

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



**UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y
CIENCIAS POLÍTICAS**

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS

TESIS:

**CRITERIOS JURÍDICOS QUE SUSTENTAN EL DERECHO A LA
IDENTIDAD PERSONAL DEL MENOR CONCEBIDO MEDIANTE
INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA EN EL PERÚ**

Para optar el Grado Académico de

MAESTRO EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO CONSTITUCIONAL Y DERECHOS HUMANOS

Presentada por:

Bachiller: MARÍA EUGENIA MALCA PAJARES

Asesor:

Dr. CARLOS DÍAZ VARGAS

Cajamarca, Perú

2022

COPYRIGHT © 2022 by
MARÍA EUGENIA MALCA PAJARES
Todos los derechos reservados

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS

TESIS APROBADA:

CRITERIOS JURÍDICOS QUE SUSTENTAN EL DERECHO A LA IDENTIDAD PERSONAL DEL MENOR CONCEBIDO MEDIANTE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA EN EL PERÚ

Para optar el Grado Académico de

MAESTRO EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO CONSTITUCIONAL Y DERECHOS HUMANOS

Presentada por:

Bachiller: MARÍA EUGENIA MALCA PAJARES

JURADO EVALUADOR:

M.Cs. Carlos Díaz Vargas
Asesor

Dra. Sandra Veronika Manrique Urteaga
Jurado evaluador

Dra. Cinthya Cerna Pajares
Jurado evaluador

Mg. Roció Salazar Chero
Jurado evaluador

Cajamarca, Perú

2022



Universidad Nacional de Cajamarca
LICENCIADA CON RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 099-2018-SUNEDUCO
Escuela de Posgrado
CAJAMARCA - PERÚ



PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS
ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TESIS

Siendo las 14:50 horas, del día 27 de abril de dos mil veintidós, reunidos en el Auditorio de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, el Jurado Evaluador presidido por el **Dra. SANDRA VERONIKA MANRIQUE URTEAGA**, **Dra. CINTHYA CERNA PAJARES**, **Mg. ROCÍO SALAZAR CHERO**, y en calidad de Asesor el **M. CS. CARLOS DIAZ VARGAS**, Actuando de conformidad con el Reglamento Interno y el Reglamento de Tesis de Maestría de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, se dio inicio a la Sustentación de la Tesis titulada **"CRITERIOS JURIDICOS QUE SUSTENTAN EL DERECHO A LA IDENTIDAD PERSONAL DEL MENOR CONCEBIDO MEDIANTE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETEROLOGA EN EL PERÚ"**, presentada por el **Bach. en Derecho MARÍA EUGENIA MALCA PAJARES**.

Realizada la exposición de la Tesis y absueltas las preguntas formuladas por el Jurado Evaluador, y luego de la deliberación, se acordó APROBARE con la calificación de BUENOS (16) la mencionada Tesis; en tal virtud, el **Bach. en Derecho MARÍA EUGENIA MALCA PAJARES**, está apto para recibir en ceremonia especial el Diploma que lo acredita como **MAESTRO EN CIENCIAS**, de la Unidad de Posgrado de la Facultad de la Derecho, con Mención en **DERECHO CONSTITUCIONAL Y DERECHOS HUMANOS**.

Siendo las 19:35 horas del mismo día, se dio por concluido el acto.


.....
M.Cs. Carlos Díaz Vargas
Asesor


.....
Dra. Sandra Veronika Manrique Urteaga
Jurado Evaluador


.....
Dra. Cinthya Cerna Pajares
Jurado Evaluador


.....
Mg. Rocio Salazar Chero
Jurado Evaluador

Dedicatoria

A mi madre, María Esperanza Pajares de Malca, por su dedicación y amor inconmensurable e inculcar, en mi persona, la práctica de valores, sus consejos y apoyo constante; pilares de motivación que me permiten ser una persona visionaria, para lograr una meta más en mi carrera profesional. También le dedico este trabajo de investigación a mi compañero de toda la vida: mi hijo

Emiliano Yohamdi Vera Malca.

Agradecimiento

Sin la bendición de Dios, nada es posible; su fuerza espiritual impulsa para superar dificultades, y me da sabiduría y la alegría de vivir, compartiendo su enseñanza en este mundo que se sintetiza en la justicia.

A los docentes de la Universidad Nacional de Cajamarca, en especial a los que compartieron sus experiencias académicas en la Maestría de Derecho Constitucional y Derechos Humanos.

Agradecimiento especial al Dr. Carlos Díaz Vargas, por su orientación y profesionalismo para la culminación de la presenta tesis, y por sus sabias enseñanzas en mi carrera profesional.

Epígrafe

“Esta es nuestra obligación hacia el niño: darle un rayo de luz y seguir nuestro camino.”

Maria Montessori

Tabla de contenido

Dedicatoria	v
Agradecimiento	vi
Epígrafe	vii
Tabla de contenido	viii
Lista de abreviaciones	xii
Glosario	xiii
Resumen	xvi
Abstract	xvii
Introducción	xviii
Capítulo I: Aspectos Metodológicos	1
1.1. Planteamiento del problema	1
1.2. Formulación del problema	5
1.3. Justificación e importancia	5
1.4. Objetivos	8
1.4.1. General	8
1.4.2. Específicos	9
1.5. Delimitación y limitaciones	9
1.5.1. Delimitación	9
1.5.1.1. Temática	9
1.5.1.2. Temporal	10
1.5.1.3. Espacial	10
1.5.2. Limitaciones	10
1.6. El tipo y nivel de tesis	10

1.6.1. De acuerdo con el fin que persigue	10
1.6.2. De acuerdo con el diseño de investigación	11
1.6.3. De acuerdo con los métodos y procedimientos que se utilizan	11
1.7. Hipótesis	12
1.8. Métodos	12
1.8.1. Métodos generales	12
1.8.2. Métodos jurídicos	14
1.9. Técnicas e instrumentos	17
1.9.1. Técnicas	17
1.9.2. Instrumentos	17
1.10. Población y muestra	18
1.11. Unidad de análisis	18
1.12. Estado de la cuestión	18
Capítulo II: Marco teórico	25
2.1. Bases filosóficas	25
2.2. Bases conceptuales y teóricas	27
2.2.1. Pospositivismo principialista	27
2.2.2. Estado Social de Derecho	28
2.2.3. Teoría de los derechos fundamentales	28
2.2.4. Derecho a la identidad	29
2.2.5. Familia	39
2.2.6. Integridad personal	43
2.2.7. Bioética	45
2.2.8. Técnicas de reproducción asistida	49
2.2.9. Técnica de Inseminación Artificial (TIA)	58

2.2.10. Inseminación Artificial Heteróloga (IAH)	61
2.2.11. La identidad como derecho fundamental	64
Capítulo III: Contrastación de hipótesis	91
3.1. La identidad como derecho constitucional fundamental	91
3.1.1. Teoría de los derechos fundamentales	92
3.1.2. El derecho a la identidad en sus dimensiones: estática y dinámica	103
3.1.3. El derecho a la identidad vs. derecho a la libertad contractual en el Perú	108
3.1.3.1. Derecho a la libertad contractual	109
3.1.3.2. Derecho a la identidad del menor concebido por inseminación artificial heteróloga y el derecho a mantener en reserva la identidad del padre biológico	111
3.2. El Test de Proporcionalidad y su aplicación para tutelar el derecho a la identidad personal del menor concebido por inseminación artificial heteróloga	123
3.2.1. Adecuación o idoneidad	123
3.2.2. Juicio de necesidad	125
3.2.3. Juicio de proporcionalidad	126
3.3. El derecho del menor a conocer su verdad biológica	127
3.4. El principio de la dignidad de la persona humana como sustento del derecho del niño a su identidad	137
3.5. El principio del interés superior del niño y su protección por parte del estado, la sociedad, la familia y los padres	141
3.6. El principio de protección especial del niño	162

3.7. El derecho al desarrollo integral y a la integridad del niño	167
Conclusiones	175
Recomendaciones	177
Lista de referencias	178

Lista de abreviaciones

ADN.- Ácido desoxirribonucleico.

CADH.- Convención Americana de Derechos Humanos.

CIDN.- Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

DNI.- Documento nacional de identidad.

EO.- Estimulación ovárica.

FIV.- Fertilización in vitro.

IAH.- Inseminación Artificial Heteróloga.

ICSI.- Inyección intracitoplasmática de espermatozoides.

IUI.- Inseminación intrauterina.

OMS.- Organización Mundial de la Salud

RENIEC.- Registro Nacional de Identificación y Estado Civil.

STC.- Sentencia del Tribunal Constitucional.

TERAS.- Técnicas de Reproducción Asistida.

TIA.- Técnica de Inseminación Artificial.

TIG.- Transferencia intratubárica de gametos.

TRA.- Técnicas de reproducción asistida.

VIH.- Virus de la inmunodeficiencia humana.

Glosario

Ácido desoxirribonucleico. Ácido nucleico que contiene las instrucciones genéticas usadas en el desarrollo y funcionamiento de todos los organismos vivos y algunos virus; también es responsable de la transmisión hereditaria.

Estimulación ovárica. Técnica complementaria y consiste en la administración de fármacos, como citrato de clomifeno o gonadotropinas, con el propósito de inducir la ovulación o promover una superovulación para la recuperación de más de un ovocito durante el ciclo (Saavedra, 2018).

Fertilización in vitro. Los ovocitos recuperados son inseminados en laboratorio con semen de la pareja (fresco o congelado) o de donante (congelado). Tras la fertilización, el embrión es transferido al cuerpo uterino o a la trompa de Falopio.

Identidad personal. Conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en la sociedad. Identidad personal es todo aquello que hace que cada cual sea “uno mismo” y no “otro”. Este plexo de características de la personalidad de “cada cual” se proyecta hacia el mundo exterior, se fenomenaliza, y permite a los demás conocer a la persona, a cierta persona en su “mismidad” (Fernández, 1992, p. 113).

Inseminación artificial heteróloga. Cuando el óvulo, semen o ambos, proceden de un donante (Ballesteros y Fernández, 2007).

Inseminación artificial homóloga o matrimonial. Cuando el semen procede del marido o de la pareja de la mujer (Jausoro, 2000, p 31); se acude a

esta técnica frente a casos de esterilidad, ya masculino debido a la incapacidad para depositar el semen en vagina, o oligoastenoteratozoospermia; femenino que puede ser de origen cervical, uterino, endometriosis, trastornos ovulatorios y hostilidad del moco cervical; inmunológica; por causas no explicadas; u otros problemas de índole religioso (Ballesteros y Fernández, 2007).

Inseminación intrauterina. El semen tratado es depositado en la cavidad uterina del aparato reproductor femenino, de manera no natural, a través de una cánula fina, y su objetivo es lograr la fecundación; el semen puede proceder de la pareja conyugal o de un donante (en este caso, cuando existe infertilidad severa, enfermedades genéticas del varón o en mujeres sin pareja); esta técnica consiste en la intervención médica para introducir el semen en el organismo femenino, como si se realizara mediante el acto sexual (Saavedra, 2018).

Inyección intracitoplasmática de espermatozoides. Consiste en inyectar un único espermatozoide directamente dentro del ovocito.

Técnicas de Inseminación Artificial. Diversos recursos y procedimientos de tratamiento a favor de los trastornos de la fertilidad; la actuación directa se basa en los gametos (ovocitos y/o espermatozoides) con el fin de favorecer la fecundación y la transferencia o depósito de embriones en la cavidad uterina, de aquellas personas que no pueden concebir.

Técnicas de Reproducción Asistida. Alternativa para las parejas que tienen problemas de infertilidad, técnicas que se han desarrollado a mediados del siglo XX (Gamboa, 2016, pp. 1-2).

Transferencia intratubárica de gametos. Se colocan gametos en la Trompa de Falopio del matrimonio, unión de hecho o pareja impropia, los ovocitos y el semen para que tenga lugar la fecundación; para ello previamente, se realiza la maduración en laboratorio, mezclados con semen también previamente seleccionado y preparado (Pérez, 2015, p. 25).

Resumen

El objetivo de esta investigación fue determinar los criterios jurídicos que sustentan el derecho a la identidad personal del menor que ha sido concebido mediante la técnica de inseminación artificial heteróloga en el Perú.

La metodología empleada corresponde al enfoque cualitativo; se usaron los métodos: argumentativo, comparativo, dogmático exegético y hermenéutico; se utilizó la técnica de análisis documental; se utilizaron: (a) fichas de resumen y fichas bibliográficas, como instrumentos; no se consideró una población de personas; se tuvo como unidad de análisis el artículo 2° inciso 1 de la Constitución Política del Perú, en el cual se reconoce el derecho fundamental a la identidad.

Los resultados permitieron concluir que los criterios jurídicos que sustentan el derecho personal a la identidad del menor concebido por inseminación artificial heteróloga son: (a) la identidad; (b) el derecho a conocer su verdad biológica; (c) la dignidad de la persona humana como sustento del derecho a la identidad; (d) el principio del interés superior del niño y su protección por el Estado, la sociedad, la familia y los padres; (e) el principio de protección especial del niño; (f) el derecho al desarrollo integral y a la integridad del niño.

Palabras clave: criterios jurídicos, identidad personal del menor concebido, inseminación artificial heteróloga.

Abstract

The objective of this research was to determine the legal criteria that support the right to personal identity of the minor who has been conceived through the technique of heterologous artificial insemination in Peru.

The methodology used corresponds to the qualitative approach; The methods were used: argumentative, comparative, dogmatic, exegetical and hermeneutic; the documentary analysis technique was used; The following were used: (a) summary sheets and bibliographic sheets, as instruments; a population of people was not considered; Article 2, paragraph 1 of the Political Constitution of Peru was used as the unit of analysis, in which the fundamental right to identity is recognized.

The results allowed us to conclude that the legal criteria that support the personal right to identity of the minor conceived by heterologous artificial insemination are: (a) identity; (b) the right to know its biological truth; (c) the dignity of the human person as support of the right to identity; (d) the principle of the best interest of the child and its protection by the State, society, the family and parents; (e) the principle of special protection of the child; (f) the right to integral development and integrity of the child.

Keywords: legal criteria, personal identity of the conceived minor, heterologous artificial insemination.

Introducción

La inseminación artificial es un conjunto de técnicas de reproducción humana asistida; en el Perú a pesar de que se practica hace más de una década, hasta la actualidad no se encuentra debidamente regulada por la normatividad vigente, lo cual hace que los menores de edad engendrados a través de esta técnica carezcan de las consideraciones legales pertinentes para el reconocimiento de su identidad biológica y el desarrollo de su integridad.

La procreación asistida separa el dato biológico y el vínculo jurídico inherente; para adecuar las normas jurídicas a las pretensiones de quienes recurren a esta clase de técnicas, se torna necesario observar el derecho del ser que se va a engendrar, esto es, tener presente que desde el momento de su concepción es un nuevo ser con derechos fundamentales que le asisten, siendo uno de ellos el derecho a la identidad.

Con respecto a la procreación asistida, especial interés se encontró en dos casos:

(a) El caso de Bertold Wiesner en Inglaterra, uno de los más recordados de la técnica de inseminación humana heteróloga, la cual fue practicada por el biólogo Bertold Wiesner, director de la clínica London Barton, entre 300 a 600 veces. En el Diario El País (2012), se mencionó que el abogado David Gollancz, cuando tenía 12 años, sus padres le contaron que le habían concebido a través de inseminación artificial, pero no le dijeron quién era su padre biológico. Atraído por la curiosidad, la mayor sorpresa llegó en 2007, cuando las pruebas de ADN practicadas a 18 personas nacidas gracias a los tratamientos de Wiesner

demonstraron que 12 de ellas, es decir, dos tercios, eran hijos del propio Wiesner quien había actuado como el donante de esperma. En declaraciones al diario *The Sunday Times*, Gollancz aseguró que un cálculo conservador hizo pensar que entre 300 y 600 de los 1,500 bebés concebidos en la clínica mientras estuvo abierta, desde los años cuarenta a mediados de los años sesenta, pueden ser hijos del doctor Wiesner que murió en 1972 a la edad de 70 años. Un especialista consultado por el diario elevó esa cifra hasta 1000. Gollancz, abogado de profesión y residente en Londres, había localizado ya a 11 medio hermanos, entre ellos, el documentalista y cineasta canadiense Barry Stevens. Es difícil saber cuántos hijos exactamente concibió el médico angloaustriaco y quiénes son, porque Mary Barton, que falleció hace 11 años, destruyó todos los archivos de la clínica que se encontraba en la elegante zona de Portland Place y a la que acudían, sobre todo, clientes de clase media y alta, incluido un lord. Afirmó que tiene sentimientos encontrados sobre su inusual historia familiar; formó parte de una campaña que buscó detener la fecundación in vitro con donantes anónimos; refirió: "Me gustaría ver los certificados de nacimiento con los nombres del donante de esperma o de la donante del óvulo"; agregó: "Muchos padres no le dicen a sus hijos que han sido concebidos de esta forma y por ello nunca buscarán a su padre biológico. La gente tiene el derecho de conocer su historia".

(b) El caso de Sarah P. en Alemania, en donde existían más de 100,000 personas concebidas mediante la donación de esperma, es interesante señalar que, a principios del año 2013, un tribunal había fallado, en el caso de Sarah P., habiendo establecido que no se podía garantizar el anonimato de los donantes (padres biológicos), ignorando el derecho a la identidad. Sarah tenía 22 años, había tenido una sentencia desfavorable en primera instancia ante la Audiencia

Provincial de Essen (Oeste de Alemania) en su reclamo de su derecho a ser informada sobre la identidad de su padre biológico. Con lo resuelto (2013), el Tribunal Superior de Hamm, en el estado de Renania del Norte-Westfalia, sentó un precedente, al reconocerle el derecho de ser informada sobre la identidad de su padre por una clínica de la ciudad de Essen, en la cual fue concebida a través de una donación de esperma en 1990. Lo importante en el caso es la consagración del referido principio como el deber de los médicos de tratar de conseguir la información necesaria. En este caso el Tribunal Superior de Hamm había dado primacía al derecho a la identidad por sobre el contrato de la pareja y el donante; la identidad es un derecho superior al derecho del anonimato del donante, porque no está en discusión la paternidad o tenencia, sino el derecho inalienable a conocer la identidad. Es así que, desde 2007, en Alemania, las clínicas tienen la obligación de archivar los nombres de los donantes durante 30 años. Anteriormente, como en el caso de Sarah P., regía un plazo de archivo de solo 10 años.

Por todo lo anteriormente expuesto, se pretendió en la presente investigación que se busque analizar, reflexionar y determinar los criterios jurídicos que sustentan el derecho a la identidad personal del menor que ha sido concebido mediante inseminación artificial heteróloga en el Perú, en caso entre en conflicto con el derecho a la libertad contractual.

Teniendo en cuenta los procedimientos de la investigación explicativa y la metodología correspondiente, se formuló la siguiente pregunta: ¿Qué criterios jurídicos sustentan el derecho a la identidad personal del menor que ha sido concebido mediante la técnica de inseminación artificial heteróloga en el Perú?

Al interrelacionar los estudios científicos y legales existentes, se estableció el problema de investigación y llegar a la conclusión de que la identidad biológica es un derecho constitucional fundamental e irrestricto, inherente a la persona, y que el marco legal de la técnica de inseminación artificial heteróloga es contradictoria a los siguientes criterios jurídicos: (a) a la identidad como derecho constitucional fundamental; (b) el derecho del menor a conocer su verdad biológica; (c) el principio de la dignidad de la persona humana como sustento del derecho del niño a su identidad; (d) el principio del interés superior del niño y su protección por parte del Estado, la sociedad, la familia y los padres; (e) el principio de protección especial del niño; y (f) el derecho al desarrollo integral y a su integridad.

Con base en estos criterios jurídicos, se sustenta que la identidad del menor engendrado de manera heteróloga no la elige la pareja que consiente tener un hijo o la mujer que desea concebir sin pareja; pues se resalta que el embrión es una unidad independiente de vida y le corresponde su propia identidad, al margen de la forma en que fue engendrado.

El desarrollo de esta investigación se divide en los siguientes capítulos:

(a) En el Capítulo I se presentan las reflexiones y cuestiones de la realidad problemática, básico para precisar el problema, la justificación e importancia, los objetivos; luego se prosigue con la delimitación y limitaciones, el tipo y nivel de la investigación, el planteamiento de la hipótesis, los métodos, técnicas e instrumentos de investigación, y finalmente la población y unidades de análisis.

(b) En el Capítulo II se desarrolla los aspectos normativos, doctrinarios y jurisprudenciales correspondientes a las bases conceptuales y teóricas, tales como el derecho a la identidad, las técnicas de reproducción asistida, el derecho del menor a conocer su verdad biológica, el principio del Interés Superior del Niño, entre otros temas que permitieron determinar los criterios jurídicos que sustentan el derecho a la identidad personal del menor concebido mediante inseminación artificial heteróloga en el Perú; estudios que no han variado en su esencia desde el inicio de la presente investigación hasta la actualidad, de acuerdo a las fuentes citadas.

(c) En el Capítulo III se desarrolla la contrastación de la hipótesis, que posteriormente, de manera holística, sintetiza la investigación en las conclusiones, sugerencias y las fuentes bibliográficas.

Considerando los aspectos científicos formales utilizados para la presente investigación, se deja a disposición y plena libertad para su análisis, reflexión y crítica, así como considerar la información obtenida para la toma de decisiones que se establezcan pertinentes.

CAPÍTULO I: ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1. Planteamiento del problema

Todo ser humano tiene la necesidad de afirmar su propia identidad e individualidad; ser uno mismo, diferente a los demás; en consecuencia, para que cada persona pueda sostener y defender su unicidad, es de suma importancia que se reconozca y proteja su propia identidad, esto es, su propio “ser”, su propia personalidad haciéndolo único e irrepetible, lo cual implica tener la capacidad de razonar; de producir sentimientos y emociones como resultado de la interacción hombre-mundo; tener comunicación y diálogo; sociabilidad.

El derecho a la identidad se ha visto afectado en los últimos años con la revolución tecnológica que irrumpió no solo en el escenario social, sino también en la ciencia aplicada en materia de procreación asistida.

Un sector del derecho comparado, según Siverino (2012), tiende a prevalecer la voluntad de las partes involucradas en caso de procreación asistida (inseminación artificial homóloga y/o heteróloga), desplazando lo que mandan los genes. Esta corriente busca distinguir la filiación de los hijos nacidos por asistencia médica, haciéndola inatacable a pesar de la falta de relación entre lo biológico y lo legal; una vez más se afirma que para esta teoría es la voluntad la que prima y, además, la robustece.

Varsi (2017, p. 1) refiere que con la procreación asistida se somete el derecho de familia, sobre todo el tema filial entre progenitores e hijos; opinión que se comparte; pues se resguarda el derecho del niño y adolescente a tener una filiación, pero no como producto de la voluntad sino del aspecto biogenético.

Los cambios tecnológicos suman otras expectativas de estudio e interés para que la ciencia jurídica asista el derecho a la identidad de personas que nacen mediante las técnicas de reproducción asistida, tales como la inseminación artificial homóloga y heteróloga.

De esta manera, Varsi (2017, pp. 3-9) precisa que el vínculo biogénico queda proscrito frente a la paternidad socioafectiva; por ello resulta necesario establecer directrices jurídicas que sirvan para orientar el desarrollo de la legislación en cuanto a procreación asistida. Agrega que la filiación por voluntad se expresa en el deseo de personas que no pueden procrear de manera natural y necesitan de personas que colaboran, por lo que radica no en el ADN, sino en la voluntad; es allí donde surge el derecho de los hijos de pedir su filiación de los padres biológicos o también de los padres que, teniendo en cuenta el ADN, pueden pedir la filiación natural.

La identidad personal como derecho fundamental debidamente reconocida en la Constitución Política del Perú de 1993 (artículo 2 inciso 1), es entendida como “el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en la sociedad. Identidad personal es todo aquello que hace que cada cual sea “uno mismo” y no “otro”. Este plexo de características de la personalidad de “cada cual” se proyecta hacia el mundo exterior, se fenomenaliza, y permite a los demás conocer a la persona, a cierta persona en su “mismidad” (Fernández, 1992, p. 113).

Esto implica que la identidad se sustenta en los principios de veracidad (*favor veritatis*), protección de los intereses superiores del hijo, de igualdad ante la ley y el derecho fundamental del afianzamiento de la afectividad; no tiene en

cuenta el principio de voluntad que se sustenta en la filiación del deseo, de la emotividad.

Si esto es así, entonces, ¿por qué aún se persiste en desconocer que a un menor concebido mediante la técnica de inseminación artificial heteróloga, le asiste su derecho fundamental a la identidad personal en su amplia dimensión? Pues si bien, en un primer momento la procreación asistida tecnológicamente trajo consigo esperanza para mujeres deseosas en ser madres, y que por múltiples razones no lo lograron de manera natural, empero, no es menos cierto que con el pasar del tiempo, el sometimiento a esta técnica ha dado origen a diversos problemas jurídicos, específicamente cuando se pretendió demandar la existencia de un equilibrio entre el interés de los padres y el derecho del hijo que está por nacer producto de una inseminación a conocer su verdadera identidad, esto es, ¿quién es su padre biológico, el portador de la célula reproductora masculina?

Son pocos los doctrinarios que tratan sobre el derecho a la identidad de los nacidos mediante las técnicas de procreación asistida, especialmente cuando se trata de inseminación artificial heteróloga; técnicas que, por cierto, revolucionan la procreación natural y la derivación de los derechos a la vida, a la integridad física, a la libertad, a la identidad que implica el derecho de conocer sus orígenes, sus padres biológicos, sus ancestros que corresponden a la familia por ADN y que, sin embargo, son dejados de lado por la procreación asistida.

Sin embargo, no se llega a un consenso cuando se trata de reconocer el derecho a la identidad personal del menor concebido por inseminación artificial heteróloga, pues, por un lado, están aquellos que votan a favor de que al menor

nacido por esta técnica se le permita conocer a su padre biológico, por tratarse de su derecho fundamental a la identidad personal, independientemente a la causa que lo motive; mientras que del otro extremo se encuentran aquellos que reconocen el derecho del menor a conocer su identidad personal, pero de manera limitada, esto es, restringiéndose únicamente a conocer los datos genéticos de quién vendría a ser su padre biológico, no así los datos personales (identificación, dirección, nombre u otros que permitan identificar al donante: identidad estática); posición última que tiene mayor acogida, pero no se comparte.

Frente a esta realidad surge la necesidad de determinar los principales criterios jurídicos que respaldan el derecho fundamental a la identidad personal del menor que ha sido concebido mediante la técnica de inseminación artificial heteróloga en el Perú, a fin de demostrar que la identidad personal de aquel, es vista como derecho fundamental y sustento de su dignidad.

Además, el derecho de familia, como toda organización social, experimenta cambios importantes, siendo uno de ellos sostener la igualdad constitucional de los hijos, descartando la definición de hijos matrimoniales, extramatrimoniales, adoptivos y aquellos concebidos mediante las llamadas técnicas de reproducción asistida, dentro de las cuales se tiene a la inseminación artificial heteróloga.

Varsi (2017, p. 12), establece que, en los países de España, Francia, Grecia y Noruega, existe la tendencia a mantener el anonimato del dador para el caso de reproducción asistida; en Austria y Suecia, admiten el derecho de los

hijos a conocer a su progenitor biológico; en Alemania e Inglaterra, si bien no lo han regulado expresamente, lo han admitido a través de los tribunales.

La corriente es descartar la reserva de la identidad para desterrar el padre anónimo, pero hasta que eso se logre, persistirán las interrogantes en saber: (a) ¿qué sucede con un menor concebido mediante la técnica de inseminación artificial heteróloga?, (b) ¿realmente se le reconoce a plenitud su derecho a la identidad personal, o es que se está ante una identidad limitada?, (c) ¿qué criterios jurídicos lo respaldan?, (d) ¿es pertinente crear una nueva categoría de identidad con base en la procreación asistida o adaptar la identidad a los modelos existentes?

1.2. Formulación del problema

¿Qué criterios jurídicos sustentan el derecho a la identidad personal del menor que ha sido concebido mediante la técnica de inseminación artificial heteróloga en el Perú?

1.3. Justificación e importancia

Desde producido el nacimiento, incluso en la etapa de concepción, toda persona tiene el derecho fundamental a obtener su identidad (comprende el derecho al nombre, apellido, inscripción de su nacimiento, sexo, nacionalidad y otros) que viene a ser la prueba de su existencia como parte de una sociedad, parte de un todo, lo que la caracteriza y la diferencia de los demás, lo hace ser único, irrepetible.

A través de este derecho, los menores se benefician de la protección jurídica al ser amparados por sus padres y el Estado; con su reconocimiento, la persona adquiere la facultad y el deber de asumir la paternidad de sus propias acciones de conducta (de las que realmente es protagonista), así como impedir que se le atribuyan comportamientos ajenos.

La identidad, como sustento de la dignidad, encuentra protección en el artículo 2° inciso 1 de la Constitución Política, sin restricción alguna.

Sin embargo, no puede decirse lo mismo cuando se trata del derecho a la identidad de un menor que ha sido engendrado por inseminación artificial heteróloga; derecho que, por cierto, no debe agotarse obteniendo la información de los datos genéticos de quién vendría a ser su padre biológico y en casos excepcionales conocer la identidad del donante, sino que ella debe darse en su amplia dimensión (estática como dinámica), que incluya el conjunto de atributos y cualidades que definen a la personalidad de cada sujeto, vale decir, que le permita al menor conocer su verdad biológica, que sepa que no está desprotegido cuando pretenda accionar peticionando conocer la identidad del hombre que lo engendró.

Esta trama polémica permitió observar un vacío en la legislación nacional en cuanto a la regulación de las técnicas de reproducción asistida y, con ello, la falta de atención del derecho a la identidad biológica y personal del menor concebido a través de estas técnicas, en caso colisione con el derecho a la libertad contractual del donante de material genético, que urge corregir para que este derecho sea irrestricto, inherente e irremplazable.

Pues no resulta válido que los sujetos: mujer y donante, convengan a nombre de otro ser que desde su planificación, sea discriminado por negársele su derecho a la identidad, al desconocer el principio de protección especial del niño y adolescente que le otorga atención a sus necesidades por carecer de suficiente capacidad para asumir un rol protagónico en defensa de sus derechos, por negársele su derecho a la dignidad (máximo valor de la vida humana) como sustento del derecho del niño a su identidad, por privársele del principio del interés superior del niño que se articula jurídicamente a la irrestricta protección por parte del Estado, la sociedad, la familia y los padres.

Ya lo dice Fernández (1998):

“No puede ignorarse las graves repercusiones jurídicas que dichas prácticas pueden generar fundamentalmente en cuanto al derecho de familia. Resultaría patética la situación de seres humanos que, al ser producidos en probeta en base a donantes anónimos, desconocen a sus progenitores y carecen de familia natural” (p. 61).

Con la presente investigación se pretende incrementar los aportes teóricos, científicos y legales en relación con la técnica de inseminación artificial heteróloga y el derecho a la identidad del menor que es concebido mediante esta técnica, para así lograr la unificación de los criterios jurídicos que dan sustento al derecho a la identidad personal de los menores; criterios que deben ser aplicados por los administradores de justicia sin excepción alguna.

Cantoral Domínguez (2012) refiere al respecto que:

“El derecho a la identidad conforma también parte de un nuevo derecho fundamental y de la personalidad que se denomina datos personales, en el caso de los menores, aplicando la ponderación como medio de solución

judicial en caso de posible conflicto de ahí que cuando en un litigio el juzgador se ve ante la necesidad de realizar un ejercicio de ponderación entre valores constitucionales iguales en categoría, o sea, escoger entre la protección del núcleo familiar, frente al derecho de los niños para conocer a plenitud su verdadera filiación, el primero debe ceder respecto del segundo” (p. 55).

Opinión que se comparte; por tanto, amerita atender el derecho a la identidad personal del menor concebido mediante la técnica de inseminación artificial con el fin de que no sea objeto de las carencias legales en la legislación nacional para el ejercicio efectivo del mismo. “Proteger la identidad personal significa tutelar la “verdad personal”, es decir, lo que hace que cada uno “sea lo que es y no otro”. Atentar contra la identidad es desnaturalizar la verdad en cualquier aspecto del ser humano. Esta desnaturalización implica, expresar inexactitudes sobre la ideología, la ocupación, el estado civil, la tendencia política de la persona.” (Fernández, 2002, p. 121)

Por tanto, la importancia de la presente investigación radica en velar por el derecho a la identidad personal del menor que ha sido concebido mediante la mencionada técnica, para evitar dejarlo desprotegido social y legalmente.

1.4. Objetivos

1.4.1. General.

Determinar los criterios jurídicos que sustentan el derecho a la identidad personal del menor que ha sido concebido mediante la técnica de inseminación artificial heteróloga en el Perú.

1.4.2. Específicos.

1. Desarrollar el derecho a la identidad personal del menor concebido mediante inseminación artificial heteróloga.

2. Analizar el derecho del menor concebido por inseminación artificial heteróloga a conocer su verdad biológica.

3. Explicar el principio de la dignidad de la persona humana como sustento del derecho del menor concebido por inseminación artificial heteróloga a su identidad.

4. Analizar el principio del interés superior del niño y su protección por parte del Estado, la sociedad, la familia y los padres.

5. Examinar el principio de protección especial del menor concebido por inseminación artificial heteróloga.

6. Analizar el derecho al desarrollo integral y a la integridad del menor concebido por inseminación artificial heteróloga.

1.5. Delimitación y limitaciones

1.5.1. Delimitación.

1.5.1.1. Temática.

La delimitación temática en la presente tesis se circunscribió en el Derecho Constitucional, específicamente el derecho fundamental a la identidad, pues se pretendió determinar cuáles eran los principales criterios jurídicos que

respaldan el derecho a la identidad personal del menor que ha sido concebido mediante la técnica de inseminación artificial heteróloga en el Perú.

1.5.1.2. Temporal.

Por la naturaleza de la tesis, carece de delimitación de tiempo.

1.5.1.3. Espacial.

Dada la naturaleza y tipo de tesis, por el hecho de estar relacionada con el derecho fundamental a la identidad, prescrito en el artículo 2° inciso 1 de la Constitución Política, específicamente la identidad personal, se circunscribe al ámbito nacional.

1.5.2. Limitaciones.

En el presente trabajo de investigación todas las limitaciones presentadas, las mismas que estuvieron relacionadas con la sistematización de información, fueron superadas.

1.6. El tipo y nivel de tesis

1.6.1. De acuerdo con el fin que persigue.

Básica.

Tiene por finalidad incrementar el conocimiento doctrinario y dogmático respecto a los criterios que sustentan el derecho a la identidad personal del menor concebido mediante inseminación artificial heteróloga en el Perú.

Se sabe que una investigación es básica cuando, debido a los conocimientos obtenidos, se constituye en el fundamento de otra investigación, vale decir, sirve de sustento de otras investigaciones (Carruitero, 2014, p. 177).

1.6.2. De acuerdo con el diseño de investigación.

Descriptiva.

Permite identificar el problema, y al resolverlo delimita los elementos constitutivos, los interrelaciona y le atribuye ciertas características jurídicas. En esta investigación, la descripción se realiza en función a los criterios que sustentan el derecho a la identidad personal del menor concebido mediante inseminación artificial heteróloga en el Perú.

Una investigación descriptiva tiene como fundamento identificar las características de las unidades que se analizan en la investigación (Carruitero, 2014, p. 178).

1.6.3. De acuerdo con los métodos y procedimientos que se utilizan.

Cualitativa.

La presente investigación se desarrolló con base en argumentos respecto a los criterios que sustentan el derecho a la identidad personal del menor concebido mediante inseminación artificial heteróloga en el Perú; en vista de que es una investigación cualitativa, no se recurre a datos estadísticos como parte de los resultados, es decir, que se hará la recolección de datos sin medición numérica para descubrir o afinar preguntas de investigación en el proceso de interpretación.

1.7. Hipótesis

Los criterios jurídicos que sustentan el derecho fundamental a la identidad personal del menor que ha sido concebido mediante la técnica de inseminación artificial heteróloga en el Perú, son:

(a) La identidad como derecho constitucional fundamental.

(b) El derecho del menor a conocer su verdad biológica.

(c) El principio de la dignidad de la persona humana como sustento del derecho del niño a su identidad.

(d) El principio del Interés Superior del Niño y su protección por parte del Estado, la sociedad, la familia y los padres.

(e) El principio de protección especial del niño.

(f) El derecho al desarrollo integral y a la integridad del niño.

1.8. Métodos

1.8.1. Métodos generales.

Método analítico.

Este método fue aplicado en la presente investigación, al separarse en las partes significativas de un todo, es decir que a partir del conocimiento general separa, distingue, conoce y clasifica los distintos elementos esenciales que forman parte de los criterios jurídicos que sustentan el derecho a la identidad del

menor engendrado mediante la inseminación heteróloga y de las interrelaciones jurídicas y sociales que sostienen entre sí.

Los procedimientos del método analítico consistentes en la observación, descripción, examen crítico, separación de las partes, enumeración de las partes y ordenación, ha permitido la elaboración del planteamiento del problema, porque ha dado paso a tener en cuenta la problemática, sus causas, efectos en relación a los criterios jurídicos del derecho a la identidad personal del menor concebido mediante inseminación artificial heteróloga en el Perú; además ha permitido tener en cuenta los aspectos más significativos del estudio teórico de las variables de estudio para dar paso al tratamiento de la información: lectura, separación del contenido semántico más importante, resumen, síntesis. En tal sentido permite mostrar un marco teórico que contiene lo más significativo de los estudios relacionados con el derecho a la identidad personal de los menores concebidos por inseminación heteróloga.

En la presente investigación se tuvo en cuenta la síntesis o conclusión del procesamiento de la información de las variables de estudio, y así luego llegar a razonamientos válidos para la contrastación de la hipótesis y las conclusiones.

El método deductivo considera que la conclusión se halla implícita dentro de las premisas. Esto quiere decir que las conclusiones son una consecuencia necesaria de las premisas; se considera los siguientes procedimientos (Abreu, 2014, p. 26): Observación o compilación de la teoría, hecho o sujeto; generalización de las explicaciones; puesta a prueba de la hipótesis o generalización; organización o conclusión de los principios generales; e allí la importancia de su aplicación en la presente investigación.

1.8.2. Métodos jurídicos.

(a) De la argumentación

La argumentación permitió exponer con claridad la idea o tesis de defensa legal de los criterios jurídicos del derecho a la identidad personal del menor concebido mediante inseminación artificial heteróloga; en tal sentido los procedimientos de la argumentación se utilizaron en la formulación del problema de investigación, la respuesta o posible solución expuesto en la hipótesis, los estudios teóricos para dar sustento a la investigación, para realizar contrastación de la hipótesis y finalmente la conclusión.

Los procedimientos que se han tenido en cuenta son: presentación del cuestionamiento; exposición de la idea o tesis a defender; defensa de lo que se argumenta que puede ser postura positiva, negativa o ecléctica; síntesis de la idea concluyente, y conclusión.

Sobre este método, Atienza (2005), sostiene que la argumentación es la capacidad para emplear razonamientos concretos, demostrables que permiten convencer a los demás y asumir un punto de vista que, en un inicio no es compartido; la argumentación jurídica se da en tres espacios: deliberativo ante la asamblea; Judicial ante los jueces; epidíctico que se logra en el auditorio.

(b) Comparativo

Método que permitió la contrastación crítica entre los factores del objeto de estudio, en este caso de los criterios legales que fundamentan el derecho a la identidad del menor engendrado mediante la técnica de la inseminación

heteróloga usualmente representados por variables y constantes de la realidad estudiada que puede compararse además con otras realidades parecidas.

Abreu (2014) conceptúa que:

“Este método consiste en establecer analogías y disimilitudes con enfoques de búsqueda diferenciadora y búsqueda antagónica. El método comparativo ayuda a establecer distinciones entre sucesos o variables que son repetitivos en realidades estudiadas, esto conlleva en algunos casos a una característica de generalidad y en otros casos a la particularidad.” (p. 199).

Este método permitió estudiar las normas involucradas en la presente investigación respecto a criterios jurídicos que sustentan el derecho a la identidad personal del menor concebido mediante inseminación artificial heteróloga en el Perú.

(c) Dogmático exegético

A través de este método se ha permitido realizar los procesos para la sistematización de las leyes y normas referidas a criterios jurídicos que se necesitan tener en cuenta para reconocer el derecho a la identidad personal del menor concebido mediante inseminación artificial heteróloga, sin alejarse del contenido de estas y hacer uso del subjetivismo. Este método ha permitido no alejarse de las bases legales existentes, pero sí tener en cuenta los vacíos que existen en relación con los derechos del nacido mediante la técnica de la inseminación heteróloga.

Este método se refiere al dogma, es decir, al texto normativo como única fuente de expresión del derecho, por lo que es el método del sistema de

interpretación jurídica que procede por pasos (Zaffaroni, 2009): (a) análisis gramatical, para la exégesis o interpretación del texto legal; consiste en el estudio del texto jurídico a partir de su estructura gramatical, el significado de los términos, el uso de los verbos, adjetivos y de los sustantivos como palabras semánticamente plenas y de las palabras semánticamente vacías (artículo, preposición, conjunción, algunos adverbios) sirven de enlace para la construcción del texto; (b) descomposición del texto legal hasta llegar a los elementos primarios, es decir el análisis de las partes más significativas del texto jurídico; (c) construcción del sistema, se refiere al texto ya interpretado, es decir a la síntesis de ideas, generadas como producto de la interpretación. (p. 18).

(d) Hermenéutico

La hermenéutica se aplicó en la base legal que se expuso en relación a criterios jurídicos que se necesitaba tener en cuenta para sustentar los criterios jurídicos del derecho a la identidad personal del menor concebido mediante inseminación artificial heteróloga. En tal sentido se hubo dado lectura atenta al artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política que reconoce el derecho a la identidad, las leyes relacionadas con la inseminación heteróloga, así como también a los fundamentos legales relacionados con la filiación e identidad; para ello se ha recurrido al contexto nacional y mundial, los aspectos lingüísticos, la realidad histórica cultural.

Este análisis se realizó, debido a que el método hermenéutico viene a ser el conjunto de procedimientos que permiten realizar la interpretación de los textos jurídicos, es decir de “interpretar, traducir, expresar en palabras, declarar; exponer, explicar”. En este aspecto, se consideró básico buscar el significado de

lo que quiere decir el texto de manera atenta y analítica, el *Quaestio* o planteamiento del cuestionamiento de los artículos del texto leído, aspectos gramaticales, semánticos y sintácticos y circunstancias históricas culturales (Sánchez, 1988, p. 26).

1.9. Técnicas e instrumentos

1.9.1. Técnicas.

Se utilizó la técnica de análisis documental; de utilidad para el análisis y procesamiento de la información contenida en libros, revistas, páginas web y demás soportes que contienen información sobre la materia investigada, entre ellas, las sentencias del Tribunal Constitucional y Salas Supremas que se hayan pronunciado sobre el derecho a la identidad del menor y los aportes de la doctrina, a nivel nacional como internacional.

1.9.2. Instrumentos.

Se utilizaron los siguientes instrumentos: (a) fichas de resumen que fueron utilizadas para tomar resúmenes de la parte pertinente de los libros, revistas, páginas web, y resoluciones con contenido de información relevante para el tema investigado, a nivel nacional como internacional; (b) fichas bibliográficas que se aplicaron durante el proceso de análisis documental para consignar los datos de las fuentes de consulta nacionales e internacionales; apuntes que fueron tomados por el investigador en todo momento.

1.10. Población y muestra

Por tratarse de una tesis de tipo básico, explicativo y argumentativo, no se consideró una población de personas, sino de normas legales.

La población son unidades independientes a las cuales se orienta la investigación, y esta puede ser conformada por: personas (lo más común), unidades de tiempo (años, meses, días, horas, minutos, segundos, etc.), lugares (viviendas, avenidas, calles, carreteras, tramos de una avenida, tramos de una carretera, etc.), animales, vegetales, muestras sanguíneas, etc. (Acosta Montedoro, 2021).

1.11. Unidad de análisis

La presente tesis tuvo como unidad de análisis el artículo 2° inciso 1 de la Constitución Política del Perú, en el cual se reconoce el derecho fundamental a la identidad.

1.12. Estado de la cuestión

Luego de hacer seguimiento a los trabajos de investigación relacionados con el presente trabajo de investigación, se han considerado los siguientes.

Correa (2017), en su tesis titulada “La inseminación artificial heteróloga implicancias en el derecho de familia”, sustentada en la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo para optar el Grado de Magíster en Derecho con Mención en Civil y Comercial; estableció, como objetivo, Identificar las principales implicancias jurídicas -no previstas en la legislación peruana- generadas como consecuencia de la inseminación artificial heteróloga (p. 12-13). La investigación

se aplicó en la población que está determinada por los ciudadanos peruanos que padecen de infertilidad, ya sea masculina o femenina, y por, ende, son potenciales usuarios sobre la inseminación artificial heteróloga. Teniendo en cuenta este proceso la autora concluyó que la filiación y el derecho a la identidad son derechos fundamentales del menor, consagrados a nivel de la Constitución Política, supranacional y legal; condición que genera que le resulten exigibles al Estado mediante una legislación acorde que haga lo más efectivo posible tal derecho fundamental (dimensión objetiva de los derechos fundamentales) (p. 118). “La fecundación supraconyugal o heteróloga, genera una situación conflictiva en el derecho de familia, principalmente en dos temas puntuales: a) la filiación; y, b) el derecho a la identidad del menor; todos estos derivados del hecho de la ausencia de una relación jurídica con el cedente del material genético (...)”. (p. 119). En estas conclusiones, Correa (2017) expresa que la fecundación supraconyugal no está normada y se deja soslaya los derechos constitucionales de los menores de edad que nacen, como producto de estas técnicas; de la misma manera aún no se cuenta con los derechos de las personas que aportan el semen y también de los padres que por voluntad y amor asumen paternidad responsable. Datos que aportaron importante información para la orientación y concreción de los resultados de la presente investigación.

Cárdenas (2015), en su tesis titulada “El derecho de las personas concebidas mediante técnicas de reproducción asistida a conocer su identidad biológica, desde una perspectiva biojurídica”, sustentada en la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrobejo, con la finalidad de optar el Grado de Magister en Bioética y Biojurídica; consideró, como objetivo, determinar si puede considerarse un derecho de toda persona el conocer su origen biológico,

especialmente en el caso de aquellas nacidas producto de una técnica de reproducción asistida (p. 28). El autor realiza un estudio teórico descriptivo y concluye que el desarrollo del derecho al conocimiento del origen biológico demanda un abordaje interdisciplinario, ya que compromete aspectos de diversa naturaleza: éticos, jurídicos, sociales, psicológicos, médicos, filosóficos y sociológicos, siendo por tanto la Bioética el mejor campo para abordarlo (p. 120). 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. 121). Conclusiones de suma importancia porque aportaron, de manera significativa, otros aspectos que dan sentido a la identidad como derecho y que, en derecho necesariamente se tiene en cuenta, tales como la ampliación de la concepción de la identidad no solo centrado en el aspecto biológico; sino también el entendimiento de la bioética.

Hanarrel y Manayalle (2013), en su tesis titulada “La necesidad de regulación de la ovodonación en la Ley Peruana”, sustentada en la Universidad Señor de Sipán – Chiclayo. Los autores han establecido que su investigación tuvo por finalidad establecer y dilucidar la problemática jurídica que se plantea en nuestra legislación derivada del uso de la reproducción humana asistida, en particular del caso de la ovodonación, estableciendo al mismo tiempo las

alternativas, propuestas o posibles cambios que se deben realizar en nuestra normativa vigente, subsanando los vacíos legales existentes frente a las controversias sociales surgidas del avance de la ciencia en la vida cotidiana y especialmente de los del tema propuesto. Conclusión que ha servido como abordaje y fundamento básico para realizar el estudio de los criterios jurídicos que la normativa peruana debe tener en cuenta para asistir al derecho a la identidad personal del menor concebido mediante inseminación heteróloga.

Cannessa (2008), en su tesis titulada “Problemas jurídicos que plantean las técnicas de reproducción humana asistida en la legislación civil peruana”, sustentada en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, con la que obtuvo el Grado Académico de Magíster en Derecho Civil y Comercial; estableció, como objetivo, determinar cuáles son los problemas jurídicos que ocasiona la aplicación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en nuestra legislación civil sustantiva (p. 20); tuvo en cuenta el método analítico, pues se podía así separar el objeto de investigación en sus partes integrantes, con el propósito de descubrir los elementos esenciales que lo conforman, la síntesis con la cual integraremos los elementos o nexo esenciales de este problema, con el objetivo de fijar las cualidades del problema (p. 22). Producto del proceso seguido en la investigación y el estudio teórico realizado, el autor concluye que un dato de la realidad nacional es la utilización, cada vez más recurrente, de las técnicas de reproducción humana asistida por miembros de la sociedad, a pesar de que estas técnicas no han merecido mayor tratamiento por parte de nuestra legislación. De esta forma los límites en su aplicación han quedado supeditada a la particular formación ética de cada uno de los operadores de los servicios de salud que las aplican y de los escrúpulos, o de la falta de ellos, de los que se

valen de los usuarios de éstas. La legislación nacional, en lo referente al inicio de la vida humana, adopta la postura de la concepción, se haya producido ésta dentro del útero femenino o no, en consecuencia debe prohibirse todo tipo de investigación en embriones humanos, asimismo debe prohibirse la generación de más embriones humanos de los que van a ser transferidos al útero de la madre, resultando necesario que se determine el número máximo de óvulos que pueden ser fecundados con estos fines, por lo que la distinción que se hace en España entre pre-embrión y embrión no resulta válida en nuestra realidad normativa, pues entre estos dos estadios de formación no existe mayor diferencia ontológica (p. 240-242). Estas conclusiones han permitido advertir la necesidad de ir construyendo conciencia para regular las técnicas de reproducción asistida y así evitar acciones irregulares de los médicos, de las parejas que optan por esta manera de tener familia, o de las mujeres que sin tener pareja se someten a estas técnicas con el fin de procrear.

Proaño (2013), en su tesis titulada “Análisis jurídico a los métodos de reproducción asistida en el Ecuador y la responsabilidad médica”, sustentada en la Universidad de las Américas, con la finalidad de optar el título de abogado; la autora formuló el objetivo de realizar un análisis jurídico que se da a las técnicas de reproducción asistida, como es la determinación de la responsabilidad médica, la misma que ha sido penalizada de forma cada vez más severa debido a sonados errores médicos y muchas veces negligencia (p. 15); para ello realizó estudios de legislación comparada y concluye que el Ecuador no tiene una Ley específica sobre los métodos de reproducción asistida, por lo que las clínicas y centros que ofertan estos servicios se rigen por normas supletorias que intentan cumplir con los requisitos de las normas de salud, sin embargo, existen temas

muy delicados que son tratados sin el debido cuidado en especial al producto de estas técnicas. Las normas, tratados y acuerdos internacionales a los que el Ecuador se ha adherido se encuentran también establecidos como principios constitucionales por lo que dentro de la legislación ecuatoriana se protege al ser humano desde su concepción y se precautela su derecho a una vida digna y a su integridad. Aunque las leyes ecuatorianas no mencionan las técnicas de reproducción asistida, el código de ética menciona que quien oferte un procedimiento médico de reproducción asistida debe ser un especialista calificado. Es necesario que en el Ecuador exista una ley sobre las técnicas de reproducción asistida, que busque precautelar los derechos de los niños por nacer y de la familia (pp. 82 – 83).

Clastelino (2013), en su trabajo de investigación titulado “Fecundación asistida. Métodos y los efectos jurídicos en materia de determinación de la maternidad y paternidad frente a la fecundación heteróloga”, sustentada en la Universidad Empresarial Siglo 21 España. La autora tuvo como objetivo conocer los argumentos jurídicos que presenta la fecundación Heteróloga con relación a la filiación, el derecho del niño a conocer su origen, y la extensión (en cuanto a los sujetos) del derecho a utilizar este tipo de técnicas (p. 10); luego realizó un estudio detallado de la fecundación asistida, analiza las leyes en España y hace estudios de legislación comparada para concluir que, como se hubo analizado, actualmente la técnica que mayor controversia genera dentro del ámbito familiar es la de fecundación heteróloga, lo que hace surgir conflictos de derechos, tales como, el del donante interesado en resguardar su anonimato, el del padre biológico quien tiene derecho a impedir cualquier acción de reclamo de paternidad, y el de la persona nacida bajo esta técnica, quien resulta ser la parte

más desprotegida en estas relaciones, y quien tiene derecho a conocer su identidad biológica. Si bien, debe concluirse que las TRA pueden representar una solución para aquellas parejas que desean tener hijos, pero lo cierto es que en busca de la satisfacción de tal anhelo se pierden de vista los intereses del niño que nace como consecuencia de la fecundación, desconociéndose su inalienable derecho a conocer su origen, lo que puede aparejar graves consecuencias psicológicas. En este contexto es indispensable generar un verdadero, profundo y serio debate legislativo en el que tendrán que participar científicos y juristas, y a fin de buscar el marco regulatorio legal que resulte adecuado para contemplar todas las nuevas cuestiones que se plantean a raíz de la creciente utilización de las TRA, y para las cuales el derecho de fondo resulta insuficiente. Varios han sido los proyectos de ley tendientes a regular el uso de las técnicas de reproducción asistida, y que han sido analizados supra, sin embargo, ninguno de ellos ha tenido acogida favorable en la legislación (pp. 58 – 60). Estas conclusiones sirvieron para que se investigue la necesidad de tener en cuenta los criterios jurídicos que se consideran y están a favor del derecho a la identidad del menor que ha sido engendrado de manera heteróloga.

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

2.1. Bases filosóficas

Un Estado Constitucional de Derecho, enmarcado en la Convención Interamericana de Derechos Humanos y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, con una Constitución rígida y con carácter vinculante, tiene como propósito la protección de los derechos de las personas, dado que la persona humana, en su dignidad como eje de toda regulación, tiene como prioridad optimizar los principios constitucionales que le permitan reconocerla como tal.

El respeto de la dignidad de la persona humana, tal y como lo establece el artículo 1 de la Constitución Política del Perú, es el fin supremo de la sociedad y del Estado; vale decir, que los derechos fundamentales positivizados en la Constitución, según Barranco (2009, p. 47), sirven como criterios de legitimidad del poder debido a que expresan una serie de exigencias relacionadas con el respeto de la dignidad, visto como un valor espiritual y moral, un atributo del ser humano que encaja en su esencia, en su propio fin en sí mismo; es decir, de impedir que los seres humanos sean tratados como meros medios. A esto se suma el reconocimiento de los derechos de las personas con individualismo ético, con una tendencia a la moralidad individual, convirtiéndose en titular de sus derechos.

Los derechos fundamentales tienen como función la protección de los individuos y la legitimación dentro de un Estado democrático en el cual rige la jerarquía constitucional y el carácter vinculante de la misma; su fundamento está

en considerar a los derechos humanos como instrumentos de salvaguardia del individuo frente a los poderes públicos, llámese poderes legislativo, ejecutivo, judicial. Adicional a ello está la función protectora de los derechos fundamentales, el cual no solo implica poner topes al legislador, sino en limitar otras actividades sea administrativas, judiciales, etc., para crear un ambiente respetuoso hacia cada uno de los individuos (Diez, 2013, p. 57), de tal forma que se dé una protección real de los mismos con una visión de potenciación de la dignidad de las personas en el contexto personal e histórico social.

Por otro lado, la función de legitimación consiste en que los derechos fundamentales actúan como criterios para diferenciar entre lo justo y lo injusto (Diez, 2013, p. 57), de tal manera que la persona humana, dentro de la materialización de los derechos, haga valer todas las dimensiones que involucra su desarrollo como tal, esto es, su desarrollo social, político, cultural, biológico y de identidad, haciendo prevalecer su dignidad.

El ser humano, para ser tal, obedece a un proceso biológico que sucede desde la concepción, para otros hasta antes de la concepción, toda vez que involucra a un desarrollo evolutivo propio de la especie humana el cual, al pasar por diferentes facetas desde el desarrollo embrionario, fetal y posterior desenvolvimiento biológico dentro de la sociedad, implica asumir una identidad que le es propia y tiene relación con su dignidad ontológica; identidad a partir de la cual le permite marcar y relacionar su individualidad en la sociedad.

Por ello, el derecho a la identidad de las personas en su amplia dimensión (tanto estática como dinámica sin excepción) requiere de una regulación desde la Constitución y en función a la dignidad de éstas, aún más si se tiene en cuenta

que dicho derecho va surgiendo en función al avance de la ciencia y la tecnología como sucede en los casos de inseminación artificial heteróloga.

2.2. Bases conceptuales y teóricas

2.2.1. Pospositivismo principialista.

De manera general, el postpositivismo principialista es una corriente filosófica que se sostiene en que el conocimiento, así como la regulación de las conductas de la convivencia social, no está basado en fundamentos sólidos e inmodificables, sino más bien en situaciones cambiantes y de acuerdo con la dinámica social. A esto se suma, que el positivismo principialista es un paradigma cualitativo e interpretativo que propone el estudio de los significados de las acciones humanas en la vida social.

Por otro lado, cuando se habla de postpositivismo principialista, es importante tener en cuenta que considera que los principios son mandatos de optimización; por lo que, en el caso de los derechos de las personas, son mandatos de optimización.

Según Lozada (2016, p.15), desde la perspectiva del pospositivismo principialista, es importante rescatar que los principios como mandatos de optimización responden a los modelos de optimización fáctica y modelos de optimización jurídica o de la ponderación en sentido amplio; por lo que, cualquiera sea el modelo que se acoja, lo importante es tener en cuenta que es necesario que los derechos se optimicen de manera creciente, toda vez que ello implica un mayor disfrute de los derechos humanos.

2.2.2. Estado Social de Derecho.

Desde un punto de vista general, y atendiendo a los planteamientos de Blancas Bustamante (2021), cuando se hace referencia al Estado Social de Derecho, se indica que esto corresponde a un Estado de bienestar, en el mismo que se asume la tarea de garantizar la libertad en las decisiones de las personas dentro del límite de la legalidad. Para ello se asume que todas las personas son iguales en oportunidades y en la satisfacción de sus necesidades, de tal forma que la libertad e igualdad ante la ley, no solo sea una libertad formal, sino también una libertad fáctica y basada en la realidad.

El sustento que el Perú es un Estado Social de Derecho se encuentra establecido en el artículo 43 de la Constitución Política del Perú, en el mismo que menciona: “la República del Perú es democrática, social, independiente y soberana”; por lo que es importante que se establezca como tal dentro de la regulación de todos los derechos fundamentales de las personas.

Por otro lado, el sistema que corresponde a un Estado Social de Derecho responde a un desarrollo dentro de un ordenamiento jurídico basado en el respeto a la dignidad de las personas, de tal forma que el Estado basado en el artículo 44 de la Constitución sea quien garantice la promoción del bienestar de las personas dentro del alcance y los límites de los fundamentos básicos de la justicia y el desarrollo integral de las personas.

2.2.3. Teoría de los derechos fundamentales.

Cuando los doctrinarios desarrollan tópicos referentes a la teoría de los derechos fundamentales, de manera general, sustentan que los derechos

fundamentales se sostienen en un conjunto de valores concretos, en un conjunto de valores que se sostienen en la característica jurídica de la Constitución.

Según Pino (2018, p- 36), para desarrollar aspectos referentes a la teoría fundamental de los derechos humanos, es trascendente tener en cuenta que la Constitución tiene naturaleza jurídica y constituye la fuente del derecho, teniendo en cuenta el amplio catálogo de los derechos fundamentales, la complejidad y heterogeneidad de los mismos; así como, el pluralismo de derechos como metavalor constitucional, permitiendo prevalecer los derechos fundamentales, incluso, vía interpretativa; por lo que, se debe tener en cuenta los derechos en sentido defensivo y donde el Estado asuma el rol principal de proteger los derechos fundamentales, tanto desde la perspectiva de su mismo poder como Estado, así como de los poderes de las demás personas.

2.2.4. Derecho a la identidad.

(a) Breves apuntes sobre su origen.

La identidad personal como derecho fue mencionado recién por el jurista italiano Adriano De Cupis en el año 1960 (1959, p. 3), al explicar que la identidad personal -esto es, el ser él mismo con los propios caracteres y acciones, con su misma verdad- no puede en sí y por sí ser distinta, y ser él mismo no solo significa serlo aparentemente en el conocimiento y opinión de los otros, sino también de manera social.

Posteriormente, en el año 1970 en la Enciclopedia del Diritto, Bacetta (citado por Mesía 2018), se desarrolló la expresión diritto della identità, en la cual

“el derecho aparecía limitado a los caracteres meramente estáticos del individuo que permiten reconocerlo en la sociedad” (p. 126).

Se emitieron fallos y pronunciamientos de la justicia italiana haciendo mención del derecho a la identidad personal; así, en el año 1971 se estableció el derecho de cada uno a ser reconocido en “su peculiar realidad”, con los atributos, calidad, caracteres, acciones que los distinguen respecto de cualquier otro individuo.

En 1974, un juez de Roma se refirió al derecho a la identidad personal, vinculándola “con el patrimonio ideológico y cultural de la persona, con el derecho de cada uno a que no se desconozcan sus propias acciones ni a que se le atribuyan otros que no le pertenecen” (Mesía, 2018, p. 126). La decisión adoptada por el juez se sustentó en el derecho a la reputación.

El derecho a la identidad personal logró alcanzar perfiles más nítidos con la sentencia de la Corte de Casación de Italia emitida el 22 de junio de 1985, en donde se precisó que:

“El sujeto de derecho – sostenía la Corte de Casación – tiene interés en que en el exterior no se altere, desnaturalice, ofusque, conteste, su propio patrimonio intelectual, político, social, religioso, ideológico, profesional, etc., tal como se había exteriorizado o aparecía, con base en circunstancias concretas y unívocas en el ambiente social” (Mesía, 2018, p. 126).

Fernández (1990, p. 162) refiere que la citada casación alude a la identidad personal no en su dimensión física o biológica (noción estática: nombre, seudónimo, imagen, fecha de nacimiento) conocida como identificación; complementa manifestando que la identidad personal es dinámica justamente

por referirse a la dimensión de la persona tanto en su ámbito espiritual como cultural, se enriquece, progresa, se degrada y cambia, tiene que ver con lo que el hombre hace en su vida y con su vida.

(a) Definición.

Son varios los doctrinarios que definen el derecho a la identidad, asignándole diversos contenidos y ámbitos de aplicación, diferenciándose específicamente a los niños.

Se cita a Plácido (2003, p. 16), para quién la identidad es visto como algo personal y se relaciona con su origen natural-biológico, independiente a la filiación. Esta apreciación expresa que la identidad se relaciona con saber quiénes son los padres, se encuentra vinculado a la idea del ser uno mismo, de diferenciarse de los demás, saber que somos únicos e irrepetibles. Para el autor, la identidad lo constituye básicamente el aspecto biológico y el psicológico.

Por su parte, Fernández (1992) refiere que el derecho a la identidad se presenta como un ponderante interés existencial merecedor de tutela jurídica. Es una situación jurídica subjetiva por la cual la persona tiene el derecho a ser representado fielmente en su proyección social; a que se le reconozca y defina en su “verdad personal”, tal cual es, sin ningún tipo de alteraciones, desfiguraciones, falseamientos, distorsiones o desnaturalizaciones de sus atributos tanto estáticos como dinámicos que lo distinguen de los demás, justamente porque lo hacen ser “él mismo” y no “otro”.

El derecho a la identidad supone exigir el respeto de la propia biografía, en sus luces y sus sombras, con lo que exalta y lo que degrada; por ello lo concibe como:

“El conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en la sociedad. Identidad personal es todo aquello que hace que cada cual sea “uno mismo” y no “otro”. Este plexo de características de la personalidad de “cada cual” se proyecta hacia el mundo exterior, se fenomenaliza, y permite a los demás conocer a la persona, a cierta persona en su “mismidad”, en lo que ella es en cuanto específico ser humano” (p. 113).

De igual manera Chunga (2012) sostienen que:

“El derecho a la identidad es el reconocimiento que hace el derecho a la persona, aceptando el hecho de que ninguna persona es idéntica a otra... Por lo expuesto, el derecho a la identidad debe ser reconocido no sólo como una garantía para proporcionar un nombre y una nacionalidad a los niños y adolescentes, sino también el respeto de su personalidad, sus tradiciones y costumbres.” (p. 29).

Méndez (1998) refiere que la identidad viene a ser “el reconocimiento jurídico y social de una persona como sujeto de derechos, responsabilidades, así como su pertenencia a un Estado, un territorio, una sociedad y una familia, condiciones necesarias para preservar la dignidad individual y colectiva de las personas” (p. 63).

Gutiérrez (1999) indica que los valores de libertad e igualdad –como valores esenciales del ser humano- aparecen hoy en día vinculados al valor central del derecho de cada persona a ser concebido como un fin en sí mismo, en constante respeto y revalorización de su dignidad, con necesidad de afirmar

su propia individualidad, el ser uno mismo, distinto y diferente de los otros, lo cual se resume en su derecho a la identidad (p. 1). Asimismo, agrega que:

“El derecho a la identidad del niño se encuentra consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño como un derecho autónomo, contemplándose que a partir de la Convención surge el derecho a la identidad como un derecho sustantivo e independiente de los demás elementos identificadores del ser humano, con contenido propio, y que parece basado esencialmente en circunstancias biológicas inmanentes, únicas e irrepetibles de cada ser humano.” (p. 1).

En consecuencia, para que cada hombre pueda sostener y defender su unicidad, es esencial que se le reconozca y proteja su propia identidad.

García Falconí (2010, p. 84) considera que la identidad se caracteriza por ser un derecho vitalicio, innato, concedido para toda la vida, ya que con el nacimiento aparece la individualidad propia que tiende a mirarse exactamente en el conocimiento de los otros; y un derecho originario, al ser protegido por el poder jurídico contra las indebidas perturbaciones.

Fernández (1992) analiza que la identidad presenta dos elementos: (a) un elemento estático, que forma la parte visible del ser humano (su imagen personal, nombre, identificación), es inmutable, o con tendencia a no variar o cambiar; dentro de éste se encontraría el genoma humano, las huellas digitales y en fin todos los signos distintivos de la persona; la identidad estática se hace patente desde el momento inicial de la vida, se sumarán en el transcurso del discurrir vital, otros elementos complementarios de la misma; y (b) un elemento dinámico, constituido por la personalidad, tales como los atributos, caracteres cambiantes que constituyen su patrimonio histórico y cultural; también lo

constituyen los atributos vinculados con la posición profesional, religiosa, política, ideológica, los rasgos psicológicos de cada sujeto; son los atributos vinculados con la posición profesional, religiosa, política, ideológica, los rasgos psicológicos de cada sujeto; entonces, se puede decir que la identidad estática guarda relación con los caracteres objetivos constantes de toda persona como: el nombre, la filiación, la fecha de nacimiento, entre otros datos; y, la identidad dinámica lo constituye los atributos y características de cada persona como: político, espiritual, religioso, cultural, entre otros (p. 113).

Sobre la identidad personal, Fernández (1990) precisa:

“Se comprende, por los juristas más lúcidos y atentos al desarrollo de la teoría de los derechos de la persona, que identificar a un sujeto significa la posibilidad de verificar los caracteres que permiten distinguir a una persona de todas las demás, es decir, de individualizar al sujeto sobre la base de un conjunto de caracteres y de datos, muchos de los cuales aparecen en los registros de estado civil. Pero también se entendió que la identidad de la persona no se agotaba con la información referida a solo dichos aspectos de la personalidad, sino que aquella debía también incluir un conjunto de valores espirituales que diferían la personalidad de cada sujeto. Se logró aprehender, paulatinamente y por la mayoría de los juristas, que la identidad de la persona, de cada persona, no se limitaba a sus signos distintivos, sino que comprendía también todos sus atributos y cualidades, sus pensamientos, siempre que ellos se tradujeran en comportamientos afectivos, en conductas intersubjetivas. Es decir, siempre que ellos se proyectaran socialmente.” (p. 48).

Mesía (2018) establece que el derecho a la identidad personal se caracteriza por ser “en primer lugar, un derecho omnicomprendivo acerca de la personalidad del sujeto. En segundo lugar, tiene una realidad objetiva. Es decir, lo que se protege no es una identidad personal aparente o simulada, sino aquella

que resulta de la correspondencia entre los comportamientos externos más destacados del individuo y la representación de su personalidad. Y tercero, la identidad personal es un derecho que se caracteriza por su exterioridad” (p. 127).

El derecho a la identidad, para la Corte Interamericana de Derechos Humanos puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso. Respecto de los niños, el derecho a la identidad comprende, entre otros, el derecho a la nacionalidad, al nombre y a las relaciones de familia. Es un derecho humano que comprende derechos correlacionados: el derecho a un nombre propio, a conocer la propia historia filial, al reconocimiento de la personalidad jurídica y a la nacionalidad. Como todos los derechos humanos, el derecho a la identidad se deriva de la dignidad inherente al ser humano, razón por la cual le pertenece a todas las personas sin discriminación, estando obligado el Estado a garantizarlo, mediante la ejecución de todos los medios de los que disponga para hacerlo efectivo.

Se desdobra en derecho a la propia herencia genética y derecho al hábitat natural que como ser humano le es propio. Todo individuo tiene derecho a su identidad personal, que es el núcleo o esencia específica de lo humano. La identidad de un individuo la constituye el genoma en diálogo con el ambiente, porque son los estímulos y respuestas del hábitat quienes descifran el mensaje genético. La biología, proporciona las estructuras que interactúan recíprocamente con el mundo actual. Éste transmite por instrucciones y

aprendizaje, no sólo formas de vida, sino también los elementos que descodifican el mensaje genético.

Celis (citado por Romero, 2017, p. 104) diferencia la identidad de filiación de la genética; refiere que la primera corresponde al acto jurídico; mientras que la segunda corresponde a los progenitores biológicos, al genoma, a la identidad propia e irrepetible de la persona, a la verdad genética, esto es, el hecho de conocer sus padres, saber de dónde viene; la identidad genética constituye uno de los pilares básicos que determinan a la persona, su origen, permite generar el proyecto de vida, de su personalidad, de sus creencias, valores y circunstancias que se relaciona con la procreación y nacimiento.

El derecho a la identidad, como uno de los derechos fundamentales de la persona, se encuentra regulado en el artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política, que prescribe: “Toda persona tiene derecho: 1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece”.

Concordante con ello es que desde el año 2002 se crea el DNI para menores, siendo el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil –RENIEC- quien comenzó a otorgarlos a los menores desde su nacimiento a partir del 2005.

Gutiérrez (1999, p. 1) sostiene que el derecho a la identidad del niño se encuentra consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 8) como un derecho autónomo; es a partir de la Convención que la identidad surge como un derecho sustantivo e independiente de los demás elementos identificadores de la persona, con contenido propio, y que se basa esencialmente

en circunstancias biológicas inmanentes, únicas e irrepetibles de cada ser humano. Agrega que este concepto se relaciona más con la identidad biológica o genética, sin embargo, dentro del mismo corresponde aludir también a la identidad jurídica e identidad cultural integrada por el nombre, nacionalidad, la lingüística, religión, cultura.

(b) La identidad y su relación con otros derechos.

De Cupis (Os Direitos da personalidade. Citado por Varsi, 2014, pp. 339-340) clasifica a los derechos de las personas en: (a) derecho a la vida y a la integridad física (referente a las partes separadas del cuerpo, derecho al cadáver); (b) derecho a la libertad; y (c) derecho a la identidad personal (implica el derecho al nombre, al título, al signo figurativo).

Por su parte, Santos (Derechos Personalísimos. Citado por Varsi, 2014, p. 340) los clasifica en: (a) derecho a la integridad física (involucra el derecho a vivir, al cuerpo, a morir); y (b) derecho a la integridad espiritual de la persona que comprende el derecho al honor, a la imagen, a la intimidad y a la identidad.

Rubio (2013) sostiene que el derecho a la identidad se relaciona con otros derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política, tales como: (a) los derechos a la integridad y libre desarrollo (inciso 1 del artículo 2); (b) la libertad de conciencia y religión (inciso 3 del artículo 2); (c) las libertades de opinión y difusión del pensamiento (inciso 4 del artículo 2); (d) al honor y la buena reputación, a la intimidad, a la voz y la imagen (inciso 7 del artículo 2); (e) la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica (inciso 8 del artículo 2); (f) de participación en la vida de la Nación (inciso 17 del artículo 2); (g) a

mantener reserva sobre sus convicciones (inciso 18 del artículo 2); (h) la identidad étnica y cultural (inciso 19 del artículo 2); (i) a la nacionalidad propia (inciso 21 del artículo 2); (j) a la libertad (inciso 24 del artículo 2); (k) a casarse y formar una familia (artículo 4); (l) a la protección de la salud (artículo 7); (m) a educarse (aun cuando no está expresamente señalado en el texto, consta tácitamente de los artículos 13 y siguientes); (n) al trabajo en tanto medio de realización de la persona (artículo 22, incluye la libertad de trabajo considerada en el artículo 2 inciso 15); (o) de ciudadanía (artículo 30); (p) al nombre regulado en el artículo 19 del Código Civil; (q) a la capacidad de goce y ejercicio de los derechos civiles establecida en los artículos 42 y siguientes del Código Civil.

Sin embargo, según Mesía (2018), el concepto del derecho a la identidad lo hace distinto de los referidos derechos; así se tiene, por ejemplo:

“El derecho al nombre resguarda la existencia material, civil y registral de la persona. La identidad personal, las expresiones sociales, culturales, políticas, intelectuales y profesionales. Es decir, todo lo que distingue la personalidad del sujeto.

El derecho a la intimidad personal protege los aspectos de la vida que no tienen para los terceros un interés socialmente apreciable. La identidad personal garantiza que la proyección del patrimonio ideológico y cultural del individuo no será falseada ni tergiversada.

El derecho al honor puede verse perjudicado por actos o palabras injuriosas. La identidad personal, en cambio, se lesiona con afirmaciones o frases que, pudiendo ser elogiosas, no son ciertas ni corresponden al patrimonio ideológico o cultural de la persona.” (p. 127).

Considerando los estudios anteriores, se concluye que el derecho a la identidad es uno de los derechos constitucionales fundamentales inherente a la persona que lo hace único e irrepetible diferenciándolo de los demás, le permite

ser reconocido como persona portadora de derechos subjetivos a nivel social y jurídico, determinar quién y cómo es, conocer su origen, quiénes son sus progenitores, a ser parte de una familia, de una sociedad; nace con él y, por tal, requiere de una total y eficaz protección por parte del Estado y la sociedad en su conjunto.

2.2.5. Familia.

La familia tiene diversas definiciones que responden a contenidos jurídicos y a aspectos históricos que no coinciden en tiempo y espacio. Es una institución social, permanente y natural, compuesta por un grupo de personas que se encuentran ligadas por vínculos jurídicos emergentes de la relación intersexual y de la filiación.

Según Ossorio (1998 p. 426), el vínculo familiar brinda importancia jurídica porque da nacimiento a una amplia serie de derechos y obligaciones, especialmente referidos al matrimonio, a la relación paterno - filial (destacándose la patria potestad), a los alimentos y a las sucesiones.

Pérez (2015) refiere que “la conformación de una familia constituye la realización máxima de muchas personas y uno de los objetivos centrales de la vida. Los seres humanos tienen la libertad de unirse en pareja para fundar una familia cuya base es la igualdad y respeto entre los cónyuges” (p. 9).

Villa (2014, p. 3) sostiene que la familia, en su forma evolucionada, se ha presentado unida a la institución del matrimonio, atribuyendo estabilidad social y legal al grupo formado como consecuencia de la unión entre un hombre y una mujer, aunque no se niega la posibilidad de la existencia de una familia no

matrimonial, esto es, a través de una unión de hecho, la cual por cierto existe y ha existido a lo largo de la historia. La familia está presente en la vida social, representa a la más antigua de las instituciones humanas, y representa el elemento clave para la comprensión y funcionamiento de la sociedad.

Para De Verda y Beamonte (2013, p. 17), el derecho de familia es aquel sector del derecho civil encargado de regular las relaciones entre los cónyuges y parientes; y, por extensión, entre las personas que se encuentran en una situación semejante a ellos. Forman parte de esta disciplina: el matrimonio, la obligación de alimentos entre parientes, la filiación en sus diversas manifestaciones y las instituciones de defensa de los menores e incapacitados.

Biológicamente, la familia es un hecho de vida en común de dos individuos de la especie humana, de sexo distinto, unidos con el fin de procrear y, por ende, de conservar la especie a través del tiempo. Desde esta óptica involucra a un progenitor común, generan entre sí lazos de sangre.

Teniendo en cuenta este aspecto y para los cometidos de la presente investigación, Villa (2014, p. 5), considera que son fines de la familia: (a) procrear y adicionar nuevos individuos a la sociedad; (b) generar en la pareja el estadio de total goce de sus funciones sexuales; (c) proporcionar a los hijos un concepto firme y vivencial del modelo sexual que les permita a futuro en su vida, hacer identificaciones claras y adecuadas de sus roles sexuales; y (d) perpetuar la especie humana en el tiempo y espacio.

Psicológicamente, Malde (2012) conceptúa a la familia como:

“La unión de personas que comparten un proyecto vital de existencia en común que se supone duradero, en el que se generan fuertes sentimientos de pertenencia a dicho grupo, en el cual existe un compromiso personal entre sus miembros y se establecen intensas relaciones de intimidad, reciprocidad y dependencia” (citado por Villa, 2014, p. 6).

A la vez agrega que los fines de la familia en el aspecto psicológico son:

(a) proporciona seguridad afectiva; (b) desarrolla procesos de adaptación a la sociedad; (c) crear hábitos, práctica de valores y del cumplimiento de roles y de responsabilidad; (d) orientar para el manejo de esquemas adecuados en casos de crisis, angustia y en general las emociones y frustraciones, a través del autocontrol; (e) dirigir el desarrollo personal hacia la independencia; y (f) contribuir con la educación y el respeto.

Sociológicamente, la familia es el núcleo de la sociedad y base fundamental para su desarrollo; con base en ello, Villa (2014, p. 6) refiere que, socialmente, son funciones de la familia: (a) perpetuar las costumbres, cultura e identidad de la sociedad de la cual forma parte; reconocer las instituciones sociales, civiles, políticas, religiosas y respetar la autoridad; (b) educar en el lenguaje y en la comunicación como fundamentos de la comprensión y de la democracia; (c) respetar las normas de la sociedad y de las particularidades de la formación de cada núcleo familiar; (d) aprender y crear roles y modelos de conducta social; (e) crear redes familiares y sociales de acompañamiento y desarrollo social; y (f) formar parte integrante del grupo social básico.

Económicamente, la familia es una unidad, un subsistema económico que fluye socialmente; son los padres quienes producen los recursos suficientes para

la subsistencia de la familia; en este sentido la familia cumple las siguientes funciones (Villa, 2014, p. 6): (a) proporcionar a los integrantes de la familia la seguridad económica; (b) dotar a los integrantes los recursos materiales mínimos para satisfacer sus necesidades básicas; (c) crear una cultura económica de ahorro y manejo de capital; (d) preparar a cada individuo para su independencia económica; y (e) enseñar el uso y manejo de la moneda y el diseño de estrategias económicas.

Jurídicamente, Baqueiro y Buenrostro (2001) consideran que la familia “responde al grupo conformado por la pareja, sus ascendientes y descendientes, así como otras personas unidas por vínculos de sangre o matrimonio o sólo civiles, a los que el ordenamiento positivo impone deberes y otorga derechos jurídicos” (Citados por Villa, 2014, p. 7).

A manera de complemento a lo mencionado por Villa, son funciones de la familia: (a) enseñar el reconocimiento de roles, normas y autoridad; respetar reglas y normas de convivencia social; (b) aprender roles de los padres e hijos entre sí y con el contexto; (c) diferenciar y respetar los derechos de todos los miembros de la familia y de la sociedad; (d) identificar y cumplir los deberes que les corresponden a sus miembros en su contexto; y (e) asumir a la comunicación como instrumento para la solución de conflictos.

De todo lo mencionado, se sintetiza que la familia es una unidad de la sociedad, porque allí se desarrolla, se gesta a los ciudadanos con las costumbres, formas de organización social, de producción, de impulso emocional-espiritual, por lo que va más allá de la convivencia en el hogar, trasciende el mero rol de subsistencia y suman a la convivencia social.

2.2.6. Integridad personal.

La integridad es un derecho que se constituye en fundamental para la sana existencia de las personas. Las constituciones a nivel mundial consideran que las organizaciones sociales, las diversas instituciones y los operadores de la justicia son responsables de preservar la integridad de los individuos y, en especial, de los niños y adolescentes.

Se encuentra regulado en el artículo 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948); el Convenio de Ginebra (1949) relativos a los conflictos armados. El 26 de junio de 1987, la Asamblea General de las Naciones Unidas trata de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos Crueles Inhumanos o Degradantes al que se adhieren 124 Estados para que implementen en sus países las normas pertinentes y de esta manera tener un instrumento correctivo contra uno de los derechos fundamentales de la persona.

Al respecto Guzmán (2007), considera que:

“El derecho a la integridad personal es aquel derecho humano fundamental que tiene su origen en el respeto a la vida y sano desarrollo de ésta. El ser humano por el hecho de ser tal tiene derecho a mantener y conservar su integridad física, psíquica y moral. La integridad física implica la preservación y cuidado de todas las partes del cuerpo, lo que conlleva al estado de salud de las personas. La integridad psíquica es la conservación de todas las habilidades motrices, emocionales, psicológicas e intelectuales. La integridad moral hace referencia al derecho de cada ser humano a desarrollar su vida de acuerdo con sus convicciones.” (p. 1).

La integridad personal del niño y adolescente, según Chunga (2012), debe ser entendida “como el bienestar físico, psicológico y espiritual. Es característica

fundamental de este derecho la irrenunciabilidad de su ejercicio, es decir, que los padres y cualquier persona o institución están impedidos de vulnerarlo, por razones de interés social”. (p. 28).

Se relaciona con el estado de bienestar físico, psicológico y emocional que, en el caso de los menores de edad, es responsabilidad de la familia, de las instituciones y de los operadores de la justicia.

Sar (2008), refiriéndose a la doctrina constitucional del Perú, considera que “el derecho a la integridad se refiere a la intangibilidad de los diversos elementos que componen la dimensión física de la persona humana” (p. 15).

El artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política prescribe que es uno de los derechos fundamentales de la persona, su identidad, su integridad moral, psíquica y física y su libre desarrollo y bienestar.

El derecho a la integridad ha evolucionado; Canosa (2006, p. 22) menciona tres modelos: (a) en el primero no se menciona lo que es integridad, o de alguna garantía; (b) en el segundo incluye la garantía de proscripción del maltrato como la tortura; y, (c) en el tercero incluye la proscripción de la integridad como derecho, y que se estipula en una Constitución.

El derecho a la integridad considera el cuidado de la persona en su aspecto físico, psicológico, emocional y social; por lo que no puede verse afectado por ningún motivo o razón.

2.2.7. Bioética.

La bioética, según Padovani y Clemente (2010, p. 2), surge en el año de 1971, cuando el oncólogo norteamericano Potter publicó su libro denominado “Bioética, un puente hacia el futuro”, a cuya ciencia la Organización Mundial de la Salud (OMS) lo define como “el estudio sistemático de la conducta humana en el campo de las Ciencias Biológicas y la atención en salud, siempre que este estudio se realice a la luz de valores y principios éticos”.

Es una respuesta al sistema discriminador totalitario y racista, después de la Segunda Guerra Mundial, en Nûremberg se conformó un Tribunal Internacional para juzgar a los criminales de guerra, siendo allí donde se estableció los principios sobre los que debía anotarse la investigación en el campo de la medicina (especialmente en aspectos éticos), la salud y la investigación biomédica.

León (2007) conceptúa a la bioética como una ciencia médica que busca consenso ético por la vida, generado como “producto de un acuerdo racional de interlocutores: médico y pareja ausente de fertilidad que legitiman las normas morales cívicas” que regulan las técnicas de fecundación in vitro con transferencia de embriones, la clonación, la investigación con células madre” (p. 3).

No deja de lado al hijo y toma consideración especial por él, al expresar que el hijo es el “presente-ausente”, cuyos intereses deben ser defendidos por los padres, ya tutores del hijo en el momento de ser concebido in vitro, no siempre desde el punto de vista legal pero sí desde las obligaciones éticas de la

filiación y la maternidad. Y sus intereses también deben ser tenidos en cuenta por los médicos, que se deben al bien de sus pacientes (León, 2007, pp. 3-4).

Gamboa (2016, p. 15), menciona que en el siglo XX también suple la necesidad de implementar leyes internacionales que regulen los adelantos de la ciencia; por ello es que en el marco de esa regulación surge la bioética, la cual tiene algo que decir sobre estas tecnologías que han cambiado la forma de reproducción de los seres humanos; a la vez, fundamenta y precisa que los derechos humanos proponen caminos de solución cuando no son respetados en casos concretos, como sucede con las Técnicas de Reproducción Asistida (TRA) cuyo uso es indiscriminado. Recibir un embrión cualquiera lo puede hacer, y la familia (célula básica del desarrollo de la sociedad) puede pasar a ser “superflua” ya que prima la voluntad de querer tener un hijo, con independencia del contexto adecuado para su crianza, maduración y desarrollo.

Estas apreciaciones son necesarias para que se restrinja las TRA a casos extremos de infertilidad, incluso para dar alternativas a infecciones de transmisión sexual (ITS); por lo que es pertinente que se consideren diagnósticos precisos para atender casos muy necesarios.

(a) Principios de la bioética.

León (2007) analiza que la bioética es la ciencia rectora del buen comportamiento porque en las “(TRA) se enfrentan dos agentes morales en diálogo informado: el equipo médico y la pareja con problemas de infertilidad o esterilidad. Se entiende que el hijo es un bien humano básico para ambas partes” (p. 1). Mediante la aplicación de los principios éticos se busca que no haya

“comercialización del ser humano” y se considere los aspectos jurídicos como límites o bienes jurídicos como el derecho a la vida, la filiación, la sucesión; además de los principios éticos.

Padovani y Clemente (2010, p. 3) han establecido que, vista la bioética como ciencia conductual que cuida los principios de la vida natural y está en contra de la discriminación, el racismo y todo lo que puede deshumanizar, se resalta que con las tecnologías que cambian la manera de reproducirse de los seres humanos mediante el manejo de los embriones, se sustentan como principios básicos de la bioética enunciados por investigadores como Lolos, F. (2001), Elizarrri, F. J. (1991), Howe E. G. (1999), Aereo K. (2008), Caplan A. (2010), Annandale H. (2008), a los siguientes:

(a) Autonomía; para la toma de decisiones por parte del paciente que significa “el consentimiento informado”. Apel (citado por León, 2007, p. 3) a este principio le denomina el diálogo informado con “interlocutores válidos”. Agrega que el acuerdo, por sí solo no es valedero, sino “el reconocimiento auténtico de los derechos comunes”.

(b) Beneficencia; como un ente rector de todos los profesionales de la salud “de actuar siempre en bien del paciente”.

(c) Justicia; entendido en las dos formas de concreción, en salud: la justicia distributiva (acceso a la salud para todos) y la no discriminación.

(d) No maleficencia; orienta a “no hacer daño al paciente” y se basa en la relación costo-beneficio en salud. La no maleficencia y la justicia son principios mínimos para el actuar del médico.

(e) Solidaridad; principio expuesto por Padovani y Clemente (2010), quienes lo sustentan y lo describen como “si no somos solidarios con el que sufre, si no sentimos el dolor ajeno como propio, nunca podremos tener una actuación ética”. (p. 3)

(b) Bioética y su legislación en el Perú.

En la Constitución Política de 1993, cuyos artículos 4 y 5 hacen referencia a la protección a la familia, promoción del matrimonio, al concubinato, empero no determina una relación específica con la bioética jurídica y Reproducción Humana Asistida (RHA).

En el artículo 6 –tercer párrafo- regula el principio de Paternidad y Maternidad responsables, al establecer que, “todos los hijos tienen iguales derechos y deberes. Está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y sobre la naturaleza de la filiación en los registros civiles y en cualquier otro documento de identidad”; pero no hace mención a las formas de constitución de la familia in vitro.

Al respecto, Siverino (2012) considera que, aparte de la regulación de la RHA, “tienen para los pacientes un alto costo emocional y económico, y no están exentas de vicisitudes para los profesionales de la salud” (p. 1); lo cual tiene que ver no solo con los principios éticos de la vida y su origen, sino con el tema de la identidad y el derecho de los niños nacidos mediante RHA, como es el caso de la identidad del padre o madre biológico.

En el Perú existe tratamientos de RHA, pero se rigen por “autorregulación” (Siverino, 2012, p. 3); estos son aplicados a parejas casadas, a uniones de

hecho, se tiene acceso a los tratamientos contra la infertilidad; sin embargo, es cuestionable el manejo bioético y legal para la práctica de TRA.

Ley General de Salud N° 26842 en su artículo 7 norma la fecundación asistida homóloga, pero pone como condición que coincidan ‘la madre genética y la madre gestante’, por lo que es contradictorio, ya que, según Siverino (2012, p. 3), no contiene una prohibición explícita respecto de la ovodonación (aquello que no está prohibido, está permitido); asimismo admite la fecundación heteróloga con material genético masculino mas no con femenino; agrega que impedir esta última fecundación originaría una discriminación por razón de género. Si lo que se pretende evitar son los conflictos en torno a la identidad de un futuro infante, la prohibición debería ser total, no justificándose la donación de esperma.

En este sentido, los fundamentos bioéticos y jurídicos para la RHA, necesitan ser legislados, pues no debe descansar en bases y planteamientos carentes de debate legal por parte de legisladores informados adecuadamente; por el contrario, debe descansar en base a conocimientos científicos para que las normas que se aprueben sean claras, objetivas y limitadas a los principios de la bioética.

2.2.8. Técnicas de reproducción asistida.

Las Técnicas de Reproducción Asistida, denominadas también TERAS o TRA, son una alternativa para las parejas que tienen problemas de infertilidad. Según Gamboa (2016, pp. 1-2), estas técnicas se han desarrollado a mediados del siglo XX, pero sus antecedentes se registran en la última década del siglo

XIX cuando Heape realizó una transferencia de embriones de conejo y obtuvo nacimientos vivos y sanos. A partir de allí creció el interés de hacer cultivos de embriones en el laboratorio y el subsecuente logro de conocer más en detalle la embriología misma. Estas técnicas han generado cambios en la idiosincrasia, muchas veces contradictorios con la creación de nuevos derechos como: el concepto de mujer y el manejo de su cuerpo, el parentesco o filiación y la noción de autonomía; todos ellos englobados en la llamada ideología de género.

La embriología humana alcanzó un avance significativo al desentrañarse la fisiología de los gametos humanos (Gamboa, 2016) “y descubrirse fenómenos como la capacitación de los espermatozoides, la segmentación temprana de los cigotos, la criopreservación, la aplicación de la laparoscopia a la ginecología que permitió la recuperación y recolección de óvulos y ovocitos, la hiperestimulación ovárica con fármacos, etc.” (p. 1).

Escobar (2007) indica que “se llaman técnicas de Reproducción Humana Asistida aquellos procedimientos que unen el espermatozoide con el óvulo por un medio diferente a la relación sexual natural” (p. 10).

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

Varsi (2017, p. 10) explica que, en la procreación asistida, un integrante de la pareja no aporta sus gametos, pero está de acuerdo que su pareja asista o haga uso de una técnica de procreación asistida y de esta manera cumple el rol de padre o madre. Las TRA se desarrollan entre el equipo médico y la pareja e intervienen elementos, como el material genético del tercero dador, el cual no forma parte de la relación intersubjetiva, porque tiene la necesidad e interés en la formación de una nueva vida mediante el aporte de sus células germinales. Aquí surge el efecto: querer ser padre o querer ayudar a ser padre. Varsi (1995) establece que las TRA desde la perspectiva jurídica son definidas como:

“Aquellos métodos técnicos que se utilizan para suplir en la persona en la pareja de infertilidad que pudieran padecer y así posibilitar que lleguen a tener descendencia. Las técnicas de reproducción humana asistida son procedimientos por virtud de los cuales nacen seres humanos día a día alrededor del mundo. La gran idea detrás de ellos es ayudar a aquellos que tienen dificultades para procrear, para que, con la intervención de un experto en la materia, logren superar los escollos que no permitieron que la reproducción se diera de manera natural.” (p. 62).

Las TRA, según Jausoro (2000 p. 11), son:

(a) Relaciones sexuales dirigidas; consiste en corregir, mediante ayuda médica, los desórdenes coitales de la pareja, centrando las relaciones sexuales a los días ovulatorios, tratando de hacer coincidir la aproximación de ambos gametos. Se realizan ecografías seriadas para indicar el día exacto de la ovulación y sugerir la realización del coito para obtener el fin deseado. Según Saavedra (2018), esta técnica es la más simple de todas y sólo puede ser aplicada a ciertos tipos de parejas, sin embargo, ha sido desfasada por métodos

modernos y efectivos, podía decirse que fue una de las primeras TERAS en atención a los avances tecnológicos insipientes de la década de los 60 (p. 20).

(b) Estimulación ovárica (EO); no es considerada una técnica de inseminación asistida, sino un método convencional para dar tratamiento a la infertilidad; es una técnica complementaria y consiste en la administración de fármacos, como citrato de clomifeno o gonadotropinas, con el propósito de inducir la ovulación o promover una superovulación para la recuperación de más de un ovocito durante el ciclo.

(c) Inseminación intrauterina (IIU); el semen tratado es depositado en la cavidad uterina del aparato reproductor femenino, de manera no natural, a través de una cánula fina, y su objetivo es lograr la fecundación; el semen puede proceder de la pareja conyugal o de un donante (en este caso, cuando existe infertilidad severa, enfermedades genéticas del varón o en mujeres sin pareja); esta técnica consiste en la intervención médica para introducir el semen en el organismo femenino, como si se realizara mediante el acto sexual.

Ortiz y Acevedo (2010, p. 4) consideran que este tipo de inseminación es utilizado en casos de (a) disfunción eréctil (el varón no es capaz de eyacular en la vagina); (b) oligozoospermia (infertilidad masculina) inferior a 40 millones de espermatozoides o también en casos del 25% inferior de movilidad para alcanzar la periferia del ovocito); (c) disfunción ovulatoria (presencia de anticuerpos en el moco cervical que pueden ejercer una barrera que no permiten el paso de los espermatozoides); y (d) endometriosis leve (cuando aún está intacta la anatomía pélvica).

Con respecto a la fertilización in vitro (FIV), en 1978 se dio el primer nacimiento mediante FIV. A través de esta TRA, los ovocitos recuperados son inseminados en laboratorio con semen de la pareja (fresco o congelado) o de donante (congelado). Tras la fertilización, el embrión es transferido al cuerpo uterino o a la trompa de Falopio.

Para Ortiz y Acevedo (2010, p. 4), estos ovocitos fecundados en laboratorio inician la división celular, exactamente como lo harían en el interior del tracto genital femenino, transformándose en embriones que, finalmente, son transferidos al útero; se utiliza cuando se presenta casos de patología tubélica bilateral (la mujer tiene las Trompas de Falopio obstruidas y no permite que se ponga en contacto óvulos y espermatozoides), esterilidad masculina, disfunción ovárica, y endometriosis (presencia de anticuerpos antiespermatozoides en la mujer o en el hombre).

Pérez (2015 p. 25) señala que la fecundación in vitro puede ser: (a) homóloga; cuando el óvulo y semen son del matrimonio, unión de hecho o pareja de solicitantes y se realiza al útero de la mujer integrante de la pareja; y (b) heteróloga; cuando el óvulo o el semen o incluso ambos, proceden de donante; la transferencia de embriones se realizada al útero de la mujer integrante de la pareja solicitante, o de la mujer que lo solicita.

Cabe también la posibilidad de alquilar vientre.

En lo que respecta a la transferencia intratubárica de gametos (TIG), estos se colocan en la Trompa de Falopio del matrimonio, unión de hecho o pareja impropia, los ovocitos y el semen para que tenga lugar la fecundación; para ello

previamente, se realiza la maduración en laboratorio, mezclados con semen también previamente seleccionado y preparado. En este caso, la fecundación se produce en las Trompas de Falopio. “Dependiendo de la procedencia de los gametos de la TIG puede ser también homóloga o heteróloga” (Pérez, 2015, p. 25).

El procedimiento se da mediante Rayos X que permite determinar si el paciente tiene al menos un tubo de Falopio saludable; el laparoscopio (los óvulos se recuperan de los ovarios); la recuperación de los espermatozoides del varón en el mismo día que se recuperan los óvulos; la mezcla de los óvulos con el esperma en un catéter; luego la inserción del óvulo y esperma en los tubos de Falopio con un catéter. Se proporciona medicamentos necesarios para apoyar el revestimiento del útero y tener mayor éxito en la fertilización.

Se utiliza en casos de parejas con infertilidad cuyo diagnóstico se desconoce; parejas cuyos óvulos hayan sido fertilizados en un laboratorio; parejas que, por motivo moral, no están de acuerdo usar FIV; pacientes que tiene un Falopio sano; cuando los varones presentan baja cantidad de esperma u otros diagnósticos de esperma; o cuando las parejas son fértiles, pero por cuestiones anatómicas, se presenta alteraciones que impiden el desplazamiento de los espermatozoides y el óvulo a la Trompa de Falopio y, con ello, la generación de la división celular.

En cuanto a la inyección intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI), esta es una TRA que se puso en práctica desde el año 1992; permite conseguir un embarazo cuando existe escaso número de espermatozoides móviles; también cuando falla la fertilización total en inseminaciones in vitro, en casos de

infertilidad por factores masculinos severos y en parejas infértiles por semen borderline (Jausoro, 2000, p. 5); consiste en inyectar un único espermatozoide directamente dentro del ovocito.

Hernández (1989, p. 253), menciona que el procedimiento consiste en habilitar al espermatozoide para que esté en condiciones de fecundar, para ello debe residir durante un periodo mínimo en el tracto genital femenino, de esta manera es posible la hiperactivación y remoción de glicoproteínas de la superficie espermática exponiendo los receptores adecuados para recibir señales procedentes del ovocito.

Gamboa (2016, p. 3) aduce que en la reproducción asistida se mantiene en anonimato la persona que otorga el semen y solo se impulsa dejar de lado el anonimato cuando es pertinente en los siguientes casos: (a) impedimento matrimonial; (b) satisfacción de una necesidad psicológica de conocer la ascendencia genética; y (c) preservar y salvaguardar la vida y la salud del niño y sus padres frente a enfermedades genéticas o hereditarias.

Este derecho, según indica Tamayo (2013, p. 3), se constituye en uno de los fundamentos legales para dar respuesta a la filiación de los hijos nacidos mediante la TRA; pero no puede ser una respuesta al derecho del nacido por medio de la técnica de la inseminación heteróloga quien tiene el derecho de averiguar quién es su padre biológico y reclamarle su paternidad. Agrega:

“Sobre esta base, el Derecho va a imponer ciertas distorsiones en la realidad biológica: la causalidad biológica de la procreación no es siempre una razón suficiente para establecer entre ellos un vínculo jurídico de filiación; por lo demás, tal causalidad no es tampoco un elemento necesario

para la constitución de una relación de derecho porque aquella es posible que proceda de un acto de voluntad (reconocimiento de complacencia, adopción, ...). (p. 4).

Varsi (2017) considera que la filiación se sustenta en la verdad formal (*favor affectionis*). El vínculo filial se inicia en el deseo, en la base sociológica o el vínculo socioafectivo; el consentimiento, el deseo y afecto marcan la obligación y generan responsabilidad para recurrir a la técnica de procreación asistida y asumen el compromiso biológico del nacido (p. 6). Agrega:

“El principio voluntarista se fundamenta en la lealtad, es decir, en la buena fe, en la confiabilidad y legalmente (Madeleno 2015) citado por Varsi (2017) en la doctrina de los actos propios que son aplicadas en el derecho de familia, en razón de las relaciones de confianza que deben prevalecer entre los cónyuges, convivientes y familiares” (p. 6).

Krasnow (citado por Varsi, 2017, p. 8) refiere que la teoría de la voluntad procreacional tiene en Díaz de Guijarro su principal exponente, quien en uno de sus trabajos sostiene que, en el caso de la inseminación heteróloga, cuando el semen es proporcionado por un extraño, también encontramos la voluntad procreacional, porque el marido que consiente semejante procedimiento asume las consecuencias jurídicas del mismo y, por eso, la calidad jurídica de padre (p. 8).

Quien acepta que su semen sea utilizado para la procreación y así lo dispone su voluntad, no adquiere responsabilidad alguna. Solo prima su interés altruista y solidario de permitir la paternidad de los otros. Así, la voluntad procreacional pasa a ser el eje para la determinación de la filiación, con total

independencia de si el material genético pertenece a las personas que, en efecto, tienen la voluntad de ser padres o madres, o de un tercero ajeno a ellos.

De acuerdo con la tesis de la voluntad procreacional, el régimen de filiación reconoce, implícitamente, la existencia de un elemento voluntario subyacente en la relación de paternidad, de tal importancia que se puede llegar a su determinación al margen del dato biológico. En ese sentido, se dice que para la atribución de la paternidad es precisa la voluntad del hombre de tener un hijo con una mujer, la cual, a su vez, desea ser fecundada con el semen de aquel o de un tercero.

Para Tamayo (2013, p. 15), la voluntad es un acto de consentimiento de aceptar la filiación de un hijo nacido por inseminación heteróloga que, se sobreentiende, añade la imposibilidad de impugnar (tanto la mujer como el marido) una filiación que no es conforme a la verdad biológica. “Es propiamente la referencia al principio de responsabilidad lo que ha permitido considerar inadmisibles la acción de desconocimiento propuesta por el padre que había dado su propio consentimiento a la inseminación de la mujer con semen de donante”.

El consentimiento o la voluntad es una especie de blindaje a la posibilidad de impugnar. “La filiación paterna se funda no en la biología sino exclusivamente en el consentimiento prestado por el marido”. (Tamayo 2013 p. 16).

Así mismo Tamayo (2013) precisa que:

“La relevancia del elemento volitivo lo que va a suponer es que, cuando en una misma persona no coinciden el elemento genético, el biológico y el volitivo, se debe dar preponderancia al último. Prevalece la paternidad consentida y querida, sobre la genética. Se está ante nuevas realidades

que importan una “desbiologización y/o desgenetización de la filiación”, y en cuya virtud el concepto de filiación ganó nuevos contornos comenzándose a hablar de “parentalidad voluntaria” o “voluntad procreacional”. (p. 22).

Se concluye que este principio sustenta la filiación e identidad en la buena voluntad, frente al ADN, por lo que en la pareja juega un rol básico para que sea reconocido como tal, se pierde la importancia de la veracidad biológica y se necesita adecuar las normas legales a las excepciones del principio de la voluntad: anonimato de quien cede el semen y la inimpugnabilidad de la filiación. Para ello se necesita garantía en la estructura legal de nuestro país, pero no se puede dejar de lado el derecho del nacido por medio de la inseminación heteróloga de reclamar el derecho de saber quién es su padre biológico.

2.2.9. Técnica de Inseminación Artificial (TIA).

Las TIA son diversos recursos y procedimientos de tratamiento a favor de los trastornos de la fertilidad; la actuación directa se basa en los gametos (ovocitos y/o espermatozoides) con el fin de favorecer la fecundación y la transferencia o depósito de embriones en la cavidad uterina, de aquellas personas que no pueden concebir.

Jausoro (2000) señala que,

“El depósito de espermatozoides de forma no natural en el aparato reproductor femenino, con la finalidad de lograr una gestación. Al referirnos a la IA contemplamos una serie de procedimientos: la estimulación del desarrollo folicular múltiple con el objetivo de obtener el mayor número de ovocitos disponibles, pero siempre intentar que sea menor de 3 (algunos autores hablan de la posibilidad de IA en ciclo natural); control de la

foliculogénesis para conseguir una sincronización correcta entre el momento de la ovulación y el día de la inseminación; y, capacitación seminal que permite concentrar la mayor cantidad de espermatozoides móviles.” (p. 30).

Ramos (2012) refiere que “la inseminación artificial intrauterina se define como el depósito de espermatozoides previamente preparados dentro de la cavidad uterina, sin efectuar un contacto sexual, con el fin de lograr el embarazo” (p. 1).

Varsi (1995), con respecto a las TRA establece que “en ningún caso podemos decir que representan una terapia, puesto que nada curan, solamente palian los efectos de la esterilidad” (citado por Saavedra, 2018, p. 17)

Ramos (2012, pp. 2-3) afirma que, para la inseminación artificial, se necesita de un paciente que ovule y que la Trompa de Falopio se encuentre en buenas condiciones; después de la estimulación ovárica, la paciente recibe tratamiento para asegurar la ovulación fecunda; luego en los días siguientes se realiza la inseminación propiamente dicha, para lo cual el varón debe obtener una muestra seminal que se procesa en el laboratorio, con el fin de seleccionar los espermatozoides más útiles. El médico introduce a través del cuello un fino tubo de plástico blando, para depositar en el útero el pequeño volumen de líquido que contiene los espermatozoides seleccionados. Si el problema de infertilidad se presenta en el varón es pertinente recurrir a los bancos de semen.

La Sociedad Española de Fertilidad (2011) considera que, “la inseminación artificial es la más sencilla de las técnicas de reproducción asistida,

y básicamente consiste en depositar los espermatozoides en el aparato genital de la mujer, por medio del instrumental adecuado” (p. 34).

Se agrega que mayormente se recurre a la inseminación artificial (con semen de pareja) cuando se presenta defectos leves y/o moderados en la reducción de la calidad de espermatozoides debido a la cantidad, movilidad o calidad morfológica de los mismos; en la calidad del moco del cérvix uterino que en estos casos actúa como una barrera dificultando el ascenso de los espermatozoides hacia el útero y las Trompas de Falopio; frente a una esterilidad de causa desconocida o inaparente, la cual afecta a los pacientes cuyas pruebas diagnósticas convencionales resultan ser normales. Otras situaciones como endometriosis no severas, alteraciones de las Trompas de Falopio que no supongan su obstrucción completa, ciertos trastornos de la ovulación, etc., permiten que la inseminación artificial con semen de pareja mejore la probabilidad de conseguir una gestación.

Ballesteros y Fernández (2007) refieren que la inseminación artificial puede ser:

(a) Homóloga o matrimonial, cuando el semen procede del marido o de la pareja de la mujer (Jausoro, 2000, p 31); se acude a esta técnica frente a casos de esterilidad, ya masculino debido a la incapacidad para depositar el semen en vagina, o oligoastenoteratozoospermia; femenino que puede ser de origen cervical, uterino, endometriosis, trastornos ovulatorios y hostilidad del moco cervical; inmunológica; por causas no explicadas; u otros problemas de índole religioso.

(b) Inseminación artificial heteróloga, cuando el óvulo, semen o ambos, proceden de un donante.

2.2.10. Inseminación Artificial Heteróloga (IAH).

La IAH es una técnica de inseminación asistida, conocida como inseminación intrauterina heteróloga; se constituye en una alternativa para la infertilidad severa del varón; se lleva a cabo cuando no hay riesgo grave para la salud de la mujer o de la posible descendencia; por ello lo realiza sólo personal calificado y con muestras obtenidas debidamente de un banco de semen con acreditación vigente de la Secretaría de Salud.

Hilario (2013) consideran que:

“La inseminación intrauterina heteróloga tiene varias indicaciones. En muchos bancos de semen se refiere a la azoospermia como la principal indicación, seguido de la alteración severa del espermatograma, riesgo de transmitir enfermedades genéticas, esposo seropositivo para el VIH, mujeres solas o lesbianas.” (p. 12).

Correa (2017) lo denomina también fecundación supraconyugal, porque se utiliza semen de un donante anónimo, lo cual significa que se carece de todo tipo de relación jurídica (reconocimiento biológico, alimentos, derechos sucesorios, etc.). Fundamentalmente, se genera en el menor el problema de la identidad natural porque en esta técnica, la característica más resaltante es que en el engendro intervienen tres personas: (p. 9) la esposa que es madre biológica; el esposo que es padre psicosocial, legalmente el padre; el donante que es el padre biológico o donante del gameto masculino.

Sin embargo, también se está ante una IAH cuando interviene solamente la madre, no así un padre.

Medina (2002) opina que, “inseminar a una mujer casada con esperma de un tercero implica introducir en esta familia material genético distinto: una situación que tiene implicaciones sociales, legales y psicológicas” (p. 4).

El punto central para que se practique la inseminación heteróloga es el consentimiento de la pareja porque se necesita del semen de un tercero. Por lo que Medina (2002), agrega, que en principio es evidente que aquí la filiación biológica de la mujer no es objeto de discusión; en cambio, la situación es diferente en el caso del varón. Se podría establecer una paternidad legal, aunque no biológica. Insistimos en el tiempo condicional del verbo poder, dado que actualmente esto es imposible en términos jurídicos”. (p. 7).

Maestre y Mazeneth (2016, p. 36) consideran que la inseminación artificial solo se realizaba con semen del marido, la inseminación heteróloga realizada con semen de donante es la intervención de un sujeto extra (tercero), y es concebida como la técnica de reproducción que permite una solución a la infertilidad severa; sin embargo, este proceso genera que se tenga a dos padres: (a) aquel que es para quien se realiza la inseminación y (b) el segundo que viene a ser el donante del semen, quien es el padre biológico y, sin embargo, no está interesado en asumir su paternidad y, por tal, ninguna responsabilidad.

Agrega que, en la inseminación heteróloga, el donante del semen se somete a un análisis médico, esto es: un análisis del semen, análisis de sangre y orina, estudio de enfermedades de transmisión sexual y examen de

enfermedades genéticas; el semen se conserva congelado y se mantiene durante un mínimo de 6 meses para garantizar la fecundación; de esta manera se asegura la calidad de los espermatozoides y el descarte de cualquier patología. Cabe mencionar que todos los donantes firman un consentimiento y el anonimato de su donación; condición última que determina los conflictos legales, toda vez que el niño –concebido- tiene derecho a saber su identidad biológica, el cual es pertinente atender por tratarse de su interés superior (p. 37).

Lo vertido guarda relación con lo manifestado por Jausoro (2000) de que en este tipo de técnica “se emplea semen congelado y que haya estado almacenado al menos 6 meses para garantizar la negatividad de dos test de VIH en ese periodo de tiempo y evitar la transmisión de enfermedades infecciosas, como el VIH, hepatitis B y C” (p. 33).

Adiciona que esta técnica de reproducción humana se indica en parejas heterosexuales con azoospermia en las cuales la recuperación de espermatozoides a partir del testículo o epidídimo resulta imposible. Posibilidad de transmisión de trastornos de origen genético o enfermedades contagiosas al utilizar semen conyugal. Isoinmunización Rh. Mujeres sin pareja. Cuando la pareja no quiere recurrir a ICSI estando indicado (problemas económicos). Fracasos de ICSI (p. 33).

Al respecto, Escobar (2007) refiere que se hace uso de este sistema cuando el varón es estéril, o cuando existe el peligro de transmisión de enfermedades o patologías hereditarias como la hemofilia, el síndrome de Down (aunque todavía no se ha logrado corregir disfunciones hereditarias en el feto), etcétera o cuando existe incompatibilidad del factor Rh (p. 9). Adiciona que, a

través de esta técnica, se permitiría detectar y escoger el sexo, la raza y otras características físicas del nuevo ser, permitiendo de esta manera seleccionar y descartar vidas (pp. 9-19).

La Sociedad Española de Fertilidad (2011, p. 40) considera que la IAH se utiliza cuando se presenta azoospermia (ausencia completa de espermatozoides) e imposibilidad de obtener espermatozoides útiles; por causas masculinas severas no resueltas con Fecundación in Vitro; ciertos trastornos genéticos del varón; sensibilización grave de la mujer frente al factor Rh que haya producido pérdida de gestaciones anteriores y no pueda ser tratada por otros procedimientos; y mujeres sin pareja masculina.

Escobar (2007) expresa que a nivel mundial existen bancos de gametos de donantes anónimos para la reproducción asistida heteróloga; estos gametos son depositados en lugares bien acondicionados en base al empleo del frío para su conservación. Existen bancos de semen en muchos países tales como: Estados Unidos, España, Suiza, Dinamarca, China, Alemania, Inglaterra, Corea del Sur, Singapur y otros. El semen es muy cotizado en el mercado y objeto de exportación. Se busca un semen no contaminado (p. 3).

Todo está bien, pero es innegable que estas prácticas colisionan con la ética, la moral, las buenas costumbres, con la concepción religiosa, al igual que con el aspecto legal.

2.2.11. La identidad como derecho fundamental.

El derecho a la identidad ha sido ampliamente analizado por el doctrinario Fernández (1990), quién refiere:

“El ser humano, según la ciencia, se desarrolla en un proceso continuo, ininterrumpido, abierto en el tiempo. Este proceso se inicia en el instante de la fecundación de un óvulo por un espermatozoide, ya sea en el seno de la mujer, por un acto natural, o fuera del mismo, en una probeta de laboratorio. En este último caso se trata de una fecundación extracorpórea, artificial, in vitro, asistida, como indistintamente se le suele designar. Estamos frente al momento de la concepción, que es el surgimiento de un nuevo ser.” (p. 61).

La apreciación anterior expresa el común denominador de la existencia de todo ser humano: la fecundación producida por el óvulo y el espermatozoide, no existe otra manera, la diferencia está en la forma como se realiza la fecundación, pero no en el ser que nace con los mismos derechos fundamentales. Esto, agrega Fernández (1990), se basa en los fundamentos básicos sintetizados en lo siguiente:

“De acuerdo con el dictado de la ciencia, puede afirmarse que, desde la fecundación, estamos frente a la presencia de un ser que no puede tener distinta naturaleza que la humana. (...) El ser que surge en el instante de la concepción no es otro que un ser humano, único, irrepetible (...) De los aportes de la ciencia, sucintamente expuestos, se deduce que, desde la concepción, el ser humano tiene una determinada identidad, innata, que irá luego desarrollando y enriqueciendo a través de toda su vida, pasando por la infancia, la adolescencia, la juventud y la edad adulta, hasta la muerte. Todos los momentos de la vida del ser humano son así etapas sucesivas de expansión y crecimiento de una única realidad. En la concepción están ya dadas todas las posibilidades futuras que permitirán la proyección social de una determinada personalidad.” (p. 46-47).

La identidad es un derecho fundamental reconocido a nivel de las Constituciones; Vila-Cora (1995) considera que la identidad es un “derecho a la propia herencia genética y derecho al hábitat natural que como ser humano le

es propio. Todo individuo tiene derecho a su identidad personal, que es el núcleo o esencia específica de lo humano”. (p.3).

La identidad es entonces un derecho con el cual todo ser humano nace y le permite estar en un contexto, en un hábitat en el que le es posible su desarrollo social.

Benjamín (2013) sostiene que el derecho a la identidad deriva de la dignidad del ser humano, así podemos referirnos a la identidad personal, como el derecho de la persona al reconocimiento por parte de los demás de lo que ella es y representa, incluye la identidad biológica y los signos distintivos del sujeto como el de su propia personalidad o manera de ser (p. 14).

La Constitución Política en el artículo 1 establece que, “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”; luego en su artículo 2 inciso 1 pasa a regular la identidad como uno de los derechos fundamentales (juntamente con la vida, integridad moral, psíquica y física, su libre desarrollo y bienestar), resaltando que el concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.

De esta manera queda expresado en la Constitución que el derecho a la identidad protege el reconocimiento de la persona y comprende los elementos básicos de la identidad: dinámicos y estáticos.

Teniendo en cuenta las apreciaciones anteriores, Fernández (1992) enfatiza que la identidad es uno de los derechos fundamentales que expresa ser uno mismo con su origen biológico y desarrollo espiritual, al señalar que:

“La identidad es el conjunto de datos biológicos y de atributos y características que, dentro de la igualdad del género humano, permiten distinguir indubitablemente a una persona de todas las demás. Es decir, la identidad es “ser el que soy y no otro” o, dicho, en otros términos, “ser uno mismo y no otro.” (p. 4)

Agrega (pp. 4-5), que el elemento estático comprende el aspecto físico-biológico, es decir las características genéticas y corporales que le otorgan identidad desde la concepción; se considera al nombre, fecha de nacimiento, sexo, nacionalidad, conocer a sus padres y llevar sus apellidos (lógicamente en la medida de lo posible). El elemento dinámico comprende la identidad que cada persona desarrolla en su vida como producto de su esfuerzo y dedicación, se refiere al desarrollo espiritual, que su identidad se refleje en el desarrollo mismo de su vida frente a la sociedad y no se vea afectada; comprende los talentos, destrezas o habilidades, la identidad cultural, los valores que pone en práctica, su posición ideológica ante la naturaleza, la sociedad y el pensamiento; y la práctica religiosa.

Con respecto a la identidad en la legislación nacional e internacional:

(a) Legislación nacional.

- La Constitución Política de 1993; en cuyo artículo 2 inciso 1 prescribe que toda persona tiene derecho: “A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece”.

De igual manera en el inciso 2 reconoce el derecho que tienen todas las personas a la igualdad ante la Ley, y rechaza la discriminación por motivo de

origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.

- Código de los Niños y Adolescentes; en su artículo 6 inciso 1 establece:

“El niño, niña y el adolescente tienen derecho a la identidad, lo que incluye el derecho a tener un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y llevar sus apellidos. Tienen también derecho al desarrollo integral de su personalidad”.

En sus incisos 2 y 3 resalta la obligación del Estado de preservar la inscripción e identidad de los niños y adolescentes, sancionando a los responsables que lo alteren, sustituyan o priven ilegalmente, de conformidad con el Código Penal. En caso de producirse la alteración, sustitución o privación, será el Estado quien se encargue de restablecer la verdadera identidad mediante los mecanismos más idóneos.

- Código Civil de 1984; en su artículo 5 hace referencia a la irrenunciabilidad de los derechos de las personas, estableciendo que,

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. Su ejercicio no puede sufrir limitación voluntaria, salvo lo establecido en el artículo 6.

Si bien no se hace mención del derecho a la identidad, empero los derechos a los que se refieren dan el valor intrínseco de lo que significa la identidad.

(b) Legislación internacional.

- Convención sobre los Derechos del Niño.

El derecho fundamental a la identidad se encuentra regulado en la Convención sobre los Derechos del Niño (firmado por el Perú el 26 de enero de 1990, entró en vigencia el 04 de octubre de 1990), en cuyo artículo 7, inciso 1, dispone:

El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

Los derechos mencionados son inalienables, inherentes y se relacionan con el derecho insoslayable de la identidad.

En su artículo 8 establece: (a) los Estados Parte se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas; y (b) cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Parte deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

- Convención Americana de Derechos Humanos (CADH).

En su artículo 18 establece que “toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario”.

En el artículo 20 inciso 1 prescribe que “toda persona tiene derecho a una nacionalidad”.

De igual manera en el artículo 19 prescribe el derecho que tiene todo niño a las medidas de protección, que por su condición de tal requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (firmado por el Perú el 11 de agosto de 1977 y promulgado el 28 de julio de 1978), en su artículo 24 prescribe que: (a) todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado; (b) todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre; y (c) todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad.

- Constituciones.

Las Constituciones se enmarcan en el pleno ejercicio del reconocimiento del derecho fundamental a la identidad, en cuanto determina una individualidad, el ser único, peculiar y comporta un significado de dignidad humana y en esa medida es un derecho a la libertad y al pleno desarrollo; forma parte de la estructura jurídica internacional, siendo responsabilidad de cada Estado el garantizar los derechos fundamentales de las personas.

Dentro de las Constituciones que regulan el derecho a la identidad se menciona las siguientes:

- La Constitución de Ecuador de 2008.

En su artículo 45 establece que,

“Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; a ser consultados en los asuntos que les afecten; a educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades; y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar. El Estado garantizará su libertad de expresión y asociación, el funcionamiento libre de los consejos estudiantiles y demás formas asociativas.”

En su artículo 66 inciso 28 se reconoce y garantiza:

“El derecho a la identidad personal y colectiva, que incluye tener nombre y apellido, debidamente registrados y libremente escogidos; y conservar, desarrollar y fortalecer las características materiales e inmateriales de la identidad, tales como la nacionalidad, la procedencia familiar, las manifestaciones espirituales, culturales, religiosas, lingüísticas, políticas y sociales.”

- Constitución de Buenos Aires - Argentina de 1996.

En su artículo 12 inciso 1 prescribe que la ciudad garantiza:

“El derecho a la identidad de las personas. Asegura su identificación en forma inmediata a su nacimiento, con los métodos científicos y administrativos más eficientes y seguros. En ningún caso la indocumentación de la madre es obstáculo para que se identifique al recién nacido. Debe facilitarse la búsqueda e identificación de aquellos a quienes les hubiera sido suprimida o alterada su identidad. Asegura el funcionamiento de organismos estatales que realicen pruebas inmunogenéticas para determinar la filiación y de los encargados de resguardar dicha información”.

Para la doctrina de Argentina, el derecho a la identidad es visto como derecho de la personalidad fundamental; según Sifuentes (2001), “es la verdad exterior de propio patrimonio intelectual, político, social, religioso y profesional, según había apreciado con base en circunstancias concretas y unívocas en el ambiente social.” (p 22).

- Constitución de Bolivia.

La Constitución Política del Estado Boliviano de 2009, plasma los derechos de identidad y filiación en favor de las niñas, niños y adolescentes, así en su artículo 59 párrafo IV establece que:

Toda niña, niño y adolescente tiene derecho a la identidad y la filiación respecto a sus progenitores. Cuando no se conozcan los progenitores, utilizarán el apellido convencional elegido por la persona responsable de su cuidado.

En su artículo 65 regula el derecho de filiación en los siguientes términos:

“En virtud del interés superior de las niñas, niños y adolescentes y de su derecho a la identidad, la presunción de filiación se hará valer por indicación de la madre o el padre. Esta presunción será válida salvo prueba en

contrario a cargo de quien niegue la filiación. En caso de que la prueba niegue la presunción, los gastos incurridos corresponderán a quien haya indicado la filiación.” (Guisbert, 2016, p. 25).

- Constitución de Paraguay de 1992.

En su artículo 54 establece que:

“La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de garantizar al niño su desarrollo armónico e integral, así como el ejercicio pleno de sus derechos protegiéndolo contra el abandono, la desnutrición, la violencia, el abuso, el tráfico y la explotación. Cualquier persona puede exigir a la autoridad competente el cumplimiento de tales garantías y la sanción de los infractores. Los derechos del niño, en caso de conflicto, tienen carácter prevaleciente.”

- Constitución de España de 1978.

En su artículo 10 prescribe que son derechos de la persona: (a) la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.; y (b) las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. Garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

En su artículo 39 regula la protección a la familia y a la infancia precisando: (a) los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia; (b) los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de

los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad; (c) los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda; y (d) los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

Si bien en las Constituciones de Paraguay y España no se hace referencia expresa al derecho a la identidad del niño, niña o adolescente, no obstante, si se menciona al derecho a la dignidad, derecho a la filiación y al desarrollo integral, los cuales se encuentran íntimamente vinculados con el derecho a la identidad personal.

(a) Verdad biológica.

Corral (2010) establece que el principio de la verdad biológica fue impulsado no sólo por cambios ideológicos y culturales, sino también por los avances científicos que, por medio de prueba de test genéticos, hicieron posible la demostración probatoria de la exclusión o inclusión de paternidad. Normalmente no se trataba de averiguar quién era la madre de un niño, ya que en la maternidad el hecho del parto indica con facilidad la identidad de la progenitura (de allí el adagio *mater semper certa est*); era la paternidad la que en muchas ocasiones se escabullía de la determinación jurídica.

Agrega (p. 77) que las políticas legislativas trataban de evitar el inicio de juicios que causaban escándalo social, sin que hubiera manera de determinar indubitablemente una verdad sobre la paternidad biológica; e allí las trabas que

se originaron para impugnar la filiación legítima y el otorgamiento al marido del derecho, casi exclusivo, de desconocer al hijo nacido respecto de la mujer que contrae nupcias, incluso las dificultades para reclamar la filiación ya sea legítima o natural respecto de personas casadas.

Indica (p. 77) también que la posibilidad de comprobar la verdadera filiación y el reconocimiento del derecho del hijo a conocer esa realidad, abrieron camino para dar paso a la libertad de investigación de la paternidad, a lo que luego se sumó la maternidad, aunque con menos relevancia práctica.

Varsi (2017, p. 6) sostiene que el principio biológico se sustenta en la transferencia de los genes de progenitores hacia el concebido; deja de lado el aspecto social y se respalda en el sistema legal que es conforme a la realidad biológica.

Adiciona (pp. 7-8) que el principio de verdad biológica nace como un estándar normativo en beneficio del hijo procreado, sin embargo, va más allá toda vez que se entiende al derecho del padre formal a destruir la filiación que no corresponde a la realidad biológica, y ello, aunque vaya en contra del interés del hijo que podrá quedar sin padre legal; también se amplía al interés que presenta el padre biológico para demandar la impugnación de la paternidad formal en beneficio del hijo y del suyo. Pareciera, en consecuencia, que el principio de verdad biológica es valorado no sólo como una expresión del principio de protección al hijo (favor filii), sino como una pauta normativa que interesa a toda la regulación de la filiación, y a sus involucrados: padres e hijos.

Amado (2003) considera que:

“La verdad biológica es concebida como el conocimiento del origen biológico de una persona, es de suma importancia dentro de los aspectos de la identidad personal; debe destacarse la importancia de que el dato biológico es la identidad estática del individuo y ésta se integra con connotaciones adquiridas por este como ser social” (p. 12).

En igual sentido Ruiz (1993) refiere que:

“Hay que considerar que el conocimiento de quienes sean el padre y la madre de una determinada persona es un tema muy importante, que forma parte sustancial de las señas de cada sujeto, aparte de otros factores complementarios, pero no de escasa trascendencia” (p. 65).

Varsi (2017, p. 8) indica que, en suma, el principio de verdad biológica es considerado como un elemento que favorece una mejor organización y desarrollo de los lazos familiares generados por la filiación. En el fondo, la ley asume que la verdad es mejor que la falsedad (incluso aunque inesperada y a veces dura) y que la propia mentira en la regulación de la familia: verita libera nos (la verdad nos hará libres).

(b) Principio del Interés Superior del Niño y Adolescente.

La doctora Pérez (2013, pp. 655-683) define al principio del Interés Superior del Niño como un catálogo de valores, interpretaciones, acciones y procesos dirigidos a forjar un desarrollo humano integral y una vida digna de los niños, así como generar las condiciones materiales que permiten a éstos vivir plenamente y alcanzar el máximo de bienestar personal, familiar y social posible; es el Estado el encargado de promover y garantizar la protección de los niños,

en el ejercicio de sus funciones Legislativa, Ejecutiva y Judicial, justamente por tratarse de un asunto de orden público e interés social.

Para Villagrada (2011), el Interés Superior del Niño viene a ser:

“Un principio general que abarca todos los derechos fundamentales, garantizando su efectiva protección, con miras a posibilitar el libre desarrollo de su personalidad. Señala que el ISN es un concepto jurídico indeterminado o una cláusula general y por lo tanto debe entenderse en forma dinámica y flexible y que la zona de certeza positiva del ISN radicaría en el hecho de que al niño le interesa ante todo preservar su integridad física y moral.” (p. 27).

Aguilar (2013), cuando hace referencia a la atención integral del niño y del adolescente, menciona a uno de sus principios más importantes: el Interés Superior del Niño:

“Implica que cualquier medida, acción, política que se dé en torno al niño y adolescente debe considerarse en lugar prioritario, lo que es más conveniente a él, lo que reporta como beneficio para su formación, lo que más le ayuda; en otras palabras, antes de considerar cualquier interés, debe priorizarse, preferirse el interés del niño y el adolescente; su supervivencia, protección y desarrollo, debe estar por encima (superior) de todo; esto debe significar que cualquier política, acción normatividad, debe a la par ser favorable al niño y adolescente, no debe ser rígido, inflexible, pues más que las políticas y medidas está el niño y el adolescente” (p. 9).

Por su parte, Velarde (2011) sostiene que:

“El Interés Superior del Niño representa el reconocimiento del niño como persona, la aceptación de sus necesidades y la defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos por sí mismo. Esto significa que, resultará de su interés, toda acción o medida que tiende a respetar de manera efectiva

sus derechos. Esta directriz cumple una función correctora e integradora de las normas legales, constituyéndose en pauta de decisión ante un conflicto de intereses y en criterio para la intervención institucional destinada a proteger al niño.” (p. 23).

El concepto del Interés Superior del Niño es complejo, flexible y adaptable, lo cual implica que debe ajustarse con arreglo a la situación concreta del niño o los niños afectados y teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales.

Plácido (2015, pp. 193-194) precisa que la noción del Interés Superior del Niño tiene dos funciones clásicas: el de controlar y el de encontrar una solución. El criterio de control encierra al principio jurídico garantista, que entiende al Interés Superior del Niño como una obligación de la autoridad pública orientada a asegurar la efectividad de los derechos subjetivos individuales, esto es, que impone a los principios jurídicos garantistas ante cualquier autoridad, y son obligatorios especialmente para las autoridades públicas a quienes van dirigidos. De esta manera el principio del Interés Superior del Niño se constituye en un mandato dirigido al Estado para privilegiar determinados derechos de los niños frente a situaciones conflictivas, en las que el Estado deba restringir o limitar derechos individuales o intereses colectivos. De este modo, el principio tendría contenido normativo específico implicando que determinados derechos de los niños son de un “interés superior” al contraponerse con otros derechos individuales y ciertos intereses colectivos (p. 194).

Sostiene (p. 198) que, el segundo criterio está referido a que el Interés Superior del Niño actúa como pauta interpretativa para solucionar conflictos entre los derechos de los niños, ello en vista de que, en la Convención

Internacional de los Derechos del Niño, se establece que la vigencia de un derecho del niño se verá limitada en virtud del Interés Superior del Niño; es así como el Interés Superior del Niño consagra el criterio sistemático de interpretación.

Al respecto, Cillero (1998) sostiene que, “los derechos del niño deben ser interpretados sistemáticamente ya que en su conjunto aseguran la debida protección a los derechos a la vida, a la supervivencia y el desarrollo del niño” (p. 81). Asimismo, agrega que el Interés Superior del Niño “permite la solución de conflictos entre derechos contemplados en la misma Convención. El principio supone que los derechos del niño se ejercen en el contexto de una vida social en la que todos los niños tienen derechos y en la que, también, se pueden producir situaciones que hagan incompatible el ejercicio conjunto de dos o más derechos consagrados en la Convención para un mismo niño.” (p. 81).

Para el citado autor, el Interés Superior del Niño cambia en cuanto a su contenido tradicional de “bienestar del niño”, el mismo que era definido a partir de la posición del padre, profesor o Juez, quién tenía el poder para ello.

Plácido (2015) concluye que,

“La funcionalidad del interés superior del niño se la aprecia en su consideración como principio jurídico garantista que establece el deber estatal de privilegiar los derechos de los niños pertenecientes al “núcleo duro” frente a otros derechos e intereses colectivos; y, como criterio interpretativo para resolver los conflictos entre derechos de los niños privilegiando los pertenecientes al “núcleo duro” de derechos.” (p. 199)

De esta manera se garantiza la reducción de discrecionalidad de los órganos estatales para restringir los derechos de los niños, optando por la protección de un derecho perteneciente al “núcleo duro” de la Convención.

Refiere Plácido (2015, pp. 797-799) que, en la Observación General N° 14 (2013), tomándose en cuenta la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (específicamente el artículo 3), el Comité subraya que el Interés Superior del Niño es un concepto triple; así:

(a) Es un derecho sustantivo, toda vez que el niño tiene derecho a que su interés superior sea primordialmente considerado, que sea evaluado y tenido en cuenta al momento de tomar cualquier decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho sea puesto en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general.

(b) Es un principio jurídico interpretativo fundamental, ya que, al admitirse más de una interpretación, se elegirá aquella que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.

(c) Una norma de procedimiento, toda vez que, al momento de adoptar una decisión frente a un caso de conflicto entre derechos de los niños, se deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o niños interesados. Por eso, la evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales; los Estados parte deberán explicar cómo es que se ha respetado este derecho en la decisión

adoptada, los criterios en los que se ha basado, y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones (sea cuestiones normativas o casos concretos).

El principio del Interés Superior del Niño y Adolescente en el Perú se encuentra regulado en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, el cual prescribe:

“En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos.”

Landa (2011, p. 76) sostiene que la expresión “Interés Superior del Niño” significa que éste gozará de una protección especial, dispondrá de oportunidades y servicios que serán considerados en la ley y diversos medios para poder desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente, en forma saludable y normal, y en condiciones de libertad y dignidad. El Interés Superior del Niño es la plena satisfacción de sus derechos; con dicha expresión se quiere energizar los derechos de la infancia, la cual a menudo es olvidado por los adultos en situaciones conflictivas. Igualmente alienta la idea de que la voluntad o deseo de los progenitores o sus sustitutos, debe ceder ante lo que resulte más conveniente para el niño o el adolescente, persona a la cual afectará la decisión jurisdiccional. Así, el interés superior del niño o niña indica que las sociedades y gobiernos deben realizar el máximo esfuerzo posible para construir condiciones favorables a fin de que estos puedan vivir y desplegar sus potencialidades.

(c) La técnica de reproducción asistida

Riaño y Núñez (2004, p. 186) expresan que las técnicas de reproducción asistida forman parte de los recursos de tratamiento de los trastornos de la fertilidad, en tal sentido, son un conjunto amplio de procedimientos que se caracterizan por la actuación directa sobre los gametos (ovocitos y/o espermatozoides) con la finalidad de favorecer la fecundación y la transferencia o depósito de embriones en la cavidad uterina. Agrega:

“Al comienzo estas técnicas se denominaron reproducción artificial, pero a medida que se han incorporado a la asistencia sanitaria han sido consideradas como reproducción asistida o asistencia a parejas con problemas médicos específicos, causa de infertilidad. Se entiende como TRA cualquier manipulación de los elementos reproductores humanos sean células germinales, gametos, cigotos o embriones, con el fin de conseguir un embarazo.” (p. 186)

(a) Marco legal

La Ley General de Salud N° 26842 contiene una cuestionada norma relativa a la reproducción asistida en cuyo artículo 7 dispone 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.

En general, se puede decir que la redacción de la norma es deficiente, ya que solo comprende aspectos jurídicos que se relacionan con la salud, pero no abarca aspectos de la identidad; tal situación ha generado un debate en torno al tema de la ovodonación. Se establece claramente que el recurrir a técnicas de reproducción asistida es un derecho (lo cual tiene importantes consecuencias) y se prohíbe la fecundación de óvulos humanos con fines diferentes a la procreación y la clonación de seres humanos.

Se permite tanto la fecundación homóloga como la heteróloga, pero el artículo pone como condición que coincidan 'la madre genética y la madre gestante'.

Las técnicas de reproducción asistida, llamadas por algunos como TERAS y por otros, TRA:

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

Por su parte, Santamaría (2000) entiende por técnicas de reproducción asistida:

“Al conjunto de métodos biomédicos, que conducen a facilitar, o substituir, a los procesos biológicos naturales que se desarrollan durante la procreación humana, como a deposición del semen en la vagina, la progresión de los espermatozoides a través de las vías genitales femeninas, la capacitación del espermatozoide una vez eyaculado, la fertilización del óvulo por el espermatozoide, etc. No es pues adecuado referirse a estas técnicas como métodos de reproducción artificial, ya que

no suplantando mediante elementos artificiales o no biológicos al organismo masculino o femenino en la función procreativa, sino que pretenden ayudar o substituir en parte una función generativa deteriorada o inexistente (subfertilidad o infertilidad)” (p. 37).

Luna (2008) precisa que “se llama técnicas de reproducción asistida (TRA) a los diferentes procedimientos que, en mayor o menor medida, pueden reemplazar o colaborar en uno o más pasos naturales del proceso de reproducción” (p. 11).

(d) Técnica de inseminación artificial.

Es una de las técnicas más antigua y simple. Consiste en la introducción en el útero de la mujer el espermatozoides de varón y por ello reemplaza la relación sexual en la pareja como medio para lograr el embarazo utilizándose, especialmente, para superar algunos casos leves de infertilidad masculina y femenina.

Perrino (2006), con respecto a esta técnica, manifiesta que “consiste en el conjunto de procedimientos técnicos dirigidos a la concepción de un ser humano utilizando una vía diversa de la unión sexual del varón con la mujer” (pp. 1890-1891); se refiere a las técnicas que se aplican en general para dar vida, sin especificar cual, destacando la falta de unión sexual.

De igual manera Bossert y Zanonni (2005) describen a esta técnica como:

“El método por el cual la mujer puede ser fecundada sin mediar acto sexual. Previa extracción del semen, éste es introducido en la vagina, en el cuello del útero (inseminación intra-cervical) o directamente en el interior del útero (inseminación intrauterina). También, hacen referencia a la falta de unión

sexual, y explican detalladamente el procedimiento mediante el cual se produce la inseminación intra-corpórea exclusivamente.” (p. 469).

Para Santamaría (2000) la inseminación artificial “consiste en la introducción de los espermatozoides mediante un catéter en la vagina de la mujer. A continuación, la llegada de los espermatozoides hasta el óvulo y la fecundación se efectúan de modo idéntico a lo que sucede en el proceso fisiológico normal.” (p. 39).

En cuanto a la aplicación de esta técnica, Velazco (1993) expresa que, “Los procedimientos de inseminación artificial son un medio terapéutico para el tratamiento de la infertilidad” (p. 729), es decir que éstos deben ser aplicados únicamente, cuando hayan fracasado todos los métodos conocidos para superar esa incapacidad; criterio que no siempre se da en nuestra realidad, en tanto es permitido la utilización de esta técnica en mujeres (sin ningún compromiso) que no precisamente son estériles.

A decir de Herrera (1991):

“En la inseminación artificial la intervención del hombre no hace artificiales los fenómenos derivantes del encuentro de los dos gametos, ni determina directamente el encuentro. Se limita a favorecerlo con medios anteriores, diversos de los naturales, poniendo los espermatozoides en vía para que lleguen por los órganos femeninos al encuentro del óvulo.” (p. 7).

Rodríguez (1997) establece que:

“Por inseminación artificial se entiende la intervención médica, mediante la cual se introduce el semen en el organismo femenino, no a través de un acto sexual normal, sino de una manera artificial, a fin de producir la fecundación. No es exacto el nombre de ‘fecundación artificial’, es preferible

hablar de 'inseminación', ya que se trata de una manipulación técnica para introducir el espermatozoides del hombre en la vagina o útero de la mujer." (p. 23).

En este sentido, la inseminación artificial puede conceptualizarse como la técnica de reproducción asistida que consiste en inocular artificialmente el semen en la vagina o útero de la mujer a fin de llevarse a cabo la concepción sin mediar cópula sexual generadora normal, lográndose así superar la esterilidad de la pareja o mujer sola; de allí puede deducirse tres elementos concomitantes, concurrentes y determinantes de la inseminación artificial que son: que sea realizada sin mediar acto sexual generador normal; que de tal práctica se logre la procreación de un ser humano; que se recurra a un método especial como técnica de reproducción complementariamente.

Ballesteros y Fernández (2007, p. 490) clasifican a la inseminación artificial en:

(a) Homóloga o matrimonial; cuando el semen procede del marido o de la pareja de unión de hecho de la mujer. Se puede decir, entonces, que esta técnica es la forma más natural, donde el semen del marido es aplicado a la esposa; dentro de esta categoría se encuentra la inseminación artificial post mortem, en la cual se utiliza para la inseminación el semen del marido que ha dejado de vivir. Agregan que "inseminación homóloga" no es el término adecuado ya que "homólogo" quiere decir de la misma especie y en este sentido "todas las inseminaciones serán homólogas ya que se realizan con células humanas"; mejor debería denominarse "inseminación del compañero".

Es una alternativa para el tratamiento de parejas que, por problemas de infertilidad del varón, no pueden fecundar y tener hijos; por ello se refiere al

conjunto de exámenes y diagnósticos que permiten aumentar la efectividad del procedimiento; este tratamiento deberá ser integral y organizado por médicos especialistas.

(b) Heteróloga o extramatrimonial; se denomina así al óvulo o semen e incluso ambos, proceden de un donante. La transferencia de embriones se realizada al útero de la mujer de la pareja solicitante. Cabe también la posibilidad de que el embrión obtenido in vitro, se transfiera a mujer diferente de la que lo solicitó ya esté sola o con pareja; este caso sería el conocido como vientre de alquiler.

Garzón (2007, p. 6) refiere que este tipo de inseminación puede ser:

(a) La inseminación remedio; que puede ser como alternativa por esterilidad del marido o de la pareja o por diagnóstico que una pareja puede tener un hijo especial; para ello será necesario el consentimiento de la pareja (hombre y mujer) que implica estar de acuerdo y reconocer la filiación de su hijo. La falta de consentimiento puede ser una causal para negar la filiación e incluso una causal de divorcio.

El consentimiento de la mujer es básico debido a que el tratamiento se realiza en su cuerpo, y en caso de no haber consentimiento, se puede incurrir en un ilícito penal.

(b) La inseminación de conveniencia; se presenta cuando una mujer no desea tener relaciones sexuales y, aun así, desea tener un hijo. Para este tipo de inseminación solo se requiere consentimiento de la mujer y la donación del semen.

En este caso se cuestiona el derecho a la filiación paternal que puede tener el concebido mediante esta técnica, el derecho a investigar quién es su padre, para luego una vez obtenida la información, reclamar su reconocimiento, por ser un derecho que le asiste.

Hidalgo (2002) considera que:

“La inseminación artificial heteróloga es la que se hace si el cónyuge o pareja varón es estéril, por ende, se utiliza semen que se obtiene de un tercero, fresco o congelado y almacenado en un banco de semen. Consiste en llevar el semen del marido o del donante a la vagina, útero o cérvix de la mujer receptora.” (p. 27).

Paula Rowell y Braude (citado por Páez, 2011, p. 3) analizan que la inseminación heteróloga se recomienda en los siguientes diagnósticos: (a) infertilidad inexplicada; en este caso la carga de semen es normal, la concentración de progesterona es adecuada y normalidad tubárica, pero no se logra explicar las razones médicas por las cuales no se logra engendrar; (b) infertilidad masculina, denominada también oligospermia de baja intensidad, asthenospermia (movilidad del espermatozoide reducido) o teratospermia; y (c) aumento anormal de los espermatozoides; (d) por azoospermia (semen sin espermatozoides) que puede darse por consumo de drogas, estilo de vida y también debido a la morfología anormal de los espermatozoides; (e) el oligoesperma que se presenta cuando se produce infertilidad debido a que la cantidad de espermatozoides es mediana de 5 a 20 millones de espermatozoide por ml de semen, al ser menor se considera severo; (f) por imposibilidad de concebir después de un tratamiento de inducción a la ovulación Inmunológica

(anticuerpos antiespermáticos); (g) por la imposibilidad para eyacular (eyaculación retrógrada).

De los conceptos citados, se llega a concluir que la inseminación artificial presenta las siguientes modalidades: inseminación de una pareja casada; inseminación de una pareja “estable”, no casada; inseminación en pareja con semen de donante; inseminación con semen del marido, hecha post-mortem e inseminación en mujer sola o en pareja homosexual.

En concordancia con Mendoza (s.f., p. 3), la inseminación homóloga no genera controversia legal o mayores discusiones; diferente es el caso de la inseminación heteróloga (cita a Warnock, 2004, p. 12), la cual genera controversias de carácter moral, ético, jurídico, sociológico e, incluso, religioso al emplearse el espermatozoides de otros donadores; pues en este caso la filiación ya no sería biológica porque el semen es de un portador anónimo que no tiene el interés de procrear y está exento de asumir responsabilidades filiatorias.

CAPÍTULO III: CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

En la presente investigación se planteó como pregunta: ¿Qué criterios jurídicos sustentan el derecho a la identidad personal del menor que ha sido concebido mediante la técnica de inseminación artificial heteróloga en el Perú?

Ante ello, mediante el apoyo de los métodos argumentativo, comparativo, dogmático exegético y hermenéutico, se concluyó, como hipótesis, que los criterios jurídicos que sustentan el derecho a la identidad personal del menor que ha sido concebido mediante la técnica de inseminación artificial heteróloga en el Perú, son:

1. La identidad como derecho constitucional fundamental.
2. El derecho del menor a conocer su verdad biológica.
3. El principio de la dignidad de la persona humana como sustento del derecho del niño a su identidad.
4. El principio del Interés Superior del Niño y su protección por parte del Estado, la sociedad, la familia y los padres.
5. El principio de protección especial del niño.
6. El derecho al desarrollo integral y a la integridad del niño.

A continuación, se procedió a desarrollar cada uno de estos criterios jurídicos.

3.1. La identidad como derecho constitucional fundamental

La reivindicación de la persona como “fin supremo del derecho” surge a partir de las graves violaciones de los derechos humanos y delitos de lesa humanidad que fueron cometidos durante la segunda guerra mundial. Estos abusos demostraron los peligros de una legislación sin contenido ético, en donde los intereses de los Estados nacionales podían justificar actos de crueldad. Es así como en este concepto el derecho se renueva con base en una concepción iusnaturalista centrada en la persona humana, lo que colocaría, finalmente, al ser humano como el centro del Estado de derecho.

Este nuevo interés fue plasmado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre (1948) y Convención Europea de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales (1950). Todos ellos compartieron un interés fundamental común, que fue “reconocer los derechos que posee toda persona por el hecho de serlo”.

Al establecer que los intereses primordiales de todo Estado se encuentran en la tutela de los derechos humanos, es que el fin del derecho se fundamenta en la propia persona humana. Ya lo decía Mounier (citado por Francisco Javier Valderrama Bedoya, 2016), que se debe reconocer a las personas como seres libres, creadores, iguales y con dignidad; características que lo hacen merecedor de ser el eje del ordenamiento, con la más amplia e intensa protección.

Así es como el derecho a la identidad personal es concebido como “aquel derecho de ser nosotros mismos”, opción que debe ser reconocida y protegida

por el ordenamiento jurídico con la finalidad de que nuestra identidad refleje lo que somos tanto en el aspecto dinámico (lo que puede variar a lo largo de la vida; por ejemplo se menciona a la religión, patrimonio histórico, cultural, etc) como estático (se mantiene, no varía en el tiempo debido a que no dependen del desarrollo de la persona; ejemplo de ello se menciona a los datos de lugar y fecha de nacimiento, los padres biológicos, y otros), en atención a nuestra propia libertad y dignidad humana.

3.1.1 Teoría de los derechos fundamentales.

La teoría de los derechos fundamentales, desarrollada por Gerhard Anschutz y Richard Thoma (Gómez Serrano, 2009, p. 112), a partir de la Constitución de Weimar (Constitución de Alemania), menciona la posición nuclear que tiene cada derecho fundamental.

Estos derechos son definidos como una esfera, cuyo contorno es pasible de afectación por interferencias de poder; en cambio, su núcleo duro es refractario a cualquier ataque de poder por estar constituido de elementos esenciales, sin los cuales perdería su identidad. Entonces, el núcleo duro de un derecho fundamental garantiza el objeto de este impidiendo que desaparezca, se anule, destruya o desnaturalice (Gavara de Cara, 1994, p. 226)

En razón a lo indicado, todo derecho fundamental está compuesto por una zona blanda que puede ser susceptible de afectación o limitación, y de una zona dura (esencial) caracterizada por ser intocable, irreductible, prohibida de ser afectada en todo Estado Constitucional.

El núcleo duro de los derechos fundamentales viene a ser el marco infranqueable, a partir del cual el Estado establece las garantías de protección y sus límites, cuya finalidad es armonizar el ejercicio individual y el bien público; sin embargo, también se refiere al conjunto de derechos cuyas garantías, por su misma naturaleza, no pueden ser materia de suspensión por parte del Estado.

Todo Estado que pretenda limitar un derecho humano está en la obligación de respetar su contenido esencial, para lo cual debe excluir la posibilidad de restringir de manera excesiva o de plano impedir su ejercicio. En caso sea necesaria la restricción, ésta debe ser proporcional a la finalidad perseguida, de acuerdo con el caso en concreto.

El contenido esencial de los derechos fundamentales fue adoptado por Alemania en la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1949, en cuyo artículo 19.2 prescribió: “[en] ningún caso un derecho fundamental podría ser afectado en su contenido esencial”, siendo su antecedente la Constitución de Hessen de 1946 en cuyo artículo 63.1 disponía: “El derecho humano en cuanto a tal ‘debe permanecer inalterado’”.

Tal disposición fue concebida como una garantía conforme a la cual cada derecho fundamental tendría un núcleo esencial que no podría ser afectado por el legislador de ninguna manera, justamente por existir elementos mínimos que hacían al derecho reconocible.

Sin embargo, el concepto de núcleo esencial del derecho fundamental ha generado problemas en el ámbito teórico práctico, en cuanto a su determinación, naturaleza y alcances, dando origen a diversas teorías.

Así, se mencionan las teorías absolutas, las cuales establecen que los derechos humanos tienen una naturaleza estática, cuyo contenido esencial está en el centro del derecho fundamental, distinto de la periferia. Este núcleo se constituye como un “límite absoluto, sin importar situaciones históricas y el caso concreto” (Magallanes Martínez, 2016, p. 247)

De otra parte, se tiene a las teorías relativas (objetivas), las cuales conforman el contenido esencial e indispensable del derecho fundamental establecido por el legislador; no obstante, niegan que el núcleo esencial puede ser definido en abstracto, por el contrario, el contenido esencial del derecho fundamental es definido cuando el Poder Judicial lo califica como constitucional.

Ambas teorías postulan que el contenido esencial “permanece abierto al cambio y se adapta a las coyunturas sociales sobrevinientes” (Magallanes Martínez, 2016, p. 247).

También existen teorías que pretenden superar la dicotomía que se presenta entre las teorías absolutas y relativas. Se menciona a la teoría institucional desarrollada por Peter Häberle, conforme a la cual los derechos fundamentales tienen un doble carácter constitucional: “como derechos subjetivos de las personas y como fundamento valorativo del orden constitucional” (citado por Salazar Laynes, 2008, p. 146)

Haberle (1997) apelaba que el contenido esencial de los derechos fundamentales debería ponerse en conexión con la dimensión subjetiva (absoluta) y dimensión institucional, exigiendo la preservación institucional de aquellos al igual que su respeto individualizado.

Así pues, sostiene que:

“La caracterización de los principios generales admisibles como límites esenciales se impone, en cuanto a los derechos fundamentales se encuentran insertos en una relación sustancial con el cuadro general de la Constitución y con cada uno de los bienes constitucionales y porque el contenido y los límites de los derechos fundamentales deben determinarse partiendo de la totalidad del sistema constitucional de valores al que hace en su esencia, referencia a todo sistema constitucional” (Haberle, 1997).

Partiendo de la premisa de que todo derecho fundamental debe tener un límite inabordable por el legislador para garantizar su efectivo ejercicio, resulta importante mencionar dos temas primordiales en la práctica para determinar el contenido esencial de aquellos, ya que permiten deducirlo en un determinado momento, independientemente a las consideraciones doctrinales que se puedan adoptar sobre la naturaleza de su contenido.

(a) El primer tema tiene que ver con el contenido normativo de los derechos fundamentales que, en palabras de Prieto Sanchis, viene a ser el “contenido prescriptivo de la norma constitucional” (1990, pp. 64-65).

Ramírez García y Pallares Yabur establecen que su base está en “el reconocimiento de la exigencia de la dignidad de la persona, como a la definición de un acto acorde a esa exigencia” (2011, p. 135).

Se distingue dos tipos de derechos: aquellos que siempre se garantizan, y aquellos que sólo se garantizan en algún aspecto y, en gran medida, sólo si se reconocen (Ramírez y Pallares, 2011, pp. 135-136).

Entre los primeros se encuentran a los derechos civiles y políticos debidamente reconocidos en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, en la Convención Americana sobre derechos humanos, y otros; ejemplo de ello, se cita al derecho a la vida, la integridad física, la libertad, a la identidad, entre otros, cuya garantía no está sujeta a condiciones de progresividad.

El contenido normativo de un derecho fundamental permite determinar las medidas que debe adoptar todo Estado para garantizar y respetar el ejercicio de este, incluso, en determinados casos, constituir su contenido esencial, sin que ello implique restringirlo o condicionarlo; se habla pues del derecho a la vida, al nombre, a la identidad, entre otros.

(b) El segundo tema está referido a los requisitos de validez de las restricciones y limitaciones previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos, dentro de los cuales se menciona a los derechos económicos, sociales y culturales reconocidos en el Pacto Internacional de los derechos económicos, sociales y culturales; se tiene al derecho a la libertad de trabajo, de asociación sindical, acceso a los servicios de salud, educación, participación en la vida cultural, etc.

Con respecto al derecho a la identidad, Peter Haberle (1997) señala que:

“La caracterización de los límites de los principios generales admisibles como límites esenciales se impone, en cuanto los derechos fundamentales se encuentran insertos en una relación sustancial con el cuadro general de la Constitución y con cada uno de los bienes constitucionales y porque el contenido y los límites de los derechos fundamentales deben determinarse

partiendo de la totalidad del sistema constitucional de valores al que hace en su esencia, referencia todo sistema constitucional”.

Por su parte, el Comité Jurídico Interamericano – OEA – afirma que:

“El derecho a la identidad es consustancial a los atributos y a la dignidad humana. Es en consecuencia un derecho humano fundamental oponible erga omnes como expresión de un interés colectivo de la Comunidad Internacional en su conjunto que no admite derogación ni suspensión en los casos previstos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos.”

Esto implica que la identidad es un derecho que nunca puede ser conculcado ni reglamentado o reconocido parcial o discriminatoriamente; este derecho no surge del nombre, de la nacionalidad, o de los vínculos familiares, sino que preexiste como parte indisoluble de la dignidad originaria de las personas, sujetos y titulares plenos de derechos y libertades fundamentales, cuyo ejercicio están obligados a garantizar los Estados.

El mismo Comité reconoce que:

“La privación del derecho a la identidad o las carencias legales en la legislación interna para el ejercicio efectivo del mismo, colocan a las personas en situaciones que le dificultan o impiden el goce o el acceso a derechos fundamentales, creándose así diferencias de tratamiento y oportunidades que afectan los principios de igualdad ante la ley y de no discriminación y obstaculizan el derecho que toda persona tiene al reconocimiento pleno a su personalidad jurídica.”

La corriente de pensamiento humanista llegó al Perú mediante la doctrina de “personalismo jurídico”, plasmándose en la Constitución de 1979, en cuyo

artículo 1 estableció que la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado. Todos tienen la obligación de respetarla y protegerla.

Fernández Sessarego (1982, p. 89) refiere que el citado artículo 1 viene a ser el “principio jurídico medular del personalismo”, a partir del cual se reconoce una serie de derechos fundamentales de la persona dignos de ser reconocidos a nivel constitucional.

De igual manera la Constitución en su artículo 2 inciso 1 reconoció el derecho “A la vida, a un nombre propio, a la integridad física y al libre desenvolvimiento de su personalidad (...)”; sin embargo, no consagró el derecho a la identidad.

La Constitución de 1993 mantuvo la concepción personalista de los derechos, al prescribir en su artículo 1: La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

En su artículo 2. 1 prescribe que “Toda persona tiene derecho: A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar (...)”.

En un inicio se consideró que el derecho a la identidad sustituía al derecho a un nombre; luego, a juicio de Ramos (2018, p. 28), fue Carlos Torres y Torres Lara – presidente del Congreso Constituyente Democrático–, quién introdujo el moderno derecho a la identidad que incorporaba los derechos al nombre, a la imagen, esto es, visto en su ámbito estático (apreciación estática material), obviando su ámbito dinámico.

Posteriormente, luego del reconocimiento del derecho a la identidad personal y desarrollo jurisprudencial, la doctrina distingue dos ámbitos de este derecho: (a) uno estático que comprende a los primeros elementos visibles al mundo exterior, tales como el nombre, la voz, la imagen, el sexo, la nacionalidad que vendría a ser el núcleo duro, esto es, el contenido esencial del derecho a la identidad; y (b) otro dinámico que se refiere al bagaje de creencias, opiniones, costumbres, formas de comportarse, entre otros.

Frente a este panorama es que se configura la tutela constitucional del derecho fundamental a la identidad; en este sentido, el Tribunal Constitucional (2009) en la sentencia emitida en el Expediente N° 05829-2009-PA/TC (f.j. 2), ha señalado que:

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

En estos términos, queda claro que la identidad personal tutela la “verdad personal”; dicho de otro modo, la identidad personal no está orientada a tutelar un elemento único que diferencia a una persona de otra, sino que protege la proyección social de todo lo que hace único a un individuo. Entonces, mientras que el derecho al honor y a la imagen tutela elementos de identificación del ser

humano, el derecho a la identidad busca englobar un conjunto de todos los elementos entrelazados de cada persona en su individualidad.

Sin perjuicio de esta diferenciación, se afirma que la conexión de estos derechos es necesaria toda vez que tutela manifestaciones particulares de un mismo ente que viene a ser el ser humano; supuestos diversos que ayudan a identificar a una persona, empezando por el nombre propio.

En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional (2005) en la STC N° 02273-2005-PAC/TC (f.j. 13), al establecer que el nombre:

“(…) es la designación con la cual se individualiza al sujeto y que le permite distinguirse de los demás. El nombre tiene dos componentes: e prenombre y los apellidos (…) Es obligatorio tenerlo y usarlo; es inmutable, salvo casos especiales”.

El derecho a la identidad es consustancial a los atributos de la persona y a la dignidad humana; es un derecho universal, orientado a garantizar el ser de uno mismo, a comportarse de acuerdo con su verdad personal en función de sus convicciones personales, políticas, filosóficas, religiosas o de cualquier otra índole, de acuerdo con su proyecto de vida.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso Gelman vs. Uruguay (párrafo 122-123), al pronunciarse sobre el derecho a la identidad de la persona, ha establecido:

“El derecho a la identidad puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona (…) La falta de reconocimiento de la identidad puede implicar que la persona no cuenta con constancia legal de su existencia, dificultando

el pleno ejercicio de sus derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales.”

Todo ser humano goza del derecho a la identidad personal por el solo hecho de serlo; sin embargo, hay grupos vulnerables que requieren un tipo especial de tutela de su derecho a la identidad; se hace referencia a:

(a) Los niños, niñas. La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) en su artículo 7.1 establece que:

“El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”.

Luego, en su artículo 8 prescribe: (a) los Estados Parte se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas; y (b) cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Parte deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

La Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 20 inciso 1, resalta el derecho que tiene toda persona a tener una nacionalidad, derecho afín con el derecho a la identidad.

El Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) (2011), define al derecho a la identidad como el reconocimiento jurídico y social de una persona como sujeto de derechos y responsabilidades y, a su vez, de su pertenencia a un Estado, territorio, sociedad y una familia, condición necesaria para preservar la dignidad individual y colectiva de las personas.

El Tribunal Constitucional (2011), en la sentencia emitida en el Expediente N° 04509-2011-PA/TC, destaca la especial importancia de la tutela de los derechos del niño y establece la necesidad de interpretarlos juntamente con el derecho a la identidad y el principio del interés superior del niño.

Y en la sentencia emitida en el Expediente N° 00227-2011-PA/TC (Tribunal Constitucional, 2011), resalta que el derecho fundamental a la identidad comprende el derecho al nombre, a conocer a los padres y a conservar sus apellidos.

La doctrina no se muestra ajena al tema, así pues, se cita al maestro Aguilar quien refiere:

“Frente al derecho a la identidad surge en los demás la obligación de no negarla, desnaturalizarla o desvirtuarla; pero para llegar a individualizar a una persona como tal, esta debe estar identificada y eso se logra con el nombre, que es un elemento individualizador de la persona; sin embargo, ello no es suficiente, pues esa persona para que pueda reclamar sus derechos fundamentales en el ámbito familiar, debe haber asumido su posición de hijo respecto de sus padres, y esto se llama filiación, en tanto que aquel que no ha logrado establecer su relación paterna y materna filial, será un individuo, pero sin derechos familiares para sí; y, por lo tanto, estaríamos ante un derecho a la identidad disminuido, recortando en cuanto a los derechos que ella encierra.” (2013, p. 14)

Ya lo dice Fernández (1998) al resumir los derechos fundamentales plasmados en los artículos 1 y 2 de la Constitución:

“Vida, libertad e identidad constituye las tres más importantes características de la existencia humana. La vida es la vida de la libertad que, por ser tal, hace que cada ser humano sea sólo idéntico a sí mismo.

Vida, libertad e identidad conforman la trilogía básica para la comprensión de la extraordinaria y compleja naturaleza del ser humano.” (p. 3).

He allí la importancia de tutelar el derecho a la identidad personal del niño o niña, independientemente a la forma cómo fueron concebidos.

(b) Los extranjeros y adultos analfabetos en idioma castellano.

(c) Las comunidades indígenas.

(d) Las comunidades LGTBIQ respecto a su derecho a la identidad, especialmente en cuanto al problema de cambio registral en el DNI a personas transgénero (derecho a la identidad de género)

La identidad personal como derecho fundamental, presenta un contenido esencial que viene a ser, nada más y nada menos, aquel ámbito mínimo vital, sin el cual quedaría anulado o no se le reconocería como derecho fundamental, tal como lo ha expresado Landa (2010 p. 24).

3.1.2. El derecho a la identidad en sus dimensiones: estática y dinámica.

La doctrina moderna concibe al derecho a la identidad personal como un conjunto de atribuciones y características que individualizan a una persona en una determinada sociedad, se exteriorizan, fenomenalizan y hacen que cada cual sea “uno mismo” y no “otro” en lo que uno es en cuanto específico ser humano.

Los magistrados del Tribunal Constitucional en el Expediente N° 2273-2005- PHC/TC, han precisado que la identidad regulada en el artículo 2 inciso 1 de la Constitución, ocupa un lugar primordial, tan es así que la conciben como:

“(…) el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo cómo es. Vale decir, el derecho a ser individualizado conforme a determinados rasgos distintivos, esencialmente de carácter objetivo (nombres, seudónimos, registros, herencia, genética, características corporales, etc.) y aquellos otros que se derivan del propio desarrollo y comportamiento personal, más bien de carácter subjetivo (ideología, identidad cultural, valores, reputación, etc.)” (f.j. 21).

La identidad, no obstante ser unitaria, presenta una doble dimensión: estática y dinámica.

a) Dimensión estática: La identidad estática, conocida como “primaria”, “identificación”, vienen a ser los primeros elementos personales, invariables, que se hacen visibles en el mundo exterior, tales como: el nombre, el origen biológico, seudónimo, la imagen, el sexo, lugar y fecha de nacimiento, huellas digitales, la filiación, nacionalidad, estado civil, edad, entre otros que se refieren básicamente a la identificación física, biológica o registral de un determinado sujeto; a través de ellos se tiene una primera e inmediata visión de la persona que se diferencia de los demás.

La identidad estática está dada por el genoma humano, se caracteriza por ser inmodificable o con tendencia a no variar, salvo excepciones que convelan a romper su carácter inmutable; ejemplo de ello se tiene al nombre que puede ser susceptible de cambio en casos debidamente sustentados, justificados por el ordenamiento jurídico sin quebrantar su naturaleza; se menciona a la filiación de un menor que puede ser susceptible de modificación cuando es reconocido por un padre que no lo procreó, o cuando el plazo (90 días de acuerdo al artículo 395 del Código Civil) que tiene un padre para impugnar su paternidad, ha

vencido, en cuyo caso prevalece la identidad estática conforme se han pronunciado los magistrados de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República en la Casación N° 3797-2012, Arequipa, al señalar: “(...) es verdad que en algunos casos, a pesar del fenecimiento del plazo de impugnación, la verdad biológica debe imponerse a la verdad legal (...)” (f. j. Décimo Sexto)

Es por la identidad estática que se destaca el derecho de toda persona a conocer su origen biológico, el cual comprende dos aspectos: la determinación de la filiación que comprende el conocer a sus padres y ser reconocidos por ellos; el segundo se encuentra vinculado con el mero derecho a conocer su verdad biológica, la persona que lo engendró sin determinar el vínculo paterno-filial, así por ejemplo se menciona a los casos de menores adoptados, la colocación de menores en hogares de guarda y de aquellos que han sido concebidos a través de técnicas de reproducción asistida.

Al respecto, César de la Cuba (2020) expresa que por el derecho a la identidad “(...) se confiere a cualquier persona la posibilidad de poder develar siempre el misterio de su origen y sin cortapisa alguna, salvo los derivados, lógicamente, del propio funcionamiento o de la propia dinámica procedimental del medio jurídico empleado. Se trata, por lo tanto, de un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible.” (p. 32)

De acuerdo con lo indicado, se destaca que el interés directamente protegido de la identidad estática se concreta en el derecho de todo niño a conocer su verdad biológica como expresión directa de su derecho a la dignidad humana; entonces, es plenamente posible preservar el interés superior del niño

y su sentido de identidad sin que ello implique negar el reconocimiento de sus orígenes, como sucede en caso de un menor concebido por inseminación artificial heteróloga.

b) Dimensión dinámica: Referida al cambio, despliegue temporal y fluido de la personalidad, lo conforman los atributos y características de la persona, tales como éticos, religiosos, culturales, ideológicos, políticos, profesionales, rasgos psicológicos, es la suma de pensamientos, opiniones, creencias, actitudes, comportamientos que se desplazan en el mundo de la intersubjetividad; viene a ser todo aquello que define la “verdad personal o proyecto de vida” de cada sujeto, la personalidad proyectada hacia el exterior; es la manera cómo cada ser humano se presenta ante los demás en la vida social. La identidad dinámica no permanece estática, se enriquece constantemente, va cambiando con el pasar de los años, se eleva y se degrada, progresa, tiene una connotación, ello desde que la persona es un “ser en libertad”, es todo aquello que el ser humano hace en y con su vida.

Entre la identidad estática y dinámica existe una estrecha relación esencial, pues ambas tienen que ver con la “identificación de la persona”. Así, la identidad personal se presenta como un predominante interés existencial que merece tutela jurídica, como el derecho que tiene todo ser humano a ser representado fielmente en su proyección social, a que se le reconozca y defina en su “verdad personal”, tal cual es, sin ningún tipo de alteraciones, distorsiones o desnaturalizaciones de sus atributos tanto estáticos como dinámicos, de tal manera que le permita “ser el mismo y no otro”; el derecho a la identidad implica el respeto a su propia biografía, con sus luces y matices.

Los menores concebidos por inseminación artificial heteróloga no solo tienen derecho a conocer su verdad biológica, sino también, les asiste su derecho a su verdad personal; por ello, al colisionar su derecho a la identidad, ésta debe ser justificada en su amplia dimensión, tanto estática como dinámica, salvaguardando su derecho al libre desarrollo de su personalidad y, por supuesto, su derecho a la dignidad visto como un presupuesto ontológico para la existencia y defensa de los derechos fundamentales de una persona.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional (2005) en la STC N° 02273-2005-PAC/TC, precisa que cuando una persona invoca su derecho a la identidad, en principio, lo hace para distinguirse de otras personas, sin embargo, aún "(...) cuando a menudo tal distinción pueda percibirse con suma facilidad a partir de datos tan elementales como el nombre o las características físicas (por citar dos ejemplos), existen determinados supuestos en que tal distinción ha de requerir de referentes mucho más complejos, como puede ser el caso de las costumbres, o las creencias (por citar otros dos casos). El entendimiento de tal derecho, por consiguiente, no puede concebirse de una forma inediatista, sino necesariamente de manera integral." (f. j. 23)

De otro lado, en la Casación en la Casación N° 950-2016 de Arequipa, se estableció:

"(...) el derecho a la identidad personal debe ser protegido en sus dos aspectos: el estático que está restringido a la identificación (fecha de nacimiento, nombre, apellido y aún estado civil) y el dinámico, más amplio y más importante ya que está referido a que la persona conozca cuál es su específica verdad personal, pues el ser humano, en tanto unidad psicosomática, es complejo y contiene múltiples aspectos vinculados

entre sí, de carácter espiritual, psicológico o somático, que lo definen e identifican, así como existen aspectos de índole cultural, ideológicos, religiosos o políticos, las relaciones familiares, las que se instituyen inmediatamente que se conocen quienes son los padres que también contribuyen a delimitar la personalidad de cada sujeto; así, el conjunto de éstos múltiples elementos caracterizan y perfilan el ser uno mismo, diferente a los demás; en consecuencia, la protección jurídica del derecho a la identidad personal, en su calidad de derecho humano esencial debe ser integral, para comprender los múltiples y complejos aspectos de la personalidad de un ser humano.” (Segundo fundamento)

En síntesis, en el Código Civil de 1984 no fue posible incluir un título dedicado al derecho a la identidad (estática - dinámica), empero, ello no representa un obstáculo para que el operador de justicia a través de la jurisprudencia nacional, sustentándose en el derecho a la dignidad, ampare el pedido de un menor de edad concebido por inseminación artificial heteróloga a conocer su verdad biológica (su origen), como parte de su derecho a la identidad estática, sin que ello implique declarar su filiación.

3.1.3. El derecho a la identidad personal vs. derecho a la libertad contractual en el Perú

El derecho a la identidad personal, debido a sus características, presenta conflictos con otros derechos; se menciona el derecho a la libertad de expresión e información, el derecho a la libertad contractual; este último se presentaría cuando el niño o niña que han sido concebidos mediante la técnica de inseminación artificial heteróloga desea conocer la identidad de su padre o madre biológica.

Este panorama enfrenta dos derechos: (a) por una parte, está el derecho del niño a conocer su identidad personal regulado en el artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política, específicamente el derecho a conocer su verdad biológica, su origen biológico (identidad estática); (b) del otro lado está el derecho a la libertad contractual, debidamente regulado en el artículo 2 inciso 14 de la Constitución Política, el cual se ve reflejado en el acuerdo del donante del material genético y del representante del Banco de semen de mantener en absoluto anonimato la identidad del padre biológico del menor concebido.

3.1.3.1. Derecho a la libertad contractual.

Fue con la Constitución de 1920 que se reguló por primera vez el derecho a la libertad contractual, al igual que el derecho de asociación, en cuyo artículo 37 se estableció: “La nación reconoce la libertad de asociación y la de contratar. Su naturaleza y condiciones están regidos por la ley”; posteriormente, fue regulado en el artículo 27 de la Constitución de 1933.

La Constitución de 1979 reconoció que toda persona tenía derecho a contratar con fines lícitos, y sería la ley la que regularía el ejercicio de esta libertad con la finalidad de salvaguardar los principios de justicia (en connotación de interés social) y evitar el abuso del derecho (artículo 12, numeral 12, de la Constitución de 1979)

Actualmente, la Constitución de 1993 en su artículo 2 inciso 14 establece que:

“Toda persona tiene derecho (...) A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público”.

El derecho fundamental a la libertad contractual se asemeja más a los llamados derechos de la libertad; consisten principalmente en dejar a la persona su libre albedrío, pero garantizando su tutela frente a afectaciones que puedan presentarse, sea del Estado o de los particulares.

El Tribunal Constitucional (2003), en la sentencia emitida en el Expediente N° 00008-2003-PI (f.j. 26.b), concibe al derecho a la libre contratación como:

“(…) el acuerdo o convención de voluntades entre dos o más personas naturales y/o jurídicas para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial. Dicho vínculo – fruto de la concertación de voluntades – debe versar sobre fines lícitos y no contravenir las leyes de orden público”.

El Contrato es un acto bilateral que emana de la manifestación de voluntad coincidente de las partes; uno de sus elementos esenciales es la voluntad que el Tribunal Constitucional (2002) en la sentencia emitida en el Expediente N° 02158-2002-AA (f.j. 2) ha expresado que se sustenta en el principio de la autonomía de la voluntad, cuyo contenido es doble: (a) La libertad de contratar, llamada libertad de conclusión, viene a ser la facultad de decidir cómo, cuándo, y con quién se contrata; y, (b) la libertad contractual (libertad de configuración interna) consistente en determinar el contenido del contrato, sobre lo que versará, esto es, establecer libremente los términos del contrato.

No obstante, el derecho fundamental a la libertad contractual no se encuentra exento de los límites que presenta todo derecho constitucional; como lo indica Indacochea Prevost, ningún derecho fundamental “constituye un elemento aislado dentro del ordenamiento jurídico, totalmente desvinculado de

los demás derechos y bienes constitucionales” (2008, p.98), por ello se aceptan sus límites.

Entonces, no cabe duda de que la libertad contractual tiene sus límites consustanciales en otros derechos fundamentales.

Una vez más se concluye que los derechos fundamentales representan, necesariamente, condiciones materiales de validez de los negocios jurídicos (contratos, acuerdos, etc.); de este modo, si el contenido de un contrato resulta ser incompatible con los derechos fundamentales, el acto jurídico que lo contiene se torna en inválido o nulo.

Por ello, resulta un reto armonizar, de la mejor manera posible, la autonomía privada y la libertad contractual con la protección de otros derechos fundamentales, sin que ello implique que uno excluya al otro; ya lo dice Landa Arroyo, se trata de “establecer los límites de ambos bienes a fin de que ambos alcancen una efectividad óptima. La fijación de límites debe responder en cada caso concreto al principio de proporcionalidad” (1991, p.447)

3.1.3.2. El derecho a la identidad del menor concebido por inseminación artificial heteróloga y el derecho a mantener en reserva la identidad del padre biológico.

La Constitución y demás normas citadas, no mencionan de manera concreta a los niños que nacen mediante las técnicas de procreación asistida, específicamente a los menores nacidos mediante la TIAH y su derecho a la identidad, tal como lo expresa Cárdenas (2015) al referir que, “En el Perú, no

existe una norma expresa que consagre el derecho de las personas a conocer su identidad biológica”.

Incluso, la Ley General de Salud N° 26842 (1997), en su artículo 7 prescribe que “Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear”.

Dicha norma hace referencia al derecho de los padres a recurrir al tratamiento de la infertilidad y procrear mediante el uso de TRA, siempre que la condición de madre genética y madre gestante recaiga sobre la misma persona y al consentimiento previo y por escrito de los padres para la aplicación de tales técnicas; sin embargo, no así menciona el derecho irrestricto de la identidad de los menores que nacen mediante la técnica heteróloga; por el contrario, los padres que, por diversas situaciones, eligen la opción de tener un hijo mediante la asistencia heteróloga, optan por el principio del anonimato del dador de semen e intimidad de la pareja.

De igual manera, en el Perú no existe una ley que exprese el anonimato del donante, sin embargo, en la práctica las clínicas de fertilización prometen total reserva, salvaguardando su derecho a la intimidad regulado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en cuyo artículo 12 señala:

“Nadie será objeto de interferencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales interferencias o ataque.”

Martínez (2005, citado por Reyna 2015), refiere que el anonimato del donante es una postura defendida por los centros médicos especializados en creación artificial, considera que la donación de gametos es un acto que está dentro del ámbito de intimidad del donador; por tanto, explica que “no debería permitirse por ningún motivo revelar la identidad del donador porque no genera ningún vínculo jurídico del cual se puedan derivar derechos y obligaciones entre el donador y el concebido (p. 86).

El referido autor (pp. 87-88), sustenta su postura en el fortalecimiento de la relación paterno-filial entre la pareja receptora y el nacido, para que no se menoscabe el vínculo y la seguridad familiar; la intimidad del donante y de la pareja que decide ser padre, mediante la técnica de reproducción heteróloga, permite la prohibición de publicar los datos del donante y de su fertilidad; asegurar el anonimato del donante hace posible la donación de gametos, lo cual es necesario para realizar la inseminación artificial; el secreto profesional por parte del médico que interviene en el procedimiento de inseminación artificial, quién no puede revelar el nombre del donante.

El artículo 2 inciso 18 de la Constitución regula el derecho de toda persona a mantener reserva sobre sus convicciones políticas, filosóficas, religiosas o de cualquiera otra índole, así como a guardar el secreto profesional.

De otro lado, el Ministerio de Justicia constituyó el Grupo de Trabajo encargado de revisar y proponer mejoras al Código Civil peruano (aprobado por D. Leg. 295, vigente el 14 de noviembre de 1984), mediante Resolución Ministerial N° 0300-2016-JUS; es así que elaboró el Anteproyecto de Reforma

del Código Civil, en cuyo Libro I -Derecho de las personas– en su artículo 1-A referente a la tutela del embrión, manipulación genética, prescribe:

- “1. Los embriones, sus células, tejidos u órganos no podrán ser cedidos, manipulados o destruidos. Está permitida la disposición para trasplantes de órganos y de tejidos de embriones muertos.
2. La fecundación de óvulos humanos puede efectuarse solo para la procreación.
3. Está permitida la manipulación genética exclusivamente para fines terapéuticos.”

En su exposición de motivos, a cargo del Doctor Carlos Agurto Gonzáles, indica que la razón del artículo es proteger al ser humano de la utilización de las prácticas eugenésicas que, “alejadas de su verdadera finalidad, tienden a seleccionar genes o elegir premeditadamente el sexo, los caracteres físicos o raciales de los seres humanos, supuestos que representan un atentado contra la integridad de la especie humana” (2016-2019, p. 31).

Se menciona los riesgos que podría generar la incorrecta aplicación de los resultados de las investigaciones con respecto a la vida, salud y al propio destino de la humanidad; por ello, el grupo de trabajo propone la prohibición de la destrucción de los embriones y la ilicitud de su descarte, sea porque dio resultados la fecundación in vitro y los embriones restantes no serán implantados en la mujer receptora o por otras razones.

Se busca tutelar al embrión extracorpóreo “(...) circunscribiendo la fecundación de óvulos humanos sólo a fines de procrear, no siendo posible los acuerdos de procreación subrogada” (2016-2019, p. 31).

Sin embargo, en el artículo 5 del Código Civil actual, se señala:

“El derecho a la vida, a la integridad, a la libertad, a la identidad, a la intimidad, al honor y demás inherentes a la persona humana son irrenunciables y no pueden ser objeto de cesión. Su ejercicio no puede sufrir limitación voluntaria, salvo lo dispuesto en este Código”.

Concibe al derecho a la identidad -y otros- como derecho esencial de la persona que, a su vez, sirve de base a los demás derechos, por ello el grupo de trabajo reconoce prioritariamente tutelar jurídicamente a los derechos fundamentales de la integridad, identidad e intimidad; señala que los derechos fundamentales son irrenunciables, en tanto la persona no puede prescindir de ellos para su convivencia social, menos pueden ser pasibles de cesión.

En salvaguarda del derecho a la identidad, se torna necesario y urgente legislar sobre el derecho del menor que ha sido concebido mediante la técnica de inseminación artificial heteróloga, a conocer su verdad biológica.

Pues, en síntesis, el anonimato del donante de material genético se funda en intereses de las parejas y del mismo donante, esto es, el evitar generar vínculo jurídico relacionado con la identidad del cual se puedan derivar derechos y obligaciones entre el donador y el concebido; posición que adopta los países de España, Francia, Suiza, Costa Rica, Austria, Suecia, Dinamarca, Noruega y otros.

Sin embargo, no puede negarse que las consecuencias de no revelar el derecho a la identidad de los concebidos, por las prácticas de reproducción heteróloga, puede dar origen a determinados conflictos que pueden atentar a la igualdad de sus derechos, a fomentar la discriminación, afectación de su propio

desarrollo personal y social, incluso a fomentar el incesto; pues la cesión de esperma al no estar regulada permite que el tercero que aporta su material genético lo pueda hacer por más de una vez, máxime si no existe control de tal acto.

Por ello, en algunos países como Inglaterra y Alemania, adoptaron la postura de que a las personas concebidas por la técnica de inseminación artificial heteróloga se les permita tener información relativa a su progenitor para así evitar matrimonios entre parientes consanguíneos y la existencia de extensas familias (específicamente hijos nacidos a través de TERAS); se cita a dos ejemplos polémicos:

(a) El caso de Bertold Wiesner en Inglaterra, uno de los más recordados de la técnica de inseminación humana heteróloga, fue practicada por el biólogo Bertold Wiesner, director de la clínica London Barton, por 300 a 600 veces. En el Diario El País (2012), al hacer referencia al tema, menciona que el ADN que aplicó el abogado David Gollancz, cuando tenía 12 años sus padres le contaron que le habían concebido a través de inseminación artificial, pero no le dijeron quién era su padre biológico. Atraído por la curiosidad, la mayor sorpresa llegó en 2007, cuando las pruebas de ADN practicadas a 18 personas nacidas gracias a los tratamientos de Wiesner demostraron que 12 de ellas, es decir, dos tercios, eran hijos del propio Wiesner quien había actuado como el donante de esperma. En declaraciones al diario The Sunday Times, Gollancz asegura que un cálculo conservador hace pensar que entre 300 y 600 de los 1,500 bebés concebidos en la clínica mientras estuvo abierta, desde los años cuarenta a mediados de los

años sesenta, pueden ser hijos del doctor Wiesner que murió en 1972 a la edad de 70 años. Un especialista consultado por el diario eleva esa cifra hasta 1.000.

Gollancz, abogado de profesión y residente en Londres, ha localizado ya a 11 medio hermanos, entre ellos, el documentalista y cineasta canadiense Barry Stevens. Es difícil saber cuántos hijos exactamente concibió el médico angloaustriaco y quiénes son, porque Mary Barton, que falleció hace 11 años, destruyó todos los archivos de la clínica que se encontraba en la elegante zona de Portland Place y a la que acudían, sobre todo, clientes de clase media y alta, incluido un lord. Afirma que tiene sentimientos encontrados sobre su inusual historia familiar; formó parte de una campaña que buscó detener la fecundación in vitro con donantes anónimos; refirió: "Me gustaría ver los certificados de nacimiento con los nombres del donante de esperma o de la donante del óvulo"; agregó: "Muchos padres no les dicen a sus hijos que han sido concebidos de esta forma y por ello nunca buscarán a su padre biológico. La gente tiene el derecho de conocer su historia".

(b) El caso de Sarah P. en Alemania, en donde existen más de 100,000 personas concebidas mediante la donación de esperma, es interesante señalar que, a principios del año 2013, un tribunal ha fallado, en el caso de Sarah P., estableciendo que no se puede garantizar el anonimato de los donantes (padres biológicos) ignorando el derecho a la identidad. Sarah tenía 22 años, había tenido una sentencia desfavorable en primera instancia ante la Audiencia Provincial de Essen (Oeste de Alemania) en su reclamo de su derecho a ser informada sobre la identidad de su padre biológico. Con lo resuelto (2013), el Tribunal Superior de Hamm, en el estado de Renania del Norte-Westfalia, sentó

un precedente, al reconocerle el derecho de ser informada sobre la identidad de su padre por una clínica de la ciudad de Essen, en la cual fue concebida a través de una donación de espermatozoides en 1990.

Lo importante en el caso es la consagración del referido principio como el deber de los médicos de tratar de conseguir la información necesaria. En este caso el Tribunal Superior de Hamm ha dado primacía al derecho a la identidad por sobre el contrato de la pareja y el donante; la identidad es un derecho superior al derecho del anonimato del donante, porque no está en discusión la paternidad o tenencia, sino el derecho inalienable a conocer la identidad. Es así que desde 2007 en Alemania, las clínicas tienen la obligación de archivar los nombres de los donantes durante 30 años. Anteriormente, como en el caso de Sarah P., regía un plazo de archivo de solo 10 años.

No es posible desligar al niño de su propia herencia genética, con el cual nace y le permite abrirse al desarrollo de su vida en un determinado contexto familiar, social y natural que le otorgan su carácter y personalidad, a reconocer a sus padres y saber quiénes forman parte de su ascendencia; recordemos que su identidad biológica es un derecho constitucional, amparado en fundamentos como su dignidad misma, su derecho a la salud, a su identidad estática y dinámica, a conocer su origen, el principio de no discriminación, al acceso a los datos personales, entre otros.

La conclusión arribada encuentra respaldo en el citado artículo 2.1 de la Carta Magna, los fundamentos del Tribunal Constitucional plasmadas en las sentencias mencionadas, lo establecido en la Convención de los Derechos del Niño.

Adicional a ello se cita el Código de Niños y Adolescentes, en cuyo artículo 6 inciso 1 determina que el niño, niña y el adolescente tienen derecho a la identidad, lo que incluye el derecho a tener un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y llevar sus apellidos, también tienen derecho al desarrollo integral de su personalidad; en sus incisos 2 y 3 prescribe que, es obligación del Estado preservar la inscripción e identidad de los niños y adolescentes, sancionando a los responsables de su alteración, sustitución o privación ilegal, de conformidad con el Código Penal, y en caso de producirse dicha alteración, sustitución o privación, el Estado restablecerá la verdadera identidad mediante los mecanismos más idóneos.

El Código Civil de 1984, en cuyo artículo 5 hace referencia a la irrenunciabilidad de los derechos de las personas, establece que 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. Su ejercicio no puede sufrir limitación voluntaria, salvo lo dispuesto en el artículo 6.

Si bien es cierto que no se menciona expresamente al derecho a la identidad, no obstante, también lo es que los derechos a los que se refieren dan el valor intrínseco de lo que significa la identidad, el cual está inmerso de manera tácita.

Se tiene el Reglamento de la Ley N° 30466, que establece parámetros y garantías para la consideración primordial del interés superior del niño, en cuyo artículo 9 referente a los elementos a ser observados para la determinación y aplicación del Interés Superior del Niño, se indica como uno de ellos a la identidad de la niña, niño o adolescente, precisando que:

Al evaluar el interés superior del niño, las autoridades y responsables de las entidades públicas y privadas respetan el derecho a la identidad de la niña, niño y adolescente, abarcando características como nombre, fecha de nacimiento, lengua materna, origen, familia biológica, identidad étnico cultural, pertenencia a un pueblo indígena u originario, sexo, género, edad, idioma, religión, nacionalidad, opinión política, contexto social o económico, centro de vida, discapacidad o cualquier otra condición de la niña, niño, adolescente o de su madre, padre, familiares o representantes legales. La identidad cultural no puede justificar que la autoridad competente responsable de la formulación de medidas y toma de decisiones perpetúe tradiciones y valores culturales que atentan contra los derechos de las niñas, niños o adolescentes, reconocidos y protegidos por la Convención sobre los Derechos del Niño.

De todo lo anotado, se verifica que el derecho a la identidad del menor concebido mediante la técnica de inseminación artificial heteróloga es un derecho fundamental que le permite sostener y defender su unicidad, su personalidad y con ello a conocer su verdad biológica, quiénes son las personas que lo engendraron, cuya tutela es vista como un interés jurídico superior que prevalece sobre otros intereses jurídicos, ya sean terceros, sus padres o el mismo Estado. Pues, la identidad es el conjunto de datos biológicos y de atributos y características que, dentro de la igualdad del género humano, permiten distinguir indubitablemente a una persona de todas las demás; es decir, la identidad es “ser el que soy y no otro”; dicho, en otros términos, “ser uno mismo y no otro”.

Los argumentos expuestos llevan a reconocer que la identidad biológica no puede estar sujeta a convenio, porque los sujetos que intervienen no tienen el legítimo interés para obrar. Al respecto, el artículo 140 del Código Civil, referente a la autonomía de la voluntad, establece que cualquier contrato que no cumple con las condiciones incurre en sanción de nulidad.

De igual manera, el artículo V del Título Preliminar del Código Civil expresa que, “es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres”; condiciones que se tienen en cuenta para que los contratos sean válidos.

En el caso del derecho a la identidad de los menores de edad engendrados mediante la técnica heteróloga, la libertad contractual se ve reflejada cuando el donante de material genético contrata con un centro, llámese banco de semen, para donar sus espermias y en un futuro procrear a un ser, pero con la condición de que su identidad biológica se mantenga en reserva.

La identidad es de orden público y de interés general y, como tal, necesita de una ley que regule el anonimato del padre biológico en el caso del menor que ha sido engendrado mediante técnicas asistidas que, incluso, puedan convenir un determinado sexo; todas estas formas de contrato afectan el interés público, a las buenas costumbres, a la moral que rigen en la sociedad y, por tanto, al derecho fundamental a la identidad personal prescrito en el artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política.

Así pues, el aportante, el centro –o banco de semen– y la mujer (expresando su voluntad de someterse a inseminación) que consienten el uso

de las técnicas acuerdan el anonimato de la identidad biológica del donante de material genético y con ello del menor engendrado por TERAS a conocer su verdad biológica, pero no es manifestación propia de éste quien puede reclamar el derecho a saber su identidad biológica.

Esto implica que no es posible convenir a nombre de un futuro menor de edad que no expresa su propia voluntad y va en contra de su derecho constitucional a la identidad, la cual al ser negada se está atentando a la verdad biológica, a la identidad real, a la identidad que le otorga los caracteres físicos y la identidad a su propia existencia como ser que nace y se desarrolla en una sociedad que tiene su propia cultura, valores y costumbres que le otorgan la plenitud de su ser.

Por las razones expuestas, queda claro que no se puede convenir a nombre de un menor de edad, cuando se ven afectados o tocados derechos fundamentales, como el caso de su derecho a la verdad biológica, a conocer el origen de su existencia, situación que se presenta cuando es engendrado mediante técnicas asistidas, dentro de ellas la heteróloga.

Con respecto al contenido del derecho a la identidad, el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 02432-2005-PHC/TC ha señalado que "(...) el derecho a la identidad comprende nombre, conocer a sus padres y llevar sus apellidos, el relativo a tener una nacionalidad y la obligación de que el Estado reconozca su personalidad jurídica" (Aguilar, 2013, pp. 13-14).

De presentarse en el Perú un conflicto entre el derecho fundamental a la identidad personal del menor que ha sido concebido mediante la técnica de

inseminación artificial heteróloga y el derecho a la libertad contractual, no cabría duda de que se tendría que aplicar el test de proporcionalidad, a efectos de analizar si se justifica privar de efectos el contrato suscrito entre el portador de material genético y el banco de semen, específicamente la cláusula que dispone el anonimato del portador, o es que merece mayor tutela el primero.

3.2. El Test de Proporcionalidad y su aplicación para tutelar el derecho a la identidad personal del menor concebido por inseminación artificial heteróloga

El test de proporcionalidad consta de tres subniveles o juicios:

3.2.1. Adecuación o idoneidad.

Se evalúa si la medida limitadora es la adecuada para alcanzar la finalidad constitucional que persigue el derecho o derechos fundamentales. En palabras de García Amado (2007, p. 253), mediante este subprincipio se determina que la limitación de un derecho fundamental o principio constitucional es constitucionalmente admisible, siempre y cuando sirva para favorecer a otro derecho constitucional o principio.

El Tribunal Constitucional (2004) en la sentencia emitida en el Expediente N° 00048-2004-AI (f.j. 65) estableció que este subprincipio supone dos cosas: (a) primero, la legitimidad constitucional del objetivo; y (b) segundo, la idoneidad de la medida utilizada.

En la sentencia emitida en el Expediente N° 003-2005-PI/TC (f.j. 69) (Tribunal Constitucional, 2005), se conceptualiza a este subprincipio como una

relación de causalidad, de medio a fin, esto es, entre el medio adoptado a través de la intervención legislativa, y el fin propuesto por el legislador. Supone que el objetivo sea legítimo y que la idoneidad de la medida examinada tenga relación con el objetivo, vale decir, que contribuya con la protección de otro derecho o bien jurídico relevante.

Cuando una persona menor que es concebida mediante la técnica de inseminación artificial heteróloga pretende conocer su origen biológico, el cual forma parte de su derecho a la identidad personal, se ve en la necesidad de acudir al centro (banco de semen) en donde se practicó la inseminación con la finalidad de conocer la identidad del donante de material genético, para luego cuestionar -a nivel judicial- todo contrato que se haya suscrito entre el centro y dicho donante para preservar el anonimato en la identidad de este último.

Lo dice García (2013) “La identidad personal es un derecho de connotaciones binarias consistente en la autoconciencia que el individuo tiene de sí mismo como un ser único y distinto de sus congéneres.” (p. 139)

La finalidad constitucional que se persigue es conocer la identidad biológica del menor concebido por inseminación artificial heteróloga, para lo cual se tendrá que cuestionar la voluntad contractual de anonimato suscrito entre el centro y el donante de material genético.

Dicho de otro modo, el derecho a la libertad contractual consistente en la preservación de la identidad del donante se encontrará limitado para favorecer al derecho constitucional a la identidad del menor concebido por la indicada técnica de reproducción.

3.2.2. Juicio de necesidad.

García Amado (2007, p. 271) señala que el juicio de necesidad está condicionado por la voluntad (o capacidad) del juzgador para introducir alternativas de análisis entre derechos afectados (positiva o negativamente) por la norma.

En este sentido, surge la necesidad de establecer si la medida en cuestión es la menos restrictiva que otras posibles para su aplicación y, además, si es absolutamente necesario para alcanzar el fin propuesto o, por el contrario, determinar la existencia de otros medios igualmente adecuados y carentes de consecuencias lesivas para el derecho fundamental (o principio) con el que colisiona.

El Tribunal Constitucional (2004), en la sentencia emitida en el Expediente N° 00045-2004-AI/TC (f.j. 39), establece que el subjuicio de necesidad consiste en realizar un análisis sobre la existencia de medios alternativos que hayan sido adoptados por el legislador, que no sean gravosos o, al menos, que lo sean en menor medida respecto del medio utilizado. Se trata pues del análisis de una relación “medio-medio”, de una comparación entre el medio adoptado (o los medios adoptados) por el legislador y el medio hipotético igualmente idóneo que hubiera podido adoptarse para alcanzar el mismo fin.

Entonces, es evidente que existe un conflicto entre el derecho a la libertad contractual y el derecho a la identidad del menor concebido mediante la técnica de inseminación artificial heteróloga; pues, para conocer la verdad biológica del menor se torna necesario impugnar el acuerdo de reserva de identidad –

plasmado en un contrato en atención al derecho a la libertad contractual—suscrito entre el centro y el donante de material genético, siendo éste el único medio para obtener el fin perseguido.

3.2.3 Juicio de proporcionalidad.

El Tribunal Constitucional (2004), siguiendo la doctrina de Robert Alexy, ha señalado en la sentencia emitida en el Expediente N° 00045-2004-PI/TC que, “la proporcionalidad en sentido estricto o ponderación consiste en una comparación entre el grado de realización u optimización del fin constitucional y la intensidad de la intervención en el derecho fundamental”.

La ponderación supone evaluar las posibilidades jurídicas que se tiene para la realización de un derecho que se encuentra en conflicto con otro derecho.

Lo dice Robert Alexy: “si una norma de derecho fundamental con carácter de principio entra en colisión con un principio contrapuesto, entonces, las posibilidades jurídicas para la realización de la norma de derecho fundamental dependen del principio contrapuesto” (2004, p. 92).

De acuerdo a los argumentos expuestos, la restricción del derecho a la libertad contractual contribuye con la realización de un nivel elevado o alto del derecho a la identidad; lo que es así, debido a que la impugnación del acuerdo de reserva de la identidad, suscrito entre el laboratorio y el donante de material genético, se torna en indispensable para conocer la verdad biológica, origen genético del menor que ha sido concebido por inseminación artificial heteróloga, como parte de su derecho a la identidad (estática), a su dignidad, interés superior, derecho a la filiación, contribuyendo así a su desarrollo integral.

Por el contrario, la imposibilidad irrestricta del acceso a los datos básicos (nombre completo) de la persona que donó el material genético, ocasionaría una afectación grave del derecho a la identidad personal del menor.

Así pues, la medida restrictiva analizada constituye un medio a través del cual se alcanza una elevada realización del derecho a la identidad personal del menor concebido por inseminación artificial heteróloga; la restricción del derecho a la libertad contractual es alto, mientras que el grado de protección del derecho a la identidad es elevado.

El Tribunal Constitucional (2006), en la sentencia emitida en el Expediente N° 00007-2006-PI/TC (f.j. 40 y ss), afirma que cuando con una intervención se logra obtener niveles altos de satisfacción en los derechos favorecidos por la intervención, la medida debe ser considerada como constitucionalmente correcta.

En síntesis, la medida adoptada consistente en la primacía del derecho a la identidad personal del menor concebido por inseminación artificial heteróloga, frente al derecho a la libertad contractual sustentado en la voluntad del anonimato del donante de material genético, satisface la ley de ponderación y, por lo tanto, es constitucional.

3.3. El derecho del menor a conocer su verdad biológica

En el Perú, como en muchos países del mundo, existe la aplicación de técnicas de fecundación aplicando técnicas de intervención asistida de un tercero, quien es protegido en el anonimato para que el menor no tenga conocimiento de su verdadero origen biológico; esto puede “funcionar”, pero se

resalta que existe un acuerdo, un contrato cuyo objeto del mismo es un ser humano, y que, sin embargo, atenta contra el acto jurídico plasmado en dicho contrato regulado en el artículo 149 del Código Civil, porque a nombre de un menor, de un ser humano, se procede a torcer la voluntad de consentimiento, la validez del acto jurídico y se pacta para no revelar su identidad biológica (acto jurídico que no es lícito); es esta acción la que atenta contra el derecho de los menores de edad a conocer su verdad biológica y con ello su derecho a la integridad (a la salud), el derecho a la identidad estática (biológica), el principio del interés superior del niño, el principio de la atención especial, el derecho a los datos personales, el derecho a la dignidad.

El principio de la verdad biológica, para Corral (2010), es producto de los cambios ideológicos y culturales, pero también de los avances científicos que, por medio de prueba de test genéticos, hacen posible la demostración probatoria de la paternidad e identidad biológica (p. 76).

Reyna (2015) considera que:

“Es derecho de todo ser humano indagar sobre su origen biológico, el cual se encuentra íntimamente ligado con la naturaleza humana, recogido en nuestra constitución política (1993) específicamente como el derecho a la identidad. Teniendo en cuenta esto la legislación vigente considera que si se nace por inseminación artificial heteróloga y los solicitantes de esta técnica son casados, solo el marido tiene legítimo interés para negar al hijo de su mujer, el hijo podrá impugnar la filiación matrimonial cuando se reúnan a favor de la filiación matrimonial la posesión constante del estado y el título que dan las partidas de matrimonio y de nacimiento, la norma es clara cuando expresa ... no puede ser contestada por ninguno, ni aún por el mismo hijo (artículo 376 del C.C.); y en el caso de que la mujer sola haya concebido mediante esta técnica.” (p. 85).

Estas apreciaciones se exponen porque falta una ley que, de manera explícita, la regule, pero en nuestro país sí existen fundamentos que pueden generar una respuesta positiva, en caso de solicitar el derecho a la identidad biológica, tales como el principio del Interés Superior del Niño, el derecho a la identidad, el derecho a la verdad biológica, las cuestiones de salud, el contrato declarado nulo cuando la autonomía de la voluntad es asistida por otras personas (en este caso por los padres afectivos).

Normalmente, no se trata de averiguar quién era la madre de un niño, ya que en la maternidad el hecho del parto indica con facilidad la identidad de la progenitura (de allí el adagio *mater semper certa est*). Es la paternidad la que en muchas ocasiones se escabullía de la determinación jurídica. Las políticas legislativas tratan de evitar juicios que causaban escándalo social sin que hubiera maneras de determinar indubitavelmente una verdad que pudiera justificar la discusión judicial.

La verdad biológica se constituye en un principio normativo en beneficio del hijo, pero que va más allá, por cuanto se entiende al derecho del padre formal a destruir la filiación que no corresponde a la realidad biológica o también de los menores nacidos mediante la técnica de inseminación heteróloga quienes tienen el derecho a conocer su identidad biológica.

El principio de verdad biológica es valorado no sólo como una expresión del principio de protección a los menores que desean conocer el origen de su existencia; pero también de los padres (*favor filii*) como una pauta normativa que interesa a toda la regulación de la filiación, con todos sus involucrados: padres e hijos.

Al respecto, Amado (2003) menciona que:

“La verdad biológica es concebida como el conocimiento del origen biológico de una persona es de suma importancia dentro de los aspectos de la identidad personal; debe destacarse la importancia de que el dato biológico es la identidad estática del individuo y ésta se integra con connotaciones adquiridas por este como ser social” (p. 12).

Entonces, conocer quién es el padre o madre de una persona es sumamente importante, debido a que forma parte sustancial de las señas de cada sujeto, aparte de otros factores complementarios.

Hay que recordar que, en Alemania, a finales de la década de los cuarenta, se reconoce el derecho a conocer el propio origen o ascendencia biológicos del que toda persona es titular; esta es una facultad propia y natural del ser humano que le permite el ejercicio de averiguar quién es su progenitor que, por distintas causas, puede ser desconocido, estar en discusión o ser debatible (*patre nullu natus*)

Este derecho recibió un impulso mayor a inicios de los ochenta como consecuencia de los avances de las técnicas de reproducción humana asistida, dado que la aplicación indiscriminada y sin respeto a los principios naturales desencajaron la coherencia biolegal, al utilizar gametos de terceros, prácticas de maternidad subrogada, etc.

Arteaga (2010) establece que, en el sistema peruano, el derecho a conocer el propio origen biológico no es un derecho que se encuentre regulado expresamente en la Constitución, pero se diría “que está reconocido tácitamente con la dignidad e identidad, en base al artículo 3 (derechos implícitos o no

enumerados), que es una cláusula general abierta a través de la cual el ordenamiento jurídico tutela a la persona también en supuestos no típicamente establecidos, cuando así lo entiende o exige la sociedad” (p. 46).

Nuevamente se resalta que la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño plantea la exigencia que los niños conozcan a sus padres, es decir, prioriza el conocimiento de la verdad biológica como componente de su derecho a la identidad.

Susan Turner (2001, pp. 13-26) materializa lo expuesto, en la indicada Convención, en dos factores: (a) las normas que protegen la relación niño-familia, y (b) el interés superior del niño que debe prevalecer frente a otras normas jurídicas.

En suma, el principio de verdad biológica es considerado un elemento que favorece una mejor organización y desarrollo de los lazos familiares que se generan por la filiación e identidad. En el fondo, la ley asume que la verdad, incluso aunque inesperada y a veces dura, es mejor que la falsedad y la mentira en la regulación de la familia: verita libera nos (la verdad nos hará libres).

De otra parte, el artículo 3 de la Constitución Política, prescribe que:

“La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”.

En este artículo no está expreso el derecho a la verdad, pero de manera implícita se lo considera como uno de los derechos fundamentales implícitos de

la Constitución, justamente por tener su fundamento en la dignidad, el derecho de los ciudadanos a la tutela y amparo de la verdad; por ello es obligación del Estado protegerlo.

Por su parte, La Corte Suprema en la Casación emitida en el Expediente N° 3797-2012-Arequipa, con respecto a la valoración del aspecto estático o dinámico del derecho a la identidad, estableció que:

“(...) a criterio de este Tribunal Supremo cuando se objeta la identidad de una persona se tiene que valorar tanto el cariz estático como el dinámico del referido derecho fundamental; es decir, cuando se impugna la paternidad de una persona, ella no puede justificarse solo en el dato genético, pues ello implicaría olvidar que el ser humano se hace asimismo en el proyecto continuo que es su vida. Más allá de los datos fijos, es la propia historia del individuo lo que lo hace idéntico a sí mismo.”

Agrega que el derecho a la verdad es un “derecho fundamental” relacionado con el “debido proceso y las garantías judiciales”, en términos del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por lo que se encuentra vinculado con el derecho al acceso a la justicia, a las garantías judiciales efectivas y a la obligación de investigar.

La verdad es el reconocimiento amplio de la identidad humana para otorgar legalmente el derecho a la verdadera identidad estática de la persona, en tanto, es lo que busca la Constitución Peruana, como una manera de no causar daño al pleno derecho, de los menores de edad que nacen producto de la técnica asistida heteróloga que le permita dar oportunidades a la irrefutable verdad de su identidad biológica, es un derecho que está en proceso de ser explícito.

Siverino (2010, p. 7) analiza el derecho a la identidad, verdad biológica, y hace referencia a los niños que sufren daños por negarles su verdadera identidad; vale decir, se habla de niños sustraídos a quienes les niegan su verdadera identidad, niños vendidos bajo una supuesta adopción, los niños a quienes falta una identidad plena, porque han sido producto de una elección sobre el futuro ser de quienes vienen a este mundo como producto del semen anónimo o de inseminación heteróloga; los niños que nacen producto de una relación extramatrimonial, cuando su progenitora está casada pero ha sido embarazada por otra persona; y los niños que han sido engendrados producto de una violación.

Debido a la problemática suscitada en el Perú, con respecto a la aplicación de las TRA, el 10 de setiembre de 2001, el Doctor Iván Oswaldo Calderón Castillo, miembro de la Unión Parlamentaria Descentralista, propuso el Proyecto de Ley denominado “Ley que regula las técnicas de reproducción asistida”, con el fin de regular los derechos del concebido y la aplicación de las TRA en casos de esterilidad e infertilidad humana, previa evaluación de un equipo especializado a cargo del tratamiento (artículo 1), la aplicación de estas técnicas para prevenir o tratar enfermedades genéticas, hereditarias (artículo 2), para luego referirse a los derechos del concebido tales como: a la vida, a nacer, a conocer su origen biológico, a ser procreado y a nacer dentro de una familia, a la individualidad biológica, integridad psicosomática, a una familia, a la identidad, a un medio ambiente humano natural, a la igualdad, a la dignidad, a la intimidad (artículo 8), para luego especificar que dicha enumeración es enunciativa y no implica la negación de otros derechos y garantías que sean o no considerados en otros cuerpos normativos (artículo 9).

Teniendo en cuenta los fundamentos legales que existe en el ordenamiento jurídico peruano, tales como la Constitución, en el artículo 2 inciso 1, el derecho implícito fundamental del derecho a la verdad que se tiene en cuenta en el artículo 3, el principio del Interés Superior del Niño recogido en el artículo IX del Título Preliminar del Código de Niños y Adolescentes, se afirma que el conocimiento del origen biológico de las personas nacidas mediante TERAS es un derecho que legítimamente les corresponde y, por tanto, no es legal que a los menores nacidos mediante esta técnica se les oculte tal derecho, que permanezca en el anonimato, justamente porque tienen derecho a su identidad estática y dinámica.

Al respecto Cárdenas (2015) expresa:

“En los procedimientos de fecundación asistida con intervención de un tercero, suele ser un principio fundamental el anonimato del dador. Frente a ello, postulamos que toda persona tiene derecho a conocer su origen biológico, al amparo del derecho a la salud, el derecho a la identidad, el derecho a saber, el principio de no discriminación, el derecho a la verdad, el principio del interés superior del niño, el derecho al acceso a los datos personales, el derecho a la información y el derecho a la dignidad”.

Los nacidos mediante TERAS tienen derecho a conocer su identidad como derecho fundamental, constitucional, que se encuentra por encima de quienes decidieron engendrar, quienes invocan a la intimidad para sustentar el interés de no revelar el derecho a la identidad del donante; se trata de un derecho que legalmente no se puede negar; los criterios jurídicos así sustentan el interés superior del menor de ser atendido en su derecho a la identidad personal.

Plácido (2010) fundamenta el derecho a la identidad del menor, sustentando la existencia de dos intereses contrapuestos: la de los padres y el interés del hijo, primando el interés del menor quién tienen derecho a conocer su verdadera filiación biológica; sintetiza su análisis:

“Se advierte que en materia de filiación hay un conflicto de derechos con pretensiones distintas. Se trata, por tanto, de dilucidar y perfilar los límites de éstos. Para ello, se debe recurrir al test de razonabilidad y proporcionalidad a fin realizar una adecuada ponderación de bienes. La llamada ponderación de bienes es el método para determinar, en abstracto o en concreto, cómo, cuándo y en qué medida debe ceder el derecho fundamental que entra en colisión con otro o con un bien.”

Sobre ello, Cárdenas (2015) cita a Martínez, quien refiere que los códigos civiles anteriores en el Perú prohibían la investigación judicial de hijos extramatrimoniales, aduciendo que todo esto produce un escándalo y por tanto significa perturbación de la paz familiar. Fundamento que ahora en el sistema peruano se ha tenido que superar, debido a que los niños necesitan protección y tener valía jurídica de sus derechos fundamentales. Sin embargo, en caso de hijos que son producto de las TERAS, todavía se mantiene el criterio del anonimato del donante, considerándose la posibilidad de revelar dicho dato en casos de peligro de vida del hijo o del embrión, pero que esto queda limitado en el aspecto médico, terapéutico y judicial. Esto significa que no hay publicidad ni tampoco se otorga derecho de identidad al menor.

Varsi (2017) discrepa al respecto, pues resalta que el derecho a la identidad es inalienable e integral, no un mandato que debe hacerse público en casos especiales o de salud. Es un derecho con facultad natural que trae consigo

consecuencias para su goce, sin embargo, la identidad filiatoria puede o no coincidir con la identidad genética.

El derecho del niño que es engendrado por inseminación heteróloga a conocer su identidad biológica exige reconocer que está conformado, entre otro, por el dato biológico: procreación del hijo. Es el interés superior del niño el criterio que va a determinar el derecho a su identidad biológica.

Varsi (citado por Romero, 2017, p. 25), hace mención del principio de investigación de la paternidad, el cual surge en base al derecho de toda persona de conocer a sus progenitores, su verdad biológica, como expresión directa de su dignidad humana, frente a acciones contrarias por parte del Estado y de los particulares.

De acuerdo a los criterios expuestos se llega a concluir que, atendiendo al Interés Superior del Niño, resulta de mayor relevancia reconocer el derecho de toda persona a conocer su propio origen, pues no se concibe que, el menor nacido mediante estas técnicas, tenga el derecho limitado a conocer a sus progenitores, su verdad biológica; por el contrario, tiene todo el derecho a saber de dónde viene y hacia dónde puede seguir desarrollando libremente su personalidad en busca de su propia felicidad.

3.4. El principio de la dignidad de la persona humana como sustento del derecho del niño a su identidad

La palabra “dignidad”, proviene del latín “dignitas”, el cual a su vez deriva de “dignus” cuyo significado es: “que merece”, en su sentido griego corresponde a “axios o digno, valioso, apreciado, precioso, merecedor” (González, 2005, p. 64).

La dignidad humana es uno de los conceptos que mayor dificultad presenta para definirlo; así pues, para unos constituye la suma de virtudes y atributos humanos; para otros jurídicamente es concebida como el fundamento de los derechos reconocidos a todo ser humano (ejemplo vida), es un valor; y para otro sector la dignidad tiene un carácter meramente instrumental, entendido como el trato o respeto debido a las personas por su sola condición de seres humanos.

Históricamente en la antigua Roma la dignidad surge a través de la filosofía como un concepto que se diferencia del ciudadano en cuanto a sus calidades y méritos, posicionándose en la comunidad. En la edad media la dignidad deja de asociarse a los méritos de la persona, y empieza a acoplarse al poder y capacidad para adquirir bienes, concepción que permanece en el sistema feudal y modelos posteriores. Para la iglesia católica la dignidad era vista como un don máximo en cabeza del Papa, adquiere un carácter religioso al manifestar que, “El hombre era digno y era el único ser valioso puesto que Dios le otorgó sólo a él las capacidades más nobles para ejercer su predominio y perfeccionar su conocimiento” (Berriain 2004, p.192).

Posteriormente, Cabrera (1987, p. 31-32) sostiene que, se debe a Kant la idea de que lo digno es aquello que no tiene precio, o que la humanidad es en sí misma una dignidad.

Peces- Barba (2007) coincide con Feldman al sostener que la dignidad presenta dos aspectos: uno subjetivo preocupado por el sentido de autoestima, asociado con las formas de comportamiento que comunica a los demás; y otro objetivo preocupado por las actitudes que puede presentar el Estado y otras instituciones hacia un individuo o grupo, a la luz de normas o expectativas sociales.

Con el avance de la historia, la dignidad deja de tener una connotación de superioridad del ser humano; por el contrario, se orienta a reconocer la importancia de tratar a cada ser humano como es, con sus atributos, características, sin necesidad de aludirle mayor o menor dignidad; así pues, se empieza a hablar de una dignidad humana, de los seres vivos que merecen respeto y del trato digno que deberá recibirse de ellos debido a un deber moral.

La dignidad humana como tal siempre ha estado presente en el contenido de las normas jurídicas, en cada momento del desarrollo de la humanidad. Así, se fue reflejando en normas sociales que, finalmente, terminaron dando contenido a las normas jurídicas; sin embargo, la dignidad humana cobró mayor importancia para el derecho cuando fue concebida como un valor intrínseco de la persona; a la vez, su respeto y tutela en las relaciones sociales tomó gran importancia, toda vez que fue considerada como un deber moral y luego como un deber jurídico.

En Roma se desarrolló la idea del *ius gentium* o derecho de gentes, el cual debía aplicarse a cualquier persona, a diferencia del *ius civile* que era el

derecho de los ciudadanos. Si bien en esa época existía legalmente la esclavitud que ponía en tela de juicio el respecto a la dignidad y misma condición humana, empero, siempre se buscó causas que justificaban el sometimiento a la esclavitud y, por consiguiente, vulneración a la dignidad humana, por ejemplo, cuando una persona había sido derrotada en la guerra.

La incorporación de manera plena de la dignidad humana al mundo del Derecho se da partir del desarrollo de la Modernidad y las doctrinas liberales e individualistas, incorporándose incluso como contenido de los textos constitucionales de forma globalizada, lo que se dio juntamente con el inicio del proceso de internacionalización de los derechos humanos [Gómez, 2005, p. 45].

Es así como los derechos humanos se convirtieron en un paradigma ético de las sociedades contemporáneas; es con la Organización de las Naciones Unidas (ONU) que se estableció los propósitos fundamentales de los derechos humanos son la paz y promoción del respecto y protección de éstos, así como de la dignidad y valor de la persona humana.

A nivel internacional, se cita a la Declaración Universal de Derechos Humanos, en cuyo primer párrafo de su preámbulo prescribe: "Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana."

Peces-Barba sostiene que con el desarrollo de los derechos humanos va el de la dignidad, pues es precisamente en relación con la tutela, protección y promoción de la dignidad humana en los ámbitos jurídico y político que los

derechos humanos tienen sentido y alcanzan una dimensión moral [1987, p. 4]. Es así como el desarrollo de los derechos humanos es atribuible a la dignidad de la persona y con ello a sus atributos.

La dignidad de la persona humana, como valor fundamental de los derechos humanos, se ha ido dosificando, tan es así que los derechos a la libertad, identidad, igualdad, honor, intimidad, integridad, vida y otros que han sido derivados del reconocimiento de la dignidad humana, se encuentran reconocidos y proclamados; sin embargo, no puede negarse que muchos de estos derechos no son respetados, por el contrario, sufren constantes atropellos causándose afectación a la dignidad humana.

Entonces, se estará ante normas jurídicas justas cuando respeten, protejan y promuevan los derechos humanos; asimismo, las acciones de las autoridades se considerarán legítimas cuando se dirijan a respetar y promover los derechos humanos.

Para terminar, uno de los derechos humanos merecedores de respeto y protección viene a ser el derecho a la identidad biológica del menor engendrado como producto de la técnica de inseminación heteróloga, como fundamento de su derecho a la dignidad humana, es decir darle el sentido del valor de su propia vida, del valor que le corresponde, valor que le es intrínseco y que de ninguna manera se debe negar porque es la razón de su ser; por consiguiente, privar al menor nacido mediante inseminación artificial heteróloga de conocer su verdad biológica afecta su derecho a la identidad como fundamento de su derecho a la dignidad como ser humano.

3.5. El principio del interés superior del niño y su protección por parte del estado, la sociedad, la familia y los padres

El Interés Superior del Niño y Adolescente se encuentra regulado en la Declaración de los Derechos del Niño que fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas por Resolución 1386 (XIV) del 20 de noviembre de 1959, estableciéndose entre sus principios proclamados el principio 2, que estableció que “el niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño”.

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CIDN) no solo provocó un cambio radical en la manera de pensar sobre el niño, reconociéndolo como sujeto pleno de derechos al definirlo según sus atributos y sus derechos ante el Estado, la sociedad y la familia.

La CIDN instauro como principios fundamentales a favor del niño: (a) el derecho de los niños a ser protegidos como toda forma de discriminación (artículo 2); (b) el principio del interés superior del niño (artículo 3); (c) el derecho a la supervivencia y el desarrollo (artículo 6); y (d) el derecho a formarse un juicio propio, expresar libremente su opinión y ser tenidos en cuenta (artículo 12).

En su artículo 3º dispone que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los

tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

Los Estados Parte se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

Los Estados Parte se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

También se hace mención explícita al Interés Superior del Niño en sus artículos 9 (separación de los padres), 10 (reunión de la familia), 18 (obligación de los padres), 20 (privación de un medio familiar y otros tipos de cuidado), 21 (adopción), 37 inciso c) (separación de los adultos durante la privación de libertad) y 40 inciso 2 b) (sobre garantías procesales, incluida la presencia de los padres en las audiencias de las causas penales relativas a los niños en conflicto con la Ley).

Como es de verse, la CIDN ordena a las autoridades la obligación especial de atender a los niños y los adolescentes primero, porque se considera que son objeto de maltrato por su misma condición de dependencia y más que todo de los niños que sufren abandono o están en situación difícil.

El Interés Superior del Niño pasa a ser una regla fundamental para la interpretación de la totalidad del texto de la Convención (derechos reconocidos que deben exigirse sin limitación alguna, claro está respetando los principios de indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos), además que actúa como pauta primordial para dar solución a las controversias que pudieran presentarse con relación a otros derechos y sujetos de derechos, esto es, ante la violación de tales derechos.

El Interés Superior del Niño es también anunciado en el Preámbulo y artículo 8 del Protocolo Facultativo de la Convención relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía; y en el preámbulo y artículos 2 y 3 del Protocolo Facultativo de la Convención relativo a un procedimiento de comunicaciones.

La progresividad de la CIDN ha permitido que el concepto del Interés Superior del Niño pase a ser un “principio” como pauta de interpretación que debe orientar todo tipo de intervención que tenga relación con la infancia.

En mérito a ello, el Interés Superior del Niño es definido como un “principio garantista”, de modo que toda decisión a tomarse respecto a los menores de edad debe ser prioritaria con el fin de garantizar la satisfacción integral de sus derechos.

De otro lado, la Observación General N° 14 en su artículo 3 regula como los parámetros de la aplicación del Interés Superior del Niño, a los siguientes: (a) el carácter universal, indivisible, interdependiente e interrelacionado de los derechos del niño; (b) el reconocimiento de los niños como titulares de derechos;

(c) la naturaleza y alcance globales de la Convención sobre los Derechos del Niño; (d) el respeto, la protección y la realización de todos los derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño; (e) los efectos a corto, mediano y largo plazo de las medidas relacionadas con el desarrollo del niño a lo largo del tiempo.

De acuerdo con lo indicado, el Interés Superior del Niño tiene una consideración primordial; no es un concepto nuevo, sino es anterior a la CIDN, toda vez que ya se consagraba en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 (principio 2), en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (artículos 5 inciso b) y 16 párrafo 1.d)), y otras normas nacionales e internacionales.

La Opinión Consultiva OC - N° 17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre la condición jurídica y derechos humanos del niño, define al Interés Superior del Niño como un principio regulador de la normativa de los derechos del niño fundado en la dignidad misma del ser humano. Se indica que, para asegurar en la mayor medida posible la prevalencia del Interés Superior del Niño, la CIDN en su preámbulo establece que éste “requiere de cuidados especiales”; de igual manera en el artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos prescribe que los niños deben recibir “medidas especiales de protección” por las condiciones específicas en que se encuentran, tomándose en cuenta su debilidad, inmadurez o inexperiencia.

En el Perú, el Interés Superior del Niño es recogido en el artículo 4 de la Constitución Política, en donde estipula que, la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de

abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconoce a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.

En el artículo IX del Título Preliminar del Código de Niños y Adolescentes regula el principio del Interés Superior del Niño, al establecer que en toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, de Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos.

En el artículo 1 establece que el niño y el adolescente tienen derecho a la vida desde el momento de su concepción, y está protegido de experimentos o manipulaciones genéticas contrarias a su integridad y su desarrollo físico y mental.

El principio del Interés Superior del Niño ha sido denominado como el “principio de protección especial de la infancia y la adolescencia”; por tal razón, el Tribunal Constitucional ha establecido que el citado artículo 4 de la Constitución debe interpretarse juntamente con el artículo IX del Código de los Niños y Adolescentes y el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, los cuales forman el bloque de constitucionalidad.

Se cita a la Ley N° 30466, Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del Interés Superior del Niño en Perú, en cuyo artículo 2 define al Interés Superior del Niño como un derecho, un principio y una norma de procedimiento que otorga al niño el derecho a que se

considere de manera primordial su interés superior en todas las medidas que afecten directa o indirectamente a los niños y adolescentes garantizando sus derechos humanos.

De igual manera se tiene al Reglamento de la aludida Ley N° 30466 (aprobado por Decreto Supremo N° 002-2008-MIMP), en cuyo artículo 7 se establece que:

“En la evaluación y determinación del interés superior del niño se debe considerar de manera conjunta, lo siguiente: a) Los elementos de evaluación pertinentes a los que hace referencia en los artículos 8 y 9 del presente reglamento. b) Seguir un procedimiento que vele por las garantías jurídicas y la aplicación adecuada del derecho”. De igual manera en su artículo 8.1 señala como uno de los elementos para la evaluación de circunstancias concretas de cada niña, niño o adolescente, a: “...la edad, sexo, género, grado de madurez, la experiencia, la pertenencia a un pueblo indígena, originario, afroperuano o grupo minoritario, la existencia de una discapacidad física, sensorial, mental o intelectual y el contexto familiar, económico, social y cultural de la niña, niño o adolescente.”

De esta manera se sustenta que el Principio del Interés Superior del Niño se antepone a cualquier otro derecho o interés en controversia; debiendo entenderse que este principio corresponde tenerlo en cuenta en cualquier decisión que adopte una autoridad pública o privada en relación con los niños, niñas y adolescentes.

Chunga et al. (2012) señalan que:

“El artículo VIII del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes incorpora el principio del interés superior del niño, conceptualizado en la Convención, como norma orientadora de todas las medidas que adopten

las autoridades públicas y la sociedad. Este principio es uno de los pilares de la doctrina de atención integral, que otorga prioridad social y compromete la acción preferente por parte de las autoridades del Estado en favor de los menores de edad.” (p. 26).

Plácido (2003) indica que “el interés superior del niño/niña se encuentra protegido por diferentes derechos subjetivos que le dan forma y fuerza al principio” (p. 84).

EL Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF 2007) establece que los derechos del niño deben ser interpretados sistemáticamente ya que en su conjunto aseguran la debida protección a los derechos a la vida, la supervivencia y el desarrollo del niño. Durante la infancia/adolescencia la interdependencia de los derechos se hace más evidente que en otras etapas de la vida. La noción de interés superior refiere a ese conjunto sistemático y apoya una interpretación holística de la Convención (p. 137). Agrega que, en el caso de conflicto entre los derechos del niño y los derechos de otras personas, como por ejemplo en las infracciones a la ley penal, los derechos del niño deberán tener una primacía no excluyente de los derechos de los terceros (p. 138).

Cillero analiza que el artículo 18 reconoce el derecho y responsabilidad de los padres a la crianza y la educación y el deber del Estado de garantizarlo y apoyarlo, señala que los padres ejercerán sus funciones de acuerdo con una orientación fundamental: el interés superior del niño (art.18.1). Esta disposición debe interpretarse en conjunto con el artículo quinto que señala que el objetivo de las facultades de orientación y dirección de los padres es “que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”, de acuerdo con la evolución de sus facultades; por lo que al intentar una interpretación sistemática

de las dos disposiciones es claro que los derechos y responsabilidades de los padres, en relación a la orientación y dirección de sus hijos, tienen por objeto la protección y desarrollo de la autonomía del niño en el ejercicio de sus derechos, y que sus facultades se encuentran limitadas, justamente, por esta función u objetivo. Es decir, se confirma la equivalencia entre ejercicio de los derechos del niño e interés superior (p. 140).

El Interés Superior del Niño tiene como objetivo garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención sobre los Derechos del Niño. En atención a ello, el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas ha establecido que los derechos del niño no guardan una jerarquía, por el contrario, todos los derechos reconocidos están vinculados con el Interés Superior del Niño y recomienda que ningún derecho pueda perjudicarse con la interpretación inadecuada de dicho interés.

El Interés Superior del Niño se caracteriza por ser un derecho subjetivo de los niños; además es un principio inspirador y fundamental para la estructura de leyes de los Estados, de los derechos de los que son titulares, que posee un propósito protector de los menores, en casos de vulnerabilidad a causa de la imposibilidad que tienen de dirigir su vida con total autonomía; asimismo por su amplitud, esto es, trasciende al ámbito judicial extendiéndose a todas las autoridades e instituciones públicas y privadas, además del entorno familiar del niño; la patria potestad no otorga derechos absolutos sobre los hijos, sino que están limitados por los derechos de los niños en cumplimiento de su interés superior.

TorreCuadrada (2016) considera que:

“El interés superior del menor es un derecho y un principio con contenido y perfiles complicados de visualizar en abstracto. La diversidad de las medidas que su aplicación puede implicar provoca que no sea tan relevante su concepto en sí mismo como la finalidad que persigue y los criterios que han de guiar al órgano encargado de su aplicación. Una consecuencia de esta indeterminación es el dinamismo característico del principio, que permite su adaptabilidad a las distintas situaciones en presencia.” (p. 15).

Esto significa que los operadores de la justicia en el Perú deben tomar en cuenta las normas que son favorables al menor y al adolescente, cuando sus derechos fundamentales están en cuestionamiento jurídico y de ello considerar lo que más favorece, porque el interés superior del niño no es una sugerencia o recomendación, sino es una exigencia.

El Interés Superior del Niño, según se aprecia en los acápites anteriores, es un principio integral, generador e inspirador basado en el derecho común, muy pertinente para aplicarlo a la solución de conflictos de interés entre un niño y otra persona.

Sokolich (2013) analiza al Principio del Interés Superior del Niño y concluye que es indiscutiblemente la guía en la toma de cualquier decisión pública o privada, más aún en sede judicial; sin embargo, su sola enunciación no constituye razón ni justificación suficiente de la decisión; peor aún, no puede instituirse como herramienta de la arbitrariedad, sino que, por el contrario, debe ser la consecuencia lógica de la valoración de todo el caudal probatorio aportado al proceso, a partir del cual el Juzgador utilizando su apreciación razonada determinará lo mejor para el niño (p. 84).

Agrega que el Principio del Interés Superior del Niño representa el espíritu de la Doctrina de la Protección Integral, materializado en el reconocimiento de los derechos humanos de la infancia consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño.

El Principio del Interés Superior del Niño exige que los fallos judiciales se sujeten tanto en la forma como en el fondo a los derechos de los niños, niñas y adolescentes recogidos en la Convención sobre los Derechos del Niño y en el Código de los Niños y Adolescentes.

En caso de colisión entre el Principio del Interés Superior del Niño y el Principio del Debido Proceso, deben ponderarse los derechos en conflicto y privilegiarse el primero. El Principio del Interés Superior del Niño se antepone a cualquier otro derecho o interés en controversia (p. 89).

Para el cumplimiento del análisis y aporte de Sokolich (2013) es pertinente que el juez o cualquier autoridad considere la flexibilización de los trámites judiciales administrativos y con celeridad se manifieste el interés de atender los conflictos jurídicos que se pueden presentar con los niños y adolescentes, para ello está el amparo en el interés superior del niño y del adolescente. El interés superior del menor forma parte de acciones tendentes a garantizar el desarrollo integral, una vida digna, condiciones materiales y afectivas que permitan vivir plenamente y alcanzar el máximo de bienestar posible a las y los menores. Teniendo en cuenta esto, se trata de una garantía que protege los derechos del niño y del adolescente. “El interés superior del menor es un concepto triple: es un derecho, un principio y una norma de procedimiento (p. 34).

Se trata del derecho del menor a que su interés superior prime al decidir sobre una cuestión que le afecta; si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga el interés superior del niño o adolescente; es una norma de procedimiento ya que, siempre que se deba tomar una decisión que afecte a menores, el proceso deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones de esa decisión en las y los menores interesados.

Chunga et al. (2012, p. 26), refiriéndose al Código de los Niños y Adolescentes, expresa que el principio del Interés Superior del Niño viene a ser uno de los pilares de la doctrina de atención integral, que otorga prioridad social y compromete la acción preferente por parte de las autoridades del Estado en favor de los menores de edad.

En tal sentido es prioritario que se considere el reconocimiento de los derechos fundamentales, como una acción legal, por antonomasia.

En el artículo III del Código de los Niños y Adolescentes, se establece que para la interpretación y aplicación del Código deberá considerarse la igualdad de oportunidades y la no discriminación a que tiene derecho todo niño y adolescente sin distinción de sexo. Por tanto, teniendo en cuenta el principio del Interés Superior del Niño, el derecho a la identidad biológica es un derecho de todos los niños y de todos los adolescentes, debiendo el Estado velar por su estricto cumplimiento; la falta de atención a este principio expresa discriminación.

El Interés Superior del Niño es un principio jurídico en la especialidad del derecho de la niñez y adolescencia, en que se hace necesario verificar la

existencia de conflicto de derechos en una situación de incertidumbre jurídica, debiendo entenderse que éste corresponde tenerlo en cuenta en cualquier decisión que adopte una autoridad pública o privada en relación con los niños, niñas y adolescentes.

El Interés Superior del Niño significa plena satisfacción de sus derechos; derechos que a menudo son olvidados por los adultos en las situaciones conflictivas, como el caso del reconocimiento del derecho a la identidad biológica de los menores de edad que han nacido producto de la inseminación heteróloga. Igualmente alienta la idea de que la voluntad o deseo de los progenitores o sus sustitutos debe ceder ante lo que resulte más conveniente para el niño o el adolescente, persona a la cual afectará la decisión jurisdiccional.

El principio del Interés Superior del Niño, entendido como un conjunto de acciones y procesos tendientes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna, indica que las sociedades y gobiernos deben de realizar el máximo esfuerzo posible para construir condiciones favorables a fin de que estos puedan vivir y desplegar sus potencialidades. De manera que el nacido, en atención a su interés, debe tener el mismo derecho que cualquier otro niño por investigar su origen biológico, por formar parte de su identidad.

Plácido (2003) indica que, “el interés superior del niño/niña se encuentra protegido por diferentes derechos subjetivos que le dan forma y fuerza al principio (p. 84).

Con respecto al Interés Superior del Niño, Varsi (1999) sostiene que:

“de la revisión de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, se puede advertir los criterios acerca de cómo puede abordarse la determinación del “interés superior del niño” en concreto, el “interés superior del niño” exigirá proveer en primer lugar a sus problemas inmediatos y más graves (salud, educación, libertad personal, identidad); en la concreción de ese interés y con la pretensión de garantizarle sus derechos fundamentales, habrá de conjugarse, por principio e inicialmente, las necesidades presentes con las futuras que quepa razonablemente prever; es preciso incentivar la autonomía personal y funcional en la definición de su interés, por ello la alternativa que se elija debe ser aquella que haga efectivo el ejercicio de sus derechos fundamentales.” (pp. 135-138).

Plácido (2015) refiere 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 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 sus gustos, sentimientos y preferencias, etc., que también influyen en los medios elegibles (p. 190).

De esta manera, el principio del Interés Superior del Niño sólo podrá ser entendido teniendo como sustento el resguardo de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, en la medida que son estos derechos los que buscarán privilegiarse.

El Interés Superior del Niño implica aplicarlo y poner en funcionamiento prioritario la atención del derecho a la identidad biológica; al respecto, el artículo

4 del Código de los Niños y Adolescentes hace referencia a la integridad personal del niño y adolescente, esto es, a su derecho que tienen a que se respete su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar; no podrán ser sometidos a tortura, ni a tratos crueles o degradantes.

El niño y el adolescente, considerando la aplicación del interés superior, resulta siendo un instrumento básico para que se proteja a quienes pueden ser objeto de vulnerabilidad del derecho a la identidad biológica de los niños que han sido engendrados, mediante la técnica de inseminación heteróloga, cuyos padres que aceptan la identidad dinámica, del deseo, reconocimiento social se pueden oponer a guardarse “en secreto” la identidad biológica del niño; pero es prioritario expresar que un niño no puede ser engañado y causarle daño a su derecho a la integridad, a su dignidad e identidad y para ello es fundamental que se tenga en cuenta este principio para resolver con la celeridad y a favor el derecho a la identidad del menor nacido mediante la técnica de la inseminación heteróloga.

Juárez (Citado por Romero, 2017 p. 36) indica que el interés superior del niño se caracteriza por aplicarse en toda medida respecto al niño; es un mandato dirigido a todos los Órganos del Estado, personas jurídicas y personas naturales; la obligación de su cumplimiento no es exclusiva de determinado nivel de la organización estatal o social; se aplica en toda decisión de índole administrativa, normativa, jurisdiccional y particular; está dirigido a proteger el interés superior del niño, niña o adolescente; es discriminatorio; limita la actuación del Estado y de los particulares; a nuestro entender, es un derecho de la niñez.

El interés superior del niño representa su reconocimiento como persona, la aceptación de sus necesidades y la defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos por sí mismo.

La realización del Interés Superior del Niño tiene una íntima relación con los demás derechos del niño, tales como el derecho a la supervivencia y el desarrollo, el derecho a la libertad de expresión y a ser escuchado, el derecho a la no discriminación, y el derecho a la identidad.

El principio del Interés Superior del Niño ha sido analizado por los Magistrados del Tribunal Constitucional en diversos procesos; así se menciona a la STC emitida en el Expediente N° 03247-2008-PHC/TC, su fecha 14 de agosto de 2008 (f. j. 8), la cual el Tribunal Constitucional hace suya la interpretación que ha sido propuesta por Miguel Cillero Bruñol, en el sentido de que el principio del Interés Superior del Niño es la plena satisfacción de sus derechos, los cuales son el contenido del citado principio, existiendo por tanto una identidad entre el interés y los derechos. Esta interpretación es denominada garantista.

Se tiene también a la STC emitida en el Expediente N° 00012-2010-PI/TC, su fecha 11 de noviembre de 2011, en cuyo literal b) del fundamento jurídico 30, interpreta el principio del Interés Superior del Niño en los siguientes términos:

“b. Desde una perspectiva normativa, el niño y el adolescente no se encuentran, en abstracto, en una situación jurídica comparable con la de un adulto, toda vez que el artículo 4 de la Constitución, impone a la comunidad y al Estado la obligación de proteger “especialmente al niño”. En este precepto reside la constitucionalización del denominado “interés superior del niño”, que no es sino la exigencia de asumir prima facie y en

abstracto la superioridad axiológica de los derechos e intereses de los niños y adolescentes, allí donde el caso impone al razonamiento jurídico la valoración de una causa en la que ellos se encuentran comprometidos. Asumo que, entre otras cosas, se traduce en el deber de, en caso de dudas hermenéuticas, interpretar el derecho de forma tal que resulten optimizados tales derechos e intereses, bajo el umbral de los criterios *pro homine* y *favor debilis*.”

Se cita a la STC emitida en el Expediente N° 01817-2009-PHC/TC del 07 de octubre de 2009, en cuyo fundamento jurídico 13 se estableció que:

“13. De otra parte, conviene precisar que para determinar la prevalencia del interés superior del niño y materializar la adopción de atenciones, cuidados y medidas especiales de protección, a decir de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es preciso ponderar no solo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en la que se halle el niño”.

En la STC emitida en el Expediente N° 3380-2004-AA/TC, en su fundamento 35 establece el fundamento constitucional para la protección del niño y del adolescente, en los siguientes términos:

“35. Se señala en la Constitución, artículo 4, que “la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente”. El fundamento constitucional de la protección del niño y del adolescente que la Constitución les otorga radica en la especial situación en que ellos se encuentran; es decir, en plena etapa de formación integral en tanto personas. En tal sentido, el Estado, además de proveer las condiciones necesarias para su libre desarrollo, debe también velar por su seguridad y bienestar.”

Luego en el fundamento jurídico 16 de la citada sentencia se establece el alcance de la aplicación del Interés Superior del Niño, precisando que dicho

principio se caracteriza por irradiar sus efectos de manera transversal, que es deber de toda institución privada o pública (Congreso de la República, órganos de la administración pública y tribunales de justicia) el considerar sus alcances, debiendo tener una actuación garantista, de acuerdo con la cual, cualquier decisión que involucre a un menor deba adoptarse considerándolo como un sujeto de derecho al que es preciso garantizar la satisfacción integral de sus derechos.

De igual manera en la STC emitida en el Expediente N° 1665-2004-AA/TC, en cuyo fundamento jurídico 19 hace mención del principio pro-infante como garantía del desarrollo del principio del Interés Superior del Niño, en los siguientes términos:

“19. La pauta que suministra el principio pro-infante, en estos casos, es que la aplicación de la disposición deberá realizarse privilegiando el sentido interpretativo con el que mejor se optimice el ejercicio del derecho fundamental del menor... Según el principio pro-infante, ante un dilema semejante no queda a discrecionalidad escoger la disposición con la que resolverá el caso, pues en la elección del material normativo, este necesariamente deberá privilegiar aquella disposición con la cual se optimizará mejor el ejercicio del derecho fundamental del menor.”

Luego en su fundamento jurídico 21 se estableció que el principio pro-infante suministra pautas de resolución de conflictos o antinomias entre derechos o entre éstos y otros bienes de rango constitucional; es así que, ante un conflicto que involucre derechos de los menores y otro tipo de derechos o intereses constitucionales garantizados, el referido principio predispone al juzgador su obligación de brindar prevalencia a los derechos e intereses de los menores, a excepción de que existan razones poderosísimas y absolutamente necesarias

que justifiquen el establecimiento de una regla de procedencia en sentido inverso.

De acuerdo con las citadas resoluciones, el Tribunal Constitucional concibe al Interés Superior del Niño como el deber de privilegiar el interés de los niños y adolescentes mediante el pleno respeto de sus derechos, teniendo en cuenta, para ello, las características particulares de la situación en la cual se encuentran.

El principio del Interés Superior del Niño en muchos casos no es reclamado como objeto de una pretensión, sino que la discusión ha versado sobre un determinado derecho en el cual dicho principio se ha encontrado implicado y que, sin embargo, luego de un debate de derechos reclamados, se ha decidido en base al Interés Superior del Niño visto como un parámetro o criterio para valorar un derecho, relación jurídica o situación concreta, o en la solución de conflicto de derechos.

Los niños poseen derechos que corresponden a todo ser humano, pero que, en atención a la particular situación de vulnerabilidad y dependencia en que se encuentran aquellos en las fases de su vida, se justifica objetiva y razonablemente el otorgarles un trato diferente que no es per se discriminatorio; sino, por el contrario, sirve al propósito de permitir el cabal ejercicio de los derechos especiales que se derivan de tales condiciones; por ello, la especial que les reconoce la Constitución y la Convención sobre los Derechos del Niño tiene como objetivo último el desarrollo armonioso de la personalidad de estos niños y el disfrute de los derechos que se les ha reconocido; derechos especiales

cuya protección debe ser garantizado obligatoriamente por la familia, la sociedad y el Estado, adoptando las medidas necesarias con tal propósito.

El Comité de los Derechos del Niño ha estimado que deben tenerse en cuenta los siguientes elementos al momento de evaluar y determinar el Interés Superior del Niño:

(a) La opinión del niño, esto es, el punto de vista del niño o conceder a su opinión la importancia que merece de acuerdo con su edad y madurez. Se cita a la Casación N° 856-2000-Apurimac, en la cual se precisa el Juez está en la obligación de escuchar la opinión del niño y tomar en cuenta la del adolescente, lo cual no implica que se encuentre limitado a fallar según lo que considere el menor, ya que se debe atender a su interés superior, el que no necesariamente va a concordar a cabalidad con la aludida opinión.

(b) La identidad del niño. La Casación N° 2726-2012 Del Santa establece que el derecho a la identidad consagrado en el inciso 1 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado comprende el derecho a un nombre a conocer a sus padres y conservar sus apellidos, el relativo a una nacionalidad y la obligación de que el Estado reconozca su personalidad jurídica, conforme lo ha señalado el Tribunal Constitucional en la sentencia N° 02432-2005-PH/TC”.

(c) La preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones; derecho que, para al Tribunal Constitucional, es fundamental e implícito, tal como lo ha precisado en el Expediente N° 1817-2009-HC/TC: “A consideración de este Tribunal, el derecho del niño a tener una familia y no ser separado de ella es un derecho fundamental implícito que encuentra sustento en el principio-derecho de

dignidad de la persona humana y en los derechos a la vida, a la identidad, a la integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad y al bienestar reconocidos en los artículos 1° y 2° de la Constitución. La citada regla admite excepciones, esto es, cuando el niño es maltratado o descuidado por parte de sus padres o cuando éstos vivan separados y deba adaptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño, en cuyos casos éste será separado de su familia.

(d) Cuidado, protección y seguridad del niño; para lo cual se cita la STC emitida en el Expediente N° 2092-2010-PHC/TC, en cuyo fundamento jurídico 7 se estableció que el Tribunal Constitucional, sobre la base del derecho a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material, reconocido en el Principio 6 de la Declaración de los Derechos del Niño... ha entendido que el Estado, la sociedad y la comunidad asumen la obligación de cuidar, asistir y proteger al niño para procurar que tenga un nivel de vida adecuado y digno para su desarrollo físico, psíquico, afectivo intelectual, ético, espiritual y social.

(e) El derecho al niño a la salud.

(f) El derecho del niño a la educación.

El ámbito de aplicación del Interés Superior del Niño, de acuerdo con lo manifestado por el Tribunal Constitucional en la sentencia emitida en el Expediente N° 04646-2007-PA/TC del 17 de octubre de 2007, se da en:

(a) Las políticas públicas del Estado referidas a la niñez y adolescencia; se resalta que, en virtud del principio del Interés Superior del Niño, los menores de edad constituyen un grupo de atención prioritaria dentro de las políticas del

Estado. Se resalta que la niñez constituye un grupo de interés y protección prioritaria del Estado.

(b) La función legislativa del Estado al expedir normas que involucren los derechos de los niños y adolescentes.

(c) La función jurisdiccional del Estado, al resolverse los conflictos donde se discute los derechos de los niños y adolescentes. En la STC emitida en el Expediente N° 3744-2007-PHC/TC se estableció la obligatoriedad de aplicar el principio del Interés Superior del Niño en todo proceso donde se encuentren involucrados los derechos de los niños y adolescentes.

(d) La administración pública, cuando se adapten decisiones que afecten los derechos de los niños y adolescentes, ello a raíz de la STC proferida en el Expediente N° 03330-2004-AA/TC donde se señaló que el principio del Interés Superior del Niño debe ser considerado por los gobiernos locales - municipalidades- al pronunciarse o resolver determinados casos relacionados con la libertad de empresa, resaltando que dicho principio no puede ser contravenido por dichas acciones.

Como se nota, el principio del Interés Superior del Niño no solo es aplicable al Estado y a las instituciones públicas, sino también a la familia y a los padres, tal como el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en el Expediente N° 02132-2008-PA/TC de fecha 09 de mayo de 2011.

En atención a lo indicado se concluye que los derechos del niño no son asimilables a intereses colectivos, debido a que pueden entrar en conflicto con un determinado grupo de interés social o particular; en cuyos casos, el Interés

Superior del niño adquiere una ponderación primordial frente a estos. Por este derecho, frente a una discrepancia entre el derecho a la identidad personal, llámese identidad biológica, y el derecho a la libertad contractual sustentado en la voluntad del anonimato del donante de gametos, siempre ha de optarse por el derecho a la identidad personal del concebido mediante inseminación artificial heteróloga, en salvaguarda del principio del interés superior del niño, debidamente tutelado por el Estado, la sociedad, la familia y los padres.

3.6. El principio de protección especial del niño

Con la Declaración de los Derechos del Niño se dejó de considerar al niño y adolescente como un adulto en miniatura; por el contrario, fue visto como unidad distinta al adulto y que, por su desventaja, en determinadas situaciones, se otorga derechos de atención especial o los denominados de interés superior.

Al respecto, Aguilar (s.f.) señala que el ser humano en la primera etapa de su vida es incapaz de valerse por sí mismo; es un ser en estado de necesidad natural; requiere de asistencia, protección, socorro para su sobrevivencia, pues de no ser así perecerá. Este estado de insuficiencia, y la consecuente obligación de atenderlo ha dado lugar a que el Derecho regule una serie de instituciones jurídicas dirigidas directa o indirectamente a amparar al infante (p. 1). Es un fundamento básico para dar sentido al interés superior del menor, el mismo que debe ser protegido para que tenga garantía legal de un desarrollo armónico e integral, por lo que no solo se trata de asegurar su bienestar físico, sino también el emocional, actitudinal y social.

Este principio está encaminado a exigir al Estado y con ello a los demás organismos en general, la adopción de acciones sociales de protección ante situaciones específicas de vulnerabilidad y/o violación de derechos de niños, niñas y adolescentes, dentro de ellos el derecho a la identidad del menor. Es un principio que se tiene en cuenta para que no se vulnere el derecho a la identidad de los niños que han sido engendrados mediante la técnica de inseminación heteróloga porque de ninguna manera, sea social o legal, se puede discriminar, ante una situación específica y un contrato entre los padres que convienen tener un hijo mediante asistencia técnica y la persona que es donante de los genes.

El menor es un ser humano y como tal le corresponde todos sus derechos y más que todo el derecho a la identidad.

Teniendo en cuenta esto, Plácido (2018) refiere que los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos. Pero, en atención a la particular situación de vulnerabilidad y dependencia en la que se encuentra el ser humano en tales fases de la vida, se justifica objetiva y razonablemente el otorgarles un trato diferente que no es per se discriminatorio; sino, por el contrario, sirve al propósito de permitir el cabal ejercicio de los derechos especiales derivados de tales condiciones.

Lo cual reconoce de manera preferente a los menores de edad que pueden ser objeto de maltrato a su dignidad humana, por razones especiales, como los conflictos, guerras, fecundación asistida mediante técnicas, con la obligación de garantizar la protección necesaria.

Este principio de protección especial del niño y adolescente fue consagrado por primera vez en la Declaración de Ginebra sobre los Derechos de los niños que fue aprobada por la Sociedad Nacional el 26 de diciembre de 1924.

Soledad (2012) estableció que, posteriormente, el 10 de diciembre de 1948 la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas aprobó la Declaración Universal de Derechos Humanos que implícitamente incluía los derechos del niño (p. 45). Agrega que, ante la necesidad de una más directa protección de los derechos de los niños en el mundo, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, aprobó la Declaración de los Derechos del Niño (p. 46).

El principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño establece el derecho del niño a gozar de una protección especial, a disponer de oportunidades y servicios, dispensando todo ello por la ley y por otros medios, a fin de poder desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad.

En tal sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño, en el artículo 8, recuerda el trato especial que todos los niños deben tener como es el derecho a conocer su identidad biológica y a trascender mediante el derecho a su identidad dinámica; al expresar que “las autoridades tienen la obligación de proteger la identidad, nombre, nacionalidad y relaciones familiares de todos los niños”.

El Tribunal Constitucional (2009) en el Expediente N° 01817-2009-PHC/TC, establece que:

“Sobre esta base normativa supranacional, el artículo 4 de la Constitución reconoce que la “Comunidad y el Estado protegen especialmente al niño”. Así, pues, teniendo presente el enunciado normativo de este artículo, este Tribunal estima que el constituyente ha reconocido el principio de especial protección del niño, que se fundamenta en la debilidad, inmadurez (física y mental) o inexperiencia en que se encuentran los niños, y que impone tanto al Estado como a la familia, a la comunidad y a la sociedad, entre otras acciones y deberes, la obligación de brindarles atención y cuidados especiales y el deber de adoptar las medidas adecuadas de protección para garantizar su desarrollo libre, armónico e integral”.

De igual manera, en la sentencia emitida en el Expediente N° 02132-2008-PA/TC, su fecha 09 de mayo de 2011, en su fundamento 10 estableció que:

“10. De este modo, el principio constitucional de protección del interés superior del niño, niña y adolescente, se constituye en aquel valor especial y superior según el cual los derechos fundamentales del niño, niña y adolescente, y en última instancia su dignidad, tienen fuerza normativa superior no solo en el momento de la interpretación de ellos, constituyéndose, por tanto, en un principio de ineludible materialización para el Estado, la sociedad en su conjunto y la propia familia, incluidos claro está el padre, la madre o quien sea responsable de velar por sus derechos fundamentales.”

En la misma línea, el Tribunal Constitucional (2010) en la sentencia emitida en el Expediente N° 02079-2009-PHC/TC del 09 de diciembre de 2010, al referirse al principio de protección especial, señaló la exigencia de hacer prevalecer el interés superior de los niños y adolescentes sobre otros intereses (f. j. 1.3).

Dentro de las normas que sustentan el principio de protección del niño se menciona a las siguientes:

(a) La Constitución Política en su artículo 4 establece que, la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protege a la familia y promueven el matrimonio. Reconoce a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. Fundamento constitucional que se articula con el artículo 1º del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, referente al derecho a la vida e integridad del niño, en atención a su condición de persona humana; y que cuya aplicación se extiende a los menores que han sido engendrados de manera asistida, tal es el caso de la inseminación heteróloga.

Cuando se hace mención de la comunidad, se refiere implícitamente a las instituciones sociales y las entidades judiciales como responsables de dar atención a los menores de edad que se encuentran siendo objeto de abandono o de negar el legítimo derecho a su identidad biológica, más que todo de los menores que han sido engendrados de manera asistida, tal es el caso de la inseminación heteróloga.

(b) La Declaración Universal de los Derechos del Niño de 1924; sentencia que el niño no es un adulto en miniatura. Es una unidad distinta al adulto y que, por su desventaja, en determinadas situaciones, se otorga derechos de atención especial o los denominados de interés superior.

(c) La Convención Sobre los Derechos del Niño, en cuyo artículo 8 establece que los niños deben tener el derecho a conocer su identidad biológica; las autoridades tienen la obligación de proteger la identidad de todos los niños.

Es obligación del Estado de asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar. Los términos “protección” y “cuidado” deben ser interpretados en sentido amplio, vale decir, con el ideal amplio de garantizar el “bienestar” y el desarrollo del niño.

En sentido amplio, el “bienestar” del niño abarca sus necesidades materiales, físicas, educativas y emocionales básicas, al igual que su necesidad de afecto y seguridad.

El cuidado emocional es una necesidad básica de los niños; si sus padres o tutores no satisfacen sus necesidades emocionales, es necesario tomar medidas para que él cree lazos afectivos seguros. No olvidemos que los niños necesitan establecer un vínculo con las personas a cargo de su cuidado, a una edad muy temprana, y ese vínculo, si es adecuado, debe mantenerse a lo largo de los años para ofrecer al niño un entorno estable.

3.7. El derecho al desarrollo integral y a la integridad del niño

El derecho al desarrollo integral de la personalidad del menor se encuentra regulado en el derecho internacional y nacional como:

(a) La Declaración de los Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas, al establecer en su artículo 1 que, “El niño debe ser puesto en

condiciones de desarrollarse normalmente desde el punto de vista material y espiritual.”

(b) La Convención de los Derechos del Niño (1989), en cuyo artículo 27 inciso 1 conceptúa que integridad e integralidad se refiere al adecuado desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social del niño.

(c) La Cumbre Mundial a Favor de la Infancia (1990), busca garantizar el desarrollo integral e integridad de los niños y adolescentes y propone mejoras en las condiciones de salud y nutrición; cuidado a niños en circunstancias difíciles, el mismo trato desde su nacimiento, servicios de educación básica, protección y asistencia a la familia.

(d) La Constitución Política en su artículo 1 estipula la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad como fin supremo de la sociedad y del Estado; mediante la cual atiende el respeto a la dignidad que se expresa en el reconocimiento de la identidad biológica que significa darle el sentido de ser humano que conoce su propio ser biológico. En su artículo 2 inciso 1, reafirma el mandato de la integralidad, al considerar el derecho a la identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar; incluso sostiene que el concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.

(e) El Código de los Niños y Adolescentes, protege la integralidad y da prioridad a la identidad, en el artículo 1, garantiza la vida del concebido, protegiéndolo de experimentos o manipulaciones genéticas contrarias a su integridad y a su desarrollo físico o mental; incluso reafirma la integralidad, como un derecho en el artículo 4 al establecer que, “El niño y el adolescente tienen

derecho a que se respete su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar”; además en el artículo 6, de manera expresa norma que, “El niño y el adolescente tienen derecho a la identidad, lo que incluye el derecho a tener un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y llevar sus apellidos. Tienen también derecho al desarrollo integral de su personalidad”.

(f) El Reglamento de la Ley N° 30466, Ley que establece los parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño, en cuyo artículo 3 referente a los principios para aplicar dicho reglamento, menciona tres de ellos (entre otros): (a) Igualdad y no discriminación. Todas las niñas, niños o adolescentes ejercen sus derechos en igualdad de condiciones, sin discriminación alguna por motivo de identidad étnica, cultural, sexo, género, edad, idioma, religión, nacionalidad, opinión política, origen, contexto social o económico, discapacidad o cualquier otra condición de la niña, niño, adolescente o de su madre, padre, familiares o representantes legales; (b) Integralidad. Implica abordar el desarrollo de la niña, niño o adolescente en todas sus dimensiones y perspectivas, tanto en lo que a resultados y factores se refiere como a las intervenciones necesarias para ello. (c) Desarrollo progresivo. Considera a las niñas, niños y adolescentes en su edad y sus características, con un proceso de desarrollo particular y con un ritmo propio de maduración y no como una mera suma de funciones fragmentadas o un inventario de capacidades o incapacidades más o menos temporarias o permanentes.

(g) La Ley del Sistema Nacional de Atención Integral al Niño y el Adolescente Ley N° 26518 (1995), en cuyo artículo 2 promueve la Atención

Integral que comprende el conjunto de acciones dirigidas al desarrollo del niño y el adolescente en los aspectos físicos, morales y mentales y demás dimensiones de la vida a fin de lograr su incorporación plena y responsable a la sociedad y su realización individual.

Los principios de la doctrina de atención integral del infante expresan en lineamientos básicos que el niño es un sujeto y no un objeto, interés superior del niño, atención especial a los niños y adolescentes que pasan situaciones complicadas, justicia especializada con participación de la sociedad.

Con respecto a las normas citadas, Aguilar (2013, p. 7) refiere que no tienen en cuenta consideraciones básicas, tales como: (a) el menor es objeto del derecho; (b) su incapacidad natural, lo convierte en un ser digno de compasión; (c) indistinción entre abandonados moral o materialmente, infractores de la ley, e incluso los de deficiencia física o mental; (d) facultad discrecional de la magistratura especializada, para la declaración de abandono moral o material; (e) carencia de políticas sociales a favor de los infantes.

Los principios de la doctrina de atención integral del infante expresan lineamientos básicos: (a) el niño es un sujeto no un objeto; (b) el interés superior del niño; (c) atención a niños y adolescentes en circunstancias difíciles como el abandono y la violencia; (d) participación de la sociedad; (e) justicia especializada.

La Cumbre Mundial a Favor de la Infancia (1990) sintetiza sus acuerdos en diez puntos básicos, con la finalidad de garantizar el derecho al desarrollo integral del niño, sustentan tareas que cada Estado debe implementarlo: La

primera obligación es mejorar las condiciones de salud y nutrición de los niños; prestar más atención, cuidado y apoyo a los niños impedidos y otros niños en circunstancias especialmente difíciles; el fortalecimiento de la función de la mujer en general y el respeto de su igualdad de derechos favorecerán a los niños del mundo. Las niñas deberían recibir el mismo trato y las mismas oportunidades desde su nacimiento; la prestación de servicios de educación básica y de alfabetización a todos es una de las contribuciones más importantes que se pueden hacer al desarrollo de los niños del mundo; dar toda la protección y la asistencia necesarias a la familia, como grupo fundamental y entorno natural del crecimiento y el bienestar de los niños; ofrecer la oportunidad de descubrir su identidad y aprovechar su potencial. Se debería preparar a los niños para vivir responsablemente en una sociedad libre; asegurar o reactivar urgentemente el crecimiento y el desarrollo económicos sostenidos y sostenibles en todos los países.

Chunga et al. (2012) refieren que, “la integridad personal del niño y adolescente “debe ser entendida como el bienestar físico, psicológico y espiritual. Es característica fundamental de este derecho la irrenunciabilidad de su ejercicio, es decir, que los padres y cualquier persona o institución están impedidos de vulnerarlo, por razones de interés social” (p. 28). Este derecho parte del interés central que expresan Chunga et al., entendiendo al ser humano como unidad biopsicosocial y que el interés mayor es la integralidad.

Agregan sobre la concepción de la personalidad:

“Es entendida como el desenvolvimiento libre del ser humano dentro de la sociedad. Por tanto, es en el plano coexistencial donde se encuentra de

forma dinámica el ejercicio de la personalidad. Para que esta personalidad quede individualizada jurídicamente, es necesario reconocer en el ordenamiento jurídico el derecho a la identidad.” (p. 29).

Considerando las apreciaciones anteriores, el desarrollo integral para Barlatta (2011):

“Debe ser entendido conforme lo indica el artículo 27.1 de la Convención sobre Derechos del Niño como: Desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social, al visualizar del derecho del niño, niña o adolescente a su integridad personal... A partir de esta exigencia en la normativa internacional y nacional será requisito general la responsabilidad en los distintos actores de su entorno familiar, social y personal para que garanticen en el niño, niña o adolescente su desarrollo personal pleno.” (pp. 25-26).

Los cambios generados por la biotecnología y la biogenética han determinado el surgimiento de derechos que corresponden a los avances sociales y tecnológicos; los cuales son criterios para el restablecimiento de la integralidad de los seres humanos, en caso de que se atente a su unidad biopsicosocial.

Al respecto Rospigliosi (2001) considera derechos que son criterios básicos para el reconocimiento del derecho a la identidad del menor engendrado mediante la inseminación artificial, tales como (citado en Reyna, 2015, pp. 79-80)

(a) Derecho a la integralidad, protege la esencia genética, el genoma en toda su dimensión.

(b) Derecho a la existencia, busca proteger los elementos biológicos del ser humano que tienen un contenido vital, es decir no tienen vida en sí, pero sirven para producirla (gametos, células stem).

(c) Derecho a conocer su origen biológico, resguardo legal del derecho a la identidad de la persona.

(d) Derecho a la investigación de la paternidad, facultando a todo sujeto a iniciar las acciones legales.

(e) Derecho a la intimidad genética, la protección de la información más personal del hombre, la genética.

(f) Derecho a saber, conocer los resultados obtenidos de un biotest.

(g) Derecho a no saber, de ignorar los resultados obtenidos de un biotest.

(h) Derecho a la individualidad biológica, a efectos de proteger la unicidad (ser único e irrepetible) y la unidad (ser una sola cosa) del ser humano.

(i) Derechos reproductivos, negativos (legitimando los métodos de planificación familiar) y los positivos (procesos asistidos para tener descendencia).

(j) Derecho a sobrevivir, el cual es una proyección al derecho a la vida pudiendo referirnos al mismo en el caso específico de los embriones crio conservados.

Históricamente, la legislación y costumbres se basaban en la idea de que los niños eran “propiedad” de los padres, quienes podían ejercer sus derechos

únicamente en beneficio propio. Hoy en día se va desterrando esta concepción, para dar paso a las responsabilidades de los padres de actuar en beneficio del interés superior de los hijos, velando por su desarrollo en todos los ámbitos (integral, biológico, económico, social, personal, humano).

Incumbe al Estado asesorar e informar a los padres acerca de sus responsabilidades, agenciándose de los mecanismos necesarios, implementar programas de orientación prematrimonial y educación para la vida en familia, evitando la desintegración de la familia.

Se reconoce que el derecho al desarrollo integral y la integridad del niño tiene estrecha relación con los derechos ya desarrollados; así, con el derecho a la identidad personal del niño/a, a conocer su verdad biológica, a conocer a sus progenitores biológicos, a vivir en una familia; de lo contrario, no sería posible hablar del goce pleno del derecho al desarrollo integral de un niño/a cuya filiación paternal desconoce.

De esta manera se resalta una vez más sobre la importancia que tiene el reconocer el derecho a la identidad personal del menor concebido mediante la técnica de inseminación artificial heteróloga, con el fin de no verse mermado sus derechos fundamentales, su desarrollo integral y su integridad como persona.

CONCLUSIONES

1. Son criterios jurídicos que sustentan el derecho personal a la identidad del menor concebido por inseminación artificial heteróloga: la identidad; el derecho a conocer su verdad biológica; la dignidad de la persona humana como sustento del derecho a la identidad; el principio del interés superior del niño y su protección por el Estado, la sociedad, la familia y los padres; el principio de protección especial del niño; el derecho al desarrollo integral y a la integridad del niño.

2. La primacía del derecho a la identidad personal del menor concebido mediante la técnica heteróloga, frente al derecho a la libertad contractual sustentado en la voluntad del anonimato del donante de gametos, satisface la ley de ponderación con el cumplimiento de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, por lo tanto, es constitucional.

3. La identidad del menor engendrado de manera heteróloga no es elegida por la pareja o la mujer que opta por engendrar sin pareja; el interés del niño (a) a conocer su identidad biológica, se superpone frente al derecho a la libertad contractual consistente en el anonimato del donante de material genético.

4. Los derechos humanos son inherentes al hombre por su misma condición de tal, así como su dignidad, nace con ellos, por tanto, merecen ser protegidos, respetados y cumplidos.

5. La Ley General de Salud N° 26842, en el artículo 7 regula el derecho a recurrir al tratamiento de la infertilidad de los padres y tener un hijo; empero no

hace mención del derecho irrestricto de la identidad personal del menor nacido mediante la técnica heteróloga.

5. El interés superior del niño actúa como pauta interpretativa para solucionar conflictos suscitados entre los derechos de los niños (as), o entre éstos y los intereses de particulares; como garantía para asegurar los derechos subjetivos de los niños; y como criterio orientador de las políticas públicas referidas a la infancia.

RECOMENDACIONES

1. En el Perú, los legisladores y operadores de la justicia deben impulsar y promulgar normas, acorde a los avances de las Técnicas de Reproducción Asistida Humana Heteróloga, y a los avances jurídico-legales de la identidad biológica que comienza con la concepción y forma parte de toda su vida.

2. Ante la colisión del derecho a la identidad personal del menor concebido mediante la técnica heteróloga, y el derecho a la libertad contractual consistente en la voluntad del anonimato del donante de gametos, debe aplicarse la ley de ponderación, evaluándose los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad propiamente dicha.

3. La legislación a favor de la identidad del menor que es engendrado mediante inseminación heteróloga debe superar los intereses contrapuestos entre los padres, el donante de gametos y el menor, considerando el interés superior del hijo a tener garantizado el conocimiento verdadero de su identidad.

4. La pareja interesada en concebir mediante la técnica de inseminación heteróloga debe conocer que la vida humana inicia al momento de la fecundación y es un nuevo ser con derechos inherentes a la naturaleza humana como a la vida, a la identidad estática – biológica, a tener una familia.

5. Las parejas y el donante de material genético deben ser instruidos sobre la libertad contractual sin contravenir las leyes y otros derechos fundamentales, tales como el derecho a la identidad personal del menor concebido mediante esta técnica.

LISTA DE REFERENCIAS

- Abreu, José Luis (2014). El método de la investigación. Daena: International Journal of Good Conscience, 9(3)195-204. Disponible en: [http://www.spentamexico.org/v9-n3/A17.9\(3\)195-204.pdf](http://www.spentamexico.org/v9-n3/A17.9(3)195-204.pdf).
- Acosta Montedoro, Marcos (2021). Capacitación y asistencia técnica en investigación científica. Lima: Red-Mundo.
- Aguilar Llanos, Benjamín. (2013). La filiación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Gaceta Jurídica S.A. N° 10.
- Aguilar Llanos, Benjamín (s.f.). ¿Un nuevo derecho para los niños y adolescentes? Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/viewFile/5939/5948>
- Amado, Micaela (2003). El derecho a la verdadera filiación [Tesis de título profesional, Universidad Abierta Interamericana]. Repositorio imgbiblio. Disponible en: <http://imgbiblio.vaneduc.edu.ar/fulltext/files/tc044651.pdf>.
- Arteaga, P. (2010) Estudios sobre el derecho a la identidad. Lima, Perú: Edit. La Paz.
- Asamblea Nacional Constituyente. (1998). Constitución de Ecuador de 1998. Disponible en: <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/ec/ec016es.pdf>.

- Atienza, Manuel (2005). *Las Razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. México: Universidad Nacional Autónoma de México. Disponible en:
http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasjuridicas/oj_20151108_01.pdf
- Ballesteros, J. y Fernández, E. (2007). *Biotechnología y posthumanismo*. Navarra: Fondo editorial Aranzadi.
- Barlatta, M.C. (2011). La aplicación del principio jurídico del interés superior del niño en los casos de “hijos” alimentistas. *Diálogo con la Jurisprudencial*, 154, 25-26.
- Barranco, M. (2009). *Teoría del Derecho y derechos fundamentales*. Palestra Editores. Lima-Perú.
- Blancas, C. (2021). *¿Qué es el estado social de derecho?* Lima, Perú: Pasión por el Derecho.
- Bossert, G. y Zanonni, E. (2005). *Manual de Derecho de Familia*. Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- Cabrera, C. A. (1987). Reflexiones sobre la igualdad material. *Anuario de filosofía del derecho*, (4).
- Canosa, R. (2006). *El Derecho a la integridad personal*. Valladolid – España: Edit. Lex Nova,

Cantoral, K. (2012). Derecho de la protección de datos personales de la salud.
México: Editorial Novum – Conacyt.

Cárdenas, R. (2015). El derecho a la identidad biológica de las personas nacidas mediante reproducción asistida en la doctrina, jurisprudencia y legislación peruana. Disponible en:
http://www.unife.edu.pe/facultad/derecho/familia/publicaciones/REVISTA_PERSONA_Y_FAMILIA_2015/47_El%20Derecho%20a%20la%20identidad%20biol%C3%B3gica%20de%20las%20personas%20nacidas%20mediante%20reproducci%C3%B3n%20asistida%20%20%20Ronald%20C%C3%A1rdenas%20Krenz.pdf.

Carruitero, F. (2014). Introducción a la metodología de la Investigación Jurídica.
San Bernardo. Lima – Perú.

Carruitero, F. (2014). Introducción a la metodología de la Investigación Jurídica.
Lima – Perú: San Bernardo.

Casación N° 950-2016 Arequipa. Impugnación de Paternidad.

Casación N° 3797-2012 Arequipa. Derecho a la identidad.

Chunga Lamonja, F. G., Chunga Chávez, C. y Chunga Chávez, L. (2012). Los derechos del niño, niña y adolescente y su protección en los derechos humanos. Lima: Grujley.

Cillero, M. (1998). El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño. En: García Méndez, Emilio y Beliff, Mary (comps), Infancia, Ley y democracia en América Latina.

Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1990-1998). Temis/Depalma. Bogotá.

Cillero, M. (1998). El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño. Disponible en: [http://www.unicef.cl/archivos_documento/236/justicia%20 y derechos 9.pdf#page=125](http://www.unicef.cl/archivos_documento/236/justicia%20y_derechos_9.pdf#page=125).

Código de los Niños y Adolescentes. Grijley – Perú. 1919.

Congreso de la República del Perú. (1995). Ley del Sistema Nacional de Atención Integral al Niño y el Adolescente - Ley N° 26518. Disponible en: <https://docs.peru.justia.com/federales/leyes/26518-aug-4-1995.pdf>.

Congreso de la República. (2016). Constitución Política del Perú de 1993. Editorial Grijley. Perú.

Congreso de Paraguay. (1992). Constitución de Paraguay de 1992. Disponible en: https://www.oas.org/juridico/spanish/par_res3.htm.

Consejo de Europa. (1976). Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. Recuperado de: <https://www.coe.int/es/web/compass/the-international-covenant-on-civil-and-political-rights>, el 13 de marzo de 2023.

Constitución de Buenos Aires, Argentina. En: <http://www.saij.gob.ar/0-local-ciudad-autonoma-buenos-aires-constitucion-ciudad-buenos-aires-lpx0000000-1996-10-01/123456789-0abc-defg-000-0000xvorpyel?>

Constitución de Bolivia de 2009. En:
<https://sea.gob.bo/digesto/CompendioNormativo/01.pdf>

Constitución de España de 1978. En:
http://www.oas.org/dil/esp/constitucion_esp%C3%B1ola_27_diciembre_1978.pdf

Convenio de Ginebra (1949) y sus protocolos adicionales. En:
<https://www.icrc.org/es/document/los-convenios-de-ginebra-de-1949-y-sus-protocolos-adicionales>

Corral Talciani, Hernán. (2010). Intereses y derechos en colisión sobre la identidad del progenitor biológico: los supuestos de la madre soltera y del donante de gametos. *Ius et Praxis*, 16(2), 57-88.
<https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122010000200003>

Correa Mendo, Marcela Leonor. (2017). La Inseminación Artificial Heteróloga Implicancias en El Derecho de Familia [Tesis de maestría, Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo]. Repositorio UNPRG. Disponible en:
<https://repositorio.unprg.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12893/7359/BC-138%20CORREA%20MENDO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2004). Opinión Consultiva OC-N° 17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Disponible en: https://docs.es.cr-net.org/usr_doc/CapIV.pdf.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2011). Caso Gelman vs. Uruguay. Sentencia de 24 de febrero de 2011 (fondo y reparaciones). Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf.

Corte Suprema de Justicia de la República. (2013). Casación N° 2726-2012-Del Santa. Disponible en: https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/9c16fa004a480496a500f57f091476ed/Resolucion_002726-2012-.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=9c16fa004a480496a500f57f091476ed

Corte Suprema de Justicia de la República. (2013). Casación N° 3797-2012-Arequipa. Disponible en: https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/3b70f900469c5e3ab555fdac1e03f85e/Resolucion_03797-2012+Palmira.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=3b70f900469c5e3ab555fdac1e03f85e.

Corte Suprema de Justicia. (2000). Casación N° 856-2000-Apurimac. Recuperado de: <https://vlex.com.pe/vid/-472722094>, el 12 de marzo de 2023.

De Cupis, A. (1959) Diritto della personalitá, in tratt. Dir. Civ. e comm. Dirigido por Ciru A, y Messineo F. Tomo II. Milán.

De la Cuba Chirinos, César (2020) Los derechos de la infancia y adolescencia en los procesos de familia. Instituto Pacífico S. A. C. 1era Edición. Lima - Perú.

De Verda y Beamonte, J. R. (coord.). (2013). Derecho Civil IV. Derecho de Familia. Valencia-España: Editorial Tirant Lo Blanch.

Diez, L. (2013). Sistema de derechos fundamentales. Pamplona – España. Civitas I.

Diez, L. M. (2013). Sistema de derechos fundamentales. Pamplona – España. Civitas I.

El Peruano (2016). Ley N° 30466, Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del Interés Superior del Niño en Perú. Disponible en: <http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/30466.pdf>.

El Peruano (2018). Aprueban Reglamento de la Ley N° 30466, Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño - Decreto Supremo N° 002-2008-MIMP. Disponible en: <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/aprueban-reglamento-de-la-ley-n-30466-ley-que-establece-pa-decreto-supremo-n-002-2018-mimp-1654825-3/>.

Escobar Fornos, Iván. (2007). Derecho a la reproducción humana (inseminación y fecundación in vitro). Cuestiones constitucionales, (16), 137-158. Recuperado en 13 de marzo de 2023, de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932007000100005&lng=es&tlng=es.

Estados Americanos. (1969). Convención Americana de los Derechos Humanos.

Disponible en:

http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con_uibd.nsf/82C8F9A4E32

[C68070525755F00830687/\\$FILE/05_ConvencionAmericana.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con_uibd.nsf/82C8F9A4E32C68070525755F00830687/$FILE/05_ConvencionAmericana.pdf).

Eto Cruz, G. (2019). Constitución Política del Perú de 1993. Lima, Perú: Editorial Grijley.

Fernández, C. (1982). Las personas, el personalismo y la Constitución peruana de 1979. Derecho PUCP.

Fernández, C. (1990). Nuevas tendencias en el derecho de las personas. Lima: Universidad de Lima.

Fernández, C. (1992). Derecho a la identidad personal. Buenos Aires - Argentina: Editorial Astrea.

Fernández, C. (1998). Derecho de las personas. Lima-Perú: Editora y distribuidora jurídica Grijley EIRL.

Fernández, C. (2002). Breves y preliminares comentarios al anteproyecto de la Ley de Reforma de la Constitución. En: Aportes ciudadanos en debate del Anteproyecto de la Ley de Reforma de la Constitución. Lima. Congreso de la República. Tomo V.

Gamboa, G. (2016). Las técnicas de reproducción asistida (TRA) a la luz de la bioética. *Escritos*, 24(53), 319-344.
<https://doi.org/10.18566/escr.v24n53.a05>.

García Falconí, J. (2010). El Derecho Constitucional a la Identidad. Disponible en:

[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/9CB85613535A717905257C050060BEC79/\\$FILE/plan-nacional-2011-2015.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/9CB85613535A717905257C050060BEC79/$FILE/plan-nacional-2011-2015.pdf)

García Falconí, J. (2010). El Derecho Constitucional a la Identidad. Disponible en:

[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/9CB85613535A717905257C050060BEC79/\\$FILE/plan-nacional-2011-2015.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/9CB85613535A717905257C050060BEC79/$FILE/plan-nacional-2011-2015.pdf)

García, J. (2007). El juicio de ponderación y sus partes. Una Crítica. Derechos Sociales y Ponderación. Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Madrid.

García Toma, Víctor (2013) Los derechos fundamentales - El derecho a la identidad personal. Editorial ADRUS. Arequipa-Perú.

Garzón, R. (2007). Reproducción asistida. Disponible en: <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/mexder/cont/9/cnt/cnt6.pdf>

Gavara de Cara, J. (1994). Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales.

Guisbert Rosado, Guadalupe. (2016). Derecho de identidad y filiación de la niña, niño y adolescente. Revista Jurídica Derecho, 3(4), 95-108. Recuperado en 13 de marzo de 2023, de http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2413-28102016000100008&lng=es&tlng=es.

- Gómez Serrano, L. (2009). Teoría de los Derechos Fundamentales. Bogotá. Ediciones Doctrina y Ley.
- Gutiérrez, S. (1999). Derecho a la identidad. T 4 – Ref. LXXI. Lima – Perú: La Ley.
- Guzmán, J. (2007). El derecho a la integridad personal. Disponible en: <http://www.cintras.org/textos/congresodh/elderechoalaintegridadjmg.pdf>
- Haberle, P. (1997). La libertad fundamental en el Estado Constitucional. Lima. Fondo Editorial de la PUCP.
- Hernández Ibáñez, Carmen (1989) La Filiación en la Fecundación Asistida. Consecuencias jurídicas en torno a la misma. En: A.A.V.V. Ingeniería Genética y Reproducción Asistida. Edición de Merino Barbero Santos. Madrid.
- Herrera, T. (1991). La inseminación artificial humana ante el Derecho Penal. (Monografía de Derecho Penal). Universidad de Granada, España.
- Hidalgo, M. C. (2002). Análisis jurídico-científico del concebido artificialmente: En el marco de la experimentación génica. Barcelona: Bosch.
- Hilario, R., Dueñas, J., Chávez, J., Romero, R. y Tesén, V. (2013). Tasa de embarazo de inseminación intrauterina heteróloga usando cánulas de transferencias de embriones. Revista Peruana de Ginecología y Obstetricia, 59(3), 171-176.

- Indacochea, Ú. (2008). ¿Razonabilidad, proporcionalidad o ambos? Una respuesta de limitación de sus contenidos a partir del concepto de ponderación. *Themis-Revista de Derecho*, 55.
- Iñigo de Miguel Beriain, Í. (2004). Consideraciones sobre el concepto de dignidad humana. *Anuario de filosofía del derecho*, (21).
- Jausoro, A (2000). *Reproducción Humana Asistida: Descripción de las opciones terapéuticas disponibles*. Vitoria-Gasteiz. Departamento de Sanidad, Gobierno Vasco. Informe n°: Osteba E-00-05.
- Junta de Andalucía. (2013). Observación General N° 14 sobre el Derecho del Niño a que su interés superior sea una consideración primordial. Disponible en: https://confdts1.unog.ch/1%20spa/tradutek/derechos_hum_base/crc/00_6_obs_grales_crc.html.
- Landa, C. (2010). *Teoría de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Palestra Editores.
- Landa, C. (2011). Derecho a la identidad del menor prevalece sobre la cosa juzgada en el proceso de filiación. *Diálogo con la jurisprudencia*, 211, 76.
- Ley General de Salud N° 26842 – Perú. En: <http://www.essalud.gob.pe/transparencia/pdf/publicacion/ley26842.pdf>
- León Correa, Francisco J. (2007). El diálogo bioético en las técnicas de reproducción asistida. *Acta bioethica*, 13(2), 161-167. <https://dx.doi.org/10.4067/S1726-569X2007000200002>.

- Lozada, A. (2016). *Activismo judicial y derechos sociales: un enfoque postpositivista*. Madrid, España: Doxa.
- Lozada, A. (2016). *Activismo judicial y derechos sociales: un enfoque postpositivista*. Madrid, España: Doxa.
- Luna, F. (2008). *Reproducción asistida, género y derechos humanos en América Latina*. San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Maestre, M. y Mazeneth, L. (2016). *Técnicas de reproducción humana asistida y su incidencia en la filiación en parejas del mismo sexo [Tesis de grado, Pontificia Universidad Javeriana]*. Disponible en: <https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/36637/MaestreArizaMariadelPilar2016..pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
- Magallanes, V. (2016). *Contenido esencial de los Derechos Fundamentales y Juez Constitucional*. Revista del Instituto de la Judicatura Federal, en colaboración con el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, N° 41. México. Disponible en: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/judicatura/article/viewfile/31571/28559>.
- Medina, G. (2002). *Daños causados a los hijos en el marco de la fecundidad asistida*. En: *Daños en el derecho de familia*. Rubinzal- Culzoni editores. Argentina.

- Mendoza, H. (s.f.). La inseminación artificial en humanos. Una encrucijada para la filiación. Disponible en: [file:///C:/Users/GAVIDIA/Downloads/DialnetLaInseminacionArtificialEnHumanosUnaEncrucijadaPar-5018842%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/GAVIDIA/Downloads/DialnetLaInseminacionArtificialEnHumanosUnaEncrucijadaPar-5018842%20(1).pdf).
- Mesía, C. (2018) Los derechos fundamentales, dogmática y jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Lima – Perú: Gaceta Jurídica S. A.
- Meza Torres, Y. (2019). Código del Niño y del Adolescente. Editorial Ediciones Legales EIRL.
- Naciones Unidas. (s.f.). Declaración Universal de los Derechos Humanos. Disponible en: <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>.
- ONU. (1959). Declaración de los Derechos del Niño. Disponible en: <https://www.oas.org/dil/esp/Declaraci%C3%B3n%20de%20los%20Derechos%20del%20Ni%C3%B1o%20Republica%20Dominicana.pdf>.
- Opinión aprobada por el Comité Jurídico Interamericano sobre el alcance del derecho a la Identidad En: http://www.oas.org/es/sla/cji/docs/cji_agenda_derecho_identidad.pdf
- Ortiz Movilla, R. y Acevedo Martín, B. (2010). Reproducción asistida y salud infantil. *Pediatría Atención Primaria*, 12(48), 651-671. Recuperado en 13 de marzo de 2023, de http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1139-76322010000600011&lng=es&tlng=es.

Ossorio, M. (1998). Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales. Buenos Aires: Eliasta.

Padovani Cantón, Antonio Manuel y Clemente Rodríguez, María Elisa. (2010). ¿Qué es la Bioética? Revista de Ciencias Médicas de Pinar del Río, 14(1), 370-374. Recuperado en 13 de marzo de 2023, de http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1561-

Páez, Gustavo. (2011). Aspectos clínicos de la inseminación homóloga: ¿es actualmente una técnica eficaz? Persona y Bioética, 15(1), 25-39. Retrieved March 13, 2023, from http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0123-31222011000100003&lng=en&tlng=es.

Peces-Barba Martínez, G. (2007). La dignidad humana. Disponible en: https://earchivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/16006/dignidad_Peces_2007.pdf

Peces-Barba Martínez, G. (1987). Derechos fundamentales. Disponible en: http://earchivo.uc3m.es/bitstream/10016/10462/1/derechos_Peces_RJ_CM_1987.pdf. Versión castellana de la voz "Diriti e doverifundamental destinada al Novísimo Digesto Italiano en la parte referente a los derechos.

Pérez, D. (2015). Presupuestos éticos y jurídicos mínimos que se deben tener en cuenta ante una inminente regulación de técnicas de reproducción

asistida en el Perú. Disponible en:
http://tesis.usat.edu.pe/bitstream/usat/560/1/TM_Perez_Pita_DianaCarolina.pdf.

Pérez, G. M. (2013). El Interés Superior del menor como principio de interpretación en el Derecho Civil Mexicano. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. España. N° 4. Octubre – diciembre. Editorial Reus.

Perrino, J. O. (2006). *Derecho de Familia*. t. II, 1890-1891. Argentina: Lexis Nevis.

Pino, G. (2018). *El constitucionalismo de los derechos*. Lima, Perú: Zela.

Plácido, A. (2003). El derecho del niño a conocer a sus padres y las limitaciones a los derechos fundamentales del presunto progenitor en la investigación de la filiación. *Diálogo con la Jurisprudencia*, 53, 84.

Plácido, A. (2003). *Filiación y patria potestad en la doctrina y en la jurisprudencia*. Lima-Perú: Gaceta Jurídica.

Plácido, A. (2015). *Manual de Derechos de los Niños y Adolescentes*. Lima: Instituto Pacífico S.A.C.

Plácido, A. (2018). *Identidad filiatoria y responsabilidad parental*. Lima-Perú: Instituto Pacífico S.A.C.

- Prieto Sanchis, L. (1990) La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades. Estudios sobre derechos fundamentales. Madrid. Debate 1990.
- Ramírez García y Pallares Yabur (2011). Derechos humanos. México, Oxford University Press, 2011, 406 pp.
- Ramos, A., Delgado, R. y García, T. (2012). Inseminación artificial intrauterina y comparación de resultados referentes al tiempo posterior a la inducción de ovulación. Rev Mex Med Repro.;5(4):164-169.
- Ramos, C. (2018) La letra de la Ley. Historia de las Constituciones del Perú. Lima. Centro de Estudios Constitucionales.
- República Federal de Alemania. (2020). Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1949. Traducción. Disponible en: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>.
- Reyna Castro, M. (2015). La filiación del adulto concebido mediante inseminación artificial heteróloga en el derecho familiar peruano [Tesis de título profesional, Universidad Privada Antenor Orrego]. Repositorio UPAO. Disponible en: https://repositorio.upao.edu.pe/bitstream/20.500.12759/1829/1/RE_DER ECHO_FILIACI%c3%93N.ADULTO.CONCEBIDO.MEDIANTE.INSEMINACI%c3%93N.ARTIFICIAL_TESIS.pdf.
- Riaño, I. y Núñez, M. P. (2004) Técnicas de reproducción asistida. Dilemas éticos. Boletín de la Sociedad de Pediatría de Asturias, 4, 186.

Rodríguez, M. R. (1997). Derecho Genético: Técnicas de reproducción humana asistida. Su trascendencia jurídica en el Perú. Lima, Perú: San Marcos.

Romero, M. (2017). La vulneración del derecho a la identidad del menor en los casos de impugnación de paternidad matrimonial. Disponible en: http://www.repositorioacademico.usmp.edu.pe/bitstream/usmp/3396/3/ta-ntalean_mma.pdf.

Rubio, M. (2013). Constitución Política del Perú: El derecho a la identidad. Recuperado de: http://www.academia.edu/9121611/El_derecho_a_la_identidad_Constituci%C3%B3n_Pol%C3%ADtica_del_Per%C3%BA_El_Derecho_a_la_Identidad, el 3 de marzo de 2023.

Ruiz, E. (1993). La investigación científica y el derecho. En: Revista General de Derecho (Nº 504), citado por: Gómez de la Torre, M. La fecundación in vitro y la filiación. Chile: Editorial Jurídica.

Saavedra, A. (2018). El uso de las TERAS y el derecho a la reproducción [Tesis de título profesional, Universidad de Piura]. Repositorio Pirhua. Disponible en: https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/3430/DER_113.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

Salazar Laynes, J. U. (2008). El contenido esencial de los derechos constitucionalmente protegidos. Foro Jurídico, (08), 142-152. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18503>.

Sánchez, M. (1988). La metodología en la investigación jurídica: características peculiares y pautas generales para investigar en el derecho. Revista Telemática de Filosofía del Derecho, 14, 2011, pp. 317-358 D.L. M-32727-1998 ISSN 1575-7382.

Santamaría, L. (2000). Técnicas de reproducción asistida. Aspectos bioéticos. En: Cuadernos de Bioética (Año 200, Vol. 11, p. 37) España: Asociación Española de Bioética y Ética Médica.

Sar Suárez, Omar. (2008). Derecho a la integridad personal en el Perú: Aspectos constitutivos y limitaciones. El caso de las personas privadas de libertad. Cuestiones constitucionales, (19), 211-282. Recuperado en 13 de marzo de 2023, de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932008000200008&lng=es&tlng=es.

Silva Vallejo, J. (2023). Código Civil Peruano. Editorial Ediciones Legales EIRL.

Siverino, P. (2012). Derecho a la identidad y verdad biológica. En: Diálogo con la jurisprudencia, 179. Recuperado de: https://www.academia.edu/8208594/Derecho_a_la_identidad_y_verdad_biol%C3%B3gica.

Sociedad Española de Fertilidad. (2011). Saber más sobre Fertilidad y Reproducción Asistida. Textos: SEF Sociedad Española de Fertilidad. Madrid.

Sokolich, M. (2013). La aplicación del principio del interés superior del niño por el sistema judicial peruano. Disponible en: <file:///C:/Users/GAVIDIA/Downloads/47-186-1-PB.pdf>

Soledad Ita, A. (2012). Valorización a la negativa de no someterse a la prueba biológica. Disponible en: <http://imgbiblio.vaneduc.edu.ar/fulltext/files/TC081083.pdf>.

Tamayo Haya, Silvia. (2013). Hacia un nuevo modelo de filiación basado en la voluntad de las sociedades contemporáneas. Revista Digital Facultad de Derecho Núm. 6 Pág. 261-316.

TorreCuadrada García-Lozano, Soledad. (2016). El interés superior del niño. Anuario mexicano de derecho internacional, 16, 131-157. Recuperado en 13 de marzo de 2023, de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46542016000100131&lng=es&tlng=es.

Tribunal Constitucional. (2003). STC emitida en el Expediente N° 00008-2003-PI.

Tribunal Constitucional. (2004). STC emitida en el Expediente N° 1665-2004-AA/TC.

Tribunal Constitucional. (2004). STC emitida en el Expediente N° 3330-2004-AA/TC.

Tribunal Constitucional. (2004). STC emitida en el Expediente N° 00045-2004-AI/TC.

Tribunal Constitucional. (2005). STC emitida en el Expediente N° 02273-2005-
PH/TC.

Tribunal Constitucional. (2006). STC emitida en el Expediente N° 00007-2006-
PI/TC.

Tribunal Constitucional. (2007). STC emitida en el Expediente N° 04646-2007-
PA/TC.

Tribunal Constitucional. (2008). STC emitida en el Expediente N° 03247-2008-
PHC/TC.

Tribunal Constitucional. (2008). STC emitida en el Expediente N° 2132-2008-
PA/TC.

Tribunal Constitucional. (2009). STC emitida en el Expediente N° 01817-2009-
PHC/TC.

Tribunal Constitucional. (2009). STC emitida en el Expediente N° 5829-2009-
PA/TC.

Tribunal Constitucional. (2010). STC emitida en el Expediente N° 00012-2010-
PI/TC.

Tribunal Constitucional. (2011). STC emitida en el Expediente N° 00227-2011-
PA/TC.

Tribunal Constitucional. (2011). STC emitida en el Expediente N° 04509-2011-
PA/TC.

- Turner, S., Pezoa, M. y Mamberg, R. (2001). Técnicas de Reproducción Humana. Una perspectiva desde los intereses del hijo. En: Revista de Derecho. Universidad de Valdivia. Chile. Vol. XI.
- UNICEF. (2006). Convención sobre los Derechos del Niño. Disponible en: <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>.
- UNICEF. (2014). Protocolo facultativo de la Convención relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. En: La Convención sobre los Derechos y sus tres Protocolos Facultativos. Disponible en: <https://www.unicef.org/argentina/media/571/file/CDN.pdf>.
- UNICEF. (2014). Protocolo facultativo de la Convención relativo a un procedimiento de comunicaciones. En: La Convención sobre los Derechos y sus tres Protocolos Facultativos. Disponible en: <https://www.unicef.org/argentina/media/571/file/CDN.pdf>.
- Valderrama, F. (2016). El personalismo de Emmanuel Mourier y su relación con la Constitución Política de Colombia. Revista Opinión Jurídica. Vol. 15. Núm. 30. Universidad de Medellín. Disponible en: <https://www.redalyc.org/journal/945/94550080012/html/>.
- Varsi, E. (1995). Derecho Genético: Principios generales. Perú: Editora Normas Legales.
- Varsi, E. (2014). Tratado de Derecho de las Personas. Gaceta Jurídica S.A. Lima - Perú.

- Varsi, E. (2017). Determinación de la filiación en la procreación asistida. Revista IUS, 11(39) Recuperado en 03 de marzo de 2023, de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472017000100006&lng=es&tlng=es.
- Velarde, R. (2011). ¿Cabe la aplicación aislada del principio del interés superior del niño? *Diálogo con la Jurisprudencia*, 154, 23.
- Velazco, J. (1993). Inseminación artificial: aspectos a tener en cuenta para una futura legislación. Argentina.
- Vila-Cora Barrachina, María Dolores (s.f.) El derecho a la identidad Personal. Disponible en: <http://aebioetica.org/revistas/1995/4/24/407.pdf>.
- Villa, V. (2014). Hacia un concepto interdisciplinario de la familia en la globalización. Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/jusju/v10n1/v10n1a02.pdf>.
- Villagrada Alcaide, Carlos (2011) Derecho de familia. BOSCh. Barcelona.
- Zaffaroni, E. (2009). Estructura básica del derecho penal. Buenos Aires-Argentina: Editorial EDIAR.