

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



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

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS

TESIS:

**FUNDAMENTOS JURIDICOS PARA LA REGULACIÓN DEL DERECHO
A LA IDENTIDAD BIOLÓGICA DE LAS PERSONAS NACIDAS
MEDIANTE INSEMINACIÓN HETERÓLOGA EN EL PERÚ**

Para optar el Grado Académico de

MAESTRO EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO CIVIL Y COMERCIAL

Presentada por:

Bachiller: KEILA ELIZABETH BENAVIDES CRUZADO

Asesor:

Dr. JOEL ROMERO MENDOZA

Cajamarca - Perú

2021

COPYRIGHT © 2021 por
KEILA ELIZABETH BENAVIDES CRUZADO
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:

**FUNDAMENTOS JURIDICOS PARA LA REGULACIÓN DEL DERECHO
A LA IDENTIDAD BIOLÓGICA DE LAS PERSONAS NACIDAS
MEDIANTE INSEMINACIÓN HETERÓLOGA EN EL PERU**

Para optar el Grado Académico de
MAESTRO EN CIENCIAS
MENCIÓN: DERECHO CIVIL Y COMERCIAL

Presentada por:
Bachiller: KEILA ELIZABETH BENAVIDES CRUZADO

JURADO EVALUADOR

Dr. Joel Romero Mendoza
Asesor

Dra. María Isabel Pimentel Tello
Jurado Evaluador

Dra. Sandra Verónica Manrique Urteaga
Jurado Evaluador

M.Cs. Henry Segundo. Alcantara Salazar
Jurado Evaluador

Cajamarca - Perú

2021



Universidad Nacional de Cajamarca
LICENCIADA CON RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 080-2018-SUNEDU/CD
Escuela de Posgrado
CAJAMARCA - PERU



PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS
ACTA DE SUSTENTACIÓN VIRTUAL DE TESIS

Siendo las diecisiete y diez horas del día 12 de mayo de Dos mil veintiuno, reunidos a través de meet.google.com/oox-jiro-jyh, creado por la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, de la Universidad Nacional de Cajamarca, el Jurado Evaluador presidido por la **Dra. MARÍA ISABEL PIMENTEL TELLO, Dra. SANDRA VERÓNICA MANRIQUE URTEAGA, M.Cs. HENRY SEGUNDO ALCÁNTARA SALAZAR**, y en calidad de Asesor el **Dr. JOEL ROMERO MENDOZA**. Actuando de conformidad con el Reglamento Interno, y la Directiva para la Sustentación de Proyectos de Tesis, Seminarios de Tesis, Sustentación de Tesis y Actualización de Marco Teórico de los Programas de Maestría y Doctorado, se dio inicio a la Sustentación de la Tesis titulada: **FUNDAMENTOS JURIDICOS PARA LA REGULACIÓN DEL DERECHO A LA IDENTIDAD BIOLÓGICA DE LAS PERSONAS NACIDAS MEDIANTE INSEMINACIÓN HETERÓLOGA EN EL PERU.**, presentada por la **Bach. en Derecho KEILA ELIZABETH BENAVIDES CRUZADO**.

Realizada la exposición de la Tesis y absueltas las preguntas formuladas por el Jurado Evaluador, y luego de la deliberación, se acordó APROBAR con la calificación de QUINCE la mencionada Tesis; en tal virtud, la **Bach. en Derecho KEILA ELIZABETH BENAVIDES CRUZADO**, está apta para recibir en ceremonia especial el Diploma que la acredita como **MAESTRO EN CIENCIAS**, de la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, con Mención en **DERECHO CIVIL Y COMERCIAL**.

Siendo las dieciocho y treinta horas del mismo día, se dio por concluido el acto.

.....
Dr. Joel Romero Mendoza
Asesor

.....
Dra. María Isabel Pimentel Tello
Jurado Evaluador

.....
Dra. Sandra Verónica Manrique Urteaga
Jurado Evaluador

.....
M.Cs. Henry Segundo Alcantara Salazar
Jurado Evaluador

A nuestro padre amado Dios por su inmensa misericordia y protección en cada día de mi vida, a mis queridos PADRES José y María por su apoyo incondicional, a mi esposo por estar a mi lado en todo momento y a mis hijas por ser los motivos para luchar día a día.

AGRADECIMIENTO A:

A nuestro Padre celestial Dios, por guiar nuestros pasos día a día, por ser nuestra fortaleza espiritual, por guiarnos y darnos la vida, salud y la inteligencia para poder cumplir nuestras metas.

A mis padres y esposo por su apoyo incondicional, paciencia y amor para poder cumplir cada objetivo propuesto, y permanecer en todo momento a mi lado.

A mis queridos docentes de la Escuela de Postgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca y a mi asesor Dr. Joel Romero, por su apoyo y orientación en el desarrollo de la presente tesis.

La autora.

ÍNDICE

AGRADECIMIENTO A:.....	1
LISTA DE ABREVIACIONES.....	2
RESUMEN.....	3
INTRODUCCION.....	5
CAPITULO I.....	7
ASPECTOS METODOLOGICOS.....	7
1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	7
1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	9
1.3. JUSTIFICACIÓN.....	10
1.4. OBJETIVOS.....	12
1.4.1. OBJETIVO GENERAL.....	12
1.4.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	12
1.5. LA DELIMITACIÓN.....	12
1.6. TIPO DE INVESTIGACIÓN Y NIVEL.....	13
1.6.1. DE ACUERDO AL FIN QUE SE PERSIGUE.....	13
1.6.2. DE ACUERDO AL NIVEL.....	13
1.7. HIPÓTESIS.....	13
1.8. MÉTODOS DE LA INVESTIGACIÓN.....	14
1.8.1. GENÉRICOS.....	14
1.9. PROPIOS DEL DERECHO.....	15

1.9.1.	MÉTODO DOGMÁTICO – JURÍDICO	15
1.10.	TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN	17
1.10.1.	TÉCNICAS.....	17
1.10.2.	INSTRUMENTOS	17
1.11.	ESTADO DE LA CUESTIÓN.....	17
CAPITULO II		18
MARCO TEÓRICO		18
2.1.	LOS DERECHOS DE LA PERSONA FÍSICA EN LA PROTECCIÓN A SU DERECHO A LA IDENTIDAD.....	18
2.1.1.	DERECHOS DE LAS PERSONAS	18
2.1.2.	CONCEPTO DE PERSONA	19
2.1.3.	EL COMIENZO DE LA VIDA HUMANA	20
2.1.4.	EL DERECHO A LA IDENTIDAD	21
2.1.5.	DERECHO A LA INTIMIDAD	29
2.1.6.	EL DERECHO A LA VERDAD	31
2.1.7.	EL DERECHO A LA SALUD	32
2.1.8.	LA DIGNIDAD HUMANA.....	34
2.1.9.	DERECHO A PROCREAR Y FORMAR UNA FAMILIA	36
2.2.	LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.....	39
2.2.1.	ANTECEDENTES	39
2.2.2.	CONCEPTO.....	40
2.2.3.	POSIBLES CAUSAS QUE CONLLEVAN EL SOMETIMIENTO	

A LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.....	43
2.2.4. CLASIFICACIÓN.....	45
A. INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HOMÓLOGA	47
B. INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA O CON DONANTE.....	47
C. INSEMINACIÓN MIXTA O BISEMANAL	49
D. INSEMINACIÓN ARTIFICIAL POST MORTEM.....	50
2.3. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO PARA CONOCER SU ORIGEN BIOLÓGICO.....	50
2.3.1. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.	50
2.3.2. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO/NIÑA COMO FUENTE DE CREACIÓN JUDICIAL.....	56
2.3.3. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO/NIÑA EN LA JURISPRUDENCIA	58
2.3.4. EL DERECHO A LA IDENTIDAD COMO UNA NECESIDAD DEL NIÑO.....	61
2.4. LA FAMILIA, EL PARENTESCO Y LA FILIACIÓN EN LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA (TRA) HETERÓLOGA...63	
2.4.1. LA FAMILIA.....	63
2.4.2. EL PARENTESCO.....	65
2.4.3. FILIACIÓN	67
A. FILIACIÓN POR NATURALEZA	68
a. FILIACIÓN MATRIMONIAL.....	68
b. FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL.....	69
1. LA DECLARACIÓN JUDICIAL DE FILIACIÓN - EXTRAMATRIMONIAL PATERNA:.....	73

2. DECLARACIÓN JUDICIAL DE MATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL.....	76
2.5. LA FILIACIÓN Y EL DERECHO A LA IDENTIDAD EN LA TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.....	80
2.5.1. FILIACIÓN EN LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HOMÓLOGA ...	81
2.5.2. FILIACIÓN EN LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA.....	82
2.5.3. INTIMIDAD DEL MENOR PROCREADO APLICANDO LAS TERAS.....	84
2.5.4. LA INFORMACIÓN SOBRE EL ORIGEN BIOLÓGICO COMO DERECHO FUNDAMENTAL DE LA PERSONA.....	85
2.5.5. INTIMIDAD DEL DONADOR DE GAMETOS.....	86
2.6. LEGISLACIÓN PERUANA Y COMPARADA.....	89
2.6.1. DERECHO A LA IDENTIDAD EN NUESTRA LEGISLACIÓN PERUANA.....	89
2.6.2. DERECHO A LA IDENTIDAD EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA.....	92
2.6.3. ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA PERUANA.....	102
2.7. LEY GENERAL DE SALUD Y PROYECTOS DE LEY.....	106
2.7.1. LEY GENERAL DE SALUD.....	106
2.7.2. PROYECTO DE LEY N° 3313/2018 LEY QUE GARANTIZA EL ACCESO A LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.....	108
2.7.3. PROYECTO DE LEY N° 1722/2012 LEY QUE REGULA LA REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.....	109

2.7.4.	
2.7.5.	PROYECTO DE LEY 2003/ 2012-CR.111
2.7.6.	PROYECTO DE LEY 3034/2013-CR.111
2.7.7.	UTILIDAD MÉDICA ACERCA DE LA PROPUESTA NORMATIVA.....113
CAPITULO III117
	CONTRASTACIÓN DE LA HIPOTESIS.....117
CAPITULO IV134
	PROPUESTA NORMATIVA..... 134
	CONCLUSIONES.....151
	RECOMENDACIONES153
	LISTA DE REFERENCIAS154
	SENTENCIAS.....158
	TESIS158
	ARTÍCULOS WEB.....159
	REVISTAS.....159
	ANEXOS.....160

LISTA DE ABREVIACIONES

A.I: Derecho a la identidad

B.I.S.N: Interés superior del niño

C.FIV: Fecundación in vitro

I.A: Inseminación artificial

I.A.Ho: Inseminación artificial homóloga

I.A.He: Inseminación artificial heteróloga

TERAS: Técnicas de reproducción humana asistida

RESUMEN

El tema referido a los fundamentos jurídicos para la regulación del derecho a la identidad biológica de las personas nacidas mediante inseminación artificial heteróloga en el Perú, enseñado por la doctrina moderna como filiación por reproducción asistida, cuya prioridad es el derecho del niño a conocer su identidad biológica, dejando de lado el tema del reconocimiento legal de la filiación, el cual debe de percibirse como una inmediata consecuencia del derecho a la identidad biológica.

Esta tesis explica la problemática jurídica que se presenta en nuestra legislación civil en torno al derecho a la identidad biológica de las personas nacidas mediante reproducción humana asistida (inseminación artificial humana y fecundación in vitro); especialmente de la inseminación heteróloga; en virtud de ello propongo cambios que se deben realizar en nuestra normatividad vigente, dada la existencia de vacíos legales frente a la realidad actual y problemática surgida en nuestro País.

La ciencia está desarrollado y experimenta grandes avances muy significativos en materia de las técnicas de reproducción asistida, pero nuestras normas civiles no avanzan a tal velocidad, es por ello que, considero un tema muy importante y relevante desde diversos aspectos humano, moral y jurídico que debe ser tratado a fin de determinar la identidad biológica del nuevo ser humano, nacido mediante las técnicas de reproducción asistida en adelante TERAS, teniendo como eje central al hombre y mujer cuya unión, tiene como finalidad la conformación de una familia.

Palabras claves: Derecho a la identidad, inseminación heteróloga, identidad biológica, TERA.

ABSTRACT

The topic referred to the legal basis for the regulation of the right to biological identity of persons born through heterologous artificial insemination in Peru, taught by modern doctrine as filiation by assisted reproduction, whose priority is the right of the child to know his or her biological identity, leaving aside the topic of legal recognition of filiation, which should be perceived as an immediate consequence of the right to biological identity.

This thesis explains the legal problems that arise in our civil legislation regarding the right to biological identity of persons born through assisted human reproduction (artificial human insemination and in vitro fertilization); especially heterologous insemination; therefore, I propose changes that should be made in our current regulations, given the existence of legal gaps in the current reality and problems that have arisen in our country.

Science is developing and experiencing great and very significant advances in assisted reproduction techniques, but our civil norms do not advance at such speed, that is why, I consider a very important and relevant issue from various human, moral and legal aspects that must be addressed in order to determine the biological identity of the new human being, born through assisted reproduction techniques hereinafter TERAS, having as central axis the man and woman whose union, aims at the formation of a family.

Keywords: *Right to identity, heterologous insemination, biological identity, TERA.*

INTRODUCCION

La presente tesis trata del derecho a la identidad biológica de cada persona nacida mediante las técnicas de reproducción humana asistida, en especial de aquellas provenientes de una Inseminación artificial heteróloga en nuestro país, dentro de la tesis en mención se ha desarrollado cuatro capítulos los cuales se detalla a continuación.

En el primer capítulo se ha desarrollado los aspectos metodológicos de la tesis entre ellos el planteamiento y formulación del problema, justificación, objetivos, delimitación, hipótesis, métodos y técnicas de investigación, así como el estado de la cuestión. Teniendo como objetivo general determinar los fundamentos jurídicos para la regulación del derecho a la identidad biológica de las personas nacidas mediante inseminación artificial heteróloga en el Perú.

En el segundo capítulo se desarrollan siete puntos, el primero enfocado a la investigación teórica de los derechos de la persona física y de la protección del derecho a la identidad, el segundo punto se desarrolla todo lo concerniente a las técnicas de reproducción humana asistida, como tercer punto se ha analizado el principio del interés superior del niño, mientras que en el cuarto punto se desarrolla lo referente a la familia, el parentesco, las clases de filiación y como se manifiesta en las técnicas de reproducción humana asistida, en el quinto desarrollamos aspectos de la familia, el parentesco y la filiación, en el sexto punto, nos ocupamos de la Legislación Peruana y comparada al análisis y jurisprudencia y la propuesta de modificación de la legislación nacional y en el último punto sobre la Ley general de salud, proyectos de ley y la utilidad médica de la propuesta normativa.

El tercer capítulo está basado en la contratación de hipótesis ceñida a la regulación del derecho a la identidad biológica de las personas nacidas por inseminación heteróloga en nuestro país y la búsqueda de las garantías legislativas que nuestro País deberá de establecer para la protección de tal derecho.

El cuarto y último capítulo se enfoca en la propuesta normativa sobre la Ley que regula el derecho a la identidad biológica de las personas nacidas mediante inseminación artificial heteróloga en el Perú. Siendo la solución, acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, a la hora de proteger derechos fundamentales por otro lado, desde la Bioética, tenemos los principios de autonomía, de dignidad de la persona y el derecho al consentimiento informado.

CAPITULO I

ASPECTOS METODOLOGICOS

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El derecho a la identidad ha sido reconocido como un derecho humano en el plano internacional, pero las dificultades surgen al momento de delimitar los alcances de las relaciones paterno-filiales que son aceptadas de manera recíproca de padre a hijo, la identidad filiatoria presupone una identidad con los arraigos de vínculos sociales, culturales, religiosos que conforman el derecho a la identidad como un todo.

Toda persona tiene derecho a la vida, así como a desarrollarse en plenitud dentro de la sociedad, pero todo ello en base al eje fundamental de conocerse a sí misma, siendo capaces de conocer lo que podemos ser, lo que somos y para ello tenemos que saber de dónde venimos.

En 1978 nació el primer bebé probeta en Inglaterra, cuyas cifras hasta la actualidad de nacimientos de bebés producto de la aplicación de las TERAS se han incrementado notoriamente, los nacidos son gente que están bordeando los 50 años de edad, la mayoría ya empiezan a sospechar o indagar acerca de sus orígenes y exigir la verdad de su origen. Es así que en diversos países tales como Australia, Estados Unidos y Argentina, empezaron con los primeros reclamos canalizándose mediante las redes sociales, en Argentina el 2003, se creó la asociación Raíz Natal, cuyo propósito era la Búsqueda del Origen Biológico.

Mientras que en Buenos Aires existe la Asociación Raíz Natal por el derecho a la identidad biológica, cuyo propósito es la búsqueda de origen biológico, lazos paternos filiales; en Argentina el diario argentino la nación, bajo el título identidad desconocida hace un análisis sobre el lado no previsto de la fertilización asistida, donde manifestaba que, mientras los tratamientos son más accesibles y difundidos empieza a surgir una gran necesidad, donde aproximadamente unas 1000 personas que fueron concebidas por donación de óvulos y espermatozoides, quieren conocer sus orígenes genéticos, mientras crece el reclamo por un registro único de donantes, es notorio el choque entre el derecho a la privacidad y a la identidad evidenciándose un notorio vacío legal (Lorena, 2014).

En el derecho a la identidad se encuentran inmersas las manifestaciones biológicas que se desencadenan producto de la fecundación asistida, la cual tiene características similares y/o parecidas a la de los padres, o tal es el caso que las características físicas sean totalmente distintas a la de los padres, siendo de esta manera evidente las diferencias morfológicas que se irán mostrando con el transcurrir del tiempo y que traerá consigo y para la familia muchas dudas, incertidumbres conllevando a indagar aspectos desde la concepción hasta la edad actual de la persona nacida mediante las TERAS, asimismo empezarán las diversas interrogantes a los padres, así como la necesidad de la persona a conocer sus orígenes biológicos, tratándose aún con más insistencia cuando la vida y la salud se encuentre en peligro.

Es por ello que en nuestro código civil vigente han quedado muchos artículos en desuso y cuya aplicación de los mismos no se encuadra dentro de los parámetros de la realidad actual, tal es el caso en nuestra legislación no se encuentran establecidos los fundamentos jurídicos del derecho a la identidad biológica como derecho independiente para poder ser invocados.

Una de las características del derecho es la interacción activa y dinámica que existe entre el hecho y la norma, es decir la existencia de tres realidades: fáctica, normativa y axiológica. Todo ello dependerá necesariamente que el derecho se adecue a los cambios sociales, políticos, económicos y científicos que se producen en nuestra sociedad, cabe resaltar que el derecho no es estático ni inmutable, sino todo lo contrario es dinámico y temporal (Canessa, 2008, p.186).

Es por ello que el operador del derecho debe revisar las normas jurídicas, las mismas que deberán ser actualizadas y adecuadas según la realidad social donde sean aplicadas, teniendo en cuenta los grandes avances científicos que se realizan día a día en el campo de la procreación humana.

El derecho no avanza a la velocidad que la ciencia, es por ello que muchas normas que actualmente suelen ser aplicadas en la legislación peruana son muy discordantes con la realidad actual y otras aún carecen de regulación jurídica expresa, como en las TERAS que constituyen presupuestos de vacíos normativo, constituyéndose nuestras normas actuales en cuerpos normativos obsoletos.

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿Cuáles son los fundamentos jurídicos para la regulación del derecho a
¿La identidad biológica de las personas nacidas mediante inseminación
artificial heteróloga en el Perú?

1.3. JUSTIFICACIÓN

Innumerables familias se encuentran en la imposibilidad de poder concebir de manera natural hoy en día, esto se debe a diferentes factores como deficiencias congénitas o algún trastorno físico o psicológico de una o ambas personas, siendo parte de la realización de la unión de un hombre y de una mujer la conformación de una familia, cuyos deseos y anhelos de ser padres conllevarán a la realización plena en nuestra sociedad; es por ello que hoy en día dichas personas acuden a los diversos centros de atención para poder usar cualquiera de las técnicas de reproducción asistida según su necesidad; de esta manera poder combatir la esterilidad y poder realizarse en el campo de la paternidad y maternidad respectivamente.

Es por ello que la presente tesis resulta sumamente necesaria e importante, analizando los aspectos ético, jurídico y humano, dado la complejidad que existe entre el derecho a la identidad frente al derecho a la intimidad, teniendo en consideración la cantidad de personas nacidas bajo las técnicas de reproducción humana asistida, donde en la mayoría de países se suele tener como principio fundamental el anonimato del donante del óvulo o del espermatozoide.

Dicha investigación será útil y necesaria para establecer los fundamentos jurídicos para la regulación del derecho a la identidad biológica en nuestra legislación girando en torno al supuesto Derecho a la intimidad

que se utiliza para negar a los hijos conocer su origen biológico, todo ello partirá para promover una cultura de valores en nuestra sociedad, en base a la información exacta y veraz.

La realización de la presente tesis permitirá determinar si el derecho a la identidad biológica es un derecho fundamental inherente a toda persona nacida bajo esta modalidad como un derecho nuevo, o si se trata de una derivación de alguno de los derechos ya establecidos.

Siendo importante el tema en mención por todos los problemas, interrogantes y consecuencias jurídicas que conllevan, priorizando la protección de la persona humana desde antes y durante la concepción tratando en lo posible que no se desnaturalicen los principios esenciales de la paternidad, de los derechos del concebido, de la persona y la familia.

Toda persona tiene derecho a la vida, así como a desarrollarse en plenitud dentro de la sociedad, pero todo ello en base al eje fundamental de conocerse a sí misma, siendo capaces de conocer lo que podemos ser, lo que somos y para ello tenemos que saber de dónde venimos.

Debido a esta situación que se produce en nuestro País, la presente tesis se ha enfocado en establecer el derecho a la identidad biológica como un derecho independiente y de necesaria regulación de tal manera que se logre dilucidar y establecer cuál es la relación filiatoria que existirá entre en las personas nacidas mediante Inseminación artificial Heteróloga de esta manera establecer la propuesta normativa que se deberá tener en cuenta en nuestra legislación.

1.4. OBJETIVOS

1.4.1. OBJETIVO GENERAL

Determinar los fundamentos jurídicos para la regulación del derecho a la identidad biológica de las personas nacidas mediante inseminación artificial heteróloga en el Perú.

1.4.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- A.** Explicar la colisión existente entre el derecho a la identidad biológica y el derecho a la intimidad del donante.
- B.** Estudiar la relación jurídica que existe entre el derecho a la identidad con la dignidad humana, la salud, la libertad, el anonimato y la información.
- C.** Analizar la legislación peruana y comparada en torno al empleo de las técnicas de reproducción humana asistida.
- D.** Proponer la regulación del derecho a la identidad biológica de las personas nacidas por inseminación artificial heteróloga en el Perú.

1.5. LA DELIMITACIÓN

La presente tesis se enfoca en analizar la legislación vigente que regula el derecho a la identidad en nuestro país dada en el artículo 2° de la constitución política del Perú, donde debería estar explícitamente regulado el derecho a la identidad biológica, como un derecho personalísimo de las personas nacidas mediante inseminación heteróloga en el Perú. Es por ello que se hará especial énfasis a la doctrina comparada para un mejor estudio del tema.

1.6. TIPO DE INVESTIGACIÓN Y NIVEL

1.6.1. DE ACUERDO AL FIN QUE SE PERSIGUE

BÁSICA: Con respecto a los distintos tipos de investigación, la presente tesis se desarrollará dentro del espacio de la investigación básica, llamada también pura o fundamental por cuanto se busca una nueva teoría en el campo del derecho a la identidad biológica, así como el progreso de los conocimientos teóricos ya existentes en el campo de la reproducción humana asistida, para ello nos basamos en el desarrollo teórico de la Inseminación artificial heteróloga.

1.6.2. DE ACUERDO AL NIVEL

A. EXPLICATIVA-CAUSAL: en la presente tesis nos enfocaremos en analizar cuáles son las bases para determinar los fundamentos jurídicos para invocar el derecho a la identidad biológica, y verificar cuáles son las consecuencias jurídicas al ser utilizado como un derecho independiente.

B. PROPOSITIVA: buscaremos proponer la regulación del derecho a la identidad biológica como derecho independiente de las personas nacidas mediante inseminación heteróloga en la legislación peruana.

1.7. HIPÓTESIS

Los fundamentos jurídicos para la regulación del derecho a la identidad biológica de las personas nacidas mediante inseminación artificial heteróloga en el Perú son:

- A. La protección y otorgamiento de las garantías constitucionales por parte de nuestra legislación peruana a las personas que buscan conocer su origen biológico, cuya base será el principio del interés superior del niño.
- B. Las nuevas técnicas de reproducción humana asistida serán reguladas de acorde al avance científico, puntualizando aspectos sobre la filiación de los nacidos por inseminación artificial heteróloga.
- C. La primacía del derecho a la identidad biológica frente al derecho de intimidad del donante, teniendo en cuenta el derecho comparado para una mejor regulación en nuestro ordenamiento jurídico.

1.8. MÉTODOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.8.1. GENÉRICOS

Este método se acerca al derecho en dos momentos cruciales: Cuando se investigó el derecho a la identidad y cuando se le interpreto, es decir cuando el derecho a la identidad biológica fue puesto bajo el lente del investigador y se convirtió en objeto de una indagación científica. En su mayor parte las investigaciones se refieren a temas jurídicos que guardan la relevancia suficiente como para ser desarrollados, es por ello que se sigue distintas líneas de investigación.

A. MÉTODO ANALÍTICO

Mediante este método se realizaron los respectivos análisis de una operación mental que permiten determinar los fundamentos jurídicos para invocar el derecho a la identidad biológica, como

un derecho personalísimo sin restricción alguna, teniendo en cuenta el derecho a la información de todo ciudadano.

B. MÉTODO SINTÉTICO

A través de la síntesis se formaron los resultados cuya relevancia permitieron llegar a la hipótesis planteada, partiendo en un inicio de disgregar a la institución bajo análisis (la prueba en general), para posteriormente analizar y plantear la regulación del derecho a la identidad biológica como derecho independiente.

1.9. PROPIOS DEL DERECHO

1.9.1. MÉTODO DOGMÁTICO – JURÍDICO

Se empleó el método dogmático, consistente en realización de un trabajo de orden lógico en cuanto al desarrollo conceptual de las normas jurídicas, las mismas que fueron expresadas en términos conceptuales y como tales han de reconstruirse y entenderse. En la dogmática se desarrollan los principios técnicos explicativos de los singulares institutos jurídicos, haciendo necesaria mención al Derecho Comparado y, a la jurisprudencia. La presente tesis se desarrollará siguiendo en el método dogmático por cuanto se evidencia un vacío normativo en nuestra legislación por lo cual proponemos la regulación del derecho a la identidad biológica.

A. MÉTODO HERMENÉUTICO:

Mediante este método cuya finalidad fue de interpretar y entender de manera sistematizada al fenómeno y a la norma en

su ámbito de aplicación, partimos con la finalidad de explicar cómo se produce las técnicas de reproducción asistida en el Perú y verificando los criterios jurídicos que sean sometidos a cuestión y poder encajarlos dentro del presente estudio para poder determinar la necesidad de establecer los fundamentos jurídicos para la regulación del derecho a la identidad biológica como derecho independiente.

B. MÉTODO ARGUMENTATIVO:

En la presente investigación se hizo uso también del método argumentativo, por cuanto este método se basa desde su creación en confirmar o rechazar la hipótesis antes señalada. Por haberse establecido que se trata de una investigación del tipo dogmática o teórica, y por lo tanto eminentemente documental, refiriendo que las técnicas de reproducción asistida fueron empleadas desde el siglo XX, son las siguientes:

- Observación documental.
- Exégesis de la información documental recopilada.

C. MÉTODO COMPARATIVO

A través de este método específico se utilizó con la finalidad de cotejar los diversos modelos jurídicos que se han estudiado sobre el derecho a la identidad biológica como derecho independiente de las personas nacidas mediante inseminación heteróloga en la legislación peruana.

1.10. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN

1.10.1. TÉCNICAS

Para la recopilación de información en el desarrollo de la presente tesis tenemos al análisis de contenido que es una técnica que permite el análisis y estudio de los procesos de comunicación en una diversidad de contextos como: conferencias, programas de televisión, libros, revistas, etc. Cuyos datos permitirán la conclusión válida que será aplicada en la presente tesis nos permitirá conocer cuáles son los fundamentos jurídicos para invocar el derecho a la identidad biológica, partiendo del análisis y comparación de las diferentes legislaciones, así como de los derechos fundamentales de la persona humana regulada en el artículo 2° de nuestra Constitución Política del Perú.

1.10.2. INSTRUMENTOS

Para el desarrollo de la presente tesis se utilizó a la ficha textual como instrumento de recolección de datos la cual permitió transcribir literalmente las partes más significativas del contenido del texto, de esta manera se logró registrar de manera confiable y procesable los datos con información veraz.

1.11. ESTADO DE LA CUESTIÓN

Respecto al estado de la cuestión se realizó la consulta en la página web de SUNEDU – RENATI, no encontrado resultados que ameriten igualdad con los objetivos y fundamentos de la presente tesis.

CAPITULO II MARCO TEÓRICO

2.1. LOS DERECHOS DE LA PERSONA FÍSICA EN LA PROTECCIÓN ASU DERECHO A LA IDENTIDAD

2.1.1. DERECHOS DE LAS PERSONAS

En nuestra sociedad es notorio el avance científico que va trastocando los principios fundamentales en materia del derecho de las personas, derecho de familia, entre otros. Según manifiesta Cifuentes (1995) fue un mérito destacable de la reforma constitucional brindar tutela a la persona sin posibilidad ahora del desconocimiento jurisprudencial de los valores, derechos y principios que esos tratados establecen, dándoles estructura constitucional, llenándose así vacíos que nuestro orden jurídico padecía (p. 227).

Como sabemos toda persona tiene derecho a un proyecto de vida, a desarrollarse, a ser ella misma. Para ello, debe partir de algo fundamental: conocerse a sí misma, asumiendo esa vieja tarea que nos dejara Sócrates. Sin embargo, para poder esbozar cualquier proyecto, tenemos que ser capaces de conocer lo que podemos ser, lo cual a su vez demanda saber lo que somos; y para intentar conocer lo que somos, tenemos que saber de dónde venimos. Todo ello constituye parte de una especie de los llamados derechos personalísimos, los que son definidos como las prerrogativas de contenido extrapatrimonial, inalienables, perpetuas y oponibles erga omnes, que corresponden a toda persona por su sola condición de tal; desde su nacimiento y hasta su muerte, de las que

nadie puede ser privado por la acción del Estado, ni de otros particulares, porque ello implicaría convalidar un menoscabo a los derechos de la personalidad (Rivera, 1978, p. 272).

Existe dentro de la normativa internacional, una serie de tratados internacionales, que reconocen estos derechos personalísimos, dentro de los cuales podemos encontrar: La Declaración Universal de Derechos Humanos, La Declaración Americana de Derechos y Deberes del hombre, Convención Americana de Derechos Humanos, Convención Sobre los Derechos del Niño, entre otros. La última reforma de la Constitución en el año 1993, incorpora con jerarquía constitucional y superior a las leyes, estos tratados. Y como consecuencia de esta incorporación, se constituyen en derechos constitucionales consagrados por ellos, los derechos del hombre, el derecho a la vida, a la integridad psicofísica, a la dignidad de las personas desde la concepción, el derecho a la familia y a su protección, el derecho a la identidad, el derecho a la salud, entre otros y completando los demás derechos constitucionales ya consagrados.

2.1.2. CONCEPTO DE PERSONA

La persona humana el ser físico dotado de vida, características únicas que lo hace ser un ser único y especial en la sociedad, es la persona humana quién desde su nacimiento adquiere derechos y asumen con el tiempo obligaciones.

Hablar de la persona humana lleva, a determinar que la misma posee derechos por el solo hecho de ser tal, que es responsable

de sí misma y de sus actos (Maritain, 1952, p. 89).

Entiendo que la persona humana es aquella que posee existencia física y tiene un espacio determinado en la sociedad y en el espacio geográfico, todos y cada uno de nosotros somos personas naturales o físicas. (Cornejo, 1985, p.12), En otros términos, la persona natural, o persona física o persona de existencia visible, son todos los seres humanos cuya existencia comienza con la concepción y termina con la muerte. (Fernández, 1968.p. 145).

Ningún ser humano puede ser extraño del Derecho por cuanto todo ser humano es sujeto de Derecho. El concebido es un ser humano, es sujeto de derecho porque el ordenamiento jurídico reconoce sus derechos y le impone deberes correlativos; por lo tanto, queda demostrado que es persona y sujeto de derechos todo en cuanto le pertenece.

El ser humano por el simple hecho de existir tiene un determinado conglomerado de derechos y deberes que le asisten desde el momento de su nacimiento y concluyen con la muerte del mismo, no olvidemos que depende del ser humano la manera de desarrollarse dentro de la sociedad.

2.1.3. EL COMIENZO DE LA VIDA HUMANA

El complejo misterio del comienzo de la vida humana sigue siendo materia de estudio por la ciencia hasta la actualidad, donde diversas teorías luchan por predominar y por lograr dilucidar muchas dudas acerca de cómo se origina la vida del ser humano. Según Tobías (2009) afirma que no cabe duda sobre la necesidad

de precisar el momento del inicio de la vida humana, por cuanto ella determina la vigencia de la personalidad jurídica y la calidad, por ende, de sujeto de derecho (p. 100).

Mientras que para el Código Civil Peruano la vida comienza desde el momento de la concepción. Ello surge de los textos de distintos artículos, entre ellos el artículo 1° nos dice que la persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. La vida humana comienza desde la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece.

Cabe indicar que, el inicio de la vida humana empieza desde la unión de ambos gametos tanto femenino como masculino, es allí en ese instante donde la vida humana empieza con su ciclo de desarrollo y crecimiento en la etapa gestacional hasta el nacimiento, que es el inicio de la vida fuera del útero materno, dejando el concepto de feto y pasando a ser una persona dotada de vida, la misma que necesita de alimentación, cuidados, vestido y techo para poder desarrollarse de acuerdo a cada etapa de desarrollo del ser humano.

2.1.4. EL DERECHO A LA IDENTIDAD

Según Fernández (1992) afirma que el derecho a la identidad es aquel derecho que toda persona tiene, como todo aquello que hace que cada cual sea uno mismo y no otro (p.113). Por su parte, Mizrahi (2004) lo configura como un derecho personalísimo, anota que la identidad personal ha sido caracterizada como el derecho de cada uno de ser uno mismo, de distinguirse y de ser distinto, sobre

la base de sus propios atributos y cualidades personales (p. 55). Siguiendo esa línea del derecho a la identidad puede incluirse tanto el derecho a conocer el origen e identidad biológica como la relación paterno-filial que, si bien están relacionados, pero son dos cosas distintas. Asimismo, es importante mencionar que el derecho a la identidad engloba una serie de derechos derivados tales como, identidad de género, identidad de nombre, de fisonomía, de rasgos físicos, identidad personal y profesional, todo ello hace que cada persona seamos únicas con nuestras propias características y cualidades que nos distinguen de los demás.

Al referirnos a la identidad biológica es un tema complejo el cual en la actualidad suele ser parte de un anonimato o parte de una realidad oculta tras un apellido no correspondido.

Surgiendo la discusión si se tiene derecho o no la posibilidad de llegar a conocer el verdadero origen biológico, de llegar a conocer dicho origen nos preguntamos cual sería la reacción y de que sentimientos acarrearían consigo a dichas personas.

En el año 2002, el British Medical Journal publicó un interesante testimonio anónimo, cuyas líneas vale leer y analizar detenidamente; se trata de una carta de una persona nacida mediante Inseminación Artificial Heteróloga, el tema es muy delicado y complejo, que deberá ser analizado tanto legalmente como socialmente enmarcado bajo una perspectiva moral y ética, cuyas líneas dice lo siguiente:

“Qué se siente ser hijo de una inseminación por donante”.

Durante años, me han impedido explorar mis sentimientos. Me siento culpable al escribir esto, incluso de forma anónima. Es como si estuviera traicionando a mi familia. Tengo miedo de que la gente piense que soy ingrato. Pero necesito escribir esto, para mí y para los otros niños de inseminación de donantes. Espero que a través de mis experiencias otros lo hagan se dan cuenta de que no están solos y que están en posición de ayudarnos a obtener una idea de nuestro aislamiento.

Tengo dos padres amorosos. Cuando me doy cuenta de lo que fue necesario para concebirme, me siento aún más deseada, más deseada que los amigos que fueron bebés de luna de miel o concebidos involuntariamente durante los romances de adolescentes. Sin embargo, como un niño de 11 años atrapado en la confusión y la inseguridad de crecer, me dijeron (de acuerdo con la recomendación actual) del sacrificio que mi padre había hecho por mí. ¿Cómo se suponía que debía sentir? Intenté inicialmente aceptarlo; de una manera mágica, fue emocionante: podía soñar que mi padre genético era una estrella famosa, un príncipe o un deportista increíble (...).

Cuando pasaron los turbulentos años de la adolescencia, la fantasía perdió su atractivo. Comencé a pensar cada vez más acerca de dónde venía y me enojé porque me habían privado de lo que creo que son mis derechos básicos. En una lección de biología aprendimos sobre genética y herencia. Los ejercicios que íbamos a probar con nuestros padres para demostrar su dominio sugirieron

que uno de mis padres no estaba genéticamente relacionado. Afortunadamente, ya sabía la verdad. Si no, mis padres y maestros habrían tenido algunas preguntas difíciles de responder (...).

Recorría caras en la calle, en el supermercado y en la escuela, buscando desesperadamente similitudes en otros: los hombres mayores podían ser mi padre, la gente de mi edad y mis medio hermanos (...) Todo lo que quería era información, no necesariamente para conocer él y nunca para que él sienta ninguna obligación hacia mí.

Tengo curiosidad sobre él; me proporcionó la mitad de mis genes y tengo un deseo natural de conocer mis orígenes biológicos. (...).

He derramado lágrimas y pasé horas pensando en esto. (...) Me doy cuenta de que tengo que aceptar la situación tal como está ahora, pero a pesar de lo mucho que intento, a menudo me lo recuerdan. (...) Puedo averiguar si algún futuro esposo está relacionado conmigo, pero no puedo examinar a cada novio. En el óptico o médico general, me preguntan sobre mi historia familiar, pero solo sé la mitad. (...).

Con los años, los problemas han sido debatidos repetidamente. Lo que falta son los puntos de vista de los niños creados. Somos difíciles de estudiar. Somos anónimos y no podemos expresar nuestra cortesía hacia nuestros padres. (...) Nadie nos ha cuestionado ni nos ha brindado su apoyo. Ni siquiera podemos hablar de eso con otros niños de inseminación de donantes. Se nos niegan los derechos de los ciudadanos normales. No tenemos voz

las decisiones tomadas en la década de 1970 cuando fui concebido no pueden revertirse. Tengo que vivir con la falta de conocimiento y aceptar que no hay nada que pueda hacer para alterar esto. Sin embargo, las cosas se pueden cambiar para la próxima generación de niños y debemos tener voz en estas decisiones.

(...) ¿Deberían decirse a los niños su derecho a la identidad a todos? ¿Cómo habría crecido sin saber la verdad? ¿Me habría enterado de todos modos y habría odiado a mis padres por no haberme dicho? No puedo contestar eso. Pero creo que estoy contento de saber (...) ". (Anónimo, 2002. p. 234, 797).

El relato escrito de una mujer nacida mediante Inseminación Artificial Heteróloga sin duda es una muestra de los sentimientos de dichas personas que solo conocen la mitad de su origen, en dichas líneas se percibe la desilusión, amargura y la incansable búsqueda de llegar a saber el verdadero origen, son muchísimas las personas que pasan por los mismos sentimientos muchas de ellas llevan años buscando datos que les conlleve a dilucidar las dudas de sus progenitores.

Para Díaz (2013), ese derecho al origen y al derecho a la verdad forma parte del derecho a la identidad, sosteniendo que ambos derechos son elementos suficientes para que la persona pueda construir su historia, sin necesidad de que la misma acceda al nombre del ocasional donante. (p.109).

En específico, el derecho a la identidad de la niñez, se encuentra estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño (CSDN), en sus artículos 7° y 8°, en donde se reconoce la inscripción del niño y de la niña inmediatamente después de su nacimiento, es decir el derecho al nombre y la creación por parte de los estados de las instituciones respectivas para hacer efectivo el mismo.

Primordial importancia tiene el artículo 8° de la mencionada Convención, que compromete a los estados a:

- A. Respetar el derecho del niño a preservar su identidad. Llama la atención que la convención incluye en la identidad a la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares, pues estos son considerados los elementos del derecho a la identidad.
- B. Cuando el niño sea privado de alguno de los elementos de su identidad o todos ellos, el estado es el principal garante de prestar asistencia y protección con el fin de reestablecer el derecho vulnerado. (Espinoza, 2004. p. 354)

En opinión de Fama (2012), ponderando los derechos en juego debe priorizarse el derecho a conocer los orígenes como un aspecto del derecho a la identidad por sobre los derechos de quienes prestaron su consentimiento para el acto procreacional. (p. 190).

Existen aspectos innegables para determinar el concepto de la Identidad tales como, el nombre, la nacionalidad y las relaciones filiales; sin embargo, es importante mencionar que el derecho a la identidad engloba a una serie de derechos tales como: derecho a

una identificación, derecho al conocimiento de la identidad biológica y a gozar de un emplazamiento familiar, derecho a una sana y libre formación de la identidad personal.

A. LA IDENTIDAD BIOLÓGICA

La identidad biológica se puede definir como aquella característica genética de cada persona, que la individualiza de las demás en función del tipo de material genético que posea.

La identidad biológica es el derecho que tiene toda persona de averiguar su origen, permitiéndole emplazarse en el estado de familia que le corresponde a su realidad biológica. La esencia original de la filiación es el vínculo biológico (Soto, 1990, p. 57). Siguiendo esa línea del autor resultaría inconstitucional la negación del derecho a la identidad biológica, puesto que se generarían situaciones de discriminación entre las personas y una limitante de los derechos constitucionales que pondrían en tela de juicio la Seguridad Jurídica.

Como cuestión conceptual, es de señalar que puede distinguirse el origen genético del origen biológico, siendo que el primero se refiere al mero dato técnico, vinculado con la herencia genética; mientras que el segundo abarca también los vínculos familiares y afectivos que son parte de la propia historia de una persona. (Kemelmajer, 2010, p. 85.)

Ambos orígenes tanto el biológico y el genético conforman un todo de la persona, el mismo que hace que la herencia y los arraigos estén presentes en todos los seres humanos.

Es oportuno citar aquí a García y De la Fuente (2013), quienes expresan las razones que llevan a una persona al deseo de saber, señalando que no tienen que ver con que el adoptado no se sienta bien con su familia adoptiva, sino que responden más bien, a cuestiones vinculadas con el sentimiento de identidad del sujeto (p. 19, 20).

Esto se hace extensivo a las personas nacidas mediante las técnicas de reproducción asistida cuando se involucre a terceros. Respecto del conocimiento de la verdad biológica, podemos decir: si el hijo procede de donantes en una fecundación heteróloga, es decir, cuando existe más de dos padres, si al crecer el hijo decide conocer la identidad del progenitor biológico, debería tener el derecho jurídico a ello, y desde el punto de vista ético lo tiene siempre, ya que cuando se alcanza la edad de la razón, hay una necesidad profundamente enraizada en el ser humano de conocer a su progenitor, para no crear un vacío en su ascendencia. Todos tenemos la necesidad de situarnos en relación a una historia o una familia, lo que forma parte esencial de la propia identidad. (Marcó y Tarasco, 2009, p. 250, 251).

Para la persona es de suma importancia que conozca su origen biológico dentro de este origen estarán los aspectos de su identidad personal, identidad familiar e identidad social, la identidad es parte de una unidad compleja y es lo que el derecho debe proteger y regular en sus cuerpos normativos.

El principio de respeto por la verdad biológica es uno de los

principios normativos sobre el que se apoya el régimen de filiación vigente. Tradicionalmente se ha dicho que la determinación filial tiende a asegurar la identidad personal, es decir, el derecho de toda persona a obtener el emplazamiento en el estado de familia que de acuerdo con su origen biológico le corresponde.

Actualmente en el derecho de familia ha ido evolucionando muchos aspectos legales y muchas reformas legislativas con la finalidad de facilitar el extenso tema acerca del origen biológico de las personas nacidas por las TRA, a la luz de los avances científicos.

Finalmente, la sociedad debe velar porque las generaciones venideras y los niños en etapa de formación no solo crezcan rodeados de sentimientos de afectividad sino también asegurarles un verdadero árbol genealógico para que les permita desde niños saber quiénes son y que podrían ser en un futuro, teniendo las bases de una verdad biológica firme.

2.1.5. DERECHO A LA INTIMIDAD

Es sin duda un derecho inalienable, imprescriptible, inherente e irrenunciable de toda persona, mediante el cual cada persona tiene un espacio de dominio de todo cuanto le pertenece como tal y se hace parte de la vida de cada persona, es por ello que la intimidad abarca muchos aspectos íntimos, sociales, familiares, educativos, entre otros.

Para Ghersi (2004), los derechos a la identidad y a la intimidad constituyen nada menos que los grandes temas de la primera década del siglo XXI (p. 15).

Desde la concepción de un ser humano existen derechos y deberes que son innatos solamente a los padres, pero que pasa si dicha persona es concebida mediante las TERAS cabe hacer la siguiente pregunta ¿podrá el hijo conocer acerca de su origen y de quienes son sus progenitores genéticamente?

La respuesta sin lugar a dudas es compleja, pero nos inclinamos porque prime la verdad ante todo en nuestra sociedad, por cuanto una cosa es la información sobre cuestiones estrictamente personales y otra cosa es cuando hay cambios sustanciales en la vida social y legal de una persona, más todavía si compromete a la vida misma, a su salud, o a su existencia.

Siguiendo a Corral (2010), si bien se podría argüir que la madre no cuenta sólo con meros intereses para proteger su pretensión sino también con un verdadero, auténtico y fundamental derecho, como es la intimidad o al respeto de su vida privada:

Parece muy dudoso que el derecho a la vida privada personal o familiar pueda incluir el ocultamiento de la identidad de un padre respecto del hijo que desea conocerle. Las relaciones familiares y el estado civil son materias de interés público y que no pueden quedar en la reserva de la intimidad. De hecho, existe un registro público para dar cuenta de estos vínculos de parentesco. Otra cosa es que las circunstancias de la procreación o nacimiento queden amparadas en la esfera de la intimidad (p. 75).

Esta posición del autor es muy interesante puesto que al hablar del derecho a la intimidad hablamos no solo de la vida privada de las

personas, para el caso materia de la presente tesis esta privacidad de conocer a los padres involucra a varias instituciones públicas que no solo exigen a los padres desde el nacimiento de una persona a la identificación mediante un nombre y apellidos, así como la identificación del padre y madre respectivamente, para ello son datos que se presumen verdaderos y ciertos que generaran ciertas obligaciones y derechos sobre el menor.

2.1.6. EL DERECHO A LA VERDAD

Este derecho exige a la sociedad como tal su cumplimiento para que cada persona tenga la certeza de realizar un acto en virtud de la verdad que se le dé, con la finalidad de celebrar actos jurídicos verdaderos y no adolezcan de vicio alguno.

Toda persona tiene derecho a conocer la verdad de todo lo que le atañe y qué verdad más importante que aquella de conocer sus orígenes, su verdad biológica. (Lacalle, 2013, p. 120).

Al niño hay que decirle siempre la verdad, como una de las bases de su recta ética y ponerlo a salvo de situaciones de desencanto, de sensación de engaño (Merchante, 1997, p. 84)¹.

En mi opinión el derecho a la verdad en materia de saber de dónde venimos y cuáles son nuestros orígenes marcará una guía para las personas nacidas mediante las TERAS, que dilucidará el camino y

¹ En esta materia, como anota Merchante, existe el prejuicio de que, si el niño se entera de su origen, sufrirá mucho y se desilusionará. Mas el ocultamiento a la larga puede generar circunstancias particularmente dramáticas por la brusca o la indebida oportunidad del descubrimiento de la verdad o por su confirmación dolorosa si antes hubo alguna sospecha. Por ello, como lo ha sostenido Naciones Unidas, "debe disuadirse a los padres para que no tengan vergüenza ni sentimiento alguno de inferioridad y para que desechen la idea de que los tendrá el hijo adoptivo si tempranamente lo convencen de la equivalencia del cariño y la solicitud que se les brinda en el nuevo hogar.

rumbo de vida a seguir, la vida de estas personas ya no estará condicionada a una búsqueda incansable ni mucho menos a factores condicionantes o limitantes de pudieran existir, una sociedad llena de valores es una sociedad donde primará el derecho a la verdad, el mismo que ayudará a guiar a las personas hacia el éxito y a llevar una vida tranquila.

2.1.7. EL DERECHO A LA SALUD

El derecho a la salud surge como derecho universal que toda persona cuenta es un derecho de segunda generación, social y de carácter programático; que guardan coherencia con lo establecido en la Constitución. Se definen como obligaciones mediatas del estado, esto según la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, asimismo señala que, necesitan de un proceso de ejecución de políticas sociales para que el ciudadano pueda gozar de ellos o ejercitarlos de manera plena.

Los derechos programáticos no facultan a los ciudadanos a requerir judicialmente su ejecución inmediata, pues no gozarían de tutela jurisdiccional; sin embargo, estos derechos sí serían exigibles políticamente, y podrían encontrar satisfacción de acuerdo a la coyuntura gubernamental vigente. Ello se confirma con el tenor del Código Procesal Constitucional Peruano, que delimita el campo de aplicación de los procesos de amparo solo a afectaciones directas de los derechos fundamentales expresos o implícitos, o por trasgresiones a su ámbito constitucionalmente protegido.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos se suscribe en

1948. En el Artículo 25°, numeral 1, prescribe que: toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y bienestar, y en especial alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; posición, consolidada en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

La constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS), de 1946, precisa que el derecho a la salud es el goce máximo de salud que se puede lograr y es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social es un derecho que depende de la más amplia cooperación de las personas y de los Estados; por ello, se asigna a los gobiernos la responsabilidad de la salud de sus pueblos a través de la adopción de medidas sanitarias y sociales adecuadas”, lo que incluye el acceso a una atención sanitaria oportuna, aceptable, asequible y de calidad satisfactoria.

Asimismo, están reguladas en las constituciones de un importante número de países en la actualidad: como en Brasil, la Constitución considera al derecho a la salud como derecho social; en Colombia, la Constitución considera a la salud como un derecho social y la atención de la salud un servicio público; en México, la Constitución de Querétaro indica que: toda persona tiene derecho a la protección de la salud; en España, la Constitución reconoce el derecho a la protección de la salud; en Italia, la Constitución de la República señala la protección a la salud como derecho

fundamental e interés básico de la colectividad.

2.1.8. LA DIGNIDAD HUMANA

El respeto a la dignidad humana se incardina, más bien, en la perspectiva contemporánea de los derechos fundamentales del constitucionalismo social que, partiendo de un status positivo de la libertad, reconoce que todas las personas tienen tanto las mismas capacidades y posibilidades sociales de realizarse humanamente, como que también para ello, cuentan con la promoción y auxilio de los poderes públicos y privados. (Muller, 1988, p. 670.)

Desde la dimensión racional, la dignidad adquiere una perspectiva individual y social, vinculada indisolublemente a la libertad de la persona con lo cual, la dignidad se funda e inserta en la esfera de lo jurídico-político. En este sentido, la dignidad se convierte en un principio constitucional portador de los valores sociales y de los derechos de defensa de los hombres, que prohíbe consiguientemente, que la persona sea un mero objeto del poder del estado o se le dé un tratamiento peligroso a la cuestión principal de su cualidad subjetiva, que afirma las relaciones y las obligaciones sociales de los hombres, así como también su autonomía. (Habermas, 1987, p. 822).

Hay que indicar que, la dignidad en la actualidad ya no se considera como un valor y principio, sino que está compuesta por toda una estructura de derechos fundamentales que, se entrelazan y se complementan mutuamente, sirviendo de parámetro eje del Estado y de la sociedad para dar origen a todos los derechos

fundamentales de los ciudadanos.

En virtud de ello, la dignidad humana se proyecta no solo positiva o negativamente ante los órganos de justicia y de los particulares, sino también como un principio fundamental de todas las actuaciones positivas del ser humano, para que el hombre pueda realizarse de manera libre y armoniosa en la sociedad.

La dignidad de la persona humana se asienta en un sistema de valores democráticos propios de la posición humanista que adoptó la cultura universal luego del holocausto de la segunda guerra mundial. Inicialmente se habló de un renacer del iusnaturalismo frente a una concepción positivista del hombre y del estado de derecho, sin embargo, fue la renovada teoría institucional la que logró darle el perfil de un principio constitucional y de un derecho fundamental. (Haberle, 1987, p. 221-241).

Después de la guerra, la dignidad de la persona y sus derechos humanos se convirtieron en el pilar vertebral de la nueva forma de organización democrática del estado y de la comunidad internacional. Así quedó expresado en la carta de naciones unidas de 1945, que consagró en su preámbulo la voluntad de las naciones de reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana (...) y, sobretodo, en la declaración universal de derechos humanos de 1948, que dispuso en su artículo 1, que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los

unos con los otros (Benchikh, 1999. p. 37-52.).

La dignidad de la persona humana como lo señala el primer autor le asienta una serie de valores, estos valores son los que permitirán vivir en sociedad y en búsqueda de paz social, todo ello que conlleve al bienestar general, esa gama de valores centrará su eje en virtud de la verdad y del respeto por la vida de las personas.

2.1.9. DERECHO A PROCREAR Y FORMAR UNA FAMILIA

Este derecho se enfoca en cuanto es parte del desarrollo de toda persona a conformar una familia y éste es parte del desarrollo integral del ser humano.

Las técnicas de reproducción asistida se desarrollan en un contexto en el que pareciera estarse favoreciendo el derecho al hijo de quienes desean ser padres, y no el derecho del hijo a tener una familia (Corral, 2013, p. 249).

Evidenciándose un deseo primordial por parte de las parejas que de manera natural no pueden tener hijos y acuden a los centros especialistas en las TERAS. Entonces el centro de atención en la materia, radica en los padres, al considerar derecho de ellos el mantener en secreto el origen del hijo que puedan haber tenido por vía de la reproducción asistida.

Cabe indicar que, dada la necesidad de poder ser padres, los puede llevar a la búsqueda permanente practicando y muchas veces abusando del uso de las TERAS, que con el paso del tiempo conllevarán a un desgaste económico y emocional, que al lograrlo se visualizará al hijo no como algo esperado y deseado sino como

un producto exitoso que conllevo al sacrificio económico y psicológico.

Quienes aceptan que el derecho a la procreación es un derecho personalísimo afirman que es un correlato de la libertad de no procrear y, en definitiva, consiste en la libertad de procrear, cuando se quiere, como se quiere y con quien se quiere (Cifuentes, 1995, p. 89).

Toda persona sea casada o soltera tiene derecho a conformar una familia, a engendrar, a dar nacimiento, a su crianza y a todos sus derechos que de ello deriven, pero deberá hacerlo en función no de los derechos que les asiste, sino en función de los derechos del niño que posee.

Sin embargo, un análisis más cuidadoso nos revela que la llamada realidad encubre muchas incertidumbres, vaguedades y posiblemente errores; y que el concepto jurídico de familia constituye también una realidad que encuentra su verdad en el seno del propio Derecho (Peralta, 1995, p. 68). A su vez, la declaración internacional sobre los datos genéticos humanos señala que: artículo 10: derecho a decidir ser o no informado de los resultados de la investigación.

El derecho natural de toda persona a conocer su origen biológico frustra el derecho a la intimidad de un donante de gametos, muy independiente de los intereses económicos que pudieran existir. Otro de los fundamentos que conlleva a decir la verdad es para evitar futuras relaciones incestuosas tanto de las personas nacidas

por las TRA, así como de sus futuras generaciones.

Resulta interesante en este contexto, citar las palabras de Margaret Brown, hija de un donante anónimo:

Soy una persona engendrada por inseminación artificial, alguien que nunca conocerá la mitad de su identidad. ¿Quién soy? es una pregunta difícil de contestar para alguien que ignora de donde viene, negar a alguien el conocimiento de sus orígenes biológicos es un terrible error (Vila y Coro, 1997, p. 82).

Al colisionar dos valores constitucionales seguridad jurídica vs. Derecho a la identidad, el segundo debe prevalecer sobre el primero. Ello propicia la adecuación de la verdad jurídica formal a la verdad biológica, lo cual es, al final de cuentas, una adecuación si bien cada sujeto es amo y señor de su intimidad, no puede hacerse la misma afirmación categórica respecto a su identidad, cuando los demás aparecen involucrados. (...) en todo lo relativo a las relaciones familiares y la determinación del origen genético hace a ellas las personas no se mueven en el terreno de los ideales autorreferentes, donde el principio de la autonomía personal adquiere un valor irrestricto. Por el contrario, serán actuaciones que se desenvolverán en el campo intersubjetivo, en donde el derecho de uno queda limitado por el derecho del otro vinculada a la dignidad de la persona, la igualdad, la intimidad y el libre desarrollo de la personalidad o autonomía (Pierri, 2008, p. 171).

A partir de lo expuesto en el presente capítulo, podemos concluir que toda persona tiene el derecho de conocer su identidad, es decir

su origen, el capítulo inicial de su propia historia, su procedencia biológica, sus raíces físicas y sociales, donde tenga claro su procedencia para que le permita construir su propia historia en base a la verdad de su vida y de su árbol genealógico bien definido.

2.2. LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

2.2.1. ANTECEDENTES

Cabe manifestar que, desde los albores de la naturaleza, siempre la reproducción y, por ende, la fertilidad fueron temas que inquietaron al hombre en todas las civilizaciones, esto porque la procreación es un proceso ligado a la naturaleza (Boza, 1991, p. 72) y porque el hombre es probablemente el único ser con conciencia de poseer una existencia que se inicia en un momento determinado y que está irremediamente limitada por la muerte, entonces tiene conciencia de que su única posibilidad de proyectarse más allá de su propia realidad, es a través de la reproducción (Cofre, 2001, p. 344.).

Por su parte Espinoza (1996) afirma que, el fin y la ratio essendi de la inseminación y la fecundación artificial es la realización del proyecto vital de la maternidad o paternidad frustrados (p. 78-79).

Cabe indicar que el hombre a raíz del avance científico hoy en día puede decidir cuantos hijos tener, el sexo, el color de ojos, color de piel, tipo de cabello, entre otras características, sin embargo, cuando la naturaleza no permite la procreación de manera natural, en virtud a la libertad humana, el hombre recurre a las diferentes alternativas artificiales con el único propósito de vencer la

esterilidad y lograr ser padres.

Veamos un poco de historia de los inicios de la inseminación artificial en seres humanos, ya en la edad media se realizaba dicha práctica, se atribuye a Merkin y Rock ser los primeros que utilizaron este método para fertilizar con espermatozoides un ovocito extraído de la trompa. Los trabajos científicos se multiplicaron y el 25 de julio de 1978, se produjo el nacimiento de Luoise Joy Brown en el Oldham Hospital, ubicado cerca de Manchester, Inglaterra, convirtiéndose en el primer bebé probeta del mundo. Su madre, una inglesa de 32 años, tenía obstruidas las trompas de falopio. Los médicos le extrajeron un óvulo maduro que en condiciones adecuadas fue fecundado in vitro con espermatozoides de su esposo. Con posterioridad, el embrión fue implantado en el útero de Lesley Brown donde se desarrolló normalmente hasta el momento del alumbramiento (Piña, 2004, p. 251).

2.2.2. CONCEPTO

Las técnicas de reproducción humana asistida conocidas por algunos como TERAS y por otros, simplemente como TRA son aquellos métodos técnicos que se utilizan para suplir en la persona o en la pareja la infertilidad que pudieran padecer y así posibilitar que lleguen a tener descendencia (Varsi, 1995, p. 62).

Estas técnicas de fecundación asistida deben configurarse por el ordenamiento jurídico como técnicas que ayudan a solucionar un problema que podría catalogarse como enfermedad dentro de la sociedad.

Según Santamaría (2000) afirma que: entendemos por técnicas de reproducción asistida (TRA), al conjunto de métodos biomédicos, que conducen a facilitar, o substituir, a los procesos biológicos naturales que se desarrollan durante la procreación humana, como la 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.

Al tratarse de una tecnología, aparecen de modo inmediato procesos de manipulación sobre la realidad biológica de la procreación humana. Por definición, en las TRA, ya no interviene de modo exclusivo la pareja en la generación de una nueva persona, sino que adviene la actuación de un tercero (el médico, el biólogo, la sociedad, etc.), lo cual presenta intensas implicaciones bioéticas, como veremos a lo largo de la presente intervención. (p. 37).

En una pareja al existir intimidad mediante acto sexual cabe la posibilidad de poder concebir a un ser humano, siempre y cuando existan posibilidades físicas, es decir no exista ningún problema de fertilidad, ello sería una concepción natural, cuando ello no es posible se recurre a las TERAS que son técnicas de reproducción asistida que según los análisis y estudios se realizaran según el caso específico, ésta es la concepción artificial de un ser humano. La procreación siempre ha estado fundamentada en una comunidad de vida que ha sido estable, como el matrimonio y las

uniones maritales que conducen a la procreación de seres humanos producto de relaciones sexuales, pero en los últimos años se han desarrollado procedimientos médicos que permiten realizar la concepción del ser humano sin necesidad de la unión física de un hombre y una mujer, concebir un ser humano fuera del cuerpo de la madre, con gametos propios de la pareja o de una tercera persona, conocidos estos procedimientos como las técnicas de reproducción humana asistida. (Varsi, 1996, p. 184).

En las TERAS siempre habrá la intervención de médicos y del procedimiento médico necesario para que en un hábitat simulado al natural se logre la fecundación, mediante determinados procesos de tiempos entre estudios previos, y el tiempo real de la fecundación.

La reproducción humana asistida es la denominación genérica de las diversas técnicas desarrolladas en las últimas décadas, para el tratamiento de la esterilidad, las cuales se caracterizan por la manipulación de los gametos de la pareja. (Gispert, 2004, p.33).

Cabe indicar que en la actualidad existen muchos centros especialistas en fertilización, también notamos un incremento considerable de mujeres que padecen esterilidad a temprana edad, es por ello que para estos centros especialistas más que solucionar un proyecto de vida, les resulta muy lucrativo, a raíz de ello como parte de nuestra investigación para la presente tesis, acudimos a varios centros de fertilización, y ninguno de ellos ofrece una asesoría psicológica para superar la infertilidad después de varios

procesos, al contrario, te recomiendan a especialistas cuyos honorarios están bien especificados, evidenciamos que la labor social no se está dando en la actualidad sino una labor médica comercial y beneficiosa.

2.2.3. POSIBLES CAUSAS QUE CONLLEVAN EL SOMETIMIENTO A LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.

Según la revista de estudios jurídicos, económicos y sociales (2003) los crecientes problemas de esterilidad que afectan al hombre tornan cada vez más imperiosa la intervención médica en la reproducción humana. Como lo manifestamos anteriormente las técnicas de reproducción asistida representan la única solución para los casos en los que de manera natural no alcancen la finalidad que como pareja desean de procrear un hijo, recurriendo a las técnicas de reproducción humana asistida canadienses estimaban que entre un 15 % y 20% de las parejas de ese país eran infértiles (p. 76). Similar cifra nos ofrece Wagner (2002) quien nos dice que en el mundo alrededor del 20% de las parejas son infértiles (p. 77-115).

La esterilidad no es otra cosa que la incapacidad de un hombre y una mujer socialmente reconocidos como pareja para lograr un embarazo luego de haberlo buscado por mucho tiempo y no utilizar ningún método anticonceptivo, mientras que la infertilidad es aquel problema en el que las parejas conciben, pero cuyos fetos no alcanzan viabilidad en suma la esterilidad, masculina y femenina, es la imposibilidad de concebir naturalmente por causa de una

anomalía en la función de los órganos genitales es decir existe un problema mucho más serio que la infertilidad.

La infertilidad no implica necesariamente la existencia de anomalías o procesos irreversibles (esterilidad relativa). Son diversas las hipótesis que se presentan al respecto como las causas que originan los problemas de fecundación, siendo las más frecuentes las siguientes hipótesis: la imposibilidad de mantener relaciones sexuales con normalidad debido a la impotencia en el hombre, puede ser por agentes patológicos como las intoxicaciones graves por el consumo de drogas, alcoholismo entre otros consumos de sustancias alucinógenas, por esterilidad", debido a la imposibilidad de procrear o fecundar a pesar de tener la capacidad coito o unión sexual, porque el hombre padezca de eyaculación precoz o cuando tenga déficit de espermatozoides, o cuando en la mujer exista malformación de sus órganos genitales, entre otras causas tenemos a la postergación por decisión de la pareja de procrear hijos en edad más fértil, dejando pasar los años. Causas de Esterilidad.

En el hombre las causas de esterilidad patológica pueden ser las siguientes:

- a. Ausencia de espermatozoides, es decir falta de los elementos masculinos fecundantes en el líquido espermático (azoospermia).
- b. Pobre calidad de semen (aspermatismo).
- c. Numero escaso de espermatozoides (oligospermia).

- d. Poca vitalidad de los espermatozoides, por lo que son incapaces para fecundar el ovulo (necrospermia).
- e. Ausencia en el semen de un fenómeno especial capaz de disolver el tapón mucoso que obstruye la entrada al contacto cervical uterino.

Mientras que, en la mujer las causas de esterilidad patológica pueden ser las siguientes:

- a. Ausencia de la producción mensual de óvulos.
- b. Algunas causas que impiden la copula carnal con el hombre.
- c. Ascenso progresivo de los espermatozoides por el útero y trompas de Falopio, impide la fecundación del ovulo.
- d. Inflamación de la mucosa vaginal. Que impide la acción fecundante de los espermatozoides.

En virtud de las hipótesis dadas, es que las parejas buscan la solución para poder procrear hijos, pero existe la posibilidad que los problemas ya sea del hombre o de la mujer sean muy serios, con los cuales no quedara más alternativa que recurrir a la denominada Inseminación Artificial Heteróloga que no es otra cosa que la Inseminación con material genético o semen de un tercero (donante).

2.2.4. CLASIFICACIÓN

Existe cuatro clases de inseminación artificial:

- A. Homologa o auto inseminación.
- B. Inseminación heteróloga o con donante.

C. Inseminación mixta o biseminal.

D. La inseminación post mortem.

Para Rodríguez y Cadilla (1997) afirman que: por la inseminación artificial se entiende la intervención médica, mediante la cual se introduce el semen en el organismo femenino, no a través de un acto sexual normal, sino de manera artificial, a fin de producir la fecundación. (p. 23).

Mientras que para Herrera (1991) precisa que 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).

La inseminación artificial es la fecundación sin relación sexual, en la que se fuerza el contacto entre el espermatozoide y el óvulo fuera del coito. (Osset, 2000, p. 56). Entonces podemos decir que la inseminación artificial humana consiste en la introducción en el útero de la mujer del espermatozoide de varón, pero también existe la posibilidad de que se introduzca ya el óvulo fecundado como lo veremos más adelante, ello reemplaza la relación sexual en la pareja que se daría de manera natural, para lograr el embarazo y lograr combatir la infertilidad masculina y femenina. El espermatozoide puede ser del mismo padre o de un tercero (donante), así como su fuera el caso de la mujer que dona sus óvulos.

A. INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HOMÓLOGA

La inseminación artificial homologa es aquella que se realiza con espermatozoides del marido, siendo los esposos biológicamente aptos para reproducción, cuando por diversas anomalías físicas se hace imposible la fecundación por vía estrictamente natural. Jurídicamente, este acto ha de considerarse como una terapia curativa, si se ve la eliminación del trastorno de la fertilidad, como el remedio a una enfermedad o en todo caso de un estado con características patológicas. (Eser, A. 1998).

Debido a que el material genético proviene de la pareja de esposos, el nexo biológico es indiscutible por lo cual ambos esposos tienen plena certeza que es su hijo biológico y que obtendrá ciertas similitudes de cada uno de ellos.

B. INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA O CON DONANTE

La inseminación artificial heteróloga es aquella que se efectúa con el semen de un donante ajeno al matrimonio, haciéndolo llegar hasta los órganos genitales de la mujer. (Soto, 1990 p. 55). Al respecto se dan dos situaciones:

- a. Que el marido haya dado su consentimiento, esto significa que el marido asume el rol paterno al dar su consentimiento expreso para que su cónyuge sea inseminada artificialmente con la espermatozoides de un tercero.
- b. Que el marido no haya dado su consentimiento, es decir que

habiendo la mujer sido inseminada artificialmente con semen de un tercer, el marido no asuma el rol de padre, porque no ha expresado su voluntad. Esto obviamente no es equivalente al adulterio ya que, en este, se requiere el acto coital lo que no sucede en esta clase de inseminación artificial. (p.226).

Es en este tipo de inseminación que, el material genético proviene de un donante que son dados en los Bancos de Espermatozoides congelados para sus conservaciones de cada uno de sus componentes, dichos Bancos empezaron a funcionar desde la década de 1970, analizando el tema bajo la óptica jurídica esta técnica conlleva a colisionar derechos y a surgir problemas en torno a las delimitaciones de la filiación de un niño, así como de las relaciones paterno filiales dentro de la familia.

Cabe mencionar que las principales objeciones de la Iglesia Católica contra las técnicas de fecundación asistida, son la obtención de semen por medio de la masturbación y la fecundación realizada de manera artificial².

Ahora, en relación a las consideraciones éticas que consideran esta práctica como reprobable Zannoni (1978), expresa: en el supuesto el cuestionamiento ético radica en que los esposos, por un acto de voluntad, aceptan que intervengan en la fecundación elemento activo de un tercero y éste, el tercero, cede ese elemento

² En la Encíclica *Evangelium Vitae*, de 25 de Marzo de 1996, Juan Pablo II muestra su preocupación por el uso de las técnicas de reproducción artificial. Expone que si bien parece que se encuentran al servicio de la vida, en realidad dan pie a nuevos atentados contra ella Consideradas moralmente inaceptables dichas técnicas al separar la procreación del contexto integralmente humano del acto conyugal, más aún si éstas registran porcentajes de fracasos.

que le ha sido dado por naturaleza para procrear sin hacerse personalmente responsable del nuevo ser que contribuye a crear. (p. 51 - 53).

Opino que en esta técnica de Inseminación heteróloga siempre intervendrá un tercero, como donante es por ello que la iglesia católica torna la idea como una aberración el de producir vida que no es de manera natural, sin embargo en la actualidad la ciencia ha intervenido de manera muy directa en la vida y desarrollo de las personas, desde las implantaciones de órganos, brazos, piernas, y diversas cirugías siendo ello así se debería canalizar la parte moral para que no se permita que la ciencia en su afán del descubrimiento desmedido alteren las creaciones humanas y se pongan ciertos límites y condiciones para evitar que en el futuro estas técnicas sean usadas de manera indiscriminada e inapropiada, buscando la perfección y el beneficio económico.

C. INSEMINACIÓN MIXTA O BISEMANAL

Esta clase de inseminación que en la actualidad se encuentra en desuso, consiste en mezclar el semen del esposo y del donante, al respecto se expresa que la finalidad sería, al parecer, elevar las probabilidades de que él sea el padre, o que se establezca una duda acerca de su paternidad dándole una ilusión, o quizás la esperanza de que fue su esperma, y no el del otro el que fue fecundado el ovulo de su mujer o conviviente. (Varsi, E. 1996, p 56).

Esta clase de inseminación artificial para un sector de la doctrina es considerada como una variante de la inseminación artificial heteróloga y para otros como una forma de manipulación genética.

D. INSEMINACIÓN ARTIFICIAL POST MORTEM

La inseminación artificial post mortem es la que se realiza en la mujer cuyo marido ha muerto, pero que ha dejado con anterioridad congelado su líquido seminal en un banco de semen. (Varsi, 1996, p. 49).

Con respecto a esta inseminación artificial post mortem existen dos circunstancias diferentes: el fallecimiento del hijo después de fallecido el marido y la concepción del hijo después de fallecido el marido.

En el Perú para determinar la filiación de un niño nacido por esta clase de inseminación artificial post mortem interesa el momento de la concepción. En tal sentido, encontrándose disuelto el vínculo matrimonial es de aplicación lo preceptuado en el artículo 383° del código civil vigente que señala: son hijos extramatrimoniales los concebidos y nacidos fuera del matrimonio.

2.3. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO PARA CONOCER SU ORIGEN BIOLÓGICO

2.3.1. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.

En el siglo XVIII filósofos de la Ilustración como John Locke comenzaron a defender que los niños tenían derechos naturales

que debían ser protegidos y estaban destinados a ser parte de orden social y moral como individuos y, por tanto, sus padres tenían la obligación de asistirlos en su desarrollo hasta que lograsen independencia (Kohm, 2008. p. 89).

El interés superior del niño contiene una serie de criterios los cuales conllevan el amparo del desarrollo y autorrealización del niño dentro de su entorno, todo ello con la finalidad de proteger y garantizar que como parte del futuro de la sociedad logre su desarrollo a plenitud.

Con el transcurso del tiempo fue haciéndose notorio el reconocimiento por los derechos de los niños, siendo que, en la Declaración de Ginebra de los Derechos del niño, suscrita por la Liga de Naciones en 1924, fijándose el primer instrumento internacional que se ocupa específicamente de los niños. En dicha regulación se reconoció que la humanidad le debe al niño lo mejor que pueda darle, así como la necesidad especial de protección que requieren todos los niños.

En la Convención de Ginebra de 1924, se consagran por vez primera, en el ámbito internacional, los derechos de los niños y niñas, estableciéndose la obligación de darles lo mejor con la frase primero los niños; posteriormente, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, se determina implícitamente los derechos de los niños como fuente de todos los derechos de la humanidad. Más adelante, en el año 1959 se aprobó, por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas, la Declaración de

los Derechos de los niños y niñas, en donde se disponía que el interés superior es el principio rector para orientar a los padres, madres, tutoras, tutores o responsables, sobre en relación con todo aquello que le sea más favorable al niño o niña, quien tiene el pleno derecho de gozar de una protección especial con la finalidad de desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente, así como en condiciones de libertad y dignidad, estableciendo la obligación de promulgar leyes para ese fin, prevaleciendo para ello, el interés superior de los niños y niñas.

Por otro lado, el deber de protección especial a los niños y adolescentes están incluidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1959; donde en su Artículo 25.2 indica que: la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidado y asistencias especiales.

Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, señala en el Artículo 24.1: 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 y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales por su parte estipula en el Artículo 10.3: los estados partes en el presente Pacto reconocen

que (...) 3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil.

Como lo manifiesta Cornejo (1985) que:

La Convención sobre los derechos del niño, adoptada por las Naciones Unidas en 1989, constituye un instrumento internacional que reconoce a los niños, niñas y adolescentes un conjunto de derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales que se resumen en cuatro principios fundamentales, uno de los cuales es el interés superior del niño, recogido por nuestro Código de los Niños, Niñas y Adolescentes en su Título Preliminar, que preconiza que todas las medidas concernientes a los niños, adoptadas por instituciones públicas o privadas de bienestar social, tribunales, autoridades administrativas y órganos legislativos deben tener muy en cuenta este principio. En ese sentido, corresponde a la administración de justicia en general y la especializada en particular que sus decisiones tengan como sustento dicho principio superior (p. 92).

El interés superior del niño/niña no ha de ubicarse entre los principios específicos del Derecho de Familia. Es suficiente con remitirse al artículo 3° de la Convención que refiere³.

Existe una pregunta sobre quienes deben ceñirse a este principio, para los efectos de la protección de los niños/niñas o adolescentes y de la promoción y preservación de sus derechos. Según los organismos internacionales, se encontrarán en primer lugar los padres de manera primordial, incluyendo en este rango a la familia, segundo lugar, resultado obligado por el principio del interés superior del niño evidentemente el Estado, entendiendo por estado tanto la función ejecutiva, como la legislativa y judicial. En este sentido, el estado se encuentra obligado a adoptar medidas efectivas, en virtud del principio del efecto útil, destinadas a plena vigencia y aplicación de este principio (Caballero, 2001, p.51).

La convención sobre los derechos del niño introdujo el principio de la consideración primordial del interés superior del niño, Plácido (2003) afirma que:

En 1978, debido a que la declaración de los derechos del niño de

³ Artículo 3° de la Convención sobre los derechos del niño y del adolescente.- 1. 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. 2. Los estados partes 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. 3. Los estados partes 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.

1959 carecía de una exhaustiva enumeración de los derechos de los niños, así como por su carácter de texto sin obligaciones jurídicas para los estados parte, el gobierno de Polonia presentó la comisión de derechos humanos un proyecto sobre una convención de las naciones unidas, relativa a los derechos del niño. los objetivos de la convención podrían resumirse como un intento de definir los derechos sustantivos de los niños, reconociéndolos como ciudadanos del mundo y con posibilidades de compartir sus recursos, con los correlativos deberes de los diferentes estados y de las autoridades competentes, teniendo en cuenta que esos objetivos no bastan, sino se consigue además conferir a los agraviados el derecho a acudir a los foros internacionales y legitimar a organismos internacionales para que ejecuten las sentencias y acuerdos.

La Convención sobre los derechos del niño es un tratado internacional sobre derechos humanos que contiene el catálogo mínimo de derechos específicos de la infancia, con carácter vinculante para los estados frente a todo menor y a sus representantes legales sometidos a sus jurisdicciones y con mecanismos de supervisión para el cumplimiento de estas obligaciones por parte de los Estado (p. 81).

El interés superior de los niños y niñas es el principio fundamental y de aplicación obligatoria en los procesos de niñez y adolescencia. Este principio se encuentra establecido de manera fundamental en el artículo 3 de la Convención Sobre los Derechos

de los niños y niñas.

La expresión interés superior del niño significa que el niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensando todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad.

En general, el estado asume dos obligaciones básicas: la primera, la de respetar los derechos del niño/niña y la segunda, la de garantizar el ejercicio de los mismos.

2.3.2. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO/NIÑA COMO FUENTE DE CREACIÓN JUDICIAL

En toda evaluación de un proceso judicial prevalece el interés superior del niño, detrás de toda valoración siempre predomina la base de que, es lo mejor para el niño, en función de un determinado número de valores y según el medio social donde se desarrolle, hoy en día, se rechazan todas las prácticas violatorias de los derechos fundamentales de la niñez.

Sin embargo, en el presente todavía opera en las mentalidades la idea de que muchas veces es indispensable y beneficia al niño/niña ejercer la violencia como un instrumento educativo. (Grosman, 1998, p. 65).

Una idea obsoleta y carente de razón sin duda, la violencia en los niños es un acto lesivo contra la dignidad, contra el estado físico y psíquico de los niños, que por el mismo hecho de su edad se

debería tener bien definido los castigos para quienes hagan uso de la violencia contra ellos.

Por lo cual podemos afirmar, que el legislador debe consagrar, como regla principal, la primacía del interés del niño/niña por encima del interés de los padres biológicos y el de las demás personas que puedan verse afectadas frente algún interés.

Como lo afirma Pinilla (2014): se ha precisado que el niño/niña tiene derecho a especial protección y, considerando sus derechos, que la tutela de los mismos debe prevalecer como factor primordial en toda relación judicial, de modo que, ante cualquier conflicto de intereses de igual rango, el interés moral y material de los menores debe tener prioridad sobre cualquier otra circunstancia que pueda ocurrir en cada caso, y por lo tanto, toda decisión sobre el tema, debe estar inspirada en lo que resulte más conveniente para su protección(p.42).

Preservar el interés superior de los niños y niñas es una obligación primordial de la administración pública y de todo el estado en general, tal y como lo ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por lo que se genera una obligación insoslayable para proteger, fomentar y desarrollar el interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

El principio del interés de los niños y niñas prevé una actuación en el presente para establecer los resultados futuros a su favor, en donde se tiene que predecir, con visión expectante, su futuro, destacándose la predictibilidad para alcanzar el mejor desarrollo

integral. La doctrina anglosajona se desarrolla a través de la predictibilidad, la cual ha obtenido frutos importantes, ya que estima la idea de que los padres, madres, responsables, tutoras o tutores, deben actuar conforme a lo que el niño o niña, cuando llegue a ser adulto, considerará que hubiese sido lo mejor. (Zermatten, 2003, p. 14).

Por lo expuesto líneas arriba, en cualquier decisión pública o privada deberá primar el principio del interés superior del niño, más aún en sede judicial, debiendo ser la consecuencia lógica de la valoración de todo el material probatorio otorgado en un proceso, a partir del cual el juzgador utilizando su apreciación razonada determinará lo mejor para el niño.

2.3.3. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO/NIÑA EN LA JURISPRUDENCIA

En el año 2005, la Corte Suprema de Justicia de la República mediante el expediente N°756-2005-PUNO, se pronunció sobre el interés superior del niño/niña, donde dice en el considerando tercero que: no es menos cierto que existen normas sustantivas que tienen que tienen prevalencia sobre cualquier norma procesal. tal es el caso del artículo ix del código de los niños y adolescentes, que dispone que 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/niña y del adolescente y

el respeto de sus derechos.

En consecuencia, estando a que es política permanente del estado la lucha contra toda forma de violencia familiar, estableciendo medidas cautelares y resarcimiento de los daños y perjuicios causados por ella y al haberse determinado- según las evaluaciones psicológicas obrantes a fojas diez, once y doce- que los menores sufren de maltrato emocional, bien ha hecho la sala superior en fijar medidas de protección a favor de los menores. (p.15).

Según López (2015). Para determinar y coadyuvar a observar el interés superior de los niños y niñas, todo ente administrativo o judicial deberá auxiliarse de deberá auxiliarse de técnicos en la materia para definir lo que más favorezca al niño, niña o adolescente en cada caso concreto. A raíz de ello, se hace necesario que toda autoridad se haga acompañar de expertos y expertas para dicha determinación y posterior decisión. Dentro de los individuos expertos a tomarse en cuenta, están:

A. Perspectiva psicológica y psicoterapeuta: Indiscutiblemente la ciencia de la psicología juega un rol importantísimo para determinar la capacidad natural de los niños y niñas, muy especialmente la psicología infantil, la que deberá estudiar el comportamiento de los niños y niñas desde sus características cognitivas, motoras, lingüísticas, perceptivas, emocionales y sociales.

- B. Perspectiva social: La disciplina relacionada con el Trabajo Social, al igual que el aspecto psicológico, juega un papel indispensable para determinar la capacidad y la mejor conveniencia en el caso concreto de los niños, niñas o adolescentes.
- C. Perspectiva pedagógica: Al igual que las anteriores, consiste en una disciplina que se encarga de velar, estudiar y recomendar la mejor educación de los niños, niñas y adolescentes, en cada caso particular.
- D. Equipo multidisciplinario: Indudablemente, con las tres disciplinas anteriores se puede determinar la capacidad natural de los niños y niñas y las condiciones personales, psicológicas, económicas, sociales, así como todo lo referente a su entorno, con el objeto de establecer las condiciones reales del desarrollo personal de los niños y niñas, y de esa manera determinar lo más conveniente para su desenvolvimiento futuro. (p. 66-67).
- E. Existen muchos casos similares en todo el mundo, donde podemos verificar que en todos ellos existe un razonamiento uniforme por parte de los magistrados del respeto y protección íntegra de tales derechos, evidenciándose un claro reconocimiento legal de los derechos del niño o niña como categoría especial de protección por parte del estado, la familia y la sociedad entera.

2.3.4. EL DERECHO A LA IDENTIDAD COMO UNA NECESIDAD DEL NIÑO

La identidad, en general, es la necesidad y la capacidad, que tiene un individuo de encontrar lazos psicológicos, sociales, culturales y grupos humanos como la familia, una sociedad y una nación en general. (Fernandez, 2000, p.184).

De igual forma, la identidad como necesidad del niño constituye la capacidad para encontrar su origen en todos los aspectos, e involucra parte de su desarrollo personal, históricamente esta necesidad en sus inicios fue del propio individuo, y con el transcurrir del tiempo de la sociedad donde se fue haciendo efectiva dicha necesidad de todas las personas, ello data desde que se empezó a individualizar al ser humano, con un nombre y un apellido, asimismo se determinaba quienes eran los padres de las personas, y ciertos datos de los descendientes, el lugar donde nació, que médico atendió a la madre e inclusive su cultura y religión, en suma la identidad es una necesidad inherente a todo individuo.

El derecho en sentido general, establece y regula la necesidad de identificación de una persona frente al estado y frente a la sociedad en general, que lo individualiza, reconoce y protege tal derecho.

Esto, inherente a los aspectos que involucran su identidad como el nombre y la nacionalidad, tanto en el derecho internacional de los derechos humanos, como en la doctrina escrita sobre el tema, todavía no existe visión unitaria o generalizada sobre la definición del derecho a la identidad, si bien en algunos casos y

constituciones se le considera como un derecho autónomo, generalmente se le identifica como un derecho interdependiente o inseparable de otros, como el derecho a ser registrado, el derecho al nombre, el derecho a la nacionalidad y el derecho a la dignidad. La corte interamericana de derechos humanos indica que el derecho a la identidad está íntimamente asociado al derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, a tener un nombre, una nacionalidad, una familia y a tener relaciones familiares. Para lograr la universalización de la identidad civil se requiere que las personas sean registradas y posean una identificación con información veraz y suficiente que les permita el goce de sus derechos, así como el cumplimiento de sus deberes.

Por tanto, podríamos decir que la identificación de toda persona será considerada como una obligación por parte de cada estado, así como la universalización de datos, para que se registren los antecedentes civiles, penales y judiciales que cada individuo tenga, esto con la finalidad de que cada uno cumpla con lo que debe, así como sea castigado si cometió algún acto que amerita sanción.

En conclusión, la identidad se encuentra íntimamente vinculada con la idea de ser, las características de dicha identidad resultan ser una condición indispensable para la propia existencia de la persona, puesto que es la identidad la que permite a cada uno sea tal y como es, diferenciándolo de los demás, puesto que cada persona posee características únicas e irrepetibles. Por tanto, es necesario que se establezca una legislación acorde con el

crecimiento de la población, para que de esta manera se eviten las suplantaciones, se sigan cometiendo delitos y aún más cada ser humano cuente con un registro especial con el que se identifique e individualice a cada persona.

2.4. LA FAMILIA, EL PARENTESCO Y LA FILIACIÓN EN LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA (TRA) HETERÓLOGA.

2.4.1. LA FAMILIA

Se encuentra regulada en el Código Civil donde prescribe en el artículo 233°, la regulación jurídica de la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento, en armonía con los principios y normas proclamados en la Constitución Política del Perú.

Es la célula básica de la sociedad. Si bien es cierto no existe un concepto unívoco de la familia considero adecuado el concepto vertido por el Dr. Varsi (2004) que conceptualiza a la familia en el sentido “que más que un componente jurídico, la familia es una institución reconocida por el derecho como un requerimiento social del hombre, en la que satisface sus necesidades a través de la convivencia” (p.4).

La familia es la institución social más antigua q conoce la humanidad, que se entiende que está constituida por un grupo de personas unidas por vínculos consanguíneos, parentesco, concubinato, matrimonio, afinidad y de otros sentimientos como amor, solidaridad.

Hoy en día la familia se constituye en mucho más que una institución por cuanto es aquella que mediante la convivencia afronta los diversos problemas sociales que alguno de sus integrantes tuviera, más aún la familia es considerada y vista como ese grupo de personas que viven juntos y comparten costumbres, creencias y son encaminadas o dirigidas por los padres quienes son los pilares de la familia.

Podemos indicar que la familia surge mediante el matrimonio, siendo esta institución plenamente reconocida por el derecho de familia y por nuestra constitución, art 4. Donde dispone que: es deber del Estado y la comunidad, proteger especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley.

La comunidad y el estado protegen a la familia y promueven el matrimonio, cabe mencionar que el derecho protege tanto a la familia surgida del matrimonio como a la no matrimonial o unión de hecho.

A partir de la aplicación de las técnicas de reproducción humana y en virtud del principio constitucional de protección a la familia, podemos indicar que el tipo de familia que se origina por el empleo de dichas técnicas de reproducción según las implicancias sociales enmarcadas dentro del contexto familiar entre ellas la filiación y las relaciones de parentesco.

A efectos de determinar las consecuencias surgidas en el ámbito social con motivo de la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida cabe mencionar que la familia no sólo se constituye mediante actos jurídicos, sino también por la interrelación humana, ya que por ella nacen las relaciones interpersonales de las cuales dependerán muchos derechos dentro de la familia.

2.4.2. EL PARENTESCO

Rebora (1945) afirma que el parentesco es:

El vínculo establecido, ya por la naturaleza, entre personas que descienden unas de otras, o de un autor común; ya por la ley, que declara unas veces la existencia de un vínculo entre el adoptante y el adoptado, y la de otras veces de un vínculo entre personas que han contraído matrimonio y los parientes consanguíneos de su cónyuge, los cuales consanguíneos vendrían a ser en este caso sus propios parientes por afinida. (p.324).

Es la relación o conexión familiar entre dos o más personas en virtud de la naturaleza, de la ley o de la religión (Cornejo, 1985, p.45). En ese sentido el parentesco es considerado como el vínculo o nexo que existe entre dos o más personas, generando relaciones de parentesco, como por ejemplo entre el padre y el hijo, entre el tío y el sobrino, etc. La relación de parentesco más importante es la filiación, que vincula a los padres con los hijos, es llamada también Paterno - Filial (Planiol, 1949, p.56).

El parentesco consanguíneo está regulado por el artículo 236° del

código civil, que a letra dice: el parentesco consanguíneo es la relación familiar existente entre las personas que descienden unas de otras o de un tronco en común. El grado de parentesco se determina por el número de generaciones. En la línea colateral, el grado se establece subiendo de uno de los parientes al tronco común y bajando después hasta el otro tronco. Este parentesco produce efectos civiles solo hasta el cuarto grado, a este parentesco podemos denominarlo el parentesco típico.

El parentesco por afinidad está regulado por el artículo 237° del código civil que señala: el matrimonio parentesco de afinidad entre cada uno de los cónyuges con los parientes consanguíneos del otro. Cada cónyuge se halla en igual línea y grado de parentesco por afinidad que el otro por consanguinidad. La afinidad en línea recta no acaba por la disolución del matrimonio que la produce. Subsiste la afinidad en el segundo grado de la línea colateral en caso de divorcio y mientras viva el ex cónyuge.

El parentesco civil es consecuencia de la adopción tal como lo establece el artículo 377° del código civil, que dice: por la adopción el adoptante adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea, es el parentesco denominado típico.

Cabe indicar que el parentesco hoy en día es asumido no solo por una o dos generaciones, sino que en determinadas partes de nuestro país se reconocen como parientes hasta 5 o 6 generaciones todo ello con la finalidad que existan relaciones que

ellos consideran incestuosas, asimismo se señala por ejemplo en la zona sur de nuestro País que el parentesco tiene que ver mucho con la coincidencia de apellidos y mucho más si entre personas existe cercanía de lugares de procedencia. En mi opinión el parentesco no solo es una figura jurídica, sino que es el nexo entre las familias para que sean distinguidas dentro del árbol genealógico de cada una, es decir producto de ese nexo se generan relaciones de respeto entre sus integrantes que los identifica dentro de una sociedad y gracias a ello podríamos decir que existen los sentimientos de cariño y afectividad dentro de cada familia.

2.4.3. FILIACIÓN

Es la relación más importante dentro de la sociedad. La filiación para (Aveledo y Crisante, 1990, p. 325) constituye un hecho natural, como es la procreación y un hecho jurídico, puesto que determina consecuencias jurídicas, de aquí que pueda distinguirse entre filiación biológica y filiación jurídica. Por otro lado, la filiación forma parte del derecho a la identidad, de ahí que surgen otros derechos como el de conocer el propio origen biológico, la filiación constituye un vínculo jurídico quizá uno de los más importantes que el derecho contempla, porque de él derivan un conjunto de derechos, deberes, funciones y en general relaciones entre dos personas, que en muchos casos perduran por toda la vida, es así que tenemos dos clases de filiación. (Varsi. E. 2004, p. 8). Podríamos decir que la filiación es aquella situación determinante para que existan las relaciones familiares y por ende los lazos consanguíneos, es

condicionante en cuanto a la relación que existe entre padre e hijo, ya que de ello dependerán muchos derechos y deberes que surgirán desde el momento que la filiación obtiene su materialidad mediante los registros de identificación y de estado civil. La filiación se subdivide en filiación por naturaleza, es decir aquella que es biológica, filiación adoptiva, aquella que no se une por vínculos consanguíneos o biológicos y la filiación civil.

A. FILIACIÓN POR NATURALEZA

Dentro de este tipo de filiación tenemos a la Filiación Matrimonial y la Filiación Extramatrimonial, que a continuación desarrollamos:

a. FILIACIÓN MATRIMONIAL

Dentro de este tipo de filiación tiene como base a la presunción *pater is es quem nuptias demonstrant*, Esta presunción sostiene que el hijo tenido por mujer casada se presume hijo de su marido. No es otra cosa que la filiación matrimonial, que deriva de las palabras latinas *filius* y *matrimonium*, que significa hijo que procede de padres casados, es decir hijo nacido de padre y madre que han contraído matrimonio de acuerdo a las formalidades establecidas en nuestra ley civil. (Mallqui, M. 2002). Para otros, la filiación legítima es un vínculo jurídico que se crea entre el hijo concebido en matrimonio y sus padres (Rojina, R. 1997). Al respecto puntualiza Cornejo (1990) que:

Ésta presunción reposa en un doble fundamento: de una parte, en la cohabitación o relación sexual que el matrimonio implica,

de manera que, aún sin otro indicio se puede suponer que entre los cónyuges se ha producido y se produce el contacto carnal, y de otro lado, en la fidelidad que se supone que la mujer guarda a su marido, tanto por consideraciones de orden ético y de organización social como por un cumplimiento de un deber que la ley le impone". Esto es el deber de fidelidad (p. 20).

Entonces se da cuando los hijos nacen dentro de un matrimonio. El niño o niña nacido durante la vigencia del vínculo matrimonial se presumirá hijo del esposo, esta presunción se extiende aun a los concebidos antes del matrimonio, así como a los nacidos en fecha posterior al término del matrimonio, que hubieran sido concebidos dentro de él (presunción iuris tantum).

b. FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL

Es aquella filiación donde los hijos son concebidos y nacidos fuera del matrimonio, lo que significa que el establecimiento de su filiación paterna no es automático. La filiación es divisible, es decir, cada uno de los padres puede establecer el vínculo de filiación que le une al niño o niña en forma separada.

La presunción de la paternidad, al ser un efecto del matrimonio, no existe en este tipo de filiación extramatrimonial, ya que, para establecer el vínculo de filiación, es necesario que intervenga un elemento vinculante: que sea un acto de voluntad expresado en el reconocimiento, es decir sea una declaración judicial en ese sentido artículo 361° del Código Civil señala que, el hijo

nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido.

El reconocimiento de un hijo extramatrimonial es un acto unilateral, declarativo, solemne e irrevocable y no admite modalidad; pero cuando no se da voluntariamente, puede ser declarada por la vía judicial. De acuerdo con el artículo 402° del Código Civil en cuanto a la paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada.

El reconocimiento es un acto formal que exige determinadas solemnidades establecidas por la ley para que tenga validez y eficacia. El fundamento está en la trascendencia que posee el acto y en la conveniencia de que sea meditado, indubitado y fehaciente. (Peralta, 1993, p. 329-330).

Mediante la Ley 27048, Ley que modifica diversos artículos del Código Civil referidos a la declaración de paternidad y maternidad, promulgada el 31 de diciembre de 1998, a través de dicha modificatoria de diversos dispositivos del Código Civil, se incorporó a nuestra legislación la prueba de ADN como medio certero para establecer la existencia del vínculo parental.

En la actualidad las presunciones contenidas en los primeros cinco incisos del artículo 402° del código civil, prácticamente han sido reemplazados por la contundencia de la prueba de ADN. Por ello, resultan atendibles las opiniones que apuntan a la modificación de este artículo del Código Civil, a fin de que la prueba científica del ADN sea el único medio de prueba en

materia de filiación. En nuestra la legislación peruana existe La ley N° 28457, ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial, se complementa con los artículos 388⁴ , 390⁵ y 393⁶ de nuestro actual Código Civil; sin embargo, el art 396⁷, sobre el reconocimiento de hijo extramatrimonial de mujer casada, textualmente dice que: el hijo de mujer casada no puede ser reconocido sino después de que el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable.

Concordado por su naturaleza con los artículos 361⁸ , 362⁹, 363, dista mucho de la realidad actual social y procesal.

⁴ Artículo 388º.- El hijo extramatrimonial puede ser reconocido por el padre y la madre conjuntamente o por uno solo de ellos.

⁵ Artículo 390º.- El reconocimiento se hace constar en el registro de nacimientos, en escritura pública o en testamento.

⁶ Artículo 393º.- Toda persona que no se halle comprendida en las incapacidades señaladas en el Artículo 389º y que tenga por lo menos catorce años cumplidos puede reconocer al hijo extramatrimonial.

⁷ Artículo 396º.- El hijo de mujer casada no puede ser reconocido sino después de que el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable.

⁸ Artículo 361º.- El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido.

⁹ Artículo 362º.- El hijo se presume matrimonial aunque la madre declare que no es de su marido o sea condenada como adúltera.

El reconocimiento de hijo natural (extramatrimonial) se define como el acto jurídico solemne que contiene una declaración de paternidad o maternidad y que le atribuye al menor legalmente el status de hijo natural.

Entre las modificatorias tenemos al Artículo 363° que señala si el marido que no se crea padre del hijo de su mujer puede negarlo:

1. Cuando el hijo nace antes de cumplidos los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio.
2. Cuando sea manifiestamente imposible, dadas las circunstancias, que haya cohabitado con su mujer en los primeros ciento veintiún días de los trescientos anteriores al del nacimiento del hijo.
3. Cuando está judicialmente separado durante el mismo período indicado en el inciso 2); salvo que hubiera cohabitado con su mujer en ese período.
4. Cuando adolezca de impotencia absoluta.
5. Cuando se demuestre a través de la prueba del ADN u otras pruebas de validez científica con igual o mayor grado de certeza que no existe vínculo parental. El Juez desestimará las presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza.

Sobre las Declaraciones Judiciales se encuentran:

1. LA DECLARACIÓN JUDICIAL DE FILIACIÓN - EXTRAMATRIMONIAL PATERNA:

La declaración judicial de la filiación extramatrimonial es un medio de establecer, en defecto del reconocimiento voluntario, una sentencia en la que se declare que una persona es madre o padre de determinado hijo, que resiste a reconocerlo voluntariamente ya por que desconfía de la verdad del vínculo biológico, ya por mala fe o intención deliberada de causar un daño, casos en los cuales, es necesario la investigación judicial" (Peralta, 1993, p. 337).

Esta declaración se basa en la investigación judicial de la paternidad y ocurre cuando el padre del hijo extramatrimonial voluntariamente no lo reconoce porque no se considera padre, desconfía de la verdad del vínculo o por mala fe.

Ante esta posibilidad es necesario probar la relación paterno-filial a través de la investigación judicial de la paternidad, investigación que se ha facilitado con el proceso de declaración de paternidad extramatrimonial creado por la Ley N° 28457, que contempla que la negativa a someterse a la prueba de ADN posibilita la declaración de filiación.

El Art. 402 de nuestro Código Civil señala: La paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada:

- a. Cuando exista escrito indubitado del padre que la admita.
- b. Cuando el hijo se halle, o se hubiese hallado hasta un año antes de la demanda, en la posesión constante del estado de hijo extramatrimonial, comprobado por actos directos del padreo de su familia.
- c. Cuando el presunto padre hubiera vivido en concubinato con la madre en la época de la concepción. Para este efecto se considera que hay concubinato cuando un varón y una mujer, sin estar casados entre sí, hacen vida de tales.
- d. En los casos de violación, rapto o retención violenta de la mujer, cuando la época del delito coincida con la de la concepción.
- e. En caso de seducción cumplida con promesa de matrimonio en época contemporánea con la concepción, siempre que la promesa conste de manera indubitable.
- f. Cuando se acredite el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo a través de la prueba del ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza.

Lo dispuesto en el presente inciso no es aplicable respecto del hijo de la mujer casada cuyo marido no hubiese negado la paternidad. El juez desestimaré las presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza¹¹.

¹¹ inciso 6) modificado por la Primera Disposición Complementaria de la Ley N° 28457, publicada el 8 de enero de 2005. Texto anterior a la modificación: “6. Cuando se acredite el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo a través de la prueba del ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza. Ante la negativa de someterse a alguna de las pruebas luego de haber sido debidamente notificada bajo apercibimiento por segunda vez, el Juez evaluará tal negativa, las pruebas presentadas y la conducta procesal del demandado declarando la paternidad o al hijo como alimentista, correspondiéndole los derechos contemplados en el Artículo 415°. Lo dispuesto en el presente inciso no es aplicable respecto del hijo de la mujer casada cuyo marido no hubiese negado la paternidad. El Juez desestimaré las presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza”

2. DECLARACIÓN JUDICIAL DE MATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL

El Art. 388 del Código Civil establece: el hijo extramatrimonial puede ser reconocido por el padre y la madre conjuntamente o por uno solo de ellos y el Art. 409 del acotado nos dice: la maternidad extramatrimonial también puede ser declarada judicialmente cuando se prueba el hecho del parto y la identidad del hijo, en uno y otro caso la norma jurídica en lo posible se fundamenta en el principio de la consanguinidad para determinar la maternidad del hijo. Maternidad que por cierto está dada por la propia naturaleza, sin embargo, ésta para que origine.

En los procesos de filiación extramatrimonial es admisible la prueba biológica, genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza. (Cornejo, 1990, p. 133). También son admisibles estas pruebas a petición de la parte demandante en el caso del Art. 402 inciso 4 del Código Civil, cuando fueran varios los autores. La paternidad de uno de los demandados será declarada solo si alguno de las pruebas descarta la posibilidad de que corresponda a los demás autores. Si uno de los demandados se niega en someterse a alguna de las pruebas, será declarada su paternidad, si el examen descarta a los demás. La obligación alimentaria es solidaria respecto de quienes se nieguen a someterse a alguna de las pruebas.

A. FILIACIÓN ADOPTIVA

En la antigüedad ya se daba esta figura de la adopción y empezó en la antigua Roma cuyos fines eran netamente políticos y civiles entre ellos figuraba adquirir el derecho de ciudadano, es por ello que adoptaban a plebeyos, un ejemplo de ello es que el emperador Tiberio fue adoptado por el Emperador Augusto, desde allí podemos notar como con la adopción se realizaba una desvinculación total del adoptado de su familia biológica, para pertenecer a su nueva familia adoptante con todas sus implicancias como si fuera un hijo biológico.

Cabe anotar que a tenor de lo dispuesto en el artículo 377° del Código Civil por la adopción el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea¹², este proceso se realiza siempre y cuando se cumplan cada uno de los requisitos establecidos

¹² En el ámbito jurídico la adopción genera diversos efectos entre ellos tenemos:

- i) El adoptado adquiere el primer apellido del padre adoptivo y el primer apellido de la madre adoptiva. De ser soltero el adoptante, o siendo casado es él quien realiza la adopción entonces al adoptado le corresponderá los apellidos del adoptante.
- ii) Por la adopción el menor adoptado se sujeta a la patria potestad de su(s) adoptante(s).
- iii) Surge la obligación o deber de prestación alimentaria de lo(s) a adoptante(s) al adoptado.
- iv) La partida de nacimiento del adoptado deviene en ineficaz para todos los efectos jurídicos salvo de la conservación de los impedimentos matrimoniales. Consecuentemente se emitirá una nueva partida de nacimiento del adoptado.
- v) El adoptado tiene los mismos derechos hereditarios que un hijo matrimonial o extramatrimonial.

En el artículo 378° del Código Civil; entre ellos tenemos: que el adoptante goce de solvencia moral, que la edad del adoptante sea por lo menos igual a la suma de la mayoría y la del hijo por adoptar, que cuando el adoptante sea casado concorra el asentimiento de su cónyuge, que el adoptado preste su asentimiento si es mayor de diez años, que asientan los padres del adoptado si estuviese bajo su patria potestad o bajo su curatela y que se oiga al tutor o al curador del adoptado y al consejo de familia si el adoptado es incapaz.

La familia dentro de la sociedad está conformada por los padres quienes lideran el grupo familiar, y quienes tienen la libertad para incorporar miembros al grupo familiar que satisfagan sus necesidades psico-afectivas y emocionales, es por ello que frente a la necesidad de incrementar su grupo

familiar se recurre a la adopción como figura legal para mantener ciertos derechos y deberes entre los padres y el o la adoptada.

Este tipo de filiación constituye una creación legal y surte todos sus derechos y/o obligaciones respectivas, es importante anotar que la adopción como institución se constituye como una alternativa paralela a las técnicas de reproducción humana asistida para cumplir con la realización de la maternidad o paternidad respectiva, ello en virtud de todas aquellas parejas que por diversas razones no pudieron procrear hijos de manera natural y así cumplir con el propósito sano de “integrar una familia, dándole como la pareja el privilegio de tener un hijo, y al hijo darle el privilegio de tener un hogar.

B. FILIACIÓN CIVIL

Con el avance científico actualmente se vive en un mundo de manipulaciones genéticas y cromosómicas que han conllevado a la mayoría de personas interesadas acudir a ellas, en el caso de la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida una vez conseguido el objetivo de procrear a un ser humano y convertirse en padres, existe un punto esencial que no es tratado con mucha frecuencia como es la filiación civil, que propiamente es una suerte de creación de un tercer género de filiación, aparte de la ya conocida filiación por naturaleza y la filiación adoptiva.

Es de precisar que la filiación civil deberá ser de acuerdo a las técnicas de reproducción humana asistida, a las diversas variantes o formas que presentan como, la fecundación extracorpórea, transferencia de embriones (TE), Transferencia intratubárica de gametos (TIG), la extracción de un embrión todavía no implantado del útero de una mujer a otra la inyección del espermatozoide dentro del ovocito o la denominada inyección tercitoplasmática de espermatozoide (ICSE), las transferencias del embrión o del ovocito las trompas de falopio, la maternidad subrogada, entre otras; hasta ahora conocidas y empleadas en muchas mujeres, por lo que nuestro ordenamiento jurídico en lo referido a la filiación civil ha de ser siempre provisorio y prevencionista de complejos cuya visión deberá ser a futuro y de acorde al avance científico, tecnológico que se presenta como consecuencia misma del dinamismo e innovaciones que se vienen dando en el derecho de familia.

Por lo cual el nuevo ordenamiento jurídico en materia de filiación civil debe de comportar soluciones legales y adecuadas que mejor acompañen a esos cambios y a la nueva realidad científica que impone la aplicación de las TERAS.

2.5. LA FILIACIÓN Y EL DERECHO A LA IDENTIDAD EN LA TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

Cuando los hijos nacen la relación con sus padres no tiene eficacia jurídica hasta el momento en que se determine la filiación, esta relación de filiación de las personas nacidas por inseminación artificial heteróloga objeto de la

presente tesis es la que genera diversas dificultades en nuestro ordenamiento jurídico puesto que no se cuenta con una normatividad expresa para este tipo de situaciones.

La determinación de la filiación responde a un interés familiar que debe reputarse prevaleciente: el derecho de toda persona a obtener el emplazamiento en el estado de familia que de acuerdo con su origen biológico le corresponde. (Zannoni. 1998, p. 125).

2.5.1. FILIACIÓN EN LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HOMÓLOGA

Este tipo de inseminación se realiza cuando ambos dieron su consentimiento para la aplicación de una de las técnicas de reproducción asistida. Por lo cual la filiación del hijo será matrimonial coincidiendo con el fundamento de la filiación en virtud del vínculo consanguíneo llamado también vínculo genético con el carácter jurídico formal de la norma acotada. Puesto que al utilizarse el material genético del marido y de la mujer dentro del matrimonio no se contradice con la naturaleza procreacional.

La técnica conducente a la inseminación homóloga no afrenta la naturaleza ni los fines del matrimonio y merece aprobación como un medio para superar siendo posible, la infertilidad de los cónyuges (Zannoni, 1978, p. 50).

En ese mismo sentido Cárdenas (1998) indica que: sin desconocer la autoridad de la opinión contraria de la Iglesia sobre el particular, no encuentro objeción ética alguna para la fecundación extracorpórea homóloga, siempre y cuando el procedimiento

empleado para que se produzca no lleve la destrucción de algunos embriones, pues en caso contrario la fecundación importaría una violación flagrante del derecho a la vida de seres humanos (p. 197).

Las TERAS homólogas son conductas perfectamente ajustadas a derecho y que como tal deben ser reguladas (Taboada, 1997, p. 186).

Al utilizar esta forma de inseminación dentro del matrimonio no existiría conflicto alguno, pues existe seguridad jurídica por la existencia del vínculo matrimonial en la pareja. Según la vieja regla romana "Pater is est quem nuptiae demostrant", regla que por su utilidad permite la determinación de la paternidad legal (matrimonial) y la filiación matrimonial del nuevo ser mientras no se impugne en razón de ser una presunción *iuris tantum* (que admite prueba en contrario). Consecuentemente la doctrina es unánime en considerar a los nacidos de una inseminación artificial o fecundación *in vitro* homóloga serán reconocidos como hijos matrimoniales.

2.5.2. FILIACIÓN EN LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA

El código civil napoleónico estableció la prohibición de la investigación de la paternidad, con la finalidad de mantener la tranquilidad del hogar y evitar las demandas que tenían por objeto lesionar la honra y el honor del marido o del imputado como supuesto padre. Actualmente, se intenta que la determinación jurídica de la paternidad tenga consonancia con la realidad biológica, es decir, se intenta que la filiación que se presume como

cierta corresponda a la que está dentro del cuerpo del niño.

En este tipo de inseminación surgen problemas más complejos y evidentes, ya que al realizarse con material genético de un tercero (donante) en el ámbito de la pareja, no existe seguridad que, con la realización de dicha práctica, se logre una relación jurídica familiar sólida, este tipo de reproducción asistida es una suerte de solución o remedio a la esterilidad de uno de los miembros de la pareja heterosexual o de ambos.

Desde una perspectiva ético-jurídico inclusive es aceptado; así Boza citando a Luigi Lombardi señala que: a efectos de su permisibilidad debe verificarse:

- a. La infecundidad de la pareja, (no superable),
- b. La existencia de un grave riesgo de transmisión de enfermedad hereditaria,

Que la pareja sea capaz de adoptar y que previamente haya realizado de manera infructuosa un procedimiento de adopción. No cabe duda que las técnicas de reproducción humana heteróloga satisfacen la necesidad de procreación que es una necesidad social importante, asimismo permite que las parejas que recurren a ellas logren ser padres, ya sea porque el material genético tiene alguna deficiencia o porque existe un peligro de enfermedad hereditaria.

También (Taboada, 1997, p. 188). Manifiesta su opinión favorable de la siguiente forma: no nos parece que el hecho de utilizar material genético de un tercero sea un elemento que sirva para privar de

legitimación jurídica de dichas técnicas. No aceptamos ningún argumento de orden supuestamente moral, religioso o de orden psicológico en contra de su legitimación. Sería absurdo e injusto calificarlas jurídicamente como actos ilícitos y menos aún considerarlas como hechos intrascendentes o irrelevantes. Dicho de otro modo, las técnicas de reproducción humana asistida heteróloga deben ser también contempladas como negocios jurídicos típicos en el sistema jurídico nacional por cumplir una función socialmente relevante y digna, debiendo en todo caso ajustarse a rigurosos requisitos legales en protección del hijo nacido por su aplicación.

En nuestra sociedad actual, y en varios países latinoamericanos no se existe una regulación adecuada en materia de filiación debido a la procreación mediante las técnicas de reproducción humana asistida, por lo cual se requieren directrices legales que orienten a la legislación.

En el sistema de filiación tradicional, la paternidad se sustenta en la verdad genética es decir en el aporte de material genético, mientras que la maternidad se sustenta en la verdad biológica es decir el hecho de parir a un nuevo ser.

Para el presente caso de la inseminación artificial con intervención de un donante o tercero, la filiación de determinará a favor del varón ya que sin haber aportado sus gametos consienten que la mujer recurra a usar dicha inseminación, de esta manera se asume la paternidad en su totalidad.

2.5.3. INTIMIDAD DEL MENOR PROCREADO APLICANDO LAS TERAS

Cabe mencionar que el artículo 14° de nuestro Código Civil señala que, la intimidad de la vida personal y familiar no puede ser puesta de manifiesto sin el asentimiento de la persona o si ésta ha muerto, sin el de su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden, como se evidencia no se contempla la protección de datos de los menores que han sido concebidos mediante técnicas de reproducción asistida. Por lo cual resulta necesario empezar regulando el hecho que no se indique bajo ninguna modalidad en documento público alguno que el menor fue concebido mediante el empleo de una TRA, que dichos datos permanezcan en custodia y resguardo de los centros especialistas en dichas técnicas y que sólo serán entregados u revelados cuando exista mandato judicial por imperio de Ley, o cuando exista peligro de la vida o salud del menor.

2.5.4. LA INFORMACIÓN SOBRE EL ORIGEN BIOLÓGICO COMO DERECHO FUNDAMENTAL DE LA PERSONA

El derecho a conocer el propio origen biológico se erige en un derecho fundamental por conexidad con el principio de dignidad humana y el de libre desarrollo de la personalidad (Martínez, 2005, p.25). Toda persona en nuestra sociedad se caracteriza por tener características distintas y únicas del resto de personas como ser social, con ello una vez ya individualizado se generaría como consecuencia su identidad, que son los datos personales y sociales

que lo identifican en la dentro de un contexto social, cultural, político. Este principio es muy importante, pues la verdad biológica es la esencia del derecho de filiación, en el Perú existen diversas formas de determinar la filiación, ya sea esta matrimonial o extramatrimonial y para llegar a determinarse muchas veces se tiene que recurrir a la prueba biológica de ADN.

No existe en nuestro ordenamiento jurídico norma que regule la filiación por inseminación artificial heteróloga, siendo 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 de 1993 específicamente como el derecho a la identidad.

2.5.5. INTIMIDAD DEL DONADOR DE GAMETOS

En nuestro país rige el anonimato del donante, en el caso de la donación de gametos, ello en concordancia con la regulación de la filiación donde priva de vínculo alguno entre donador y el nacido producto de donación.

Esta 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. (Martínez, 2005, p. 30). Esto conlleva a que por ningún motivo se revele la identidad del donador porque no genera ningún vínculo jurídico del cual se puedan derivar derechos y obligaciones entre el donador y el concebido.

Para (Martínez, 2005, p. 45). Esta postura defiende el anonimato sustentándose en los siguientes supuestos:

- a. La relación paterno filial entre la pareja receptora y el nacido, la cual debe fortalecerse y que no exista interferencia que menoscabe ese vínculo y la seguridad familiar. Considero que no siempre sucede así, pues en el caso de inseminación artificial a mujer sola, el menor no se integrara a ninguna familia.
- b. La intimidad del donante como el de la pareja, pues se impide así que se publique los datos del donante o la infertilidad del varón. Considero que de esta manera se irroga derecho a conocer la verdadera identidad biológica.
- c. La donación de gametos, al asegurar el anonimato del donante se facilita la donación de gametos necesarios para la realización de la inseminación artificial. Es cierto que el anonimato, hace que muchos hombres accedan a donar, pues ellos no desean ser padres ni tener ningún vínculo jurídico, social y si se daría a conocer su identidad muchos de ellos desistirían por miedo a la intromisión de su privacidad, lo cual reduciría el número de nacimientos que se dan a través de esta técnica.
- d. El secreto profesional, es por ello que el médico que intervino en el procedimiento de inseminación artificial, no puede revelar ningún dato de este, pues es una exigencia de la práctica médica.

En el Perú es un derecho Fundamental y se encuentra regulado en el artículo 2 inciso 18º de la Constitución y señala: “Toda persona tiene derecho: A mantener reserva sobre sus convicciones políticas, filosóficas, religiosas o de cualquiera otra índole, así como a guardar el secreto profesional”.

En el Perú, las clínicas de fertilización, prometen total reserva, salvaguardando su derecho a la intimidad, el cual se encuentra regulado en la declaración Universal de derechos Humanos de las Naciones Unidas, en el Artículo N° 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 ni a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales interferencias o ataques.

Es menester hablar de otro problema que surge por la Intimidad del donante, pues la cesión de esperma al no estar regulada permite que el donante que aporta su material genético lo pueda hacer por más de una vez, no existiendo control y abriendo la posibilidad de incesto, es por ello que varios países adoptaron la postura de que a partir de los 18 años los adultos concebidos por la técnica de inseminación artificial heteróloga se les permita tener información relativa a su progenitor para así evitar matrimonios entre parientes consanguíneos.

Es en este punto donde surge la colisión del derecho a la intimidad del donante frente al derecho a la identidad biológica del nacido mediante la inseminación heteróloga que es objeto de la presente tesis.

Dicho derecho a la identidad del menor se encuentra protegido por la Convención Internacional de los Derechos del Niño, donde considera de vital importancia para el desarrollo del niño, la vinculación genética de él con ambos padres. Para este punto resulta claro que no existirá relación filiatoria alguna con el donante. En suma, para el presente capítulo cabe indicar que la filiación se encuentra estrechamente ligada a la identidad del niño como derecho fundamental e independiente, tal como se presenta en la filiación extramatrimonial. Es por ello que, para proteger el derecho a la identidad del niño, es preciso concebir el interés familiar como aquél que permita la vigencia de los derechos de los miembros que se consideran parte de una familia, privilegiándose entre ellos al niño en razón del interés superior. Sin embargo, la relación filiación-identidad-interés superior del niño que plantea algún sector de la doctrina debiera reformularse. En mi opinión, la protección del derecho a la identidad no debiera considerarse un medio para garantizar el interés familiar, sino que se configura como un derecho fundamental de carácter autónomo de todo niño, y en consecuencia, al interés familiar, garantizando el cumplimiento de sus demás derechos como sujeto de derecho que por ley le corresponde.

2.6. LEGISLACIÓN PERUANA Y COMPARADA

2.6.1. DERECHO A LA IDENTIDAD EN NUESTRA LEGISLACIÓN PERUANA

A. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1993.

Artículo 2º: 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.

Artículo 4º: la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley.

Artículo 6º: la política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir.

En tal sentido, el Estado asegura los programas de educación y la información adecuada y el acceso a los medios, que no afecten la vida o la salud. Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. Los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres. 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.

B. CÓDIGO CIVIL DEL PERÚ DE 1984.

Artículo 236°: el parentesco consanguíneo es la relación familiar existente entre las personas que descienden una de otra o de un tronco común.

El derecho a la identidad es el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido o individualizado conforme a determinados rasgos distintivos, esencialmente de carácter objetivo (nombres, seudónimos, registros, herencia genética, características corporales, etc.). (Civil, 1984). Es por ello que, toda persona tiene derecho a su identidad, definida como todo aquello que hace que cada cual sea uno mismo y no otro. (Fernández Sessarego.1992, p.84).

C. CÓDIGO DEL NIÑO Y ADOLESCENTES – LEY N° 27337 DEL 2000.

Artículo 6°: “El niño y el adolescente tienen derecho a la identidad, lo que incluye el derecho a tener un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y llevar sus apellidos.

Tienen también derecho al desarrollo integral de su personalidad. Es obligación del Estado preservar la inscripción e identidad de los niños y adolescentes, sancionando a los responsables de su alteración, sustitución o privación ilegal, de

conformidad con el Código Penal. En caso de que se produjera dicha alteración, sustitución o privación, el Estado restablecerá la verdadera identidad mediante los mecanismos más idóneos. Cuando un niño o adolescente se encuentren involucrados como víctimas, autores, partícipes o testigos de una infracción, falta o delito, no se publicará su identidad ni su imagen a través de los medios de comunicación”.

Es así, que en ese sentido podríamos decir que dentro del concepto a la Identidad se encontrarían el derecho a conocer la identidad biológica como parte de la determinación de la relación paterno-filial, si bien es cierto están relacionadas, pero cada una se manifiesta de distintas maneras.

2.6.2. DERECHO A LA IDENTIDAD EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA

A. EN ITALIA.

Mediante Ley N° 40, dada el 19 de febrero de 2004, en lo referente a las normas sobre procreación médica asistida, en caso que no existan métodos terapéuticos idóneos para combatir la infertilidad o esterilidad se considera a la fecundación artificial como un método permitido por considerarlo un método terapéutico mas no un método natural. Para acceder a dicho método las mujeres deberán ser mayores de edad y estar en edad pro creacional fértil además de ser casadas o convivir con el varón para lo cual se tendrá como prueba una declaración de consentimiento. Dicho cuerpo normativo protege al embrión de los experimentos que se le pudieran hacer y de la manipulación del mismo, cuyo objetivo sea

diferente a su desarrollo o esté en juego la salud, prohibiendo la crío conservación y la supresión de embriones. A través de los artículos 4 y 6 se establece que las parejas que recurren a estas prácticas previamente debieron intentar alguna terapia médica, quirúrgica o psicológica para luchar contra la esterilidad, una vez comprobada la imposibilidad de procreación se puede proceder, bajo los criterios de gradualidad (procedimientos menos invasivos) y consentimiento informado a las TRA¹⁰.

Por otro lado, la legislación italiana prohíbe la fecundación heteróloga¹¹ guardando conformidad con su Constitución en cuyo primer inciso del artículo 30° ha previsto que “Es un deber de los padres mantener, educar, instruir a los hijos”, refiriéndose claramente a los progenitores biológicos estableciendo una relación de filiación. Con respecto a la experimentación con embriones también se encuentra prohibida¹² y permite solamente las búsquedas clínica y experimental sobre cada embrión a condición que se persigan exclusivamente finalidades terapéuticas y diagnóstico¹⁶, conducentes a la tutela de salud y al desarrollo del embrión mismo. Señala también en lo referido a la producción de embriones, que estos no pueden ser superior a tres embriones que son necesarios para un único y contemporáneo implante, con la finalidad de eliminar la tradición de producir embriones más de la cuenta, los cuales a las finales sean utilizados en experimentos u desechados. Notamos que en la legislación italiana reconoció que en su territorio se realizaban estas prácticas de fecundación por lo que lo regula

¹⁰ Artículo 4, inciso 2 de la Ley 40/2004.- “Las técnicas de reproducción asistida se aplicarán de conformidad con los siguientes principios: a) gradualidad, con el fin de evitar recurrir a intervenciones que tengan un grado técnico y psicológico muy invasivo y gravoso para los destinatarios, inspirándose en el principio de la invasividad menor; b) el consentimiento informado que se llevará a cabo de conformidad con el artículo 6...”

¹¹ 1 artículo 4, inciso 2 de la Ley 40/2004.- “...Las técnicas de reproducción asistida se aplicarán de conformidad con los siguientes principios: ... c) Está prohibido el uso de las técnicas de reproducción asistida de tipo heterólogo”

¹² 152 Artículo 13 de la Ley 40/100.- “La presente ley prohíbe toda forma de selección con finalidad eugenésica de los embriones y de los gametos o toda intervención que, por medio de técnicas de selección, de manipulación o por medio de procedimientos artificiales, estén dirigidos a alterar el patrimonio genético del embrión, de los gametos o a predeterminedar características genéticas con excepción de las intervenciones que tengan una finalidad diagnóstica o terapéutica, de la cual se habla en el inciso 2 del presente artículo.”

de forma estricta con ciertas restricciones bajo la óptica de proteger los derechos del concebido.

B. EN ESPAÑA

Constitución Política:

Artículo 10º inciso 1: “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”.

Artículo 20º inciso 4: “Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.”

Ley 14/2006:

Artículo 3º inciso 1: “Las técnicas de reproducción asistida se realizarán solamente cuando haya posibilidades razonables de éxito, no supongan riesgo grave para la salud, física o psíquica, de la mujer o la posible descendencia y previa aceptación libre y

consciente de su aplicación por parte de la mujer, que deberá haber sido anterior y debidamente informada de sus posibilidades de éxito, así como de sus riesgos y de las condiciones de dicha aplicación.”.

Artículo 3º inciso 6: “Todos los datos relativos a la utilización de estas técnicas deberán recogerse en historias clínicas individuales, que deberán ser tratadas con las debidas garantías de confidencialidad respecto de la identidad de los donantes, de los datos y condiciones de los usuarios y de las circunstancias que concurren en el origen de los hijos así nacidos. No obstante, se tratará de mantener la máxima integración posible de la documentación clínica de la persona usuaria de las técnicas”.

Artículo 5º inciso 5: “La donación será anónima y deberá garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes por los bancos de gametos, así como, en su caso, por los registros de donantes y de actividad de los centros que se constituyan. Los hijos nacidos tienen derecho por sí o por sus representantes legales a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad. Igual derecho corresponde a las receptoras de los gametos y de los pre embriones. Sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las Leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad de los donantes, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. Dicha revelación tendrá carácter restringido

y no implicará en ningún caso publicidad de la identidad de los donantes”.

Artículo 6º inciso 3: “Si la mujer estuviera casada, se precisará, además, el consentimiento de su marido, a menos que estuvieran separados legalmente o de hecho y así conste de manera fehaciente. El consentimiento del cónyuge, prestado antes de la utilización de las técnicas, deberá reunir idénticos requisitos de expresión libre, consciente y formal.”.

Artículo 7º inciso 1: “La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las Leyes civiles, a salvo de las especificaciones establecidas en los tres siguientes artículos”.

Artículo 8º inciso 3: “La revelación de la identidad del donante en los supuestos en que proceda conforme al artículo 5.5 de esta Ley no implica en ningún caso determinación legal de la filiación”.

En el derecho español tiene como base al principio, “Pater est quem nuptiae demostrant”, que atribuye la paternidad de los hijos nacidos dentro de matrimonio al cónyuge varón, esto es en la Ley de 1978. Posteriormente se reforma el artículo 39.2 de la Constitución española y permite la investigación de la paternidad para conocer la verdad biológica, adoptando la regla “Pater is quem sanguinis demostrant ” (Díaz y Ambrona 1993, p. 64), asimismo los poderes públicos aseguran, la protección integral de los hijos ante la ley serán todos iguales, con independencia de su filiación, de las madres cualquiera sea su estado civil.

Mediante Resolución 604 – 2000, el Tribunal Supremo reconoce explícitamente la relevancia del derecho a conocer la verdad

biológica, como elemento importante del derecho a la salud, donde indica:

La verdad biológica no puede dejarse de lado conforme a la efectiva verdad material y, a su vez también ha de tenerse en cuenta el derecho material y por ello, el interés justificado que asiste a los hijos de saber y conocer quién es su padre y se presenta como encuadrable en tutela judicial efectiva que a los mismos a de otorgarse por integrarse a la moral jurídica y normativa constitucional (artículo 39º), e incluso resulta necesaria para la determinación genérica y puede ser vital para preservar la salud.

Asimismo, el artículo 133º del Código Civil reconoce el derecho del hijo a la acción de reclamación de filiación no matrimonial cuando falte la posesión de estado durante toda la vida, mientras el Tribunal Supremo interpreto esta norma a favor del padre biológico quien también podía reclamar este derecho, de acuerdo con el supuesto establecido en el artículo 134 del mismo ordenamiento que otorga la facultad de impugnar la filiación contradictoria.

El Tribunal Constitucional español ha dictado también algunas sentencias relativas al derecho a la identidad, entre ellas La STC 7/1994 de 17 de enero señala lo siguiente:

La finalidad de la norma que permite la práctica de las pruebas biológicas no es otra que la defensa en primer lugar de los intereses del hijo, tanto en el orden material como en el moral, y destaca como primario el derecho del hijo a que se declare su filiación biológica, como ha destacado la doctrina del Tribunal Supremo.

En esta misma línea, la STC 138/2005 de 26 de mayo de 2005

relaciona la investigación de la paternidad, como parte del derecho a la identidad, con la dignidad de la persona: "Y, al mismo tiempo, debe posibilitar la investigación de la paternidad (artículo 39.2, CE), mandato del constituyente que guarda íntima conexión con la dignidad de la persona (artículo 10.1, CE), tanto desde la perspectiva del derecho del hijo a conocer su identidad como desde la configuración de la paternidad como una proyección de la persona".

C. EN ARGENTINA

Mediante Ley Nacional de fertilización humana asistida N° 26862 regula los siguientes artículos:

Artículo 1º: toda persona capaz, mayor de edad, puede someterse al uso de técnicas de reproducción humana asistida, habiendo previamente prestado su consentimiento informado, de acuerdo a los términos de la Ley 26529 – Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud- o la que en el futuro la reemplace. El consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida debe protocolizarse ante escribano público o ante funcionario público dependiente del registro del estado civil y capacidad de las personas, y es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la mujer o la iniciación de alguna de las técnicas permitidas.

Artículo 2º: las personas que se sometan a técnicas de reproducción humana asistida pueden aportar su propio material genético y el de su pareja para llevar a cabo el embarazo, o recibir gametos

femeninos y/o masculinos aportados por terceros.

Artículo 9º: quienes se constituyan en aportantes de gametos para terceros podrán hacerlo en una sola oportunidad en un único centro médico autorizado. el material genético de un mismo aportante sólo podrá ser utilizado para realizar técnicas de reproducción humana asistida a las que se someta una misma persona o pareja. previo a la realización de los estudios clínicos a que refiere el artículo 6º, el centro médico autorizado deberá realizar una consulta con el registro único de centros médicos autorizados y aportantes de gametos, que se crea por el artículo 28º de esta ley, a los efectos de constatar que la persona que pretende constituirse como aportante no haya aportado sus gametos de forma previa en otro centro médico autorizado.

Artículo 10º: quienes se constituyan en aportantes de gametos para terceros podrán hacerlo en una sola oportunidad en un único centro médico autorizado. el material genético de un mismo aportante sólo podrá ser utilizado para realizar técnicas de reproducción humana asistida a las que se someta una misma persona o pareja. previo a la realización de los estudios clínicos a que refiere el artículo 6º, el centro médico autorizado deberá realizar una consulta con el registro único de centros médicos autorizados y aportantes de gametos, que se crea por el artículo 28º de esta ley, a los efectos de constatar que la persona que pretende constituirse como aportante no haya aportado sus gametos de forma previa en otro Centro Médico autorizado.

D. EN INGLATERRA

Cuenta con la Ley de Fertilización Humana y Embriología.

Artículo 31º inciso 3: toda persona que hubiere cumplido los 18 años de edad, podrá pedir al consejo, mediante la instancia correspondiente que atienda una solicitud referente a lo dispuesto en el apartado 4 siguiente, debiendo el consejo atender dicha solicitud si:

La información contenida en el Registro demuestra que el peticionario nació o pudo haber nacido como con secuencia de los servicios de tratamiento.

Se ha facilitado al peticionario la oportunidad de recibir asesoramiento adecuado sobre las consecuencias posibles de la admisión de la instancia”.

Artículo 31º inciso 4: podrá el peticionario solicitar al Consejo que le expida certificación en la que le informe si se deduce del contenido registro que determinada persona que no es su padre ha sido o podría haber sido su progenitor, de no ser por lo dispuesto en los artículos 27 al 29 de la presente Ley, y si esa información así lo demuestra. a) Que la certificación suministre al peticionario la parte íntegra (pero nada más que esa parte) de dicha información relativa a la persona en cuestión que el Consejo esté reglamentariamente obligado a facilitar.

b) Que la certificación diga si esa información demuestra que, de no ser por lo dispuesto en los artículos 27º al 20º de esta Ley, existiría vínculo de parentesco entre el peticionario y un tercero

especificado en la solicitud como la persona con quien el propio peticionario desea contraer matrimonio.

Artículo 31º inciso 5: no podrá disposición reglamentaria alguna obligar al Consejo a que facilite información identificadora de la persona cuyos gametos hubieren sido utilizados, o de la que un embrión se hubiere tomado, si la persona titular del permiso tenía esa información en un momento en que no se podía exigir al Consejo que facilitase la clase de información.

Es por ello, teniendo en cuenta la legislación peruana y comparada, el conocimiento de la verdad e identidad biológica tiene relevancia tanto en el ámbito del interés social y familiar como en el espacio privado del individuo.

Por tanto, podemos apreciar que en nuestro país es escasa la legislación en cuanto a TRA, tenemos los principios a respetarse, existen investigaciones de bioética que se contradicen con el artículo 7º de la Ley General de Salud cuando no ha sido claro y preciso en cuanto al uso de las TRA.

Adicionalmente el proyecto de ley que existe es muy permisivo al tratar de legislar el tema, más que poner límites que preserven el respeto por la vida y salud, pareciera que pretende poner en leyes la situación de irregularidad empezando por la reglamentación de debieron tener los centros especialistas en Técnicas de Reproducción Asistida.

Por ello considero que, a fin de evitar innumerables dilemas judiciales es preciso establecer las reglas claras y precisas sobre las TRA, con la única visión normativa de dotarnos de seguridad

jurídica, donde tenga primacía la protección del concebido y del nacido mediante las TRA a su derecho a la identidad biológica, de tal manera que acceda a los demás derechos que por solo hecho de ser persona humana le corresponden, lo cual permitirá vivir dentro de cada familia en tranquilidad y paz social.

2.6.3. ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA PERUANA.

En nuestro sistema jurídico no existe ninguna norma que regule el derecho a la identidad biológica de las personas nacidas mediante inseminación artificial heteróloga, veamos cómo se desarrolla jurisprudencial y doctrinariamente. En cuanto a la jurisprudencia, puede decirse que, en los últimos años, han empezado a aparecer algunos fallos; unos con ideas muy plausibles y otros más bien discutibles, revelando la ausencia de una formación en bioética.

En nuestro Código Civil peruano dispone en el artículo 396° que: el hijo de mujer casada no puede ser reconocido sino después de que el marido lo hubiere negado y obtenido sentencia favorable, implicando entonces que la ley privilegia la presunción de paternidad matrimonial a pesar de que diga que existe más bien una paternidad extramatrimonial.

Ello es una consecuencia lógica de lo prescrito por el mismo Código de 1984, para el cual todo hijo habido durante el matrimonio se presume que es del marido artículo 361° y solo éste puede cuestionar la paternidad artículo 363°, presumiéndose que es matrimonial aun cuando la esposa declare que no es de él o incurra en adulterio artículo 362°; existiendo, además, un estrecho tiempo

de 90 días para contestar la paternidad artículo 364°. Sin embargo, en algunos fallos se viene advirtiendo que dicha normativa colisionaría en parte con lo dispuesto en el inciso 1 del artículo 2° de la Constitución de 1993, el cual reconoce que toda persona tiene derecho a la identidad. Bajo dicho amparo, en un caso en el que una persona pretendía se le reconociera la paternidad del hijo de una mujer casada, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema inaplicó los artículos 396° y 404° del Código Civil (Casación No. 2726-2012 - Santa), estimando que, por encima de dicha regulación, prima la identidad biológica del menor, teniendo en cuenta el interés superior del niño, como también el estado constante de familia de la menor materia del proceso con sus padres biológicos, toda vez que éstos venían desarrollando con ella una vida familiar, lo cual no fue desvirtuado. Adicionalmente, el control difuso realizado por la Sala de Familia de Lima, aprobado por la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, a través del cual señala, en diversos expedientes civiles sobre acción de contestación de la paternidad y acción de reconocimiento del hijo extramatrimonial, se han inaplicado los artículos 364° y 400° del Código Civil¹³, por considerar que el plazo que consideran atenta contra el Derecho a la Identidad. Dicha sentencia, refiere el mismo autor, son las

¹³ El artículo 364 del Código Civil, refiriéndose a la acción para negar al hijo ajeno nacido en el matrimonio, señala lo siguiente: La acción contestatoria debe ser interpuesta por el marido dentro del plazo de noventa días contados desde el día siguiente del parto, si estuvo presente en el lugar, o desde el día siguiente de su regreso, si estuvo ausente. A su vez, el artículo 400, al referirse al hijo extramatrimonial, señala que el plazo para negar el reconocimiento es de noventa días, a partir de aquel en que se tuvo conocimiento del acto

recaídas en los expedientes N° 183515-2003-00233-0 y 860-2002 de la Sala Especializada de Familia y el expediente N° 2003- 0839-251801-JF- 01 del Primer Juzgado de Familia de Chimbote. Otro caso en el que la Corte Suprema también se ha pronunciado por la inaplicación del artículo 400° del Código Civil privilegiando el derecho a la identidad, considerando que no existe razón objetiva y razonable que justifique fijar en 90 días el plazo para negar el reconocimiento indebido por uno de los padres, se dio con motivo de la elevación en consulta del expediente N° 229-2010-Puno. Al respecto, estimó la Corte que el derecho a la identidad no debe limitarse en su protección por plazos legalmente establecidos, considerando su trascendencia como derecho fundamental en el desarrollo de la persona; así, deja establecido que el mencionado artículo 400° no puede ser un obstáculo para que el estado preserve el derecho a la identidad (Consulta Expediente No. 293-2001-Lima).

Veamos lo resuelto por la Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia en julio del 2010, con motivo de una consulta respecto al expediente N° 1388-2010 Arequipa, sentencia de fecha 08 de julio del 2010 respecto a la constitucionalidad de los artículos 402°, inciso 6 y 404° del Código Civil. Sobre el particular, la Sala se pronunció en el sentido que la exigencia de requerir sentencia previa de impugnación de la paternidad e ignorar el resultado de un examen de ADN si involucra al hijo de una mujer casada, son normas contrarias a la

Constitución por afectar el derecho a la identidad del niño y negar la identidad biológica (Gaceta Jurídica, 2013).

Asimismo, existen interesantes pronunciamientos del Tribunal Constitucional que reconocen el derecho de toda persona a investigar su propia filiación; si bien estos fallos han sido dados en el marco de casos vinculados con el tema del Derecho de Familia, sus consideraciones son perfectamente extensivas al conocimiento de la verdad biológica como derecho individual.

El Tribunal Constitucional ha señalado que el derecho a la identidad del menor prevalece incluso sobre la cosa juzgada en los procesos de filiación. Y es que, resulta evidente que el derecho por antonomasia a tener en cuenta cuando se plantea la posibilidad de revisar la cosa juzgada en materia de filiación es el derecho a la identidad. (Faiella, R. 2009).

Mencionaremos un caso sobre reproducción asistida, siendo resuelto mediante sentencia Cas. N°. 5003-2007 de fecha 06 de mayo del 2008, en el que la Sala Civil de la Corte Suprema resolvió la casación interpuesta por M.C.O.C. en representación de su menor hijo O.F.Q.O., en la demanda que presentara contra el reconocimiento de maternidad efectuado por M.A.A.D. respecto de la menor A.B.A.D., impugnación que fue formulada alegando que la demandada no era la madre biológica de la menor, pues fue inseminada artificialmente con el óvulo de una mujer distinta, usando el espermatozoides del esposo de la recurrente, C.O.Q.C., sin el consentimiento de éste, mediante la técnica de la “ovodonación”

que no está permitida en nuestro país, conforme se colige del artículo 7° de la Ley General de Salud. Como de esta manera O.F.Q.O. resultó siendo hermano paterno de la menor, que la demandada ha reconocido como su hija, conforme a la prueba de ADN de donde se colige que el padre de los dos menores es C.O.Q.C., el reconocimiento fue cuestionado por no concordar con la realidad biológica.

En primera instancia, la demanda había sido declarada infundada por considerarse que la accionante no había acreditado que con el reconocimiento se haya afectado directa o indirectamente al hijo de la demandante, careciendo por ende de interés para obrar. Sin embargo, la Corte Suprema, finalmente, resolvió fundada la casación, ordenando que el Juez de la causa expida nueva resolución, autorizando entonces el cuestionamiento de la paternidad por un medio hermano como tercero legitimado en caso de una reproducción asistida, pero evitando pronunciarse sobre las cuestiones de fondo subyacentes al caso. Lo interesante, en todo caso aquí, es que se impugna la maternidad sobre la base que el reconocimiento efectuado no coincide con la realidad biológica.

2.7. LEY GENERAL DE SALUD Y PROYECTOS DE LEY

2.7.1. LEY GENERAL DE SALUD

Dicha Ley N° 26842, en su artículo 7° permite el uso de las TRA con excepción de la experimentación humana y la clonación, pero, no se ha considerado que en todo procedimiento de inseminación

artificial cuenta que estos procedimientos producen la creación de embriones en número superior a los nacimientos deseados por los futuros padres, por lo que, una vez conseguido el objetivo (tener un hijo) el resto de embriones no utilizados, son manipulados, congelados o simplemente desechados, olvidándose que, los mencionados embriones en su calidad de concebidos y persona poseen dignidad y protección jurídica.

Recordemos que la vida humana empieza con la concepción, es decir, desde la unión de espermatozoide y óvulo, tal y como es reconocida en la sentencia del Tribunal Constitucional N° 2005-2009, donde señala en su fundamento jurídico 8: este colegiado se decanta por considerar que la concepción de un nuevo ser humano se produce con la fusión de las células materna y paterna con lo cual se da origen a una nueva célula que, de acuerdo al estado actual de la ciencia, constituye el inicio de la vida de un nuevo ser. Un ser único e irrepetible, con su configuración e individualidad genética completa y que podrá, de no interrumpirse su proceso vital, seguir su curso hacia su vida independiente. La anidación o implantación, en consecuencia, forma parte del desarrollo del proceso vital, mas no constituye su inicio. Por lo demás, aun cuando hay un vínculo inescindible entre concebido-madre y concepción-embarazo, se trata de individuos y situaciones diferentes, respectivamente; pues es la concepción la que condiciona el embarazo y no el embarazo a la concepción, y es el concebido el que origina la condición de mujer embarazada, y no la

mujer embarazada la que origina la condición de concebido. Por ende, el concebido es titular del derecho a la vida desde ese momento, debido a su calidad de persona, tal como lo indicamos líneas arriba.

Es preciso indicar los pronunciamientos del Tribunal Constitucional que reconocen el derecho de toda persona a investigar su propia filiación; si bien estos fallos han sido dados en el marco de casos vinculados con el tema del Derecho de Familia, sus consideraciones son perfectamente extensivas al conocimiento de la verdad biológica como derecho individual. El Tribunal Constitucional ha señalado que el derecho a la identidad del menor prevalece incluso sobre la cosa juzgada en los procesos de filiación (Gaceta Jurídica, 2011). Y es que, como dice Faiella (2009), resulta evidente que el derecho por antonomasia a tener en cuenta cuando se plantea la posibilidad de revisar la cosa juzgada en materia de filiación es el derecho a la identidad (p.45).

2.7.2. PROYECTO DE LEY N° 3313/2018 LEY QUE GARANTIZA EL ACCESO A LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

El proyecto fue presentado el 07 de setiembre de 2018, donde tiene por objeto el de garantizar el acceso integral a técnicas de reproducción humana asistida y con el fin de otorgar posibilidades de solución necesarios para el fin de la procreación humana.

Cabe indicar que en dicho proyecto en el artículo 8° en lo referido a la filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción

humana asistida, señala que; los hijos nacidos por la procedencia de los supuestos previstos en el artículo 6º, tienen derecho por sí o por sus representantes legales a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad. Igual derecho corresponde a las receptoras de los gametos y embriones. Sólo excepcionalmente en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo y por mandato judicial podrá revelarse la identidad de los donantes, lo que no implicará en ningún caso determinación legal de filiación.

Evidenciamos en dicho artículo que bajo los supuestos de la presente tesis se deberá revelar la identidad de los donantes, pues en este sentido es que se busca que esta revelación forme parte de un derecho, que es el derecho a la identidad biológica, pero en sentido contrario opinamos que la filiación deberá de ser consecuencia inmediata de tal derecho por mandato judicial y siempre que no existiera motivos económicos o de algún aprovechamiento indebido para una de las partes.

2.7.3. PROYECTO DE LEY N° 1722/2012 LEY QUE REGULA LA REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

En dicho proyecto se evidencia un análisis por parte del legislador en cuanto a las técnicas de reproducción asistida y su regulación, ello en virtud de estar al nivel que los ordenamientos modernos y actuales, donde en la mayoría de ellos reconocen la problemática desatada de la presente materia, entre las posibles regulaciones tenemos como proyecto de ley sobre la donación de gametos, el

tratamiento legal del pre embrión, el anonimato y protección del donante entre otros

En el Numeral 2 del Artículo 1º del Proyecto de Ley N° 1722/2012-CR, señala que señala que, se entiende por pre-embrión al ovocito fecundado hasta el decimocuarto (14) día, no existiendo coherencia con la configuración del concebido en nuestro ordenamiento jurídico, desde el punto de vista técnico que habría entre las definiciones de pre-embrión y embrión que menciona el proyecto no se encuentran del todo claras.

Haciendo una comparación con las normas, la Convención Americana de Derechos Humanos en el numeral 1 del artículo 4º señala que, toda persona tiene derecho a que se respete su vida y que este derecho se encuentre protegido desde el momento de la concepción. Por su parte, el numeral 1 del artículo 2º de la Constitución Política del Perú señala que, el concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece. Igualmente, el artículo 1º del Código Civil establece que, la vida humana comienza con la concepción y que el concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece.

Asimismo, se restringe el uso de TRA a sólo ciertas técnicas¹⁴ permitiendo su uso sólo cuando configure probabilidades de éxito, sin riesgo grave para la salud y la información debidamente

¹⁴ Artículo 2º del Proyecto de Ley 1722-2012-CR.- —1. Las técnicas de reproducción humana que reúnen las condiciones de acreditación científica y clínica son: 1. Inseminación artificial; 2. Fecundación in vitro e Inyección intracitoplasmática de espermatozoides con gametos propios o de donante y con transferencia de preembriones.; 3. Transferencia intratubárica de gametos.

brindada. También admite la donación de gametos mediante contrato gratuito¹⁵.

2.7.4. PROYECTO DE LEY 2003/ 2012-CR.

Llamado ley que modifica el artículo 7° de la Ley General de Salud, referida al uso de las Técnicas de Reproducción Asistida, en su único artículo amplía el uso de las TRA a la reproducción humana asistida heteróloga y a la maternidad subrogada previa autorización del Juzgado de Familia y/o Mixto.

A la solicitud al Poder Judicial debe anexarse el informe médico indicando que la única forma de procrear es mediante el uso de las técnicas de reproducción humana heteróloga y/o maternidad subrogada fundamentando el por qué no se recurre a otras técnicas. Este trámite se realiza vía proceso no contencioso.

El Derecho no debe quedarse estático frente a los avances de la ciencia, ello no significa una licencia para regular cuanto avance científico surja en el territorio del país, más aún si el progreso atenta contra los derechos de otros seres humanos sino a una normativa actualizada y que establezca una verdadera seguridad jurídica (Pérez, 2015, p. 60).

2.7.5. PROYECTO DE LEY 3034/2013-CR.

Este proyecto de ley pretende regular las técnicas de reproducción humana asistida y procedimientos que tengan por finalidad paliar la

¹⁵ Artículo 5° del Proyecto de Ley 1722-2012-CR.- —Donantes y contrato de donación. 1. La donación de gametos y preembriones para las finalidades autorizadas por esta Ley es un contrato gratuito, formal y confidencial concertado entre el donante y el centro autorizado.

esterilidad humana con carácter subsidiario o usarlas como prevención o tratamiento de enfermedades genéticas bajo recomendación médica¹⁶. Además, el centro de salud debe de contar con las autorizaciones respectivas para realizar dichas prácticas.

Solamente los cónyuges son los únicos que pueden tener acceso a las TRA quienes serán considerados padres del niño con independencia del origen del material genético²¹¹⁷. Para dar inicio al tratamiento elegido es necesaria la solicitud y aceptación de las mujeres que se someterán y por parte de los varones (esto es cónyuge o concubino) la declaración de consentimiento para la aplicación de la TRA pudiendo ser revocado en cualquier momento antes de su realización²²¹⁸ y, por lo tanto, está prohibida impugnar la filiación de los hijos producto de la utilización de las TRA²³¹⁹.

El proyecto de ley admite sobre la donación de gametos que establece como requisito para ser donador sólo la mayoría de edad y evaluación médica previa de carácter general²⁴²⁰. Además,

¹⁶ Proyecto de Ley General de técnicas de reproducción humana asistida. Proyecto Ley 3034/2013-CR —Artículo 1°.- La presente ley, regula las técnicas de reproducción humana asistida (TERAS), específicamente los distintos procedimientos que tengan por finalidad fundamental paliar la esterilidad humana con carácter subsidiario cuando otras terapéuticas hubieran sido desechadas por inadecuadas, ineficientes o clínicamente inconvenientes. Asimismo, podrán utilizarse en la prevención y tratamiento de enfermedades genéticas hereditarias, siempre y cuando su utilización haya sido médicamente recomendada por el especialista del centro de salud, los mismo que deberán estar debidamente autorizados para realizar dichas prácticas.

¹⁷ 4 Proyecto de Ley General de técnicas de reproducción humana asistida. —Artículo 3.- En la aplicación de las TERAS, se considera padres a los cónyuges y/o pareja en relación de concubinato, que para paliar su infertilidad, hayan declarado su voluntad procreacional de recurrir a las TERAS, con independencia del origen genético del material reproductor empleado. Ningún vínculo de filiación será establecida entre el donante y el infante fruto de la procreación, en caso de TERAS mediante tercer donante."

¹⁸ 5 Proyecto Ley 3034/2013-CR: Ley General de teras. Artículo 9.

¹⁹ Proyecto Ley 3034/2013-CR: Ley General de teras. Artículo 11.

²⁰ 7 Proyecto Ley 3034/2013-CR: Ley General de teras. Artículo 7.

refiere que los gametos y pre embriones están fuera del comercio²⁵²¹.

Siendo objeto de cesión pura y sin oportunidad de revocación, salvo el caso de esterilidad sobrevenida. Esta cesión será anónima pero registrada en historia clínica especial y sólo podrá revelarse la identidad en circunstancias excepcionales. El proyecto de ley también permite el uso de la selección embrionaria, las formas heterólogas y crio conservación de embriones.

En esta iniciativa legal sobre la manera de regular las TRA, podemos notar la contradicción con nuestra legislación actual por cuanto este proyecto otorga prioridad a la manera y forma de realizar los procedimientos sin tener la intención de guardar coherencia con nuestra normatividad y con la actualidad social y científica.

2.7.6. UTILIDAD MÉDICA ACERCA DE LA PROPUESTA NORMATIVA

En la actualidad existe un promedio de 5 millones de personas que fueron concebidas mediante las técnicas de reproducción asistida, pero son reducido el número de ellas que conocen que su origen fue mediante las TERAS, y sobre desconocen aspectos importantes de sus raíces consanguíneas.

No cabe duda que la mayoría de motivos que conllevaran a la búsqueda de conocer su origen biológico será la de conocer y acabar con esa incertidumbre que puede conllevar a una búsqueda incansable de progenitores, buscando similitudes, conocer de ser

²¹ Proyecto Ley 3034/2013-CR: Ley General de teras. Artículo

el caso el origen o alguna posible enfermedad genética, riesgos hereditarios, evitar relaciones incestuosas de una futura generación entre otras cuestiones esenciales que justifican plenamente la búsqueda por conocer el verdadero origen biológico enmarcado en ciertas emociones psicológicas, sociales, culturales y emocionales. La Constitución Política del Perú contiene normas similares de orden programático. Su artículo 7.º plantea que: Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad sí como el deber de contribuir a su promoción y defensa y el Estado determina la política nacional de salud. El artículo 9º precisa que; el poder ejecutivo norma y supervisa su aplicación. Es responsable de diseñarla y conducirla en forma plural y descentralizadora para facilitar a todos los accesos equitativa los servicios de salud.

Cuando se recolecten datos genéticos humanos, datos proteómicos humanos muestras biológicas con fines de investigación médica y científica, en la información suministrada en el momento del consentimiento debería indicarse que la persona en cuestión tiene derecho a decidir ser o no informada de los resultados de la investigación.

Esta disposición no se aplicará a investigaciones sobre datos irreversiblemente disociados de personas identificables ni a datos que no permitan sacar conclusiones particulares sobre las personas que hayan participado en tales investigaciones. En su caso, los familiares identificados que pudieran verse afectados por

los resultados deberían gozar también del derecho a no ser informados. Debe tenerse también en cuenta, que, siendo que los vínculos filiatorios constituyen una relación, no atañen a un solo sujeto (Mizrahi, 2004, p. 174).

Según la Ley General de Salud que indica que, toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona.

En la actualidad varios Países permiten que una persona considerada mayor de edad pueda y tenga acceso a conocer las características y datos de su progenitor, mientras que en el Perú si alguna persona nacida por Inseminación Artificial Heteróloga desea saber los datos de su origen biológico, no se podrá realizar por cuanto en las clínicas de fertilización aseguran el anonimato del donante, generándose un problema jurídico que necesita regulación.

La presente tesis pone especial énfasis en el derecho a la salud como parte del derecho a la identidad biológica de las personas, a una verdad innata ya que con ello cada persona nacida mediante las TERAS conocerá exactamente de donde proviene y cuál es el material genético que posee, de esta manera sabrá a que posibles enfermedades afrontar y que posibles riesgos en su salud tendrá a lo largo de su vida.

La salud del ser humano no solo se refiere el estado físico, sino también al estado psicológico de la persona, es por ello que de la salud psicológica depende mucho el desarrollo de la persona, así como algunas patologías mentales, que pueden terminar en desenlaces fatales.

El derecho a la salud por ser un derecho fundamental en cada País depende estrictamente de los gobiernos, quienes son los encargados de velar por la salud de todos sus habitantes, ante ello son responsables de evitar cualquier enfermedad congénita o hereditaria, es por ello que toda persona al conocer su origen biológico sabrá la salud hereditaria que heredo y que puede transmitir, si es saludable o quizás necesita de algún tratamiento indispensable para sobrevivir, de esta manera se evitarán las relaciones incestuosas que perjudicarían mucho a sus integrantes.

CAPITULO III

CONTRASTACIÓN DE LA HIPOTESIS

Los fundamentos jurídicos para la regulación del Derecho a la Identidad Biológica de las personas nacidas mediante Inseminación Heteróloga en la Legislación Peruana son:

A. LA PROTECCIÓN Y OTORGAMIENTO DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES POR PARTE DE NUESTRA LEGISLACIÓN PERUANA A LAS PERSONAS QUE BUSCAN CONOCER SU ORIGEN BIOLÓGICO, CUYA BASE SERÁ EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.

Nuestra Constitución Política del Perú en su Carta Magna del año 1993 regula en su artículo 2° a una serie de derechos destinados a la tutela integral de la persona, como es el derecho a la identidad, aunado a ello tenemos diversos cuerpos normativos que expresan su protección para todos aquellos derechos personalísimos dentro del marco constitucional que promueven.

En la actualidad con el avance de la ciencia y la tecnología se han tratado de solucionar diversos problemas de infertilidad, una de ellas es la Inseminación Artificial Heteróloga, la cual se efectúa con el semen de un donante, en este caso vendría hacer el padre biológico de la persona nacida utilizando dicho método.

El derecho a la identidad no es otra cosa que llegar a conocerse a sí mismo en todas las esferas y campos, pero si nos referimos a la identidad biológica estamos haciendo alusión a conocer el material genético que fue empleado para llegar a concebir a la persona como tal, es por ello que el derecho a la

identidad biológica debe considerarse como un derecho personalísimo, puesto que de éste depende el inicio de las relaciones familiares y afectivas que forman parte de la persona para lograr su desarrollo a plenitud dentro de la sociedad.

La presente tesis busca la regulación del derecho a la identidad biológica de las personas nacidas por inseminación heteróloga en nuestro país, como medida de protección de uno de los derechos fundamentales de la persona, así como la búsqueda de las garantías legislativas que nuestro país deberá de establecer para la protección del derecho a la identidad biológica. En la actualidad son millones las personas nacidas mediante las técnicas de reproducción humana asistida, tal es el caso que la mayoría de centros especialistas han empezado con el congelamiento de material genético para que sea usado según la demanda con ciertas características especiales desde luego.

Sin embargo las personas que ya saben cómo fue su origen se encuentran en una lucha constante por conocer su identidad biológica, con ciertos conflictos e incertidumbres tal como los casos que hemos descrito en la presente tesis, si acudimos al lado emocional de la persona que descubre que su padre biológico es otra persona a la que creía éste, será una noticia que moverá los cimientos genealógicos, sociales, psicológicos y morales de la persona, siendo difícil continuar con el desarrollo de su vida manera normal y cotidiana, pues la mayoría acude a la búsqueda de sus orígenes, quizás existe esa necesidad de saber cuáles son sus verdaderos lazos sanguíneos y mucho

más descubrir y conocer a la familia de sangre que la sociedad le oculto.

Para este primer fundamento jurídico de las personas que buscan conocer su origen biológico, teniendo en cuenta el interés superior del niño cabe indicar que en toda actuación judicial siempre prevalece que es lo mejor para el niño, este interés prevalece aun por encima del interés que puedan tener los padres biológicos.

El niño/ niña goza de especial protección, consagrado en el artículo IX del Código de los Niños y Adolescentes, donde señala que 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 sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño/ Niña y del

adolescente y el respeto de sus derechos, este principio también conocido como el interés superior del menor, es un conjunto de acciones y procesos tendentes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna, así como las condiciones materiales y afectivas que permitan vivir plenamente y alcanzar el máximo bienestar para los menores.

Se trata de una garantía de que los menores tienen derecho a que, antes de tomar una medida respecto de ellos, se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen. Así, se tratan de superar dos posiciones extremas: el autoritarismo o abuso del poder que ocurre cuando se toman decisiones referidas a menores, por un lado, y el paternalismo de las autoridades, por otro.

El interés superior del menor es un concepto triple: es un derecho, un principio y una norma de procedimiento, porque todo niño goza de una gama de derechos que son inviolables en nuestra sociedad, se trata del derecho del menor a que su interés superior sea una consideración que prime al sopesar distintos intereses para decidir sobre una cuestión que le afecta, es un principio porque, si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño o niña.

Y 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. La evaluación y determinación de su interés superior requerirá las garantías procesales.

En la jurisprudencia expuesta en la presente investigación y en muchos casos, se evidencia el razonamiento uniforme en torno a la prevalencia del Interés Superior del Niño, donde de manera integral se agrupan los derechos del niño para ser analizados de manera prioritaria y dando especial protección a cada uno de ellos, dentro del ámbito familiar y social en nuestra sociedad.

Por lo tanto, el interés superior del niño se ha tomado en cuenta como fundamento para la regulación del derecho a la identidad biológica de las personas nacidas mediante inseminación heteróloga en la legislación peruana, porque en todos los continentes son regulados de manera uniforme priorizando los derechos de los niños.

Entre estos derechos se encuentran el derecho a la identidad biológica que

deberá ser regulado por nuestra legislación por ser parte de una gama de derechos personalísimos del ser humano, donde exige a nuestra sociedad y a todas las instituciones que de ellas dependa la emisión de información a que deberá ser brindada sin ningún tipo de impedimento, puesto que al tratarse de personas nacidas mediante inseminación heteróloga en el Perú, son personas que la mitad de su vida es un anonimato, con ello no lograríamos vivir en una sociedad donde prime la verdad, la ética y la moral, sino estaríamos en una sociedad llena de mentiras, de informaciones falsas y de contradicciones constantes tanto en los integrantes del grupo familiar como en las autoridades responsables de la emisión de información.

Si bien es cierto en nuestra sociedad buscamos rescatar los valores, buscamos que toda persona cumpla con su realización física y moral, que la vida le satisfaga con todas las interrogantes, así como cuando se responde a un niño, es por ello que toda persona tiene derecho a conocer la verdad biológica para poder decidir en muchos casos el destino y rumbo de sus vidas.

El deber especial de protección sobre los derechos del niño vincula no sólo a las entidades estatales y públicas sino también a las entidades privadas e integrantes del grupo familiar e inclusive a toda la comunidad, a fin de que en cualquier actuación que tengan siempre velen por el interés superior del niño, el cual debe anteponerse a cualquier otro interés.

Por lo cual constituye un deber, el velar por la vigencia de los derechos del niño y la preferencia de sus intereses, resultando que ante cualquier situación en la que colisione o se vea en riesgo el interés superior del niño, indudablemente, este deberá ser preferido antes que cualquier otro interés,

y es que la niñez constituye un grupo de personas de interés y de protección prioritaria del estado y de toda la comunidad, por lo que las políticas estatales así lo señalan.

En consecuencia, en la eventualidad de un conflicto frente al presunto interés del adulto sobre el del niño, prevalece el de este último; y es que parte de su esencia radica en la necesidad de defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos a plenitud por sí mismo y de quien, por la etapa de desarrollo en que se encuentra, no puede oponer resistencia o responder ante un agravio a sus derechos.

Es en este sentido que el análisis de una controversia constitucional de los derechos del niño debe realizarse a la luz del interés superior del niño y del adolescente, el presente caso debe ser concebido como vértice de interpretación de los derechos, así como de los menores nacidos mediante inseminación artificial heteróloga.

En virtud de ello se demuestra que el interés superior del niño basándose en la doctrina y jurisprudencia, es una gama de derechos de valoración principal en cualquier actuación judicial que se realice, es por ello que es tomado en cuenta como primer criterio para justificar que toda persona nacida mediante inseminación artificial heteróloga en nuestro país, tendrá el derecho a la identidad biológica.

Mediante proyecto de Ley N° 3313/2018 se presentó a consideración del Congreso de la República el Proyecto de Ley denominado Ley que garantiza el acceso a técnicas de reproducción humana asistida, donde en el artículo 8° señala que:

La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción humana asistida se regulará por las leyes civiles correspondientes. Los hijos nacidos por la procedencia de los supuestos previstos en el artículo 6º de la presente Ley tienen derecho por sí o por sus representantes legales a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad. Igual derecho corresponde a las receptoras de los gametos y embriones. Sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo y por mandato judicial, podrá revelarse la identidad de los donantes, lo que no implica en ningún caso determinación legal de la filiación.

Como puede evidenciarse nuestros legisladores preocupados por la regulación de las diversas técnicas de reproducción humana asistida no como un método sino como un tratamiento frente a la infertilidad, nos hace presumir que se está tratando de regular un mercado de inseminaciones donde no se muestra ningún interés por salvaguardar los derechos del niño como resultado de tales métodos, en el referido proyecto no existe ningún artículo sobre la protección y derechos que el concebido bajo las técnicas de reproducción humana deberá tener bajo el amparo de dicha ley.

B. LAS NUEVAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA SERÁN REGULADAS DE ACORDE AL AVANCE CIENTÍFICO, PUNTUALIZANDO ASPECTOS SOBRE LA FILIACIÓN DE LOS NACIDOS POR INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA.

Según (Posadas, 2017, p. 01). Actualmente el Perú no cuenta con un registro único y centralizado de donantes de gametos ni la cantidad de nacidos a través de estas técnicas de reproducción con el material genético de estos

donantes. Urge, por tanto, determinar la necesidad de tal registro.

En el Perú, de acuerdo a estadísticas no oficiales, el número de fertilizaciones in vitro es de los más elevados de la región, con tres mil procedimientos al año (Revista somos El Comercio, 2013); información que puede ser complementada con la publicada por la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida en el Primer Registro Multinacional caso a caso a mayo de 2013, que arroja en nuestro país un total de 4,927 niños nacidos mediante TERAS, según la información reportada por las clínicas adscritas a dicha Red²².

De acuerdo a la Ley General de Salud, a nivel nacional cada centro de salud emite una historia clínica la misma que deberá ser de manera obligatoria por ser un documento médico en que se consigan los datos básicos de identificación, los diagnósticos, el registro de atenciones por parte de los profesionales de la salud, en virtud de ello mediante Ley N°30024, Ley que crea el registro nacional de historias clínicas electrónicas, se ha creado el registro nacional de historias clínicas electrónicas, según la norma técnica de la historia clínica de los establecimientos del sector salud el contenido mínimo de la ficha para la atención integral del niño, en el caso de la atención materna, existe el formato de la historia clínica perinatal básica que contiene, entre otros datos, los de identificación de la paciente, antecedentes personales, obstétricos y familiares, datos y exámenes del embarazo, parto o aborto, que se conserva en el centro de salud en donde se atendió el

²² La Red Latinoamericana de Reproducción Asistida (RED) (www.redlara.com), es una institución científica y educacional, que reúne más del 90% de los centros que realizan técnicas de reproducción asistida en Latinoamérica, formada en 1995, con la participación de 50 centros y, actualmente tiene 166 centros adscritos. Posee el Registro Latinoamericano de Reproducción Asistida (RLA), que anualmente cataloga todos los resultados de las técnicas de reproducción asistida reportados por estos centros. En el caso del Perú se encuentran adscritos el Centro de Fertilidad y Reproducción Asistida, Clínica Miraflores, FERTILAB, Grupo PRANOR y NACER.

paciente; y que por su naturaleza es de carácter reservado sólo al personal médico que brinda la atención y al paciente.

Cabe indicar respecto del nacido vivo se extiende su certificado como tal, y es el único documento que contiene la información básica de los padres y datos del menor, en este certificado ni en el informe estadístico no existe ninguna parte donde se consignen los datos sobre la procreación del nacido, si el nacimiento y la concepción fueron de manera natural o mediante el uso de las TERAS.

Evidenciamos que existe una desprotección normativa por parte del estado, por cuanto no se tiene conocimiento exacto de cuantos nacimientos mediante el uso de las TERAS se realizan cada año, en qué lugares y bajo qué condiciones se realizaron las inseminaciones entre otros factores de suma importancia lograr una estadística completa acerca de las fertilizaciones mediante las TERAS se realizaron en el Perú, ello ayudaría mucho para poder tener datos concretos acerca de las cifras de infertilidad, de posibles causas y enfermedades que se puedan generar o evitar, y lo más importante permitiría tener un control riguroso de los centros especialistas en las TERAS, sí como la constante supervisión a los bancos de esperma y óvulos, puesto que al no existir normativa reguladora para dicha actividad evidenciamos hoy en día que en cada centro existen sus propias prerrogativas y condiciones sin aprobación expresa y regulada en un marco normativo.

Las técnicas de reproducción humana por ser métodos que se utilizan para suplir la infertilidad que pueda darse en una pareja, se configura como aquellas técnicas que ayudan a lograr la concepción que por motivos

patológicos u otros no puede darse de manera natural. el presente fundamento empieza por argumentar que las nuevas técnicas de reproducción humana asistida serán de acorde al avance científico, poniendo un límite al uso desproporcionado e ilegal de dichas técnicas. todo ello con la finalidad de salvaguardar a la especie humana de clonaciones de seres humanos, búsqueda del perfeccionamiento de los bebés con rasgos y cualidades casi perfectas, así como la alteración cromosómica del material genético que en un futuro tenga consecuencias desastrosas.

Es por ello que dicho avance y la aplicación de nuevas técnicas en nuestro país deberán de ser evaluadas para poder ser permisibles por los centros especialistas, de tal manera que no resulte en lo futuro un mercado de fertilizaciones, motivados por el aspecto económico, sino que su uso sea estrictamente como un medio para curar la infertilidad previos tratamientos que deberán de ser agotados una vez que la persona nacida mediante estas técnicas logre descubrir su origen tendrá como derecho fundamental el reconocimiento legal si así lo decidiera y que existan suficientes factores emocionales y sociales que conlleven a tal solicitud, dicho reconocimiento deberá percibirse como una inmediata consecuencia del derecho a la identidad biológica solicitada, y de ninguna manera se realizará si existiere una razón pecuniaria desproporcionada que genere beneficios abusivos a una de las partes.

Cabe indicar que en el presente fundamento se hace mención a que las técnicas de reproducción humana asistida serán acorde al avance científico legalmente permitido, es decir que no deberían de permitir aquellos métodos

que sean lesivos para la dignidad humana, unido a ello tenemos la regulación jurídica que deberá tener un tratamiento especial puesto que estamos hablando de seres humanos y en especial de niños que nacieron mediante las técnicas de reproducción heteróloga en nuestro país, cuyos centros especialistas en dichos tratamientos deberán de tener todos los permisos y licencias requeridos por las autoridades competentes y desde luego contar con una regulación expresa para la práctica de tales fines.

Es por tal motivo que el presente fundamento es necesario para la regulación del derecho a la identidad biológica de las personas nacidas mediante inseminación heteróloga en la legislación peruana por cuanto se fijará los aspectos de la filiación de dichas personas que será una inmediata consecuencia una vez que el derecho a la identidad biológica sea concedido. Cabe mencionar que todo ello girará en base a la regulación expresa del derecho a la identidad biológica, del mismo modo que nuestro sistema jurídico nos brindará protección jurídica y con ello se regulará el acceso a las TERAS en nuestro País, generando seguridad y transparencia en cada actuación genética que se realice.

C. LA PRIMACÍA DEL DERECHO A LA IDENTIDAD BIOLÓGICA FRENTE AL DERECHO DE INTIMIDAD DEL DONANTE, TENIENDO EN CUENTA EL DERECHO COMPARADO PARA UNA MEJOR REGULACIÓN EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO.

Sin lugar a dudas existe una colisión entre el derecho a la identidad de las personas nacidas mediante inseminación heteróloga y el derecho a la intimidad del donante del material genético, donde deberá de primar el derecho a la identidad biológica de dichas personas.

Ello en virtud que nuestra sociedad deberá cultivar los valores y la moral, la verdad por sobre todas las cosas, para lograr una sociedad sin mentiras ni mucho menos verdades a medias, que a lo largo del tiempo generen sufrimiento, remordimiento o alguna toma de decisiones negativas y de algunas reacciones violentas.

En lo concerniente al derecho comparado veamos cómo han desarrollado las técnicas de reproducción humana, en Italia mediante ley n°40 del año 2004 se considera a la fecundación artificial como un método permitido por considerarlo un método terapéutico mas no un método natural, para ello se debe de cumplir con ciertos requisitos, tal es el caso que la mujer deberá ser mayor de edad, estar en edad procreacional fértil, además de ser casada o de ser el caso de ser convivientes deberá de adjuntar una declaración de consentimiento del cónyuge.

Cabe indicar que esta legislación protege de cualquier tipo de experimento o de manipulación al embrión que tuviera por finalidad la alteración de su normal desarrollo, asimismo prohíbe la fecundación heteróloga por cuanto al recoger diversos deberes de los padres biológicos señala que existe una relación estrictamente filiatoria y que deberá de mantenerse el vínculo biológico de los padres.

Podemos concluir que la legislación italiana protege de manera total los derechos del concebido señalando expresamente las condiciones para poder utilizar las técnicas de reproducción humana, así como la cantidad de tres embriones como máximo que deberán ser utilizados, de esta manera prohíbe los experimentos ilegales y regula la filiación de padre a hijo proveniente de una relación biológica de ambos padres.

Mientras tanto la legislación española tiene como base la regla “pater is quem nuptias demonstrant”, este principio atribuye la paternidad de los hijos nacidos dentro del matrimonio al cónyuge, es decir el matrimonio de la madre declara la paternidad del niño.

En dicha legislación se asegura que todos los poderes públicos protejan de manera integral a los niños, con independencia de su filiación, es así que en el año 2000 mediante resolución 604 el tribunal supremo reconoció la relevancia del derecho a conocer la verdad biológica como parte del derecho a la salud de las personas.

Asimismo, exige que se priorice a la verdad material con ello notamos que en esta legislación existe un interés justificado que va a regular a todos los hijos a saber la verdad de quienes son sus padres siendo el punto central el derecho a salud, puesto que al conocer dicha verdad puede ser vital para su desarrollo como persona.

A raíz de ello han surgido bastantes jurisprudencias destinadas a la protección de los hijos y su derecho a conocer la verdad material, cabe mencionar que se argumenta que al aplicarse cualquier tipo de pruebas biológicas se tendrá como eje el interés del hijo debiendo declararse su filiación biológica como consecuencia de dichas prácticas.

Mientras tanto en Estados Unidos, así como en los diferentes estados se establece la presunción de paternidad con base al matrimonio, pudiendo exigirse las pruebas genéticas del niño o la niña para efectos de la identidad. Sin embargo, en esta legislación se prioriza lo más razonable y justo, es decir que no permite la alteración o modificación de la relación de padre a hijo

como consecuencia de la verdadera identidad del padre biológico, por cuanto si bien es cierto al conformar una familia los hijos desde bebés ya tienen en su ser quien es su padre y quien es su madre, formándose así los padres dentro de la psicología de los niños, la cual no deberá ser alterada modificar esa relación.

De esta manera en Estados Unidos se prioriza a la verdad y realidad psicológica por sobre la verdad biológica en función del interés superior del niño, para que no se altere las relaciones paterno filiales dentro de las familias.

Mientras tanto en Venezuela establece que tanto la verdad legal como la verdad biológica deberán de coincidir, pero una vez sometida la persona a las pruebas genéticas que se realizan mediante un proceso judicial que lo identifican dentro de otra verdad biológica deberá de establecerse el vínculo consanguíneo de esta manera conocer su verdadera identidad biológica.

No cabe duda que esta legislación da una gran importancia al avance científico, donde señala que la ciencia deberá de avanzar de manera proporcional al respeto por los derechos y con las facilidades que deberá mostrar para que toda persona pueda comprobar su origen biológico.

Cabe indicar que tanto el interés social el cual involucra al orden público y el interés privado de las personas para conocer su identidad biológica son fundamentos idóneos para que la sociedad se encuentre en armonía, no olvidemos que a cada día nacen niños producto de las técnicas de reproducción humana, y nuestra legislación Peruana deberá de estar preparada para regularla y enfocarla para mejorar la convivencia, así como

se cumplen los deseos de los padres de deberá de respetar el deseo el hijo a conocer su identidad biológica, que tenga fundamento en la salud, la armonía, se eviten relaciones incestuosas y sobre todo la persona conozca su realidad sin alteraciones ni ocultamientos.

En nuestro País evidenciamos que es escasa la legislación sobre las Técnicas de Reproducción Humana, y no existe ninguna norma que regule el derecho a la identidad biológica de las personas nacidas por inseminación artificial heteróloga en nuestro País.

Es menester analizar la ponderación del derecho en este sentido, por lo cual

cabe indicar que los principios de proporcionalidad, la razonabilidad y la racionalidad establecen pautas que determinan la valoración de manera correcta de cada argumento que servirá de sustento para fundamentar cada decisión judicial que sea tomada.

En virtud de ello si valoramos el derecho a la identidad biológica el cual forma parte del derecho constitucional regulado en el artículo 2° donde indica que toda persona tiene derecho a la vida, a su identidad, ...; evidenciamos que forman parte de os derechos constitucionales por lo cual cumple con el principio de proporcionalidad por ajustarse a la Constitución.

Ahora con respecto a los sub-principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto tenemos que; el Derecho a la Identidad Biológica de las personas nacidas mediante inseminación artificial heteróloga por ser un derecho personalísimo cumple con los fundamentos jurídicos para alcanzar el fin que es el reconocimiento e tal derecho en nuestro ordenamiento jurídico por ser parte del derecho fundamental a la

Identidad.

Respecto a la necesidad es menester por cuanto no existe regulación expresa en nuestro ordenamiento jurídico; y sobre la proporcionalidad en sentido estricto tenemos que se pondera el derecho a la identidad biológica frente al derecho a la intimidad del donante por lo cual tenemos que el derecho a la identidad de los concebidos bajo la modalidad de la inseminación heteróloga al nacer estos niños son protegidos por el principio del interés superior del niño, por cuanto desde que nacen gozan de acciones y procesos que garantizan su desarrollo integral en todas las etapas de su desarrollo, a tener una vida digna sin alteraciones afectivas y psicológicas, que le permitan vivir en un ambiente feliz y saludable para que así logre alcanzar el bienestar y el éxito como persona dentro de la sociedad.

El juzgador al cotejar ambos derechos deberá primar el derecho a la identidad biológica, respetando la garantía que los menores tienen para la protección de sus derechos. Ahora respecto a la Ley General de Salud cabe indicar que, existen muchas investigaciones en el campo de la bioética las cuales se contradicen con el artículo 7 donde señala que: toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida.

Siendo ello así este fundamento de la primacía del derecho a la identidad frente al derecho a la intimidad, donde se deberá priorizar el primero por cuanto hemos analizado el derecho comparado evidenciando que en varios países se tiene como fundamento la primacía de la verdad material y por consiguiente su inminente identidad biológica.

Es por ello que nuestro ordenamiento jurídico deberá de regular el derecho

a la identidad biológica como un derecho independiente de las personas nacidas mediante inseminación heteróloga en el Perú, de esta manera desarrollaremos en una sociedad una cultura llena de valores, donde la verdad sea el predominio del resto de valores, y donde cada ser humano viva feliz y en armonía, dentro de su familia.

CAPITULO IV PROPUESTA NORMATIVA

PROYECTO DE LEY N°

Ley que regula el Derecho a la Identidad biológica de las personas nacidas mediante inseminación artificial heteróloga en el Perú

ARTÍCULO 1°. OBJETO DE LA LEY

La presente propuesta normativa tiene por finalidad regular el derecho a la identidad biológica de las personas nacidas por inseminación artificial heteróloga en el Perú, con la finalidad de reconocer tal derecho como parte del derecho fundamental a la identidad.

ARTÍCULO 2°. DEFINICIONES

Para la presente propuesta normativa, se tiene los siguientes conceptos:

- a. Derecho a la identidad: aquel derecho que tiene toda persona a ser identificado e individualizado mediante un nombre, apellidos, una nacionalidad, unadirección y la identificación de sus progenitores.
- b. Identidad Biológica: es el derecho que tiene toda persona de averiguar su origen, permitiéndole emplazarse en el estado de familia que lecorresponde a su realidad biológica
- c. Derecho a la intimidad: es un derecho inalienable, imprescriptible, inherente eirrenunciable de toda persona.
- d. Derecho a la verdad: es el derecho de toda persona a conocer la verdad de todo lo que le atañe a que sea informado con la verdad de cada situación

que lo requiriera como parte de su vida.

- e. Derecho a la salud: es un derecho social, un derecho fundamental de las personas y un deber constitucional del estado el de velar por la salud de cada persona.
- f. Técnicas de reproducción asistida: son aquellos procedimientos donde inter- viene el hombre y los manipula hasta lograr la fecundación, estas técnicas tienen previas evaluaciones para determinar el tipo a utilizar y lograr el embarazo.
- g. Derecho a procrear y formar una familia: Toda persona sea casada o soltera tiene derecho a conformar una familia, a engendrar, a dar nacimiento, a su crianza y a todos sus derechos que de ello deriven, pero deberá hacerlo en función no de los derechos que les asiste, sino en función de los derechos del niño que posee.
- h. Inseminación artificial: se entiende a la intervención médica, mediante la cual se introduce el semen en el organismo femenino, no a través de un acto sexual normal, sino de manera artificial, a fin de producir la fecundación
- i. Inseminación artificial homóloga: es aquella que se realiza con espermatozoides del marido, siendo los esposos biológicamente aptos para reproducción, cuando por diversas anomalías físicas se hace imposible la fecundación por vía estrictamente natural.
- j. Inseminación artificial heteróloga: la inseminación artificial heteróloga es aquella que se efectúa con el semen de un donante ajeno al matrimonio, haciéndolo llegar hasta los órganos genitales de la mujer.

- k. Inseminación Mixta: consiste en mezclar el semen del esposo y del donante.
- l. Inseminación artificial post mortem: la que se realiza en la mujer cuyo marido ha muerto.

ARTÍCULO 3°. ÁMBITO DE APLICACIÓN:

El presente proyecto de ley deberá de ser de aplicación a todas las personas nacidas mediante inseminación artificial heteróloga, por mandato judicial o cuando exista peligro en la vida y salud del solicitante.

ARTÍCULO 4°. BENEFICIARIOS

4.1. Toda persona que haya nacido mediante Inseminación artificial heteróloga en el Perú.

4.2. Toda persona deberá de tener un tratamiento psicológico desde el momento en que tiene conocimiento acerca de su verdad biológica.

4.3. Los centros especialistas en inseminación artificial heteróloga deberán contar con los especialistas adecuados, así como todos los datos de los donadores deberán estar penamente identificados y bajo custodia para ser entregados según el artículo 3° del presente proyecto.

ARTÍCULO 5°. FILIACIÓN DE LAS PERSONAS NACIDAS MEDIANTE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA

La filiación será regulada por las leyes civiles de nuestro ordenamiento jurídico, la filiación legal será entendida como una inmediata consecuencia del derecho a la identidad biológica invocado, por mandato

judicial o cuando exista peligro en la vida y salud del solicitante.

ARTÍCULO 6°. DE LOS CENTROS ESPECIALISTAS EN TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.

Serán supervisados y controlados por el Ministerio de Salud, el mismo que verificará que cada uno de ellos cumpla con los requisitos y condiciones según el avance genético, así mismo deberán contar con permiso especial tanto a nivel nacional como en la localidad donde tengan su sede.

Asimismo, deberán de estar registrado en el Registro Nacional de los centros y servicios de reproducción humana asistida, cuyos registros serán entregados a la oficina nacional con la información de todas las mujeres atendidas y los nacidos mediante las técnicas de reproducción humana asistida.

ARTÍCULO 7°. DE LOS PROFESIONALES QUE ATIENDAN EN LOS CENTROS ESPECIALISTAS

Serán profesionales que deberán ser constantemente evaluados y quienes deberán de mantener la ética profesional y laboral, así como contar con autorización por parte del Ministerio de Salud para dedicarse a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS SUSTITUTORIAS

PRIMERA.- MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 2° DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1993.

Modificase el artículo 2° de la Constitución Política del Perú, con los siguientes términos:

Artículo 2°: “Toda persona tiene derecho: A la vida, a su identidad biológica, su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido

es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.

SEGUNDA.- INCORPORACIÓN DEL ARTÍCULO 236°-B DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO

Incorpórese el artículo 236°-B al Código Civil Peruano, con los siguientes términos:

Artículo 236°-B: parentesco por reconocimiento biológico.

El parentesco por reconocimiento biológico es la relación familiar que deberá existir entre el donador de gametos y la persona nacida de dicha donación.

TERCERA.- MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 6° DEL CÓDIGO DEL NIÑO Y ADOLESCENTES.

Modificase el artículo 6° del Código del niño y adolescentes, con los siguientes términos:

Artículo 6°: “El niño y el adolescente tienen derecho a la identidad biológica, 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 biológicos y llevar sus apellidos.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

PRIMERA.- AUTORIDAD COMPETENTE

El Ministerio de salud es la autoridad competente para supervisar, controlar, otorgar licencia a los Centros Especialistas en Técnicas de Reproducción Humana Asistida, así como de garantizar la correcta utilización de la genética y de brindar atención física y psicológica donde no se deberá generar ningún

perjuicio para la salud de las personas que sean atendidas.

SEGUNDA. OTRAS INSTITUCIONES ENCARGADAS

El Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables con el Ministerio Público serán las instituciones encargadas que no exista violencia psíquica en las personas nacidas mediante inseminación artificial heteróloga en el Perú. Asimismo, el Ministerio Público investigará a los Centros que oculten, modifiquen o alteren los datos de los donantes de espera y velará por la legalidad y la defensa de los menores y personas nacidas mediante las técnicas de reproducción humana asistida.

TERCERA.- REGLAMENTACIÓN

El poder ejecutivo reglamentará el presente proyecto de ley en un plazo de noventa (90) días, contados a partir de su vigencia.

CUARTA.- DEROGACIONES

Derógase o déjese sin efecto, según corresponda, las normas que se opongan al contenido del presente proyecto de Ley.

I. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

El presente proyecto de Ley tiene por objeto regular el derecho a la identidad biológica de las personas nacidas mediante inseminación artificial heteróloga en nuestro País, con la finalidad de reconocer tal derecho un derecho fundamental. Actualmente, no se cuenta con una norma que regule el derecho a la identidad biológica de las personas nacidas por inseminación artificial heteróloga en nuestro país. Si bien existen los tratamientos de reproducción asistida a nivel privado, aún falta la regulación expresa por parte de los organismos de justicia y la aplicación del mismo en los casos que realicen la petición expresa del derecho a la identidad biológica.

Al respecto la Constitución Política del Perú de 1993 señala en el Artículo 2°: 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.

Asimismo, el Código civil del Perú de 1984 señala en el Artículo 236° en lo referido al parentesco consanguíneo, que: el parentesco consanguíneo es la relación familiar existente entre las personas que descienden una de otra o de un tronco común.

Mientras que el Código del niño y adolescentes indica en el Artículo 6° 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. Es obligación del Estado preservar la inscripción e identidad de los niños y adolescentes, sancionando a los responsables de su alteración, sustitución o privación ilegal, de conformidad con el Código Penal. En caso de que se produjera dicha alteración, sustitución o privación, el Estado restablecerá la verdadera identidad mediante los mecanismos más idóneos. Cuando un niño o adolescente se encuentren involucrados como víctimas, autores, partícipes o testigos de una infracción, falta o delito, no se publicará su identidad ni su imagen a través de los medios de comunicación.

Muchas parejas hoy en día sufren por no concebir de manera natural, esto se debe a diferentes factores como deficiencias congénitas o algún trastorno físico o psicológico de una o ambas personas, siendo parte de la realización de la unión de un hombre y de una mujer la conformación de una familia, cuyos deseos y

anhelos los conducirán a optar por las técnicas de reproducción asistida, de esta manera podrán combatir la esterilidad y poder realizarse en el campo de la paternidad y maternidad respectivamente.

La presente propuesta normativa permitirá determinar el derecho a la identidad biológica como un derecho fundamental inherente a toda persona nacida bajo esta modalidad, siendo importante el tema en mención por todos los problemas, interrogantes y consecuencias jurídicas que conllevan, priorizando la protección de la persona humana desde antes y durante la concepción tratando en lo posible que no se desnaturalicen los principios esenciales de la paternidad, de los derechos del concebido, de la persona y la familia.

Legislación Comparada

Algunos países han avanzado en la regulación del derecho a la identidad biológica de las personas nacidas mediante técnicas de reproducción asistida, entre ellos tenemos:

PAÍS	NORMA	OBSERVACIONES
ESPAÑA	Ley de 1978 Resolución 604 – 2000	<p>El derecho español tiene como base al principio, “Pater est quem nuptiae demonstrant”, que atribuye la paternidad de los hijos nacidos dentro de matrimonio al cónyuge varón, esto es en la Ley de 1978. Posteriormente se reforma el artículo 39.2 de la Constitución española y permite la investigación de la paternidad para conocer la verdad biológica, asimismo los poderes públicos aseguran, la protección integral de los hijos ante la ley serán todos iguales, con independencia de su filiación, de las madres cualquiera sea su estado civil.</p> <p>Mediante Resolución 604 – 2000, el Tribunal Supremo reconoce explícitamente la relevancia del derecho a conocer la verdad biológica, como elemento importante del derecho a la salud, donde indica: la verdad biológica no puede dejarse de lado conforme a la efectiva verdad material y, a su vez también ha de tenerse en cuenta el derecho material y por ello, el interés justificado que asiste a los hijos de saber y conocer quién es su padre y se presenta como encuadrable en tutela judicial efectiva</p>

PAÍS	NORMA	OBSERVACIONES
		que a los mismos a de otorgarse por integrarse a la moral jurídica y normativa constitucional (artículo 39), e incluso resulta necesaria para la determinación genérica y puede ser vital para preservar la salud.
ESTADOS UNIDOS	Código Civil del distrito federal	En Estados Unidos la corte suprema, ha conocido de muchos casos en los que la paternidad biológica no coincide con el esposo de la madre de una niña o niño. En el Código Civil para el Distrito Federal, al igual que en la mayoría de los estados de Estados Unidos de América se establece la presunción de paternidad con base al matrimonio, permitiendo la investigación genética de la paternidad cuando el marido desee solicitarlo, indicando que desde el nacimiento de la niña o niño ha sido el padre. A lo largo de las resoluciones de la Corte Suprema se ha reconocido la constitucionalidad de la prueba genética para efectos del derecho a la identidad de niñas y niños. Adicionalmente, se ha desarrollado el criterio de paternidad equitativa y padre psicológico.

PAÍS	NORMA	OBSERVACIONES
		La paternidad equitativa, implica lo más justo y razonable, este criterio establece que, si el padre putativo ha fungido como padre, ejerciendo los derechos y cumpliendo con las obligaciones que ello implica, que se constituye en el "padre psicológico" de la niña o niño, en virtud de ello no es adecuado ni equitativo cambiar esta relación de padre a hijo.
Venezuela	Constitución Venezolana. Artículo 56°	El Tribunal Supremo de la República Bolivariana de Venezuela en la resolución de un recurso de interpretación, expediente 05-006226 ²³ , donde se expone el derecho a la identidad considerada inherente a la persona, por lo cual genera una obligación para el Estado del cumplimiento normativo y su tratativa de la identidad legal que debe coincidir con la identidad biológica, todo ello para permitir al individuo desenvolverse en la sociedad:

²³ El representante del Consejo Nacional de Derechos del Niño y del Adolescente (CNDNA) interpuso recurso de interpretación constitucional de los artículos 56 y 76 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual integra la identidad biológica como parte del derecho a la identidad, se cuestiona ¿hasta dónde llega ese derecho a la identidad biológica?, y en lo que se refiere al artículo 76 constitucional, plantean el cuestionamiento sobre si la protección integral a la maternidad y la paternidad, sea cual fuere el estado civil de la madre o del padre, se refiere a la paternidad real o formal? Lo anterior debido a que el artículo 201 del Código Civil establece una limitante cuando se trata del hijo de una mujer casada.

PAÍS	NORMA	OBSERVACIONES
		<p>La sentencia define la identidad biológica como la identidad que puede ser comprobada científicamente a través de un procedimiento judicial y en virtud de la cual se establece un vínculo consanguíneo. Asimismo, considera que los avances científicos deben corresponder al avance del derecho de tal forma que la persona pueda conocer su identidad biológica: así pues, resultaría incomprensible admitir que el derecho ante el desarrollo científico actual que permite conocer en un alto grado de certeza la identidad genética de dos individuos, tal avance científico no se corresponda inversamente proporcional al desarrollo en forma directa del derecho, y que éste en definitiva involucre hacia un positivismo desacerbado, a partir del cual se niegue a determinados individuos, la calidad de personas y su verdadera identidad biológica.</p>
PERÚ	Legislación Peruana	<p>Por tanto, podemos apreciar que en nuestro país es escasa la legislación en cuanto a TRA, existen investigaciones de bioética que se contradicen con el artículo 7 de la Ley General de Salud cuando no ha sido claro y preciso en cuanto al uso de las TRA.</p>

PAÍS	NORMA	OBSERVACIONES
		<p>Adicionalmente el proyecto de ley que existe es muy permisivo al tratar de legislar el tema, más que poner límites que preserven el respeto por la vida y salud, pareciera que pretende poner en leyes la situación de irregularidad empezando por la reglamentación de debieron tener los centros especialistas en TERAS. Por ello considero que, a fin de evitar innumerables dilemas judiciales es preciso establecer las reglas claras y precisas sobre las TRA, con la única visión normativa de dotarnos de seguridad jurídica, donde tenga primacía la protección del concebido y del nacido mediante las TRA a su derecho a la identidad biológica, de tal manera que acceda a los demás derechos que por solo hecho de ser persona humana le corresponden.</p>

II. CONTENIDO DE LA PROPUESTA

Mediante el presente proyecto de ley se propone garantizar el derecho a la identidad biológica de las personas nacidas por inseminación artificial heteróloga en el Perú. Cabe indicar que en el año de 1978 nació el primer bebé probeta en Inglaterra, cuyas cifras hasta la actualidad de nacimientos de bebés productos de la aplicación de las TERAS se han incrementado notoriamente, los nacidos son gente que están bordeando los 50 años de edad, la mayoría ya empiezan a sospechar o indagar acerca de sus orígenes y exigir la verdad de su origen.

Es así que en diversos Países tales como Australia, Estados Unidos y Argentina, empezaron los primeros reclamos canalizándose mediante las redes sociales, en Argentina el 2003, se creó la asociación Raíz Natal, cuyo propósito era la Búsqueda del Origen Biológico.

Dentro del derecho a la identidad se encuentran diversas manifestaciones biológicas que se desencadenan producto de la fecundación asistida, las cuales merecen notoriedad con el transcurrir del tiempo y producto de ello las personas busquen conocer su verdadero origen biológico.

Es por ello que en nuestro código civil vigente han quedado muchos artículos en desuso y cuya aplicación de los mismos no se encuadra dentro de los parámetros de la realidad actual, tal es el caso en nuestra legislación no se encuentran establecidos los fundamentos Jurídicos del Derecho a la Identidad Biológica como derecho independiente para poder ser invocados.

Se debe precisar que, dentro de las técnicas de reproducción humana consideramos como eje central a la inseminación artificial heteróloga, que es la inseminación que se efectúa con el semen de un donante ajeno al matrimonio,

cuyo procedimiento de fecundación consiste en hacer llegar dicho material genético hasta los ovarios de la mujer y lograr la fecundación.

Con el avance de los años aumentan las clínicas cuya especialidad son las técnicas de reproducción humana asistida, pero poco sabemos su reglamentación, si los especialistas son profesionales que cuentan con estudios en el campo, así como si estas clínicas son seguras del manejo del material genético y sobre todo si cuentan con banco de donantes de espermatozoides, los cuales estén previamente identificados para los casos donde sea necesario acudir a solicitar dicha información.

Por tales motivos se propone la presente propuesta normativa resulta sumamente necesaria e importante, analizando los aspectos ético, jurídico y humano, dado la complejidad que existe entre el derecho a la identidad frente al derecho a la intimidad, teniendo en consideración la cantidad de personas nacidas bajo las técnicas de reproducción humana asistida, donde en la mayoría de países se suele tener como principio fundamental el anonimato del donante del óvulo o del espermatozoide.

El presente proyecto de ley permitirá determinar que el derecho a la identidad biológica es un derecho fundamental inherente a toda persona nacida bajo esta modalidad como un derecho nuevo e independiente.

Por tal motivo, se plantea modificar el artículo 2° de la Constitución Política del

Perú de 1993, y establecer que “Toda persona tiene derecho: A la vida, a su identidad biológica, su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.”

Asimismo, la incorporación del artículo 236-B del Código Civil Peruano, donde señale que, el parentesco por reconocimiento biológico es la relación familiar que ¿deberá existir entre el donador de gametos y la persona nacida de dicha donación.

Y la última modificación del artículo 6° del Código del niño y adolescentes, donde mencione que, el niño y el adolescente tienen derecho a la identidad biológica, 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 biológicos y llevar sus apellidos.

Por tales consideraciones, es menester modificar el marco legal existente con el objeto de contar con una legislación que regule el alcance, los requisitos y condiciones para el invocar el derecho a la identidad biológica de las personas nacidas por inseminación artificial heteróloga en el Perú, debido que al no contarse con una legislación normativa y reguladora de las técnicas de reproducción asistida y con un registro de donantes con toda sus prerrogativas, no existe ningún tipo de seguridad jurídica para todas las personas que nazcan producto de dicha inseminación ni mucho menos les garantiza invocar el derecho a su identidad biológica como tal.

III. EFECTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL

Con la promulgación y aprobación de la presente propuesta legislativa, se propone garantizar el derecho a la identidad biológica de las personas nacidas por inseminación artificial heteróloga, con el fin de otorgar seguridad jurídica e igualdad de derechos frente a los demás, necesarios para el fin de la verdad biológica de cada ser humano; lo que guarda coherencia interna, vínculo y relación con lo establecido en el artículo 2º de nuestra Constitución Política.

IV. ANÁLISIS COSTO - BENEFICIO

La implementación del presente proyecto legislativo, no genera mayores gastos adicionales al Estado, por cuanto su objeto regular el derecho a la identidad biológica de las personas nacidas por inseminación artificial heteróloga en el Perú, con la finalidad de reconocer tal derecho como parte del derecho fundamental a la identidad.

V. VINCULACIÓN CON EL ACUERDO NACIONAL

La presente iniciativa legislativa se enmarca dentro de las siguiente Política de Estado aprobadas por el Acuerdo Nacional:

A. Política de Estado N°16 sobre el fortalecimiento de la familia, promoción y protección de la niñez, la adolescencia y la juventud, que tiene como fin fortalecer la familia como espacio fundamental del desarrollo integral de las personas.

CONCLUSIONES:

- A.** Las personas nacidas por inseminación artificial heteróloga en el Perú, gozarán de protección jurídica y se brindará las garantías constitucionales de modo tal que exista en nuestro cuerpo normativo una regulación expresa del derecho a la identidad biológica.
- B.** Las técnicas de reproducción humana asistida contarán con un marco normativo de regulación expresa de cada procedimiento a utilizar y se enfocarán en la realidad científica y actual de nuestro País.
- C.** Toda persona tiene derecho a que se reconozca su derecho a la identidad por sobre el derecho a la intimidad del donante con la finalidad de conocer sus raíces biológicas, al amparo del derecho a la vida, del derecho a la salud, del derecho a la identidad, del derecho a saber, del principio de no discriminación, del derecho a la verdad, del principio del interés superior del niño, del derecho al acceso a los datos personales, del derecho a la información y del derecho a la dignidad, todo ello con la finalidad de la correcta aplicación de los valores ético morales en nuestra sociedad.
- D.** El principio del interés superior del niño, está regulado por nuestra legislación y tiene protección especial en diversos cuerpos normativos internacionales por ser la base de toda persona a conocer su identidad biológica por ser parte del derecho a la verdad, como parte del interés de conocer su predisposición a enfermedades incurables, problemas congénitos sobrevinientes, evitar relaciones incestuosas y otras cuestiones esenciales que justifican el conocimiento del origen biológico.

E. En nuestro sistema jurídico no existe ninguna norma que regule el derecho a la identidad biológica de las personas nacidas mediante inseminación artificial heteróloga, por lo cual nuestro sistema jurídico se encuentra desprotegido, generando dilemas, el cual deberá ser regulado para generar seguridad jurídica en el País, teniendo como sustento la regulación de tal derecho en la legislación comparada.

RECOMENDACIONES

- A.** Al Poder Legislativo aprobar la propuesta normativa del derecho a la identidad biológica de las personas nacidas por inseminación heteróloga por cuanto resulta necesario establecerlo en nuestra Normatividad Jurídica, donde se establezcan los alcances del derecho a la identidad biológica, de las instancias competentes y sus funciones de los organismos responsables, así como todo otro mecanismo que conduzca a la verdad material sobre los orígenes de quién lo solicita. La norma deberá entablar puentes con el Banco Nacional de Datos Genéticos, para realizar las pericias genéticas de ser el caso a fin de constatar la verdadera identidad de quien presumiera que le ha sido suprimida o alterada.
- B.** Al Ministerio de salud que inicie la creación de un organismo responsable de fiscalizar a los Centros especialistas en las Técnicas de Reproducción Asistida, donde se dé fiel cumplimiento a cada instrumento normativo que cuenten, priorizando siempre a la vida y la salud de las personas, brindando asistencia psicológica integral y gratuita a las personas que se consideran víctimas de supresión o alteración de su identidad.
- C.** Una vez aprobada la propuesta normativa el Poder Judicial deberá establecer mecanismos que eliminen todo margen de discrecionalidad en las resoluciones de admisión o rechazo de las pretensiones que realicen quienes buscan su identidad. Toda decisión del poder judicial debe estar debidamente fundada, motivada y fehacientemente informada al interesado desde la etapa inicial de la invocación del derecho hasta la emisión de la decisión final.

LISTA DE REFERENCIAS:

- Aveledo, I. y Crisante (1990). *Lecciones de Derecho de Familia*. Valencia, Venezuela 7ma. Edición Vadell hermanos Editores, p. 325.
- Benchikh, M. (1999) *La dignité de la personne humaine en droit international*. Marie-Luvc Pavía y Thierry Revet editores. París, p. 37-52.
- Boza, B. (1991). *Los adelantos de la ciencia y la permeabilidad del Derecho. Reflexiones en torno a la 'reproducción humana asistida*. En: *Derecho*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, p. 72.
- Caballero, H. (2001). *¿Se protege y garantiza efectivamente el derecho a la identidad y demás conexos de los menores no reconocidos?*, Actualidad Jurídica, N° 212, p. 51.
- Cárdenas, C. (1998). *Fecundación extracorpórea, protección jurídica del embrión y reforma del Código Civil de Perú*. Lima: En: *Ius et Veritas*. Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 17, p. 197.
- Cifuentes, S. (1995). *Derechos Personalísimos*. Astrea, ed, p. 227.
- Cofre, J. (1991). *Reproducción asistida y Constitución*. En: *Teoría y Realidad Constitucional*. UNED. México: 2001, N° 7, p. 344.
- Cofre, J. (2001). *Reproducción asistida y Constitución*. México: N° 7, p. 344.
- Cornejo, H. (1985). *La Familia en el Derecho Peruano*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 145.
- Cornejo, H. (1990). *Derecho Familiar Peruano*. Lima: Studium ediciones 199, tomo II, p. 20.
- Corral, H. (2010). *Intereses y derechos en colisión sobre la identidad del progenitor biológico: Los supuestos de la madre soltera y del donante de gametos*". En: *Revista Ius et Praxis*, Año 16, No. 2. Lima: Universidad de Lima, p.75.
- Corral, E. (2013). *El lenguaje bioético en la normativa y jurisprudencia sobre problemas biojurídicos*. En: *Cuadernos de Bioética XXIV 2013/2ª*. Madrid: Asociación Española de Bioética y Ética Médica, AEBI, p. 249.
- Díaz, E. (2013). *El derecho a la identidad de los niños nacidos mediante las técnicas de reproducción humana asistidas en el Proyecto 2012*, p. 109
- Díaz y Ambroma, M B. (1993). *Innovaciones jurídicas en el campo de la biogenética BFD: Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED, ISSN*

1133-1259 N° 4, p. 64.

- Espinoza, J. (1996). *Estudios de Derecho de las Personas*. Perú:, Editorial Huallaga E.I.R.L. Segunda Edición Lima. p. 78-79.
- Espinoza, J. (2004). *Derecho de las Personas, Concebido y Personas Naturales*. 6ª. Edición. Lima: Grijley, p. 354.
- Eser, A. (1998). *Derecho penal, medicina y genética*. Lima: Idemsa
- Faiella, R. (2009). *El ADN pone en jaque la inmutabilidad de la cosa juzgada*. San Salvador: En: *Revista Jurídica Aequitas*. Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Salvador. 3ª. Etapa. Año III. Número III, p. 45.
- Fama, V. (2012). *El Derecho a la Identidad del hijo concebido mediante Técnicas de Reproducción Humana Asistida*. Buenos Aires, p. 190.
- Fernández, C. (1968). *La Noción Jurídica de Persona*. 02º Edición, UNMSM. Lima, p. 145
- Fernández, C. (1992). *Derecho a la Identidad Personal*. Buenos Aires: Editorial Astrea, p. 113
- Fernández, C. (2009). *Los 25 años del Código Civil Peruano de 1984*. Lima, p. 113
- García y Linacero de la Fuente, L M. (2013). *El derecho del adoptado a conocer sus orígenes en España y en el Derecho Comparado*, p. 19.
- Gheri C. (2004). *Prueba de ADN. Genoma Humano*. Buenos Aires: Editorial Universidad, p. 15.
- Grosman, C. (1998). *El interés superior del niño en Los derechos del niño en la familia. Discursos y realidad*, Buenos Aires: p. 65.
- Gispert, C. (2004). *Diccionario de Medicina*. Barcelona: Océano: p. 33. Häberle, P. (1987). *Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft*, en Isensee y Kirchof (eds.), p. 822.
- Herrera, T. (1991). *La Inseminación Artificial Humana ante el Derecho Penal*. España: Universidad de Granada, Monografías de Derecho Penal, p. 7.
- Huamancayo, J. (2009). *El Derecho a la Identidad VS. El Derecho a la Verdad Biologica*, Lima: Editora Jurídica. p. 135.
- Kemelmajer, A, (2010). *El nuevo derecho de familia. El derecho humano a conocer el origen biológico y el derecho a establecer vínculos de*

- filiación*. Buenos Aires, p. 85.
- Kohm, M. (2008). *Rastreando los fundamentos de los mejores intereses del estándar infantil en la jurisprudencia estadounidense*. Estados Unidos: Revista de Derecho y Estudios Familiares. p. 89.
- Lacalle, M. (2013). *La persona como sujeto de derecho*. Madrid: Dykinson, p.120.
- López, E. (2015). *Interés superior de los niños y niñas: Definición y contenido*. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, p. 66-67.
- Mallqui, Max. (2002). *Derecho de familia*. Tomo II. Primera edición. Perú: san marcos, p. 747.
- Marcó, F y Tarasco, M. (2009). *Fecundación in vitro y manipulación de embriones*. En: Porter, Kuthy y otros. *Introducción a la Bioética*. 3ª. Edición, Méndez Editores, p. 250.
- Maritain, J. (1952). *El hombre y el estado*. Buenos Aires: Editorial Guillermo Kraft Ltda, p. 89.
- Martinez, M. (2005). *El derecho a conocer el propio origen genético*. Colombia, p. 25.
- Merchante, R. (1997). *La adopción*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, p.84.
- Mizrahi, L. (2004). *El niño y la reproducción humana asistida*, LL. Posesión de estado, filiación jurídica y realidad biológica”, p. 55. (Muller, J. (1988). *La Tutela constitucional de los Derechos Sociales*. Madrid. p. 670.)
- Osset, M. (2000). *Ingeniería genética y derechos humanos*. Barcelona: Icaria, p. 56.
- Peralta, J. (1995). *Derecho de Familia en el Código Civil*, p. 68.
- Placido, 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*, N° 53, agosto, p. 81.
- Plácido, A. (2010). *La Evidencia Biológica y la presunción de paternidad matrimonial*. Lima: Universidad San Ignacio de Loyola.

- Planiol, M. (1949). *Tratado de derecho civil francés*. Habana: Ed. Cultura la habana, p. 56
- Pierri, M. (2008). *Filiación y cosa juzgada*. En: Revista Aequitas. Año II. Número II. Buenos Aires, Universidad del Salvador, p. 171.
- Piña, R. (2004). *Las técnicas de fecundación asistida, ¿dieron lugar a la aparición de un nuevo sujeto de derechos? El embrión humano y su relación con bienes jurídicos dignos de protección penal*.
- Posadas, M (2017). *El derecho a la identidad y el registro nacional de cedentes de gametos y embriones*, p. 01.
- Ribera, J. (1978). *Código Civil y leyes complementarias*. Comentado, anotado y concordado. Buenos Aires: Editorial Astrea, p. 272.
- Rodríguez, R. (1997). *Derecho Genético: Técnicas de Reproducción Humana Asistida, Su trascendencia jurídica en el Perú*. Lima: Editorial San Marcos, p. 23.
- Romeo, C. (1997). *Código de leyes sobre genética*. Editorial de la Universidad de Deusto, Bilbao, p.87.
- Rebora, J. (1945). *Instituciones de la familia*. Tomo Buenos Aires: Ed. Kraft, p. 324.
- Rodriguez y Cadilla, M P. (1997). *Derecho Genético. Técnicas de Reproducción Humana Asistida, su trascendencia jurídica en el Perú*. Lima: Editorial San Marcos p. 23.
- Rojina, R. (1997). *Compendio de derecho civil. Introducción personas y familia*. México: Editorial S.A. de C.V.
- Santamaría, L. (2000). *Aspectos bioéticos de las técnicas de reproducción asistida*. Madrid, p. 37.
- Soto, M. (1990). *Biogenética, Filiación y Delito*. Buenos Aires: Astros, p.57.
- Taboada, L. (1997). *La calificación de las técnicas de reproducción humana asistida como negocios jurídicos atípicos*. Lima: Ius et Praxis. Universidad de Lima, N° 27, p. 186.
- Tobías, J. (2009). *Derecho de las personas. Instituciones del Derecho Civil: parte general*. La Ley, Buenos Aires, p. 100.
- Varsi, E. (1995). *Derecho Genético Principios Generales*. Perú: Editora Normas Legales S.A., p. 62.

- Varsi, E. (1996). *Derecho y Manipulación Genética*. Lima: Universidad de Lima. Fondo de Desarrollo Editorial. p. 49.
- Varsi, E. (2004). *Técnicas de Reproducción Asistida y Filiación*. Perú, p. 4.
- Vila y Coro, M (1997). *Huérfanos biológicos. El hombre y la mujer ante la reproducción artificial*. Madrid, ediciones San Pablo, p. 82.
- Zannoni, E. (1978). *Inseminación Artificial y Fecundación Extrauterina*. Buenos Aires: Depalma, p. 50.
- Zannoni, A. (1978). *Inseminación Artificial y Fecundación Extrauterina*. Proyecciones Jurídicas. Argentina: Editorial Astrea. Buenos Aires, p. 51 - 53.
- Zannoni, E. (1998). *Adopción plena y derecho a la identidad personal. La 'verdad biológica': ¿nuevo paradigma en el derecho de familia?*, LL 1998-C-1179. — *Derecho Civil*. Derecho de Familia, 3ª edición actualizada y ampliada. Buenos Aires: Editorial Astrea, p. 125.
- Zermatten, J. (2003). *El interés superior de los niños y niñas. Del análisis literal al alcance filosófico*, p.14.

SENTENCIAS

- La STC Exp. No. 0550-2008-PA/TC, Revista Actualidad Jurídica. Tomo 211. Lima: Gaceta Jurídica, edición de junio 2011, p. 74).
- La STC Exp. No. 0550-2008-PA/TC (Revista Actualidad Jurídica. Tomo 211. Lima: Gaceta Jurídica, edición de junio 2011, p. 74).
- La STC Sentencias de la Sala de la Corte de Apelaciones de la Niñez y Adolescencia. Cfr. Exp. 01141-2009-00360

TESIS

- Cárdenas A. (2014). Tesis El derecho de las personas concebidas mediante Técnicas de reproducción asistida a conocer su Identidad biológica, desde una perspectiva biojurídica. Lima.
- Canessa, R. (2008). Tesis Problemas Jurídicos que plantean las técnicas de reproducción humana asistida en la legislación civil peruana. Lima
- Pérea, C. (2015). Tesis Presupuestos Éticos Y Jurídicos Mínimos Que Se Deben Tener En Cuenta Ante Una Inminente Regulación De Técnicas De Reproducción Asistida en el Perú. Perú. Chiclayo.

Pérez, D. (2015). Tesis Presupuestos Éticos y Jurídicos Mínimos que se debentener en cuenta ante una inminente regulación de técnicas de reproducción asistida en el Perú. Chiclayo.

Pinilla, V. (2014). Tesis Pregrado. El interés superior del niño/niña vs. principio al debido proceso en la filiación extramatrimonial. Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Chiclayo.

ARTÍCULOS WEB

- <http://www.revistakairos.org>
- <http://justiciadefamilia.blogspot.com/2008/10/inters-superior-del-nio-y.html>
- <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/02132-2008-AA.html>
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_63_esp.pdf

REVISTAS

Faiella, R. (2009). El ADN pone en jaque la inmutabilidad de la cosa juzgada. En revista Jurídica Aequitas. Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Salvador. 3ª. Etapa. Año III. Número III.

Lorena, O. (2014). Sociedad Idéntica desconocida: el lado no previsto en la fertilización asistida. La Nación.

Gaceta Jurídica. Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas.

Gaceta Jurídica editores. Lima: 2003, tomo I

Revista Latinoamericana de Derecho. Rubinzal-Culzoni editores. México:2004, p. 251.

Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales 2003.

Revista Diálogo con la Jurisprudencia No. 179. Lima: Gaceta Jurídica, edición de agosto 2013, p. 14.

Revista Latinoamericana de Derecho. México: Rubinzal-Culzoni editores. Año I, Nº 2, p. 251.

Revista Somos. El Comercio. Te Daré la Vida. 2013. p, 61.

ANEXOS

1. CASACIÓN N° 2726-2012, emitida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de La República.
2. CASACIÓN N° 5003-2007, emitida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República.
3. Proyecto de Ley N° 3313/2018-CR, “Ley que Garantiza el Acceso atécnicas de Reproducción Humana Asistida”

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA SALA CIVIL

TRANSITORIA

CASACIÓN 2726-2012

DEL SANTA IMPUGNACIÓN DE RECONOCIMIENTO DE PATERNIDAD

Lima, diecisiete de julio de dos mil trece.-

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA; Vista la causa número dos mil setecientos veintiséis - dos mil doce, en audiencia pública de la fecha, producida la votación con arreglo a ley, y de conformidad con lo opinado por el Señor Fiscal Adjunto Supremo en lo Civil, emite la siguiente sentencia. _____

-- **MATERIA DEL RECURSO:** Se trata del recurso de casación interpuesto por Nolberto Hugo Roca Maza, que obra a folios doscientos treinta y ocho contra la sentencia de vista que obra a fojas doscientos once, expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia Del Santa, que revoca la sentencia de primera instancia de folios ciento dos, de fecha veintiocho de diciembre de dos mil nueve, que declaró fundada la demanda, y reformándola la declararon improcedente. _____

FUNDAMENTOS DEL RECURSO: El presente recurso de casación, mediante resolución emitida el dos de agosto de dos mil doce por esta Sala Suprema, obrante a folios treinta y tres del cuadernillo de casación, ha sido declarado procedente por la causal de Infracción normativa de derecho material del artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Estado; alegando, que se ha vulnerado el dispositivo denunciado que consagra el derecho que tiene toda persona a su identidad; y en el caso de autos, la recurrida ha establecido que quien debe hacer valer su derecho de impugnación a la paternidad es la menor de iniciales M.L.G.C. a través de su representante legal y no el actor, sin embargo la citada sentencia se olvida que obra como medio probatorio acompañado, el Expediente número 202-2007 sobre demanda de Impugnación de Paternidad Extramatrimonial promovido por Eva Elvira Cárdenas Rosales en calidad de madre y representante legal de la menor antes aludida en contra de

Teodoro Arturo Guerrero Alvarado y otro; el mismo que fue rechazado liminarmente por el Juzgado Mixto de Huarmey al declarar improcedente la demanda. Del mismo modo se ha inobservado los parámetros establecidos en la sentencia casatoria de este mismo expediente, de fecha siete de octubre del año dos mil once, señalando que en el presente caso se encuentran inmersos los derechos de una menor, no sólo de identidad, sino de varios derechos conexos que merecen un mayor análisis en observancia del principio superior del niño. Finalmente refiere, que es a través de esta acción judicial que busca otorgar la verdadera identidad a la menor, quien conoce perfectamente de la realidad y considera al recurrente como su padre, ya que viven juntos con toda su familia.

CONSIDERANDO:

PRIMERO.- Que, examinado el presente proceso para efectos de determinar si al emitirse la incurrida se ha incurrido en una infracción normativa material en los términos denunciados, es necesario realizar las precisiones que a continuación se detallan.

SEGUNDO.- Que, a fojas nueve Nolberto Hugo Roca Maza interpone demanda sobre impugnación de reconocimiento de paternidad contra Teodoro Arturo Guerrero Alvarado y Eva Elvira Cárdenas Rosales, solicitando como pretensión principal impugnar el reconocimiento de paternidad efectuado por Teodoro Arturo Guerrero Alvarado a favor de la menor de iniciales M.L.G.C.; como pretensiones accesorias peticiona, primero: se deje sin efecto el reconocimiento efectuado por Teodoro Arturo Guerrero Alvarado a favor de la menor de iniciales M.L.G.C; y segundo: se declare la paternidad de la menor indicada a favor del recurrente en calidad de padre biológico, ordenándose su inscripción en la correspondiente Partida de Nacimiento, alegando que producto de una relación extramatrimonial existente entre el recurrente y la codemandada Eva Elvira Cárdenas Rosales, procrearon a la menor de iniciales M.L.G.C., quien nació el día veinte de agosto de mil novecientos noventa y nueve, siendo reconocida por el codemandado Teodoro Arturo Guerrero Alvarado, cónyuge en ese entonces de la codemandada. Practicada la prueba de ADN se concluye en un 99.9999999845% que el recurrente es el padre biológico, siendo necesario que la menor de iniciales M.L.G.C. goce del derecho de su verdadera filiación e

identidad, derechos consagrados en el artículo 2, inciso 1 de la Constitución Política del Estado, ya que lo contrario importaría una grave afectación de los derechos sustanciales de la menor. _____

TERCERO.- Que, a fojas treinta y cuatro Teodoro Arturo Guerrero Alvarado contesta la demanda señalando que con fecha veintidós de enero de mil novecientos noventa y cuatro contrajo matrimonio civil con la demandada Eva Elvira Cárdenas Rosales; fruto de su unión conyugal nació su menor hija de iniciales M.L.G.C., el día veinte de agosto de mil novecientos noventa y nueve, y dentro del plazo legal se hizo el reconocimiento, refiere que no es cierto lo que infiere el demandante respecto a que su persona tenía pleno conocimiento que la menor no era su hija a la fecha del reconocimiento, que la prueba de ADN fue practicada sin su consentimiento y solicitada por la madre de su hija, es decir, no fue ordenado por ningún órgano jurisdiccional. Sostiene que su hija nació durante el matrimonio y vivieron en el domicilio conyugal junto a la demandada y su menor hija hasta el dos mil tres, fecha en que por mutuo acuerdo iniciaron el proceso de separación convencional y divorcio ulterior, en el mismo que acordaron la tenencia, alimento y régimen de visitas, culminado el proceso se declaró disuelto el vínculo matrimonial, refiere que salía a pasear con la menor los fines de semana, y la llevaba a la casa donde habita con sus padres y hermanos, e incluso cuando su hija enfermaba salían al médico, concluyendo que la menor ha sido reconocida dentro de la unión conyugal y nunca a negado ser padre de la menor. _____

CUARTO.- Que, tramitada la demanda según su naturaleza, mediante sentencia de folios ciento dos, de fecha veintiocho de diciembre de dos mil nueve, el A quo ha declarado fundada la demanda de impugnación de reconocimiento de paternidad, en consecuencia se declara inaplicable para el proceso lo previsto en los artículos 396 y 404 del Código Civil, por lo dispuesto en el artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Estado; por consiguiente, se deja sin efecto el reconocimiento realizado por Teodoro Arturo Guerrero Alvarado a favor de la menor de iniciales M.L.G.C., y declara la paternidad de Nolberto Hugo Roca Maza a favor de la menor indicada, ordenando a la Municipalidad Provincial de Huarmey extender nueva partida de nacimiento en sustitución de la anterior. Como fundamentos de su decisión el A quo ha considerado que, como es verse

a fojas treinta y dos del expediente principal, los demandados contrajeron matrimonio el día veintidós de enero de mil novecientos noventa y cuatro, inscribiéndose la disolución de su vínculo matrimonial el día veintisiete de julio de dosmil cinco; y, la menor de iniciales M.L.G.C nació el día veinte de agosto de mil novecientos noventa y nueve, como consta en la partida de nacimiento a folios dos; es decir, nació dentro del matrimonio de los demandados. Que, la presunción de paternidad para los hijos nacidos dentro del matrimonio es una regla de carácter imperativo, aplicándose a la generalidad de los casos, más su fuerza no es absoluta, admitiéndose prueba en contrario. Señala que el presupuesto de la previa negación de paternidad para la declaración judicial de paternidad extramatrimonial, en el caso de hijos nacidos dentro del matrimonio, limita el derecho no solo del padre biológico sino contraviene el derecho fundamental a la identidad del menor a quien por ley y mandato constitucional el Estado está en la obligación de proteger. En base al principio de la jerarquía normativa resulta inaplicable al caso de autos, sin afectar su vigencia, lo previsto en los artículos 369 y 404 del Código Civil, prevaleciendo el derecho a la investigación de la paternidad de la menor de iniciales M.L.G.C.; en el presente caso, el demandante Nolberto Hugo Roca Maza impugna el reconocimiento realizado por Teodoro Arturo Guerrero Alvarado de la menor de iniciales M.L.G.C, en mérito a los resultados de la prueba de ADN (obrante a fojas cuatro) en el que se consigna como probabilidad de paternidad el 99.999999845% de él con respecto a la menor indicada; siendo así resulta fundada la demanda.----

QUINTO.- Que, elevados los actuados a la Instancia Superior, en mérito al recurso de apelación de folios ciento dieciocho interpuesto por el demandado Teodoro Arturo Guerrero Alvarado, la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia Del Santa, mediante sentencia de vista de folios ciento treinta y nueve, revoca la sentencia apelada y reformándola declara improcedente la demanda, considerando que ha quedado acreditado que la menor de iniciales M.L.G.C es hija nacida dentro del matrimonio de los codemandados, fundamento por el que no es factible la aplicación del artículo 386 del Código Civil, máxime si como se evidencia, el que fuera cónyuge de la madre (Teodoro Arturo Guerrero Alvarado) no ha impugnado su paternidad y por el contrario ha manifestado su voluntad de no hacerlo, por lo que no concurren los presupuestos estipulados en el artículo

376 del Código Civil, respecto a la titularidad de la acción de negación._____

SEXTO.- Que, interpuesto el recurso de casación por el demandante, contra la referida Sentencia de Vista, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, mediante Casación 3776-2010- Del Santa, de fecha siete de octubre de dos mil once, declara fundado el recurso de casación interpuesto por Nolberto Hugo Roca Maza; casaron la sentencia de vista, en consecuencia, nula la resolución impugnada de fecha veintiuno de junio de dos mil diez, ordenándose que el Colegiado Superior expida nueva resolución. Considerando que el Colegiado Superior únicamente justifica la decisión de revocar la sentencia de primera instancia aplicando normas del Código Civil, más no emite pronunciamiento en relación al control difuso que invoca el A quo al amparar al demanda, lo que resulta relevante, puesto que el demandante fundamenta su pretensión en lo dispuesto por el inciso 1 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado y mayor aun si de por medio se encuentran inmersos los derechos de una menor, no solo de identidad, sino de varios derechos conexos que merecían un mayor análisis, en observancia del Principio del Interés Superior del Niño que recoge el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes. _____

SÉTIMO.- Que, la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia Del Santa, emite nuevo pronunciamiento mediante Sentencia de Vista de folios doscientos once, resolviendo revocar la sentencia apelada y reformándola declara improcedente la demanda, considerando que quién postula la demanda de Impugnación de Paternidad no es su hija M.L.G.C., quien por medio de su representante legal podría invocar su legítimo derecho a la identidad, basada en el nuevo sistema constitucional de filiación, y obviamente en el interés superior del niño y adolescente, sino Norberto Hugo Roca Maza, el presunto padre biológico, sustentando básicamente su demanda en los resultados de la prueba de ADN a la que se ha sometido voluntariamente; asimismo, considera el Colegiado Superior que respecto a esta persona los artículos 397 y 404 del Código Civil no afectan, ni limitan, ni vulneran ningún derecho constitucional; en otras palabras se trata de normas válidas que no le reconocen interés para obrar al Demandante para entablar una acción contestatoria de paternidad, por

lo tanto la demanda deviene en improcedente. _

OCTAVO.- 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 Constitución Política del Estado, el cual comprende el derecho a un nombre, a conocer a sus padres y conservar sus apellidos, el relativo a tener una nacionalidad y la obligación de que el Estado reconozca su personalidad jurídica, conforme lo ha señalado el Tribunal Constitucional en la sentencia número 02432 — 2005- PH/ TC. Al respecto la sentencia número 02273 — 2005- PH/TC Al respecto la Sentencia Número 02273-2005-PH/TC, precisa que el derecho a la identidad es 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 de carácter subjetivo (ideología, identidad cultural, valores, reputación, etc.).-----

NOVENO.- Que, el derecho a la identidad, debe protegerse de modo preferente, atendiendo a que “la vida, la libertad y la identidad conforman una trilogía de intereses que podemos calificar como esenciales entre los esenciales, por ello, merecen una privilegiada y eficaz tutela jurídica” [Fernández Sessarego, Carlos. Derecho a la identidad personal, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992, página 22].

DÉCIMO.- Que, tal como se ha reseñado anteriormente, en el caso de autos, se ha incoado demanda de impugnación de reconocimiento de paternidad; en tal sentido, cabe precisar, que la filiación forma parte del derecho a la identidad, que es “una forma de estado de familia”. De allí que se diga que la filiación implica un triple estado: estado jurídico, asignado por la Ley a una persona, deducido de la relación natural de la procreación que la liga con otra; estado social, en cuanto se tiene respecto a otra u otras personas; estado civil, implica la situación jurídica del hijo frente a la familia y a la sociedad” [Varsi Rospigliosi, Enrique. Divorcio, filiación y patria potestad. Grijley, Lima, 2004, página 89].___

DÉCIMO PRIMERO. - Que, el concepto de identidad personal, presupone dos supuestos fundamentales: la identidad genética de una persona y su identidad filiatoria. La primera, se conforma con el patrimonio genético heredado de los progenitores biológicos; y la identidad filiatoria, es en cambio, un concepto jurídico, que resulta del emplazamiento de una persona de un determinado estado de familia, en relación a quiénes aparecen jurídicamente como sus padres, está habitualmente en concordancia con la identidad genética, pero puede no estarlo. [Ferrer,, Identidad y fecundación asistida, en Libro de Ponencias, página 189, citado por Zannoni Eduardo A. Derecho de Familia, Editorial Astrea, Buenos Aries, 2002, página 326] .-----

DÉCIMO SEGUNDO.- Que, en el caso de autos, en mérito a los resultados de la prueba de ADN practicada por el Instituto de Medicina Legal del Ministerio Público, defolios cuatro, que no fue tachado por los demandados, se precisa la probabilidad de paternidad del 99,999999845% de Nolberto Hugo Roca Maza con respecto a la menor de iniciales M.L.G.C. ___

DÉCIMO TERCERO.- Que, al resolver la apelación interpuesta en autos, el Ad quem sustenta su decisión en que quién postula la demanda de Impugnación de Paternidad no es la hija de iniciales M.L.G.C., quien por medio de su representante podría invocarse su legítimo derecho a la identidad; sino Nolberto Hugo Roca Maza, el presunto padre biológico, sin embargo, debe tenerse en cuenta que en toda medida concerniente al niño y al adolescente, se considerará el principio del interés superior del niño y del adolescente y el respeto a sus derechos, conforme lo establece el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, principio que se desarrolla en el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que dispone “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 niños” (el subrayado es nuestro). Además, 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 hallan el niño” [CORTE IDH. Condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión Consultiva OC-17/02, del 28 de agosto de 2002. Serie A N° 17, párrafo 59]._____

DÉCIMO CUARTO.- Que, en tal sentido, se verifica que la menor de iniciales M.L.G.C., y el demandante Nolberto Hugo Roca Maza, vienen desarrollando un tratamiento de padre e hija, incluso hacen vida familiar con la madre biológica, así fluye del expediente acompañado sobre anulabilidad y reconocimiento de paternidad de menor, conforme a la declaración asimilada de Eva Elvira Cárdenas a folios diez, en la cual manifiesta que desde abril de dos mil tres, se encuentra conviviendo con Nolberto Hugo Roca Maza en compañía de la menor de iniciales M.L.G.C., versión que no ha sido desvirtuada por el demandado, asimismo obra a folios ciento noventa y seis del expediente principal el informe psicológico practicado a la menor en cuyos resultados se señala que la niña se identifica con su familia, incluye dentro de la dinámica al padre que vive con ella, a la figura paterna lo refleja como protector y cariñoso, todo lo cual determina el estado constante de familia de la niña con el demandante, lo que afirma su filiación, siendo ello así, resulta procedente declarar inaplicable, para el presente caso y sin afectar su vigencia, lo previsto en los artículos 396 y 404 del Código Civil, de conformidad con el derecho a la identidad consagrado en el artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Estado, ello se justifica acorde al principio del interés superior del niño y adolescente, en la afirmación de la identidad filiatoria concordante con su realidad familiar y biológica de la menor de iniciales M.L.G.C., en esas circunstancias la justicia mediante el control difuso posibilita que la realidad filiatoria y vivencia familiar encuentre su legitimación legal.-----

Por los fundamentos expuestos, declararon: **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por Nolberto Hugo Roca Maza, de fojas doscientos treinta y ocho; **CASARON** la resolución impugnada; en consecuencia **NULA** la resolución de vista obrante a folios doscientos once, expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia Del Santa; y actuando en sede de instancia: **CONFIRMARON** la resolución apelada contenida en la resolución número once de fecha veintiocho de diciembre de dos mil nueve, que declara fundada la

demanda de impugnación de reconocimiento de paternidad interpuesta por Norberto Hugo Roca Meza contra Eva Elvira Cárdenas Rosales y Teodoro Arturo Guerrero Alvarado; DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano", bajo responsabilidad; en los seguidos por Nolberto Hugo Roca Maza contra Eva Elvira Cárdenas Rosales y otro, sobre Impugnación de Reconocimiento de Paternidad; y losdevolvieron. Ponente Señora Cabello Matamala, Jueza Suprema.-

S.S.

RODRÍGUEZ MENDOZA VALCÁRCEL SALDAÑA CABELLO MATAMALA

MIRANDA MOLINA CUNYA CELI

Nur/Nso3

MATERIA: IMPUGNACION DE RECONOCIMIENTO DE MATERNIDAD

“De acuerdo a ello, el menor hijo de la demandante, y en cuyo nombre actúa, Olsen Fabrizio Quispe Oblitas, es hermano paterno de la menor, que la demandada ha reconocido como su hija, conforme al resultado del examen de ADN, según documento obrante a fojas diez, del que se colige que el padre de ambos menores es Custodio Olsen Quispe Condori, por lo que impugna dicho reconocimiento por las razones que expone, sosteniendo interés legítimo, pues este no concuerda con realidad biológica, existiendo a ese efecto el parentesco consanguíneo.”

CAS. N° 5003-2007- LIMA

SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA

DEMANDANTE: Mónica Cedelinda Oblitas Chicoma

DEMANDADO. : María Alicia Alfaro Dávila

MATERIA : Impugnación de reconocimiento de maternidad

FECHA : 06/05/2008; publicada en “El Peruano” el 03/09/2008.

CAS. N° 5003-2007 LIMA. Lima, seis de mayo del dos mil ocho. **LA**

SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA, vista la

causa número cinco mil tres- dos mil siete, en la fecha y producida la votación con arreglo a ley, emite la siguiente sentencia: **1.- MATERIA DEL RECURSO:** Se trata del recurso de casación interpuesto por doña Mónica Cedelinda Oblitas Chicoma enrepresentación de su menor hijo Olsen Fabrizio Quispe Oblitas, contra la Resolución de vista de fojas ciento setentiseis de fecha tres de agosto del dos mil siete, que confirmando la apelada de fojas setenta y siete, de fecha veintitrés de octubre del dos mil seis, declara improcedente su demanda de impugnación de maternidad; con lo demás que contiene. **2.- FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE HA DECLARADO**

PROCEDENTE EL RECURSO: Admitido el recurso de casación, fue declarado procedente mediante auto de fecha catorce de noviembre del dos mil siete, por la causalde contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, argumentándose la contravención de los artículos VI del Título Preliminar y 399 del Código Civil; así como del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, pues se encuentran legitimados para impugnar la maternidad extramatrimonial los hermanos, en razón al interés moral que poseen, basta por ello acreditar el interés legítimo, no siendo exigible acreditar daño o afectación conforme lo señala la Sala de Familia; indica que a criterio de la Sala no basta que se acredite la condición familia (hermano-vínculo sanguíneo) para impugnar la maternidad, sino que habría que acreditar la afectación por el supuesto reconocimiento falso, denunciando que esto último no es requisito exigido por la ley; refiere que en virtud a lo dispuesto por el artículoVI del Título Preliminar del Código Civil, la afectación se demuestra con el mismo acto impugnado (reconocimiento falso), hecho que es ajeno e irrelevante a la legitimidad o interés moral para accionar, toda vez que éste es inherente a la condición subjetiva delaccionante; señala que sin perjuicio de su argumento relativo a que no es exigible acreditar la afectación o menoscabo para iniciar una acción judicial, sostiene que segúnel artículo 399 del Código Civil, basta con acreditar

interés legítimo, para establecer la existencia de la afectación consubstancial al acto impugnado, por lo que en aplicación del artículo VII del Título Preliminar del Código Civil, la Sala debió revocar la apelada, pues aplicando el Derecho, es evidente el daño o afectación moral, psicológico, a corto o largo plazo ocurrido por la misma realización del acto impugnado que resulta de la falsedad de la relación materno filial; por ello sostiene que se interpone la demanda con la finalidad de enervar el reconocimiento de maternidad realizado, por ser ilegal, pues tal reconocimiento de maternidad le concede a la demandada derechos de patria potestad, tenencia y demás derechos inherentes a la sociedad paterno filial, de manera que por el hecho del reconocimiento y el ejercicio de los derechos inherentes a él, el hijo de la recurrente se encuentra evidentemente afectado, pues existe separación entre hermanos de sangre y violación a derechos fundamentales que son propios del ius sanguinis, tales como el derecho a la identidad, integridad moral, integridad psíquica, libre desarrollo, bienestar, mantenimiento y preservación de los vínculos paterno filiales y fraternales, intimidad familiar, identidad cultural; refiere además, que el interés para obrar es una situación jurídica subjetiva, esto es, la existencia de una situación jurídica procesal en razón a la particular condición del sujeto de derecho, y así, la acreditación de la afectación del derecho violado, desconocido, o incumplido (como exige la Sala) es consubstancial al momento de la aparición de la irregular situación jurídica acusada, por lo que resulta irrelevante para quien tiene la condición única y particular del vínculo consanguíneo, tener que acreditar afectación para demostrar que posee interés moral para accionar judicialmente; así refiere que el ius sanguinis "per se" otorga legitimidad para obrar a los hermanos en diversas circunstancias, las que indica con su base legal, señalando en ese sentido que, el hermano tendrá derecho y legítimo interés para impugnar el falso reconocimiento de su hermano. **3.- CONSIDERANDO: Primero.-** La contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso se da cuando en el desarrollo del mismo, no se han respetado los derechos procesales de las partes, se han obviado o alterado actos de

procedimiento, la tutela jurisdiccional no ha sido efectiva, el órgano jurisdiccional deja de motivar sus decisiones o lo hace en forma incoherente, en clara transgresión de la normatividad vigente y de los principios procesales. **Segundo.-** De la demanda de fojas cuarenta se aprecia que la recurrente Mónica Cedelinda Oblitas Chicoma actúa en representación de su menor hijo Olsen Fabrizio Quispe Oblitas, e invocando los artículos 45 y 399 del Código Civil impugna el reconocimiento de maternidad efectuado por María Alicia Alfaro Dávila respecto de la menor A.B.A.D., argumentando que la demandada no es la madre biológica de dicha menor, pues ella fue inseminada artificialmente con el óvulo de una mujer distinta y se utilizó los espermatozoides del esposo de la recurrente, Custodio Olsen Quispe Condori, sin el consentimiento de éste, mediante la técnica de reproducción asistida denominada "ovodonación", la que no está permitida en nuestro país conforme se colige de lo previsto en el artículo 7 de la Ley General de Salud. **Tercero.-** Las instancias de mérito han declarado improcedente la demanda, fundamentando su decisión en que la parte demandante no ha acreditado interés económico o moral para ejercer la presente acción, al no demostrar que con el reconocimiento se haya afectado directa o indirectamente al hijo de la demandante, careciendo por ende de interés para obrar. **Cuarto.-** El interés para obrar, de acuerdo a la doctrina mayormente aceptada sobre el tema, es la utilidad que para el titular de un derecho subjetivo emana de la tutela jurisdiccional, y según Hugo Rocco se determina realizando un: "juicio de utilidad, parangonando los efectos de la providencia jurisdiccional requerida con la utilidad que de tal providencia puede seguirse para quien la requiere, respecto de una determinada relación jurídica". **Quinto.-** La legitimación procesal es la capacidad de ejercicio, en el proceso, de los derechos civiles; es la aptitud que tiene la persona de obrar directamente en un proceso como parte, defendiendo sus derechos. La legitimidad "ad causam" es la titularidad que tiene la persona respecto del derecho que demanda; es un elemento de procedencia de la pretensión jurídica demandada. En caso queda parte

actora no tenga la legitimado ad causam, la acción será, evidentemente, improcedente. **Sexto.-** Existe interés para obrar procesalmente, cuando la parte actora invoca una utilidad directa, manifiesta y legítima, de índole material o moral, que lo lleve a proteger un derecho mediante el ejercicio de la acción. El juicio de utilidad debe referirse, en cada caso, a los efectos del acto jurisdiccional que se pide, o también en sentido inverso, el perjuicio o daño que pueda causar al actor, la falta del pronunciamiento requerido. En suma, el interés para obrar tiene contenido procesal al significar un presupuesto del derecho de acción y supone un estado de necesidad que se busca sea atendido por el Estado a través del órgano jurisdiccional. **Séptimo.-** De acuerdo a ello, el menor hijo de la demandante, y en cuyo nombre actúa, Olsen Fabrizio Quispe Oblitas, es hermano paterno de la menor, que la demandada ha reconocido como su hija, conforme al resultado del examen de ADN, según documento obrante a fojas diez, del que se colige que el padre de ambos menores es Custodio Olsen Quispe Condori, por lo que impugna dicho reconocimiento por las razones que expone, sosteniendo interés legítimo, pues este no concuerda con realidad biológica, existiendo a ese efecto el parentesco consanguíneo. **Octavo.-** Por lo tanto, no se trata de acreditar solamente la afectación al recurrente por el reconocimiento, sino el legítimo interés en el pronunciamiento, por su condición de hermanos del menor hijo de la demandante y la menor A.B.A.D., en la necesidad de que el órgano jurisdiccional decida, respecto al reconocimiento efectuado por la demandada, que se señala transgrede lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley General de Salud, y porque se vulnerarían derechos fundamentales de la citada menor, como su derecho a la propia identidad. **Noveno.-** Por último, el interés legítimo a que se refiere el artículo 399 del Código Civil, está referido a una circunstancia de carácter personal, la parte es titular de un interés propio, distinto de cualquier otro, que proyectada al presente caso se encuentra dada por la condición de hermanos, lo que asegura el carácter personal, propio y legítimo del interés; además de ser único respecto a terceros que no se encuentran unidos por un vínculo de parentesco

consanguíneo, con las consecuencias que determinan los artículos 475 del Código Civil y 93 del Código de los Niños y Adolescentes que regulan la prelación de los obligados a prestar alimentos, así como la obligación que existe a nivel de hermanos en la protección recíproca sus intereses.

Décimo.- Estando además a lo dispuesto en el artículo VI del Título Preliminar del Código Civil, en cuanto al interés moral. **4.- DECISIÓN:** a)

Por las consideraciones expuestas, de conformidad con el dictamen fiscal, cuyos fundamentos se reproducen, y estando a lo establecido en el artículo 396 inciso 2° ordinal 2.3 del Código Procesal Civil: Declararon

FUNDADO el recurso de casación interpuesto por doña Mónica Cedelinda Oblitas Chicoma en representación de su menor hijo Olsen Fabrizio Quispe Oblitas; en consecuencia **NULA** la resolución de vista fojas ciento setenta y seis de fecha tres de agosto del dos mil siete;

INSUBSISTENTE la apelada de fojas setenta y siete, su fecha veintitrés de octubre del dos mil seis. **b) ORDENARON** que el Juez de la causa expida nueva resolución estando a los considerandos precedentes. **c)**

DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano, bajo responsabilidad; Interviniendo como Vocal Ponente el Señor Sánchez - Palacios Paiva; y los devolvieron. **SS.**

SANCHEZ-PALACIOS PAIVA, CAROAJULCA BUSTAMANTE, MANSILLA NOVELLA, MIRANDA CANALES, VALERIANO BAQUEDANO.



"Ley que garantiza el acceso a técnicas de reproducción humana asistida."

El congresista que suscribe, **Richard Acuña Núñez**, miembro del Grupo Parlamentario de Alianza para el Progreso, en ejercicio del derecho de iniciativa legislativa previsto por el artículo 107° de la Constitución Política del Perú y según lo regulado por los artículos 75° y 76° del Reglamento del Congreso de la República, presenta a consideración del Congreso de la República el siguiente proyecto de Ley:

El Congreso de la República;
Ha dado la siguiente Ley:

"Ley que garantiza el acceso a técnicas de reproducción humana asistida"

Artículo 1°. Objeto de la Ley

La presente ley tiene por objeto garantizar el acceso integral a técnicas de reproducción humana asistida reconocidas por la Organización Mundial de Salud (OMS), así como reconocer la infertilidad como enfermedad, con el fin de otorgar posibilidades de solución necesarios para el fin de la procreación humana.

Artículo 2°. Definiciones

Para efectos de la presente ley, se entiende por:

- a) Criopreservación: la congelación o la vitrificación y el almacenamiento de gametos, cigotos, embriones o tejido gonadal.
- b) Donación de embriones: transferencia de embriones resultantes de gametos (espermatozoides y ovocitos) que no se originaron de la receptora y su pareja.
- c) Embrión: producto de la división del cigoto hasta el fin del estadio embrionario (8 semanas después de la fecundación).
- d) Fecundación in vitro (FIV): Técnica de Reproducción Asistida (TRA) que involucra fecundación extracorpórea.
- e) Fecundación: penetración de un ovocito por un espermatozoide y la combinación de sus materiales genéticos, lo que resulta en la formación de un cigoto.
- f) Gametos: Células reproductivas producidas en las gónadas o órganos sexuales. En el ser humano, se distingue entre los gametos femeninos (óvulos) y los gametos masculinos (espermatozoides).
- g) Implantación: La unión y subsecuente penetración del blastocisto libre de zona pelúcida usualmente en el endometrio, que comienza 5 a 7 días después de la fecundación.

- h) Infertilidad: enfermedad del sistema reproductivo definida como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegidas.
- i) Técnicas de Reproducción Asistida: tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo. Son de baja complejidad: la inseminación asistida (inseminación artificial) homóloga o heteróloga, las relaciones sexuales dirigidas y la estimulación ovárica. Son de alta complejidad: la fecundación in vitro con óvulos propios o donados, la inyección intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI), la transferencia intratubárica de gametos, la transferencia intratubárica de embriones, entre otros.
- j) Zigoto: célula diploide resultante de la fecundación de un ovocito por un espermatozoide, la cual subsecuentemente se divide para formar un embrión.

Artículo 3°. Ámbito de aplicación

Toda persona mayor de edad que presente algún grado de infertilidad debidamente diagnosticada por la autoridad de salud correspondiente tiene derecho a recurrir a su tratamiento, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida (TERAS) reguladas y autorizadas por el Ministerio de Salud en los términos previstos en la presente Ley.

Artículo 4°. Beneficiarios

4.1 Toda persona mayor de edad que presente algún grado de infertilidad que haga aconsejable el uso de técnicas de reproducción humana asistida con fines de procreación y haya expresado su consentimiento informado, libre, consciente y expreso, tiene derecho a acceder a los procedimientos y técnicas de reproducción humana asistida. El consentimiento es revocable hasta antes de producirse el inicio de la inseminación.

4.2 Los beneficiarios de estos procedimientos deberán someterse a una evaluación médica y psicológica en los centros o servicios de salud públicos o privados correspondientes.

4.3 Todos los datos relativos a la utilización de estas técnicas deberán recogerse en historias clínicas individuales con las debidas garantías de confidencialidad respecto de la identidad de los beneficiarios, los datos y condiciones de los usuarios y de las circunstancias que concurran en el origen de la descendencia.

Artículo 5°. Del consentimiento informado

Las técnicas de reproducción humana asistida sólo pueden practicarse, previo consentimiento informado de los interesados y se realizarán únicamente cuando no



supongan riesgo grave para la salud física y psíquica de la pareja o la posible descendencia.

El consentimiento informado deberá realizarse en formato accesible y comprensible a las personas con discapacidad y se hará mención expresa de los posibles riesgos durante el tratamiento y el embarazo, para la pareja y la descendencia.

Artículo 6°. Donación de gametos y embriones

6.1 La donación de gametos (ovocitos o espermatozoides) y embriones es a título gratuito y de carácter formal, anónima y confidencial entre el donante y el centro de salud público o privado autorizado. Los requisitos para ser donante y procedimiento a realizarse se establecerán vía reglamentaria.

6.2 Un donante de gametos solo está autorizado en donar hasta a un máximo de tres veces al año. Para tal efecto, los donantes deberán consignar en cada donación y en declaración jurada si han realizado otras donaciones anteriores y el centro de salud público o privado en el que se hubieran realizado dichas donaciones.

6.3 No se encuentra permitida la donación de gametos sobrantes no utilizados en la reproducción de pareja para la reproducción de terceros.

Artículo 7°. Crioconservación de gametos y embriones

7.1 Los gametos y embriones podrán crioconservarse con fines únicamente reproductivos, previo consentimiento expreso e informado de los interesados, en los bancos de gametos y/o embriones autorizados para los siguientes fines:

- a. La utilización por la propia mujer o su pareja.
- b. La donación con fines reproductivos.

7.2 El cese de la crioconservación, requerirá del consentimiento informado correspondiente, el cual podrá ser modificado en cualquier momento anterior a su aplicación o durante la vida de quien procede. En el caso de los embriones, cada dos años, como mínimo, se solicitará de la mujer o de la pareja progenitora la renovación o modificación del consentimiento firmado previamente.

7.3 Se prohíbe la comercialización de embriones y de gametos crioconservados.

Artículo 8°. Filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción humana asistida

La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción humana asistida se regulará por las leyes civiles correspondientes.

Los hijos nacidos por la procedencia de los supuestos previstos en el artículo 6° de la presente Ley tienen derecho por sí o por sus representantes legales a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad. Igual derecho corresponde a las receptoras de los gametos y embriones. Sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la



salud del hijo y por mandato judicial, podrá revelarse la identidad de los donantes, lo que no implica en ningún caso determinación legal de la filiación.

Artículo 9°. Gestación por sustitución

9.1 Será nulo de pleno derecho el contrato a título oneroso o gratuito por el cual una mujer renuncia a la filiación del neonato que ha gestado en favor de un contratante o un tercero. A excepción de los casos en que la mujer no pueda gestar en su útero su embarazo debido a enfermedades genéticas o adquiridas, podrá acordar con una persona con el grado de parentesco, afinidad u otro debidamente identificado y de manera altruista, la implantación y gestación del embrión formado por los gametos de la pareja. La incapacidad del embarazo deberá ser diagnosticada por el equipo biomédico tratante.

9.2 El acuerdo deberá ser de carácter gratuito y suscrito por las partes intervinientes.

9.3 La filiación del nacido corresponderá a quienes hayan solicitado y acordado la gestación por sustitución. La filiación materna estará determinada por el aporte del material genético femenino o en su caso por la madre biológica del nacido.

Artículo 10°. De los centros y servicios de reproducción humana asistida

Las técnicas de reproducción humana asistida se realizarán en los centros y servicios públicos o privados de salud habilitados que cumplan con los requisitos que determine la autoridad de salud correspondiente. Dicha autorización especificará las técnicas cuya aplicación se autoriza en cada caso.

Para efectos de la presente ley, los bancos de gametos y/o embriones tendrán la consideración de centros y servicios de reproducción humana asistida.

Artículo 11°. Condiciones de los equipos biomédicos

11.1 Los equipos biomédicos que trabajen en los centros o servicios públicos o privados de salud deberán estar especialmente cualificados para realizar las técnicas de reproducción humana asistida. Las características del equipamiento serán determinadas por la autoridad de salud competente.

11.2 La dirección y el personal que trabaja en los centros o servicios públicos o privados de reproducción humana asistida incurrirán en responsabilidades que se rigen por los Códigos de Ética y normas estatutarias de los Colegios Profesionales correspondientes de acuerdo al artículo 23° de la Ley 26842, Ley General de Salud.

11.3 Sin perjuicio de las acciones civiles o penales a que hubiera lugar, las infracciones a las disposiciones contenidas en la presente Ley y su reglamento, cometidas por los profesionales sanitarios o personal administrativo y los centros de salud públicos o privados respectivos, serán pasibles de las sanciones administrativas que el reglamento de la presente Ley determine.

Artículo 12°. Registro Nacional de los centros y servicios de reproducción humana asistida

12.1 Los centros o establecimientos de salud públicos o privados habilitados para realizar procedimientos y técnicas de reproducción humana asistida deberán estar inscritos en un Registro Nacional a cargo del Ministerio de Salud.

12.2 El Registro Nacional contará con los datos relacionados al número de técnicas y procedimientos de diferente tipo, así como las tasas de éxito en términos reproductivos obtenidas por cada centro con cada técnica.

12.3 Los requisitos y procedimientos para la inscripción al registro se establecerán vía reglamentaria.

Artículo 13°. Registro Nacional de Donantes

El Registro Nacional de Donantes, adscrito al Ministerio de Salud, es aquel registro en el que se inscribirán los donantes de gametos y embriones, con las garantías de confidencialidad de los datos de aquéllos. También se recogerá el número de gametos y embriones crioconservados en cada centro o servicio público o privado de salud.

Por reglamento se establecerá el procedimiento y requisitos para la inscripción al registro.

Artículo 14°. Suministro de información

Los centros o servicios públicos o privados de salud en los que se practiquen técnicas de reproducción humana asistida están obligados a suministrar información clara y precisa sobre su funcionamiento a la autoridad competente. La información deberá ser accesible a los usuarios y beneficiarios de las técnicas para facilitar su comprensión.

Para tal efecto, se debe garantizar los derechos a la intimidad personal y a la protección de los datos personales, con el fin de salvaguardar el derecho a la protección de la salud y la seguridad de las personas.

Artículo 15°. Cobertura

El Ministerio de Salud a través del Seguro Integral de Salud (SIS), el Seguro Social de Salud (ESSALUD) y las empresas privadas de seguro incorporarán como prestación obligatoria la cobertura integral del abordaje, diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo de las siguientes técnicas de reproducción humana asistida: 1) Inseminación artificial; 2) Fecundación in Vitro e inyección intracitoplásmica de espermatozoides con gametos propios o de donante y con transferencia de embriones y; 3) Transferencia intratubárica de gametos.

Queda también comprendida, la crioconservación de gametos y/o embriones.



Artículo 16°. Requisitos para la cobertura

Las técnicas o procedimientos de reproducción asistida comprendidas dentro de los programas integrales de asistencia que deben brindar las entidades públicas y privadas de conformidad con el artículo 15° de la presente ley, deberán requerir para la cobertura que:

- a. Los usuarios o beneficiarios presenten algún grado de infertilidad debidamente diagnosticada que haga aconsejable el uso de las técnicas de reproducción asistida, con independencia de su estado civil. La mujer no deberá ser mayor de 40 años y en el caso de las parejas deberán estar legalmente casadas o en unión de hecho de acuerdo a lo establecido en el artículo 326 ° del Código Civil.
- b. Para la cobertura de las técnicas de reproducción asistida de alta complejidad, la pareja deberá haber sido sometida a las técnicas de reproducción asistida de baja complejidad.

Tendrán prioridad aquellas parejas que aún no hayan tenido hijos.

Artículo 17°. Límites a la cobertura

Una persona o pareja únicamente podrá acceder a un máximo de tres intentos anuales de técnicas de reproducción humana asistida de baja complejidad, con intervalos mínimos de tres meses ente cada uno de ellos, y a un máximo de un intento anual para las técnicas de reproducción humana asistida de alta complejidad. En los casos en que las técnicas de reproducción humana asistida requieran de gametos o embriones donados, estos deberán provenir de los bancos de gametos o embriones debidamente inscritos en el Registro de Nacional de los Centros y Servicios de Reproducción Humana Asistida.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS MODIFICATORIAS

Primera.- Modificación del artículo 7° de la Ley 26842, Ley General de Salud.

Modifícase el artículo 7° de la Ley 26842, Ley General de Salud, con los siguientes términos:

“Artículo 7.- Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, **aun cuando la condición de madre genética y de madre gestante no recaiga sobre la misma persona**. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos.

Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos.”

Segunda.- Incorpórese el artículo 318°-B al Código Penal.

Incorpórese el artículo 318°-B al Código Penal, con los siguientes términos:

“Delito de intermediación onerosa de embriones y gametos crioconservados

Artículo 318°-B.- Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años el que, por lucro y sin observar la ley de la materia, compra, vende, importa o exporta embriones y gametos crioconservados.

Si el agente es un profesional médico o sanitario o funcionario del sector salud, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme al artículo 36° incisos 1, 2, 4, 5 y 8.”

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

PRIMERA.- Autoridad Competente

El Ministerio de Salud es la autoridad nacional competente encargada de proponer y aprobar las medidas necesarias para el cumplimiento de la presente Ley, así como de garantizar el derecho al acceso libre, informado, seguro e igualitario de los beneficiarios a las técnicas reguladas por la presente ley.

Asimismo, conjuntamente con la Superintendencia Nacional de Salud, adoptarán las medidas necesarias para la vigilancia, seguimiento y control de los centros y servicios de reproducción humana asistida y propiciarán su desarrollo en los hospitales públicos y en entidades privadas con la firma de convenios asistenciales para el tratamiento de las técnicas de reproducción humana asistida de baja y alta complejidad.

SEGUNDA. Campañas de difusión y comunicación

El Ministerio de Salud realizará campañas de comunicación, difusión y publicidad sobre las técnicas de reproducción humana asistida a fin de facilitar el acceso de la población a las mismas y proporcionará formación y capacitación sobre los alcances de la presente ley con el objetivo de promover los cuidados de la fertilidad en mujeres y hombres. Igualmente, publicará la lista de los centros de salud públicos y privados distribuidos en el territorio nacional que ofrecen la cobertura de las técnicas de reproducción humana asistida.

TERCERA. Nuevas técnicas de reproducción asistida

Podrán incluirse nuevos procedimientos desarrollados mediante avances técnico-científicos, previa autorización del Ministerio de Salud.

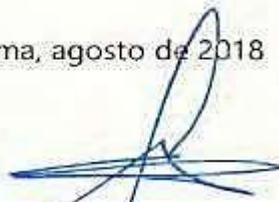
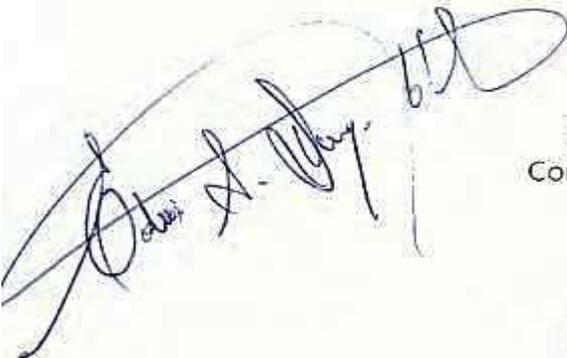
CUARTA.- Reglamentación

El Poder Ejecutivo reglamenta la presente ley en un plazo de noventa (90) días, contados a partir de su vigencia.

QUINTA.- Derogaciones

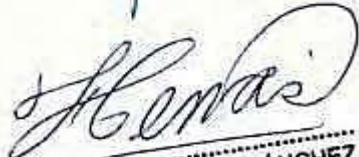
Derógase o déjese sin efecto, según corresponda, las normas que se opongan al contenido de la presente Ley.

Lima, agosto de 2018



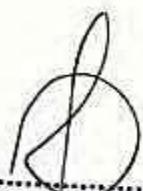
Richard Acuña Nuñez
Congresista de la República




CESAR H. VÁSQUEZ SÁNCHEZ
Directivo Portavoz Titular
Grupo Parlamentario
Alianza Para el Progreso - APP



CONGRESO DE LA REPUBLICA
Lima, de SETIEMBRE del 2018.....
Según la consulta realizada, de conformidad con el
Artículo 77° del Reglamento del Congreso de la
República: pase la Proposición N° 3313 para su
estudio y dictamen, a la(s) Comisión (es) de
SAUD Y POBLACION;
JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS.


JOSÉ ABANTO VALDIVIESO
Oficial Mayor (e)
CONGRESO DE LA REPÚBLICA