilidad de realizar un cambio en su legislación, a fin de permitir el reconocimiento múltiple de paternidad; la mencionada propuesta se dió gracias a que un estudio determinó que la adopción y el uso de nuevas técnicas de reproducción generaban conflictos con la definición clásica de paternidad.

El problema más grande que sale a relucir por el anonimato, es que el Estado no tiene un control sobre la cantidad de óvulos y embriones que son usados de un mismo donante.

Uno de los casos más relevantes de la última década, fue el de Henrik Koch, en Dinamarca, quien a sus 60 años fue diagnosticado con un problema cavernoso vinculado al la enfermedad de Lynch, la cual se sabe es hereditaria; este hombre había sido donador de esperpa a lo largo de muchos años, por tanto se vió en la obligación de poner en conocimiento de su afección a la autoridad de salud de su país, a fin de que se rastreara e informará a las mujeres que habían sido inseminadas con su semen, para que su progenie pueda recibir un tratamiento de forma oportuna. Ello trajo como consecuencia, que la Agencia Gubernamental de Salud de

Dinamarca, pusiera en tela de juicio la política de anonimato de los donantes de óvulos y esperama, ya que después de ese caso se determinó que existen enfermedades hereditarias que no son detectables hasta que el paciente se encuentra avanzado de edad; por tanto eso pone en riesgo la vida de los menores nacidos mediante donantes de esperma.

De la misma forma, y con la intención de mantener el anonimato, la mayoría de adquirentes de este servicio médico (los padres), invocan el derecho a la intimidad, sustentando que no solo los protege a ellos, sino que también protege la salud emocional del menor nacido de estas prácticas. Sin embargo, algunos especialistas refieren que lo que se busca con el anonimato es simplemente disimular el interés comercial y lucrativo por parte de las clínicas privadas que realizan este tipo de actividad; siendo que en la actualidad el tratamiento de la infertilidad es uno de los negocios más lucrativos en el mundo, dada la escasa regulación existente en diferentes países.

Por otro lado, gracias a internet que permite el libre acceso a la información de noticias en el mundo, se ha creado una corriente en diferentes países, que consideran que el anonimato de los donadores, priva a los menores nacidos de conocer su origen biológico. Un caso de adopción de esta corriente, se tiene en Reino Unido, ya que la ley de reproducción asistida de ese país, contemplaba el anonimato de los donantes; sin embargo, en el año 2005, se modificó la norma, consiguiendo que el menor nacido mediante el uso de un donante, pudiera conocer a su progenitor biológico al alcanzar la mayoría de edad. De la misma forma sucede en Suecia, en donde se mantiene el anonimato únicamente si el nacido es menor de edad.

	España	Francia	Inglaterra	Alemania	Italia
Donación de semen	SI	SI	SI	SI	NO
Donación de óvulos	SI	SI	SI	NO	NO
Anonimato en la donación	SI	SI	NO	NO	NO
DGP	SI	SI	SI	NO	NO
Embrioadopción	SI	SI	SI	NO	NO
Criopreservación	SI	SI	SI	SI	SI
Selección de sexo	SI	NO	SI	NO	SI
Tratamientos a mujeres solteras	SI	NO	NO	NO	NO

Fuente; VITA Medicina Reproductiva.
La ley de reproducción asistida en España (2015).

1.3.1.7.4.

Filiación en la fecundación artificial (heteróloga)

Según Rubio, M. (1996):

“Todo ser humano cuenta con una filiación por el solo y único

hecho de haber sido engendrado, esta es la denominada filiación biológica (hecho físico o natural) que surge del acto propio de la concepción en relación con los progenitores. De allí que se diga que “la filiación humana está basada, pues, en la aportación de material genético con el que se produce la fecundación”.

En ese sentido, para que la filiación surta efectos legales, debe encontrarse reconocida de acuerdo al ordenamiento jurídico peruano; de tal forma que la filiación legal, entendida como un hecho jurídico, sea determinada por ley; mediante la presunción matrimonial de paternidad, la declaración judicial de la misma y la voluntad procreacional del hombre; el cual se da mediante el reconocimiento, la posesión constante de estado o la adopción, generando la condición de madre o padre.

Con el pasar de los años ha quedado claro que los principios y normas que rigen la filiación, han quedado desfasados, pues como señala Moran (2005), los avances científicos en el uso de técnicas de reproducción asistida, en especial cuando existen donadores de gametos o se da la maternidad subrogada, generan diferentes situaciones jurídicas que tienen que ser resueltas en la vía judicial y que cuya solución queda a merced de los operadores jurisdiccionales que no se encuentran capacitados para tales supuestos. Otro punto que genera grandes problemas, dada su ausencia de regulación, es la inseminación post mortem. También hace énfasis en la necesidad de legislar específicamente las técnicas de reproducción asistida ya que ellas han cuestionado en contenido vigente del Derecho de Familia y el concepto de filiación, por lo que nos servirá para coadyuvar a reforzar la idea de que el uso de las técnicas de fecundación artificial es una realidad apremiante que requiere legislarse.

Aparisi (2012) refiere que: “Con ayuda de un pequeño recorrido en el tiempo y de cómo se han ido apareciendo las técnicas de reproducción asistida como la mejor solución a la infertilidad y la apreciación de las personas acerca de éstas como la solución suprema a su problema, la autora intenta analizar la consecuencias de estos procedimientos en la mujer y la visión que ellas tienen acerca de las mismas. Al mismo tiempo hace referencia a los presupuestos de la vida humana de los partidarios de éstas técnicas”.

Decir que una persona es padre de otra no supone, necesariamente, la existencia de un vínculo biológico, esta afirmación se sustenta en que ser padre implica actuar oficioso y veladamente cuidando a la prole (padre es el que cría), mientras el término progenitor indica el vínculo biológico entre una persona y otra por la cual uno es el genitor y otro el generado

(progenitor es el que engendra). Desde esta orientación Villa-Coro (1997), de manera clara y acertada, precisa las clases o grados de paternidad en el siguiente sentido:

- Paternidad plena: el padre es aquel que ha engendrado al hijo (padre biológico) y tiene una relación jurídica con la madre (matrimonio o concubinato) que le otorga la calidad de padre legal. Tiene una presencia física en el hogar, en el desarrollo del niño y ejerce los derechos y obligaciones paterno-filiales. Es el caso de una paternidad absoluta o completa en la que no existe disociación entre el aspecto biológico y el legal.
- Paternidad referencial: es el padre cuyo hijo no goza de su presencia física, pero tiene referencias de él que le ayudan a desarrollarse dentro de los conceptos o lineamientos de una familia con antecedentes y estirpes. El hijo conoce la identidad de su padre (rasgos, profesión, cualidades, etc.). Se puede presentar en dos casos:
 - Aquella que corresponde al hijo de una pareja en la que el marido ha fallecido o está ausente.
 - Aquella que se da por fecundación post mortem, el hijo tendrá conocimiento de la identidad de su padre, pero está privado de los derechos legales. Es decir, la paternidad referencial sirve para establecer la identidad filogenética del hijo.
- Paternidad social: en esta el padre ha engendrado al hijo, pero no convive con él, de manera tal que su relación no tiene efecto legal, pero sí contenido emocional, ya que le permite tener a un hombre como imagen de padre.
- Padre excluido: Es aquel padre que, producto de una técnica de reproducción, ha cedido su material genético (de manera anónima, pues prima la reserva en su identificación) sin compromiso de asumir una paternidad, privando del derecho de conocer su identidad al hijo engendrado con su semen. El hijo no cuenta con la persona del padre ni con su presencia referencial: no podrá establecer su identidad.

Todo ello lleva a afirmar que la paternidad representa una multiplicidad de lazos y variedad de relaciones que, organizadas entre sí, orientan la labor natural del hombre en la familia cuál es la interacción padre-hijo. En otras palabras, la paternidad implica consideraciones de orden personal, biológico, social y legal, generando en su conjunto un estado paternal

pleno.

1.3.1.7.5. El primer pronunciamiento de la Corte Suprema sobre ovodonación.

Se trata -en términos de breves- de una pareja que recurre a una clínica de fertilización porque tenía problemas para concebir, suscribiendo 3 documentos: Uno en el que declaran haber sido informados debidamente del proceso y del costo de la criopreservación de embriones; otro por el que el demandante acepta el almacenamiento de su semen por tiempo indeterminado; y uno tercero por el que declaran poseer buen estado psicológico y que el concebido tendrá la condición de hijo, asumiendo la pareja los deberes y derechos propios de la condición de padres; adicionalmente, renuncian a cualquier acción civil u otra con relación a lo establecido.

Es así que la pareja tuvo una niña. Sin embargo, poco después, ambos empezaron a tener problemas, derivando la situación en que el hombre Solicite la nulidad del primer y tercer documento mencionado, invocando el artículo V del Título Preliminar y el inc. 4) del artículo 219º del Código Civil, argumentando que la niña había sido concebida usando los gametos, pero no los de ella, quien le había ocultado su infertilidad y había recurrido a una dadora anónima de óvulos.

La demanda es declarada infundada en todos sus extremos en primera instancia. Apelada la misma, la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, revocó la sentencia anterior y, reformándola, declaró fundada la demanda y, en consecuencia, nulos los actos jurídicos detallados en la misma.

La Sala Suprema en lo Civil resolvió con fecha 11.08.2012 la casación interpuesta por M.A.A.D., declarando fundada la casación, nula la sentencia de vista y confirmada la sentencia de primera instancia, que declaró infundada la demanda (CAS No. 4323-2010).

La Corte Suprema parte de señalar que el artículo 7º de la Ley 26842 admite las técnicas de reproducción asistida como métodos supletorios no alternativos, agregando que la maternidad subrogada o vientre de alquiler no se encuentra reconocida legalmente en nuestro país; empero, en el caso de la ovodonación, indica que si bien no se encuentra legislado, en virtud del axioma jurídico de que “todo lo que no está prohibido está permitido”, el procedimiento de ovodonación “no es ilícito ni constituye delito, constituyendo más bien un vacío normativo y jurisprudencial .

1.3.1.7.6. Proyecto de ley 1722/2012-CR - Ley que regula la reproducción humana asistida.

la propuesta legislativa bajo comentario crea la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, la misma que estaría a cargo del Ministerio de Salud, situación que podría generar gastos extraordinarios a cargo del Ministerio del sector, situación que pudiera ser negativa para su aprobación, si no se efectúan las precisiones y coordinaciones previas necesarias. De otro lado, no se establece si dicha comisión asumirá también el control de la prevención y tratamiento de las enfermedades de origen genético, que consigna el proyecto de ley en su objeto. Es importante mencionar que la Asociación Médica Mundial ha expresado en múltiples documentos que la, concepción asistida es distinta al tratamiento de una enfermedad, por lo que deberá establecerse si se trata de una norma de exclusiva reproducción asistida o que de una de prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético.

1.3.1.8. Bioética

En los últimos años la ciencia médica ha conocido grandes progresos, circunstancia que ha posibilitado el surgimiento de nuevas ramas, como la ingeniería genética, la biología molecular y la genómica, siendo necesario adecuar los criterios tradicionales a las exigencias propias de las nuevas tecnologías (confidencialidad, no discriminación, etc.) para ordenar la conducta y labor de sus profesionales. Esto se ha visto corroborado con el establecimiento de sanciones administrativas, a fin de frenar las prácticas ocultas, es decir, aquellos descubrimientos que no han traspasado los linderos del laboratorio, manteniéndose tanto en el anonimato como en el desconocimiento los efectos que producen los experimentos biológicos, motivo por el cual se promueve la publicación obligatoria, bajo moratorias, de todo descubrimiento médico. Para evitar mayores consecuencias existe una posición dentro de la normatividad médica, que sostiene que es necesario obligar bajo moratorias la publicación de todo descubrimiento médico.

Según Varsi (1996) “en nuestra tesis de maestría decíamos, en el capítulo I (“La investigación humana y la manipulación genética”), que como consecuencia de los descubrimientos en el ámbito médico como el de la anestesia (Morton, 1844), de la penicilina (Fleming, 1928), así como los exitosos trasplantes de órganos (de pulmón por Hardy, de hígado por Starzl, ambos en 1963, y de corazón por Barnard, 1967), y de las recientes innovaciones en el campo de la genética, puede decirse que se ha

producido un progreso decisivo en el saber humano. Como consecuencia de la especialización de estos tratamientos, y habiendo surgido nuevas ramas médicas, la necesidad de fijar pautas morales y deberes básicos en el quehacer médico, ha influido en forma decisiva en la reflexión y sistematización de la bioética, encargada de fijar los patrones esenciales para la correcta aplicación de la medicina y la biología en los seres vivos. El sustento central de la bioética es el insoslayable problema de la relación ciencia-conciencia (ciencia razonada), libertad-cautela (hacer con previsión) y desarrollo-protección (avance con resguardo). La bioética se presenta como una respuesta racional, lógica y equitativa frente a la aplicación, poder y eficacia de la medicina y de las demás ciencias de la salud. Es una rama de la ética que se encarga de los problemas generados por la aplicación y ejercicio de la biomedicina.

Bioética es una palabra compuesta, integrada por las voces bio (del gr. 'vida humana' y ethiké 'ética'). Denota no solo un campo particular de investigación, la intersección de la ética y las ciencias de la vida, sino también una disciplina académica, una fuerza política en los estudios de medicina, biología y medio ambiente y una perspectiva cultural. Expresa, de alguna manera, el dilema moderno entre la libertad individual y la responsabilidad social.

El Diccionario de la Lengua Española define dichos términos de la siguiente manera: "bio. (*del gr. βιο-*) elem. compos. que significa 'vida'"; "ética. (*del lat. ethica, y este del gr. ηθικη, t. f. de -ηθος, ético*) f. Parte de la filosofía que trata de la moral y de las obligaciones del hombre".

El término bioética fue propuesto en 1970 por el científico y oncólogo estadounidense Van Rensselaer Su nombre hace referencia a un campo especial de la ética en la que se conjuga el aspecto biológico y la relación con los deberes profesionales. Puede decirse que ha nacido una nueva reflexión de la ética cuya vinculación está en directa relación con la vida, salud e integridad somática de todo ser vivo, sensibilizando el desarrollo social. Dada la trascendencia de la misma con la vida, los deberes y valores del hombre y la tensión generada por la intrusión de las nuevas tecnologías, se vuelve preciso la regulación expresa de situaciones que pudieran poner en peligro la dignidad e integridad de la persona, por lo que algunos autores han propuesto el término de bioderecho para referirse al área del derecho que se encarga del desarrollo y estudio de normas particulares de tutela de la vida y los actos médicos, algunos otros autores han denominado a este proceso la juridificación de la bioética.

Elio Sgreccia (1986) nos dice que la bioética "es la parte de la filosofía moral que considera la licitud o ilicitud de las intervenciones sobre la vida del hombre y, de modo particular, de las intervenciones en relación con la práctica y el desarrollo de las ciencias médicas y biológicas".

En España León (1992) sostiene que "La bioética supone un intento de conseguir un

enfoque secular, interdisciplinario, prospectivo, global y sistemático, de todas las cuestiones éticas que conciernen a la investigación sobre el ser humano y en especial a la biología y la medicina”

Entre las principales características de la bioética tenemos:

- Se sustenta en los derechos humanos y en los derechos de la persona.
- Nace en un ambiente bio científico para proteger la vida y su ambiente.
- Es un esfuerzo interdisciplinario en el que participan médicos, sociólogos, filósofos, teólogos, psicólogos y abogados, entre otros.
- Comprende los problemas relacionados con los valores que surgen en las profesiones de la salud en general.
- Está orientada a proteger al ser humano integralmente (física, mental y socialmente).
- No se limita al campo humano, sino que abarca cuestiones relativas a la vida de los animales (maltrato y experimentación) y de las plantas (medio ambiente), ofreciendo una protección como elementos biológicos, es decir, protege a los seres vivos en general.
- Busca la armonía con la naturaleza promoviendo el desarrollo sustentable y el cuidado del medio ambiente.
- Traza líneas para guiar el correcto actuar científico.
- Aborda cuestiones de orden social (salud pública), no se limita al campo estrictamente individual.
- Busca establecer límites sociales a la ciencia y a la tecnología.
- Tiende a evitar la audacia científica en contra de la vida.
- Es una disciplina teórica, aunque eminentemente práctica.
- Se sustenta en los derechos humanos y en los derechos de la persona.
- Busca conciliar el imperativo de la libertad de la investigación con la primacía de la protección de la persona y la salvaguardia de la humanidad.

Como refería Noelle Lenoir (1994), la “bioética nos invita en este sentido a ser buenos, honrados y generosos, cualesquiera que sean los intereses económicos y de poder de la competición científica y, por ello, solo puede ser universal, como ética de la responsabilidad y la solidaridad”

1.3.1.8.1. Bioética y Derechos del niño

Entre el 28 y 30 de abril del 2000 se celebró en Mónaco el Coloquio Internacional sobre Bioética y derechos del Niño en el que la Amade (Asociación Mundial de Amigos de la Infancia) ha planteado como principio

que la “ciencia debe estar al servicio del niño y no el niño al servicio de la ciencia”, tomándose como premisas dos situaciones de trascendencia:

- La protección integral del niño en razón de su estado de inmadurez antes de su nacimiento y después de él y que,
- El progreso de la ciencia biomédica puede generar un peligro para los niños.

Esta Declaración no es el punto final de la discusión sino, por el contrario, es el punto de partida de una nueva aventura humana en materia de bioética y protección integral de la niñez que es la más propensa a las experimentaciones y manipulaciones genéticas. Por lo que se ha llegado a establecer los siguientes principios.

Todo niño es un ser humano especial. Dada su edad, estado de desarrollo biológico constante y capacidad de razonamiento el niño es un sujeto de derecho especial. De acuerdo con la Convención sobre los derechos del Niño y con el Código de los niños y adolescentes el ser humano adquiere la categoría jurídica de niño en el momento de la concepción, y permanece como tal hasta la edad de 12 años, en la que se adquiere situación jurídica de adolescente. En tal sentido, todo niño requiere de una protección jurídica especial, pues su propia situación biológica (desde el estado embrionario hasta la culminación de su desarrollo psicosomático) y social (de relaciones y comportamientos) así lo exigen.

Destacar los valores esenciales del respeto a la vida y la dignidad del ser embrión. Tomando en cuenta este principio nos pondremos a la par de la gran parte de Declaraciones bioéticas que se sustentan esencialmente en los siguientes postulados: (1) El embrión es un ser humano y posee todos los derechos necesarios para su protección, (2) la ciencia y la técnica no se fundamentan en procedimientos atentatorios contra la dignidad del ser humano, y (3) se prohíbe la manipulación genética. La Declaración de Mónaco reconoce expresamente la dignidad del embrión in vitro, partiendo del supuesto de que las técnicas de procreación asistida son métodos supletorios, no alternativos. Supletorios, pues buscan superar una deficiencia biopsíquica que impide a la pareja tener descendencia cuando otros métodos han fracasado o con la finalidad de evitar la transmisión de enfermedades o taras a la descendencia de manera tal que, como acto médico, estas técnicas robustecen el derecho a la salud. No es alternativo, pues siendo la finalidad directa la procreación, esta no puede estar supeditada a la mera voluntad de la persona. Esto se sustenta en el principio bioético de beneficencia de la bioética. • La genética y la medicina deben respetar el postulado de la “no discriminación”. De esta manera se

protege el principio bioético de la igualdad y la equidad, por el cual no debe establecerse discriminación por cuestiones genéticas (genoísmo) ni en la aplicación de tratamientos médicos, teniendo todos los seres humanos igual derecho a ser asistidos clínicamente y de acuerdo con las necesidades y urgencia que requiera su salud. Es más, la ciencia biomédica no puede utilizar sus avances a efectos de selección o mejoramiento genésico de los embriones humanos (reduccionismo genético), salvo en el comprobado caso de eliminar o disminuir taras o enfermedades graves.

La vida del niño es invaluable e intangible. Independientemente de la minusvalía que adolezca el infante, ha de protegerse de manera absoluta su vida, integridad y salud. En consecuencia, los defectos o deficiencias biológicas (taras, malformaciones o defectos) del embrión o del niño no deben ser utilizadas como pretexto para la realización de técnicas de experimentación o manipulación genética.

La familia es el núcleo natural en el cual el niño debe desarrollarse. El cuidado y la educación en el seno de una familia, cuyos miembros tienen responsabilidades respecto del niño, constituyen para él la mejor situación, la que conviene buscar y procurar en todos los casos. Si la familia es la célula básica de la sociedad y esta se puede constituir por matrimonio, filiación o convivencia, debemos tender a que el niño se desarrolle en este tipo de estructura natural, buscando los medios necesarios para consolidar los lazos familiares. Así, todo niño debe ser cuidado de manera integral tanto en el aspecto psicosomático (salud, educación), social (recreo, diversión) y patrimonial (pecuniario), y esto le corresponde legítimamente a los padres (patria potestad) o a su tutor (tutela).

El interés superior del niño. De acuerdo con las normas consideradas en la Convención de los derechos del Niño y el Código de los niños y adolescentes, el interés superior del niño es actualmente un principio jurídico básico en la doctrina de los derechos humanos. En dicho sentido, este principio será el norte para todas aquellas medidas que adopte la sociedad en relación con el niño, dando especial importancia que debe darse una protección integral a quienes por su corta edad se encuentran en estado de indefensión.

1.3.2. Derecho a la identidad.

En la actualidad los nacimientos de bebés que han sido concebidos mediante las técnicas de reproducción asistida son cada vez más, sin embargo como menciona Posadas (2017) en:

“El Perú no cuenta con un registro único y centralizado de donantes de gametos ni la cantidad de nacidos a través de estas técnicas de reproducción con el material genético de estos donantes. Urge, por tanto, determinar la necesidad de tal registro.” (p.01).

Es por ello, que solo algunas de las personas nacidas mediante estas técnicas conocen su identidad biológica. Ahora bien, en diferentes doctrinas se discute si la persona al llegar a su desarrollo adulto tiene el derecho o no a conocer de su origen biológico, dado que la donación de óvulos es anónima y por ende, tanto donante como madre receptora desconocen sus identidades.

1.3.2.1. Definición

Fernández (1992), define al derecho a la identidad como “La persistencia del ser en su unidad a través de sus múltiples cambios y determinaciones”, Sumado a ello, Mizrahi (2004), define al derecho a la identidad “como el derecho de cada uno de ser uno mismo, de distinguirse y de ser distinto, sobre la base de sus propios atributos y cualidades personales”.

1.3.2.2. Dimensiones del Derecho a la Identidad.

En la actualidad se reconoce al derecho a la identidad, como un derecho de doble dimensión. Por un lado tenemos a la identidad estática, la cual comprende exclusivamente a la identificación física y biológica de un individuo, así como también su registro como persona en la sociedad. Esto es su nombre, sexo, lugar y fecha de nacimiento, huellas digitales y nacionalidad, solo por nombrar algunos.

De la misma forma, tenemos a la identidad dinámica, la cual va más allá de la estática, ya que se concentra en los rasgos de la persona y su proyecto de vida. Esto gracias a que la misma es variada y se enriquece constantemente debido al interactuar del individuo en la sociedad.

1.3.3. Identidad genética

Según el diccionario de la Lengua Española, por identidad se entiende: "conjunto de rasgos propios de un individuo de una colectividad que los caracterizan frente a los demás, conciencia que una persona tiene que ser ella misma y distinta a los demás"

Enrique VarsiRospigliosi refiere que:

“el hombre es un todo en el que convergen valores, actitudes y elementos biológicos, en fin, aquello que le permite la vida y la socialización. Toda persona es

un ser absolutamente único, singular e irrepetible, como una perfecta unidad de alma y de cuerpo. Dicho cuerpo y su conformación biogenética lo diferencia de sus semejantes con quienes comparte una misma naturaleza: la humana" (Varsi Rospigliosi, p 238)

Como queda claro con las definiciones anteriores, la identidad es aquello que sirve para diferenciar a las personas y proteger esa distinción que hay entre todos los seres humanos. Es la base del "derecho a ser diferente".

La identidad a nivel genético protege que toda persona tenga una secuenciación única y diferente frente a los demás y que no sea igual ni parcial ni totalmente (en el caso de la clonación).

1.3.4. Integridad genética

Para Bernaldes (s.f.), la integridad humana comprende tres factores: moral, referido a libre desarrollo de acuerdo a sus valores y costumbres; psíquico, referido a la preservación de todas las capacidades de la psiquis humana; y físico, la intangibilidad de los diversos elementos que componen su dimensión física. (p 115).

Por ello en el Código Civil francés establece claramente en su Art. 16-1 que "Cada persona tiene derecho a su cuerpo. El cuerpo humano es inviolable". Y el Art. 16-4 del mismo cuerpo de leyes establece "Nadie puede atentar contra la integridad de la especie humana. Toda práctica eugenésica tendente a la organización de la selección de la persona está prohibida.

Así como a la identidad, nuestra Constitución protege y garantiza la integridad humana en su Art. 2 inciso 1 que establece "Toda persona tiene derecho: A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo en cuanto le favorece."; repitiéndose esta garantía en el Proyecto de Constitución del presente año. También el Art. 5º del Código Civil establece "El derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad, al honor y demás inherentes a la persona humana son irrenunciables y no pueden ser objeto de cesión".

1.3.5. El daño a la libertad

Según Fernández Sessarego (1997), este tipo de daño compromete la libertad. El daño al ejercicio a la libertad lesiona, destruye, hace imposible total o parcialmente la realización de nuestro proyecto de vida.

"El daño al proyecto de vida que es, como está dicho, manifestación fenoménica de la libertad, se produce primariamente a través de un daño psicosomático, el mismo que impide su cumplimiento su realización".

Una persona que haya sido sujeta a Manipulación (perfectiva o eugénica) podría verse limitada en su proyecto de vida, al verse disminuida en una o varias cualidades de su soma, repercutiendo ello en la fenomenalización de los deseos. Podría tampoco estar de acuerdo

con la estética o patrones de belleza que le han impuesto. Sería inaceptable que el hombre pueda verse disminuido debido a una determinación en su ser biológico, no pudiendo proyectar su vida en forma libre y digna, por lo que es imperativo que las futuras generaciones no sean objeto de caprichos, y sean consideradas siempre como un “fin en sí mismo”.

La Declaración Universal del Genoma Humano y los Derechos Humanos al respecto también establece en el Art. 8 “Toda persona tendrá derecho, de conformidad con el Derecho internacional y el derecho nacional, a una reparación equitativa de un daño que pueda haber sido víctima, cuya causa directa y determinante pueda haber sido una intervención en su genoma”.

1.4. Formulación del problema

¿De qué manera los criterios judiciales sobre los contratos de ovodonación en clínicas privadas han incidido en el derecho a la identidad del menor nacido, en el Perú, en los años 2007 al 2017?

1.5. Objetivos

1.5.1. Objetivo general

Determinar de qué manera los criterios judiciales sobre los contratos de ovodonación en clínicas privadas han incidido en el derecho a la identidad del menor nacido, en el Perú, en los años 2007 al 2017.

1.5.2. Objetivos específicos

OE1. Explicar el marco jurídico de la ovodonación en el Perú.

OE2. Describir la naturaleza jurídica del contrato de ovodonación.

OE3. Analizar los criterios judiciales sobre los contratos de ovodonación en clínicas privadas en el Perú.

OE4. Describir la naturaleza jurídica del derecho a la identidad, a través de la jurisprudencia constitucional y convencional.

1.6. Hipótesis

1.6.1. Hipótesis general

Los criterios judiciales sobre los contratos de ovodonación en clínicas privadas han incidido negativamente en el derecho a la identidad del menor nacido, en el Perú, en los años 2007 al 2017.

1.6.2. Hipótesis específica

HE1. Actualmente, no existe un marco normativo específico sobre la ovodonación en el Perú, sino únicamente, la referencia genérica a las técnicas de reproducción asistida prescrita en el artículo 7º de la Ley General de Salud – Ley n.º 26842.

HE2. El contrato de ovodonación tiene como naturaleza jurídica, ser una de hacer, a título gratuito celebrado entre la donante y madre gestante.

HE3. Los criterios judiciales sobre los contratos de ovodonación en clínicas privadas en el Perú se adhieren principalmente a establecer que la filiación jurídica del menor nacido debe reconocerse en virtud del procedimiento de gestación, omitiendo el factor genético.

HE4. El derecho a la identidad, según la jurisprudencia constitucional y convencional, involucra factores que van más allá del aspecto biológico y genético, que determinan la individualización del ser respecto de la sociedad.

1.7. Justificación

La presente investigación se justifica desde el punto teórico dogmático, pues se va a analizar la institución de la ovodonación, así mismo esto va a coadyuvar a los operadores jurídicos a entender de manera amplia las implicancias jurídicas de la contratación de las técnicas de reproducción asistida y su incidencia en el derecho a la identidad del menor nacido.

De la misma forma, servirá para ser base teórica para trabajos de investigación que se planteen diluir objetivos similares en cuanto a la contratación de la ovodonación y sus implicancias en el derecho de los menores nacidos en el Perú.

Además de ello, el presente trabajo podrá utilizarse como un tema debatible en la práctica jurídica, pues es un tema de actualidad en el cual no existe un criterio uniforme en el ordenamiento jurídico nacional.

1.8. Limitaciones

En la presente investigación se han determinado las siguientes limitaciones:

- i. La primera limitación fue encontrada al realizar la búsqueda de antecedentes y contratos del procedimiento de ovodonación. Además de ello, las clínicas privadas restringen el acceso a los contratos de servicios de ovodonación, por lo cual fue imposible realizar un análisis del mismo.
- ii. Existe gran ausencia de producción legislativa y jurisprudencial respecto al tema avocado, por lo cual se resalta la intención innovadora de la presente tesis.
- iii. Acceso de los sistemas de archivo judicial sobre ovodonación, para la búsqueda de sentencia o procesos judiciales sobre el tema a tratar, debido a que solo se ha podido realizar la búsqueda general, más no el acceso al archivo central, debido a que desde el 16 de marzo del 2020, mediante el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM se declaró el estado de emergencia nacional sanitaria por Covid-19, el cual perdura hasta la fecha.

CAPÍTULO 2. METODOLOGÍA

2.1. Tipo de investigación

La presente investigación es de tipo cualitativa, ya que las variables a investigar, no son objeto de medición. Además de ello, es una investigación de carácter exploratorio, pues el objeto de análisis no ha sido abordado antes.

2.2. Población

- Resoluciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, que resuelven incidentes relacionados al contrato de ovodonación.
- Resoluciones de la Corte Suprema, que resuelven incidentes relacionados a la ovodonación.
- Comentarios de abogados expertos en materia civil.
- Comentarios de abogados expertos en materia constitucional.
- Comentarios de Médicos y enfermeras expertas en Técnicas de Reproducción Asistida y bioética.
- Estudios teórico dogmáticos sobre la ovodonación, desde el año 2014 – 2017.

2.3. Muestra

El tipo de muestra de la presente investigación es no probabilístico.

Tabla N°01

POBLACIÓN	MUESTRA	CRITERIOS	JUSTIFICACIÓN
Sentencias que se pronuncian sobre la ovodonación, desde el año 2007 al 2017	Sentencia casatoria del Exp.1310-2010-Lima. Sentencia del Exp. 5003-2007-Lima. Sentencia del Exp. 06374-2016-0-1801-JR-CI-05 Sentencia casatoria	Análisis del derecho a la identidad. Criterios contradictorios sobre la naturaleza jurídica de la Ovodonación.	Es importante el uso de esta muestra ya que permite analizar la figura de ovodonación y sus implicancias en nuestro sistema jurídico

	del Exp. 4323-2010- LIMA Sentencia casatoria del Exp. 1520-2017		
Comentarios de abogados expertos en materia civil.	Abogado Santos Urtecho Navarro. Abogada Andrea Correa Reyes. Abogado Enrique Varsi Rospiglosi.	Abogados expertos en materia civil, quienes cuentan con más de 8 años de ejercicio profesional. Además de ser autores de artículos de la especialidad.	Es importante el uso de esta muestra, debido a que se analizan los comentarios de expertos en la materia civil, a fin de ahondar en el objeto de la presente investigación.
Comentarios de abogados expertos en materia Constitucional.	Abogado César Alarcón Puente. Abogado Gonzalo Cruz Sandoval. Abogado Juan Catañeda Méndez	Abogados expertos en materia constitucional, quienes cuentan con más de 5 años de ejercicio profesional. Además de ser autores de artículos de la especialidad.	Es importante el uso de esta muestra, debido a que se analizan los comentarios de expertos en la materia constitucional, a fin de ahondar en el objeto de la presente investigación.
Comentarios de Médicos y enfermeras expertas en Técnicas de Reproducción Asistida y bioética.	Doctor Carlos Sanchez Escudero. Doctora Ana María Nuñez Rosas. Doctora Melissa Sánchez Palacios.	Médicos ginecólogos expertos en fertilidad. Especialista en bioética. Medico gineco obstetra.	Es importante el uso de esta muestra, debido a que se analizan los comentarios de expertos en fertilidad, a fin de complementar la presente investigación.
Estudios teórico dogmáticos sobre la ovodonación, desde el año 2014 – 2017	Tesis titulada “Situación jurídica y jurisprudencial de las técnicas de reproducción humana asistida en el Perú: el caso de la ovodonación” por	Estudios especializados en materia constitucional. Estudios que analizan la figura de ovodonación y sus implicancias.	Es importante el uso de esta muestra, debido a que brindan aportes de información sobre el estudio de la figura de ovodonación.

	<p>Sthefanie Gonzales.</p> <p>Tesis titulada “La ovodonación y la necesidad de regulación en la legislación peruana” por Antony Castro.</p> <p>Tesis titulada “Presupuestos éticos y jurídicos mínimos que se deben tener en cuenta ante una inminente regulación de técnicas de reproducción asistida en el Perú” por Diana Perez.</p> <p>Tesis Titulada “El derecho de las personas concebidas mediante técnicas de reproducción asistida a conocer su identidad biológica, desde una perspectiva biojurídica” por Arturo Cárdenas.</p>	<p>Estudios que analizan la ausencia de regulación de la figura de ovodonación.</p> <p>Estudios que analizan la afectación al derecho de identidad, producto del uso de técnicas de reproducción asistida.</p>	
--	---	--	--

2.4. Técnicas e instrumentos de recolección y análisis de datos

Tabla N°02

TÉCNICA	INSTRUMENTOS	JUSTIFICACIÓN
ENTREVISTA	Formato de entrevista	Esta técnica permitió recolectar la opinión de expertos respecto de la institución de la ovodonación, las implicancias jurídicas de los contratos de ovodonación y su incidencia en el derecho a la identidad.
ANÁLISIS DOCUMENTAL	Ficha resumen, ficha textual y resaltado.	Se hizo empleo de libros, revistas, artículos, en formato impreso y digital; así como también resoluciones judiciales, que constituyen base fundamental para la investigación.

2.5. Procedimiento

Tabla N°03

PROCEDIMIENTO	
ENTREVISTA	La investigadora obtuvo las entrevista escritas, las cuales fueron entregadas por medios de comunicación virtuales, tales como correo electrónico y Whatsapp; se envía el formato de entrevista vacío, para posteriormente ser llenado por el entrevistado, remitiendo en formato PDF o Word, siendo así, que de esta forma se recolectó la opinión de los expertos.

ANÁLISIS DOCUMENTAL	Se encontró bibliografía relevante, para el análisis de las variables en el presente trabajo de investigación sobre los contratos de ovodonación y el derecho a la identidad.
----------------------------	---

2.6. Aspectos éticos

La presente investigación se llevó a cabo teniendo como lineamiento los principios básicos éticos establecidos en el Informe Belmont, en la parte genérica en tanto regula las pautas éticas para que una investigación respete a la persona, su dignidad como tal y justicia. Aunado a ello, se cumplió con todos los parámetros establecidos en el manual APA, por lo cual la presente investigación guardó respeto de la autoría de las diferentes publicaciones que se usaron.

CAPÍTULO 3. RESULTADOS

3.1. Análisis e interpretación de resultados.

Una vez aplicado los instrumentos de recolección de datos conforme lo señalado en el capítulo de metodología, se procedió a realizar el análisis, dado que la información que se extraiga será la que se señale en las conclusiones, por cuanto demostrará la opinión de tres juristas expertos en materia civil y tres en materia constitucional, además de tres expertos en ginecología y obstetricia, el análisis jurisprudencial de cinco pronunciamientos en sede judicial y el análisis de estudios teórico- dogmáticos de los años 2014 al 2017.

3.1.1 Entrevista

A continuación se muestran los resultados obtenidos de la aplicación de la entrevista realizada a seis abogados y tres profesionales de la salud, la cual ha sido realizada mediante el planteamiento de las siguientes preguntas.

3.1.2 Análisis Jurisprudencial

Se procedió a realizar el análisis de la muestra seleccionada como jurisprudencia, para lo cual se emplearon cinco tablas.

Tabla N°04

FICHA JURISPRUDENCIAL N° 01	
TIPO DE RESOLUCIÓN	Sentencia casatoria
NÚMERO DE EXPEDIENTE	1310-2010-Lima
ÓRGANO JURISDICCIONAL	Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima
ASUNTO	Apelación concedida contra la sentencia contenida en la resolución número cincuenta y tres, que declara infundada la demanda.
APORTE RELEVANTE	Considerando séptimo: "Para el caso que nos ocupa tenemos que el actor pretende la declaración de nulidad de 1. Autorización de Fertilización in vitro y Transferencia embrionaria del 5 de agosto de 2004; y, 2. Convenio de

	<p>Técnicas de Reproducción Asistida, sin embargo, cabe precisar que la relación jurídica obligacional generada como consecuencia de dicho acuerdo se ha agotado en todo su <i>iter</i> contractual y ha producido los efectos jurídicos esperados por las partes al haber dado lugar a la procreación de una menor”.</p> <p>Considerando octavo: “Por consiguiente, la nulidad de los actos cuestionados no presenta efecto jurídico que pueda ser privado y/o suspendido, asimismo, es imposible volver a su estado anterior y pretender desaparecer los derechos y obligaciones que hubieran nacido y/o la restitución de los bienes que se hubieran entregado, siendo que por la naturaleza del acuerdo la realización de la prestación pactada ha modificado la realidad de forma irreversible, advirtiéndose además que la pretendida nulidad, no puede afectar la eficacia del acto realizado, la cual involucra el interés de una tercera persona”.</p>
--	---

Tabla N°05

FICHA JURISPRUDENCIAL N° 02	
TIPO DE RESOLUCIÓN	Sentencia suprema
NÚMERO DE EXPEDIENTE	5003-2007-Lima
ÓRGANO JURISDICCIONAL	Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia
ASUNTO	Se trata del recurso de casación interpuesto contra la Resolución de vista que confirmando la apelada declara improcedente su demanda de impugnación de maternidad; con lo demás que contiene.
APORTE RELEVANTE	Considerando segundo: “De la demanda a fojas cuarenta se aprecia que la recurrente Mónica Cedelinda Oblitas Chicoma actúa en representación de su menor hijo Olsen Fabrizio Quispe Oblitas, e invocando los artículos 45 y 399 del Código Civil impugna el reconocimiento de maternidad efectuado por María Alicia Alfaro Dávila respecto de la menor Alicia Beatriz Alfaro Dávila, argumentando que la

	<p>demanda no es la madre biológica de dicha menor, pues ella fue inseminada artificialmente con el óvulo de una mujer distinta y se utilizó los espermatozoides del esposo de la recurrente, Custodio Olsen Quispe Condori, sin el consentimiento de éste, mediante la técnica de reproducción asistida denominada “ovodonación”, la que no está permitida en nuestro país conforme se colige de lo previsto en el artículo 7 de la Ley General de Salud.”</p> <p>Considerando noveno: “Por último, el interés legítimo a que se refiere el artículo 339 del Código Civil, está referido a una circunstancia de carácter personal, la parte es titular de un interés propio, distinto de cualquier otro, que proyectada al presente caso se encuentra dada por la condición de hermanos, lo que asegura el carácter personal, propio y legítimo del interés; además de ser único respecto a terceros que no se encuentran unidos por un vínculo de parentesco consanguíneo, con las consecuencias que determinan los artículos 475 del Código Civil y 93 del Código de Niños y Adolescentes que regulan la prelación de los obligados a prestar alimentos, así como la obligación que existe a nivel de hermanos en la protección recíproca de sus interés.”</p>
--	---

Tabla N°06

FICHA JURISPRUDENCIAL N° 03	
TIPO DE RESOLUCIÓN	Sentencia
NÚMERO DE EXPEDIENTE	06374-2016-0-1801-JR-CI-05
ÓRGANO JURISDICCIONAL	Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional
ASUNTO	Proceso de amparo contra RENIEC por vulnerar el derecho a la identidad y al interés superior del niño de los menores asimismo, como a los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la vida privada y familiar, así como sus derechos sexuales y reproductivos.
APORTE RELEVANTE	“DÉCIMO PRIMERO: Ahora bien, con respecto al derecho a la familia y/o protección familiar o vida familiar, se debe recordar que constituye una garantía iusfundamental prevista tanto en la Constitución Política del Perú como en diversos Pactos Internacionales suscritos por el Perú. En el

ámbito interno, el derecho a la familia, en tanto instituto natural, está inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales y como consecuencia de ello es que han generado las llamadas “familias ensambladas” que tienen estructuras distintas a la tradicional que, sin embargo, también merecen protección y reconocimiento (STC 09332-2006-AA, fundamento 8). Así, el Tribunal Constitucional ha señalado que “la familia no puede concebirse únicamente como una institución en cuyo seno se materialice la dimensión generativa o de procreación únicamente” (STC 6572-2006-AA, fundamento 10). Por su parte, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que “El derecho a fundar una familia implica, en principio, la posibilidad de procrear y de vivir juntos” (Observación General No 19, de 1990).

En ese sentido, parece claro que las partes, en especial los demandantes Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau efectivamente tienen el derecho a fundar una familia, acudiendo a los métodos científicos y legales que permite el ordenamiento jurídico peruano, por lo que el RENIEC no puede cuestionar u obstruir la manera en que se constituye y estructura esta familia, debiendo, por el contrario, facilitar los medios para que esa familia sea precisamente instituida como tal, junto con sus hijos.

Lo anterior no es sino un ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad previsto en el artículo 2, inciso 1 de nuestro texto Constitucional. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado de forma contundente que: “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.

Evidentemente no se trata de amparar constitucionalmente

a cualquier clase de facultades o potestades que el ordenamiento pudiera haber reconocido o establecido a favor del ser humano. Por el contrario, estas se reducen a todas aquellas que sean consustanciales a la estructuración y realización de la vida privada y social de una persona, y que no hayan recibido un reconocimiento especial mediante concretas disposiciones de derechos fundamentales.

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” (STC 2868-2004-AA, fundamento 14)

A su turno, los derechos sexuales y productivos, resultan también manifestaciones del derecho al libre desarrollo de la personalidad y del derecho a la vida privada, por ende, la postura del RENIEC, de no inscribir a los menores de iniciales L.N.N.R y C.D.N.R., tiene como resultado atentar contra el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los demandantes (en especial, contra su derecho a fundar una familia que es una manifestación del primero) frustrando así el desarrollo de un proyecto de vida familiar como consecuencia de su elección reproductiva.

DÉCIMO SEGUNDO: EL INTERÉS SUPERIOR DE LOS MENORES. Además de lo antes indicado, se debe tener en cuenta que la Sra. Ballesteros desde un inicio tuvo voluntad pro-creacional para tener hijos, a diferencia de la madre biológica que desde un inicio –y hasta ahora- tuvo una voluntad de entregar a los menores a la Sra. Ballesteros.

También se aprecia en autos, que actualmente la Sra. Ballesteros tiene a los menores bajo su guarda y que, de hecho, ejerce los cuidados y atributos propios de una auténtica madre (lo que no ocurre con la Sra. Rojas), le otorga una mejor posición para ser considerada como madre de los menores. Y es que este Juzgado no solo debe tener en cuenta los derechos de los adultos que intervienen

en esta causa (esposos que querían ser padres y no podían y esposos que podían ser padres y ayudaron a los primeros) sino también el interés superior de los menores. Al respecto, el autor Alex Plácido señala que el interés superior del niño: "... es el conjunto de circunstancias que establecen las adecuadas condiciones de vida del niño y que, en casos concretos, permiten determinar la mejor opción para la debida protección de sus derechos fundamentales, preservando su personalidad, de prevalencia de lo espiritual sobre lo material (una vez asegurados ciertos mínimos) y de lo futuro sobre lo inmediato (sin descuidar un mínimo de equilibrio afectivo), atendiendo en lo posible a sus gustos, sentimientos y preferencias, etc., que también influyen en los medios elegibles"¹⁷

De acuerdo con lo anterior, en este caso no existe conflicto o dudas sobre la posición que ocupan la Sra. Ballesteros y su esposo frente a los menores, por lo que lo mejor para ellos es que su situación familiar no se vea alterada, criterio que, por lo demás, es el acorde con el sistema convencional de derechos humanos al que nos referimos antes.

En ese orden, corresponde un inmediato mandato para que se tutele el derecho a la identidad de los menores, derecho previsto en el inciso 1 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú. Sobre esta disposición de derecho fundamental, el Tribunal Constitucional ha sostenido en forma reiterada que este derecho "(...) ocupa un lugar esencial entre los atributos esenciales de la persona. Como tal representa el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo como es, encontrándose constituido por diversos elementos tanto de carácter objetivo como también de carácter subjetivo. Entre los primeros cabe mencionar los nombres, los seudónimos, los registros, la herencia genética, las características corporales, etc., mientras que entre los segundos se encuentran la ideología, la identidad cultural,

	<p>los valores, la reputación, etc.” (STC 2223-2005-HC, STC 05829-2009- AA/TC y STC 4509-2011-AA).</p> <p>Ahora bien, con relación al nombre indica el Tribunal que este cumple una función elemental pues a través del mismo “(...) la persona no solo puede conocer su origen, sino saber quién o quiénes son sus progenitores, así como conservar sus apellidos. El nombre adquiere así una trascendencia vital en tanto, una vez establecido, la persona puede quedar plenamente individualizada en el universo de sus relaciones jurídicas y, desde luego, tener los derechos y las obligaciones que de acuerdo a su edad o condición le va señalando el ordenamiento jurídico” (STC 4509-2011-AA), en el mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado que “El nombre y los apellidos son esenciales para establecer formalmente el vínculo existente entre los diferentes miembros de la familia” (Sentencia del caso Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, nota 204, párrafo 184).</p> <p>Por tanto, junto con el derecho a la salud reproductiva, libre desarrollo de la personalidad y a fundar una familia de los padres Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau, corresponde también que se otorgue tutela al derecho al nombre de sus hijos de iniciales L. N.R. y C. D. N. R., debiendo el RENIEC reponer las cosas al estado anterior a los agravios generados en su contra, anulando las partidas que emitió y emitiendo nuevas partidas de nacimiento donde conste como sus apellidos paternos y maternos los de los señores Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros, así como que ellos son sus padres.”</p>
--	---

Tabla N°07

FICHA JURISPRUDENCIAL N° 04	
TIPO DE RESOLUCIÓN	Sentencia casatoria
NÚMERO DE EXPEDIENTE	4323-2010-LIMA
ÓRGANO JURISDICCIONAL	SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA
ASUNTO	Recurso de casación interpuesto por la causal: Infracción normativa por interpretación errónea del artículo 7 de la

	Ley número 26842 –Ley General de Salud.
<p>APORTE RELEVANTE</p>	<p>Considerando cuarto: “Que, habiendo quedado establecido que el proceso de fecundación cuestionado no deviene ilegal, corresponde verificar si los actos contenidos en los documentos denominados Autorización de fertilización in vitro y Transferencia embrionaria, y Convenio de realización de Técnica de Reproducción asistida, se encuentran inmersos en causal de nulidad, en ese sentido se aprecia de la cláusula cuarta del segundo documento que los intervinientes (demandante y demandada) admite expresamente: “Que tal fecundación se realiza mediante la técnica de reproducción asistida denominada FIV TE, la cual consiste en que el semen extraído y capacitado de EL ESPOSO, se combina con el óvulo donado, también previamente recogido en un plato de laboratorio donde se lleva a cabo la fecundación. Los gametos a utilizar son provenientes de terceros donados de manera anónima, y sin ánimo de lucro. (...)” y en la cláusula octava declaran haber leído el documento que suscriben, lo cual configura una manifestación de voluntad válida y además ratificada en el documento denominado autorización de Fertilización In Vitro y Transferencia Embrionaria; no debe dejar de mencionarse que como consecuencia del proceso de fecundación se produjo el nacimiento de una niña, quien resulta protegida en virtud a lo dispuesto en el artículo 1 del Código Civil, artículo 4 de la Convención sobre los derechos del niño, y artículo 2,3,6 y 12 de la Convención sobre los derechos del niño, que regulan los principios rectores sobre el interés superior del niño; en tal sentido, se cumplen con los requisitos previstos en el artículo 140 del Código Civil. Por consiguiente, lo resuelto por la Sala Superior no se ajusta a derecho, correspondiendo declarar fundado el recurso de casación, casar la sentencia de vista y en sede de instancia confirmar la sentencia apelada.”</p> <p>Fundamentos del Voto en Discordia - Considerando sexto: “Que, examinamos los argumentos expuestos por el impugnante, es del caso precisar que denuncia, bajo la</p>

	<p>causal de infracción Normativa Procesal, la vulneración del deber de motivar adecuadamente la sentencia recurrida, por lo que corresponde analizar la resolución objeto del presente recurso, de la que se constata la afirmación del Colegiado Superior de revocar la sentencia apelada de fojas seiscientos doce, de fecha quince de diciembre del dos mil ocho, que declara infundada la demanda, reformándola declara Fundada la misma; en consecuencia, Nulos los actos jurídicos contenidos en la Autorización de Fertilización in vitro y Transferencia Embrionaria del cinco de agosto de dos mil cinco y en el Convenio de realización de Técnica de Reproducción asistida de fecha dieciocho de agosto de dos mil cuatro, bajo los siguientes fundamentos expuestos en el considerando tercer y cuarto, de dicha resolución: TERCERO: Absolviendo los agravios contenidos en los apartados a) y b) del considerando anterior, debemos señalar que en efectos el denominado “Convenio de realización de Técnica de Reproducción asistida” señala en su Cláusula Cuarta lo siguiente (...). Por consiguiente, resulta evidente que los declarantes estaban autorizando la realización de un procedimiento contrario a una norma prohibitiva como el artículo 7 de Ley General de Salud anteriormente citada. En consecuencia, el “Convenio de realización de Técnica de Reproducción asistida” debe ser declarado nulo por violación del artículo V del Título Preliminar del Código Civil; CUARTO: En cuanto al acto jurídico denominado “Autorización de Fertilización in vitro y Transferencia Embrionaria” debe relevarse que, igualmente, contiene una autorización para que en el procedimiento de reproducción asistida puedan utilizarse gametos provenientes de terceros o del Banco de Gametos, los que luego de ser fecundados serían transferidos al útero de la mujer. Por consiguiente, también este acto jurídico transgrede una norma de orden público como resulta ser el artículo 7 de la Ley General de Salud”.</p>
--	---

Tabla N°08

FICHA JURISPRUDENCIAL N° 05	
TIPO DE RESOLUCIÓN	Sentencia casatoria
NÚMERO DE EXPEDIENTE	1520-2017
ÓRGANO JURISDICCIONAL	Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia
ASUNTO	Recurso de casación formulado por el demandante contra la sentencia de vista contenida en la Resolución número cincuenta y ocho, la cual confirmó la sentencia apelada, la cual declaró infundada la demanda
APORTE RELEVANTE	<p>Fundamento décimo: “Que, con relación al acto anulable, se verifica que un negocio jurídico eficaz puede posteriormente ser declarado inválido (nulo) a consecuencia de la impugnación propuesta por el sujeto legitimado para ello, a diferencia de la nulidad que por la calidad del vicio estructural del negocio interesa al orden público, y puede ser solicitada por cualquiera que tenga interés. De otro lado, en el caso de la anulabilidad el pedido es de parte, dado que existe una gradación de menor gravedad por la comisión de este vicio estructural, el cual debe estar taxativamente regulado. En cuanto al acto anulable por vicio resultante del error, nuestro ordenamiento define al error como aquella situación en la cual la persona que celebra el acto manifiesta su voluntad sobre la base de información errónea sobre el objeto del acto, su contraparte o sobre los efectos del acto jurídico, de forma tal que de no haberse encontrado en dicho error, el acto jurídico no habría sido celebrado; a su vez, el artículo 201 del Código Civil, establece que el error es causal de anulación del acto si es que es esencial y conocible por la otra parte, es decir, que el acto jurídico podrá ser anulado cuando el error fue una causa fundamental para que la persona celebrara el acto y si este error era conocible por la contraparte”.</p> <p>Fundamento décimo primero: “Que, del contexto doctrinario expuesto, resulta evidente que los hechos que invoca el demandante no se encuadran dentro la causal de anulabilidad del acto jurídico denunciada, primero por</p>

	<p>cuanto el error que se alega es respecto de la voluntad expresada por la demandada en el acto de reconocimiento, en efecto, el actor no alega ni acredita el error en su manifestación de voluntad en el reconocimiento efectuado como padre de la menor, sino la voluntad expresada por la demandada, lo que implica que el demandante no tendría legitimidad para incoar la presente acción. En segundo término, los argumentos expuestos en la demanda no se encuentran dirigidos a cuestionar algún vicio en la declaración por error, sino que en puridad se cuestiona el acto de reconocimiento de la demandada – en el que el mismo demandante también participó – que habría efectuado la emplazada sin tener calidad de madre biológica según la legislación en la materia, violentándose una norma de orden público, lo que evidentemente resulta ajeno a los hechos y a la pretensión que se discute en la relación material”.</p> <p>Fundamento décimo segundo: “Que, de otro lado, ya en el contexto de la infracción normativa denunciada, si bien se alega que no se habría cumplido con el requisito que expresa la Ley General de Salud en su artículo 7 sobre reproducción asistida por cuanto no existiría coincidencia entre la madre gestante y la madre genética (persona quien gesta a menor y quien donó el ovulo fecundado), se tiene que al tratarse de una norma de orden público atañe a un supuesto de nulidad del acto jurídico y no de anulabilidad que está sujeto a ratificación o confirmación, no siendo objeto del presente caso la nulidad del acto; en consecuencia, no se aprecia que la sala superior haya incurrido en infracción normativa, por lo que debe desestimarse la causal denunciada”.</p>
--	--

3.1.3 Estudios teóricos

En este punto en cuestión el cotejo se realizó con cuatro trabajos de investigación y se tuvo como resultado lo siguiente:

Tabla N°09

FICHA DE ANÁLISIS TEÓRICO Nº01	
Autor:	Situación jurídica y jurisprudencial de las técnicas de reproducción humana asistida en el Perú: el caso de la ovodonación
Título:	Sthefanie Gonzales
Aporte conceptual:	“Derecho a la integridad: La integridad, es un derecho presente en los derechos reproductivos de la mujer. La infertilidad puede considerarse como una afectación a la integridad física de las mujeres, en tanto, si bien las técnicas de reproducción asistida no son tratamientos en tanto no curan la enfermedad, coadyuvan a paliar sus efectos al permitir la posibilidad de llevar a cabo un embarazo.”

Tabla Nº10

FICHA DE ANÁLISIS TEÓRICO Nº02	
Autor:	Antony Castro
Título:	La ovodonación y la necesidad de regulación en la legislación peruana
Aporte conceptual:	“Deberá regularse el consentimiento informado en este tipo de Técnicas de Reproducción Asistida ya sea tratado en un matrimonio o pareja cuya mujer se someta a una inseminación artificial con semen de donante o una fecundación in vitro con transferencia de embriones y/o donación de óvulos, ya que en cualquiera de este tipo de técnicas previa y fehacientemente deberán ser consentidas por ambos sujetos de aquel vínculo, de tal forma que estos sean los padres legales del o de los hijos que nazcan.”

Tabla N°11

FICHA DE ANÁLISIS TEÓRICO N°03	
Autor:	Diana Perez
Título:	Presupuestos éticos y jurídicos mínimos que se deben tener en cuenta ante una inminente regulación de técnicas de reproducción asistida en el Perú
Aporte conceptual:	<p>“Si bien nuestro ordenamiento jurídico es proteccionista de la vida y ha quedado demostrado que las TRA son un atentado directo contra el derecho a la vida del concebido, pese a ello la LGS sigue vigente y resulta imposible pedir la inconstitucionalidad puesto que el plazo para realizar dicha acción ya prescribió. La mejor solución hubiera sido que se derogara dicho dispositivo legal que introduce las TRA, lo cual no sucedió. Por el contrario, se ha promulgado nueva legislación contra el derecho a la vida como el Protocolo del aborto terapéutico.</p> <p>Estos límites son: el respeto de la dignidad de la persona, tanto del concebido como de la madre y el respeto por el cuerpo de la mujer evitando ser utilizado como instrumento para la medicina. Estas directrices son complementarias con la idea de que ninguna persona puede ser un medio sino siempre un fin, dejando de lado el mal entendido del derecho al hijo.”</p>

Tabla N°12

FICHA DE ANÁLISIS TEÓRICO N°04	
Autor:	Arturo Cárdenas

<p>Título:</p>	<p>El derecho de las personas concebidas mediante técnicas de reproducción asistida a conocer su identidad biológica, desde una perspectiva biojurídica</p>
<p>Aporte conceptual:</p>	<p>“Toda persona tiene derecho a su identidad, la cual es una expresión de su libertad. Ser uno mismo implica saber de dónde venimos y ello empieza por conocer nuestros orígenes. El hombre es genética y es historia, que se proyecta en el tiempo.</p> <p>Del derecho a la identidad y del derecho a saber, se deriva el derecho al reconocimiento del origen biológico en favor de los nacidos mediante fecundación asistida, el cual se ve reforzado teniendo en cuenta el derecho a la salud, a la libertad, a la verdad, al consentimiento informado, a la información y al acceso a los datos personales, así como el principio pro homine y el principio del interés superior del niño.</p> <p>El derecho a conocer la identidad biológica no implica necesariamente que dicho conocimiento genere vínculos de filiación, pues se trata de dos cosas distintas, siendo el segundo un tema que escapa al contenido del presente estudio. Sin perjuicio de ello, estimamos que la filiación no puede reducirse al mero dato genético, como factor para determinar la paternidad, teniendo en cuenta que el ser humano es un ser cultural y social. La identidad de una persona implica no solo una verdad biológica, sino también una verdad sociológica, cultural y social; debe tenerse también en cuenta el tema de la posesión de estado.”</p>

3.1.4. Entrevistas con expertos

A continuación se muestran los resultados obtenidos de la entrevista formulada a seis expertos abogados, especialistas en materia civil y constitucional, además de tres expertos en salud reproductiva, el cual ha sido aplicado mediante el planteamiento de preguntas abocadas a su especialidad:

- Llamar “contrato de ovodonación”, al acuerdo del uso de técnicas de reproducción asistida, no es lo más adecuado, al menos no en el ordenamiento jurídico peruano, si nos ceñimos a la legislación vigente, que es el Código Civil y particularmente el artículo 1351º, para que sea un contrato debe prevalecer el aspecto patrimonial, la definición legal del 1351º indica que el contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales, en una apreciación literal del texto podríamos inclusive descartar cualquier situación que no tenga que ver netamente con el aspecto patrimonial, no tendría que ser contrato pero además de eso, el contenido que se le suele dar a este tipo de convenios o pactos de ovodonación determina que el carácter patrimonial realmente resulte siendo no solo el menos importante sino también el que debería alejarse o apartarse de la razón de ser de este tipo de convenios o pactos.
- Los convenios de ovodonación no generan seguridad jurídica, ya que no tiene una regulación contundente o claro en todo caso podríamos hasta decir que hay ausencia de regulación, desde el punto de vista pragmático, y la seguridad jurídica en sí, como su nombre lo indica, necesita precisamente de una fuente de estabilidad jurídica, entonces ya sea la norma o ya sea la producción jurisdiccional, pero pareciera que en el Perú, por lo menos no hay algo contundente al respecto.
- La seguridad jurídica no tendría que depositarse en los particulares privados o los que intervengan en el pacto o acuerdo sino que tendría que estar supeditada la regulación de orden público, ni siquiera a una regulación netamente de derecho privado esto escapa de eso y va más allá, por eso hablamos de orden público.
- El vínculo paterno filial va a tener que estar determinado por aspectos emocionales, por quien pueda acreditar o quien tenga la posibilidad que realmente quiere y busca consolidar un vínculo paterno filial, es masomenos como el tema de las Teras, como el tema de la procreación asistida, entonces ese el punto que debería prevalecer y dejar en un segundo plano lo genético y poner como una prioridad para efectos de una valoración, el carácter emocional e intencional de que es lo que realmente se quiere del verdadero ánimo de consolidar una relación jurídica paterno filial.
- El derecho a la identidad de un sujeto tiene que estar protegida por la seguridad y certeza de la existencia y origen del mismo. Un estado de cosas distinto genera inseguridad, como en el presente caso se da a partir de la falta de regulación de esta

figura.

- El procedimiento de ovodonación y el derecho a la identidad del menor nacido de estas prácticas, tienen una relación directa. Pero hay una relación de afectación de la identidad del menor con esta figura. La identidad del menor está expuesta, vulnerable en tanto haya imprecisión en el marco de regulación de la ovodonación.
- La prácticas médicas realizadas por médicos especializados en fertilidad, se realizan en base a el Código de Ética y Deontología; además de las normas internas impuestas por las clínicas privadas especializadas en reproducción asistida humana.

CAPÍTULO 4. DISCUSIÓN

4.1. Discusión de resultados

Con la finalidad de arribar a una respuesta a la hipótesis planteada en el presente trabajo, se realizó el acopio de información relevante para investigación mediante la aplicación de los siguientes instrumentos; Guía de análisis documental, formato de análisis de casos y tres formatos de entrevista. Respecto al último, fue aplicado a abogados del Perú y médicos expertos en ginecología y obstetricia. De este modo, cotejar y unificar los resultados obtenidos de las diversas fuentes para un análisis completamente objetivo.

4.2. Implicancias

Discusión del Resultado I. En Relación al Objetivo General Nro. 1:“Determinar de qué manera los criterios judiciales sobre los contratos de ovodonación en clínicas privadas han incidido en el derecho a la identidad del menor nacido, en el Perú, en los años 2007 al 2017.” Se determinó, que nuestro ordenamiento contempla el derecho a la salud reproductiva, libre desarrollo de la personalidad y a fundar una familia. Además de ello, el estado prevalece el interés superior del niño reconocido, sin embargo, se contempla que la relación jurídica obligacional generada como consecuencia del acuerdo entre las partes ha someterse a la ovodonación, se agota en todo su iter contractual y produce los efectos jurídicos esperados por las partes al haber dado lugar a la procreación de una menor; por consiguiente, la nulidad de los actos cuestionados no presenta efecto jurídico que pueda ser privado y/o suspendido, ya que es imposible volver a su estado anterior y pretender desaparecer los derechos y obligaciones que han nacido de la realización del mismo; tampoco existe la posibilidad de una restitución de los bienes que se hubieran entregado, siendo que por la naturaleza del acuerdo la realización de la prestación pactada ha modificado la realidad de forma irreversible, advirtiendo además que las decisiones judiciales se dan de manera objetiva salvaguardando el derecho a la integridad y bienestar superior del niño.

Discusión del Resultado II. En Relación al Objetivo Específico Nro. 1:“Explicar el marco jurídico de la ovodonación en el Perú.”

Se determinó, que el uso de técnicas de reproducción asistida se encuentra regulado en la Ley General de Salud, publicada el 20 de julio de 1997, la cual en su artículo siete señala que: “Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida se requiere el consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos. Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos”. De la misma forma, se determinó que las clínicas de fertilidad hacen firmar un documento de consentimiento informado al matrimonio o pareja que desea someterse a el uso de estas técnicas.

Discusión del Resultado III. En Relación al Objetivo Específico Nro. 2: “Describir la naturaleza jurídica del contrato de ovodonación”

Se determinó, que tiene una naturaleza compleja, dada la falta de regulación de la misma, ya que tiene un aspecto patrimonial que debería ser manejado con cuidado y tiene un aspecto extrapatrimonial en sentido amplio, pero que particularmente está destinado a la conservación o a la prosecución de la vida humana en un futuro; esta última entonces no solamente es extrapatrimonial sino que con más especificidad tendría que ser bioético.

Por lo cual no puede llamarseles contrato, ciñéndonos en la legislación vigente, que es el Código Civil y particularmente el artículo 1351^o, para que sea un contrato debe prevalecer el aspecto patrimonial, lo cual indica que el contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales, por tanto se descarta cualquier situación que no tenga que ver netamente con el aspecto patrimonial, siendo así, que se establece que son convenios o pactos de ovodonación dado que se determinó que el carácter patrimonial realmente resulta siendo no solo el menos importante sino también el que debería alejarse o apartarse de la razón de ser de este tipo de convenios o pactos.

Discusión del Resultado IV. En Relación al Objetivo Específico Nro. 3: “Analizar los criterios judiciales sobre los contratos de ovodonación en clínicas privadas en el Perú.”

En este extremo encontramos que, siempre y cuando las partes contratantes del servicio den su autorización de Fertilización In Vitro y Transferencia Embrionaria por escrito, el convenio de estas prácticas no deviene en ilegal; además de ello prevalece la identidad dinámica y el derecho a la integridad del menor nacido de esta práctica.

Discusión del Resultado V. En Relación al Objetivo Específico Nro. 4: “Describir la naturaleza jurídica del derecho a la identidad, a través de la jurisprudencia constitucional y convencional.”

Se determinó, que se reconoce al derecho a la identidad, como un derecho de doble dimensión. Por un lado tenemos a la identidad estática, la cual comprende exclusivamente a la identificación física y biológica de un individuo, así como también su registro como persona en la sociedad. Esto es su nombre, sexo, lugar y fecha de nacimiento, huellas digitales y nacionalidad, solo por nombrar algunos. De la misma forma, tenemos a la identidad dinámica, la cual va más allá de la estática, ya que se concentra en los rasgos de la persona y su proyecto de vida. Esto gracias a que la misma es variada y se enriquece constantemente debido al interactuar del individuo en la sociedad.

CONCLUSIONES

Conclusión General.

- Los criterios judiciales sobre los convenios de ovodonación en clínicas privadas han incidido de manera negativa en el derecho a la identidad del menor, además estableciendo que exista una constante vulneración a el interés superior del niño; esto en tanto no existe un criterio uniforme en cuanto a las decisiones judicial dada la escasa regulación sobre la materia.

Conclusiones Específicas.

- **CE1.** La ley General de Salud - Ley 26842, regula de manera amplia el uso de técnicas de reproducción asistida, no haciendo referencia a la ovodonación en específico; sin embargo, establece que para la realización de cualquiera de las técnicas se requiere el consentimiento informado y por escrito de las partes intervinientes.
- **CE2.** Es propiamente un convenio de ovodonación, que consiste en un acuerdo entre partes, a fin de adquirir un óvulo por parte de una donante; esto gracias a que no debe tener un carácter patrimonial; sino más bien un carácter extrapatrimonial en sentido amplio, ya que el resultado de ese convenio es la prosecución de una nueva vida humana.
- **CE3:** De la revisión de los criterios judiciales se ha concluido que:
 - **Criterio Jurisprudencial Nº 01 (Conforme al Exp. 1310-2010)**

Existe la imposibilidad de establecer una nulidad en un Convenio de Técnicas de Reproducción Asistida, esto es por que la consecuencia de dicho acuerdo se materializa en un ser humano que es sujeto de derecho; por tanto, agota todo su iter contractual, este no puede ser privado y/o suspendido en su efectos; además de ello, existe una imposibilidad de deshacer sus efectos y volver al estado anterior por la misma naturaleza del convenio.
 - **Criterio Jurisprudencial Nº 02 (Conforme al Exp. 5003-2007)**

Determina que en aplicación al interés legítimo establecido en el artículo 399 del código civil, se valora el interés con un carácter más personal, respecto de las partes que no se encuentren unidas por un vínculo de

parentesco consanguíneo.

→ **Criterio Jurisprudencial Nº 03 (Conforme al Exp. 06374-2016)**

Se establece que se debe valorar la voluntad pro-creacional para tener hijos, por parte de los esposos o pareja contratante de estos servicios, además de ello, analizar la voluntad de entregar a los menores por parte de la madre subrogada. No solo se debe tener en cuenta el derecho al libre desarrollo y formación de una familia; sino que analizar los hechos de manera precisa a fin de que la parte que mantenga al menor bajo su guarda y que ejerza todos los atributos propios de los padres pueda establecer una conexión paterno filial con el menor producido de estas técnicas.

→ **Criterio Jurisprudencial Nº 04 (Conforme al Exp. 4323-2010)**

Este criterio establece que la realización de la ovodonación mediante la fecundación in vitro no es ilegal, siempre y cuando exista un documento expreso de Autorización de fertilización in vitro y un convenio o acuerdo de realización de Técnica de Reproducción asistida; mediante el cual se les explique a las partes contratantes las implicancias de someterse a este tratamiento.

- **CE4.** La persona es única en su esencia; por tanto, es un ser de libertad y que cuenta con una identidad propia. Esto es gracias a que se constituye una identidad dinámica; mediante el continuo proceso de desarrollo de la persona a través de su vida. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, mediante Opinión Consultiva OC-24/2017, establece a la identidad como “el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y que, en tal sentido, comprende varios derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso”.

Además, la identidad de la persona humana tiene diferentes dimensiones, ya que la identidad estática está definida porque representa un atributo invariable en la persona, tal como lo es su huella dactilar, en cambio la identidad dinámica se determina por factores como la cultura, creencias religiosas, rasgos de personalidad, concepción del mundo y relaciones afectivas.

REFERENCIAS

- Código Civil del Perú (2014) Jurista Editores. Edición actualizada. Perú.
- Declaración Universal del Genoma Humano y los Derechos Fundamentales. (1997)
- Fernandez, C. (1997). Daño síquico. Revista "Ius Et Veritas". Año II N° 03.
- Kcomt, M. (2009). Aspectos jurídicos de la manipulación genética: una perspectiva desde el derecho de daños. Trujillo. Perú.
- Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española. 12º edición. Madrid. España.
- Varsi, E. (2000) Derecho y manipulación genética. Fondos de la Universidad de Lima. Lima. Perú.
- Sesarego, C. (1992) Derecho a la identidad personal. Buenos Aires: Astrea, p. 113.
- León, F. (1992) Dignidad humana, libertad y bioética. Grupo de Investigación en Bioética de Galicia.España, p.05.
- Rubio, M. (1996) Las reglas del amor en probetas de laboratorio. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, p.45.
- Villa-Coro (1997) Huérfanos biológicos. Madrid, p.77.
- Mizrahi, M. (2004) Identidad filiatoria y prueba biológica. Buenos Aires: Editorial Astrea, p. 55.
- Gherzi, C. (2004) Prueba de ADN. Genoma Humano. Buenos Aires: Editorial Universidad, p. 15.
- Sgreccia, W. (1986) Manuale per medicine e biologia. Milán, p 43.
- El origen del hombre. Eugenesia. Recuperado el 20 de agosto de 2021, de <http://www.elorigendelhombre.com/eugenesia.html>
- Tercera cultura. Recuperado el 20 de agosto de 2021, de <http://www.terceracultura.net/tc/?p=5854>
- Biotecnología. Eutanasia. Recuperado el 20 de agosto de 2021, de http://www.ugr.es/~eianez/Biotecnologia/eugenesia.htm#_Toc484502414
- Creacionismo. Génesis, Artículo sobre la Eugenesia. Recuperado el 20 de Junio de 2021, <http://www.creacionismo.net/genesis/Art%C3%ADculo/eugenesia>
- Scielo.sld.cu (1994) Revista Cubana de Obstetricia y Ginecología - Eugenesia y diagnóstico prenatal. Recuperado el 20 de agosto de 2021, de <http://scielo.sld.cu/scielo.php?pid=S0138->
- Unknown. (2013) Untitled. Recuperado el 20 de agosto de 2021, de http://www.conbioetica-mexico.salud.gob.mx/descargas/pdf/normatividad/normatinternacional/8.INTL._Dec._Univ_Genoma_y_Der_Humanos.pdf [Accessed: 30 May 2013].

La eugenesia liberal entre esencialismo y materialismo. Cap. De bioética. sujeto y cultura. editorial

Horsori Barcelona(2011). Recuperado el 20 de agosto de 2021, de <https://sapereaudecat.wordpress.com/2012/08/27/la-eugenesia-liberal-entre-esencialismo-y-materialismo-capitol-del-libre-bilbeny-n-ed-bioetica-sujeto-y-cultura-editorial-horsori-barcelona-2011/>

Legal comentario(Abril del 2004).La procreación asistida y sus implicancias. Recuperado el 20 de agosto de 2021, de <http://legalcomentario.blogspot.com/2009/04/la-procreacion-asistida-implicancias.html>

Revista de personas. Eugenesia. Recuperado el 20 de agosto de 2021, de http://www.revistapersona.com.ar/Persona32/32Pantigoso.htm#_ftnref62

Creacionismo.net (1883) Eugenesia. Recuperado el 20 de agosto de 2021, de [at:http://creacionismo.net/genesis/art%C3%ADculo/eugenesia](http://creacionismo.net/genesis/art%C3%ADculo/eugenesia)

Pre dictamen de la comisión de justicia y derechos humanos, recaído en el proyecto de ley

1722/2012-CR que propone la Ley que regula la reproducción humana asistida.Recuperado el 20 de agosto de 2021, de https://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtualdata/Tesis/Human/Espinoza_AJ/enPDF/Cap5.pdf

Varsi (s.f.). Derecho genético. Principios Generales. Recuperado el 20 de agosto de 2021, de https://www.sijufor.org/uploads/1/2/0/5/120589378/derecho_genetico.pdf

Posadas (2017) El derecho a la identidad y el registro nacional de cedentes de gametos y embriones.

Recuperado el 20 de agosto de 2021, de https://www.unife.edu.pe/facultad/derecho/familia/publicaciones/REVISTA_PERSONA_Y_FAMILIA_2017/EL%20DERECHO%20A%20LA%20IDENTIDAD%20Y%20EL%20REGISTRO%20NACIONAL%20DE%20CEDENTES%20DE%20GAMETOS%20Y%20EMBRIONES.pdf

Siverino, P. (2012) Una mirada desde la bioética jurídica a las cuestiones legales sobre la infertilidad

en el Perú. Recuperado el 20 de agosto de 2021, de <http://www.scielo.org.pe/pdf/rgo/v58n3/a09v58n3.pdf>

Avellaneda, R. (2018) Normatividad jurídica peruana y la legislación comparada sobre la gestación

por sustitución. Recuperado el 20 de agosto de 2021, de <http://repositorio.untrm.edu.pe/bitstream/handle/UNTRM/1539/Avellaneda%20Chumbe%20Rosa%20Edelmira.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (Repositorio de la Universidad Nacional

Toribio Rodríguez de Mendoza de Amazonas)

- Alvarez, J. (2007) Historia contemporánea: las técnicas complejas de reproducción asistida. Recuperado el 20 de agosto de 2021, de <https://www.medigraphic.com/pdfs/ginobsMex/gom-2007/gom075i.pdf>
- Théry, I. (2009) El anonimato en las donaciones de engendramiento: filiación e identidad narrativa infantil en tiempos de descasamiento. Revista de Antropología Social. Recuperado el 20 de agosto de 2021, de <https://www.redalyc.org/pdf/838/83817222002.pdf>
- Esparza, R. (2019) Regulación de la donación de gametos y embriones en las técnicas de reproducción humana asistida: ¿anónima o abierta?. Recuperado el 20 de agosto de 2021, de <https://www.medigraphic.com/pdfs/gaceta/gm-2019/gm191b.pdf>
- Revista France 24 (2019) Ley bioética francesa: ¿qué queda del texto del proyecto de ley que examinará el Senado?. Recuperado el 20 de agosto de 2021, de <https://www.france24.com/es/20200121-texto-ley-bio%C3%A9tica-examen-senado>
- Real Decreto 412/1996. Ley que establece los protocolos obligatorios de estudio de los donantes y usuarios relacionados con las técnicas de reproducción humana asistida y se regula la creación y organización del Registro Nacional de Donantes de Gametos y Preembriones con fines de reproducción humana en España. Recuperado el 20 de agosto de 2021, de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1996-6644>
- Eugin (s.f.). Resumen de la legislación española sobre la donación de óvulos. Recuperado el 20 de agosto de 2021, de <https://www.eugin.es/preguntas/legislacion-espanola-donacion-de-ovulos/>
- Medisur (2007) El senado italiano aprobó el jueves una controvertida ley sobre derechos reproductivos, que prohíbe el uso de esperma y óvulos de donantes y las madres de alquiler, a la vez que restringe los procesos de fertilización asistida sólo para parejas heterosexuales "estables". Revista de Ciencias Médicas de Cienfuegos. Recuperado el 20 de agosto de 2021, de [http://medisur.sld.cu/index.php/medisur/announcement/view/1294#:~:text=ROMA%20\(Reuters\)%20%2D%2D%20El%20senado,para%20parejas%20heterosexuales%20%22estables%22](http://medisur.sld.cu/index.php/medisur/announcement/view/1294#:~:text=ROMA%20(Reuters)%20%2D%2D%20El%20senado,para%20parejas%20heterosexuales%20%22estables%22)
- Instituto Bernabeu (s.f.) Legislación italiana técnicas de reproducción asistida. Recuperado el 20 de agosto de 2021, de <https://www.institutobernabeu.com/es/legislacion-italiana-tecnicas-de->

- Galvan, E. (2003) De la ley 35/1988 sobre técnicas de reproducción asistida a la ley 45/2003: un análisis crítico. Recuperado el 20 de agosto de 2021, de https://www.bioeticacs.org/iceb/investigacion/tesina_TRA.pdf (Repositorio de la Universidad Internacional de Catalunya).
- Vita Medicina Reproductiva (2015) La ley de reproducción asistida en España. Recuperado el 20 de agosto de 2021, de <http://www.vitafertilidad.com/blog/actualidad/ley-reproduccion-asistida-espana.html>.
- Cardenas, A. (2014) El derecho de las personas concebidas mediante técnicas de reproducción asistida a conocer su identidad biológica, desde una perspectiva biojurídica. Recuperado el 20 de agosto de 2021, de https://tesis.usat.edu.pe/bitstream/20.500.12423/553/1/TM_Cardenas_Krenz_ArturoRonald.pdf (Repositorio de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo).
- Cardenas, R (2014) Consideraciones jurídicas en torno a la ovodonación. Recuperado el 20 de agosto de 2021, de https://repositorio.ulima.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12724/2867/Cardenas_Krenz_Ronald.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Delgado, M (2016) El derecho a la identidad: una visión dinámica. Recuperado el 20 de agosto de 2021, de <https://corteidh.or.cr/tablas/r36895.pdf> (Repositorio de la Pontificia Universidad Católica del Perú).
- Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia (s.f.) Técnicas de reproducción asistida. Recuperado el 20 de agosto de 2021, de https://sego.es/mujeres/Reproduccion_asistida.pdf
- Ivi (2021) Ovodonación. Recuperado el 20 de agosto de 2021, de <https://ivi.es/tratamientos-reproduccion-asistida/ovodonacion/>
- Fertigyn (s.f.) Ovodonación. Recuperado el 20 de agosto de 2021, de https://fertigyn.com.pe/?page_id=77
- Revista Cuidate Plus (2016). Ovodonación. Diccionario de fertilidad. Recuperado el 20 de agosto de 2021, de <https://cuidateplus.marca.com/reproduccion/fertilidad/diccionario/ovodonacion.html>
- ProCrear Clínica de fertilidad (s.f.) La ovodonación, cuando la maternidad proviene de una donante. Recuperado el 20 de agosto de 2021, de <https://procrear.com.pe/la-ovodonacion/>
- Ibañez, M. (2021) La evolución de los motivos para retrasar la maternidad. Recuperado el 20 de

agosto de 2021, de <https://theconversation.com/la-evolucion-de-los-motivos-para-retrasar-la-maternidad-155722>

Gonzales, S. (2017) Situación jurídica y jurisprudencial de las técnicas de reproducción humana asistida en el Perú: el caso de la ovodonación. Recuperado el 20 de agosto de 2021, de <https://repositorio.urp.edu.pe/handle/urp/1131> (Repositorio de la Universidad Ricardo Palma)

Neciosup, V. (2018) Problemas de Política Pública y Estado Situacional de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en el Perú. Recuperado el 20 de agosto de 2021, de https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/25ADE7B6962521CC0525834A00726952/%24FILE/reproduccion_asisitida_N20.pdf

Abellán, Fernando (2007). Selección genética de embriones: Entre la libertad reproductiva y la eugenesia. Granada: Editorial Comares, p. 142

Vásquez, Rodolfo (1993). —Ética, Derecho y Fecundación Asistida. En: Revista Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, No.19. Alicante: Universidad de Alicante, p. 461.

Olgún Britto, Ana María (2007). —Los derechos de filiación en las técnicas de fecundación artificial. En: La Familia: Naturaleza y Régimen Jurídico en el Siglo XX. Jornadas Internacionales de Derecho de Familia. Chiclayo: Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, p. 16.

<https://revistas.usat.edu.pe/index.php/ius/article/view/429/904>.