REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Universidad Católica de Santa María

Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas

Escuela Profesional de Derecho

TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA HETERÓLOGAS Y EL DERECHO A LA IDENTIDAD DEL MENOR, AREQUIPA 2018

Tesis presentada por la Bachiller

Llerena Pullchs, María Gracia

Para optar el Título Profesional

de Abogada

Asesora: Dra. Amado Mendoza, Ana María

AREQUIPA – PERÚ

2018

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

DICTAMEN

DE : Abogado, Carlos Montes de Oca Valencia

Docente de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas

PARA : Dr. Gabriel Torreblanca Lazo

Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas

ASUNTO : Dictamen de Borrador de Tesis

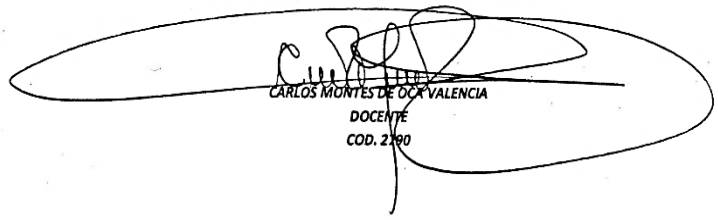
Bachiller – María Gracia Llerena Pullchs

Recibido el borrador de Tesis de la Srta. Bachiller, cuyo enunciado es: **"TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA HETERÓLOGAS Y EL DERECHO A LA IDENTIDAD DEL MENOR, AREQUIPA 2018"**; informo lo siguiente:

- La propuesta planteada responde a una problemática social que merece ser analizada e investigada, permitiendo proponer una alternativa de solución.
- Los objetivos trazados siguen una línea de desarrollo acorde por el problema planteado.
- Las conclusiones, guardan relación con los objetivos trazados, permitiendo advertir coherencia con el trabajo desarrollado.
- De igual manera, advertimos originalidad en el trabajo y resuelve un problema de la sociedad.

Por las consideraciones antes anotadas, soy de OPINIÓN que el borrador de Tesis se encuentra lista para ser sustentado, salvo mejor parecer.

Arequipa, 2018 Septiembre 20



CARLOS MONTES DE OCA VALENCIA
DOCENTE
COD. 2190

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

DICTAMEN

DE: Dr. Mauricio Matos Zegarra
Docente de la Escuela de Derecho
PARA: Dr. Gabriel Torreblanca Lazo
Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCSM
ASUNTO: Dictamen de Borrador de Tesis (Cosmisión)
Bachiller: Llerena Pullchs, María Gracia

Recibido el Borrador de Tesis cuyo enunciado es: LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA HETERÓLOGAS Y EL DERECHO A LA IDENTIDAD DEL MENOR, AREQUIPA, 2018, debo informar lo siguiente:

Se subsanaron las observaciones que en su momento se plantearon en el desarrollo orden y profundidad de cada capítulo, así como la formulación de las conclusiones respectivas y la propuesta, enmarcada en un Proyecto de Ley.

En cuanto a los objetivos, se encuentra la relación entre lo desarrollado y lo fijado en éstos.

Las concclusiones guardan relación con los objetivos y por ende con el desarrollo de la investigación.

La propuesta responde a la problemática planteada por la interesada para el desarrollo de su investigación.

Por lo que soy de la opinión que el Borrador puede pasar a ser sustentado, salvo mejor parecer.

Arequipa, 12 de septiembre 2018

Dr. Mauricio Matos Zegarra

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

A mis queridos padres,

Mi Carlita, de quien aprendí que vale la pena luchar por lo que realmente quieres en esta vida, a pesar de los obstáculos y el qué dirán;

Mi Carlitos, quien me enseñó el valor de la vida profesional y a ser perseverante en ello.

A mi abuelito Manuel, él siempre quiso que fuera abogada.

A todos mis hermanos,

Diego, Luanna, Alejandro, Andrea y Daniela, para que encuentren su camino y luchen por sus sueños.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Al final, el que un niño sea propio o no, está determinado simplemente por la forma de sentir de un padre, independientemente, de dónde o cómo tuvo lugar la diferenciación de gametos o el desarrollo fetal

Lee M. Silver

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Introducción

En la actualidad y gracias a los avances de la tecnología, asuntos que se veían lejanos y complicados, hoy son realidad, tal es el caso de las técnicas de reproducción humana asistida, que traen consigo beneficios inimaginables en tiempos remotos, como el superar la condición de infertilidad de personas y/o parejas que día a día son diagnosticadas con esta anomalía que no solo supone una incapacidad en el sistema reproductivo, sino también penosas consecuencias psicológicas que en ocasiones no les permiten vivir su vida a plenitud.

Así como la aplicación de estas técnicas trae consigo beneficios y aumenta la calidad de vida de las personas que se someten a estas, también supone la aparición de situaciones conflictivas tanto en el ámbito bioético como jurídico, siendo entonces que el crear nuevas relaciones jurídicas, también conlleva el surgimiento de conflictos jurídicos que merecen atención del Derecho mediante una adecuada regulación; puesto que de nada sirve tener una norma obsoleta, incompleta, ambigua, imprecisa, que en vez de alivianar dicha situación, la hacen más caótica y se presta a interpretaciones erróneas, tal es el caso del artículo 7° de la Ley General de Salud, que es la única que pretende enmarcar todo el mundo de la reproducción asistida, lo cual resulta ilógico y absurdo.

Asimismo, la presente investigación pretende analizar la actual aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida heterólogas, es decir en la que interviene un tercero como donante de gametos, para permitir la concepción en una pareja en la que uno o ambos sufre de infertilidad severa, por lo tanto sus gametos no cumplen con su primordial función que es la fecundación; desde la

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

perspectiva del derecho a la identidad del menor y a conocer a sus padres biológicos.

En el primer capítulo se estudiarán los alcances generales de las técnicas de reproducción humana asistida, empezando por analizar el derecho del cual se desprenden, el reproductivo, explicando en qué consiste el mismo, sus implicancias en el Perú; por otro lado se definirá a la infertilidad como una enfermedad y un problema de salud público que merece la debida atención del Estado, seguidamente se expondrá cómo y desde cuándo surgieron este tipo de técnicas, asimismo su clasificación, y su aplicación en el Perú; para luego pasar a analizar la legislación comparada, del Continente europeo, Latinoamérica y Norteamérica, la cual en algunos casos se encuentra mucho más desarrollado este tema y se puede tomar como referencia para un propuesta legislativa en el Perú.

En el segundo capítulo, después de haber analizado las técnicas de reproducción humana asistida, se procederá a desarrollar de lleno los conflictos que se suscitan al momento de aplicar las heterólogas y cómo es que afectan al derecho de familia peruano, comenzando por estudiar el concepto de familia y el tratamiento constitucional de esta, seguidamente se empezará a detallar y analizar todos aquellos derechos conexos que se desprenden de los derechos reproductivos de los padres intencionales que sufren de infertilidad severa, motivo por el cual buscan una donación de gametos, desvirtuando así la premisa que reza que estas personas al acudir a estas técnicas, lo hacen para consentir un capricho y no para tratar una enfermedad. Posteriormente se analizarán los derechos de los niños nacidos bajo esta técnica, con mayor enfoque a su identidad y a conocer a sus padres biológicos, analizando de esta

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

manera la identidad en todas sus vertientes e implicancias, además de estudiar las figuras del derecho de familia de filiación e impugnación de paternidad y como es que estas deben llevarse a cabo, figuras que se ven comprometidas en la aplicación de las TERAS heterólogas y por lo tanto en la identidad del menor.

Para llegar al tercer capítulo en el cual se evidenciará que la aplicación de este tipo de técnica, sobre todo en un Estado que no posee regulación, presupone un conflicto entre ambos derechos, entonces ¿Es o no constitucional la aplicación de la donación de gametos?, ¿Qué grado de afectación sufren los derechos mencionados?, ¿Cuál de ellos merece una mayor intervención por parte del Estado?, ¿Es posible que dentro de la aplicación de estas técnicas se puedan ejercer y resguardar ambos derechos?, para poder responder de manera acertada a dichos cuestionamientos es menester aplicar el test de ponderación propuesto por el Tribunal Constitucional, para así determinar cuál de los derechos merece una mayor intervención, puesto que su grado de afectación es mayor, llegando a la conclusión de si la medida propuesta, que es la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida con donación de gametos es constitucional o no. Además de realizar una armonización entre ambos derechos, sopesándolos, no sugiriendo que uno es más importante que el otro y en aplicación de interés superior del niño, tomar una decisión al respecto.

Finalmente se elaborarán las conclusiones y la respectiva propuesta normativa, después de haber investigado exhaustivamente el problema planteado, viendo de esta manera si la hipótesis sugerida se cumple o no y qué medidas tomar al respecto, las cuales estarán plasmadas en la propuesta que

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

al final de este trabajo se anexará, la cual promete ser el punto de partida para la elaboración y aprobación de una adecuada regulación para el procedimiento de donación de gametos, para así respetar los derechos de las personas que están involucradas en el mencionado, asimismo adecuar la norma a los avances científicos que traen beneficios y calidad de vida a los seres humanos.

La Autora

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Resumen

Las técnicas de reproducción humana asistida heterólogas, traen consigo grandes beneficios que lidian con la infertilidad y consienten el ejercicio de una serie de derechos, sin embargo, su aplicación actual en el Perú trae consigo un sinfín de conflictos jurídicos que no hayan una norma reguladora a la cual acogerse; como son la vulneración de derechos fundamentales, primordialmente el derecho a la identidad del menor y a conocer a sus padres biológicos, siendo entonces de relevancia jurídica analizar estos problemas suscitados por la falta de regulación específica, asimismo analizar la constitucionalidad en la actual aplicación de estas técnicas, que deja notar un enfrentamiento de derechos, los pertenecientes a los padres y el de los menores nacidos bajo la donación de gametos, mediante el test de ponderación propuesto por el Tribunal Constitucional; para finalmente proponer una normatividad adecuada que regule este procedimiento y ampare los derechos de las personas que intervengan en él.

Palabras clave

Reproducción asistida / identidad / test de ponderación

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Abstract

The techniques of human reproduction assisted heterologous, bring great benefits that dealing with infertility and they consent to the exercise of a series of rights, however, your current application in the Perú brings with it a host of legal disputes which do not have a regulatory law from which benefit; as the violation of fundamental rights, are primarily the right to the identity of the child and to know his biological parents, then still of legal significance to analyze these problems brought about by the lack of specific regulations, also analyze the constitutionality in the current application of these techniques, that leaves note a rights conflict, belonging to the parents and the children born under the donation of gametes, using the test of weighting proposed by the Constitutional Court; to finally propose adequate norms that regulate this procedure and protects the rights of persons involved in it.

Keyboards

Reproductive assisted / identity /test of weighting

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Índice General

Introducción

Resumen

Abstract

Capítulo I 1

I. Alcances de las técnicas de reproducción humana asistida 1

1. Derechos reproductivos: 1

2. Derechos reproductivos en el Perú 5

3. ¿Es la infertilidad una enfermedad? 12

3.1 Principales causas de la infertilidad 17

3.1.1 Infertilidad femenina 17

3.1.2 Infertilidad masculina 19

3.1.3 Infertilidad inexplicada 19

3.2 Consecuencias psicológicas de la infertilidad 20

4. Las técnicas de reproducción humana asistida: 23

4.1 Antecedentes históricos: 25

4.2 Concepto: 27

4.3 Clasificación de las técnicas de reproducción humana asistida 29

4.3.1 TERAS intracorpóreas 30

4.3.2 TERAS extracorpóreas 31

4.3.3 Técnicas de reproducción humana homólogas 35

4.3.4 Técnicas de reproducción humana heterólogas 36

5. Aplicación de las TERAS en el Perú 38

5.1 Tratamientos existentes 41

5.1.1 Tratamientos de baja complejidad 41

5.1.2 Tratamientos de alta complejidad 41

5.1.3 Tratamientos con donación de gametos 42

5.1.4 Tratamientos para preservar la fertilidad 42

5.1.5 Criopreservación de embriones y espermatozoides 43

5.2 Cómo se lleva a cabo el procedimiento regular 43

5.4 Las técnicas de reproducción humana asistida desde un punto de vista científico y jurídico 46

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

5.4.1 Vacío legal que afronta la aplicación de las técnicas de Reproducción Humana asistida 49

5.4.1 Licitud de las técnicas de reproducción humana asistida 52

6. Una mirada a la legislación comparada 54

6.1 Las técnicas de reproducción humana asistida en Europa 54

6.2 Las técnicas de reproducción humana asistida en américa latina 57

6.2.1 Red Latinoamericana de Reproducción Asistida 60

6.2.2 Registro Latinoamericano de Reproducción Asistida 60

6.3 Las técnicas de reproducción humana asistida en América del norte 61

6.4 El anonimato en la donación de gametos 64

6.4.1 España 65

6.4.2 Suecia 67

6.4.3 Estados unidos 68

Capítulo II 73

II. Implicancias de la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida heterólogas y su repercusión en la identidad del menor 73

1. Derecho de familia 73

2. Protección constitucional de la familia 77

3. ¿Derecho a los hijos o derecho de los hijos? 81

3.1 Derechos fundamentales de los padres intencionales que se derivan de la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida 86

3.1.1 Derecho a gozar del más alto grado de salud sexual y reproductiva 86

3.1.2 Derecho a beneficiarse del avance tecnológico y científico 88

3.1.3 Derecho a la autonomía personal y reproductiva 92

3.1.4 Derecho a la libertad sexual y reproductiva 94

3.1.5 Derecho a la integridad física y psicológica 95

3.1.6 Derecho al libre desarrollo de la personalidad 97

3.1.7 Derecho a la intimidad personal y familiar 99

3.1.8 Derecho a la libertad de fundar una familia 102

4. ¿Las técnicas de reproducción humana asistida suplen una enfermedad o consienten un capricho de los padres intencionales? 104

4.1 ¿Qué enfermedad se pretende suplir? 109

4.1.1 Caso Artavia Murillo Y Otros (“Fecundación In Vitro”) Vs. Costa Rica 109

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

4.2 Obligación del Estado frente a los tratamientos de infertilidad 111

4.3 Problemas de fertilidad graves y la necesidad de un donante de material genético..... 115

4.3.1 Caso S.H. y Otros contra Austria, 2010 TEDH 2010/56 118

5. Conflictos jurídicos suscitados a consecuencia de la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida heterólogas con respecto a los intereses del menor..... 121

5.1 Derecho a la identidad del menor nacido bajo técnicas de reproducción humana asistida heterólogas..... 128

5.1.1 Normas internacionales que protegen el derecho a la identidad del menor..... 133

5.1.2 La identidad estática..... 135

5.1.3 La identidad dinámica..... 136

5.1.4 La identidad personal 138

5.1.5 La identidad biológica..... 141

5.1.6 Derecho del menor a conocer a sus padres biológicos 143

5.1.7 Postura psicológica 147

5.1.7.1 ¿Es perjudicial para el menor no ser criado por sus padres biológicos?..... 147

5.1.7.2 ¿Qué sucede si se opta por no contarle al menor acerca de su verdadero origen?..... 149

5.1.7.3 ¿Cómo y cuándo contarle al menor acerca de su origen? 151

5.1.8 El Registro Nacional e Individual de donantes y la identidad del menor..... 156

5.2 La filiación del menor 162

5.2.1 Voluntad Procreacional: Paternidad resultante de un acto voluntario 166

5.3 La impugnación de paternidad y reconocimiento..... 173

5.3.1 Jurisprudencia sobre técnicas de reproducción humana asistida heterólogas que vulneran la identidad del menor 176

Capítulo III..... 188

III. Test de ponderación: ¿qué derecho prevalece?..... 188

1. Derecho a ser padre vs derecho a la identidad del menor..... 188

1.1 Postura jurídica..... 188

1.1.1 ¿Existe realmente un derecho a ser padre o al hijo? 188

1.1.2 Principio del interés superior del niño..... 192

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

1.1.3 ¿Pueden coexistir en un mismo contexto el derecho a ser padre con el derecho a la identidad del menor? 198

2. Test de ponderación de derechos..... 200

2.1 Visión conflictivista de los derechos fundamentales 200

2.1.1 La jerarquización de derechos fundamentales 201

2.1.2 Test de ponderación de derechos fundamentales..... 202

2.2 Realización del test de ponderación 209

2.2.1 Elementos estructurales del test de ponderación: 213

3. Perspectiva del autor – Resultados 224

Conclusiones..... 234

Propuesta normativa para regular la donación de gametos..... 237

Bibliografía 252

Anexos.....277

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Capítulo I

I. Alcances de las técnicas de reproducción humana asistida

1. Derechos reproductivos:

Para hablar de este tema, se debe partir del derecho a la salud, puesto que esta tiene una vital importancia para todos los seres humanos, ya que el no poseerla conlleva a que muchos otros derechos no puedan ser satisfechos de una manera adecuada, tales como trabajar, estudiar, criar a los hijos, etc. Es decir que, el no tener una salud óptima, que no solo implica no padecer una enfermedad, sino también estar bien psíquicamente y socialmente, no permitirá al individuo vivir una vida plena que va íntimamente ligado con la dignidad humana.

(Rene, 1956), afirma: "La Salud es un estado físico y mental razonablemente libre de incomodidad y dolor, que permite a la persona en cuestión funcionar efectivamente por el más largo tiempo posible en el ambiente donde por elección está ubicado".

"Estado de bienestar físico, mental y social junto con la ausencia de enfermedad u otra patología. No es un estado estático; el cambio constante y la adaptación al estrés dan lugar a la homeostasis." (Diccionario de Medicina, 2001) Esta condición presupone que el organismo siempre se mantendrá estable compensando los cambios de su entorno, en palabras de Walter B. Cannon (1932) en su investigación titulada “La sabiduría del cuerpo” señaló

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

que la homeostasis es “el conjunto de procesos fisiológicos coordinados, de los cuales resulta el mantenimiento de la estabilidad funcional […]” (Aréchiga, 2000, p. 10)

Dentro del amplio territorio de la salud, está el derecho a la salud sexual y reproductiva que conlleva una elección libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento entre los hijos que un individuo desea tener; también implica que una persona pueda gozar de la más alta calidad en lo que respecta a su salud sexual y reproductiva. Además de poder decidir todo lo que concierne a la reproducción libre de discriminación, coerción y violencia (Pérez Balladares, 1998, p. 17), que indiscutiblemente no solo afecta el derecho aquí descrito sino además otros constitucionalmente reconocidos.

Para entender mejor que son los derechos reproductivos, se debe tener clara la idea de que no es solo un derecho si no que de este se desprenden un sinnúmero de ellos; habría que dividirlo en dos partes, la primera sería todo lo relacionado con el derecho a la procreación, lo que erróneamente se conoce como derecho al hijo, lo que garantiza que una persona pueda elegir si tendrá o no descendencia, cuántos serán y el espaciamiento ente ellos, asimismo el acceso a la técnicas de reproducción asistidas de ser el caso; y la segunda parte es todo lo que proviene del derecho a gozar de una buena salud sexual y reproductiva lo que implica que se pueda acceder a los establecimientos de salud para diagnosticar, tratar o prevenir cualquier situación que menoscabe

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

esta rama de la salud del sistema reproductivo, como la infertilidad; ambos derechos se basan en la libre elección informada y la no discriminación.

De los derechos reproductivos como ya se ha mencionado se desprenden muchos otros conexos, que van de la mano con su principal pilar que es la salud reproductiva y todas las decisiones que de ella se desglosan. Entonces además de los que ya fueron descritos en los párrafos anteriores también se tiene el derecho a la procreación, a fundar una familia, a gozar de los beneficios de la tecnología, a la libertad sexual y reproductiva, a la integridad física y psicológica, a su autonomía personal y sexual, a la intimidad personal y familiar, al libre desarrollo de la personalidad, el derecho a estar siempre informados, pero que dicha información sea clara, precisa y que pueda ser obtenida de manera rápida y sencilla, para que los individuos puedan tomar decisiones acertadas acerca de su sexualidad, entre otros que están consagrados tanto en la Constitución Política, en la declaración universal de derechos humanos, entre otras normas internacionales.

Siendo entonces de suma importancia contar con establecimientos de salud que posean un área especializada en la que se pueda obtener información y orientación acerca de sus derechos sexuales y sus implicancias; además de todos los tratamientos necesarios para combatir todas aquellas situaciones que se puedan dar respecto de este tema, como son la infertilidad, enfermedades

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

de transmisión sexual y todas aquellas circunstancias que afecten la salud sexual y reproductiva.

También este derecho reproductivo implica que exista una autoridad competente que pueda resolver de manera óptima todos aquellos conflictos que se suscitan respecto de este tema, como son el abuso o agresión sexual y también la violencia familiar.

En palabras de (Varsi Rospigliosi, 2001, pág. 143) en su obra “Derecho Médico”, los derechos reproductivos implican lo siguiente:

- Gozar de una alta calidad en lo que concierne a salud física y mental;
- Acceder a programas públicos de salud reproductiva y planificación familiar, en equidad e igualdad de género;
- Que al momento de ser atendidos por un centro sanitario para tratar la salud sexual y reproductiva, no se padezca de ningún tipo de coacción;
- Tener la libertad de decidir cuántos descendientes tener y el espaciamiento entre, de forma libre, responsable e informada;
- Finalmente, que todos lo mencionado líneas arriba sea cumplido con diligencia por parte de las entidades competentes, públicas o privadas.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

2. Derechos reproductivos en el Perú

La Constitución Política no reconoce de una manera expresa los derechos reproductivos, sin embargo, establece un listado de derechos fundamentales que son conexos a estos; tales como el derecho a la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad, además del derecho a la vida, a la salud, a la integridad física y mental, a la libertad de conciencia, a la libertad de información, a la intimidad tanto familiar como personal, entre otros. Asimismo en el artículo 6° señala "*La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir. En tal sentido, el Estado asegura los programas de educación y la información adecuados y el acceso a los medios, que no afecten la vida o la salud"* (Llaja Villena, 2010, pág. 8)

Asimismo LLaja (2010) menciona que existe la Ley 28983 "Ley de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres" del 16 de marzo del 2007 la cual es la única que reconoce y protege los derechos reproductivos y sexuales, señalándose en ella las obligaciones del Poder Ejecutivo, gobiernos regionales y locales de adoptar políticas, planes y programas para garantizar el derecho a la salud; es así que en el artículo 6 incisos I y J se hace hincapié a *"Garantizar el derecho a la salud en cuanto a la disponibilidad, calidad, aceptabilidad y accesibilidad a los servicios, con especial énfasis en la vigencia de los derechos sexuales y reproductivos, la prevención del embarazo adolescente, y en particular el derecho a la maternidad segura."* Del mismo modo la norma

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

también establece que éstos tienen la obligación de "*Garantizar que los programas de salud den cobertura integral a la población en situación de extrema pobreza y pobreza, en los riesgos de enfermedad y maternidad, sin discriminación alguna, de acuerdo a ley" (p.8)*

Por otro lado dentro de las normas administrativas se encuentra "La Norma técnica de planificación familiar"(p.9), la cual tiene como fin principal instituir toda clase de políticas para lograr un manejo de calidad en los programas de planificación familiar por parte del MINSA, ayudando así a los usuarios alcanzar sus ideales reproductivos, teniendo presente el respeto por los derechos humanos, promoviendo de esta manera la equidad e igualdad entre hombre y mujeres, dando calidad de vida personal y familiar, la misma desarrolla los derechos reproductivos, los cuales son señalados de la siguiente manera:

> "Toda persona tiene derecho a: Disfrutar del más alto nivel posible de salud física, mental y social que le permitan disfrutar de su sexualidad; a decidir libre y responsablemente el número y el espaciamiento de sus hijos y disponer de la información, la educación y los medios necesarios para poder hacerlo; tener acceso, en condiciones de igualdad, sin discriminación por edad, opción sexual, estado civil entre otros, a los servicios de atención que incluyan la Salud Reproductiva y Planificación Familiar; tener acceso a una amplia gama de métodos anticonceptivos para poder realizar una elección libre y voluntaria; tener acceso a servicios de calidad en salud sexual y reproductiva; a que las

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

> instituciones de salud, velen porque se cumplan estos principios en todas las fases de la atención; a ser atendidos en Salud Reproductiva sin ningún tipo de coacción.” (p.9)

Por otro lado Llaja (2010-p.3) también indica que el Estado peruano ha suscrito un sinnúmero de tratados internacionales para proteger los derechos fundamentales, entre los que se encuentra la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer (CEDAW), siendo este tratado una norma vinculante con rango constitucional. La CEDAW otorga una serie de herramientas útiles para identificar los estándares mínimos que debe seguir el Estado para resguardar los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres.

El (MINSA) Señala que la salud sexual y reproductiva se encuentran vinculadas y son interdependientes, por ello se pueden definir como “el estado general de bienestar físico, mental y social de las personas y no la mera ausencia de enfermedades o dolencias, en la esfera sexual y reproductiva.” Asimismo la salud reproductiva implica que todas la personas puedan vivir su sexualidad de forma libre, segura y satisfactoria, pudiendo decidir de forma libre todo lo concerniente a esta actividad; siempre y cuando sea de una manera responsable y respetando los derechos fundamentales de los demás, asumiendo las responsabilidades que el acto conlleva; siendo entonces la

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

sexualidad una parte importante en la salud sexual y reproductiva de los individuos.

> "La atención a la salud sexual y reproductiva es el conjunto de métodos, técnicas y servicios promocionales, preventivos, recuperativos y rehabilitadores, que contribuyen a la salud y al bienestar sexual y reproductivo de las personas de acuerdo con sus necesidades cambiantes en cada etapa de la vida. La calidad de vida y la salud de las personas están en gran medida influenciadas por sus conductas y comportamientos en la esfera sexual y reproductiva, por lo tanto la salud sexual y reproductiva constituye un elemento clave para mejorar la calidad de vida de las personas." (MINSA)

En el Perú, si bien es cierto se tiene acceso a todo lo detallado líneas arriba, no se puede decir que el mencionado servicio es óptimo o de calidad, ya que muchas veces, el acudir a dichos establecimientos, no es nada fácil, ya sea por las largas colas, la pésima atención y todos los obstáculos que se presentan, también tomando en cuenta que a muchos peruanos se les hace muy difícil visitar las clínicas privadas gracias a sus altas tarifas o contratar un abogado privado que pueda resolver sus problemas de manera eficiente.

Otras de las principales razones de porque es complicado el poder validar el derecho reproductivo y que en opinión de muchos es la más importante, es la falta de educación, ya que en muchas ocasiones se ha visto que los

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

conocimientos acerca de la sexualidad humana y todo lo que esta conlleva, es insuficiente, además que es un tema tabú en las instituciones educativas que prefieren no ampliarlo demasiado, situación que definitivamente es errónea y perjudicial, además de vulneradora del derecho reproductivo, puesto que al suprimirlo, limitan el poder de decisión de los individuos sobre su vida sexual.; entonces se puede ver que el Estado no se esmera en hacer respetar el derecho a la salud sexual y reproductiva de sus habitantes, además de muchos otros, pero que no son materia de esta investigación.

El derecho a la libertad reproductiva en palabras de Paula Siverino Bavio, nos explica que cumple tres funciones diferenciales que se complementan entre sí: “información, prevención y planificación” además nos dice que estas deben ser dadas de forma óptima por el Estado, mediante planes de trabajo y políticas que sean adecuadas y eficientes, para que puedan garantizar a toda la población el acceso y goce de este derecho, lo que significa que todas las personas puedan, sea cual sea las condiciones económicas en las que se encuentren, tener acceso a estos planes (Siverino Bavio, 2012, p. 305)

Al momento de tomar una decisión acerca de nuestra sexualidad, como primer número se debe estar lo suficientemente informado, para que la elección sea la más adecuada, ya sea a través de afiches, volantes, revistas, campañas, números telefónicos de consulta; que, el organismo competente, en este caso

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

el MINSA (Ministerio de Salud), debe proveer de manera eficiente, tarea que viene desarrollando de manera apropiada, pero al parecer insuficiente.

En segundo lugar está la prevención, que consiste en tomar medidas para poder evitar una situación negativa, según (Goldston, 1977) afirma que "la prevención constituye un conjunto de actividades dirigidas específicamente a identificar los grupos vulnerables de alto riesgo y para los que pueden emprenderse medidas con el objetivo de evitar el comienzo de problema." Se podría decir que si una persona está adecuadamente informada, está prevenida. Pero no basta solo la información, también se necesitan otros instrumentos para poder prevenir embarazos no deseados, enfermedades de transmisión sexual, violencia familiar, etc. Y además que oriente acerca de métodos anticonceptivos adecuados para cada individuo, también que permita planificar cuántos hijos desean tener o, en el caso de no poder tenerlos a que métodos pueden acudir para poder llegar a concebir. Esta labor le pertenece a los Centros de Planificación Familiar.

Planificar significa elaborar un plan, un proyecto, el cual debe ser seguido minuciosamente, ya que permite realizar una actividad de manera adecuada y conforme a la meta que se desea; en palabras de (Cortés, 1998) "Es el proceso de definir el curso de acción y los procedimientos requeridos para alcanzar los objetivos y metas. El plan establece lo que hay que hacer para llegar al estado final deseado." Esta función la cumple los centros de

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Planificación Familiar; entonces una persona o una pareja puede acudir a este lugar para poder ser orientados acerca de su salud sexual y reproductiva, también sobre las decisiones que tome en lo que respecta a su sexualidad y en este punto es en el que se condensan las tres funciones, a pesar de ser diferentes, como se ha notado, al final están intrínsecamente enlazadas, ya que una no resulta sin la otra, creando una armonía que permite el acceso y goce de los derechos reproductivos de las personas.

Todas las políticas utilizadas por el Estado se centran en prevenir embarazos no deseados, reducir la tasa de mortalidad de las madres gestantes, prevenir las enfermedades de transmisión sexual, en especial el VIH, promover una sexualidad sana sin violencia ni discriminación, orientar a las personas al momento de la planificación familiar, los métodos anticonceptivos; mas poco se ha oído hablar acerca de las técnicas de reproducción humana asistida, si bien es cierto se han implementado algunos servicios por parte del Ministerio de salud mediante el Seguro Integral de Salud para poder concebir, que consisten en una serie de evaluaciones pre-embarazo para preparar a la futura madre, sin embargo, esto no promete una fecundación exitosa si se tienen problemas de infertilidad.

El derecho reproductivo como se ha reiterado consiste en tener la libre elección de poder ser padres o no, también de gozar el más alto grado de salud sexual y reproductiva; entonces que sucede cuando una pareja desea concebir

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

y por diversos motivos le es complicado hacerlo; ¿qué papel toma el Estado en este caso? Existe algún método, alguna campaña realizada por Estado, mediante el MINSA que se encargue de solucionar los problemas de fertilidad, la respuesta es no, en consecuencia ¿qué es lo que hace aquella pareja? Se dirige a una clínica privada especialista en TERAS, porque lamentablemente en nuestro país, en la mayoría de casos lo privado es mejor que lo estatal y gastan un elevado capital para poder cumplir su sueño de ser padres. Sin embargo, viéndolo desde otra perspectiva, las parejas que no poseen los recursos para poder invertir en un tratamiento en una clínica privada, simplemente ven lejano e imposible aquel sueño, vulnerándose su derecho reproductivo en todo el sentido de la palabra.

Varsi (2013) explica:

> "Los cambios sociales y el desarrollo biotecnológico han determinado el desplazamiento de los clásicos derechos de la persona, así como la aparición de nuevos derechos. Este fenómeno se debe a que el ámbito de protección jurídica se ha mostrado insuficiente en ciertos casos. Así, tenemos entre otros: (…) Derechos Reproductivos, se dividen en los negativos (la no procreación, legitimando los métodos de planificación familiar) y los positivos (atendiendo a la aplicación de procesos asistidos para tener descendencia)" (Varsi Rospigliosi, 2013, p. 398)

3. ¿Es la infertilidad una enfermedad?

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Pabón (2017) afirma:

> "La salud reproductiva es un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia." (Pabón, 2017, p. 176)

Teniendo en cuenta que la salud reproductiva no es solo estar libre de enfermedades, sino que también implica gozar un estado de bienestar mental y social, que permita que una persona se desenvuelva de manera normal, se puede concluir que la infertilidad es un mal que no solo ataca nuestra salud física, sino que en contadas ocasiones dificulta a las personas el poder desarrollarse personalmente, según sus creencias y convicciones; por lo que se le debe dar la debida importancia, porque se está hablando de dignidad humana.

La Organización Mundial de la Salud (OMS) en el año 2009 define a la infertilidad como una enfermedad, explica que "se trata de una enfermedad del sistema reproductivo definida como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegidas."

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Lógicamente la infertilidad trae efectos negativos en el ámbito mental y social de las personas que la padecen, como son la depresión, miedo a quedarse solos en la vejez, sentimientos de culpa, la presión social también juega un rol importante en este padecimiento; tales son las consecuencias que inclusive puede llegar a convertirse en suicidio. Teniendo esta premisa, es deber del Estado tomar cartas en el asunto, no solo en papel, como lo ha venido haciendo.

En una evaluación realizada por la (OMS) basada en 277 encuestas realizadas a 190 países de todo el mundo. En las parejas analizadas, las mujeres estaban en edad fértil, tenían entre 20 y 44 años, se concluyó que "en el mundo hay casi 50 millones de parejas infértiles", según indica un informe reciente de la Organización Mundial de la Salud (OMS) en donde se concluye que la infertilidad es un problema de salud público, el cual no ha variado en los últimos veinte años. (InvitroTV, 2013)

La (OMS) también estima que "más del 10% de mujeres en el mundo son infértiles, ya que después de mantener relaciones estables por años, han intentado concebir sin tener resultados positivos, lo que trae como consecuencia depresión." Las parejas que desean concebir y no pueden lograrlo, claramente puede notarse que están siendo desatendidas en un aspecto importante en la vida del ser humano, el poder tener descendencia y gozar de una alta calidad de salud reproductiva, además no se puede considerar a una persona sana respecto a este módulo de la salud si es que

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

sufre una anomalía en su sistema reproductor que no le permite concebir, es por ello que la OMS advierte que la infertilidad es una enfermedad que conlleva a una discapacidad, la cual debe ser atendida por los diferentes Estados, al tratarse de un tema que afecta una cantidad importante de población en el mundo, trayendo consecuencias críticas para las personas que la padecen, sobretodo en personas o parejas de bajos recursos, los cuales se encuentran imposibilitados de poder acceder a los beneficios de la tecnología en la medicina reproductiva, sin embargo esta crece a pasos agigantados y se desarrolla velozmente, lo que ocasiona que lo precios vayan acomodándose de acuerdo a la economía de las poblaciones.

En efecto, para la (OMS) tratar la infertilidad como una enfermedad que debe ser tomada en cuenta como un problema social de salud pública mundial por parte del Gobierno, traería diversos beneficios para dicha condición como que exista un mayor énfasis en soluciones innovadoras, seguras y rentables y también la implementación e integración del acceso al diagnóstico, manejo y tratamiento de la infertilidad, además también puede traer como consecuencia, encontrar innovaciones para nuevos métodos anticonceptivos, ayudara resolver problemas de aborto espontáneo, ayudar a abordar las complicaciones asociadas con el nacimiento prematuro u otros complicaciones neonatales.

La infertilidad como una carencia, puede traer consecuencias negativas en lo que respecta al desarrollo del ser humano, aunque no signifique un riesgo vital

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

en la salud o integridad física de aquel, por lo que la infertilidad como una incapacidad repercute negativamente en el desarrollo de la persona en distintos aspectos de su vida. (Jones, 1993)

La Ley General de la salud (Ley Nº 26842) indica en su artículo nº 7:

"Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos.

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

En efecto, esta ley permite que toda aquella persona que padezca de infertilidad pueda beneficiarse del progreso científico, es decir de las técnicas de reproducción humana asistida, siendo esta la única salida para poder satisfacer su derecho a ser padres, la cual si bien es cierto, trae consecuencias positivas, las negativas no se tardan en notar, sobre todo las situaciones jurídicas, conflicto de derechos entre "el de ser padre y el de la identidad del menor" que conlleva y que necesitan urgentemente una aclaración para que partir de ello pueda postularse una adecuada regulación que permita una

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

armonía entre la tecnología y el derecho, puesto que el mencionado artículo es insuficiente para alcanzar todos los aspectos de las TERAS.

3.1 Principales causas de la infertilidad

Según la información brindada por la clínica de fertilidad “Concebir” en su página web (Concebir, 2017)

3.1.1 Infertilidad femenina

Existen cinco factores principales que determinan la infertilidad en una mujer

Factor ovárico: La infertilidad se da por un problema en los ovarios, cuya razón principal podría radicar en la edad de la mujer o en su reserva ovárica que puede no ser la adecuada, ya sea por una disminución de estos o por la menopausia. Otra razón son los ovarios poliquísticos que no permiten una adecuada producción de óvulos.

Factor uterino: Cuando el útero de la mujer no se encuentra en un estado adecuado para poder llevar un embarazo, ya sea por miomatosis, que es la aparición de tumores benignos, pero que complican la concepción y el parto; o por malformaciones. (Sepúlveda y Alarcón, 2016, p. 49)

Factor tubárico: Cuando la infertilidad se explica por inconvenientes en las trompas de Falopio a consecuencia de una obstrucción, lo que es conocido

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

como Hidrosalpinx que consiste en una alteración que presentan las trompas, debido a que se encuentran bloqueadas y dilatadas, gracias a una acumulación de líquido en su interior. (Lorente, 2014, p. 1)

Brugo (2003) afirma:

> "Las funciones de las trompas de Falopio están íntimamente ligadas a la integridad del epitelio ciliado responsable de la captación de ovocitos. La fertilización tiene lugar en el extremo externo de la sección ampular. Las trompas también participan en el desarrollo temprano del embrión y en su transporte a la cavidad uterina. Por consiguiente, cualquier alteración anatómica o funcional de las trompas está asociada con infertilidad." (Brugo-Olmedo, 2003, p. 234)

Factor peritoneal: La infertilidad se debe a condiciones o anomalías que se presentan en el peritoneo, las cuales pueden ser adherencias en las paredes del peritoneo o endometriosis que en palabras del doctor (Gotti, 2005, p. 2) es la "Presencia de focos de endometrio ectópico (glándulas y estroma) fuera de la cavidad uterina."

Factor cervical: "Cuando el problema de infertilidad se haya en el cuello del útero, esta causa abarca menos de 5% de los casos." (Concebir, 2017)

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

3.1.2 Infertilidad masculina

En lo que respecta a los varones, las causas más comunes se deben a la oligospermia y la azoospermia que se definen de la siguiente manera “cuando hay menos de 5 millones de espermatozoides por ml, lo que significa que hay una producción baja de células espermáticas y azoospermia cuando no hay espermatozoides en una muestra de semen centrifugada.” (Serrano y Rojas, 2003, p. 50)

Otro factor vendría a ser la alteración en la movilidad o en la forma de los espermatozoides. También se da el caso en el que la infertilidad es causada por una enfermedad llevada en los genes o una disfunción cromosómica. Por otro lado, los factores externos son los que pueden causarla, tales como la toma de medicamentos y el consumo de tabaco, alcohol o estupefacientes entre otras sustancias que podrían derivar un problema de fertilidad.

3.1.3 Infertilidad inexplicada

Esta se da cuando a pesar de haberse realizado todos los estudios de diagnósticos pertinentes no es posible encontrar una causa que la genere, lo cual por cierto genera desasosiego en las parejas. El cuerpo y su funcionamiento a veces no tienen explicación, lo que en este caso se recomienda es que se realice un tratamiento de inseminación intrauterina o fecundación in vitro para lograr el embarazo deseado.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

3.2 Consecuencias psicológicas de la infertilidad

En la mayoría de las circunstancias, toda situación que genera un mal físico, también genera un mal psicológico, puesto que afecta al sujeto anímicamente y en su comportamiento, no permitiéndole llevar a cabo su vida de forma normal, llevándolo en ocasiones a la depresión o a actuar de manera irreflexiva. En este caso, se analizarán todas las consecuencias psicológicas que conlleva el no poder tener hijos y como esta situación repercute en la vida personal, social, familiar y afectiva de los sujetos que la padecen; queriendo demostrar así que al existir un tratamiento para poder luchar contra la infertilidad ha traído tranquilidad y esperanza a estas personas, no pudiendo evitarlas o prohibirlas, por el daño que esta enfermedad ocasiona en ellas.

Toda pareja en algún momento de su relación amorosa va a aspirar a tener un hijo para poder completar sus vidas, siendo esto parte de su proyecto de vida como familia, derivado de un deseo íntimo de poder convertirse en padres, inclusive desde la perspectiva femenina, algunas siguen pensando que ser madre podría ser la cúspide de su realización personal, viéndose esto afectado por la infertilidad, que la pueden tener ambos o solo uno de ellos, como en la mayoría de casos, siendo este uno de los problemas más importantes que se pueden dar en una relación, trayendo como consecuencia depresión, ansiedad, miedos, estrés, que en definitiva no les permitirán continuar de forma normal con sus vidas.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

"La constatación del fracaso en tener un hijo no sólo ha de provocar una frustración por el no cumplimiento del deseo y las expectativas de paternidad, sino que también supone una alteración, al menos temporal, del plan de vida que se tenía trazado, y de alguna manera supone un desafío a ese proyecto de vida." (Llavona Uribelarrea, 2008, pág. 160)

"Los estudios psicológicos de parejas infértiles permiten observar que esta condición constituye una amenaza al proyecto de vida de las personas, altera su funcionamiento social, puede afectar la autoestima y, con frecuencia, afecta la vida sexual de la pareja." (Domínguez V., 2002)

Gran parte de las personas afectadas por la infertilidad, afirman que es una situación traumática, que los conlleva a una grave crisis psicológica, en la que tendrán que afrontar el reconocimiento de una incapacidad, marcado por ideales y representaciones sociales, puesto que desear un hijo y no poder tenerlo puede ser tomado como un resquebrajamiento de la autoestima. Siendo que pasar por la condición de infertilidad, puede suponer una etapa de duelo como una salida al problema, que sirve para que el individuo pueda aceptar su condición, siendo para este un quiebre en su estabilidad mental, vida afectiva, personal y familiar, asimismo, no obstante la aplicación de las TERAS son exitosas, siempre quedará aquella huella traumática de la infertilidad. (Ávila Espada y Moreno-Rosset, 2008, págs. 186-187)

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

En efecto, como se ha podido notar, el no permitirle a una persona tener descendencia puede repercutir negativamente en su vida, sobre todo en el ámbito psicológico-emocional; por qué se hace referencia a “el no permitirle”, esto se debe que al no estar reguladas las técnicas de reproducción humana asistidas o al prohibirlas, no se le está permitiendo a las parejas que sufren de problemas de infertilidad, la oportunidad de volverse padres gracias a los avances de la medicina y la aparición de estos tratamientos que devuelven la esperanza a aquellas.

La psicoterapeuta (Velázquez Dolores) ha desarrollado las diversas consecuencias psicológicas que ocasiona la infertilidad en las parejas que la padecen, empieza explicando que estas sienten un duro golpe en su autoestima, asimismo los invade sentimientos de inferioridad y de culpa, siendo que la imagen que tienen de sí misma se ve afectada, puesto que la infertilidad no les permite expresar su feminidad o masculinidad; más aún con la presión de familia y amistades, mancillando los problemas de infertilidad, lo cual provoca en la pareja niveles de estrés y ansiedad, lo que causará además conductas de evasión, esto quiere decir que evitaran ciertas personas, actividades o lugares que les recuerden su infertilidad o incapacidad para tener hijos (familiares, amigos, colegios, etc.).

Asimismo (Velázquez Dolores) afirma que está comprobado, mediante estudios psicológicos, que más del 50% de las personas que sufren de

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

infertilidad tienden a desarrollar trastornos depresivos o de ansiedad, siendo que cuando es difícil o no se logra llegar a un diagnóstico claro que determine la causa de su infertilidad, pasan por estados de angustia insuperable, sintiendo tristeza, soledad y abatimiento, lo que puede acarrear pérdida del apetito y también apnea del sueño. Siendo que dichas condiciones afectaran definitivamente la relación de pareja, primordialmente en el ámbito sexual, produciendo disminución de la libido y la atracción. Claro que cada persona lo siente de diferente manera, a algunos puede afectarles de manera incontrolable mientras que otros lo superan con mayor rapidez.

4. Las técnicas de reproducción humana asistida:

Las TERAS han sido descubiertas muchos años atrás, su evolución ha sido considerablemente veloz, hoy en día se tienen millones de casos de niños que han nacido gracias a estas técnicas. Viéndolas desde el punto de vista de la ciencia, son un gran hallazgo que merece todo el mérito correspondiente, sin embargo estos métodos no solo implican un aspecto meramente científico, sino también lo debemos analizar bajo la perspectiva ética, social y jurídica, puesto que la aplicación de estas, trae consigo consecuencias tanto positivas como negativas, que, la mayoría de Estados no se atreven a regular, incluyendo el Perú, por implicar varios aspectos que son discutibles; derechos sensibles y fundamentales de los sujetos que intervienen en esta práctica.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

El poder concebir, para algunos es una tarea fácil, para otros complicada y de riesgo hasta a veces imposible. Con el correr del tiempo el pensar de las sociedades ha ido evolucionando y con ello el concepto o percepción del proyecto de vida, las aspiraciones y deseos de desarrollo y realización personal; por lo tanto, el tener o no descendencia es algo que puedes decidir y planear. Sin embargo, la gran mayoría de personas anhela poder tener hijos, lo toman como una meta imprescindible en su vida, pero hay algunas de ellas que se topan con el más desgarrador y desalentador de los obstáculos, la infertilidad, que como ya hemos visto es sinónimo de tristeza, miedo, culpa y en los peores casos, suicidio.

Teniendo esta idea clara, se puede concluir que las personas tiene derecho a elegir libremente sobre su situación sexual, entonces si una pareja desea concebir un hijo, lo primero que harán será intentarlo por sus propios medios, si esto no obtiene resultados positivos, acudirá por ayuda especializada a un centro de planificación familiar o una clínica, donde les brindarán la asistencia necesaria para poder concebir; y, si aun así les es complicado, pueden acudir a las llamadas técnicas de reproducción humana asistida (TERAS), que presenta diversos métodos para ayudar a las personas con sus problemas de fertilidad, tratando de hacer realidad la meta de numerosas parejas de poder ser padres y que por diversos motivos, ya sea el estilo de vida, descuidos en la edad temprana, el abuso de métodos anticonceptivos o problemas congénitos, no han podido satisfacer.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

4.1 Antecedentes históricos:

Las TERAS no son un tema reciente, puesto que ya se registraban casos de asistencia en la reproducción en el año 1779 claro que eran realizadas en animales, principalmente en mamíferos, uno de los más importantes de mencionar sucedió en 1890, cuando Heape transfirió exitosamente embriones de conejo (Heape, 1891, pp. 457-458), cuyo resultado fueron seis crías de conejo completamente sanos; tal fue el éxito de estas pruebas científicas, que motivó a muchos especialistas del tema a investigar e indagar a profundidad sobre las bondades de este nuevo descubrimiento, dando así inició a una generación de reproducción asistida.

En el año 1866, el ginecólogo estadounidense James Marion Sims (1813-1883) llamado “el padre de la ginecología moderna” publicó un importante libro sobre la infertilidad femenina (Sims, 1866), en el cual también explicaba algunas técnicas básicas para aumentar las posibilidades de la fecundación.

Posteriormente en el año 1973 el equipo Monashen fue el pionero en la técnica de fecundación in vitro, consiguiendo de esta manera el primer embarazo de la historia, lamentablemente no duró lo que esperaba, tan solo unas cuantas semanas; no fue hasta el día 25 de julio de 1978 que nació Louise Brown, en Reino Unido, los doctores a cargo fueron P. Steptoe y Robert G. Edwards, que pesar de haber tenido complicaciones pudieron lograr que el

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

primer “bebé probeta” naciera con excelente salud; lo cual inspiró a incontables estudiosos, que emprendieron la tarea de buscar cómo mejorar estas técnicas, además de agrandar la lista de ellas, hasta lo que conocemos hoy en día.

En la actualidad, en varios lugares del mundo se tiene acceso a las TERAS, estas han evolucionado y mejorado considerablemente desde su aparición; sin embargo, la tecnología nunca se detiene, siempre está en constante avance, situación que es muy favorable, ya que si bien es cierto, con la aplicación de las TERAS las probabilidades de concebir no son bajas, más si es un procedimiento bastante complicado, por lo que siempre existe el riesgo de que no cumplan su cometido, realidad que es combatida gracias a científicos que no descansan en la labor de investigar y mejorar estas técnicas, reduciendo así cada vez más las probabilidades de que estas técnicas fracasen.

En el Perú, esta técnica es relativamente nueva, el primer y más reconocido caso de fecundación in vitro se realizó en el Instituto de Ginecología y Reproducción (hoy Concebir) Lima, en el año 1989, gracias a la labor de tres magnos especialistas de la salud, Luis Noriega, Guilllermo Llerena y Ladislao Prazak, que a pesar de haber pasado por obstáculos que parecían ser invencibles, puesto que la paciente que se sometió a la técnica, tenía 40 años, asimismo padecía un cuadro de tuberculosis y su útero no estaba en las mejores condiciones, la paciente insistió en que no podían negarle su derecho a ser madre por lo que debían intentarlo. Nueve meses después, nació Victoria,

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

la primera bebe probeta en el Perú, completamente sana. (Fernández Arribasplata, 2014)

El biólogo Guillermo Llerena, afirma que desde la primera fecundación in vitro realizada en el Perú, ha habido cambios muy importantes en estas técnicas, que son bastante positivos y alentadores para las parejas que desean someterse a las TERAS; en esa época no se podía hacer cultivo hasta el quinto día, solo se hacía hasta el día 2 ó 3. Además se lograba embriones de 8 células y se transfería todos los embriones, ya que, la técnica de vitrificación aún no había sido elaborada, ni probada; la cual consiste en mantener en un ambiente adecuado y óptimo a los embriones para que los padres intencionales puedan tener un segundo embarazo o una segunda prueba en caso de que la primera fallase; tampoco existía la técnica de diagnóstico genético pre implantacional que sirve para detectar alguna anomalía en el embrión antes de que este sea implantado en el útero de la madre. El proceso de aspiración de los ovocitos en esos años ya se hacía vía transvaginal y aún se mantiene dicha técnica. Asimismo, actualmente solo se utilizan como máximo dos embriones y la preferencia es a uno. (Fernández Arribasplata, 2014)

4.2 Concepto:

Luego de unos breves antecedentes históricos, es imprescindible conceptualizar las técnicas de reproducción humana asistida, de tal manera que nos permita entender un poco más de que tratan, cuales son los

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

principales procedimientos y como es que se aplican en el Perú y en otras partes del mundo, además también ver la importancia y los beneficios de estas, del mismo modo las desventajas y consecuencias negativas que acarrean su aplicación, todo esto es trascendental para poder empezar con el debate principal de esta investigación jurídica.

Existe un sinfín de conceptos y definiciones de las TERAS, en palabras de Graciela Medina, explica que las técnicas de reproducción asistida, son los métodos destinados a suplir la infertilidad en los seres humanos, logrando satisfacer el derecho a la procreación, entendido como aquella facultad individual que tiene la persona para procrear con quien quiera, cuando quiera y como quiera, entendiendo que estas técnicas suponen el ejercicio y garantía de los derechos reproductivos y todos los conexos a estos. (Graciela, 2001, p. 252)

“Es el conjunto de métodos biomédicos, que conducen a facilitar o sustituir los procesos biológicos naturales que se desarrollan durante la procreación humana.” (Santamaría Solis, 2000, p. 37)

Enrique Varsi define las Técnicas de reproducción humana asistida como “aquellos métodos técnicos que sirven para suplir la infertilidad en la persona, brindándole la posibilidad de tener descendencia. En ningún caso, podemos

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

decir que representan una terapia puesto que nada curan, solamente palian los efectos de la esterilidad" (Varsi Rospigliosi, 2013, p. 401)

Gracias al avance científico y sus descubrimientos, hoy se puede vencer la barreras de la esterilidad mediante las TERAS, que son todos aquellos métodos, que facilitan la concepción, de manera artificial, en personas que padecen problemas de fertilidad, conduciéndolos a satisfacer su derecho reproductivo y consecuentemente, el de ser padres. Al llamarlo "manera artificial" no se hace referencia a que se utilizan sustancias o elementos ajenos al organismo para poder realizar la concepción, puesto que efectivamente solo se utiliza al gameto femenino, dotado por la mujer y el masculino, proporcionado por el hombre; el término artificial hace alusión a que existe la intervención de la mano del hombre para que se pueda llevar a cabo la fecundación, ya que esta no es posible lograrla de manera natural.

4.3 Clasificación de las técnicas de reproducción humana asistida

Existen dos clases de TERAS, las intracorpóreas y las extracorpóreas, a su vez estas pueden ser de dos tipos, según de quién provengan los gametos al momento de la realización de la técnica, la homóloga y la heteróloga.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

4.3.1 TERAS intracorpóreas

Intracorpóreo quiere decir dentro del cuerpo, por lo que en el método a utilizar, el procedimiento completo será realizado internamente; este no implica el uso de un tecnología avanzada médica, ya que consiste en una intervención menor para ayudar a la pareja a concebir

- **Inseminación Artificial (IA)**

La técnica más común en este caso es la Inseminación Artificial que “consiste en la introducción de los espermatozoides mediante un catéter en la vagina de la mujer. A continuación, la llegada de los espermatozoides hasta el óvulo y la fecundación se efectúan de modo idéntico a lo que sucede en el proceso fisiológico normal.” (Santamaría Solis, 2000, p. 39)

Otra definición de inseminación artificial nos dice que “por esta técnica se entiende la intervención médica mediante la cual se introduce el semen en el organismo femenino, no a través del acto sexual normal, sino de manera artificial, a fin de producir la fecundación.” (Cubillos, 2013, p. 6)

Esta técnica es utilizada mayormente por parejas en las que el varón sufre de anomalías en su fertilidad, el semen es extraído mediante diversos métodos, posteriormente este es llevado a un laboratorio para que este sea tratado y mejore su calidad, para que al momento de ser introducido en el organismo femenino logre la fecundación esperada. Existen diversos tipos de IA, tal como lo indica el artículo de Santamaría Solis (2000 p.39), aquellos en los que el

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

gameto masculino es introducido directamente en el útero de la mujer, también a través de una sonda monitoreada por ecografía, el esperma es dirigido a las trompas de Falopio donde normalmente se realiza la fecundación (trasferencia intratubárica de gametos GIFT). Para estas técnicas es imprescindible que la mujer tenga un funcionamiento normal de su sistema reproductivo, por ello se dice que este método se indica para problemas de fertilidad masculinos.

4.3.2 TERAS extracorpóreas

Estas técnicas son las que se realizan fuera del cuerpo, quiere decir que la fecundación del óvulo será realizada fuera del organismo de la mujer.

"La fecundación extracorpórea busca la unión del espermatozoide y óvulo en un probeta y tiene entre sus objetivos la investigación humana científica" (Lamadrid, 1990, pág. 211)

- **Fecundación In Vitro (FIV)**

Esta técnica consiste en realizar todas las intervenciones médicas necesarias para producir una fecundación fuero del seno materno, extrayendo tanto los gametos masculinos como femeninos, a través de diversos métodos, ya sea en el caso de los varones, la masturbación manual o mecánica y en caso de las mujeres la aspiración transvaginal; una vez obtenidos los gametos, estos son puestos en un ambiente adecuado, para que pueda realizarse la fecundación.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

La fecundación In Vitro en palabras del autor Cubillos (2013 p.6) en su investigación aclara que “Es el conjunto de intervenciones médicas que van desde la obtención del óvulo y el esperma, hasta la implantación del óvulo fecundado en el útero propio o adoptivo para el ulterior desarrollo del mismo, pasando por la fecundación y primer desarrollo de la célula germinal fuera del seno materno”

Otra definición de fecundación In vitro sería “Es el conjunto de intervenciones médicas que van desde la obtención del óvulo y el esperma, hasta la implantación del óvulo fecundado en el útero propio o adoptivo para el ulterior desarrollo del mismo, pasando por la fecundación y primer desarrollo de la célula germinal fuera del seno materno.” (Grazón Jimenés, 2007, pp. 99-100)

En este método existe una manipulación de los gametos, ya sea para realizar la fecundación, para un previo diagnóstico del embrión o ya para la implantación de este en el útero. Para tal manejo cuentan con instrumentos minuciosamente creados para no dañar las células reproductivas. Entre uno de los diversos métodos para fecundar el óvulo, existe uno que conlleva una introducción de los espermatozoides directamente dentro del gameto femenino, mediante una inyección, así los que no sirven para la concepción morirán y el que sí está apto fecundará el óvulo, esta técnica se conoce como Inyección Intracitoplásmica (ICSI).

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

En todos los casos se fecunda más de un óvulo para poder tener más probabilidades de éxito, sin embrago, ¿qué sucede con los que no se van a utilizar? Antiguamente eran desechados, mas hoy existen dos técnicas que permiten la conservación de estos, para un segundo embarazo, para donarlos a otras parejas o para volver a intentar en el caso no funcionase el primer ensayo. Estamos hablando de la vitrificación y del diagnóstico genético pre implantacional, la primera técnica consiste en la congelación de los embriones u ovocitos, la cual es más favorable que la congelación lenta, que antes era utilizada, ya que esta no permite la aparición de cristales de hielo que pueden dañar las células.

Belascoain (2010) explica:

> "La vitrificación es un proceso físico de solidificación utilizado para conservar órganos, tejidos y embriones. La solución vitrificante (SV) lleva incorporado crioprotectores en alta concentración. Al ser enfriada no cristaliza, sino que se torna viscosa y pasa del estado líquido a un estado sólido no estructurado similar al vidrio, tomando de ahí su nombre." (Belascoain, 2010, pág. 12)

La segunda técnica consiste en analizar el ADN tanto de los óvulos como de los embriones, para así detectar alteraciones o condiciones hereditarias, permitiendo saber cuáles son los más óptimos para poder ser utilizados o conservados y cuales simplemente por sus condiciones no deben ser

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

utilizados. Este método se realiza mediante una biopsia, cuando es practicada a un embrión, se debe hacer cuando este presenta de 6 a 8 células, quiere decir que en el tercer día de formación, después esa partícula es analizada en el laboratorio.

Moya y Ramón refieren que:

> "El diagnóstico genético preimplantacional es una técnica que permite detectar y prevenir la transmisión a la descendencia de enfermedades graves causadas por alteraciones genéticas y cromosómicas, mediante el estudio de los embriones antes de su transferencia al útero. Lo anterior gracias a las técnicas de reproducción asistida, la inyección intracitoplasmática de espermatozoides (icsi) y la fecundación in vitro (fiv), que permiten obtener el material biológico para su posterior análisis cromosómico o genético previa implantación." (Moya y Ramón, 2018, pág. 88)

La fecundación In Vitro tiene muchas implicancias bioéticas y jurídicas, ya que la manipulación genética de por sí, es una práctica poco ética, sin embargo el objetivo de esta es la satisfacción del derecho reproductivo y la concepción humana, claro que como dice el dicho "el fin no justifica los medios". Desde la perspectiva jurídica, también hay problemas, puesto que nuestro ordenamiento jurídico, protege al embrión y le da el estatus jurídico de sujeto de derechos, por lo que encuentra aborrecible el hecho de manipularlos y desecharlos, ya

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

que considera su derecho a la vida y a la dignidad, discusión que aún se sigue dando.

4.3.3 Técnicas de reproducción humana homólogas

Este tipo de técnica consiste en que si una pareja desea tener hijos, más no pueden hacerlo por sí solos, puesto que padecen de problemas de fertilidad, recurran a un centro médico, donde un especialista mediante diversas técnicas, realizará la unión de los gametos, para lograr una concepción, que posteriormente será implantado en el vientre de la misma madre o también hay casos donde se da la figura de la maternidad subrogada, en la existe una tercera persona, en este caso una mujer, que “alquilará” su vientre para que la pareja pueda así tener un bebé.

El autor Luis Santa María Solis (2000 p.38), dice que “se entiende por técnica homóloga aquella en la que tanto el espermatozoide como el óvulo proceden de la pareja que se somete a la técnica correspondiente.”

El término “homólogas” en este caso está incorrectamente utilizado, dado que homólogo significa de la misma especie, por lo tanto todas las técnicas serían homólogas, ya que los gametos utilizados son de especie humana, en todo caso y como lo fundamenta el autor Roberto Garzón Jiménez, este método debería denominarse “*inseminación artificial del compañero*, puesto que no existe la donación de un tercero y la heteróloga debería ser

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

denominada *inseminación artificial del donante* o *inseminación artificial mediante donación*.” (Grazón Jimenés, 2007, pp. 99-100)

En esta situación al pertenecer los gametos a la pareja, al momento del nacimiento del niño habrá una identidad y filiación regular, ya que tanto la madre como el padre darán el consentimiento expreso de tal fecundación, por lo que la presunción de pater est se concreta y también la determinación de la maternidad por el parto.

Como lo confirma Varsi (2013 p.407) “La fecundación interconyugal no presenta mayor problema al existir un vínculo matrimonial que le otorga seguridad jurídica a dicha práctica y sus consecuencias; así mismo la unión de hecho le ofrece una presunción legal de paternidad al producto de la concepción”

4.3.4 Técnicas de reproducción humana heterólogas

En este caso, las personas que quieren ser padres, ya sea una mujer en solitario, una pareja de esposos o una unión de hecho estable, pero que no pueden serlo, de ninguna manera, puesto que sus gametos, sean óvulos o espermatozoides no logran desempeñar la tarea de fecundar y que por lo tanto necesitan de terceras personas que cumplan la función de donantes.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

En la publicación del autor Santamaría Solis (2000 p.38) explica que “Se entiende por técnica heteróloga aquella en la que ya sea uno de los gametos (óvulo o espermatozoide) o ambos, proceden de donantes ajenos a la pareja, por ejemplo, en el caso de la inseminación artificial efectuada con espermatozoides procedentes de un banco de semen.”

Varsi (2013 p.412) expresa que “Esta técnica encuentra su fundamento en la libre disposición de los derechos de las personas, el derecho de fundar una familia, el derecho a procrear, la igualdad y la libertad.”

Las TERAS heterólogas son aquellas en las que existe un tercero que recibe el nombre de donador; en la mayoría de los casos las parejas que desean someterse a esta técnica, recurren a un banco de semen, óvulos o embriones, también se ha dado el caso de que los aspirantes a padres traen su propio donante. Hasta ahí todo va bien, los padres van a satisfacer su derecho reproductivo, pero que sucede al momento del nacimiento del niño, su filiación, identidad biológica; estos son algunos de los conflictos que se suscitan cuando se aplican estas técnicas, que serán desarrollados a profundidad en el momento que corresponda.

La donación de gametos vendría a ser la cesión gratuita de células reproductivas, sean masculinas o femeninas con el fin de que una pareja con problemas de fertilidad, una pareja homosexual o una persona en solitario,

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

puedan hacer uso de estos gametos para lograr la concepción mediante la intervención de una clínica de fertilidad. Pueden ser de tres tipos, donación solo de un gameto, donación de dos gametos, donación de embriones.

5. Aplicación de las TERAS en el Perú

¿De qué manera es que se llevan a cabo estas técnicas? Para poder saber cómo es que funcionan aquí en el Perú, se ha visto por conveniente analizar material que nos brinda la página web de una de las clínicas más imponentes del País, “CONCEBIR” ya que en esta nos dan todos los alcances necesarios para saber cómo iniciar un tratamiento, desde el diagnóstico hasta el seguimiento del embarazo y post embarazo, además de testimonios reales de personas que se han tratado en esta clínica.

La clínica Concebir tiene 25 años en el ámbito de las TERAS, tiene bastantes sedes en el Perú, en lima, Arequipa, Trujillo y Chiclayo, asimismo se encuentran acreditados por la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida, institución científica y educacional que reúne más del 90% de los centros que realizan técnicas de reproducción asistida.

Para comenzar realizan la siguiente pregunta a sus usuarios ¿en qué momento buscar ayuda? Y responden de la siguiente manera: si ha transcurrido un año en el que la pareja ha tenido relaciones sexuales

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

frecuentes sin protección y la mujer no ha logrado embarazarse, es el momento en el que deben buscar un especialista, del mismo modo explica que si la mujer tiene más de 35 años es recomendable acudir a un centro de fertilidad luego de seis meses de relaciones sin protección.

Posteriormente, se debe seguir una serie de exámenes que arrojarán un diagnóstico para saber cuál es la causa de infertilidad y así poder definir el tratamiento más efectivo, todo esto es quedado en una primera cita; recomiendan que es importante tenerle confianza al médico de decir cualquier información que consideren es imprescindible para poder llegar a un resultado óptimo.

Los exámenes antes de elegir el tratamiento son los siguientes, a la mujer se le aplican tres pruebas; el primer examen es: El test de reserva ovárica, que consiste principalmente en medir la cantidad, calidad y función ovárica de los gametos que posee la aspirante a madre, esto mediante diversos exámenes, para saber que probabilidades tiene de quedar embarazada. “La reserva ovárica se refiere al número de folículos primordiales aún presentes en los ovarios.” (Faddy MJ, 1995)

En segundo lugar: El examen de histerosonografía, que es algo muy parecido a la ecografía, sin embargo, en este caso, se utiliza una herramienta especial que es introducida en el órgano sexual femenino hasta el útero, para

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

así poder revisar de forma precisa la cavidad de este y su estado. “La histerosonografía consiste en la evaluación por ultrasonido de la cavidad uterina después de la insuflación de solución salina” (Breitkopf D, 2004, págs. 95-98)

El tercer estudio realizado es: El examen de histerosalpingografía, es un examen parecido a una radiografía en tiempo real llamada fluoroscopia, consiste en ver el útero y además las trompas de Falopio, también se utiliza para determinar la causa de los abortos espontáneos que son debido a anomalías que se presentan en el útero. Buenrostro y Kimura dicen al respecto que “La histerosalpingografía es un estudio fluoroscópico que se realiza mediante la introducción de material de contraste yodado no iónico, con un volumen aproximado de 10 cm3 en la cavidad uterina, inyectándose de forma lenta pero continua hasta lograr su repleción y la visualización de las trompas de Falopio.” (Buenrostro F. y Kimura A., 2015, pág. 328)

Al varón solo se le realiza un espermatograma mediante una muestra de semen, que consta de un test donde se evalúan la cantidad, la movilidad y la forma de los espermatozoides de la pareja para poder diagnosticar sus problemas de fertilidad. Al realizar un análisis seminal de manera completa, informa acerca de las propiedades del semen en su conjunto, ya sea de la producción de espermatozoides como también el funcionamiento de las glándulas sexuales accesorias. (Padrón, 1998)

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

5.1 Tratamientos existentes

Una vez que ya se sabe la causa de la infertilidad, los médicos especialistas proponen los tratamientos más efectivos para lograr la concepción, específicamente esta clínica ofrece cinco tratamientos diferentes. (Concebir, 2017) Estos son los más utilizados en nuestro país, no solo por la mencionada clínica, sino por el resto también.

5.1.1 Tratamientos de baja complejidad

Este tipo de tratamientos son utilizados por parejas que no necesitan de grandes cantidades de hormonas para poder concebir, es decir que tienen mayor probabilidad de concebir, por ello se le denominan de esa manera y además que tienen menores costos. Los principales son las relaciones sexuales dirigidas, inducción ovárica (maduración de los óvulos), inseminación artificial.

5.1.2 Tratamientos de alta complejidad

Estos ya suponen el empleo de técnicas más complicadas, que necesitan mayor preparación y mayores estudios a la pareja que desea someterse a ellas, empezando por un tratamiento hormonal más drástico para sí poder obtener los gametos de más alta calidad para conseguir un porcentaje más alto de concebir. Estas técnicas ya han sido desarrolladas en esta investigación, por lo que solo serán mencionadas. La fecundación In Vitro, inyección de

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

espermatozoides, diagnóstico preimplantacional, la crioconservación, la vitrificación, entre otras.

5.1.3 Tratamientos con donación de gametos

En este caso, existe la intervención de un tercero, entonces ¿cómo llevan a cabo la selección de donantes? Pues al no existir regulación alguna, se ha optado por reproducir lo que hacen los países en los que sí existe una, simplemente la donación es anónima y gratuita. La clínica Concebir al igual que todas las clínicas que utilizan este método, aseguran que realizan exámenes exhaustivos a los aspirantes del donativo, para descartar cualquier mal genético o patológico que pueda presentar, obteniendo así el material más óptimo para poder utilizar en los pacientes. Estos gametos son conservados mediante la técnica de la congelación; estudios revelan que estos se conservan de forma eficiente, sin menoscabar su utilidad o calidad. También deben realizar exámenes psicológicos para determinar la madurez emocional del donante y su perfil mental frente a esta situación.

5.1.4 Tratamientos para preservar la fertilidad

Este tratamiento es para aquellas parejas o mujeres solteras que desean ser madres pero consideran que aún no es el momento para serlo, ya que primero desean realizarse profesionalmente o disfrutar su vida en pareja, sin estar pensando que mientras mayor sea uno, las células reproductivas son menos eficientes a la hora de la concepción. Es por ello que deciden conservar sus

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

mejores gametos para que en un futuro estos puedan realizar la fecundación sin mayor problema, esta técnica también ya fue desarrollada, la vitrificación.

5.1.5 Criopreservación de embriones y espermatozoides

Cuando se realiza la fecundación In Vitro, se obtiene más de un embrión, lo normal es que sean tres, entonces se implanta uno en el útero los demás son conservados mediante la vitrificación, para un segundo hijo o si se da el caso de un embarazo infructuoso. Del mismo modo sucede con los espermatozoides, son almacenados para que puedan ser utilizados más adelante.

5.2 Cómo se lleva a cabo el procedimiento regular

En el Perú, en diversos departamentos existen clínicas de fertilidad especializadas en técnicas de reproducción humana asistida, todas aquellas tienen un protocolo establecido, el cual deben seguir cuando un paciente desea someterse a estos métodos.

Al no existir una regulación al respecto, las clínicas han optado por realizar lo que sea más conveniente para las partes que intervienen en los procedimientos y en algunas ocasiones podría darse el caso que actúen según intereses propios, basándose en artículos e investigaciones que estudiosos de la materia

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

han realizado y sobre todo en la legislación comparada, que posee marcos legales adecuados para la aplicación de dichas técnicas.

En efecto, el procedimiento regular que se lleva a cabo en la clínica "Concebir", consta en primer lugar de una consulta médica, en la cual los pacientes interesados, charlarán con el especialista, además darán todos sus antecedentes médicos a este, para que con dichos datos, pueda decidir cuáles serán los exámenes más apropiados que se llevarán a cabo para determinar la causa de infertilidad en la pareja y posteriormente decidir que método es el que se aplicará.

En una segunda consulta, una vez que ya se tenga conocimiento de los resultados de aquellos exámenes, el especialista presentará las diversas alternativas de técnicas que correspondan según los resultados, para que la pareja pueda elegir el que más le convenga; además explicará en qué consiste cada una de ellas, cuál será el procedimiento a seguir y por supuesto todos los pros y contras que estas implican, puesto que es derecho de los pacientes contar con información entendible y veraz acerca de su situación médica.

Seguidamente, una vez que se escoge la técnica a la cual desean someterse, deberá firmarse, mediante firmas legalizadas, por las partes que intervengan un consentimiento informado, el cual explica a detalle el procedimiento al cual se van a someter, además del diagnóstico, pronóstico y

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

el tratamiento pre durante y pos de la técnica. También se detalla los diversos riesgos que esta puede implicar, debiendo cumplir el objetivo de informar adecuadamente a los pacientes.

Para el autor (Sánchez, 1996, pág. 4) el Consentimiento Informado “es la aceptación de una intervención médica por un paciente, en forma libre, voluntaria, consciente, después que el médico le haya informado de la naturaleza de la intervención con sus riesgos y beneficios, así como de las alternativas posibles con sus posibles riesgos y beneficios.

Además también el mismo autor explica que para asumir este consentimiento el paciente debe contar con ciertos requerimientos: “1) Disponer de una información suficiente; 2) Comprender la información adecuadamente; 3) Encontrarse libre para decidir de acuerdo a sus propios valores; 4) Ser competente para tomar la decisión en cuestión.” p.4

Una vez firmado el consentimiento informado, el médico preparará un tratamiento especialmente para dicho método, puesto que antes de aplicar cualquiera de estos, se debe preparar al organismo, además es un hecho de que la mayoría de estas técnicas necesitan de la obtención de los gametos de la pareja, lo cual, en el caso del sexo femenino necesita de una mayor preparación, lo que implica un tratamiento precedente para poder obtenerlos.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Posteriormente cuando el médico vea por conveniente, iniciará el procedimiento de la técnica propiamente dicha y todo lo que ella implique.

A la par del inicio del tratamiento para la técnica, se solicita como un requerimiento indispensable el someterse a consultas psicológicas. Esta clínica posee un área de psicología equipada con especialistas en la materia que se encargan de ayudar a los pacientes en el aspecto de la psiquis, apoyándolos a superar cualquier obstáculo mental que posean con respecto a su infertilidad o al niño que va a nacer. Esta consulta tiene un elevado grado de importancia, dado que la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida es un tema que implica no solo el aspecto físico de una persona, sino además el psicológico, puesto que en la mayoría de situaciones, las parejas que se someten a estos métodos han pasado ya, por muchos obstáculos que traen consigo desgaste mental, además al tratarse de técnicas relativamente nuevas, siempre existe el temor de las consecuencias que estas pueden ocasionar en las personas que deciden utilizarlas.

5.4 Las técnicas de reproducción humana asistida desde un punto de vista científico y jurídico

En el Perú como se ha indicado con anterioridad, las TERAS no son una situación nueva, existe hace más de veinte años y todo este lapso sin

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

regulación alguna que permita resolver los conflictos que se suscitan consecuencia de su aplicación.

Estas técnicas traen consigo grandes beneficios que ayudan y dan una esperanza a aquellos que la perdieron al momento de intentar concebir, tanto parejas que han intentado incontables veces poder ser padres; mujeres de edad avanzada o solteras, inclusive parejas homosexuales, a pesar de la controversia. La tecnología avanza tan rápido y con ella las TERAS también, lo que significa que día a día estos métodos van mejorando y volviéndose más efectivos, además que ahora en nuestro país existen diversas clínicas especialistas en esta materia, haciendo también que los costos reduzcan considerablemente, aspecto positivo, dado que bastantes personas que antes no podían acceder a estas, ahora pueden hacerlo. Otro punto favorable es que al existir diversas técnicas, siempre existirá una que se ajuste a los problemas de fertilidad de los padres intencionales. Además de la existencia de aquellos métodos que consisten en revisar el embrión antes de que este sea implantado en el útero de la madre para poder así descartar cualquier enfermedad hereditaria. Por otro lado también permiten poder conservar tanto gametos femeninos como masculinos y hasta los embriones, en perfecto estado sin dañar los tejidos.

Y, cuáles son las desventajas de someterse a estas técnicas, pues hablando desde un punto de vista clínico las TERAS al ser una intervención médica, no

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

está exenta de complicaciones, como cualquier otra, dentro de las cuales está el riesgo de embarazo múltiple, ya que en ocasiones se implanta no solo un embrión sino dos o tres para asegurar el éxito. “Según el informe estadístico de la Sociedad Española de Fertilidad (SEF) del 2014, las tasas de parto gemelar (tanto mellizos como gemelos) con óvulos propios son del 19,4% por cada transferencia en FIV y del 11,2% con inseminación artificial.” (Salgado, Reproducción Asistida ORG, 2016) Otra de las complicaciones es el embarazo ectópico, que significa que el embrión se ha implantado en las trompas de Falopio y no en el útero, siendo esta situación muy riesgosa para la madre.

Bernabeu (2015)

“Un estudio publicado el pasado mes en la revista Fertility and Sterility ha tratado con detalle este tema y tras evaluar más de 100.000 ciclos de fecundación in vitro (FIV), realizados en Estados Unidos entre los años 2008-2011, ha llegado a los siguientes resultados: del total de estos ciclos 1,38% fueron embarazos ectópicos, pero lo más significativo es que el riesgo de embarazo ectópico es mayor cuando se transfieren embriones frescos frente a embriones congelados.” (Bernabeu, 2015)

También se puede dar el caso de una hiperestimulación ovárica cuando se realizan las TERAS se deben suministrar medicamentos que estimulan la producción de los ovarios, en ocasiones este puede salirse de control e inclusive pude darse el caso en el que el ovario crezca en exceso y se produzca, tras la ovulación que es la liberación de los óvulos, el escape de

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

parte del líquido del ovario que puede afectar la zona del vientre y el pecho. (Reus, 2017)

Si bien es cierto las TERAS, poseen ventajas atractivas y desventajas que a pesar de todo son alentadoras, cuando vemos la otra cara de la moneda, se encuentra una situación que no posee límites ni pilares en los cuales sostenerse, circunstancias que los países primermundistas han sabido manejar, gracias a que sus habitantes tienen una forma de pensar diferente y más abierta al cambio y desarrollo del mundo.

5.4.1 Vacío legal que afronta la aplicación de las técnicas de Reproducción Humana asistida

Viendo las TERAS desde un aspecto jurídico-social, es decir como un fenómeno social que necesita de límites y parámetros que solo puede ser otorgado por la norma. Dado que existe un gran número de clínicas de fertilidad en el Perú que ejercen sin una medida legal. Los problemas que acarrean su aplicación; como bien es sabido nuestro ordenamiento jurídico protege la vida humana desde la concepción, situación que pone en conflicto la utilización de estas técnicas, puesto que en ellas hay una manipulación de los embriones y peor aún si estos no se encuentran en las condiciones deseada, son desechados, por ello que nuestros legisladores no se atreven a regular o tal vez no tienen una base concreta o un lineamiento para empezar.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

La única norma que pretende regular los vastos efectos jurídicos que trae consigo la aplicación de las TERAS es el artículo 7° de la Ley General de Salud, el cual ya fue mencionado anteriormente, este mismo permite a las personas el someterse a estos métodos de fecundación asistida para tratar su infertilidad, siempre y cuando la madre biológica y la gestante sean la misma persona. El citado artículo como se ve, es insuficiente, impreciso, ambiguo; puesto que en vez de poner los parámetros y lineamientos necesarios para la aplicación de estas técnicas, deja abiertos muchos aspectos, que se prestan a diversas interpretaciones que pueden vulnerar los derechos e intereses de las personas que intervienen en estas.

Para procurar regular estas técnicas la norma debe ser específica, no general como en el caso del artículo en mención, "*Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida",* no se especifica quienes pueden acudir, todos hace referencia a que puede recurrir a ellas cualquier persona bajo cualquier situación, sin especificar los requerimientos ni lineamientos; lo cual entra en evidente contradicción con la segunda parte del artículo "*siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona",* si se le reconoce a toda persona el derecho a tratar su infertilidad, entonces por qué se haría una discriminación ante la ley no permitiendo la ovodonación, siendo entonces que las mujeres que no puedan concebir debido

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

a la ineficiencia de su material genético, no podrán ser madres, sin embargo en el caso de lo los hombres esta situación si se permite. Sin embargo en este caso la ley deja notar su ineficiencia una vez más, debido a que si pretendía prohibir la ovodonación o maternidad subrogada, debió utilizar los términos “no está permitido” o ”se encuentra prohibido”, del texto literal se pueden obtener diversas interpretaciones.

Según un estudio realizado en el Centro de Fertilidad y Ginecología del Sur, ubicado en la ciudad de Cusco, el cual fue aplicado en 576 pacientes de género femenino con infertilidad atendidas entre los años 2005 al 2015; se revisó los registros de los procedimientos realizados y se estableció las tasas de embarazo clínico según la edad y días de cultivo, tanto en ovocitos autólogos como en ovodonación. Los principales resultados fueron: “Las tasas de embarazo clínico: 30,4% en ovocitos autólogos, 42,4% en ovodonación y 25,0% en maduración *in vitro* de ovocitos.” Las principales técnicas utilizadas fueron la fecundación in vitro y la inyección intracitoplásmica de espermatozoides. (Vargas Tominaga, y otros, 2016) El mencionado estudio deja clara la idea de que a pesar de que se encuentra prohibida la ovodonación esta se lleva a cabo sin regulación alguna, lo cual advierte el vacío legal que afronta la aplicación de estas.

Si bien es cierto existen numerosos proyectos de ley, que aún no son aprobados, que siguen en discusión, porque lamentablemente nuestro país y

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

principalmente nuestro poder legislativo, está preocupado en otros asuntos. El Estado protege el matrimonio, la familia y la maternidad, tal como lo dice el artículo 4º de la Constitución, entonces aquí se encuentra otro obstáculo para poder regular las TERAS, ya que al estar protegida la familia como un derecho social, se sabe que esta es conformada principalmente por el padre, la madre y los hijos; nuestra ley no permite en relación con estas técnicas que la madre gestante sea persona diferente a la madre biológica, situación que se da todos los días y que se encuentra desprotegida.

La donación de gametos masculinos si está permitida en el Perú, sin embargo no se regulan las consecuencias que esta trae consigo, como es la filiación, identidad del menor, el derecho a saber su verdad biológica, la impugnación de la paternidad y una serie de figuras que también se dan en la donación de ovocitos, que necesitan de un análisis para poder saber si es posible que el derecho a ser padre y los derechos del menor pueden ser satisfechos simultáneamente.

5.4.1 Licitud de las técnicas de reproducción humana asistida

Es importante analizar las técnicas de reproducción humana asistida desde el punto de vista penal, puesto que al ser una práctica novedosa, en la que se involucra la manipulación de células del cuerpo humano, pero no cualquier tipo, sino aquellas que dan vida, entonces pueden incurrirse en algunas conductas

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

que pueden ser tipificadas como delito. En primer lugar el código penal peruano tiene una postura clara acerca de la manipulación genética, que vendría a ser el principal riesgo en la fecundación asistida, el artículo 324° estipula "*Toda persona que haga uso de cualquier técnica de manipulación genética con la finalidad de clonar seres humanos será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de ocho años […]*" el mencionado artículo condena las prácticas antiéticas de manipulación genética, si bien es cierto las TERAS son consideradas manipulación genética, esta está destinada a la creación de vida, a la concepción, a ayudar a superar la infertilidad en las parejas que la padecen, por ello mientras esta práctica se dé para la concepción no puede ser considerada como delito.

Por otro lado y específicamente en la donación de gametos, debería condenarse el hecho de lucrar con el material genético, puesto que esta donación debe darse de manera altruista, nuevamente el código penal en su artículo 318-A° condena la intermediación onerosa de órganos y tejidos, sin embargo la norma tiene que ser clara, por ello podría incluirse dentro de este artículo una modificatoria incluyendo al material genético, protegiendo de esta manera aquellas personas que con dolo lucren, al comprar, vender, importar, exportar almacenar o transportar el material genético de otras, que podría darse el caso.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

6. Una mirada a la legislación comparada

Como bien se sabe en numerosos países las TERAS están permitidas y reguladas, estas técnicas abarcan bastantes aspectos que necesitan un pronunciamiento por parte de cada legislación. Como principales tratamientos están la donación de espermatozoides, la donación de óvulos, la donación de embriones, la criopreservación, la fecundación post mortem, el anonimato de la donación, la maternidad subrogada, la concepción en mujeres solas o parejas homosexuales, entre otros.

No en todos los países que poseen regulación de estas técnicas, permiten la totalidad de estos tratamientos; algunos si, otros no, esto depende de las diversas situaciones que se dan en cada Estado y también de las discusiones dadas en el parlamento.

6.1 Las técnicas de reproducción humana asistida en Europa

El continente europeo en lo que respecta a la regulación de la TERAS, no podemos decir que sea unificado, ya que cada país tiene su propia legislación. España según numerosas fuentes es el país que lidera en estas técnicas, debido a su adecuada regulación, mediante la Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, además de las facilidades que otorga el Estado para las parejas o mujeres en solitario que deseen concebir. Siendo esta la regulación más flexible. Por otro lado, países como Alemania e Italia poseen una legislación muy restrictiva y limitada.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Según un estudio realizado por la clínica de fertilidad ProcreaTec de Madrid en el año 2014, la donación de gametos masculinos está permitida en casi todos los países, siempre y cuando esta sea anónima, excepto en Italia ya que allí aún se tienen restricciones al respecto. Por otro lado en Suecia no está permitido el anonimato del donante, debido al interés superior del niño. (ProcreaTec, 2014) Sin embargo en Alemania, a consecuencia de una sentencia dictada por la Corte Suprema alemana el 28 de enero del 2015 en la cual se reconoce el derecho del niño de cualquier edad el tener acceso a toda la información pertinente para identificar sus orígenes biológicos, es decir que el anonimato del donante deberá ser revelado, cuyos datos al momento de realizar la donación deben ser almacenados por la clínica durante treinta años. (Lafferriere, 2015)

La donación de óvulos es más restringida en algunos países, permitiéndose en España, Suecia, Inglaterra, Rusia, Dinamarca. Mientras en otros países como Suiza está prohibida. Del mismo modo la donación de embriones, lo que se conoce más como adopción de embriones, las parejas que desean ser padres, deciden utilizar los embriones que dejaron otros después de una exitosa fecundación in vitro, siendo más sencillo para los padres que se someten a este método, ya que se evitan todo el proceso de selección de gametos femeninos y masculinos, al ya tener el ovulo fecundado solo basta con implantarlo en el útero de la madre. Esta tendencia por así decirlo, es muy

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

aclamada en Estados Unidos, en el continente europeo está permitida en España, lo que ha ocasionado que varias parejas o mujeres en solitario provenientes de otros países, viajen hasta allí, para poder adoptar un embrión.

La fecundación post mortem, es aquella que permite la concepción después de que uno de los padres fallece, gracias a que sus gametos fueron congelados en vida. En palabras de (Muñoz de la Fuente, 2010, pág. 5) “Se entiende por fecundación post mortem, la concepción de un hijo mediante el uso de alguna de las técnicas de reproducción asistida, generalmente por la inseminación artificial o por fecundación in vitro, con la peculiaridad de que uno de los progenitores ha fallecido antes de la realización de la fecundación.”

Este controversial método está prohibido en Alemania, Dinamarca, Italia y Suiza, sin embargo en Bélgica, Reino Unido y España, la permiten, este último aprueba esta situación, siempre y cuando sea hasta doce meses después del fallecimiento, incluso la ley permite otorgar la filiación del padre al niño. (Montañés, 2016) Lo cual es bastante polémico, ya que para reconocer a un hijo se necesita la voluntad del progenitor, ya que estamos frente a un acto jurídico.

La maternidad subrogada es un tema que muy pocos países europeos permiten por las implicancias bioéticas y biojurídicas que supone como por ejemplo la filiación del menor. Marcial Rubio Correa define esta técnica como

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

"El acuerdo por el que una mujer gesta a un niño para que sea hijo legal de otra" (Rubio Correa, 1996, pág. 124)

Según el Informe presentado Warnock del Reino Unido "Es la práctica mediante la cual una mujer gesta o lleva en su vientre un niño para otra mujer, con la intención de entregárselo después de que nazca."

Esta práctica está permitida en Rusia, Ucrania, Grecia, Georgia, Portugal. Mientras que los demás países aún están en debate, no se pronuncian al respecto o la prohíben tajantemente. También los países que la permiten, tienen una rigurosa norma que accede solo a determinados modelos de familia el poder someterse a esta técnica, prohibiendo a las parejas homosexuales o a las mujeres u hombres en solitario; salvo en la legislación canadiense y en algunos estados Estadounidenses donde si se permite esta situación. (Mestre, 2015).

6.2 Las técnicas de reproducción humana asistida en américa latina

En Latinoamérica, Argentina posee la ley 26.862 de Reproducción medicamente asistida, la cual es bastante general, da un acceso integral a las técnicas, lo que quiere decir que toda persona mayor de edad que entregue de forma voluntaria su consentimiento puede acceder a las TERAS, lo que implica que personas en solitario y parejas homosexuales también puedan acceder a

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

ellas, mas no hay mayor regulación en lo que respecta a la filiación del menor, tampoco dice cuál será el status del donante de gametos, solo prohíbe que estos se comercialicen. En Chile, Brasil y Colombia no existe una ley específica de reproducción asistida, a pesar de que esta se lleva a cabo mediante clínicas privadas que prácticamente se autorregulan.

En Colombia existe un proyecto de ley 109/13 que busca reconocer la infertilidad como una enfermedad y también que el Estado por parte de las autoridades de la salud puedan otorgar cobertura para que personas que no poseen los recursos necesarios puedan acudir a las técnicas. Sin embargo, el parlamento ha decidido objetar la propuesta, ya que advierte que el Estado ya posee una política pública para prevenir esta enfermedad y que el presupuesto es alto y que necesitan cubrir otras áreas de la salud.

En lo que respecta a la donación de gametos, por lo general la más aceptada es la de esperma, el donante siempre es totalmente anónimo y no puede tener carácter lucrativo. Sin embargo en Argentina va a depender de cada clínica, al no estar regulado el anonimato de los donantes, estos pueden ser conocidos o no, del mismo modo en Chile no existe una regulación acerca de la donación de gametos, inclusive no existen bancos de esperma, por lo que las donaciones son traídas del extranjero, la mayoría de clínicas prefiere el anonimato de los donantes.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

En Argentina está siendo cada vez más frecuente la donación de embriones, que pueden darse de dos formas, embriones crioconservados o sino frescos, derivados de una donación de gametos femeninos y masculinos, asimismo las clínicas se encargan de facilitar los rasgos físicos de los donantes para así hacer que el niño no sea tan diferente a sus padres intencionales. (Clarín, 2014)

En Latinoamérica la maternidad subrogada no está permitida o no se encuentra regulada expresamente. En Argentina por ejemplo, no está permitida, por preceptos Católicos, dado que la mayoría de países latinoamericanos practican la mencionada religión; en Chile la situación tampoco tiene un panorama positivo, dado que no existe una regulación al respecto y el código civil presenta trabas al momento de que las parejas quieren someterse a este método, por lo que optan ir a otro país; en Brasil esta técnica no está regulada, sin embargo existe una resolución del Consejo Federal de Medicina 2.121/2015 que permite la maternidad subrogada siempre y cuando se cumplan ciertos requisitos: “Que esta debe ser de forma altruista, la gestante debe ser un familiar, ni la madre intencional ni la gestante deben tener más de 50 años, la madre que desea tener descendencia debe tener algún problema médico que no le permita concebir, además también pueden hacer uso de estas técnicas las parejas homosexuales.” (Salgado, 2017)

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

6.2.1 Red Latinoamericana de Reproducción Asistida

Es una institución científica y educacional, que reúne más del 90% de centros que realizan técnicas de reproducción asistida en Latinoamérica. La cual ofrece diversos talleres y programas educacionales para especialistas en medicina reproductiva. Además del congreso que se realiza cada dos años en diferentes sedes, donde se reúnen profesionales de la materia para discutir puntos importantes sobre la evolución, actualidad y evaluación de las TERAS a nivel latinoamericano. (Redlara)

6.2.2 Registro Latinoamericano de Reproducción Asistida

Es un órgano de la Red Latinoamericana de reproducción asistida, es considerado un instrumento que se utiliza para recolectar información acerca de las TERAS, fue creado en el año 1990, es considerado como el primer registro multinacional y voluntario del mundo. Sus objetivos principales son "desarrollar una herramienta educacional para servir a los profesionales de la salud y a las parejas infértiles para tomar decisiones informadamente; desarrollar una base de datos lo suficientemente grande para apoyar estudios epidemiológicos; promover el desarrollo de registros nacionales de técnicas de reproducción asistida; y monitorizar la eficacia y seguridad de las TRA.". (Schwarze, 2010)

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

El último registro elaborado por este órgano fue en el año 2014, del cual se desprende que en el Perú del total de clínicas, solo 7 son las que se encuentran registradas y acreditadas por la Red Latinoamericana de reproducción asistida, asimismo hubo 3,384 casos de aplicación de diversas técnicas de reproducción humana asistida, entre ellas la fecundación in vitro, la inyección intracitoplásmica, la ovodonación y la preservación de gametos. Siendo un total de 1,220 casos de donación de gametos. (REDLARA, 2014)

6.3 Las técnicas de reproducción humana asistida en América del norte

Estados Unidos al ser un país federado, cada Estado tiene su propia ley, del mismo modo las TERAS son reguladas de diferente modo, estas son aplicadas en todos los Estados y casi todos poseen una regulación frente a estas; a excepción de Arizona que no posee aun una regulación específica y vigente.

En la mayoría de ciudades se contempla la donación tanto de esperma como de óvulos, siendo California, Nueva York y Colorado los destinos más visitados por extranjeros para someterse a las técnicas de reproducción, ya que dichos Estados poseen legislaciones bastante flexibles al respecto, ya sea porque poseen los bancos de semen más importantes del país, permiten la maternidad subrogada y también la donación de óvulos y embriones; también donde la firma de un consentimiento; o una sentencia judicial da la filiación automática

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

del niño nacido bajo la modalidad de la donación de gametos o maternidad subrogada.

En México las técnicas de reproducción son reguladas por la Ley General de Salud y su reglamento, además existe un organismo que lleva un registro sobre las clínicas de fertilidad y revisa que cumpla con los estándares de calidad y seguridad para los pacientes, del mismo modo está actualizándose sobre los protocolos y materiales bioquímicos que se emplean.

Sin embargo, al no existir una ley específica sobre las técnicas, desborda un vacío legal, asimismo poseen una ley obsoleta que no va acorde con los avances científicos que se dan día a día con mucha rapidez. Lo que ocasiona que se realicen actividades que no tienen una naturaleza jurídica ni licita ni tampoco ilícita, poniendo en riesgo a las partes intervinientes, la misma situación que afronta actualmente el Perú.

En lo que respecta a la maternidad subrogada, muchos Estados no se pronuncian al respecto, Sinaloa y Tabasco son los únicos que permiten esta figura, no obstante solo a los ciudadanos mexicanos, por lo que no está permitido a extranjeros. Solo se llevará a cabo esta técnica de forma altruista, la filiación está regulada en el código civil, donde explica que si la madre gestante posee un vínculo genético con el niño, será la madre legal, sin

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

embargo esta debe renunciar a su maternidad y dar en adopción al recién nacido a los padres intencionales. (Fernández S. , 2017)

En Canadá la regulación de las técnicas de reproducción asistidas es bastante flexible y permite el acceso a ellas de diferentes modelos de familia, ya sean parejas de esposos heterosexuales u homosexuales, mujeres u hombres en solitario también pueden acudir a estas. La donación de gametos tanto de esperma, de óvulos y embriones está permitida y regulada, asimismo la crioconservación de los gametos y de los embriones.

Tanto en Canadá como en Estados Unidos existe un acuerdo legal escrito por un abogado, previo a la donación de los gametos. Donde tanto los futuros padres como el donante pueden exponer sus pretensiones, intereses y necesidades, llegando a convenio que finalmente será firmado y cumplido por ambas partes, dando así seguridad jurídica a las partes que intervienen. (Rodrigo, 2015)

La gestación subrogada en el país canadiense es apta para todos los modelos de familia (Agar, 2016), siempre y cuando sea con una finalidad completamente altruista, es decir que a la madre sustituta solo se le compensa los gastos emergentes de la gestación y parto; como son medicamentos, vitaminas, compensación por los días dejados de laborar, subvención de

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

pasajes debido a los diversos desplazamientos que se deben realizar, etc. Esta es la razón por la que existen pocas candidatas a prestar su vientre.

La filiación del menor se determina mediante sentencia judicial, del mismo modo para los extranjeros la paternidad se obtiene de forma inmediata mediante el consulado respectivo y la madre no tiene la necesidad de adoptar y además también el niño obtiene la nacionalidad canadiense por haber nacido allí. (Agar, 2016)

6.4 El anonimato en la donación de gametos

El secreto de los datos de la donación en las técnicas de reproducción asistida, es una situación que numerosas legislaciones han decidido optar, por una razón en particular, la divulgación de información médica, puesto que revelar esta atenta contra un derecho sensible, la intimidad, tanto para el donante como para los padres que desean que su situación y decisiones tomadas no circulen por allí sin su consentimiento; además que evita la comercialización de los gametos por parte de ambos, ya que no llegan a conocerse.

Es por estas razones que tanto gobiernos como clínicas han optado por la reserva de los datos de los pacientes y donantes, para evitarse, supuestamente, mayores problemas, sin embargo dejan de lado el derecho a la

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

identidad que le corresponde al menor, a saber la verdad sobre sus padres biológicos y genéticos.

Sin embargo existen países en los que el anonimato ha sido eliminado y esto debido al interés superior del niño. La legislación de Suecia, Estados Unidos, Dinamarca, Holanda, entre otras ya han puesto en práctica esto, bajo ciertos lineamientos que permiten que esta situación se desarrolle de la forma más eficiente y adecuada tanto para los padres, los donantes y especialmente los niños nacidos bajo esta técnica. Lo positivo es que otras legislaciones están imitando este actuar, como Alemania o Francia y cada vez son más los que entran a debate sobre el anonimato en la donación de gametos y el derecho a la identidad del niño.

6.4.1 España

La donación de gametos en este país es totalmente anónima, sin embargo los padres y descendencia tienen derecho a conocer datos generales del donante, es decir todas aquellas particularidades médicas pertinentes para la salud del concebido, como por ejemplo el tipo de sangre, siempre y cuando no se revele la identidad de este.

Los donantes pasan por rigurosos exámenes antes de poder donar sus gametos, esta es la razón por la que solo se permite a mayores de edad el

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

poder someterse a esta situación. El banco de semen es el encargado de estas funciones y también de asegurar que dicho sujeto no posea ninguna condición médica que no le permita donar, además también intentan asegurar que los rasgos del donante sean lo más parecidos a los rasgos de los padres intencionales, aunque en ocasiones es impredecible lo que sucederá al momento del parto. (Ballesteros, Castilla, Nadal, & Ruiz, pág. 4)

Asimismo la legislación permite que los gametos provenientes de una persona puedan ser utilizados en un máximo de seis gestaciones. Además para poder acceder a esta técnica, se necesita que la pareja o en su defecto la mujer firme un consentimiento que establecerá la filiación legal que será irrevocable. (p.4)

Esta condición se debe gracias a que el Estado protege a la familia, puesto que esta desea guardar reserva sobre sus inconvenientes de infertilidad y también de la donación de gametos ocurrida, para no perjudicar a su descendencia. Del mismo modo el Gobierno pretender fomentar el altruismo en estas prácticas, además que al ser anónimas existen grandes cantidades de donantes dispuestos, lo que hipotéticamente no sucedería si es que no existiera el anonimato.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

6.4.2 Suecia

La legislación sueca ha optado por eliminar el anonimato en las donaciones, es decir que el niño puede acceder a todos los datos del donante e inclusive contactarlo. Este escenario se debe a que los legisladores y estudiosos de la materia de dicho país concordaron con que el negarle a un niño o persona el poder conocer su verdad biológica y genética, vulnera su derecho a la identidad y de poder formar está de acuerdo a la verdad, lo que vulnera también su autonomía.

El estado permite que se revele la identidad del donante siempre y cuando el hijo haya alcanzado la mayoría de edad y sepa que fue concebido mediante una técnica de reproducción asistida. Muchos padres sienten pavor de contarles a sus hijos como es que nacieron, por los daños psicológicos o en los lazos familiares que se puedan dar, sin embargo esta situación debería ser superada por el bien de los niños.

Gunilla Sydsjo, una docente de la Universidad de Linkoping, en Suecia, realizó un estudio que fue publicado en la revista británica de obstetricia y ginecología BJOG, sobre la eliminación del anonimato del donante de gametos en ese país, comparó una determinada cantidad de hombres que donaron en Suecia con otros de diversos países en los que existe el anonimato, llegando a la conclusión que “los sujetos aceptados en el programa de donación sueca

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

son personas estables psicológicamente, de carácter y personalidad madura, a comparación de los otros sujetos provenientes de otros países" (Grens, 2011), lo que significa que el eliminar el anonimato ha producido conciencia en los donantes, sobre las consecuencias que se derivan de esta práctica, estando lo suficientemente preparados para poder afrontarlas; esto debido a que pasan por exámenes psicológicos rigurosos que evalúan dichas aptitudes.

6.4.3 Estados unidos

En el país Norte americano, la donación de gametos es una situación muy común, se le permite a heterosexuales, homosexuales y también a personas en solitario. Cada estado tiene su propia legislación al respecto y suele ser el país más visitado por los extranjeros a la hora de buscar las técnicas de reproducción, por sus flexibles y eficientes leyes.

Según la investigación de la autora (Rodrigo, Ovodonante, 2015) En la mayoría de Estados no existe una regulación acerca de cuantas veces puede donar una misma persona a distintas familias, lo que es un problema, puesto que poder darse problemas de consanguinidad en un futuro. Algunos bancos de esperma ponen un límite, en California por ejemplo no permiten más de diez nacidos de un mismo donante, sin embargo esto no es una solución eficiente, debería existir una ley para poner límites a esta situación.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Asimismo la especialista Andrea Rodrigo (2015) afirma que en este país las donaciones pueden ser de dos tipos diferentes, anónimas y conocidas, esto dependerá de cada Estado y su regulación. Las donaciones anónimas se realizan de los bancos de semen o través de la clínica, ni los padres intencionales ni el donante conocen sus identidades, ni pueden llegar a entablar una relación, sin embargo bajo la autorización del donante se puede revelar su identidad en caso de que el niño lo haya solicitado, puesto que se aplica el interés superior del menor. Las donaciones conocidas, en este caso los mismos padres intencionales son los que llevan a sus posibles cedentes, los que son conocidos de la familia o amistades, asimismo existe la posibilidad de poder escoger al donante de óvulos de un listado proporcionado por la clínica, además que el niño puede conocer su identidad biológica y genética.

Por otro lado, también señala Rodrigo (2015), que el consentimiento informado que deben firmar las partes es un aspecto muy importante, en él, el donante asegura no tener ninguna enfermedad de transmisión sexual o hereditaria, además también aceptan todos los procedimientos y consecuencias que puedan ocasionar los exámenes, sobre todo en una donación de óvulos, ya que esta supone una intromisión más agresiva en el organismo femenino con la estimulación ovárica y posteriormente la extracción de los óvulos, siendo entonces este documento una suerte de declaración jurada.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Estados Unidos al ser un país súper desarrollado que crece a velocidades incontrolables, sus pobladores han aprendido a vivir superando tabús y situaciones del pasado que indiscutiblemente ya no se dan, es por eso que todo lo que se deriva de estas técnicas no sorprende a muchos, es más, lo ven como algo beneficioso; además de tener un Gobierno que actúa de manera eficiente frente a ello, haciendo que de forma armoniosa puedan subsistir tanto el derecho a ser padres como el derecho de los concebidos a su identidad, filiación y el poder crecer en un ambiente adecuado para su desenvolvimiento.

Análisis crítico del capítulo I

En la investigación documental, de las fuentes recopiladas para el primer capítulo se tiene como primer punto, los derechos reproductivos, siendo estos importantes de analizar, toda vez que, es el derecho del cual se deriva la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida; los autores consultados afirman que estos son de una naturaleza compleja, puesto que de ellos se derivan un sinnúmero de derechos fundamentales relacionados con la salud sexual y reproductiva, siendo importante destacar que de estos se desprende la libertad en la toma de decisiones respecto de este ámbito, el cual es sumamente significativo para el desarrollo de una persona y por ende su calidad de vida; asimismo estos derechos implican mencionar el tema de la salud, ¿qué significa gozar del más alto grado de salud sexual y reproductiva? Pues de ello se dilucida que las personas en aplicación de estos, tienen el pleno derecho de atenderse en centros sanitarios cuando exista un

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

padecimiento respecto de su sistema reproductivo, haciéndose referencia principalmente a la infertilidad, dadas las fuentes analizadas, todas coinciden que este padecimiento debe ser considerado como una enfermedad, que aqueja a un considerable porcentaje de personas en el mundo, debiendo ser considerada como un problema de salud público mundial que merece atención prioritaria del Estado.

Por ende, el tratamiento por excelencia para tratar la infertilidad son las técnicas de reproducción humana asistida, estas no son un tema novedoso en el mundo, han evolucionado a pasos agigantados a través del tiempo, mejorando y aumentando el porcentaje de éxito, de su definición y clasificación se puede deducir que existen una gran variedad de estas, que son aplicadas en todo el mundo, que permiten no solo lograr el embarazo deseado, sino también preservar de manera adecuada los gametos utilizados, de todas las técnicas señaladas, la gran mayoría de artículos analizados, concuerdan que la que más conflictos denota es la aplicación heteróloga, es decir en la que existe la donación de gametos de una tercera persona, desajustando la realidad en la que viene actuando el derecho, creando situaciones que merecen un mayor amparo jurídico, puesto que se ella se puede desprender la vulneración de derechos fundamentales pertenecientes al menor; notándose que estas son aplicadas con regularidad en el Perú y sin una reglamentación específica y adecuada, tal como se desglosa del informe del Registro Latinoamericano de Reproducción asistida y otras fuentes fidedignas, aprovechándose del

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

mencionado vacío legal las clínicas privadas de fertilidad, que prácticamente se autorregulan, lo cual debe ser aborrecido por el Derecho, dadas la implicancias sociales, jurídicas y éticas de estas técnicas.

Finalmente ,en el presente capítulo, otra fuente que se determinó como significativa es la legislación comparada, puesto que esta al estar más desarrollada en el ámbito de la fecundación asistida, permite estudiar cuáles son las técnicas que están permitidas, cómo se llevan estas a cabo, cómo es que cada Estado las ha regulado para evitar la vulneración de los derechos fundamentales de las partes que intervienen en estas, sobre todo en lo que concierne al menor y sus derechos, del mismo modo cómo mantener un adecuado control y una aplicación estándar de estas. Lo cual servirá como un referente para saber cómo se están desarrollando estas técnicas en el mundo, asimismo servirá de guía para poder proponer una adecuada regulación que se ajuste a la realidad peruana.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Capítulo II

II. Implicancias de la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida heterólogas y su repercusión en la identidad del menor

1. Derecho de familia

Es imprescindible definir al derecho de familia además de conceptualizar este término, que a través de los tiempos ha ido evolucionando y cambiando, teniendo ahora una diversa tipología de familia, no solo la comprendida por padres e hijos en donde prima los lazos biológicos y genéticos, dándole un mayor enfoque a lo que realmente significa una familia y lo que la caracteriza como tal. Todo ello debido a que esta es la institución en la que recae la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida y sus respectivas consecuencias, debiéndose entonces dar los alcances de la familia y su tratamiento constitucional, para que sirva como una base en la presente investigación.

El derecho de familia es un conjunto de normas que se encarga de regular las relaciones que se derivan de la familia. Esto presupone un desafío para el Estado, dado que se intenta normar un entorno que es privado, donde no se puede inmiscuir y dar órdenes o prohibiciones, puesto que cada familia sabe que es lo mejor para ellos mismos, se desarrollan con libertad según

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

tradiciones, costumbres de antiguas generaciones o también se dejan llevar por los nuevos lineamientos que emergen en la actualidad. Sin embargo, esta institución necesita de la protección del Estado, mediante lineamientos y políticas públicas que otorguen deberes, obligaciones y derechos necesarios para que esta pueda desarrollarse de manera adecuada, protegiendo a todos sus miembros, sobre todo a aquellos que se encuentran en un estado de indefensión; los niños y ancianos.

El concepto de familia gracias a la evolución de la sociedad, se ve en la necesidad de tornarse flexible y dinámico, dado que el concepto tradicional de familia, va evolucionando para reunir cada una de las características de todos aquellos tipos que son considerados dentro de este término, es preciso mencionar la evolución de este concepto, tomando en cuenta también sus diversos miembros y los roles que deben haber dentro de esta, para poder satisfacer las necesidades de todos aquellos que la conforman.

La familia es considerada como una estructura dinámica, que ha ido evolucionando conforme han transcurrido los años, esto debido a los cambios de la sociedad; anteriormente el concepto de familia era único, ya que se consideraba y se tomaba como punto de partida para conceptuarlo, la conformación de la misma, tradicionalmente solo se habla de un padre, una madre y los hijos como núcleo familiar, previamente, los progenitores unidos en matrimonio.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

El término familia fue utilizado desde tiempos remotos por la Iglesia Católica, esta es una de las primeras en manejar este término, la religión Católica afirma que la familia “es la sociedad natural donde el hombre y la mujer son llamados al don de sí en el amor y en el don de la vida” (Catecismo de la Iglesia católica, 1992) .Esta concepción en la actualidad, tiene validez, sin embargo gracias a los cambios que se van dando, esta concepción se torna insuficiente.

La familia, según la Declaración Universal de los Derechos Humanos, “es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado” (Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948)

Hoy en día, gracias a la globalización, ya no se puede hablar de la familia solo como los dos progenitores y los hijos, sino ya va más allá, dejando ver diferentes tipos de esta también, todos queriendo abarcar el concepto en cuestión y necesitando algún tipo de regulación y protección para poder cumplir con sus funciones y obligaciones, teniendo en cuenta los roles, que no necesariamente son cumplidos por ciertas personas en específico, sino más bien viéndolos desde el punto de vista en que se necesitan dentro de la familia para poder satisfacer las necesidades de todos sus miembros.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

La familia es considerada hoy como el primer núcleo de solidaridad dentro de la sociedad, siendo mucho más que una unidad jurídica, social y económica. La familia es, ante todo, una comunidad de amor y de solidaridad. (La Familia: Concepto y Evolución, 2009). La familia moderna ha variado, con respecto a su forma más tradicional, en cuanto a funciones, composición, ciclo de vida y rol de los padres. Siendo entonces que la familia es más que lazos consanguíneos, habiéndose convertido en una institución en donde prima el afecto, la solidaridad, las obligaciones de los padres y también de los hijos, es decir los roles que se cumplen dentro de esta.

Asimismo los roles, se ven afectados por diferentes factores, como por ejemplo el núcleo que conforma la unidad familiar, apartando los tradicionales, ahora se habla también de núcleos monoparentales e inclusive homoparentales, pudiendo encontrarnos con diversas conformaciones que deben acomodarse y cumplir con las mismas obligaciones para satisfacción y desarrollo de los mismos.

A fin de conceptualizar la institución familia desde un punto de vista jurídico, el derecho la ha comprendido como “Un conjunto de personas entre las cuales existen vínculos jurídicos, interdependientes y recíprocos, emergentes de la unión intersexual, la procreación y el parentesco” (Zanoni, 1989) se puede decir que el concepto tradicional de familia, se torna dinámico y flexible, en cuanto que este plantea que la familia es el núcleo social básico, conformado por un

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

grupo de personas que las unen lazos de consanguinidad, afinidad, adopción y más recientemente las técnicas heterólogas de reproducción asistida; que tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

Por eso es que ante la flexibilidad de esta institución, el Estado debe estar al tanto de su evolución. Con el avance de la tecnología, esta ha ocasionado que se generen nuevos modelos de familia que necesitan regulación, más allá de las técnicas de reproducción asistida, se está haciendo referencia a una institución que el Estado siempre ha regulado, promovido y protegido; por ello esta situación es una incompatibilidad con sus fines y obligaciones, siendo de considerable importancia atender por las consecuencias que estas técnicas generan en la familia.

2. Protección constitucional de la familia

En el presente acápite se pretende desarrollar la protección y el tratamiento que el Texto Constitucional otorga a la familia, si bien es cierto el Estado promueve un tipo determinado de esta y la institución de la cual debe derivarse (matrimonio), no obstante, no deja de lado la concepción de que existen diversas tipologías de familia, que deben ser protegidas de la misma manera. Asimismo de la Constitución se desprende la libertad de las familias de poder decidir, esto va de la mano con los derechos reproductivos anteriormente estudiados.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

La protección de la familia está considerada dentro de los derechos sociales, estos últimos son todos aquellos que nacen de una relación entre dos o más personas, es decir permiten una vida en sociedad digna para todos sus habitantes, sin discriminación, desigualdad entre clases sociales, para asegurar oportunidades y condiciones igualitarias.

Por qué entonces la familia está considerada dentro de los derechos sociales, si se supone que esta es una institución privada, en primer lugar dentro de esta existen relaciones entre dos o más personas, en segundo lugar, los miembros están obligadas a cumplir ciertos lineamientos para así ser y formar personas correctas ante la sociedad, que sean capaces de desarrollarse de manera íntegra respetando las normas mínimas de convivencia y haciendo respetar sus derechos. Es por ello que, aunque la familia sea un entorno privado en el que el Estado no puede intervenir de manera directa, debe ser considerada como un derecho social, que merece reconocimiento por parte de este, para aseverar lo anteriormente mencionado.

La Constitución Política de 1993, en sus artículos 4º, 5º y 6º los cuales estipulan acerca de la familia, de su promoción y protección. El artículo 4º reconoce a la familia y al matrimonio como institutos naturales y fundamentales de la sociedad, esto se debe a que el entorno familiar es aquel en el que se forma el ser humano para salir a la sociedad, por ello el Estado debe de

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

preocuparse por promover un modelo constitucional de familia para asegurar personas de bien. Este artículo también habla acerca de la protección que se le da especialmente al niño, adolescente, a la madre y a los ancianos, puesto que estos sujetos merecen una especial atención debido a ciertas cualidades que poseen, que en el caso de los niños y los ancianos es notable, ya que dependen de otras personas para poder hacer valer sus derechos.

El modelo de familia que la Constitución protege, es implícita, ya que no existe un apartado en el que se hable como debe ser este modelo, sin embargo analizando la norma e interpretándola, se llega a la conclusión de que la familia a la que se refiere es aquella conformada por progenitores e hijos y en algunos casos parientes consanguíneos que se encarguen del cuidado de la descendencia, siendo este el modelo que el Estado pretende promover, por ser el más adecuado para el desarrollo de sus miembros. No obstante, a pesar de ello, el texto constitucional no niega que existan otros modelos de familia, puesto que de alguna manera estos tratan de encajar dentro de la protección que el Gobierno ofrece al modelo tradicional, aunque aquel proteja y promueva específicamente solo uno.

“El modo en el que se produzca la generación de vidas humanas y su necesaria atención subsiguiente no es indiferente a nuestro orden constitucional.” (Plácido Vilcachagua, 2013, p. 51) El Estado reconoce dos tipos de uniones que pueden desencadenar en una familia, el matrimonio y la unión

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

de hecho, sin embargo se promueve el matrimonio como institución ideal, en tanto en el artículo 5º constituye que la unión estable entre hombre y mujer sin impedimento de matrimonio que forman un hogar, se les debe dar el tratamiento de familia también, aunque esta no tiene los mismos beneficios y derechos que gozan las uniones matrimoniales. Por lo que el Estado está obligado a proteger a todas aquellas instituciones familiares en las que existan deberes y obligaciones que cumplir y una descendencia a la cual formar, sea cual sea su filiación; matrimonial, extramatrimonial y también las que deriven de una técnica de reproducción humana asistida.

El artículo 6º de la Constitución hace mención sobre la maternidad y paternidad responsable y también sobre la igualdad de los hijos, en tal sentido expresa que el Estado tiene como objetivo difundir y promover la responsabilidad en la maternidad y paternidad, reconociendo asimismo el derecho de las familias y personas a decidir, de allí se derivan los derechos reproductivos, en tanto está constitucionalmente reconocido que puedes elegir libremente acerca de la cantidad de hijos y es espaciamiento entre ellos. También expone que es obligación del Estado el asegurar todo tipo de programas y asistencias educativas y de salud, que permitan que las personas puedan satisfacer estos derechos de manera adecuada e informada.

No obstante, dice en la última parte del artículo “que no afecte la vida y la salud”, aquí se presenta un problema al momento de hablar de las técnicas de

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

reproducción asistida, ya que estas presuponen una manipulación de los embriones y dados los preceptos constitucionales de la célula embrionaria y su estatuto jurídico se concluye de que esta es un sujeto de derechos desde el momento de su concepción, sin embargo, el fin de estas técnicas es dar vida, es tratar la infertilidad de las parejas, es producir una fecundación en donde hay complicaciones para la misma, garantizando así el derecho a la salud de las mismas.

Cuando se habla de la salud, la infertilidad como ya fue explicado, se trata de una enfermedad reconocida así por la Organización Mundial de la Salud; que trae consecuencias penosas en las personas que la padecen, siendo vital que el Estado promueva las TERAS como la solución más efectiva e idónea para los que desean concebir. Entonces el no informar, educar, promover, regular la correcta aplicación de estas, está siendo incompatible con el Texto Constitucional, además de que como se ha mencionado, la infertilidad trae consigo consecuencias dañosas en las personas que la padecen, atentando de esta manera contra la vida y la dignidad de aquellas personas.

3. ¿Derecho a los hijos o derecho de los hijos?

Dentro de los derechos reproductivos se encuentra el derecho a la procreación, que es aquel mal llamado "*derecho al hijo*" que abarca el poder decidir cuántos hijos se quiere tener y el espaciamiento entre los mismos, siendo este un derecho individualista de la persona, es decir que el mismo

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

individuo puede satisfacerlos con autosuficiencia e independencia, sin intervención del Estado, sin embargo esto no significa que no se encuentre protegido y que en caso de que alguna persona, entidad o norma llegara a vulnerarlos, este no vele por acabar con dicha vulneración.

En consecuencia, cuando se habla de derechos reproductivos y de técnicas de reproducción humana asistida se escucha muy a menudo el término "derecho al hijo", tratando de definir este de la mejor manera, se puede decir que es aquel derecho que posee una persona para concebir, elegir fundar una familia de forma libre; sin embargo la expresión utilizada no es la más adecuada, puesto que esta hace referencia a un ser vivo, que vendría a ser el niño, del cual no se puede disponer para que sea objeto de un derecho, ya que se estaría vulnerando su dignidad, por este motivo es que no debería llamársele de dicha forma.

En palabras de Varsi (2013), el cual explica que "no se puede confundir un deseo legítimo y natural con un derecho. En este sentido, no existe un derecho a tener hijos. Un hijo es un ser humano al que se le ha otorgado dicho estado civil, de hijo, es una persona, como los padres, por tanto, un sujeto de derechos y por ello no puede ser objeto de un derecho." (p. 397-398)

Es por eso que Varsi (2013) redefine este término y concluye que la forma correcta de llamarlo es derecho a la procreación, que se entiende como el

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

derecho a procrear de forma libre, sin embargo, esta debe hacerse de una manera responsable, dada la finalidad de esta actividad, el menor concebido, puesto que deben haber parámetros y lineamientos para que se respeten los derechos de la nueva vida, teniendo como base el interés superior del niño. (P.398)

En tal sentido ¿hasta qué punto se debe defender el derecho a la procreación sin que se vulneren los derechos del menor? Los derechos sociales son los que promueve el Estado, es por ello que el Ministerio de Salud se encarga de promover la salud sexual y reproductiva mediante la elaboración de planes y estrategias para que estos sean satisfechos de manera adecuada y responsable; por ello el derecho a la procreación al estar dentro de los derechos reproductivos, también son competencia del Estado que de alguna manera, que puede ser mediante información, campañas, planificación familiar, este derecho se lleve de manera responsable, por ser imposible que el Estado intervenga directamente por tratarse de un derecho de carácter individual e incluso privado.

Toda persona tiene derecho a la procreación, esta decisión o plan de vida de poder ser padre o de tener descendencia se aplica a la gran mayoría de personas en el mundo, sin embargo en el caso de las TERAS, este derecho se ve perjudicado, por el tema de la infertilidad, siendo estas el tratamiento por excelencia para acabar con ella; es por ello que mientras no se vulnere el derecho de una tercera persona que en el presente caso es el menor, este

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

puede ser ejercido por el individuo de forma libre, entonces ¿Cuándo debe intervenir el Estado? Pues en el momento en el que se advierta que los derechos del menor o de otra persona están siendo vulnerados.

Vulnerar significa, transgredir, quebrantar, o violar algún precepto que en este caso hace referencia a los derechos de la persona, que están amparados en nuestra Constitución, en la Declaración Universal de Derechos humanos y todos aquellos que deriven de la dignidad humana.

Para entender mejor la vulneración de los derechos, se debe mencionar que "es un delito que atenta contra los derechos fundamentales del hombre, que es realizado por el Estado directa o indirectamente o también por omisión, dejando este de lado su principal finalidad, que es velar por estos y por la dignidad de la persona, provocando así la inexistencia del estado de derecho." (Chile, 1991)

Sin embargo se debe tomar en cuenta que en el caso de las TERAS, no solo se habla de un derecho a la procreación que lo poseen como ya se dijo absolutamente todos, sino que también está el tema de la infertilidad, definida anteriormente como una enfermedad que causa una discapacidad y que provoca consecuencias nefastas en las personas o parejas que la padecen, además de ser catalogada como un problema de salud pública que merece la debida atención del Estado.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Entonces qué derecho prevalece sobre el otro ¿qué se debe hacer cuando existe un evidente conflicto entre estos? En casos de esta magnitud, el Tribunal Constitucional ha establecido el llamado test de ponderación, el cual debe ser realizado cuando exista un conflicto entre derechos fundamentales, por supuesto que tomando en cuenta el interés superior del niño como una regla básica para poder resolver.

En el caso de los derechos, todos los seres humanos los poseen, son inherentes a ellos, por lo que en determinadas ocasiones pueden verse en confrontación con otros derechos pertenecientes a un diferente individuo, puesto que de ellos también se derivan los intereses de cada persona, lo que generará que exista una confrontación, en donde la interrogante a responder ¿será quién es el que debe ceder? (Córdova, 2005) O en todo caso que derecho prevalece sobre cual, tarea que no es sencilla, ya que requiere un riguroso análisis de todo lo que implicaría conceder o no el derecho y a quién, además de las consecuencias tanto para el que "cedió su derecho" como al que se le reconoció.

sin embargo lo que se debería lograr es que entre el derecho a la procreación y el derecho de los hijos, exista una armonía, más aun cuando se está en el ámbito de la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida, puesto que aquí se enfrentan dos situaciones delicadas: el derecho de los padres a tratar su infertilidad y los derechos de los menores, por ello el

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Estado debe regular de la manera más imparcial posible esta situación, no prohibiendo las TERAS, sino conduciendo su aplicación para que no se vulnere ningún derecho.

3.1 Derechos fundamentales de los padres intencionales que se derivan de la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida

Como bien se ha señalado en el acápite anterior, no existe un derecho al hijo, puesto que un ser vivo no puede ser objeto de un derecho, sin embargo existe el derecho a la procreación que se deriva de los derechos reproductivos, que es aquel que permite a las personas reproducirse de forma libre, sin embargo, cuando se habla de las TERAS, su aplicación no solo se funda en el derecho a ser padre (procreación), sino que de esta situación se desprende una serie de otros derechos que están relacionados, los cuales merecen ser atendidos y resguardados; por ello la importancia de analizar cada uno de estos derechos, para así fundamentar de forma positiva la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida.

3.1.1 Derecho a gozar del más alto grado de salud sexual y reproductiva

En el capítulo I se desarrollaron los derechos reproductivos y que expresamente en la Norma Constitucional no se encuentran protegidos, sin

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

embargo indirectamente si lo están, además de la Ley de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres" y la Norma técnica de planificación familiar que consagran los derechos reproductivos y los lineamientos necesarios para que los Estados regulen y protejan dichos derechos. Siendo que los derechos reproductivos tienen dos vertientes por así decirlo, la salud sexual y la procreación; ambos derechos íntimamente ligados a las técnicas de reproducción humana asistida.

Se entiende por salud sexual y reproductiva según la (Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, El Cairo, 1994)

"Es un estado general de bienestar, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo, sus funciones y procesos."

Esto quiere decir que toda persona tiene derecho a gozar del más alto grado de salud sexual y reproductiva, esto implica que no padezca de ninguna anomalía que altere el sistema reproductivo respecto de sus funciones y procesos, siendo entonces la infertilidad una anomalía del sistema reproductivo, puesto que causa una incapacidad a la hora de intentar la concepción, trayendo consecuencias negativas en los aspectos físico, psíquico, personal y afectivo de la persona que la padece, por lo tanto teniendo que el Estado velar por el tratamiento de esta, que por excelencia vendrían a ser las Técnicas de reproducción humana asistida.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

3.1.2 Derecho a beneficiarse del avance tecnológico y científico

El avance científico y tecnológico evoluciona rápidamente, simplificando la vida de las personas que habitan la tierra, ya sea en el ámbito de las ingenierías, la salud, electrónicos, ciencia, etc.; cada vez existen nuevos y mejorados modelos, aparatos, sistemas o en el caso de la medicina tratamientos como las TERAS, que ayudan a las personas a tener una vida más digna. Por ello se ha visto por conveniente convertir en un derecho la utilización de estas tecnologías para el beneficio del individuo o de su entorno; siendo por lo tanto una vulneración del mismo que el Estado no promueva estrategias ni planes para que sus pobladores, sobre todo los de bajos recursos puedan tener acceso y beneficiarse de estos.

En un informe realizado por la UNESCO, la Experta Independiente en el campo de derechos culturales de las Naciones Unidas, la Señora Farida Shaheed, afirma que el derecho a beneficiarse del progreso científico y sus aplicaciones, tiene como objetivo fomentar la información y herramientas necesarias para que los individuos tomen conocimiento de estos avances y que además lo protejan de las posibles consecuencias negativas del progreso científico y tecnológico, siempre teniendo como base el disfrute de los derechos humanos fundamentales. (Unesco, pág. 1)

Shaheed también señala que este derecho abarca todas las ciencias existentes, ya sea de la vida, la física y química, del comportamiento y sociales,

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

también las ingenierías y los profesionales de la salud, así es como la experta manifiesta que el Estado debe tomar las siguientes medidas para garantizar el mencionado derecho: (p.1)

a) En primer lugar el acceso de todas la personas, especialmente aquellas de bajos recursos económicos, a los beneficios que otorga el avance científico y sus aplicaciones, para que estos individuos tengan una vida digna, asimismo el acceso a la información y las herramientas necesarias para decidir de manera adecuada respecto de las propuestas investigativas y el desarrollo de las ciencias.

b) Todos aquellos derechos pertenecientes a los científicos, ya sea la libertad de pensamiento, de opinión y a la de viajar para complementar la investigación científica.

c) Que bajo ningún término se vulneren derechos de las personas al momento de llevarse a cabo la investigación científica.

d) Que el Estado se preocupe por los recursos económicos y humanos para la realización de establecimientos científicos respectivos para poder garantizar el derecho a disfrutar de los beneficios del progreso científico y sus aplicaciones.

Así, se tiene a la Declaración Universal de los Derechos Humanos en cuyo artículo 27° se consagra el derecho en mención: (p. 2)

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

"Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora. "

Asimismo el artículo 15° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (p. 2)

1. "Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a:

a) Participar en la vida cultural;

b) Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones;

c) *Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora."*

El Perú por ser un país tercermundista, los avances científicos y tecnológicos llegan más tarde que en los países del primer mundo, por lo tanto muchos de los pobladores tienen recelo o temor por estos avances; sin embargo con una adecuada información y promoción de los mismos mediante

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

el Estado, poco a poco los peruanos se mostrarán más amables e interesados por ellos; gran ayuda proporciona el internet y las redes sociales, no obstante los que no poseen dichos elementos necesitan de un Estado en modo participativo para enterarse y beneficiarse de estos.

En conclusión, toda persona tiene derecho a gozar de los beneficios de la tecnología y de la ciencia, asimismo el Estado debe ser partícipe en la implementación de planes para que todos los pobladores puedan tener acceso, además de incentivar la investigación científica para que esta siga trayendo más beneficios al mundo. En consecuencia, cuando se habla de técnicas de reproducción humana asistida, toda persona toda persona que sufre de algún detrimento en su sistema reproductivo, tiene derecho a beneficiarse de estas, teniendo el Gobierno que garantizar dicho derecho mediante una regulación y supervisión de las clínicas y centros de fertilización, además de incluir en los seguros de salud pública la aplicación de estas técnicas, para así garantizar que las personas que sufren de infertilidad y no poseen los medios económicos para tratarse en una clínica privada, puedan beneficiarse de estas mediante el Estado.

El Estado está obligado a garantizar el acceso efectivo a las tecnologías médicas más eficaces de acuerdo con la evidencia científica, y a sancionar cualquier obstrucción que impida el ejercicio de este derecho. (Sentencia AT-627/12, 2012)

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

3.1.3 Derecho a la autonomía personal y reproductiva

La Constitución Política en su Artículo 2° protege de manera indirecta el derecho a la autonomía de una persona, puesto que al proteger el derecho al libre desarrollo y bienestar se encuentran dentro ellos la autonomía.

La autonomía vendría a ser la independencia que posee una persona en su vida, cómo es que decida llevarla a cabo en todos los aspectos que esta posee, sin que nada ni nadie pueda privarla de aquella libertad, es decir cada uno decide cómo es que debe vivir su vida, cuáles son los estándares de calidad de vida, que para todos los individuos es diferente; por ello es importante resaltar que las parejas al momento de decidir tener un hijo, están actuando con autonomía, tanto personal como reproductiva, siendo este derecho reconocido y por lo tanto protegido, el cual debe ser garantizado por el Estado. Definiéndose entonces como la capacidad de realizar lo que uno ha decidido de manera independiente.

“La autonomía personal (moral o decisoria) es la capacidad del individuo para hacer elecciones, tomar decisiones y asumir las consecuencias de las mismas. El término opuesto a autonomía no es dependencia sino heteronomía.” (Martínez T. , 2013)

En efecto la autonomía personal es aquella facultad que posee absolutamente toda persona para poder elegir acerca de su vida en todo aspecto, de forma libre y responsabilizándose por las consecuencias de

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

aquellas decisiones, sin que otra persona interfiera definitivamente sobre aquellas.

"La autonomía reproductiva de cada individuo sería la potestad que tiene para decidir mediante voluntad propia, si quiere o no quiere tener hijos, cuándo tenerlos, cuántos tener y cómo llevar a cabo su decisión sin depender de la voluntad de otra persona." (Croxatto, 2004, pág. 210)

Al igual que la autonomía personal, la reproductiva la posee toda persona, por la cual tiene la libertad y voluntad de escoger si tendrá o no descendencia y todas las decisiones que deba tomar respecto de ese asunto, sin que otra persona interfiera y decida por ella, sin discriminación ni coacción, e igualdad ante la ley.

No debe confundirse el término autonomía con autodeterminación, si bien van de la mano, no son sinónimos, la autodeterminación es la capacidad de las personas de tomar una decisión respecto de algún aspecto de su vida en forma libre y la autonomía es realizar dicha decisión de forma independiente, aceptando las consecuencias que se puedan generar a partir de dicha elección. En efecto, en este acápite es importante señalar la autodeterminación porque está ligada con la autonomía, puesto que juntas generan dignidad humana y calidad de vida.

La autodeterminación como una capacidad es el conjunto de habilidades que cada persona posee para hacer sus propias elecciones, tomar sus decisiones y

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

hacerse responsable de las consecuencias que puedan ocasionarse. Esta capacidad se aprende y adquiere mediante su ejercicio, a través del aprendizaje de uno mismo y de la sociedad, siendo entonces que al ser una acción directa de las propias personas y desde su propio control se esté ejerciendo la autonomía. (Lopéz, 2004, pág. 5)

La autodeterminación como un derecho es aquella garantía perteneciente a las personas, al margen de sus capacidades, las cuales le permiten desarrollar un proyecto de vida basado en su identidad personal y sobre el cual tienen un control. Ejerciendo de igual manera el derecho a la autonomía, puesto que la persona por sí misma es la que decide sobre el mencionado proyecto. Siendo estos derechos individualistas, sin embargo el Estado igual tiene la obligación de protegerlos y garantizarlos. (López 2004 p.5)

3.1.4 Derecho a la libertad sexual y reproductiva

Este derecho se desprende del anterior, el de la autonomía, puesto que de este también se desprende la libertad de cada quien en decidir en el ámbito sexual y reproductivo de su vida, decidiendo si tener o no hijos, cuantos tener, cómo y con quién, sin mediar de por medio ninguna discriminación, desigualdad ante la ley o coerción.

En efecto, los padres intencionales al poseer la libertad de elegir si desean tener hijos y por una u otra razón la infertilidad se los impide, es deber del Estado regular las técnicas de reproducción humana asistida, para que aquella

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

pareja pueda ver garantizado su derecho a la libertad sexual, además estando estas técnicas reguladas, se evitará la vulneración de los derechos de todas las personas que intervengan en ellas.

Este es un derecho que pertenece a toda persona, al igual que todos los que aquí se desarrollarán, asimismo están protegidos en la constitución y declaraciones internacionales de derechos humanos, sin embargo la lista más larga y completa es la Declaración de los Derechos Sexuales de la Asociación Mundial de Sexología, la misma que define al derecho a la libertad sexual como la que "abarca la posibilidad de la plena expresión del potencial sexual de los individuos. Sin embargo, esto excluye toda forma de coerción, explotación y abuso sexuales en cualquier tiempo y situación de la vida." (WAS, 1997, pág. 1)

3.1.5 Derecho a la integridad física y psicológica

Cuando se habla de integridad física y psicológica, se hace referencia al estado equilibrado y completo tanto del soma humano como de la mente de un individuo, siendo cualquier tipo de alteración, afección, menoscabo en dichos elementos una vulneración al derecho a la integridad física y psicológica.

El autor (Sáenz Dávalos, 2015) en su artículo *Apuntes sobre el derecho a la integridad en la Constitución Peruana* define de la siguiente manera la integridad física y psicológica:

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

“La integridad física pretende garantizar el estado de inalterabilidad del cuerpo de una persona o su buen funcionamiento desde el punto de vista fisiológico y garantizar dicho estado frente a conductas que atenten contra el mismo.” (p.298)

“La integridad psíquica, en cambio, hace referencia al estado de tranquilidad interior. Al contexto de normalidad en el que se desenvuelve el psiquismo o mundo interno de la persona y que por ser esencialmente individual corresponde prima facie ser valorado en sus alcances por su propio titular” (p. 297)

El artículo 5° del Código Civil establece que:

> *"El derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad, al honor y demás inherentes a la persona humana son irrenunciables y no pueden ser objeto de cesión. Su ejercicio no puede sufrir limitación voluntaria, salvo lo dispuesto en el artículo 6°."*

El artículo 6° prohíbe los actos de disposición del propio cuerpo siempre que estos intenten contra la integridad física o psíquica propia o de un tercero o atente contra el orden público o las buenas costumbres, siendo así que la infertilidad tratada mediante las técnicas de reproducción asistida, no se encuentra dentro de este presupuesto normativo, pudiendo el individuo someterse a estas.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

El artículo 2° de la Constitución Política del Perú en su inciso 1 constituye que

> *"Toda persona tiene derecho a: 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."*

Por lo tanto ¿cómo está relacionado este derecho con el de la procreación de los padres intencionales? ya es sabido que estas parejas acuden a las TERAS porque poseen problemas de infertilidad, que no les permite concebir, siendo esta una enfermedad que afecta al sistema reproductivo y causa una discapacidad en el organismo de quien la posee, lo que ocasiona de forma clara una vulneración a su integridad física y psíquica, puesto que las consecuencias que trae consigo esta condición, amedrantan no solo el cuerpo, sino también la psiquis del individuo; en consecuencia que el Estado prohíba, no regule o que siga permitiendo a las clínicas de fertilidad aplicar estas técnicas a su libre albedrío atenta contra este derecho.

3.1.6 Derecho al libre desarrollo de la personalidad

La personalidad es un aspecto íntimo de todo ser humano, cuyo desarrollo se da en plena libertad de este, en tal sentido, el Estado no puede intervenir ni imponer o prohibir algún tipo específico, puesto que cada persona, a lo largo de su crecimiento va aprendiendo a discernir bajo su propio criterio lo que es

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

bueno o malo, para desarrollar de esta manera su personalidad y poder distinguirse de los demás.

La Constitución Política en su Artículo 2° consagra el derecho al libre desarrollo:

> *"Toda persona tiene derecho a: 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."*

Para el autor (Villalobos Badilla, 2012, pág. 67) "el libre desarrollo de la personalidad busca proteger el diseño y estilo de vida de cada individuo, los caminos y decisiones autónomas que éste tome durante su existencia. Es decir que cada ser humano es dueño absoluto de su propia vida y por ende tiene un derecho universal inherente a dirigirla tal cual le parezca"

"Reconocido como aquel derecho de libertad individual cuyo contenido implica que el individuo es dueño de su propio proyecto vital y según el cual todo lo que la Constitución no prohíbe se encuentra constitucionalmente autorizado y protegido, en consecuencia, el legislador solo puede limitarlo de manera razonable y proporcional." (Alvarado Tapia, 2015, pág. 4)

En consecuencia, respecto de las técnicas de reproducción humana asistidas, los padres intencionales tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad, en tanto, pueden diseñar su propio proyecto de vida sin ser

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

juzgados, discriminados o coaccionados por otras personas ni mucho menos por el Estado, además de poder tomar decisiones de manera libre y autónoma, por ser dueños absolutos de su vida y de las elecciones entorno a ella; por ello el escoger ser padres y formar una familia forma parte del desarrollo de su personalidad y al momento de verse frustrada por algún motivo, como en este caso, problemas de infertilidad, este derecho se ve menoscabado, ya que esta condición no les permite realizar aquella decisión que han tomado, más aun si el Estado no se preocupa en buscar soluciones o estrategias para mitigar dicha situación, siendo su deber, puesto que si bien es cierto, este derecho es personalísimo e individual, lo que significa que el Estado no puede ni debe intervenir para su satisfacción, la infertilidad afecta el derecho fundamental a la salud, lo que lo convierte en un deber innato del Estado, incumbiéndole actuar con un papel intervencionista.

3.1.7 Derecho a la intimidad personal y familiar

Este es un derecho fundamental de primera generación, significando que pertenecen al primer grupo de derechos consagrados en la norma Constitucional, consagrada en el artículo 2° inciso 7: "*Toda persona tiene derecho a: Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propias."* Para el autor (Cruz Chuchullo, 2011) hacen referencia a "los derechos civiles y políticos, también denominados "libertades clásicas". Fueron los primeros que exigió y formuló el pueblo en la Asamblea Nacional durante la Revolución francesa. Este primer grupo lo

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

constituyen los reclamos que motivaron los principales movimientos revolucionarios en diversas partes del mundo a finales del siglo XVIII.”

Cuando se habla de intimidad se hace mención a lo privado, lo que nadie ve o debe ver, por pertenecer a un aspecto exclusivo de cada persona o familia, en consecuencia aquellos aspectos están revestidos de una protección especial por parte de la Constitución, consagrándole la labor de garantizarlos al Estado, no pudiendo entrometerse de manera directa en dichos asuntos, puesto que vulneran dicha condición.

“La intimidad es una necesidad humana y un derecho natural del hombre por lo que es independiente y anterior a su regulación positiva.” El término íntimo viene de “*intimus*” que significa “lo más interior”, perteneciendo la intimidad al ámbito psicológico e inconmensurable de cada individuo, comprendiendo además su personalidad, sus valores morales y religiosos, asimismo sus tendencias amorosas y sexuales e ideológicas, estando más lejos del interés público que lo privado. (Buenestado Barroso, 2011, pág. 151)

Según la Real Academia de la Lengua Española define la intimidad como “Zona espiritual y reservada de una persona o un grupo, especialmente una familia.”

Dentro del derecho a la intimidad se encuentran también la dignidad humana, siendo esta una parte esencial de la toda persona, además de la libertad y autonomía que tanto se ha recalcado en este acápite, puesto que

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

cada individuo es dueño de su vida y puede decidir y hacer lo que le parezca más conveniente con ella, siendo estas decisiones una parte íntima de la persona o de la familia dependiendo del caso, no pudiendo otras personas o el mismo Estado inmiscuirse en las mencionadas si es que los titulares no lo consienten.

(De Heredia, 2011) Señala que:

> "El derecho a la intimidad supone la protección jurídica de la vida privada, de tal modo que este derecho protege la vida privada del individuo y su familia, pues esta disposición constitucional reconoce la necesidad de toda persona de conservar su existencia con el mínimo de injerencia de los demás, para así lograr la tranquilidad del espíritu, la paz interior y el desarrollo de su personalidad, por esta razón para proteger adecuadamente este derecho, se impone al Estado, el deber de abstenerse de atentar contra el mismo, así como la obligación de hacerlo respetar. "

Por lo tanto, los padres intencionales ven afectado su derecho a la intimidad personal y familiar, puesto que de alguna manera al no estar reguladas adecuadamente las técnicas de reproducción humana asistida, el Estado se está inmiscuyendo en su decisión de formar una familia, como ya se ha mencionado, este derecho también implica la dignidad humana, la libertad y la autonomía que cada persona posee en su vida; entonces debiendo garantizar

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

este derecho mediante la elaboración de una norma para que se puedan llevar a cabo estas técnicas otorgándoles una seguridad jurídica.

3.1.8 Derecho a la libertad de fundar una familia

La Constitución en su artículo 4° protege a la familia y la promueve, como se ha señalado comenzando este capítulo, sin embargo el Gobierno peruano protege de manera directa un tipo de familia, siendo esta la que proviene de una unión matrimonial y la que está conformada por un padre una madre y los hijos, prefiriendo que los padres legales sean la misma persona que los biológicos y genéticos; sin embargo de manera indirecta protege o más bien reconoce la existencia de otros tipos de familia, como por ejemplo las provenientes de una adopción o más recientemente de las técnicas de reproducción humana asistida.

El Artículo 6° de la Constitución Política consagra el derecho de las personas como familias a decidir libremente, que va de la mano con sus derechos reproductivos:

> *"La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir. En tal sentido, el Estado asegura los programas de educación y la información adecuados y el acceso a los medios, que no afecten la vida o la salud."*

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Asimismo la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 16° consagra el derecho a fundar una familia:

> *"Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia."*

En consecuencia, las parejas tienen derecho de poder decidir de forma libre y autónoma el formar una familia, pudiendo provenir esta de cualquier origen, en tanto, si existiera un problema de infertilidad en la pareja o una situación que no les permita concebir, tienen el total derecho de acudir a la tecnología para poder fundar una familia y tener descendencia en concordancia también con la satisfacción de todos los derechos anteriormente analizados. Todo esto debido a que tienen el total control sobre su proyecto de vida, no pudiendo el Estado u otra persona inmiscuirse en tal aspecto, puesto que se estaría dando una vulneración de derechos fundamentales.

(Bladilo, De la Torre y Herrera, pág. 16) Señalan que:

> El derecho a formar una familia asevera que "la decisión de tener hijos biológicos a través del acceso a técnicas de reproducción asistida forma parte del ámbito de los derechos a la integridad personal, libertad personal y a la vida privada y familiar. Además, la forma como se construye dicha decisión es parte de la autonomía y de la identidad de una persona tanto en su dimensión individual como de pareja. Con esto se reafirma que las

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

TERAS se ofrecen como un medio para ejercer el legítimo ejercicio del derecho a la reproducción humana, que, aunque no está expresamente reconocido en la Co nstitución Política, se deriva del derecho a la libertad y la autodeterminación, el derecho a la intimidad personal y familiar y a la libertad para fundar una familia"

4. ¿Las técnicas de reproducción humana asistida suplen una enfermedad o consienten un capricho de los padres intencionales?

¿En qué momento una persona recurre a las técnicas de reproducción asistidas? Normalmente cuando por algún motivo, razón o circunstancia presentan una anomalía en su sistema reproductivo que no les permite concebir, problemas de fertilidad, además también acuden a estas mujeres en solitario, parejas de avanzada edad y homosexuales; es por ello que necesitan de un especialista para que mediante algunas de las técnicas existentes puedan llegar a ser padres.

Varsi (2013) afirma:

> "Las técnicas de reproducción humana asistida son de aplicación supletoria pues buscan superar una deficiencia biológica o psíquica que impide tener descendencia cuando otros métodos han fracasado o resultado ineficaces de manera tal que, como acto médico, robustecen el derecho a la salud reproductiva positiva (poder tener descendencia)." En consecuencia "no es un método alternativo, pues siendo la finalidad

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

directa la procreación, ésta no puede estar supeditada a la mera voluntad de la persona" Varsi Rospigliosi (2013 p.401)

¿Se puede llamar al deseo de ser padres un capricho? Pues esto va a depender de las circunstancias en las que se desarrolle la situación. Si por ejemplo una pareja ha intentado por más de dos años tener descendencia sin obtener resultados positivos, por lo que deciden hacerse exámenes de diagnóstico de infertilidad y resulta que uno de ellos o ambos tienen algún problema que no les permite concebir, entonces no se le podría llamar un capricho, puesto que al estar diagnosticados con infertilidad, están acudiendo a un centro de salud para poder tratarse dicha enfermedad de la mejor manera y poder llegar a ser padres.

Por otro lado, si se diera el caso de una pareja que no teniendo problemas de fertilidad, acuden a las clínicas para que mediante una de las técnicas puedan concebir, lo cual es algo poco probable, ya que es difícil que una pareja quiera gastar exuberantes cantidades de dinero para algo que no necesitan, al menos que pertenezcan a una clase muy alta económicamente que les permita gastar; pero si se diera este caso si podríamos llamarlo un capricho, puesto que a pesar de no necesitar la asistencia de especialistas para tener descendencia, acuden a estas clínicas para tenerla.

Las técnicas de reproducción asistida bajo ningún término pueden ser llamadas capricho, puesto que su principal objetivo es diagnosticar y tratar una

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

enfermedad, la infertilidad. Algunos dirán, se puede vivir una vida normal siendo infértil, sin embargo especialistas en la materia advierten que esta condición produce consecuencias nocivas en las personas que la padecen, es por ello que debe tratarse como lo que es, un problema de salud pública, como se ha mencionado anteriormente, que necesita una especial atención de los Gobiernos.

¿Existe algún otro método que pueda tratar la infertilidad que no sean las técnicas de reproducción humana asistida? La respuesta es no, sin embargo, cuando se presenta un problema de fertilidad muy leve, este puede ser tratado mediante la ingesta de hormonas o de medicamentos que actúan como aquellos componentes que le hacen falta al organismo para poder concebir, sobre todo en el femenino, más allá de estos problemas que pueden ser tratados mediante farmacéuticos, se encuentran aquellos más severos, que con píldoras no podrán ser superados, que necesitarán otros métodos más complejos para poder acabarlos, es en estos casos en donde entran a tallar las clínicas de fertilidad y las respectivas técnicas.

En efecto, los médicos especialistas en técnicas de reproducción asistida, en primer lugar realizan exámenes para diagnosticar, cual es el problema de fertilidad que padece una persona o pareja, una vez que ya no hay duda de que los pacientes poseen dichos problemas, entonces es que sugerirá qué tratamientos se adecuan a ellos, para que estos puedan decidir qué técnica es a la que finalmente se someterán; lo que los médicos quieren lograr es superar

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

la infertilidad de sus pacientes, ya sea si padecen una infertilidad bastante leve o muy grave, estos ya sabrán que tratamiento proponerles, siempre pensando en la efectividad de este, en los intereses de sus pacientes y por supuesto el bienestar de estos, cumpliendo a paso firme el juramento hipocrático.

El derecho a la salud, como ya se ha tocado en el capítulo anterior, es fundamental en los seres humanos, puesto que sin esta no se pueden llevar a cabo los demás derechos, ni tampoco se puede llevar una vida normal. La infertilidad es una enfermedad que produce una incapacidad que afecta el sistema reproductivo, por lo tanto debe ser tratada por los centros de salud, además deben haber los suficientes tratamientos y establecimientos tanto públicos como privados para que las personas que la padecen puedan tratarse de forma eficiente y adecuada; asimismo este procedimiento médico, debe tener una regulación suficiente para asegurar que no se vulnere ningún derecho y se respete la dignidad humana, puesto que toda persona tiene derecho a gozar de una buena salud y en caso de padecer alguna enfermedad, poder ser atendidos de manera eficiente y rápida, tal como es respaldado en el artículo 7° de la Constitución Política del Perú.

En consecuencia, toda persona que padezca de infertilidad tiene derecho a ser atendida, como ya se ha mencionado los únicos tratamientos para esta, son las técnicas de reproducción humana asistida, por lo que suprimirlas, prohibirlas e incluso no regularlas sería inconstitucional y vulnerador de

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

derechos, como el de poder gozar del avance de la tecnología o el de la igualdad ante la ley.

En lo que respecta a las mujeres en solitario y las parejas de homosexuales, ¿qué sucede con ellos? No padecen de infertilidad diagnosticada, sin embargo no pueden concebir, dado que no es naturalmente posible. Es por ese motivo que también acuden a estas técnicas para llegar a ser padres. En este caso, si se aprobara una regulación para la aplicación de dichas técnicas, el no incluir a estas personas o tipos de parejas, sería motivo de revuelta por parte de estos, puesto que alegarían que todos tienen derecho a la igualdad ante la ley y la no discriminación, sin embargo este tema debe ser tratado y analizado cuidadosamente para poder llegar a una conclusión, tarea que no le compete a esta investigación.

La Asamblea General de las Naciones Unidas, en su Declaración sobre la utilización del progreso científico y tecnológico en el interés de la paz y el beneficio de la humanidad, ha establecido: “Los Estados deben adoptar las medidas necesarias para que la utilización de los logros de la ciencia y la tecnología contribuya a la realización más plena posible de los derechos humanos y las libertades fundamentales sin discriminación alguna por motivos de raza, sexo, idioma o creencias religiosas”. (Naciones Unidas, 1975)

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

4.1 ¿Qué enfermedad se pretende suplir?

Como se ha mencionado precedentemente, no existe un capricho por parte de los padres intencionales, puesto que lo que se pretende es diagnosticar, tratar y curar una enfermedad, la infertilidad. Esta es considerada como una patología, tal como se ha señalado en el capítulo I, declarada así por la Organización mundial de la Salud, ya que esta trae consecuencias negativas en el ámbito del desarrollo personal y psicológico de las personas que la padecen, no siendo lógico ni justo que el Estado ignore dicho problema que es de envergadura pública, que afecta a un sinnúmero de parejas, que buscan una solución y no la hallan.

4.1.1 Caso Artavia Murillo Y Otros (“Fecundación In Vitro”) Vs. Costa Rica

La Corte interamericana de derechos humanos (CIDH) también se ha pronunciado al respecto, mediante la sentencia de fecha 26 de febrero de 2016 “Caso Artavia Murillo Y Otros (“Fecundación In Vitro”) Vs. Costa Rica”. Lo que sucedió fue que el Gobierno Costarricense prohibió de manera súbita la aplicación de la técnica de Fecundación In vitro, dado que a consecuencia de una discusión en la sala constitucional esta decidió declarar inconstitucional mediante sentencia de fecha 3 de febrero de 2016, el Decreto Ejecutivo No. 39210-MP-S denominado “Autorización para la realización de la técnica de reproducción asistida de fecundación in vitro y trasferencia embrionaria”, puesto que la FIV traía como consecuencia la pérdida de embriones, lo cual

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

consideran un atentado contra la dignidad y el derecho a la vida que les corresponde, aclarando que, si con los avances científicos se asegurara que ningún embrión será desechado, solo así podría permitirse la práctica de esta técnica.

Esto trajo como resultado que las parejas que estaban empezando con el tratamiento o se encontraban a la mitad de la aplicación de esta técnica tengan que interrumpirla y continuarla en otros países, si eso era posible, claramente se vieron vulnerados una serie de derechos como el derecho a la vida privada y familiar y el derecho a la integridad personal en relación con la autonomía personal, el derecho a decidir si tener hijos biológicos a través de una técnica de reproducción asistida, la salud sexual, el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico, así como el principio de no discriminación.

En consecuencia la CIDH fundamentó que la decisión tomada por el país Costarricense fue arbitraria y excesiva, dado que protegen de una manera absoluta al embrión, sin tomar en cuenta los demás derechos que se desprenden de la situación, vulnerando la dignidad de las víctimas que trajo como consecuencia este fallo.

Además la Corte también deja entender que la infertilidad es un problema de salud pública, debe considerarse como una enfermedad, la cual debe ser atendida adecuadamente en los centros de salud, además de que el Gobierno debe facilitar toda clase de métodos y soluciones innovadoras, efectivas y

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

rentables como las técnicas de reproducción humana asistida, para todas aquellas personas que sufran de infertilidad.

Es por ello que en la sentencia se ordenó a Costa Rica el implementar una norma en la cual se regule de forma justa y adecuada la aplicación de las TERAS, especialmente de la fecundación In Vitro.

En efecto, se ha podido notar de que en el caso costarricense, se ha tenido que llegar hasta la CIDH para poder hacer valer los derechos reproductivos de las personas afectadas por infertilidad, costándole un gasto incalculable a las partes involucradas, que sinceramente pudo evitarse; lo que no se quiere es que pase lo mismo en el Perú, ya que nuestro Estado no estaría preparado para costear una situación de aquella envergadura, por lo que lo más conveniente, dada esta sentencia, es regular las TERAS antes de que suscitado algún problema, este vaya a parar a la Corte Internacional de Derechos Humanos.

4.2 Obligación del Estado frente a los tratamientos de infertilidad

Como se sabe, en el Perú no existe una regulación de las técnicas de reproducción humana asistida, sin embargo estas se vienen aplicando en los diversos centros de fertilidad a lo largo del Perú, sin tener parámetros, limites, requerimientos, ni supervisión por parte del Estado a través del Ministerio de Salud, en consecuencia, esto ocasiona que cuando una pareja desea concebir

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

pero que por problemas de fertilidad, no logran tener descendencia, arriesgue la tutela de sus derechos acudiendo a la aplicación de estas técnicas que no se encuentran reguladas, además de no solo vulnerar los derechos de los padres intencionales, sino también de los donantes y del menor nacido bajo estas técnicas.

Como se ha analizado precedentemente, de la aplicación de las TERAS heterólogas se desprende una serie de derechos fundamentales que son vulnerados por no existir una norma que los resguarde o proteja, siendo por lo tanto tarea del Estado velar por esa garantía, pero cómo puede el Estado evitar que se sigan vulnerando derechos, la respuesta es sencilla, en vez de ignorar los problemas suscitados, debe comenzar con realizar una adecuada regulación, en donde no se prohíba la aplicación de las TERAS, puesto que sería una situación que iría en contra de los derechos fundamentales de los padres intencionales y del avance de la tecnología, sino que se facilite el acceso a estas técnicas, que hayan centros médicos tanto públicos como privados que sean supervisados por el Ministerio de Salud, que existan charlas y campañas movilizadas por el mencionado organismo en el que se informe acerca de estas técnicas, sus usos, los tratamientos, los centros donde puedan acudir, los costos, las ventajas y desventajas etc. y se invite a las personas que posean algún detrimento en su sistema reproductivo o que estén interesadas, a asistir y posteriormente animarlas a someterse a estas técnicas, que al estar ya reguladas de manera adecuada, no vulnerarán derecho alguno de los

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

intervinientes en estos procedimientos y tampoco a los menores nacidos vivos bajo la aplicación de estas.

En el Perú solo existe un artículo al respecto, que ya ha sido mencionado reiteradas veces, el art. 7° de la Ley General de Salud que de forma amplia permite la utilización de técnicas de reproducción humana asistida para tratar la infertilidad; sin embargo no indica quienes son los sujetos que pueden acudir a estos métodos, qué tratamientos están permitidos, cuales son los requerimientos para la aplicación de estas técnicas, qué clínicas son las autorizadas para practicarlas, cómo es que los sujetos que padecen de infertilidad y no poseen los medios económicos para poder tratarse en una clínica privada, podrán superarla; entre otros aspectos que deberían ser considerados por la norma pero que, para el Estado, en este momento al parecer no es una prioridad resolver.

Los derechos sexuales y reproductivos reconocen y protegen la facultad de tanto hombres como mujeres, de tomar decisiones libres e informadas acerca de su sexualidad y reproducción, para que se estos se puedan llevar a cabo de manera adecuada y responsable, además de poder gozar de una salud sexual en todo el sentido de la palabra; siendo que el Estado debe proveer los recursos, estrategias, planes y políticas necesarios para poder ejercitarlos. Si bien es cierto el derecho a la libertad implica algunas veces la abstención del Estado, sin embargo existen circunstancias en las que Este debe actuar de manera prestacional mediante las acciones descritas líneas arriba, las cuales

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

serán elaboradas e incorporadas en un cuerpo legal mediante la labor de los legisladores y la administración pública, para que a partir de este, se puedan determinar cuáles serán específicamente los requerimientos exigibles y por lo tanto las condiciones para poder acceder a las mismas, asimismo cuáles serán las instituciones que las brindarán y también la financiación de estas, teniendo como base que las personas que más lo necesitan, las que están sufriendo de algún mal o condición anómala, deberán ser atendidas de modo prioritario y bajo el principio de igualdad y no discriminación, tal como lo establece la jurisprudencia y norma constitucional; teniendo tanto el legislador como la administración que respetar los mandatos del texto constitucional y de los tratados internacionales sobre derechos humanos vinculantes que forman parte del bloque constitucional. (Sentencia T-732/09, 2009) Nral. 6

La autora (Roa-Meggo, 2012) en su artículo publicado en la Revista Peruana de Ginecología y Obstetricia, llega a la conclusión de que:

> "Los criterios de salud pública utilizados en la actualidad están desfasados y no concuerdan con la definición de salud ofrecida por la OMS. Por ello debieran utilizarse otros criterios para señalar cuáles son las enfermedades de interés para la salud pública, pero desde una visión preventiva. Así, los criterios propuestos son: la incidencia, cronicidad, impacto económico y psicosocial, condicionada por factores económicos, culturales y sociales y la proyección y tendencia al crecimiento. Suelen ser por regla general las enfermedades no transmisibles las que se

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

adecúan a estos nuevos criterios. Y la infertilidad es una de ellas. La infertilidad es una enfermedad del sistema reproductivo definida como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegidas; debiera llamar la atención de los salubristas públicos y de la comunidad académica involucrada, porque no solo generará consecuencias micro en la vida de los individuos que la padecen sino también generará consecuencias macro a nivel del Estado, preocupantes para la salud pública.”

4.3 Problemas de fertilidad graves y la necesidad de un donante de material genético

Los problemas graves de fertilidad dan lugar a que las personas que los padezcan no puedan de ninguna manera concebir con sus propios gametos o sistema reproductivo, puesto que presentan anomalías que deterioran la funcionalidad de las mencionadas partes corpóreas. Como por ejemplo la ausencia de espermatozoides u óvulos en condiciones óptimas para realizar la fecundación, asimismo cuando haya una gran porcentaje de que se transmita una enfermedad hereditaria grave. Existe un sinnúmero de parejas que pasan por estos problemas, se acercan a un centro médico de fertilización, les realizan los estudios y pruebas pertinentes y estas diagnostican un problema severo de infertilidad, en el que los gametos de ambos o uno de ellos no son funcionales para la reproducción.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

En consecuencia los médicos especialistas les propondrán como alternativa para tratar dicha infertilidad, las técnicas de reproducción humana asistidas heterólogas, es decir con la intervención de un donante de gametos, todo parece estar correcto en torno a las TERAS, sin embargo al llegar a este tipo en específico es que empiezan a surgir problemas y conflictos más serios.

Si bien es cierto, como ya se ha venido señalando, los padres no poseen un derecho al hijo, puesto que este al ser un sujeto de derechos no puede ser objeto de uno, como bien ya se indicó; sin embargo los padres si tienen derecho a la procreación, a decidir libremente sobre su sexualidad y sobre los hijos que desean tener, al desarrollo de su personalidad, a la autonomía personal y reproductiva, a beneficiarse de los avances tecnológicos, entre otros; por lo que efectivamente, además de tratarse la infertilidad como una enfermedad que causa una incapacidad en el sistema reproductivo, también tienen la facultad de hacer valer los derechos mencionados, pudiendo así acceder a una donación de gametos si así lo ve por conveniente el médico a cargo, no debiendo existir ningún otra técnica o tratamiento con la misma idoneidad para sobrellevar su condición.

Muchos dirán, si existe un sinnúmero de niños abandonados en orfanatos en búsqueda de una familia, por qué no adoptan en vez de traer al mundo a un niño al cual se le vulnerará su derecho a conocer a sus orígenes biológicos y/o genéticos, a pesar de que esta afirmación es correcta hasta cierto punto, será la pareja la que al final decida cómo es que llegará a tener descendencia, no se

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

puede obligar a una persona a adoptar, eso atentaría contra su derecho a la autonomía, la libre elección sobre su vida sexual y la procreación; por lo tanto así como existe la figura de la adopción como un medio para que las personas que posean problemas graves de fertilidad puedan tener hijos, las TERAS heterólogas también deben ser una opción viable para tratar dichas anomalías, además una pareja que hace de todo por tener hijos es porque realmente los desean, entonces de alguna manera el Estado se aseguraría de una manera subjetiva, que los niños nacidos bajo esta técnica serán amados y educados en un buen hogar.

Lamentablemente en el Perú, al no poseer una legislación específica que regule este tipo de TERAS, mas solo contando con un insustancial artículo que no dice nada trascendental, vemos que es complicado que las parejas puedan acceder a una donación de gametos, por el tema de la filiación y el reconocimiento del menor, además de la informalidad de este procedimiento; sin embargo, si por alguna razón logran someterse a la mencionada técnica el que sufre una vulneración de sus derechos es el menor y al no existir una regulación, se deja pasar por alto y posteriormente llegan los demás problemas, cuando por ejemplo el menor se entera de una u otra forma de que su padre o madre no lo es verdaderamente, ocasionando confusiones y desconfianzas en el lazo padre-hijos.

Como ya se ha mencionado líneas arriba, en Europa y Norteamérica, existe una regulación que fiscaliza y controla el actuar de las clínicas de fertilidad,

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

asimismo el uso, manejo y registro en los bancos de semen, no obstante en el Perú la situación es distinta, los legisladores están lejos de discutir la aprobación de un proyecto de ley al respecto, sin embargo los estudiosos y especialistas en la materia sugieren que esta situación debe ser prontamente regulada, puesto que esta donación por tratarse de células reproductivas que al juntarse crean vida, deben cumplir con estrictos requisitos y estándares de calidad supervisados por el Estado a través del MINSA. (Mayo, 2015)

Así lo respalda el Abogado Luis Lamas Puccio "Al no existir una normatividad, el uso de los bancos de semen se presta a todo tipo de interpretaciones. Hay personas inescrupulosas que lo comercializan aprovechando el vacío legal peruano y el sufrimiento de mujeres que, por diversas razones, no pueden quedar embarazadas"; el mismo también señala que si bien es cierto las personas tienen derecho a beneficiarse de los avances de la tecnología, deben existir parámetros, lineamientos y reglas claras, con el fin de otorgar garantías a los derechos fundamentales que están en juego. (Mayo, 2015)

4.3.1 Caso S.H. y Otros contra Austria, 2010 TEDH 2010/56

El profesor (Vidal Martínez, 2011) realizó un exhaustivo análisis y crítica a la sentencia (Caso S.H. y Otros contra Austria, 2010), dejando claro su punto de vista en cuanto la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistidas y su regulación en el continente europeo. La ley austriaca no permite la

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

donación de gametos ni femeninos ni masculinos en la aplicación de la técnica de fecundación In vitro, es por esta razón que dos parejas presentaron una demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para hacerle de su conocimiento los respectivos casos y que este resuelva a su favor y restituya el daño ocasionado por la vulneración de los derechos invocados, puesto que ambas parejas padecían de infertilidad y el único tratamiento para su condición era una donación de gametos, tanto de óvulos como de espermatozoides. (p.157)

Los demandantes alegaron que las prohibiciones consagradas en la Ley de procreación artificial austriaca vulneraban los derechos establecidos en el artículo 8° y el 14° del Convenio Europeo de Derechos humanos, los cuales protegen la vida privada y familiar y la no discriminación. Por otro lado el Estado austriaco indicó que dichas prohibiciones estaban dotadas de convincentes e indiscutibles argumentos, en tanto, si bien es cierto las parejas que sufren de infertilidad, pueden acudir a la utilización de técnicas de reproducción asistida, esto no significa que el Estado permita la aplicación indiscriminada de estas, estableciendo parámetros y reglas para poder armonizar las situación que se derivan de estas prácticas, también manifestó que la fecundación in vitro creaba relaciones inusuales, además que la donación de óvulos representa un riesgo para las mujeres que deciden realizarla, siendo que puede descontrolarse la situación pudiendo llegar a una explotación del sexo femenino para estas prácticas. Además señaló lo

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

importante que es la maternidad en un niño, como el papel maternal influye en el desarrollo del menor, vulnerando su derecho a la identidad, lo que puede ocasionar otro tipo de conflictos más adelante. (p. 159-160)

El TEDH manifestó que los alcances del artículo 8° sobre vida privada y familiar son bastante amplios, lo que significa que también se encuentra incluida la decisión de tener o no hijos, además de la utilización de los medios necesarios para poder tenerlos en caso se sufra de algún problema de fertilidad; concluyendo así que la decisión de una pareja de tener o no descendencia y de la utilización de las técnicas de fecundación asistida para tal fin, son una clara manifestación del derecho a la vida privada y familiar. Asimismo señaló que el artículo 14° es solo un complemento de los demás derechos, su aplicación cae dentro del ámbito de los derechos consagrados en el Convenio Europeo de Derechos humanos. (p.160)

“El tribunal argumenta que las consideraciones morales o la aceptación social de una técnica de reproducción artificial no son en sí mismas suficientes para justificar una completa prohibición de la misma.” (p. 161) Asimismo el Estado no está obligado a regular las TERAS, sin embargo, si dentro del territorio estas son aplicadas, la norma tiene que adecuarse a dicha situación, respetando los derechos e intereses de las partes involucradas. Asimismo afirma que no hay argumento válido por el cual se acredite la prohibición de donación de gametos tanto femeninos como masculinos, en tanto los encargados de la aplicación de este procedimiento lo realizan profesionales de

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

la salud especializados en fertilidad, los mismos que actuarán con tal diligencia, evitando al máximo posible los riesgos que se puedan ocasionar, controlando también que no se dé la monetización del material genético de los donantes. (p. 161)

Por otro lado la TEDH manifiesta que aquel argumento de que la fecundación in vitro genera relaciones inusuales, también carece de credibilidad, puesto que desde tiempos antiguos se daba la figura de la adopción, la cual por cierto está estrictamente regulada y funciona bien, existiendo por lo tanto relaciones filiales que no se apoyan en un vínculo biológico. (p. 161)

5. Conflictos jurídicos suscitados a consecuencia de la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida heterólogas con respecto a los intereses del menor

Después de haber analizado la figura de la familia y su tratamiento constitucional en lo que respecta a los nuevos modelos familiares, asimismo también se ha hablado de los derechos de los hijos frente al derecho a la procreación, a tratarse la infertilidad, a la libertad reproductiva, la autonomía personal de los padres, etc., concluyendo que ninguno de estos es más importante que el otro, sin embargo al surgir un conflicto de derechos, deben de ponderarse, creando así una armonía entre todos estos derechos, para que las técnicas de reproducción humana asistida puedan ser aplicadas de manera

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

adecuada y no se vulneren los derechos de ninguna de las partes; también se han desarrollado sentencias de las que se puede desprender que los padres intencionales no acuden a las técnicas de reproducción humana asistida por un capricho de formar una familia, sino más bien, para obtener un tratamiento para la infertilidad, siendo el Estado el que debe promover estrategias y planes para combatirla por tratarse de un problema de salud Público que afecta a una considerable porción de la población.

Como ya se ha analizado en el acápite anterior, las técnicas de reproducción humana asistida heteróloga solo podrá ser aplicada cuando exista un problema grave de fertilidad en el individuo que no le permita a sus gametos o sistema reproductivo actuar de manera funcional para la fecundación y cuyo único tratamiento sea la fecundación mediante la donación de material genético de una tercera persona. En esta situación se advierte que un sinnúmero de derechos fundamentales que pertenecen al menor podrían verse vulnerados, tales como el derecho a la identidad, a la filiación, a ser reconocidos desde su nacimiento, a conocer su origen y padres genéticos y biológicos, a la dignidad humana, entre otros; y, que como se desprende de las sentencias analizadas, no se puede dejar de aplicar dicha técnica por vulnerarse derechos fundamentales de los padres intencionales, advirtiéndose entonces un conflicto de derechos, sin embargo lo que sí se puede hacer es analizar las consecuencias jurídicas que traería la aplicación de estas técnicas en lo que

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

respecta al menor y sus derechos, para que a partir de ello, se pueda proponer una solución.

Ahora es pertinente entrar de lleno al tema de las técnicas de reproducción humana heterólogas, puesto que su aplicación conlleva a una serie de situaciones en las que se enfrentan derechos y figuras jurídicas en materia de familia, que merecen un análisis para poder comprobar la hipótesis planteada en la presente investigación, además también se debe dejar claros los requerimientos y la posible regulación de estas técnicas para que se puedan aplicar de manera correcta sin menoscabar derechos ni desnaturalizar las figuras jurídicas protegidas por el derecho de familia peruano, sino más bien adecuarlas a ellas o realizar pequeñas modificaciones al respecto.

La donación de gametos en nuestro país, como ya se ha reiterado, no se encuentra regulada, no es legal ni ilegal; sin embargo se lleva a cabo en las numerosas clínicas de fertilidad que se encuentran en el territorio peruano. Esta técnica, como ya fue explicado en el capítulo precedente, implica la intervención de un tercero, el cual está dispuesto a otorgar de manera altruista sus células reproductivas para que una pareja y en ocasiones personas en solitario o parejas de homosexuales puedan ser padres.

Este método permite satisfacer los derechos reproductivos a aquellas personas que por ningún motivo van a poder concebir un hijo. En seguidas oportunidades se ha escuchado que el fin o consecuencia del matrimonio es la

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

procreación, el Estado promueve el matrimonio como el entorno más óptimo para formar una familia, por ser la institución más estable y protegida por las leyes peruanas, no obstante también se considera a las uniones de hecho estables.

La mayoría de matrimonios en algún momento deseará aumentar el número de integrantes en la familia, por lo que buscarán concebir, sin embargo cuando esto no es posible, emergen las aflicciones, el miedo a quedarse solos y un sinfín de situaciones provocadas a raíz de la infertilidad, pero que gracias a la tecnología hoy en día pueden ser superadas.

Cuando uno o ambos integrantes de la pareja sean diagnosticados con problemas de fertilidad drásticos, podrán someterse a una reproducción asistida heteróloga, en la que existirá uno o dos cedentes de material reproductivo, ya sea femenino o masculino. En estas técnicas se suprime el acto biológico de la reproducción humana natural, volviéndola artificial, ya que interviene la mano del hombre.

En consecuencia, estas parejas van a recibir una donación de gametos de terceras personas, obtenidos mediante una clínica de fertilidad o un banco de esperma, de óvulos o embriones. Los donantes realizan esta práctica sin ánimo de concebir, sino solo como un acto solidario a personas que se les dificulta esta tarea. Por lo que el donante de material reproductivo al no poseer una relación jurídica filial contemplada por el Derecho no sería ético legalmente

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

exigirle obligaciones legales derivadas de la paternidad. (Varsi Rospigliosi, 2013)

Existen variadas posturas en torno a este tipo de técnica, como ya se ha visto existen legislaciones que la permiten en todo sentido, también otras que la prohíben en algunos términos, como la donación de óvulos o maternidad subrogada, por sus consecuencias y conflictos. En el Perú aún no se encuentra regulada, solo existe un párrafo en la Ley General de Salud, que a decir verdad es bastante general y ambigua, la cual se puede suponer que se permite la donación de esperma, más no la de óvulos o maternidad subrogada, sin embargo esta prohibición no está escrita literalmente, ya que no están presentes las palabras “está prohibido” o “la ley no permite”; simplemente acata que la madre genética y madre gestante recaiga sobre la misma persona, lo que se presta a numerosas interpretaciones que desencadenan diversas situaciones, debido al vacío legal que presenta.

Al ser un derecho reproductivo el ser madre o padre, no se debería prohibir la cesión de gametos, mas debería estar regulada, para poder resolver todas aquellas situaciones conflictivas que se emanan de las técnicas heterólogas, por consiguiente el Estado en vez de prohibirlo o simplemente ignorarlo, debería tomar cartas en el asunto, puesto que está desprotegiendo un sector de la población, lo cual no es compatible con sus fines, ni con la dignidad humana.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

En este método se suscitan varios escenarios jurídicos, como el de la identidad biológica y/o genética de los niños, la filiación, la impugnación de paternidad, el reconocimiento, el estatus del donador de gametos, sucesiones, alimentos, etc.; conflictos que no hayan una norma reguladora en nuestro sistema jurídico. Muy aparte de las consecuencias psicológicas que se generarán en las partes que intervienen (padres e hijos), las cuales, deberán ser tratadas de manera adecuada y eficiente por especialistas, como un requerimiento que deben cumplir las clínicas de fertilidad, para la aplicación de estas técnicas.

Entonces, por ejemplo ante un posible conflicto filiatorio lo que haría el magistrado en primer término es determinar si la fecundación fue hecha de forma voluntaria, lo que quiere decir si es que esta contó con el consentimiento de todas la partes involucradas, tanto los padres como también los donantes, sabiendo estos de las consecuencias legales que esta situación podría ocasionar en un futuro. Seguidamente el juez deberá elegir el mecanismo más idóneo para poder verificar la filiación; en este caso, la prueba de ADN debería quedar fuera, dado que los gametos son de un tercero. ¿Bastará solamente la voluntad expresa del padre contenida en el consentimiento informado para que pueda invocar una impugnación de paternidad? Probablemente, al no existir una norma guía el magistrado opte por comprobar el animus de los padres intencionales y del cedente, además de declaraciones de la clínica de fertilidad,

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

puesto que la ley protege la filiación biológica y genética; para así poder tomar una decisión.

Ahora bien, otro problema jurídico que acarrea esta aplicación con respecto al menor, es que sí debería o no permitírsele a los niños nacidos bajo esta técnica conocer al donante. Los Gobiernos que apoyan la donación anónima de gametos, simplemente se basan en que esta cesión debe ser de manera altruista y que el hecho de que los padres intencionales y los donadores se conozcan conllevaría a una serie de conflictos, tales como que el donante quiera visitar a su descendiente o la madre intencional al verse abandonada por su esposo pretenda solicitar alimentos al donante, situaciones que pueden suceder y que ninguna de las dos partes están dispuestas a conllevar. Además, otro de los motivos del anonimato es que podría empezarse a monetizar los gametos donados, también al levantarse el anonimato muy pocos serían los voluntarios a donar si es que supieran que a petición del niño se pueden revelar sus datos.

Como se ve todas aquellas razones para admitir el anonimato se basan meramente en los intereses y derechos de los padres intencionales y el de los donantes, sin embargo nadie menciona al menor, no se preocupan del ser vivo que formarán mediante esta técnica ni de los derechos que le están vulnerando, principalmente el de saber acerca de su verdad y conocer de

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

donde proviene biológica y genéticamente, para poder formar una adecuada identidad que le permita saber quién es realmente.

5.1 Derecho a la identidad del menor nacido bajo técnicas de reproducción humana asistida heterólogas

Después de haber analizado las TERAS heterólogas y sus implicancias, además de la justificación de su aplicación en tanto a los derechos fundamentales de los padres intencionales; en este acápite se pretende desarrollar el derecho a la identidad del menor nacido de una donación de gametos, para posteriormente iniciar la discusión principal de esta investigación, ¿qué derecho prevalece? El der ser padre (a la procreación) o el de la identidad del menor y poder llegar a alguna conclusión que sea favorecedora, de ser posible, para todas las partes que intervienen en el procedimiento de la donación de gametos.

El derecho a la identidad está consagrado en la Constitución Política en su artículo 2º inciso 1:

> *"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."*

También se encuentra protegido por el Código del Niño y el Adolescente en su artículo 6º:

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

> *"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."*

Cuando se habla de la identidad de los niños, están inmersos a ella el derecho a tener un nombre, un apellido, una nacionalidad, a ser registrados al momento del nacimiento para obtener su personalidad jurídica, lo que comúnmente hace referencia a la identidad estática; esta es una concepción amplia y restrictiva de la identidad, ya que esta no solo implica lo anteriormente descrito; sino también involucra el derecho a poder construir una identidad basada en aspectos de la persona, como experiencias, el cuidado y amor de sus padres y todo lo que va aprendiendo a lo largo de su vida y lo va volviendo único, esta es la llamada identidad dinámica.

En efecto, el concepto de identidad incluye varias aristas, hay quienes la definen como el poder tener un nombre, un apellido y una nacionalidad, siendo este un concepto en sentido amplio; desde un punto de vista legal, la identidad vendría a ser "todos aquellos datos que determinan quien eres o quien dices ser, como son el nombre, apellido, nacionalidad, filiación, etc.". (Jurídica, 2014)

Así la autora (Vargas Morales, 2011, pág. 111) en su tesis para optar el grado académico de Magíster en Derecho con mención en Derecho Civil y Comercial explica que "el derecho a la identidad tiene una naturaleza compleja,

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

es el continente de otros derechos. Así, el contenido del mismo se define como: Derecho al nombre, el derecho a la nacionalidad, derecho a las relaciones familiares (conocer a sus padres y ser cuidado por ellos).”

Introduciéndose un poco más en el mismo ser de la persona se puede definir a la identidad “como una serie de rasgos, atributos o características propias de una persona, sujeto o inclusive de un grupo de ellos que logran diferenciarlos de los demás.” (Concepto-Definición, 2015)

Para el autor (Habermas, 1998), la identidad particular “es aquella decisión solitaria por la que el individuo moral asume la responsabilidad de su propia biografía ‘convirtiéndose en aquel que es’”. “Todo individuo hace primero experiencia de sí como producto histórico de circunstancias de vida contingentes. Pero al ‘elegirse’ a sí mismo como tal producto, es que se construye un sí mismo que a sí mismo se imputa la rica concreción de la propia biografía a que se enfrenta como algo de lo que retrospectivamente quiere dar cuenta”

En efecto, la identidad de una persona, va mucho más allá de un nombre o una partida de nacimiento, implica aspectos y circunstancias que ocurren en el día a día, que van formando como dice Habermas una biografía, en donde la persona se reconoce a sí misma como un ser único e inigualable y va forjando lo que es y cómo es que se ve y se siente, como sujeto de una sociedad.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

¿Cómo se afecta la identidad del menor con la aplicación de las técnicas de reproducción asistida heteróloga? Al no existir regulación alguna en nuestro Ordenamiento jurídico vemos que al momento del nacimiento, si bien es cierto, en lo que concierne a la filiación y la impugnación de paternidad, quedarían protegidos los nombres, apellidos, nacionalidad, ser registrados al nacer, además también, se aseguraría que el niño tenga un padre y una madre que lo reconocerán al nacer, lo formarán y darán los cuidados y el afecto que se merece, creciendo y desarrollándose de una manera normal, permitiéndole formar su identidad, aunque no sean los biológicos; sin embargo al no haber regulación, tampoco existe seguridad jurídica que revista dicha situación, puesto que, el único artículo que regula estas técnicas, presenta vacíos que generan la vulneración de los derechos del menor, al pretender impugnar ya sea la maternidad o paternidad al no haber lazos biológicos y al ser la prueba de ADN la que acredite la filiación, definitivamente los Magistrados resolverán utilizando este criterio, puesto que las normas filiales que actualmente posee nuestro ordenamiento jurídico se basan en los datos biogenéticos, entonces vulneran de esta manera la identidad del menor.

Asimismo, también se ve vulnerada la identidad biológica del menor, ya que se le priva de poder conocer e investigar sus orígenes, es decir a sus padres biológicos; aunque dichos aspectos no envuelvan por completo el concepto de identidad personal, son una parte esencial para el bienestar psicológico y social del menor y además le va a permitir poder desarrollar su personalidad,

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

asimismo una identidad adecuada basada no en falacias como ya se ha venido mencionado.

Por lo tanto, como se ha expuesto en los párrafos precedentes, el derecho a la identidad, da lugar a muchos otros derechos, además ésta al ser tan compleja, no puede ser definida solo como tener un nombre o una nacionalidad, puesto que va mucho más allá, implica un sinnúmero de aspectos del ser humano. Cuando se está en una edad temprana, es recomendable que el niño tenga acceso a su verdadero origen, para que a partir de esta información pueda desarrollar una personalidad concreta y basada en la verdad, es esta la edad en la que los niños y adolescentes, se conocen a sí mismos y son capaces de poder diferenciarse de los demás; sin embargo, ¿lo biológico será un factor determinante para que una persona pueda desarrollarse plenamente?

El conocer el verdadero origen biológico garantiza el derecho a la identidad en un sentido completo, sin embargo no se debe dejar de lado que si bien es cierto el niño tiene derecho a saber sobre sus orígenes, también el padre o madre que lo reconoció será parte de la formación de su identidad y personalidad, inclusive en este tipo de técnicas en la mayoría de casos solo es un miembro de la pareja es el que no puede aportar sus gametos, además de que la madre lo gestará como si fuera completamente suyo, dejando por lo tanto, lo genético a un lado, tal como se mencionará más adelante; la identidad va mucho más allá de los datos estáticos de una persona, puesto que existen

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

muchos otros factores que se forjan a lo largo de la vida y que son los que determinan a la persona en sí, quién es y cómo se diferencia de los demás en una sociedad.

5.1.1 Normas internacionales que protegen el derecho a la identidad del menor

En esta sección se analizarán aquellos cuerpos normativos internacionales que consagran este derecho, revistiéndolos de seguridad jurídica, además de otorgar una especial protección, puesto que los niños y adolescentes se encuentran en una situación de indefensión, necesitando por ello un Estado que vele y garantice sus derechos e intereses.

- **Convención sobre los derechos del Niño**

Artículo 8

"1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas."

"2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad."

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

- **Declaración Universal de los Derechos del Niño 20 de Noviembre de 1959**

Principio III:

"El niño tiene derecho desde su nacimiento a un nombre y a una nacionalidad."

De las normas anteriormente citadas, se puede desprender que se protegen primordialmente los datos estáticos del menor, por no decir su identificación, como ya se ha mencionado la identidad de una persona va mucho más allá de estos datos, que si bien es cierto estos son con los que un individuo se presenta en sociedad, abarca un aspecto muy superficial de la persona, dejando de lado un sinfín de factores que conforman al ser humano como tal, que le permiten reconocerse a sí mismo como un ser único e inigualable y que por ende lo diferencian de los demás en sociedad.

Asimismo, la primera de ellas indica que ante la vulneración de este derecho, como es la privación ilegal de los elementos de la identidad del niño o adolescente en su totalidad o parte de ellos, el Estado deberá actuar de manera proteccionista, asistiendo mediante planes u acciones adecuadas para que se pueda restablecer de forma célere la identidad de estos; siendo primordial esta tarea, puesto que va en contra de la dignidad humana el no poseer una identidad o el no permitirle a un individuo, en este caso el niño, formarla con datos verdaderos acerca de su origen o de las circunstancias que

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

vaya aprendiendo o adquiriendo a lo largo de su desarrollo, incluyendo indiscutiblemente la seguridad jurídica en la filiación que debe otorgársele al menor al momento de nacer.

5.1.2 La identidad estática

Teniendo ya una noción clara de lo que es la identidad y todo lo que esta implica, ahora se puede desmembrar ésta en su diversa tipología, en primer término tenemos a la identidad estática, esta está compuesta por aspectos que no varían en el ser humano, de allí la palabra “estática”, lo que comúnmente sería el nombre, los apellidos, la nacionalidad, los componentes genéticos, etc., viendo esta desde un sentido amplio.

“La identidad estática está dada por el genoma humano, las huellas digitales, los signos distintivos de la persona, como su nombre, imagen, estado civil, su edad y fecha de nacimiento, entre otros datos.” (F. Sessarego, 1992, pág. 114)

Sin embargo, en variadas ocasiones se han confundido los términos Identidad e identificación, lo que trae como consecuencia la limitación del derecho a la identidad, a tener un nombre y apellidos, lo cual es un error garrafal, puesto que la identidad de un individuo deviene en su ser, en lo que es realmente como persona; por lo que la identidad estática en realidad vendría a ser todos aquellos elementos que sean inherentes a la persona, los cuales no variarán con el pasar del tiempo. La identificación muy por el contrario, abarca todos aquellos datos que son asignados a la persona para que pueda

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

diferenciarse de las demás, el nombre, los apellidos, nacionalidad, e inclusive la filiación (padres legales). Lo que no es estático, puesto que puede ser modificado. No obstante esta identificación es parte de la identidad de un individuo, no comprende un considerable porcentaje de este, pero si posee importancia y debe de respetarse. (Verdugo Toro, 2007, pág. 11)

(Sessarego, 2003) Señala:

"Los elementos estáticos son aquellos atributos o elementos con los que primero cada persona se hace visible en el mundo exterior. Es a través de ellos que se inicia una primera toma de contacto con el ser humano. Se trata, en suma, de los signos distintivos, como el nombre o el seudónimo, o las características étnicas y físicas que hacen diferente una persona de otra sin mayores problemas."(p. 8)

5.1.3 La identidad dinámica

Según la autora (Herrera, 2015) "La identidad dinámica, involucra las relaciones sociales que la persona va generando a lo largo de su vida, comprendiendo su historia personal, su biografía existencial, su estructura social y cultural."

En tal sentido la identidad dinámica es aquella que posee variables, esto quiere decir que la conforman elementos que van mutando debido a diversas circunstancias y situaciones. Son todas aquellas experiencias, vivencias, la

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

biografía tanto en un aspecto social, familiar y cultural, entre otras, que nunca dejan de cambiar, que están en constante evolución y que el individuo va adquiriendo o moldeando a lo largo de su vida.

La sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República en el (Exp. N° 1388-2010-Arequipa, 2010) Afirmó que la identidad en su aspecto dinámico:

> "Es más amplio e importante ya que está referido a que la persona conozca cuál es su específica verdad personal, pues el ser humano, en tanto unidad psicosomática, es complejo y contiene múltiples aspectos vinculados entre sí, de carácter espiritual psicológico o somático, que lo definen e identifican, así como existen aspectos de índole cultural, ideológicos, religiosos o políticos que también constituyan a delimitar la personalidad de cada sujeto. El conjunto de estos elementos caracterizan y perfilan el ser uno mismo, diferente de los demás".

En consecuencia, el menor nacido bajo una donación de gametos, construirá su identidad dinámica conociendo como su padre o madre a aquel que lo reconoció al momento de su nacimiento y que por lo tanto será el que lo criará y lo educará, dándole amor filial para que este se desarrolle de manera íntegra; más allá de que no sea su progenitor biológico, es el que al final de cuentas lo formará y cuidará, dejando sin fundamento válido aquella manifestación que afirma que el menor necesita de sus padres biológicos para poder formarse de

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

manera adecuada o que el padre o madre necesitan que el menor sea su hijo biológico para poder cumplir con amor y responsabilidad las obligaciones de la patria potestad. Sin perjuicio de que a pedido del menor se puedan revelar los datos del donante, para sí formar una identidad completa y veraz, además de regular la determinación de la paternidad y maternidad para darle seguridad jurídica al menor.

F. Sessarego (2003) indica que el elemento dinámico de la identidad:

> "Es el resultado de la suma de pensamientos, concepciones del mundo, ideologías, posición religiosa, opiniones, creencias, actitud política, actividad profesional, carácter, vocación, rasgos psicológicos, sensibilidad, voluntad, inteligencia. Es decir, todo lo que hace que yo sea el que soy y no otro. Es la personalidad que se proyecta al exterior. Es, en síntesis, la "verdad personal"." (p.8)

5.1.4 La identidad personal

Este tipo de identidad es la que abarca a toda la persona en sí, se podría afirmar que esta es la verdadera identidad, no lo que algunos han ido argumentando al respecto, que tener un nombre o un apellido o ser reconocido al nacer ya es poseer una; este tipo comprende todos los aspectos de la persona, desde su biología, genética, nombre, apellidos, nacionalidad, experiencias bibliográficas, aprendizajes cognoscitivos, culturales, personales,

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

aspectos psicológicos, la propia personalidad, las vivencias, los lazos familiares formados, los recuerdos y experiencias, entre otros.

Son todos aquellos aspectos que diferencian a una persona de otra en la sociedad, que le permiten al individuo saber quién es y qué es lo que quiere para su vida, la identidad personal está constituida por la vertiente dinámica y la estática. Como ya se ha explicado anteriormente, entonces posee los datos estáticos de una persona y los dinámicos también.

En un principio se hablaba de estas dos vertientes como tipos de identidad diferentes y autónomas una de la otra, sin embargo corrientes modernas han indicado que la identidad personal pretende unir estas dos tipologías en una sola, demostrando que el ser humano posee una única identidad inquebrantable que tiene como característica la unidad de aquellas dos.

Es primordial saber diferenciar entre la persona como tal y su personalidad, la primera es el ser humano en sí, el recipiente, el moldeador de la segunda, esto quiere decir que la persona es aquel sujeto que posee una personalidad, una manera de actuar ante la sociedad; es aquel que formará dicho distintivo.

F. Sessarego indica lo siguiente:

> "Cada ser humano, en cuanto tal, tiene una identidad intransferible. Cada persona, como elemento configurativo de su propia identidad, tiene una determinada "manera de ser", una personalidad. Es aquí, en

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

> definitiva, donde radica la diferencia entre el ente, que es el ser humano en cuanto “persona” para el derecho, y su “personalidad” o “manera de ser” proyectada hacia el mundo exterior. La personalidad, en tanto el ser humano es libre y coexistencial, se constituye mediante un proceso “autocreativo”, abierto en el tiempo existencial en el que ella se enriquece o se empobrece según las circunstancias pero, donde, en definitiva se configura. “ (Sessarego, 2003, pág. 8)

“La identidad personal está íntimamente ligada a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentadas ambas en una experiencia histórica y biológica, así como en la forma en que se relaciona dicho individuo con los demás a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social. Es por ello que la identidad, si bien no es un derecho exclusivo de los niños y niñas, entraña una importancia especial durante la niñez” (Caso Forneron e hija VS. Argenitna, 2012)

Sessarego (2003) afirma:

> “La identidad personal resulta ser, por consiguiente, el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad. La identidad personal es todo lo que hace que cada cual sea uno mismo y no otro. Es el complejo de datos biológicos, psíquicos y existenciales que, pese a que todos los seres humanos sean iguales, determina la “mismidad”, el ser “uno mismo”. “ (Sessarego, 2003)

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Siendo entonces que el Estado debe velar por la identidad de los menores, que recién está en formación, el afirmar la Corte Interamericana de Derechos humanos que la identidad no es un derecho exclusivo de los niños y niñas, hace referencia que ellos por sí solos no pueden garantizarla, que necesitan de otra persona capaz o de un ente regulador, como es el Estado para poder hacer valer su derecho, siempre tomando decisiones en beneficio de este y si es posible a su pedido.

5.1.5 La identidad biológica

Todos poseen un origen, nadie nace de la nada, cada individuo en el mundo es hijo de otro, estando en todo su derecho de conocerlo, saber quién es y si es posible entablar una relación filial con aquella persona, debiendo respetarse en la medida de lo posible este derecho; como es sabido, en los casos de abandono de menor o muerte de los padres a una edad temprana o en la adopción, no puede satisfacerse este derecho. Más aun en la actualidad, con los avances de la tecnología y la aparición de las TERAS y la donación de gametos, este derecho está siendo vulnerado al no existir una regulación que controle y supervise a los centros médicos que aplican este procedimiento.

No obstante, el estar regulada esta técnica ¿asegurará realmente que no se vulnere el derecho a la identidad del menor? Como se ha mencionado anteriormente, la identidad personal abarca quién es el individuo verdaderamente, todos los aspectos de su vida, estando constituida por datos

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

estáticos y dinámicos también, siendo que los últimos son los que se forman y desarrollan a lo largo de la vida del individuo, en tanto el menor crecerá con la idea de que cierta persona es su padre o madre, el que lo cría y lo querrá como tal; sin embargo no se debe dejar de lado el hecho de que si el menor ve afectado su derecho a conocer su verdad biológica, puedan revelarse los datos del donante de gametos, con el fin de garantizar en un sentido completo su identidad.

"La identidad biológica constituye uno de los pilares del concepto de persona y por consiguiente no debería concebirse como un presupuesto concedido por el orden jurídico o la voluntad de una norma. Deriva de los vínculos de sangre y en tanto las personas no pueden modificar objetivamente esa ascendencia parental, la identidad biológica es en sí." (Observatorio de derechos humanos, 2016, pág. 10)

En consecuencia la norma no puede condicionar a una persona el conocer o no su origen biológico ni mucho menos pretender cambiarlo u ocultarlo, como dice el autor, no se puede modificar de forma objetiva dicha condición; es por ello que si bien es cierto el Estado no puede inmiscuirse en esta relación natural, si puede garantizar de que esta no se vulnere, ni se desvirtúe. En una donación de gametos, el donante será parte del origen biológico del menor, no pudiéndose cambiar ni ocultar aquello, asimismo los padres intencionales serán los que cumplirán los roles de la patria potestad, formando parte de los datos dinámicos del menor.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

5.1.6 Derecho del menor a conocer a sus padres biológicos

El conocer el verdadero origen biológico y/o genético de un menor se desprende de la identidad de este mismo, teniendo por lo tanto, el derecho a saber quiénes son sus padres biológicos y también a conocer acerca de sus orígenes o como es que fue concebido; viéndose vulnerado este derecho con la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistidas heterólogas, puesto que al haber un tercero que done sus gametos para que una pareja pueda tener un hijo, con la escasa y por no decir inexistente regulación al respecto , a este último se le estaría negando la posibilidad de conocer a sus padres biológicos, al no existir un registro que guarde los datos del donante.

Como ya se ha mencionado, los niños no pueden ejercer por sí solos su derecho a la identidad, en tal sentido, sus padres serán los que decidan si contarles o no acerca de sus orígenes o como es que fue concebido, lo cual es un tanto arbitrario, ya que los padres solo verán lo que es conveniente para ellos, como mantener en secreto sus problemas de infertilidad o creer que el niño está mejor sin conocer nunca su verdadero origen biológico. Todo ello demuestra lo desprotegido que se encuentra el menor con respecto a su derecho fundamental a la identidad biológica, si bien es cierto al aplicar las TERAS heterólogas se están garantizando una variedad de derechos de los padres intencionales, no se puede ignorar el atropello de derechos que se le está ocasionando al menor.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Enrique Varsi (2013) cita a la Declaración de Mónaco. Bioética y derechos del niño, en la que se reconoce el derecho de los menores a conocer su propio origen biológico, al respecto Varsi señala que este surgió en Alemania, a fines de la década de los cuarenta, como un derecho natural del ser humano, que va de la mano con la verdad biológica, el cual le otorga la facultad propia de averiguar quién es sus verdaderos padres, que debido a diversas causas puede "ser desconocido, estar en discusión o ser debatible", como por ejemplo la adopción o la donación de material genético. Con los avances de la tecnología y de las técnicas de reproducción asistida este derecho tomó mayor impulso, dado que se estaba dando (y en el Perú aún se da) una aplicación de estas de manera indiscriminada y sin respeto alguno por los derechos de las personas que intervienen en él, sobre todo del menor que por su condición no posee ni voz ni voto; desencajando así los principios naturales y biolegales de la filiación al utilizar material genéticos de terceros o la maternidad subrogada. El principal objetivo de este derecho es "la investigación de la filiación natural o sanguínea, el derecho del menor a conocer la identidad del donante de gametos en las técnicas heterólogas de reproducción; en conclusión toda persona tiene derecho a conocer quiénes son sus progenitores biológicos y de ser el caso como es que fue concebido. (p.244)

(Bach M., 2009, págs. 250-251) Sostuvo que:

> "Si el hijo procede de donantes en una fecundación heteróloga, es decir, cuando existe más de dos padres, si al crecer el hijo decide

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

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."

La (Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos del 2003) en su artículo 13º protege el derecho al individuo a conocer su propio origen biológico:

Artículo 13º: Acceso

"*Nadie debería verse privado de acceso a sus propios datos genéticos o datos proteómicos, a menos que estén irreversiblemente disociados de la persona como fuente identificable de ellos o que el derecho interno imponga límites a dicho acceso por razones de salud u orden públicos o de seguridad nacional."*

Cada vez que se aplica la donación de gametos para tratar una infertilidad grave en una pareja, se están garantizando derechos fundamentales de los padres intencionales lo cual es justo y correcto, sin embargo, el menor nacido bajo esta práctica sufre un detrimento en su derecho a la identidad, claro que solo en uno de sus aspectos el conocer a sus padres biológicos y saber la

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

verdad de su origen, cómo es posible que en el Perú, teniendo como base la Convención de niños y adolescentes y el interés superior del niño, se sigan aplicando estas técnicas de manera indiscriminada, sin una regulación, sin importar la vulneración ocasionada al menor. En tal sentido, qué debería hacer el Estado para garantizar los mencionados derechos, primero empezar con regular este procedimiento, promoviendo que los padres intencionales, desde una edad temprana le cuenten a su hijo acerca de su verdadero origen, asimismo permitir al menor, a petición de este, conocer los datos personales y al propio donante, para que pueda formar una identidad completa basada en su verdad.

Los autores (Muñoz Genestoux y Víttola, 2017) afirman:

> "Si bien no puede asegurarse a ciencia cierta el grado de importancia del dato genético en la construcción de la identidad personal, existe un consenso generalizado en que tal información no puede quedar a la libre disposición de los Estados o centros especializados. Por el simple hecho de tratarse de uno de los elementos que conforman la identidad de una persona, debe ser resguardada y registrada. El Estado por sí sólo no puede ocultar a las personas el conocimiento sobre su origen, pues implicaría negarle uno de los elementos constitutivos de su identidad. Es la propia persona, con base en su autonomía personal, quien elegirá qué grado de importancia le dará a su vida conocer o no ese dato genético."

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

5.1.7 Postura psicológica

5.1.7.1 ¿Es perjudicial para el menor no ser criado por sus padres biológicos?

Desde tiempos inmemoriales las familias han provenido de diferentes fuentes, existiendo diversos tipos, no solo las derivadas de las TERAS heterólogas, que vendrían a ser la forma más reciente, sino por muchas otras causas y factores que desvirtúan el modelo familiar que el Estado promueve. De todo lo que se ha ido analizando se puede decir que lo biológico no es determinante en una persona, siendo que las relaciones afectivas son las que predominan en el desarrollo de una persona, sobre todo cuando esta se encuentra en una etapa inicial de su vida. Está claro que los niños que han sido criados por personas distintas a sus padres biológicos no han sufrido conflictos psicológicos, puesto que lo que realmente importa es que el menor sea criado con amor y responsabilidad, teniendo los padres el compromiso y la obligación de darle un cierto grado de equilibrio y estabilidad al menor en cuanto a su crianza, permitiéndole desarrollarse de manera normal, no necesitando para ello que las personas que se hagan cargo de él sean sus progenitores biológicos.

La Autora (Bustamante García, 2014) realiza un análisis muy importante acerca de los aspectos psicológicos que puede acarrear la crianza y educación de un menor por personas distintas a sus padres biológicos, llegando a la

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

conclusión de que para que un niño se desarrolle de forma integral no importa el tipo de familia del que provenga, sino más bien la forma en que esta familia se hace cargo de la crianza del menor.

Asimismo analiza lo dicho por los autores (Arranz, Oliva, & Olabarrieta, 2010)

> "Realmente cuando hablamos de una educación de calidad para los niños y niñas no tenemos que hacer referencia a qué adultos están a cargo de los niños, sino al tipo de relación que éstos establecen entre sí y con ellos. El que los hijos sean criados por un padre o por los dos, el que haya en el hogar un padre o no, el que el niño no esté relacionado genéticamente con uno de los padres o con ambos y el que los padres sean heterosexuales u homosexuales, puede influir poco en el bienestar emocional de los hijos. Puesto que la estructura familiar en sí misma no es un factor determinante para el equilibrio psicológico de los menores, lo que parece ser más transcendental no es el tipo de familia, sino de lo que ocurre dentro de ella." (p.16)

Del mismo modo (López Calderón, 2014, pág. 18) afirma que el bienestar psicológico del menor y también de sus padres no va a depender de la organización familiar, es decir del tipo de familia del que provengan, sino más bien en cómo se den las relaciones internamente entre los miembros de la familia, de la cual es establecida dentro cada núcleo. Relaciones que deben

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

estar basadas principalmente en afecto, comunicación e intimidad, conexión, lo cual generará un ambiente estable y estimulante, en donde se dé el apoyo mutuo tanto interna como externamente.

5.1.7.2 ¿Qué sucede si se opta por no contarle al menor acerca de su verdadero origen?

Toda persona tiene derecho a saber su verdad y a conocer a sus verdaderos padres biológicos y/o genéticos si es que así lo desean, ya que como se ha mencionado, existen diversos tipos de familias en donde los lazos biológicos no son lo que predominan, sin embargo este aspecto no debe ocultarse, esta tiene todo el derecho de saber, de que le informen si es que es posible y de investigar acerca de sus orígenes biológicos, siendo que si esta información es ocultada a propósito, podría causarse un perjuicio, además un desconcierto y desasosiego en la persona.

(Baccino, 2008, pág. 56) En la Revista de fertilidad cita a (Paul MS, 2007, págs. 5-11) el cual señala que existen numerosas investigaciones en el ámbito de la psicología que advierten que se debe mantener una postura de apertura hacia el niño, en tal sentido, contarles su verdadero origen, puesto que existe evidencia de que no decírselo y guardar dicho secreto puede ocasionar en el niño un grave daño psicológico.

En la mayoría de los casos, el que los padres no cuenten a su hijos su verdadero origen se debe al temor de hacerles daño o del rechazo que pueda

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

surgir, por lo que se da la tentación de ocultarles dicha información, sin embargo si no se les dice la verdad, esto puede ocasionar que se estigmatice su condición, haciendo creer que es mala o vergonzosa, asimismo se corre el riesgo de que el niño se entere por terceras personas, causando una ruptura del lazo de confianza con sus padres. Siendo el peor de los escenarios el mentirle al niño, lo cual es muy perjudicial para este, puesto que como dice el dicho “la verdad siempre se llega a saber”, la mentira dolerá más y mellará las relaciones familiares, es por ello que los padres deben estar dispuestos y preparados para hablar con naturalidad del tema, sea frente a sus hijos u otras personas. Puede que contarle la verdad acerca de su origen pueda causar sentimientos de dolor, pero hacerlo desde una edad temprana, de forma positiva, comprensiva y sobretodo con amor puede ayudar a calmar y atenuar dicha situación. (Ramírez Gomara, 2017)

En tanto, “es más beneficioso contarle al menor acerca de sus orígenes, puesto que resulta negativo el tener secretos entre padres e hijos, siendo que lo niños son capaces de descubrir las “claves ocultas” que utilizan los padres para hablar sobre ellos sobre la verdad que se está ocultando, lo cual genera un distanciamiento en la relación familiar.” (Hernández, 2008)

“Un estudio realizado en adultos entre 26 y 55 años de edad, que fueron concebidos mediante la técnica de la inseminación artificial reveló que los entrevistados manifestaron que el secreto, la privacidad y la confidencialidad de

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

sus orígenes por parte de sus padres, tuvo efectos negativos en su relación familiar llamando a su vida “una mentira”.” (Turner AJ, 2000)

(Maccallum F y Golombok S., 2007) “realizaron un estudio con familias que tenían hijos entre 2-5 años, nacidos por donación de embriones, el cual reveló que el 9% de las madres se lo habían dicho a sus hijos, que un 24% estaban planeando decírselo, que un 43% habían decidido no hacerlo y que un 24% aún estaban indecisas. Curiosamente el 72% de estas madres se lo había contado a alguien de su familia. La gran mayoría de razones para mantener el secreto de la donación fueron, el pensamiento de protección al menor, la creencia de que revelarlo era algo incensario y la fantasía de que la relación se dañará si se lo contaban al niño.” (Hernández, 2008)

Sin embargo como se ha reiterado, es mejor contarle al niño acerca de sus orígenes, promoviendo el Estado esta situación, ofreciendo ayuda psicológica para que puedan hacerlo de manera correcta, teniendo clara la idea de que si se mantiene en secreto la mencionada información dañará la relación padres-hijos, creando inseguridades y miedos constantes tanto a los primeros como los segundos, generando así un menoscabo en el desarrollo metal y afectivo del niño. (Hernández, 2008)

5.1.7.3 ¿Cómo y cuándo contarle al menor acerca de su origen?

Ahora bien, ya que se tiene clara la idea de que ocultarle al menor la información acerca de sus orígenes es algo perjudicial para su salud mental, su

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

desarrollo y también para la relación familiar con sus padres, es importante ahora señalar como es que los padres deberán contárselo a su hijo y también cual es la edad indicada para empezar a hacerlo; como se ha mencionado líneas arriba, en caso de las técnicas de reproducción humana asistida con donación de gametos, el Estado debe preocuparse por el menor y su identidad, por lo que debe promover que los padres que se sometieron a esta técnica les cuenten a sus niños como es que fueron traídos al mundo, como algo sumamente natural y normal, para que estos desde una edad temprana vayan asimilando de a poco aquella información y cuando sean más conscientes de lo que desean puedan pedirle a sus padres el conocer al donante, para ello el Estado deberá contar con un registro, el cual podrá ser aperturado bajo petición del menor, para salvaguardar su derecho a conocer su verdad.

> "El deseo, los proyectos, y la ilusión con la que estos pacientes acuden a una clínica de reproducción difícilmente desaparecerán al no haber una relación genética –total o parcial– con su hijo. Por tanto, es recomendable no minimizar el impacto de la donación de gametos, pero sí naturalizarlo como lo que es: un medio para alcanzar un fin. Esto ayudará a que estas parejas puedan sentir más seguridad al momento de tomar la decisión de revelar este secreto a sus hijos, ya que habrán cursado por un proceso de reflexión y fundamentación." (Baccino, 2008, pág. 57)

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Cuál sería la edad perfecta y el modo que un padre debe emplear para contarle a su hijo acerca de su verdad biológica y/o genética; el hecho de haber nacido bajo la aplicación de las TERAS con donación de gametos, debe tomarse como algo normal, una situación por la que cualquiera podría pasar, de lo cual no hay nada porque avergonzarse, desde el primer momento en el que se use este término debe hacerse de manera natural, tanto en el entorno familiar como externo, cuanto más antes sepa el menor acerca de su verdad, más fácil será que lo asimile y acepte. Por ejemplo, los padres pueden ir introduciendo esta conversación de forma casual o esporádica desde que el niño es muy pequeño, siendo que los niños llegan a comprender a sus padres y la información es mejor asimilada si es que a una edad temprana (3 años) se le va contando, inclusive antes de esta edad se puede ir utilizando algunos términos relacionados para que el menor se vaya acostumbrando a aquello y pueda procesar la información de manera gradual y menos traumática. (Ramírez Gomara, 2017)

Lo importante es dejarle claro al niño que sus padres lo aman, que lo esperaron con muchas ansias y que es su mayor tesoro, haciéndolo de esta manera es que el menor sentirá el amor que le tienen sus padres y que eso es lo más importante, más allá de que existan terceras personas que aportaron una pizca de genética para que su llegada a este mundo pueda verse realizada, contarle con paciencia, de forma progresiva y con mucho amor es la forma correcta de hacerlo, para que la experiencia no sea traumática, por ello

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

el Estado al regular la donación de gametos debe requerir a las parejas que cumplan con asistir a terapias psicológicas que los preparen para poder contarles a sus hijos acerca de sus orígenes sin que ello signifique un perjuicio en la relación familiar, sino como el contexto más sano y adecuado para el menor.

Inclusive, en los países en donde la donación de gametos es regulada y además se le permite al menor conocer al donante, existen libros infantiles en los cuales de una manera didáctica se cuentan las diferentes historias que puedan originar las técnicas de reproducción humana asistida, haciendo la tarea de los padres un tanto más fácil y agradable, lo cual no estaría de más incluirlo en el Perú. En realidad la forma de contar varía demasiado, puesto que cada pareja decidirá como es la mejor forma de hacerlo, claro que habiendo sido orientados previamente.

(Jociles-Rubio, 2014, pág. 76) afirma:

"Unas adoptan los contenidos propios de un cuento de hadas, otras los de una visita a una clínica de reproducción asistida; unas son amplias, detalladas y tratan de responder a todas las preguntas que el hijo/a pudiera hacerse sobre sus orígenes, otras son más cortas, generalistas y sólo tratan de responder a las cuestiones que, según se supone, pueden entender los niños/as a ciertas edades."

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

(Rivas A., Jociles M., 2013) Citaron diversas investigaciones acerca de parejas que decidieron revelar a sus hijos su verdadero origen y también como es que reaccionaron estos frente al develamiento, para argumentar su postura acerca de la revelación de esta información según los diversos tipos de modelos familiares derivadas de las técnicas de reproducción humana asistida con donación de gametos.

Una de las investigaciones citadas (p.6) fue la de (Rumball & Adair, 1999), el cual documenta como fueron las experiencias vividas por parejas heterosexuales de Nueva Zelanda, que decidieron revelar a sus hijos su concepción a través de técnicas de reproducción humana asistida con donación de gametos y además también como fue la reacción de los niños ante tal revelación. Cuyas conclusiones principales son las siguientes:

> "1º) que es preferible la revelación a una edad temprana en que los niños/as la procesan de una manera no problemática; 2º) que las preguntas planteadas por los hijos/as ante la revelación se refieren a asuntos prácticos, sobre quién es el donante, sobre si podrán conocerlo, etc.; 3º) que los padres que revelan a una edad temprana describen esta situación como una oportunidad para dar gradualmente información a los niños/as que irán comprendiéndola poco a poco, y que los padres que aún no lo habían contado, pero que pensaban hacerlo en el futuro, daban

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

como razón principal para preferir la espera la incapacidad de los niños/as para comprender los hechos biológicos cuando son pequeños."

Otro estudio citado por las autoras (p.7) es el de (Blake, Casey, Readings, Jadva, & Golombok, 2010), en el cual son entrevistados tanto padres que se sometieron a una donación de gametos como los hijos producto de esta, a los cuales se les preguntó qué es lo que habían entendido y cómo se habían sentido después de que se les contará sus orígenes. "La principal aportación del presente estudio es afirmar que a los niños que se les da a conocer sus orígenes en una edad temprana reaccionan de dos maneras, la primera la describen como "neutral", dado que no existe una manifestación de emociones visibles; y la segunda de manera positiva, puesto que los niños optan por contar dicha historia como un acontecimiento divertido o interesante."

5.1.8 El Registro Nacional e Individual de donantes y la identidad del menor

El contar con un Registro Nacional de Donación de Gametos permitirá a las autoridades el poder controlar y fiscalizar de una manera adecuada y eficiente la realización de esta técnica, además que facilitará la actuación del MINSA y de los juzgados al momento de presentarse inconvenientes, puesto que tendrán un panorama claro acerca de las TERAS con donación de gametos.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

El Autor Varsi (2013 p.417) menciona que “El registro de Cedentes de Gametos y Preembriones con fines de reproducción humana asistida es un registro único constituido por las bases de datos de cada centro de reproducción que opera en el país y que esté debidamente autorizado por el Ministerio de salud” también explica la necesidad de elaborar dicho registro, ya que este permitirá contabilizar las donaciones de material reproductivo de los donantes, asimismo se tendrá la certeza de la cantidad de donaciones y actos realizados en el territorio peruano.

Según (Posadas, 2017, págs. 125-126) menciona la existencia de un Informe Estadístico del nacido vivo, el cual sería el único que contiene información estadística de los nacidos en el Perú, pero que sin embargo, este no presenta ningún acápite sobre la procreación del nacido, ya sea de forma natural o mediante el uso de las técnicas de reproducción humana asistida, lo que implica que se desconozca el número de veces que se han aplicado estas técnicas, asimismo la cantidad de niños nacidos como consecuencia de dicha aplicación, además no hay registro ni supervisión de las clínicas de fertilidad que se encargan de realizarlas.

Además Posadas (2017) afirma que consecuentemente, la información estadística de los niños nacidos bajo estas técnicas, daría lugar a un sinnúmero de beneficios, tales como conocer el porcentaje de parejas que sufren de problemas de fertilidad a nivel nacional y que acuden a la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida para llegar a tener descendencia;

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

asimismo tener un número exacto de intervenciones de TERAS homólogas y de TERAS heterólogas, además de llevar la cuenta de los niños nacidos en vientre alquiler. Lo cual sería beneficioso para el actuar de las entidades ya autoridades competentes. (p.126)

Por otro lado, los donantes deberían poseer una registro individual que se adjunte a la historia clínica, siendo esto sumamente importante para poder identificarlo y saber acerca de sus condiciones de salud física y también psicológica, información pertinente para llevar de manera adecuada la donación. Siendo este registro clave para no vulnerar el derecho a la identidad del menor.

Para Varsi en su obra *Derecho Genético* (2013) el Registro Individual de cada uno de los donantes deberá contener todos sus datos generales de identificación, los cuales son: “Datos personales y físicos, además los datos médicos personales y de sus familiares también. Por otro lado menciona que este Registro debe poseer un número de clave interno, para facilitar su administración.” (p.417)

El hecho de que no exista un registro en donde se guarden los datos tanto identificativos como no identificativos del donante presupone una vulneración al derecho a la identidad del menor, puesto que se estaría negando la posibilidad de poder investigar acerca de sus orígenes, siendo este un derecho inherente a la persona, como se ha mencionado anteriormente; asimismo este permite que

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

la persona forje su identidad y su desarrolle su personalidad de una manera completa, si bien es cierto el Estado no puede no puede disponer de la identidad biológica de un sujeto, si puede emplear medidas necesarias para que este pueda investigar y conocer sus orígenes, por ello la importancia de elaborar este registro, asimismo se tiene que en la adopción, los sujetos adoptados tienen derecho en la medida de lo posible a acceder a su partida de nacimiento originaria para poder saber quiénes son sus padres biológicos e inclusive poder contactarlos, sin que eso signifique que el restablecimiento de sus derechos filiatorios respecto de ellos; si esta medida se adoptó para el caso de la adopción, por qué entonces se le negaría la posibilidad de hacer lo mismo a los nacido por TERAS heterólogas, si existe la misma finalidad, el satisfacer la necesidad psicológica y personal de poder conocer sus orígenes biológicos. Posadas (2017 p.133)

Asimismo Posadas (2017 p.133-134) cita las palabras de dos mujeres que fueron concebidas con material genético donado, dejando notar que si bien es cierto, estas técnicas traen grandes beneficios, estos solo están pensados en beneficio de los padres, no piensan en que el “producto obtenido” también es un ser humano y merece respeto, dejando notar la crisis de identidad que puede sufrir una persona si no puede conocer o investigar acerca de su origen.

Así se tiene el testimonio de “Margaret R. Brown (p.133), la primera niña probeta con esperma donado, quien hoy es una joven y brillante estudiante de biología de Yale. Y reflexiona: *«El problema radica en que la inseminación*

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

artificial responde al interés de la intimidad de los padres y el médico, en vez de al interés del niño (...) Pero un hijo no es una mercancía ni una propiedad, es una persona que tiene sus propios derechos».”

Por otro lado, está el caso de Karina Clark (p.133-134) quien nació gracias a la donación de gametos, sin conocer quién era su padre, sufriendo una crisis de identidad; sin embargo a los 17 años, luego de una ardua búsqueda, pudo encontrarlo, no fue una tarea fácil, puesto que la clínica donde había sido tratada su madre no contaba con un registro de donantes que le proporcionara los datos de su padre, “así lo afirmó en una entrevista publicada en el diario The Washington Post cuando tenía 18 años. En dicha entrevista, Karina se manifiesta diciendo”:

> *“Me molesta que todo lo relativo a la donación de gametos se centre solo en ‘los padres’, es decir, los adultos que pueden tomar decisiones sobre nuestras vidas. Se simpatiza con la madre por querer tener un hijo. El donante consigue garantía de anonimato, así como exención de cualquier responsabilidad sobre el hijo nacido de su donación. Mientras estos adultos sean felices, la concepción por donación es un éxito, ¿no?”*. *“No pedimos nacer de este modo, con las limitaciones y la confusión que implica. Es hipócrita que tanto padres como médicos supongan que a los ‘productos’ del banco de semen no les interesa conocer sus raíces biológicas, cuando es el vehemente deseo de tener*

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

descendentes biológicos lo que hace que los clientes recurran a la inseminación artificial".

En efecto, el no poseer un registro con los datos del donante afecta gravemente el derecho a la identidad del menor, no obstante no solo vulnera este derecho, sino también el derecho a la salud, puesto que si no hay un registro evidentemente no se conocerán los datos clínicos, lo que causaría que el menor no tenga conocimiento de posibles enfermedades hereditarias o si es que esta persona pueda ser un inminente donante para tratar de forma adecuada la salud del menor; por otro lado también podría evitarse que, con el incremento de la aplicación de estas técnicas, hayan posibles matrimonios entre consanguíneos lo cual no es aceptable bajo ningún término, así (Varsi Rospigliosi, 2017) señala que "La interrupción del anonimato se aplicará para tres fines: a) impedimentos matrimoniales; b) para satisfacer una necesidad psicológica de conocer la ascendencia genética; c) para preservar y salvaguardar la vida y la salud del niño, y sus padres, en caso de enfermedad genética o hereditaria." (p.122)

A continuación se analizarán dos figuras jurídicas del derecho de familia peruano en las que la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida heterólogas acarrean un conflicto jurídico: La filiación del menor y La impugnación de paternidad, siendo que estas principalmente afectan al menor y a su derecho a la identidad, pretendiendo develar si es que realmente existe

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

o no una vulneración a tal derecho, para luego pasar a discutir el test de ponderación entre el derecho a ser padre y el de la identidad del menor.

5.2 La filiación del menor

Cuando se aplican las técnicas de reproducción humana asistida la primera cuestión que va a sobresalir es la filiación del menor, puesto que en nuestras leyes peruanas la figura es dada al momento de nacer el niño, ya que allí se crea una relación jurídica entre los progenitores y sus hijos, que no solo dará una relación sanguínea sino que además estará dotada de deberes y derechos.

Filiación es la relación jurídica que existe entre los progenitores y sus descendientes en primer lugar, existen dos formas de contemplarla, la matrimonial y la extramatrimonial; notándose su diferencia en que la primera nace del matrimonio, radicando la presunción de paternidad. En cambio, en la segunda, esta presunción no puede ser posible, solo puede darse esta filiación si es que, de manera voluntaria el padre o madre reconoce al descendiente o sino por mandato judicial. (Ortega Garnica)

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

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

El mismo autor también define a la filiación como la que crea un lazo entre padres e hijos que está dotada principalmente del vínculo biológico y genético y que consecuentemente genera derechos entre ellos; es importante analizar brevemente esta figura, ya que es parte integrante del derecho a la identidad, puesto que en esta se encontrarán los lazos entre padres e hijos que nacen de una familia, ya sea dentro o fuera del matrimonio, por consanguinidad o también por voluntad de los padres al reconocer o adoptar un hijo, lo que deja entrever que la ley trata de igual forma a todos los descendientes; además también de establecer una serie de derechos y obligaciones que deben cumplir y respetar los integrantes de la familia.

En las técnicas de reproducción humana asistida heterólogas, la filiación se ve afectada ya que uno o ambos gametos no les pertenece a los padres intencionales, si bien es cierto la madre puede dar a luz a un bebé cuyos gametos conformantes pueden haber sido donados, la ley peruana otorgará la filiación matrimonial automáticamente por presunción a la madre y al esposo de esta, sin embargo, desde ya se ve que se está menoscabando el derecho del niño a conocer su origen biológico, dado que así ya exista una filiación, esta no es la genética o biológica, sino una meramente legal basada en la voluntad.

El derecho no puede crear lazos biológicos, sin embargo puede reconocerlos o refutarlos, por ello la importancia de aclarar estos puntos en la donación de gametos, ya que en estos casos, no se pretende otorgar una filiación biológica,

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

sino más bien una que dé lugar a un reconocimiento a voluntad del padre o la madre cuyos gametos han sido sustituidos. Se debe tener sumo cuidado con esta situación, dado que al no existir un vínculo biológico que obligue al padre o la madre a hacerse cargo del menor este se encuentra desprotegido. De allí a que el legislador por esta razón tal vez no se anime a regular estas técnicas.

Cómo dar protección jurídica al niño nacido bajo la técnica de la cesión de gametos, la forma más adecuada sería que en el momento de firmar el consentimiento en las clínicas de fertilización se debe advertir y poner como cláusula que el reconocimiento del menor será obligatorio, automático e irrevocable, como si fuera un nuevo tipo de filiación (voluntad procreacional), sin perjuicio de ser inscrito en los Registros Públicos y, en el caso de querer impugnar la paternidad, la prueba del ADN quedaría fuera, sería insulsa al existir donación de gametos, dado que habiendo un consentimiento pleno, dotado de la voluntad de las partes, este tiene todos los efectos jurídicos correspondientes.

La filiación en las técnicas de reproducción asistidas heterólogas se basa en la voluntad, tanto de los padres como del donante, ya que los padres aceptarán que habrá un tercero que donará sus gametos para que puedan ser padres y que posteriormente al nacimiento van a reconocer al niño y por parte del cedente que tiene la voluntad de ayudar a ser padres a otras personas, sin ánimo de concebir, simplemente de donar de manera altruista, es por ello que

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

esta filiación debe basarse no en lo biológico, dado que no existe, sino más bien en la voluntad de las partes, siendo esto suficiente e irrevocable, puesto que al momento de dar una consentimiento estás haciéndolo de manera voluntaria y consiente, sin poder arrepentirte posteriormente.

Varsi (2017) explica:

> "La paternidad es un concepto social que trasciende a lo biológico. La descendencia corresponde a aquellos que la desearon. El régimen de la filiación para las técnicas procreativas se asemeja a la adopción, dado que ambas se sustentan en la voluntad, no en el dato biológico. Como en la adopción, la paternidad es totalmente espontánea, carente de cualquier vínculo de sangre. La relación entre padres e hijos se establece sobre una opción voluntaria, según el afecto entre los sujetos y, por tanto, debe considerarse legítima y verdadera relación de los padres en caso de conflictos relativos a la determinación de la paternidad." (Varsi Rospigliosi, 2017)

El hecho de que la filiación en caso de donación de gametos ya tenga una solución, aún queda pendiente el derecho a la identidad biológica del menor, puesto que esta sigue siendo menoscabada; si bien es cierto, la ley protegerá al recién nacido, para que no le falte un padre y una madre sean o no biológicos o genéticos, sin embargo el derecho a conocer la verdad biológica también debe encontrar una solución.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

5.2.1 Voluntad Procreacional: Paternidad resultante de un acto voluntario

Con el transcurrir de los años, el tener descendencia ya no es impuesto o una obligación, más bien ahora es parte de una decisión tomada por una persona o pareja en base a sus aspiraciones o proyectos de vida, apareciendo entonces la figura de la voluntad procreacional. Desde tiempos remotos la filiación ha servido para dar seguridad a las relaciones familiares, en tanto el modelo de familia que siempre estará presente y será promovido por el Estado es aquel que está conformado por un padre, una madre y los hijos, sin embargo la relación biológica que pueda haber entre estos se supone, siendo un aspecto meramente natural, ilimitado e independiente de lo que vendría ser las relaciones jurídicas dentro del ámbito familiar. No obstante, esto no quiere decir que lo biológico no sea importante, claramente lo es, puesto que muy aparte de la promoción que el Estado le otorga, faculta al individuo formar una identidad basada en información correcta y verídica acerca de él mismo, solo que esta condición no puede estar supeditada por una norma, al menos que se vea vulnerada y cause perjuicios al sujeto.

Claro está que una de las razones por las que el modelo de familia se ha visto modificado, es el avance de la tecnología y la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida, puesto que inclusive en algunos países se permite a las parejas homosexuales o a las personas sean hombres o mujeres en solitario poder convertirse en papá o mamá solteros, siendo que dichas

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

personas se someten a las mencionadas técnicas por mera voluntad, es decir que tomaron la decisión de ser padres, basados en un acto voluntario, por el mismo hecho de no poder realizarlo por si solos por sus respectivas condiciones, por lo que si eso fue lo que eligieron es porque realmente lo quisieron.

Lo mismo sucede en el caso de las parejas que sufren de algún tipo de infertilidad, en sus planes y proyectos de vida está ser padres, entonces al verse impedidos por su condición médica, es que acuden de manera voluntaria a los centros de fertilización en busca de algún tratamiento que les permita superar aquella situación. En este escenario, el modelo constitucional de familia se mantendría, debido a que existiría tanto una figura paterna como materna, dejando de lado por un momento los lazos biológicos y genéticos, en caso de existir una donación de gametos.

Es pertinente en este extremo hablar sobre la figura de la adopción, en este caso los lazos biológicos han quedado en un segundo plano, no son tomados en cuenta para la filiación del menor que será adoptado, siendo que en esta situación la voluntad es lo que prevalecerá. En tanto aquella pareja que decide de forma voluntaria adoptar un niño o niña, lo hace a conciencia, con libertad, haciendo uso de su derecho a la autonomía personal, cumpliendo una lista de requerimientos sumamente estrictos para poder llevar a cabo la adopción, dichos requisitos fueron formulados por los legisladores para establecer una regulación adecuada que permita al menor pertenecer a una familia, poseer

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

una filiación y unos padres que lo cuiden, protejan y formen y así no vulnerar sus derechos fundamentales. Estableciéndose por lo tanto un fuerte vínculo legal y afectivo, que es más que suficiente para asegurar el bienestar y el desarrollo del menor. Inclusive en este procedimiento existen diversas gestiones que los padres adoptivos deben realizar, que el Gobierno ha optado en instaurar para que esta figura se realice de la manera más adecuada y eficiente; entre ellas se encuentra la capacitación y preparación en donde las parejas son informadas sobre todo lo que implica una adopción, para ir preparándolos; seguidamente esta la evaluación integral, en la cual se hacen test psicológicos y sociales para determinar su capacidad psicológica y moral ante una eventual adopción y posterior a estas etapas, ya es posible adoptar, si es que se cumple con los requerimientos, asimismo se hacen visitas post adopción por el periodo de tres años para verificar el estado del menor, todo esto realizado por el Estado a través del (Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, 2013).

Este tipo de filiación derivada de la adopción, tampoco podría encajar del todo en las técnicas de reproducción humana asistida por el mismo hecho de que en el primer caso siempre faltará el lazo biológico y genético, en cambio en el segundo caso, esto puede o no darse, sin embargo puede utilizarse este tipo de filiación como una guía; tampoco encaja en la filiación natural que es aquella en la que siempre existirán los lazos biológicos y genéticos (la más aplicada en nuestro ordenamiento), es por ello que necesita de un proceso diferente de

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

determinación de filiación, uno que se adecue a todos los temas inmersos a las TERAS, sean homologas o heterólogas.

El tema de la filiación deja entrever que existe un problema jurídico en torno a esta y la aplicación de las TERAS heterólogas, la filiación que normalmente se emplea siguiendo la normativa actual, es la que se deriva de los lazos biológicos, entonces sería inapropiado otorgar la filiación a una persona que no es el padre o madre biológico del menor y deslindar de toda responsabilidad a quien le correspondería la patria potestad por compartir consanguinidad con el menor, por ello la necesidad imperiosa de debatir este tema y dar una salida que se adecue a los términos de la donación de gametos, otorgándole de esta manera seguridad jurídica al menor, que al nacer será reconocido por sus progenitores, sean o no biológicos, impidiéndole de esta manera impugnar la maternidad o paternidad al no compartir lazos bilógicos con el menor, puesto que esta situación vulneraria el derecho a la identidad del menor, ya que se le estaría dejando sin padre o madre, lo cual no puede darse y en aplicación del interés superior del niño, es imprescindible regular esta técnica.

En atención a lo anteriormente señalado, se puede concluir que lo biológico no es determinante en la formación de un vínculo familiar, puesto que lo que realmente importa es quien cuida y da afecto al menor, reconociéndolo al final como su verdadero padre o madre. Es por ello que no es una noticia nueva que las familias estén evolucionando constantemente gracias a la globalización y los avances tecnológicos, por lo que es cuestión de tiempo para que se

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

reconozca a la voluntad procreacional como un nuevo tipo de filiación, derivada de las técnicas de reproducción humana asistida, ya que a la filiación se le está restando el vínculo genético y biológico.

"Ser padre o madre es mucho más que un vínculo genético o biológico: es querer ser padre o querer ser madre; y eso es precisamente lo que permite la filiación derivada de TRA al prever un sistema basado en la voluntad." (Lamm, 2012, pág. 90)

Rivas (2016) explica:

> "la voluntad procreacional es un elemento fundamental de la filiación, es el acto de la voluntad, la decisión autónoma e independiente de ser madre o padre, es la causa eficiente por excelencia de la filiación. Su fundamento es el amor filial […]La filiación por voluntad procreacional significa que los hijos concebidos mediante técnicas reproductivas son también hijos de quien haya prestado su consentimiento previo, informado y libre con independencia de quien haya aportado los gametos, o sea el material genético. " (Rivas, 2016)

Iturburu también se manifiesta al respecto:

> "En la regulación de las TRHA como una fuente de filiación autónoma prevalece la voluntad procreacional como elemento determinante, independientemente de quién haya aportado los gametos. Lo hace con

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

> fundamento en los principios de la filiación enunciados anteriormente, en el principio de realidad, en el reconocimiento de la noción de socioafectividad y en el derecho a procrear como un aspecto trascendental del derecho humano a la salud sexual y reproductiva." (Iturburu, págs. 8-9)

¿Es realmente necesaria la creación de un nuevo tipo de filiación que se derive de las TERAS? algunos podrán decir no es necesario un nuevo tipo de filiación basado en algo que desnaturaliza el modelo tradicional de familia, que crea controversias y conflictos innecesarios, que causa discriminación entre los hijos por su forma de venir al mundo, ocasionando relaciones inusuales que atentan contra el derecho de las personas a conocer su verdadero origen biológico. (Iturburu, pág. 8) Sin embargo se debe considerar que esta postura, si bien es cierto, puede tener la razón, está dejando de lado la evolución de los tiempos, el derecho por más que quiera no va a poder detener la tecnología o los avances en la medicina, porque son campos totalmente autónomos, pero lo que si va a poder hacer es adecuar la norma a dichos avances, puesto que estos inevitablemente al ser novedosos traerán consigo nuevas relaciones y conflictos de índole jurídico, siendo tarea de la norma regularlos para evitar el atropello de derechos, no debiendo prohibirlos, porque si no no existiría un verdadero desarrollo, las cosas evolucionarían sin un sentido.

En consecuencia, la filiación que se deriva de las técnicas de reproducción humana asistidas, ya sea homologa o heteróloga, está basada meramente en

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

la voluntad y ya no en lo biológico ni genético, siendo que la relación que se formará será meramente afectiva y legal, ¿atenta esto contra el derecho a la identidad del menor? A primera instancia pareciera que sí, porque no se le estaría permitiendo conocer sus orígenes, sin embargo, este aspecto es solo una pequeña parte del inmenso mundo de la identidad, en efecto, en el presente caso se estaría dando mayor relevancia a la identidad dinámica que el niño formará con el pasar de los años, asimismo si a petición de este, quisiera conocer a sus verdaderos padres biológicos debería permitírsele hacerlo, con una adecuada y estricta regulación podría llevarse a cabo este contexto sin mayor dificultad; siendo que, los padres intencionales al contarle su verdad le están evitando daños psicológicos que, si es que llegara a enterarse de otra manera, podrían suscitarse y ser muy perjudiciales en su desarrollo personal.

Se puede concluir que padre o madre es aquella persona que realmente desea serlo, aquella que cuida, enseña, protege, ama a su hijo, no necesariamente compartiendo el mismo vínculo biológico o genético; en tanto esto se ha visto desde tiempos remotos, en donde existen niños que han sido criados por personas distintas a sus padres, inclusive la adopción es una institución relativamente antigua. Lo biológico no debe ser un aspecto absoluto que determine una relación familiar, siendo que lo afectivo en muchas ocasiones es lo que prima y lo que forma una identidad en su aspecto dinámico.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

5.3 La impugnación de paternidad y reconocimiento

Otro problema a suscitarse en la aplicación de las TERAS heterólogas es la figura jurídica de la impugnación de paternidad, dado que al no estar reguladas estas técnicas, el padre que es consciente de que no compartió sus genes con el niño, puede impugnar la paternidad y esta se le concederá puesto que no existe una relación genética ni biológica que pruebe que él es su padre.

(Plácido, 2002) Explica que la paternidad dentro del matrimonio recae sobre una presunción legal que es relativa, que otorga dicho nombramiento revistiéndolo de un carácter imperativo, de modo que no podrá ser modificada por un simple convenio entre las partes; sin embargo esta podrá ser impugnada en sede judicial ejerciendo la impugnación de paternidad, en donde actuando las respectivas pruebas, sobre toda la de ADN que es la de excelencia, se obtendrá una sentencia que deje dicha paternidad sin efecto.

La impugnación de paternidad consiste en refutar la presunción de paternidad que se otorga al momento del nacimiento del niño, el padre tiene un plazo de noventa días contados desde el día siguiente del parto, de igual modo se aplica la impugnación de reconocimiento cuando se trata de una hijo extramatrimonial.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Cuando el padre sospeche que el hijo que nació de su pareja no es suyo, ya sea porque no se encontraba con ella en el momento de la concepción, contando el ciclo del embarazo; porque sabe que sufre de problemas de esterilidad; sospeche de una infidelidad; no haya dado su consentimiento para una cesión de gametos en las técnicas heterólogas de reproducción asistida. Entonces podrá impugnar la paternidad para dejar esta sin efecto.

Asimismo, la maternidad puede ser impugnada en los casos de parto supuesto o de suplantación de hijo, ahora bien, cuando se da la maternidad subrogada o una donación de óvulos, del mismo modo, la maternidad puede refutarse si es que no hubo un consentimiento por parte de la madre.

En efecto, hablando de las TERAS heterólogas, se dan dos supuestos, el primero cuando el padre o la madre aun sabiendo y consintiendo de que se estaban sometiendo a una donación de gametos o una maternidad subrogada, impugnan la maternidad o paternidad; el segundo supuesto es en aquel en el que habiéndose hecho uso de estas técnicas no haya habido conocimiento ni consentimiento por parte de algunos de los padres.

En la primera situación estamos frente a una actitud dolosa y malintencionada por parte de los padres intencionales, esto se puede llegar a dar si es que entre la pareja hubo una discusión fuerte o una infidelidad y por dichos motivos la pareja puede desentenderse del menor, solo como una

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

absurda venganza, por llamarlo así, con las leyes vigentes peruanas, todo estaría a favor de aquel sujeto, ya que podría demostrar con una prueba de ADN que no es su hijo, además podría probar que sufre de problemas de infertilidad, lo cual es suficiente para dejar sin efecto el reconocimiento, sin embargo si se logra demostrar el consentimiento, todo lo anterior quedaría sin validez.

Pero la situación aquí no es entrar en litigio, ya que esto toma tiempo y desgasta física, psicológica y económicamente a las partes, incluyendo al menor principalmente; es por ello que el Derecho al pretender regular estas técnicas debe dar la seguridad jurídica al menor, como se indicó anteriormente haciendo que el reconocimiento sea irrevocable y que la única prueba para dejarla sin efecto sea la ausencia de voluntad.

En la segunda situación se da el caso de la falta de conocimiento y consentimiento, es sabido que para que un acto jurídico surta efectos se necesita la voluntad de las partes que intervengan en él, si se demuestra lo contrario entonces estamos frente a un vicio que acarrearía la nulidad de aquel acto.

En consecuencia, si un padre o una madre decidieran impugnar el reconocimiento, lo que debe probar es que el acto celebrado en la clínica y posterior tratamiento con donación de gametos fue hecho sin su consentimiento, por lo que al carecer de voluntad la paternidad o maternidad

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

deberían ser revocados. Sin embargo tampoco se busca que suceda esto, aquí el Derecho también debe asegurar de que las clínicas actuarán con diligencia y supervisarán de manera fehaciente de que los procedimientos respectivos están llevándose de manera correcta.

Es importante que el Gobierno vele por las precedentes situaciones, puesto que más allá del derecho de los padres a recibir un consentimiento informado, se está hablando de menores y los derechos que les corresponden y, que por haber ratificado la Convención del Niño y del Adolescente el 4 de setiembre de 1990, está obligado a defender y velar por ellos.

Anteriormente se tocó el tema de la filiación y cómo debería ser esta en caso de la aplicación de las técnicas asistidas de reproducción heterólogas, se llegó a la conclusión de que esta debería basarse meramente en la voluntad de las partes, pero que, si bien es cierto se solucionaba un problema, otro quedaba sin resolver, la identidad del menor; igualmente en el caso de la impugnación del reconocimiento, basado puramente en la voluntad de las partes, sin embargo también se vulnera el derecho a la identidad del menor en su vertiente biológica.

5.3.1 Jurisprudencia sobre técnicas de reproducción humana asistida heterólogas que vulneran la identidad del menor

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

(Varsi Rospigliosi, 2013, págs. 419-424) en su obra Derecho Genético hace referencia a jurisprudencia comparada que estudia y analiza la autora (Kemelmajer de Carlucci, 1997) acerca de la donación de gametos, siendo esencial para esta investigación mencionarla para demostrar lo desprotegido que se encuentra el menor a raíz del vacío legal que afronta la fecundación asistida en nuestro país, siendo entonces una necesidad imperiosa que el Estado regule a la brevedad este procedimiento:

- **Cuando hubo consentimiento del cónyuge y posteriormente niega la paternidad (p.419)**

En 1980, en Israel, una pareja consintió una inseminación artificial con donante de gametos, posteriormente el marido negó la paternidad, la Corte Suprema resolvió no declararlo como padre, puesto que no habían lazos biológicos, sin embargo para que no desproteger del todo al menor ordenó una pensión alimenticia, siendo esta una decisión un tanto controversial, puesto que si no es declarado judicialmente como padre, cómo tiene la obligación de pasar una pensión alimenticia.

El 7 de abril de 1983, en Alemania, el Tribunal Superior sentenció que en una donación de gametos en donde haya consentimiento del marido, puede caber la impugnación de paternidad, declarando de esta manera al niño como hijo extramatrimonial, lo cual es bastante polémico puesto que si ya aceptó que el niño era suyo con plena voluntad, no debería permitirse la impugnación.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

El 10 de julio de 1990, en Francia, la primera Sala de Casación resolvió que si el marido o conviviente reconocía al menor como su hijo a pesar de que sabía que no era suyo, contrae obligaciones frente a este y también a la madre, de esta manera protegiendo al menor de las prácticas médicas no reguladas.

En 17 de febrero de 1994, en Italia, el Tribunal de Cremona resolvió que el consentimiento del marido para una donación de gametos era irrelevante para decidir la impugnación de paternidad, siendo los presupuestos biogenéticos los que mandarían en este caso, lo cual vulnera la identidad dinámica del menor, según el criterio utilizado por el Tribunal Constitucional que se analizará posteriormente.

Finalmente, en California, la Corte condenó penalmente al cónyuge por no pasar pensión alimenticia al menor que nació gracias a la fecundación heterólga con su consentimiento, priorizando así la teoría de los actos propios en donde la voluntad es la que prima a la hora de la realización de los actos jurídicos.

- **Cuando no hubo consentimiento del cónyuge (p.420)**

Se dio el caso en 1945 en Estados Unidos Hoch con Hoch, donde un militar al regresar a su hogar encontró a su mujer con un hijo, asegurando ella que fue producto de una inseminación heteróloga, sin embargo su esposo no había dado el consentimiento, la Corte resolvió que si la mujer probaba de que hubo

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

una donación de gametos, entonces no se le declararía adultera, en aquellos tiempos habían distinciones entre los hijos, siendo que a los nacidos de padre desconocido o fuera del matrimonio eran llamados hijos ilegítimos y no podían llevar el apellido paterno.

En el Perú, si bien es cierto, ya no hay una diferenciación entre hijos, sin embargo al no existir un consentimiento y al no estar protegido el menor, este prácticamente se quedaría sin un padre, de allí nace la importancia de regular estas prácticas, para que se eviten estos casos, fiscalizando de manera apropiada a las clínicas de fertilidad, se podría impedir la mencionada situación.

- **Revelar los datos del donante de gametos al menor (p.424)**

En Gran Bretaña se dio el caso de una familia de un niño de seis años y también la de un estudiante de post grado, se enfrentan al Departamento de Salud y Fertilización humana y Autoridad de Embriología para que esta conceda los datos identificativos de los donantes de gametos, así es como el magistrado Scott Baker falló a favor de ellos, argumentando que sí existe el derecho de todo niño nacido bajo la modalidad de donación de gametos a poder conocer los datos de su donante cumplida la mayoría de edad, para poder formar de una manera adecuada su identidad, estableciéndose poco después en la legislación británica la supresión del anonimato de gametos.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Asimismo en Alemania, el 28 de enero de 2015 la Corte Suprema dictó una sentencia mediante la cual se reconoce que los menores tienen derecho a conocer a los donantes de gametos con los que fueron concebidos, no estableciendo una edad mínima para que estos puedan solicitar el revelamiento, es decir rechazando el requerimiento legal (16 años) que hasta la fecha se estaba dando, no obstante exige que se acredite que la petición fue hecha por el niño. (Lafferriere, 2015)

La Sentencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil de Colombia de fecha 28 de febrero de 2013, se inició por una demanda de impugnación de paternidad realizada por un señor que, al haber reconocido al menor nacido bajo una inseminación artificial con donación de esperma practicada a su esposa pero sin su consentimiento. Al realizarse la prueba de ADN efectivamente no coincidía con los datos del menor, por lo que se resolvió declarar fundada la demanda y dejar sin efecto el reconocimiento. En este caso, el menor quedó sin una identidad, sin un padre, puesto que ni la madre ni los médicos sabían de quien eran los gametos masculinos utilizados, vulnerando de esta manera también el derecho a conocer a sus padres biológicos. Esta sentencia deja ver claramente los aspectos en donde la falta de regulación vulnera el derecho a la identidad del menor, tanto en lo que respecta a la filiación como al registro de donantes, asimismo la falta de parámetros, requerimientos y fiscalización para que se lleven a cabo estas de

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

una manera estándar que no vulnere los derechos de los que intervienen en ellas, principalmente los de los menores.

Como se puede observar, cuando no existe una normativa específica que regule este procedimiento, los magistrados resuelven de diferentes maneras, algunas en beneficio del menor, otras perjudicándolo completamente, esto deja ver la importancia de poner las reglas claras en este tipo de técnicas para no vulnerar el derecho a la identidad del menor, al aceptar o negar los pedidos de impugnación de paternidad, se da inestabilidad e inseguridad jurídica a la situación del menor, generando una afectación en sus derechos e intereses.

- **Jurisprudencia Peruana**

(Cas 4323-2010, 2010)

El presente caso se originó con la demanda de Nulidad de Acto Jurídico interpuesta por don Custodio Olsen Quispe Condori en contra de la clínica de fertilidad PRANOR SRL y su ex esposa María Alfaro Dávila, en cuyos fundamentos expresa que existe una vulneración al artículo 7° de la Ley General de Salud en cuanto no está permitida la ovodonación y que esta va en contra del orden público y las buenas costumbres, asimismo alega que su ex

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

esposa no le informó acerca de su infertilidad y que el dio su consentimiento para someterse a la FIV con sus gametos y los de su esposa, no los de un donante, por lo que debe declararse nulo dicho acto jurídico.

En la primera instancia declararon infundada la demanda en todos sus extremos, sin embargo en la segunda instancia, la Corte Superior revocó dicha sentencia y declaró fundada la demanda, ordenando se declaren nulos tanto la autorización de fertilización in vitro y Transferencia Embrionaria del 5 de agosto de 2004 y el Convenio de Técnicas de Reproducción Asistida de fecha 18 de agosto de 2004, puesto que efectivamente existía una infracción al artículo mencionado y además al artículo V del Título Preliminar del Código Civil referente al orden público y las buenas costumbres.

Es así que María Alfaro Dávila interpone casación para que se declare nula la sentencia de la Corte Superior, por estar indebidamente motivada y por interpretación errónea de la norma; la Corte Suprema declaró fundada la casación, puesto que hubo una interpretación errónea por parte de los magistrados de segunda instancia, puesto que en virtud al axioma jurídico de que *"todo lo que no está prohibido está permitido"*, reconocido por el Tribunal Constitucional: *"En el ámbito del derecho constitucional opera el apotegma jurídico que dice que "sólo le está permitido al Estado aquello que expresamente le ha sido conferido"* ello a diferencia de lo dispuesto para la ciudadanía, la que se rige por el principio de que *"aquello que no está*

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

prohibido, está permitido", por consiguiente el aludido procedimiento de "ovodonocación" no es ilícito ni constituye delito, constituyendo más bien un vacío normativo y jurisprudencial referente al artículo 7° de la Ley General de Salud. (Fundamento 7)

Asimismo la Corte Suprema hace referencia al documento suscrito por ambas partes, el cual indica los siguiente: "*Que tal fecundación se realizará mediante la técnica de reproducción asistida denominada FIV TE la cual consiste en que el semen extraído y capacitado de EL ESPOSO, se combina con el óvulo donado, también previamente recogido en un plato de laboratorio donde se lleva a cabo la fecundación. Los gametos a utilizar son provenientes de terceros donados de manera anónima, y sin ánimo de lucro. (…)" y en la cláusula octava declaran haber leído el documento que suscriben."* Lo cual constituye un acto de voluntad valido ante los magistrados y en respeto de la teoría de los actos propios este no puede ser declarado Nulo, además que como producto de esta técnica nació una niña, en aplicación del interés superior de esta, no se puede dejar sin padre a la menor. (Fundamento 8)

Como se desprende, este artículo es ambiguo e impreciso, prestándose de esta manera a diversas interpretaciones en muchos casos erróneas, por ello la importancia de la elaboración de una norma específica de técnicas de reproducción humana asistida, además en este caso se advierte el consentimiento expreso del demandante, por lo que no cabe la nulidad de

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

dicho acto jurídico, en caso se hubiese concedido esta, significaría una incertidumbre tanto en la voluntad de los actos como en la identidad de las personas (menores nacidos bajo estas técnicas).

(Cas 5003-2007, 2007)

Años antes, este mismo caso dio lugar a otro expediente, en el que Olsen Fabrizio Quispe Oblitas hermano de la menor Alicia Beatriz Alfaro Dávila nacida bajo esta técnica demandó la impugnación de la maternidad de esta representado por su madre Mónica Cedelinda Oblitas Chicoma actual esposa de Custodio Olsen Quispe Condori, en contra de María Alfaro Dávila, alegando que ella no es la madre biológica de la menor, puesto que se usaron los gametos de su esposo y de una donante de óvulos, lo cual está prohibido por el artículo 7° de la Ley General de Salud, caso que llegó hasta la corte suprema pero no por el fondo del asunto, sino porque tanto primera como segunda instancia declararon improcedente la demanda por falta de legitimidad para obrar, sin embargo la corte suprema reconoció que el hermano si poseía legitimidad para obrar por el vínculo familiar con Alicia Beatriz Alfaro Dávila.

Ciertamente el caso no fue resuelto como esperaban las partes, es por ello que el padre de la menor decidió demandar la Nulidad de Acto Jurídico años después. De todo lo anterior se puede desprender que el señor Custodio Olsen Quispe Condori en todo momento quiso causarle perjuicios a su ex esposa, en primer lugar queriendo quitarle la maternidad que por ley ya se le había

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

concedido, que, a pesar de no compartir vinculo genético con su hija, esta fue derivada de la voluntad procreacional, siendo sustento suficiente para conceder tanto la maternidad como la paternidad, en segundo lugar, quiso que se declarara nulo el consentimiento informado que libre y conscientemente había firmado, no tomando en cuenta en ningún momento la identidad de la menor ni el perjuicio que le estaba ocasionando, puesto que este no actuó por su bien, sino por intereses propios y ajenos a esta.

Análisis crítico del capítulo II

El segundo capítulo parte por mencionar en primer lugar a la familia, fijando su definición y tratamiento constitucional como fuentes primarias, toda el orden de la investigación documental la familia es la institución en la que recaerá la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida y sus consecuencias, viendo que esta está tradicionalmente conformada por padres e hijos, siendo estos los sujetos que ven involucrados sus derechos a la hora de la aplicación de estas técnicas; la Constitución promueve un tipo de familia, sin embargo reconoce que existe una diversidad de estas que merecen la misma protección, en este contexto podríamos situar a las familias que se derivan de las técnicas heterólogas de reproducción asistida y su respectiva filiación que merece atención del Estado.

Por ello también se han considerado como datos esenciales el conflicto de derechos subyacente de esta aplicación, igualmente los derechos de los padres que son invocados al momento de querer someterse a las técnicas de

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

reproducción humana asistida, los cuales se basan primordialmente en la libre disposición de los derechos de las personas, estos denotan la autonomía que posee cada persona de poder llevar su proyecto de vida como mejor lo considere, pudiendo tomar decisiones en cualquier ámbito sin que ello suponga una intromisión por parte del Estado; por otro lado en el proceso sistemático de la investigación documental, también se consideró como una fuente secundaria si estos métodos suplen la infertilidad o son mero capricho de los padres, siendo que no puede llamársele un capricho el querer tratar la infertilidad y el querer tener descendencia, notándose que el enfoque que se le va dando a la investigación radica en que si bien es cierto existen derechos de los padres que son fundamentales, que merecen la atención del Estado en torno a la infertilidad severa y su tratamiento con la fecundación heteróloga, no puede ni debe ignorarse al resultado de este procedimiento, que son los menores nacidos bajo este tipo de técnicas, que por su estado de indefensión merecen una protección integral por parte del Estado, más aun en aplicación del interés superior del menor.

Entonces para ello debe establecerse como contenido sustancial del presente capítulo todo lo que implica la aplicación de la fecundación heteróloga y cómo repercute esta en el derecho a la identidad del menor, comenzando por identificar como un dato primordial la definición de la identidad, como esta está protegida tanto nacional como internacionalmente y todos los aspectos que envuelve. Desglosándose de este punto, que la identidad de una persona abarca un sinfín de aspectos en la vida de un individuo, no pudiendo limitarla

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

solo a los datos identificativos, teniendo que considerarse dentro de ella la vertiente estática, dinámica y biológica, que juntas forman la verdadera identidad personal, que permite la formación integral de una persona y el desarrollo de su personalidad, asimismo le permite diferenciarse de los demás en sociedad.

Los autores consultados confirman que este derecho se está viendo vulnerado con la aplicación de la fecundación heteróloga sin una regulación, además debe considerarse como fuentes sustanciales, cómo la falta de un registro de los datos del donante y de las donaciones en sí, vulneran el derecho de los menores a investigar su verdadero origen, asimismo la filiación del menor nacido bajo estas técnicas, puesto que el vacío legal existente no aporta seguridad jurídica al menor, por lo tanto otro aspecto importante de indagar es la impugnación de la paternidad, la cual fue analizada no solo en artículos, sino también en jurisprudencia nacional e internacional, que permite denotar el actuar de los jueces por la falta de regulación específica con respecto a los intereses del menor.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Capítulo III

III. Test de ponderación: ¿qué derecho prevalece?

1. Derecho a ser padre vs derecho a la identidad del menor

1.1 Postura jurídica

1.1.1 ¿Existe realmente un derecho a ser padre o al hijo?

Este tema ya ha sido abordado en el capítulo anterior, sin embargo lo que se pretende en esta sección es llegar a la conclusión de que si existen o no estos derechos invocados por las parejas que desean someterse a las técnicas de reproducción humana asistida, puesto que, tanto en los países donde no existe regulación como en aquellos donde se prohíben total o parcialmente estos métodos, se da una vulneración de derechos, pero ¿específicamente se transgrede a los mencionados?

Como ya fue señalado, un hijo no puede ser objeto de un derecho, ya que este es un ser humano y posee dignidad, sin embargo en la Declaración Universal de derechos humanos específicamente en su artículo 16° *"Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una*

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

familia" el término *fundar una familia* hace referencia a la descendencia, aunque no necesariamente en todos los casos, pero si en la gran mayoría de ellos. Entonces como se puede apreciar, existe el derecho a constituir una familia, que puede nacer, en el caso peruano, del matrimonio como institución preferente o de una unión de hecho, mas no existe el llamado *derecho al hijo,* no obstante puede hablarse del deseo de tener un hijo, que vendría a formar parte del desarrollo de la persona misma, en ejercicio de su libertad y autonomía.

Y en lo que respecta al llamado *derecho a ser padre*, también tiene como fundamento el fundar una familia, siendo aquel término una manera de mencionar el derecho a la procreación, como es sabido, el ser humano desde los comienzos de la tierra, por su naturaleza, tiende a reproducirse ya sea solo por satisfacción o para llegar a tener descendencia, lo mismo sucede hoy en día las personas lo hacen para satisfacer aspectos básicos de sus vidas o para tener hijos. Siendo este último en varias ocasiones un proyecto de vida para algunas personas, siendo que, si poseen un problema de fertilidad o de esterilidad absoluta, sentirán la frustración de no poder llevar acabo aquel plan que formó para su vida, entrando a tallar aquí, todos los derechos que se analizaron en el capítulo precedente como son el derecho a la autonomía tanto personal como reproductiva, que faculta a las personas el poder decidir sobre su vida y como quiere llevarla además también el ámbito de la reproducción. Asimismo el derecho a gozar de los beneficios de la tecnología para que las

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

personas puedan tratarse en caso tengan dificultades al momento de querer concebir a raíz de la infertilidad, pudiendo acceder a toda clase de información al respecto para poder tomar una decisión informada y adecuada a su caso en concreto, teniendo como base que la infertilidad es una enfermedad que además de dificultar un embarazo, trae problemas psicológicos nocivos a los que la padecen. También el derecho al desarrollo de la personalidad que concede a las personas el poder elaborar el llamado proyecto de vida, elementos que también los posee el derecho a la intimidad personal y familiar, entre otros que tienen un fuerte argumento para no dejar de aplicar las técnicas de reproducción humana asistida.

En vista de lo anterior señalado es que diversas legislaciones han optado por regular estas técnicas, por el bien de aquellas parejas, para que sus derechos no se vean afectados, además de tener como objetivo el tratar un mal, la infertilidad, que en varios países ya es un problema de salud pública que merece atención del Estado y, de no ser así, las personas que vean sus derechos vulnerados acudan a las cortes internacionales en busca de la protección de estos. Lo que ocasiona gastos innecesarios al Gobierno.

En el caso peruano, los legisladores pretenden que es suficiente el artículo 7° de la Ley General de Salud, que ya se deshicieron del problema de las TERAS y de los derechos involucrados, pues están equivocados, puesto que un artículo tan general, ambiguo, impreciso, solo se presta a inadecuadas interpretaciones que más que ayudar a resolver los conflictos jurídicos

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

generados por la aplicación de estas técnicas, los empeoran y se dan más vulneraciones a derechos no solo de los padres intencionales, sino de todas aquellas personas que intervienen en el proceso.

De todo lo anterior señalado se puede concluir que si bien es cierto no existe un *derecho al hijo*, puesto que como se ha reiterado, un ser humano no puede ser objeto de un derecho porque atentaría contra su dignidad humana; sin embargo si existe el *derecho a ser padre*, siendo este el mismo que el derecho a la procreación, que faculta a las personas el reproducirse *con quien quiera, cuando quiera y como quiera*, como parte de su libertad y autonomía sexual, trayendo como consecuencia la descendencia; asimismo la Declaración Universal de Derechos Humanos reconoce como derecho fundamental el formar una familia, lo que significa en la gran mayoría de casos, tener hijos; siendo que este derecho debe ser respetado y garantizado por el Estado, más aun sabiendo que de este se derivan muchos otros que merecen protección del mismo, principalmente el derecho a la salud reproductiva, en tanto si una persona padece de alteraciones en su sistema reproductor que no le permiten satisfacer los derechos que se han ido mencionando a lo largo de esta investigación, puedan acudir a los beneficios de la tecnología, siendo que las técnicas de reproducción humana asistida son el tratamiento por excelencia para poder acabar con la infertilidad y permitirle a las parejas el poder realizar su plan de vida y poder ejercer su derecho a fundar una familia.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Por ende, es totalmente inconstitucional que el Estado pretenda prohibir las TERAS, sean homologas o heterólogas o peor aún que no las regulen o que den por hecho que un artículo sin fondo es suficiente para garantizar todas las situaciones y conflictos que traen como consecuencia la aplicación de estas. La tecnología avanza a pasos agigantados, dejando obsoletos muchos aspectos, en el campo del derecho, este debe ir evolucionando acorde a aquella, puesto que al traer beneficios, como son los tratamientos para la infertilidad, también acarrean nuevas situaciones jurídicas que quedan desprotegidas, siendo el principal objetivo del derecho regular las relaciones que suceden en una sociedad, para que sus individuos puedan vivir en un lugar adecuado, pacífico y justo. Es por ello que ante la necesidad de una regulación, el Estado no puede quedarse de brazos cruzados, debe actuar para garantizar los derechos que están siendo vulnerados por la inminente falta de capacidad legislativa que trae como ya se ha visto consecuencias negativas no solo en la personas que intervienen en estos procedimientos, sino también al mismo Estado, produciendo cargas innecesarias.

1.1.2 Principio del interés superior del niño

Este principio está dado por la condición en la que se encuentran los niños, al no poseer capacidad de ejercicio para hacer valer sus derechos, están en una situación de indefensión, por lo que la norma internacional de derechos humanos a consagrado este principio básico jurídico, para que todos los Estados actúen siempre en nombre y beneficio del menor, cada medida

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

adoptada en la que esté involucrado un niño o sus derechos, debe de darse siempre la preeminencia a este, por la condición anteriormente señalada.

El Código del Niño y del adolescente señala en su Título Preliminar:

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

La Constitución Política del Perú también se manifiesta al respecto, si bien es cierto no menciona en sí al interés superior del niño, de una manera implícita señala que existe una protección especial a los niños y adolescentes:

> ***Artículo 4.- Protección a la familia.** "Promoción del matrimonio 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."*

Asimismo la Convención de los Derechos del Niño consagra este principio en su artículo 3°

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

> ***Artículo 3 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."*

Enrique Varsi (2013) cita a la Declaración de Mónaco. Bioética y derechos del niño, en la que se reconoce el principio al interés superior del niño, Varsi señala que de acuerdo a la Convención del niño y el adolescente y el Código del niño y el adolescente, "el interés superior del niño vendría a ser un principio jurídico básico en la doctrina de los derechos humanos" siendo este principio la guía para que el Estado y también las entidades privadas pueda tomar todas la medidas con relación a los niños, puesto que debe tenerse como principio que el menor debido a su edad, se encuentra en estado de indefensión y merece que sea defendido de una manera especial. (p.245)

La doctora (Sokolich Alva, 2013) señala lo siguiente:

> "Vale decir que el Principio del Interés Superior del Niño debe indiscutiblemente ser la guía en la toma de cualquier decisión pública o privada, más aún en sede judicial; sin embargo, su sola enunciación no constituye razón ni justificación suficiente de la decisión; peor aún, no puede instituirse como herramienta de la arbitrariedad, sino que, por el contrario, debe ser la consecuencia lógica de la valoración de todo el

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

caudal probatorio aportado al proceso, a partir del cual el Juzgador utilizando su apreciación razonada determinará lo mejor para el niño."

En efecto, este principio, como numerosos doctrinarios han afirmado, es muy amplio y se presta a diversas interpretaciones, "el carácter indeterminado de esta noción impide una interpretación uniforme, en consecuencia permite que las resoluciones que se adopten basadas en ella no satisfagan debidamente las exigencias de seguridad jurídica" (Cillero Bruñol, 1998, pág. 108), es así que en variadas ocasiones su sola invocación atropella el principio del debido proceso, puesto que existen muchos otros indicios que deben ser valorados por el juez para poder establecer que es lo mejor para el menor.

Fuera de sus limitaciones, el interés superior del niño posee un noble fin, el cual es proteger, salvaguardar a los niños y los adolescentes que por su condición de incapaces no pueden defenderse por sí mismos, pero ¿será tarea exclusiva del Estado el proteger al menor?, la respuesta es no, puesto que si bien es cierto el Gobierno debe velar por el cumplimiento y la aplicación de este principio, no debe ser el único encargado de proteger al menor y sus intereses, puesto que existen otras entidades que tienen a su cargo el bienestar del mismo, sin alejarnos mucho de este, se tiene a sus padres o tutores, tal como el Tribunal Constitucional señala en la (Sentencia 02079-2009-PHC/TC, 2010), existe un deber especial de protección sobre los derechos del niño, labor que no solo vincula a las entidades estatales y públicas sino también a las entidades privadas y a toda la comunidad en sí, siendo así que cualquier

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

medida o acto adoptados por los antes mencionados que comprometan a los menores, sus intereses y derechos, velen por el interés superior de los mismos, el cual debe ser antepuesto a cualquier otro interés que sobrevenga. Al ser la niñez y adolescencia un grupo de personas de interés y protección prioritaria del Estado, es un deber de toda la sociedad el garantizar y salvaguardar los derechos del niño y la preferencia de sus intereses, resultando entonces que ante cualquier conflicto de derechos o intereses, indubitablemente el interés del niño será preferido antes que cualquier otro.

Situándonos en las técnicas de reproducción humana asistida en su modalidad de donación de gametos, como se ha venido reiterando, existe un visible conflicto de derechos, cuyos titulares son los padres y por otro lado el menor nacido bajo este procedimiento, siendo que los derechos implicados son el derecho a ser padre (y todos los que se derivan de él) y el derecho a la identidad del menor y a conocer su origen y padres biológicos.

Siendo que, habiendo analizado el principio de interés superior del niño y habiendo señalado que este principio debe ser un herramienta para que el Estado mediante sus órganos competentes pueda decidir qué es lo mejor para el menor previamente habiendo merituado todos los indicios pertinentes para establecerlo. En el presente caso, la sola mención del interés superior del niño y la obligación del Estado de garantizarlo, presupondría la inaplicación absoluta de las técnicas heterólogas, siendo esta una situación que no va acorde con los principios generales del derecho, como son la correcta administración de la

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

justicia y del debido proceso, puesto que ante un evidente conflicto de intereses, el juez deberá tomar en cuenta tanto los fundamentos concerniente a los padres y a los menores, para que a partir de ello se pueda aplicar el mencionado principio, solo así podría asegurarse un debido proceso que sea justo para ambas partes, no pudiendo entonces el juez motivar su decisión solo mencionando el interés superior del menor, debiendo considerar los argumentos de ambas partes.

En consecuencia, ante el mencionado conflicto y para poder realizar correctamente una regulación del procedimiento de donación de gametos, se deberá escuchar tanto a los padres intencionales como al menor, prefiriendo los intereses del ultimo, aunque sin ignorar los derechos de los padres intencionales, debiendo deducir a partir de ello que es lo mejor para el niño, tomando en cuenta todos las perspectivas de la identidad, no solo la biológica, siendo esta un pequeño aunque importante segmento de la identidad de toda persona, sin embargo también están los aspectos dinámicos de la misma, puesto que el menor será el que al final decida a quién reconoce como su verdadero padre, sin dejar de lado la posibilidad de que a pedido de este, pueda conocer al donante; siendo que estos aspectos son los que más encajarán en el nuevo escenario que se pretende postular, aquel en el que si bien es cierto el interés superior del niño debe prevalecer sobre el del padre, deben tomarse en cuenta todos los puntos y circunstancias que permitirán crear una armonía entre los derechos invocados.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

1.1.3 ¿Pueden coexistir en un mismo contexto el derecho a ser padre con el derecho a la identidad del menor?

De todo el análisis realizado, se puede deducir que con la aplicación de las TERAS heterólogas el derecho a la identidad del menor solo se vulnera en su aspecto biológico; y que en aplicación del interés superior del niño siempre debe priorizarse el bienestar del menor; entonces en este caso de las técnicas de reproducción humana asistida con donación de gametos, como ya se ha argumentado, estas no pueden ser prohibidas, por todos los derechos que se estarían vulnerando, además de frenar el progreso tecnológico que trae un sinfín de beneficios para, en este caso, tratar un problema de salud pública, la infertilidad, siendo entonces que es un grave error prohibirlas o no regularlas de manera correcta como es el caso peruano.

Si bien es cierto esta aplicación trae consigo evidentes cambios en las figuras del derecho de familia peruano, como es el modelo familiar constitucionalmente protegido, además de un nuevo tipo de filiación en donde lo genético y lo biológico queda en un segundo plano, importando más el deseo y la intención de ser padres, además del lazo afectivo que es el que más influye en el desarrollo integral de un menor. Sin embargo, ya se ha mencionado que estos temas no solo son acarreados por la aplicación de las TERAS heterólogas, sino por muchas otras situaciones también, como es la institución

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

de la adopción, las familias en donde solo está la madre o el padre presente, por diversos motivos (divorcio, abandono, muerte) e inclusive en donde los niños son criados por sus abuelos, tíos o hermanos en un hogar lleno de amor y de aprendizaje para su formación, no necesitando de sus padres biológicos para convertirse en grandes seres humanos, debido a que las personas no son quienes son por su sangre, sino por lo que van aprendiendo a lo largo de su vida; demostrando así que las familias poseen una diversidad exquisita que el Estado no puede negar; es correcto que se promueva un tipo de familia, sin embargo se debe dar protección a todos los tipos que existan.

Dicho lo anterior, no es inconstitucional la aplicación de las TERAS heterólogas, sin embargo si lo es cuando no existe una regulación por parte del Estado, estando en este contexto, ¿cómo se podría proceder para que se respeten los derechos del menor, entonces? Al ser inevitable la prohibición de las TERAS, el Estado al momento de pretender regular estas, debe tomar en cuenta al menor, que sería el sujeto en estado de indefensión, ya que al permitir la aplicación de estas técnicas, ya se están garantizando todos los derechos invocados por los padres intencionales, entonces deben poner un mayor enfoque en los intereses de los niños nacidos bajo esta técnica.

En tanto, parte de la regulación de este procedimiento consistirá, en realizar una lista de requisitos exhaustivos que los padres deben cumplir para poder someterse a una donación de gametos uno de ellos sería pasar por sesiones

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

psicológicas en donde los preparen para dicha situación y cómo enfrentarla de la mejor manera, siempre pensando en el beneficio del menor. De todo lo anterior se desprende que el derecho a ser padre y el de la identidad del niño pueden coexistir en un mismo escenario (la aplicación de las TERAS heterólogas), siendo que si bien es cierto lo biológico no es trascendental para que una persona sea quien es y se diferencie de los demás, si en manos del Estado está respetar este vínculo, entonces debería existir un registro con todos los datos del donante, para que el niño en algún momento de su existencia pueda recurrir a este para poder conocer al aportante genético que le dio vida; siendo importante también que los padres voluntariamente le cuenten al menor desde una edad temprana su condición y como es que vino al mundo, para que el al crecer se sienta bien consigo mismo, puesto que no existen secretos ni dudas respecto a su identidad en una forma más completa. Siendo deber del Estado promover que los padres intencionales le cuenten su verdad al menor, pero no como una obligación, puesto que este no puede entrometerse en las decisiones familiares porque son de índole privado; solo pudiendo promoverlo como el actuar correcto.

2. Test de ponderación de derechos

2.1 Visión conflictivista de los derechos fundamentales

Para poder realizar el respectivo test de ponderación, es pertinente señalar y definir la visión conflictivista de los derechos protegidos por la constitución; esta

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

postura afirma que los derechos en algún momento pueden entrar en conflicto, puesto que al ser ilimitados en su aplicación y goce, en un solo contexto puede darse el enfrentamiento de estos, teniendo que realizarse algún tipo de medición para ver cuál de estos derechos es el que va a prevalecer sobre el otro o cuál es el que necesita una mayor protección, por los presupuestos dados en dicha circunstancia.

"Al ejercer un derecho fundamental, este se puede encontrar enfrente, en postura disconforme a la de ese ejercicio con el titular de otro derecho fundamental que pretende igualmente ejercerlo. En caso de conflicto o de antinomia subjetiva, si se permite la paradoja, quien debe ceder y quien debe continuar, como se construye ese límite al derecho fundamental, son preguntas claves para una teoría de los derechos fundamentales" (Peces-Barba, 1999)

En efecto, existen dos tipos de solución que proponen los autores que están a favor de la teoría de conflictos entre derechos fundamentales, entre ellos se tiene la jerarquización y la ponderación de derechos, cada uno de ellas pretende dar una salida a la conflictividad, proponiendo diferentes formas de medir y calcular el grado de vulneración y primacía entre los derechos invocados.

2.1.1 La jerarquización de derechos fundamentales

La jerarquización "consiste en establecer jerarquías o categorías previas y rígidas entre los derechos constitucionales, de modo tal que en caso de

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

conflicto prime el jerárquicamente superior. Se trata de una técnica que opera en abstracto, a priori, estableciendo prelaciones generales mediante las cuales se resuelven los casos particulares; se pretende solucionar de antemano y de modo no circunstanciado el problema jurídico concreto.” (Isique Montalvo, pág. 3)

“Hablar de jerarquización como criterio de solución de los conflictos entre los derechos fundamentales, supone aceptar la supremacía de un derecho sobre otro, lo cual dependerá de la medida que se emplee para determinar la importancia de los derechos involucrados en un caso concreto.” (Burga Coronel, 2011, pág. 254)

En el caso de la jerarquización estamos frente a un método que se torna arbitrario, puesto que al realizar una medición de forma general sin evaluar el caso en concreto, no se está valorando correctamente lo que se encuentra tras los derechos invocados, que son los intereses de las personas decidiendo de una forma inicua que derecho prevalece sobre el otro. No existiendo una jerarquía en este caso, dado que ambos derechos están en un mismo plano y por ello es que entran en un conflicto.

2.1.2 Test de ponderación de derechos fundamentales

“El otro criterio de solución, denominado balancing test o test de ponderación de derechos o test de proporcionalidad, consiste en hacer una suerte de comparación entre los derechos en conflicto, sin dejar de lado las

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

características especiales de cada caso en concreto, a fin de determinar cuál derecho es más importante o tiene un “peso” superior.” (Burga Coronel, 2011, pág. 255)

La misma autora señala que en este método se encuentra ligado el principio de proporcionalidad que debe ser aplicado a los derechos en cuestión; asimismo analiza las palabras dadas por (Barnes, 1998, págs. 35-36) quien afirma que “aun presuponiendo que ninguno de los derechos en cuestión ceda por entero hasta desaparecer, el principio de proporcionalidad impide que se sacrifique inútilmente, más allá de lo necesario o en forma desequilibrada un derecho a favor del otro. La proporcionalidad se pondrá, una vez más, del lado del derecho que padece la restricción, del que se lleva la peor parte”

Este test de ponderación lo que busca es limitar los alcances de los derechos fundamentales, ya que la confrontación de estos es algo inevitable, debido a que cada derecho da lugar a un interés en la persona que lo invoca, por lo que en algún momento se dará el conflicto de estos intereses, en un determinado contexto en donde hayan dos partes invocando sus pretensiones, teniendo que el juez o legislador tomar la decisión más adecuada según el caso en concreto, no significando que uno de los derechos vaya a vulnerarse de manera absoluta, sino más bien se debe encontrar un balance, una armonía entre ambos, soltando un poco más para aquel que necesita de una mayor

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

tutela, llegando a esta conclusión después de haber realizado el test, comparando ambos derechos y sus implicancias.

Ponderar según la (RAE) significa determinar el peso de algo; examinar con cuidado un asunto; equilibrar, contrapesar. Por lo que volviendo al test, este tendría la principal función de nivelar, compensar los derechos invocados, mediante una comparación entre ambos, llegando así a la conclusión de cuál es el que merece una mayor atención o cuál de ellos está en una situación más desfavorable, según el caso en concreto y el contexto en el que se desarrolle, para darle un equilibrio a la satisfacción de los derechos fundamentales.

2.1.2.1 Elementos del test de ponderación

Los elementos que constituyen el test de ponderación van a permitir realizar la comparación entre ambos derechos, para así, mediante argumentos fehacientes, se pueda llegar a la conclusión de qué derecho merece una mayor protección, puesto que el otro no se vería realmente afectado o amenazado o lo estaría en un menor grado el cual puede ser controlado. Estos elementos se basan en tres sub-principios; la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto.

- **Idoneidad**

"Este sub-principio ha sido conceptualizado por nuestro Tribunal como una relación de causalidad, de medio a fin, entre el medio adoptado, a través de la intervención legislativa, y el fin propuesto por el legislador. De dicha conceptualización, se puede afirmar que la idoneidad o adecuación debe ser

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

medida con relación a los derechos o principios que, efectivamente, se encuentran comprometidos, al margen de que de los objetivos aparentes o hipotéticos expuestos por quien interviene en el ámbito de un derecho fundamental, resulten o se mencionen como afines a los derechos no comprometidos realmente.” (Burga Coronel, 2011, pág. 259)

“La idoneidad exige que se identifique un fin que posea relevancia constitucional en la medida legislativa que limita un derecho fundamental, siendo solo válida de forma constitucional si tiene la finalidad de resguardar bienes jurídicos que estén protegidos por el Texto Constitucional y conductas que lesionen o pongan en peligro inminente tales bienes jurídicos.” (Salvatierra Castro, 2017, pág. 14)

En efecto para determinar la idoneidad en el test de ponderación debe analizarse el medio y el fin de una medida legislativa, la cual posteriormente debe ser comparada con los derechos que entran en conflicto, para esclarecer si aquella medida es idónea para satisfacer el fin que propone el legislador.

- **Necesidad**

“El Tribunal Constitucional ha sostenido que el sub-principio de necesidad, para que una mediación en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio que satisfaga el fin planteado por el legislador con la misma idoneidad que con el medio propuesto y que no vulnere en mayor escala al derecho afectado.” (Salvatierra Castro, 2017, pág. 16)

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

El Tribunal Constitucional ha definido a este sub-principio como “el análisis sobre la existencia de medios alternativos al optado por el legislador que no sean gravosos o, al menos, que lo sean en menor medida respecto del medio utilizado. Por lo tanto, se trata del “análisis de una relación medio-medio”, esto es, de una comparación entre medios; el optado por el legislador y el o los hipotéticos que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin. Por esto, el o los medios hipotéticos alternativos han de ser igualmente idóneos” (Burga Coronel, 2011, pág. 259)

En efecto, la necesidad implica una comparación entre los medios que existan para satisfacer el fin planteado por los legisladores en su medida, siendo que no debe existir ningún otro método alternativo igualmente satisfactorio del objetivo de la medida legislativa.

- **Proporcionalidad en sentido estricto**

“Conforme al principio de proporcionalidad en sentido estricto, su definición tiene que ver con las ventajas que se obtienen mediante la intervención legislativa en el derecho fundamental, las cuales deben compensar los sacrificios que esta implica para sus titulares y para la sociedad en general. Se trata de una comparación entre la importancia de la intervención en el derecho fundamental y la importancia de la realización del fin legislativo, cuyo objetivo será fundamentar una relación de precedencia entre aquel derecho y su fin.” (Salvatierra Castro, 2017, pág. 17)

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

(Burga Coronel, 2011, pág. 261) afirma que:

> "En ese sentido, podríamos afirmar que el principio de proporcionalidad resulta aplicable cuando existe intervención estatal en los derechos fundamentales. Así, vemos que el Tribunal Constitucional ha estimado que la proporcionalidad entre las partes involucradas en el conflicto, una vez infringida, obedece a la condición de excesos por parte de un sujeto en la relación material, es decir, de desigualdad de acciones de una de ellas en su condición de poder público. A este respecto, el conflicto entre particulares parte de la premisa de la existencia de una igualdad de condiciones. En tal situación, se aplica el principio de proporcionalidad a fin de atemperar los excesos que se presenten en cada caso. "

Al aplicar la proporcionalidad en un caso en concreto, se tiene que evaluar el grado de intensidad entre los derechos invocados, es decir cuál de ellos es el que se ve más afectado con la medida adoptada, para de alguna manera contrapesar y armonizar los alcances de los derechos. Para ello el Tribunal constitucional estableció tres niveles de intensidad de afectación a los derechos fundamentales.

En efecto, la (STC 0045-2005-PI/TC, 2005) en su fundamento N° 35 esboza lo niveles de intensidades tanto de afectación como de satisfacción de los derechos fundamentales invocados:

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

> "Para hacer más racional dicha operación resulta relevante contrastar los grados o intensidades de afectación en el ámbito del derecho a la ejecución con los grados o niveles de satisfacción que se logra en los bienes u objetivos constitucionales que persigue la intervención por parte de la ley y su aplicación en el caso concreto. Este colegiado ha incorporado una escala triádica para asignar dichos valores. En tal sentido hemos establecido que "la valoración de las *intensidades* puede ser catalogada como: grave, medio o leve, escala que es equivalente a la de: elevado, medio o débil. Por esta razón, la escala puede también ser aplicada para valorar los *grados de realización* [grados de satisfacción] del fin constitucional de la restricción."

Así el Tribunal constitucional en la sentencia del (EXP.N. ° 579-2008-PA/TC, 2008) Señala cuales son los pasos a seguir para realizar un test de ponderación, cuando exista un conflicto de derechos derivados de una medida legislativa:

> "Tal como lo ha establecido este Colegiado, el test de proporcionalidad incluye, a su vez, tres subprincipios: idoneidad, necesidad y ponderación o proporcionalidad en sentido estricto. En cuanto al procedimiento que debe seguirse en la aplicación del test de proporcionalidad, hemos establecido que la decisión que afecta un derecho fundamental debe ser sometida, en primer término, a un juicio de idoneidad o adecuación, esto es, si la restricción en el derecho

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

> resulta pertinente o adecuada a la finalidad que se busca tutelar; en segundo lugar, superado este primer análisis, el siguiente paso consiste en analizar la medida restrictiva desde la perspectiva de la necesidad; esto supone, como hemos señalado, verificar si existen medios alternativos al adoptado por el legislador. Se trata del análisis de *relación medio-medio*, esto es, de una comparación entre medios; el medio elegido por quien está interviniendo en la esfera de un derecho fundamental y el o los hipotéticos medios que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin. Finalmente, en un tercer momento y siempre que la medida haya superado con éxito los test o pasos previos, debe proseguirse con el análisis de la ponderación entre principios constitucionales en conflicto. Aquí rige la ley de la ponderación, según la cual "cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro." (Nral. 6)

2.2 realización del test de ponderación

Es primordial situarnos en el caso en concreto, la hipótesis de este trabajo de investigación reza que existiendo los derechos reproductivos de los cuales se derivan muchos otros con carácter de fundamentales; además de que hoy en día la infertilidad en el Perú se ha incrementado, ocasionando que un sinnúmero de parejas acudan a las técnicas de reproducción humana asistida, inclusive cuando la infertilidad es severa, recurren a la donación de gametos.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

En efecto, al hablar de las TERAS heterólogas, indiscutiblemente se debe tomar en cuenta la identidad del menor, asimismo se advierte la no existencia de una regulación adecuada y vigente sobre el mencionado procedimiento; por lo que es probable que la aplicación de estas técnicas vulnere el derecho del niño a la identidad y poder conocer sus orígenes biológicos y/o genéticos.

Para poder determinar tal vulneración de manera constitucional, se ha decido optar por aplicar el test de ponderación, el cual ya fue definido líneas arriba, mediante este test se busca esclarecer el conflicto de derechos subyacente de la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida heteróloga (donación de gametos). Por un lado están los derechos del padre y por otro lado los derechos del niño concebido bajo estos métodos.

El test de ponderación busca equilibrar la intervención legislativa que afecta derechos fundamentales, en el Perú se aplica la donación de gametos anónima en los centros de fertilidad siguiendo el artículo 7° de la ley general de salud, siendo este el contexto en el que debe realizarse el test de ponderación, la comparación de los medios y su idoneidad y la intensidad en la intervención de cada uno de los derechos invocados, para poder llegar a una armonía entre ambos derechos e intereses, no dejando de lado evidentemente el interés superior del niño, que debe ser aplicado de manera adecuada. La razón por la cual se realiza este test de ponderación, más allá del conflicto entre derechos y su armonización, es para encontrar fundamentos válidos y suficientes por los

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

cuales se permita o no la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistidas heterólogas.

En estas técnicas se da un conflicto de derechos inevitable, en tanto, por un lado lo que buscan estas son tratar la infertilidad severa de las personas, además de ser un medio para satisfacer una serie de derechos como por ejemplo: el ser padre, a la procreación, a la intimidad familiar y personal, a la autonomía reproductiva, al desarrollo de la personalidad, entre otros que ya hemos analizado en el capítulo anterior, que en su mayoría se desprenden de los derechos reproductivos. Por otro lado se tiene al menor nacido bajo este tratamiento, el cual al momento de nacer será reconocido por los padres intencionales, pudiendo uno de ellos o en el peor de los escenarios ambos, no ser aportantes genéticos, no existiendo la debida seguridad jurídica en lo que respecta a la filiación, vulnerando el derecho a la identidad en su aspecto estático, biológico y genético. Es decir los derechos que entran en conflicto son: El derecho a ser padre vs el derecho a la identidad del menor.

A simple vista y en beneficio de los padres intencionales, el ocultar ese pequeño secreto (origen biológico) no ocasionaría ningún perjuicio al menor, además de estar garantizando el derecho a la intimidad familiar y personal no solo de ellos sino también del donante; sin embargo, puede darse el caso en el que el menor de alguna u otra forma se llegará a enterar de aquel ocultamiento, siendo entonces que tendrá un sentimiento de traición con respecto a sus

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

padres, por no contarle la verdad sobre su origen, en ese momento se verá mellado el lazo familiar; si bien es cierto, es probable que se pueda llegar a solucionar este inconveniente, no obstante el niño sentirá curiosidad de saber quién es su verdadero padre o madre y su origen biológico para poder formar su identidad, entonces ¿qué responderán los padres? Sabiendo que al no existir regulación no se encontrará tampoco un registro de los donantes, no pudiendo identificarse este y causando un desasosiego en el menor, que podría ocasionarle serios problemas psicológicos.

Claramente se está frente a un conflicto de derechos fundamentales entre los padres intencionales y los niños nacidos bajo las técnicas de reproducción humana asistida heterólogas (donación de gametos), lo que se pretende mediante la aplicación del test de ponderación es determinar cuál de estos derechos prevalece sobre el otro y de ser así qué solución proponer para que ambos sujetos vean garantizados sus derechos, es decir llegar a un equilibrio, contrapeso entre ambos derechos; como ya se ha señalado un conflicto de derechos se da cuando existe una confrontación entre los mismos y es necesario analizar cuál de los dos derechos es el que prevalece sobre el otro, no porque sea más importante sino que debido a diversas circunstancias uno tendrá que ceder porque el otro merece una mayor intervención, tampoco significa que el otro quedará vulnerado, sino que deberá buscarse la forma más justa de que ambos se garanticen, no obstante siempre se dará preferencia a uno.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

2.2.1 Elementos estructurales del test de ponderación:

2.2.1.1 Idoneidad

La medida legislativa a adoptar es permitir la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida heterólogas (con donación de gametos) en beneficio de aquellas parejas que padezcan de infertilidad y no hallen la manera de poder concebir un hijo como parte de la realización de sus proyectos de vida. Ahora bien, se debe analizar si la medida propuesta es la más idónea para cumplir con el fin que advierte el legislador. La aplicación de este tipo de técnicas tiene como principal objetivo tratar la infertilidad severa y que mediante la donación de gametos realizada por un tercero, puedan las parejas que sufren de esta condición, llevar a cabo una fecundación y por ende concebir un hijo, dadas las consecuencias dañosas que esta condición-enfermedad ocasiona en aquellas y en el ejercicio de sus derechos.

Asimismo dicho objetivo tiene como fin garantizar los derechos fundamentales de las parejas afectadas, tales como permitirles ejercer su derecho a gozar del más alto grado de salud sexual y reproductiva, a la procreación, a fundar una familia, a gozar de los beneficios de la tecnología, a la libertad sexual y reproductiva, a la integridad física y psicológica, a su autonomía personal y sexual, a la intimidad personal y familiar, al libre desarrollo de la personalidad, entre otros que están consagrados tanto en la

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Constitución Política, en la declaración universal de derechos humanos, entre otras normas internacionales.

Como se ha mencionado en el acápite anterior, las personas que padecen de infertilidad, al no poder concebir sufren de consecuencias psicológicas que en la gran mayoría de casos (depende de la persona y su situación mental) son realmente perjudiciales y no les permiten llevar de una manera normal su día a día, lo cual evidentemente ocasiona la vulneración de otros derechos, como el derecho al trabajo, al libre desarrollo de la personalidad, a la salud, etc. Sumergiéndolos en una depresión o una etapa de duelo, en la cual necesitarán de apoyo e inclusive ayuda profesional para poder superar dicha condición. Esto se debe a que la infertilidad supone un menoscabo en la capacidad que tiene una persona, lo cual mella la autoestima de los sujetos que la padecen, considerándose por la OMS como una enfermedad que causa una incapacidad en el sistema reproductivo, trayendo consecuencias dañinas tanto en el aspecto personal, afectivo y familiar de una persona. Por lo que con lo anterior señalado, es evidente que existe una causalidad entre el medio y el objetivo que se traza este mismo. En consecuencia, también existe una relación entre el objetivo y el fin de este, que es garantizar todos los derechos mencionados líneas arriba, los cuales también fueron analizados en el capítulo anterior. Puesto que de aquel objetivo se desprende el ejercicio de aquellos derechos, los

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

cuales, en esta situación, necesitan de la intervención del Estado para poder llevarse a cabo.

Como bien es sabido el avance de la tecnología es fundamental en el desarrollo de una comunidad, siendo que en la gran mayoría de casos (por no decir todos), traen prodigiosos beneficios, simplificando y mejorando la calidad de vida de las personas; en este caso, estas técnicas traen como resultado que las personas que padezcan de un problema de fertilidad severo, en el que sus gametos por una u otra razón no cumplan con su primordial función (la fecundación), puedan concebir, tratando de conservar aquel deseo intrínseco del ser humano de poder tener un hijo desde su concepción hasta su nacimiento, es decir preservando el lazo biológico y el genético en forma relativa de estas familias.

Siendo entonces el medio más idóneo para cumplir el objetivo propuesto por el legislador, puesto que la aplicación de las TERAS con donación de gametos permitirá que las parejas que sufran de problemas severos de infertilidad puedan concebir y garantizar sus derechos sexuales y todos los que deriven de estos. Inclusive es menester precisar que en otros países, como España, Suecia, Estados Unidos, Canadá, etc., este procedimiento esta normado y es aplicado de manera regular, siendo el tratamiento por excelencia para esta condición.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

2.2.1.2 Necesidad

Ahora bien para determinar la necesidad es imprescindible comparar la medida legislativa (permitir la aplicación de las TERAS heterólogas) con otras medidas alternativas que pretendan satisfacer el objetivo propuesto con la misma idoneidad; advirtiéndose que de no ser así, entonces se llegará a la conclusión de que no existen otras medidas que sean igualmente eficaces que la ofrecida.

En este caso, otra medida que podría reemplazar a la presente, sería la adopción, pasando a analizar un poco esta, el objetivo pensado por el legislador es tratar la infertilidad severa y que mediante la donación de gametos realizada por un tercero, puedan las parejas que sufren de esta condición, llevar a cabo una fecundación y por ende concebir un hijo, dadas las consecuencias dañosas que esta condición-enfermedad ocasiona en aquellas y en el ejercicio de sus derechos. Si bien es cierto, la adopción podría suplir dicho objetivo, sin embargo no con la misma idoneidad que las TERAS heterólogas, puesto que como es sabido, en la figura de la adopción, en todos los casos no existirá ni vinculo biológico ni genético entre padres e hijo, en ningún extremo, por otro lado las TERAS heterólogas, como se ha mencionado, de alguna manera tratará de conservar estos vínculos.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Asimismo, estas técnicas lo que buscan es combatir la infertilidad severa (objetivo de la medida), como un tratamiento médico, sin embargo, la adopción no busca en ningún momento tratar dicha condición, sino simplemente pasarla a un segundo plano e ir de frente a los hijos. Como se ha señalado, este objetivo tiene como fin el ejercicio y garantía de una serie de derechos que se encuentran consagrados y protegidos por diversos cuerpos legales, las TERAS heterólogas cumplen con dicho fin de manera eficiente, por otro lado, la adopción solo garantizaría el derecho a fundar una familia, no permitiéndole a las parejas hacer valer sus demás derechos como a gozar del más alto grado de salud sexual y reproductiva, a la procreación, a gozar de los beneficios de la tecnología, a la libertad sexual y reproductiva, a la integridad física y psicológica, a su autonomía personal y sexual, a la intimidad personal y familiar, al libre desarrollo de la personalidad.

En efecto, si bien la adopción podría suplir el deseo intrínseco de las parejas de tener un hijo, no combatiría los efectos dañinos que provoca la infertilidad en las personas que la padecen, además es preciso señalar, que en realidad va a depender de la persona si desea o no realizar una adopción para superar dicha condición; más esto no significa que sea la medida más idónea para combatir esta enfermedad, es más, ya se dejó claro que el objetivo de la adopción no es tratar el mencionado padecimiento, sino garantizar el derecho a fundar una familia y por otro lado

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

respetar la autonomía personal, al dejar que las parejas decidan o no adoptar.

En consecuencia, no existe otro medio idóneo para cumplir con el objetivo propuesto por el legislador, la aplicación de las TERAS heterólogas resulta ser un medio necesario e indispensable para alcanzar dicho objetivo, puesto que si bien es cierto la adopción podría ser un medio alternativo no es igualmente eficaz o menos gravoso dirigido al cumplimiento del fin.

2.2.1.3 Proporcionalidad en sentido estricto

Este es el tercer paso a seguir para la realización del test de ponderación, para ejecutarlo es necesario realizar una comparación entre ambos derechos y su grado de afectación y también el de satisfacción, para ultimar cual es el derecho que merece una mayor intervención por parte del Estado y cual no, creando una suerte de armonía entre ambos derechos a raíz de la aplicación de la medida propuesta por el legislador.

En este caso, como ha sido reiterado existe un conflicto de derechos, por un lado se encuentran los de los padres; el derecho a gozar del más alto grado de salud sexual y reproductiva, a la procreación, a fundar una familia, a gozar de los beneficios de la tecnología, a la libertad sexual y reproductiva, a la integridad física y psicológica, a su autonomía personal y sexual, a la intimidad personal y familiar, al libre desarrollo de la

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

personalidad; y por otro lado están los de los hijos; el derecho a la identidad y a conocer a sus padres biológicos y/o genéticos.

Entonces es menester establecer la afectación entre ambas condiciones, para determinar el grado de intensidad, si el grado de intensidad de afectación del derecho a la identidad y a conocer a sus padres biológicos y/o genéticos es mayor que al grado de realización del fin constitucional de la medida legislativa (aplicación de las TERAS heterólogas), entonces, la intervención en dicha libertad no estará justificada y será inconstitucional, de lo contrario será una medida constitucional. Esto quiere decir que la afectación de los derechos del menor debe ser en un grado menor al de la satisfacción del fin propuesto en la medida legislativa, para que pueda ser aplicada de manera constitucional.

¿Cómo determinar el grado de intensidad de afectación de los derechos en conflicto? a lo largo de esta investigación se han ido desarrollando estos derechos y sus respectivas implicancias. En el caso del derecho a ser padre (en este caso cuando existe infertilidad), vemos que implica la vulneración una serie de derechos consagrados en la constitución y declaración universal de derechos humanos; asimismo han sido desarrolladas las consecuencias psicológicas que sufren las personas que padecen de infertilidad, viendo que causan perjuicios tanto en su vida personal, familiar y afectiva, no permitiéndole llevar su vida de una manera normal, por lo que

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

por ser considerada una enfermedad, hay una evidente vulneración al derecho a la salud; del mismo modo en lo que respecta a los derechos a la procreación, a fundar una familia, a gozar de los beneficios de la tecnología, a la libertad sexual y reproductiva, a la integridad física y psicológica, a su autonomía personal y sexual, a la intimidad personal y familiar, al libre desarrollo de la personalidad, los cuales se fundan en la facultad que tiene toda persona de decidir en su vida privada, familiar y sexual, de elegir si tener o no hijos, de formar su propio proyecto de vida, de hacer respetar su intimidad familiar, de gozar tanto de salud física como psicológica; por lo que vemos que al prohibir la aplicación de estas técnicas se vulneran de forma conjunta todos los mencionados; por otro lado también se estaría frente a una discriminación ante la ley, puesto que si se permiten las TERAS homologas y no las heterólogas, entonces habría evidentemente un trato desigual a personas que están en las mismas condiciones, ya que ambas padecen de problemas de fertilidad y va a depender de cada caso que método es el que se va a aplicar, es indudable que las dos partes buscan un tratamiento eficaz para su infertilidad, por lo que permitir una y prohibir el otra, sería discriminatorio. Entonces como se puede desprender de lo anterior señalado, la intensidad de afectación en estos derechos es grave.

Ahora bien, en lo que respecta a los derechos del menor, a la identidad y a conocer a sus padres biológicos y/o genéticos, de todo lo investigado en

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

el capítulo precedente, se desprende que con la escasa e imprecisa regulación acerca de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida se da una evidente vulneración del derecho fundamental del menor a la identidad, principalmente en su aspecto estático, puesto que no existe seguridad jurídica respecto de su filiación, asimismo al no existir un registro personal de los donantes también se vulnera el derecho fundamental a conocer a sus padres biológicos, situación que es importante en el desarrollo de la personalidad e identidad del menor, además de evitar matrimonios entre consanguíneos y también surgen los casos en los que por la salud del menor y enfermedades hereditarias deban conocerse los datos del donante. Sin embargo estas situaciones jurídicas pueden ser superadas con una adecuada regulación.

En lo que respecta a que el menor sea criado por personas diferentes a sus padres biológicos, que encuentra su principal fundamento en que el vínculo madre e hijo es primordial para la formación adecuada del menor, éste ha quedado desvirtuado, puesto que se puede ver que la identidad en todo su conjunto implica diversos aspectos del ser humano, así se tienen los datos dinámicos, que son todos aquellos que la persona va adquiriendo a lo largo de su vida, los que van a permitir al individuo desarrollar su personalidad y reconocerse a sí mismo como un ser único y diferenciarse de los demás en sociedad; las vivencias, aprendizajes, relaciones familiares y afectivas, conocimientos culturales y cognitivos, etc. Existen sentencias

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

del Tribunal Constitucional en donde se resuelve que la identidad dinámica puede prevalecer sobre la identidad biológica, puesto que la primera como se ha reiterado forma a la persona como tal, siendo un aspecto mucho más importante que el biológico. Dada la medida legislativa, los niños nacidos bajo esta técnica, reconocerán a los padres intencionales como sus verdaderos progenitores, puesto que ellos serán los que los cuiden, protejan y eduquen, asimismo serán con los que vivirán y desarrollaran los datos dinámicos de su identidad, viéndose que esta no se vulnerará en ningún extremo.

En la (CAS 950-2016, 2016) el mismo Tribunal Constitucional afirma que los datos dinámicos son más amplios e importantes en el desarrollo de la persona, de lo anterior se puede desglosar que la identidad de una persona es compleja y supone diversos aspectos del ser humano, siendo los elemento dinámicos más determinantes a la hora de la formación de una persona; sin embargo eso no significa que los datos biológicos y genéticos (estáticos) no tengan importancia, puesto que, toda persona tiene derecho a conocer su verdadero origen, no obstante estos datos no son definitivos en la formación de una persona, dado que se pueden prescindir de ellos, un claro ejemplo es la adopción. Lo más importante son los lazos afectivos, la formación y el equilibrio que le puedan brindar al menor las personas que estén a su cargo, sean o no sus padres biológicos y/o genéticos, de allí la famosa frase que reza *“padre es el que cría”.*

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Entonces se puede concluir que actualmente como se aplican las donaciones de gametos efectivamente hay un detrimento importante en el derecho a la identidad del menor, sin embargo no es necesaria la prohibición de este tipo de técnicas, puesto que con una adecuada regulación no existiría vulneración alguna de los derechos del menor; siendo entonces que los derechos de los padres intencionales necesitan una mayor intervención por parte del Estado, significando esto que la aplicación de la fecundación asistida heteróloga será constitucional una vez que se realice una adecuada regulación para otorgar seguridad jurídica y tutela a los derechos vulnerados de los menores nacidos bajo esta práctica. Asimismo no es proporcional sacrificar todos los derechos de los padres intencionales, prohibiendo las donaciones de gametos por una vulneración en los derechos del menor dada por la inexistencia de regulación en este procedimiento.

Ahora bien, volviendo a la premisa *"si el grado de intensidad de afectación del derecho a la identidad y a conocer a sus padres biológicos y/o genéticos es mayor que al grado de realización del fin constitucional de la medida legislativa (aplicación de las TERAS heterólogas), entonces, la intervención en dicha libertad no estará justificada y será inconstitucional",* mientras no exista una regulación adecuada, la aplicación de la donación de gametos será inconstitucional, puesto que el vacío legal existente provoca

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

la vulneración del derecho a la identidad del menor, no en sí la aplicación de estas técnicas.

Entonces del test de ponderación se puede concluir que no obstante hay idoneidad y necesidad, en la parte de proporcionalidad se haya el principal problema, que si bien es cierto este no presupone la prohibición total de las donaciones de gametos, si advierte la necesidad imperiosa de regular este procedimiento, para que no se vulneren ningún derecho de las partes intervinientes, dejando ver que la medida es la más idónea para cumplir el fin propuesto por el legislador, sin embargo necesita de una regulación para que se dé la satisfacción de ambos derechos, no cumpliendo por lo tanto el último presupuesto del test de ponderación, siendo pertinente por lo tanto proponer una adecuada regulación.

3. Perspectiva del autor – Resultados

A lo largo de la presente investigación se han desarrollado las técnicas de reproducción humana asistida heterólogas desde la perspectiva del conflicto de derechos que ocasiona su aplicación, entre el derecho a ser padre (y todos los que se derivan de este) y el de la identidad del menor, estudiando en primer lugar los alcances generales que trae consigo las TERAS, tanto en el ámbito peruano como en la legislación comparada; asimismo se han analizado los derechos inherentes a los padres intencionales, que son invocados por estos al momento en el que el Estado pretende prohibir las técnicas asistidas de

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

fecundación o ignorar su regulación; también los derechos de los menores, sobre todo el de la identidad y poder conocer a sus padres biológicos desde el punto de vista de figuras del derecho de familia peruano que sufren alteraciones con la aplicación de estas técnicas. Todo ello permitiendo poder realizar el test de ponderación desarrollado en el presente capítulo.

Del mencionado test se puede concluir que la medida adoptada cumple con los dos primeros principios, el idoneidad y el de necesidad, siendo entonces la única medida idónea para cumplir con el fin propuesto por el legislador, sin embargo al momento de llegar al último presupuesto, el de la proporcionalidad, al comparar el grado de afectación de ambos derechos, se ve que si bien es cierto por un lado tenemos una afectación grave de los derechos de los padres intencionales que no encuentra otra medida que la dada para satisfacerlos, por otro lado el derecho a la identidad del menor y a conocer sus padres biológicos se ve vulnerada también, sin embargo se deduce que dicha vulneración no se deriva de la técnica en sí, sino más bien de la inexistente regulación al respecto y en aplicación del interés superior del niño, si esta medida pretende ser aplicada debe de regularse para que sea constitucional. Siendo que los derechos de los padres intencionales para poder ser satisfechos según el fin constitucional propuesto necesitan de la donación de gametos, no obstante para que esta sea proporcional necesita de una regulación.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Como se ha mencionado no sería proporcional sacrificar todos los derechos de los padres intencionales por un vacío legal que provoca la vulneración de los derechos del menor, pero tampoco lo sería si es que se sigue aplicando este procedimiento sin una norma adecuada y especifica que lo regule, por lo tanto la solución no es prohibir las TERAS heterólogas, puesto que ellas implican lo que es el desarrollo de una sociedad, el recibimiento de las nuevas tecnologías médicas que traen consigo beneficios para aquellas personas o parejas que sufren de infertilidad, salvaguardando así el derecho a la salud reproductiva; además de garantizar los derechos reproductivos, como el fundar una familia y todos los que se deriven de este (autonomía personal y reproductiva, intimidad personal y familiar, al progreso científico, etc.). Es por ello que prohibirlas o no regularlas (siendo estas aplicadas a la actualidad) aparte de frenar el desarrollo que trae consigo una rama que es totalmente autónoma del derecho (la medicina), ocasiona la vulneración de los derechos de las partes que intervienen en ellas en especial el derecho a la identidad del menor, asimismo también ocasionaría que las parejas que sufren de infertilidad, al ver sus derechos vulnerados, demanden al Estado, costándole a este grandes sumas de dinero y pérdida invaluable de tiempo. Por ello la solución a este conflicto es proponer una adecuada regulación.

En consecuencia, la donación de gametos será una medida constitucional y proporcional solo si es que se regula de una manera adecuada para que no se vulnere el derecho a la identidad del menor en ninguno de sus extremos ni el

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

de conocer su verdadero origen. Puesto que con una norma se dará seguridad jurídica al momento del nacimiento del menor, creando un nuevo tipo de filiación derivada de la procreación asistida, que procurará resguardar los datos estáticos del menor y evitar que la impugnación de paternidad o maternidad proceda por motivos injustificados; asimismo al existir un registro de los donantes, se podrá conservar todos los datos pertenecientes este, ya sean los identificativos (datos personales) o no identificativos (datos clínicos) para que puedan ser utilizados de manera responsable y así resguardar los derechos del menor que por el principio del interés superior del niño cualquier medida a adoptar ya sea por una entidad pública o privada deberá tomarse en cuenta de forma prioritaria al menor. Por otro lado se ve por conveniente que el Estado promueva que los padres que se sometan a una donación de gametos deban contarles a sus niños de donde es que provienen, pasando previamente por una preparación psicológica que los ayude a hacerlo de la mejor manera, como en el caso de la adopción, no pudiendo evidentemente obligarlos, no obstante si promoverlo como algo correcto y beneficioso tanto para el niño como para ellos; tomando medidas como campañas, charlas educativas, centro de ayuda psicológica para atender los diversos problemas que pueda suscitar la aplicación de estas nuevas tecnologías, material informativo y bibliográfico tanto para los padres como para los niños, alivianando así la tarea de contarles sus verdaderos orígenes. Así cuando el niño se sienta preparado y a petición de este, si es que le da curiosidad o siente que necesita hacerlo, podrá revelarse la identidad del donante, para que el menor pueda conocerlo,

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

obligando entonces al Estado tener un registro individual y otro nacional, en los bancos de esperma o las clínicas de fertilidad, en donde se puedan guardar los datos de los donantes y ser revelados si así lo desea el niño, para garantizar de una manera completa su identidad, permitiendo su desarrollo integral y autonomía. Es de esta manera como el derecho a ser padre puede coexistir en un mismo escenario (TERAS heterólogas) con el derecho a la identidad del menor y a conocer sus orígenes y padres biológicos y/o genéticos.

Entonces al existir una regulación se asegurará que el menor al nacer tendrá a sus padres, los cuales lo reconocerán, criarán y formarán en un hogar, tendrá una identificación que será parte de los datos estáticos de su identidad, además podrá formar una identidad dinámica como cualquier otro niño, reconociendo a aquella pareja que se sometió a la donación de gametos como sus padres verídicos, puesto que se irán formando los lazos familiares con el pasar del tiempo y el crecimiento del mismo. Además las parejas que se someten a este tipo de tratamiento son los que sufren de graves problemas de infertilidad, motivo por el cual no pueden concebir, siendo muy probable que lo hayan intentado en un sinnúmero de ocasiones sin obtener un resultado positivo; desde un punto de vista subjetivo, una pareja que lucha tanto por tener descendencia es porque realmente lo desean y de alguna manera asegurará una paternidad responsable.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

En efecto, es dentro de esta aplicación donde tomarse las respectivas medidas para no vulnerar los intereses y derechos del menor, puesto que el interés superior del niño es un principio que el Gobierno debe respetar. Siendo entonces las TERAS heterólogas el escenario en donde los derechos de los menores deben primar. Por ello es que se ha considerado que la identidad dinámica puede primar por sobre la biológica, puesto que la primera determina a la persona como tal, en cambio la segunda puede ser prescindida dentro de una relación familiar o de la misma persona inclusive, no siendo un factor determinante en su identidad personal, tal como se ve en la figura de la adopción.

En conclusión, existen un sinnúmero de argumentos a favor y en contra en lo que respecta a la aplicación de las TERAS heterólogas (donación de gametos) tornándose en un tema tedioso y polémico, del cual existen diversas investigaciones que pretenden desenmarañar todo lo que este implica y como podría el derecho adecuarse a tal contexto, claro que dependiendo de cada país y su legislación, puesto que debe ser analizado desde la perspectiva de cada situación en la que se encuentren los diversos países.

En tanto, los argumentos en contra de la aplicación de la donación de gametos que se han podido desprender de todo lo investigado, son en primer lugar la creación de relaciones inusuales dentro del núcleo familiar, puesto que estas técnicas suponen una supresión de manera parcial de los vínculos biológicos y/o genéticos, se utiliza el término parcial debido a que en la gran

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

mayoría de casos es solo uno de los gametos de la pareja el que debe ser sustituido, manteniendo de alguna manera los vínculos antes señalados; además es preciso afirmar que un padre o madre no necesita del vínculo genético para poder realizar de forma eficiente las obligaciones que manda la patria potestad, puesto que son la voluntad y el deseo de ser padres los que primaron, antes que los datos genéticos, creando entonces así un lazo afectivo que puede resultar mucho más contundente que el biológico y/o genético. Por ello este argumento no posee un fondo del cual valerse, habiéndose desvirtuado con lo anterior alegado. En segundo lugar se habla de la vulneración del derecho a la identidad del menor, que va relacionado con el primer argumento, habiéndose ya desvirtuado a lo largo del presente capítulo, afirmando que la identidad de una persona involucra numerosos aspectos del ser humano y no solo sus datos biológicos, que pueden ser prescindidos, siendo la vertiente dinámica la más importante para el desarrollo de una persona, asimismo con una debida regulación del procedimiento de donación de gametos, se garantizarían todos los derechos e intereses de los menores nacidos bajo estas prácticas (filiación, reconocimiento, impugnación de paternidad).

Es entonces, que los argumentos antes señalados no pueden ser constituidos como válidos, por lo tanto deben ser aplicadas las TERAS heterólogas, puesto que los argumentos a favor de estas son más contundentes y poseen un fondo que permite su acreditación y validación, es

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

así que se puede afirmar que los avances científicos en la gran mayoría de casos traen beneficios y simplifican la vida de sus usuarios, siendo estas técnicas el tratamiento por excelencia para combatir los problemas de infertilidad severa, trayendo consigo beneficios que otros tratamientos no logran con la misma eficacia; además de garantizar los derechos fundamentales de las parejas afectadas, tales como permitirles ejercer su derecho a gozar del más alto grado de salud sexual y reproductiva, a la procreación, a fundar una familia, a gozar de los beneficios de la tecnología, a la libertad sexual y reproductiva, a la integridad física y psicológica, a su autonomía personal y sexual, a la intimidad personal y familiar, al libre desarrollo de la personalidad, entre otros que están consagrados tanto en la Constitución Política, en la declaración universal de derechos humanos, entre otras normas internacionales.

Por lo tanto y después de haber analizado el presente problema de una manera exhaustiva, es que se puede concluir que no existe una razón válida o contundente para prohibir la aplicación de este tipo de técnicas, sin embargo y en aplicación de interés superior del niño es que se debe realizar una adecuada y estricta regulación del procedimiento para que se respeten todos sus derechos y de esta manera crear una armonía entre ambos intereses tanto del padre como del niño, cumpliendo así el fin de la ponderación que manda el Tribunal Constitucional.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

No se puede obligar a un Estado el permitir o prohibir la aplicación de estas técnicas, más si se puede dar una luz acerca del problema para que este puede tomar una decisión adecuada respecto de esta situación; sin embargo si estas ya están siendo aplicadas en su territorio (como en el caso peruano), no se puede frenar de golpe dicha aplicación, no quedándole otra opción a los legisladores que ajustarse a ellas y regularlas para evitar la vulneración de los derechos e intereses de la partes involucradas, debido a que el principal objetivo del derecho es adecuarse a la evolución de los tiempos que traen consigo nuevas relaciones entre las personas de una sociedad que merecen una regulación jurídica.

Análisis crítico del capítulo III

Se evaluó como fuente introductoria lo concerniente a si realmente existe un derecho a ser padre, puesto que es importante determinar si estas técnicas tienen un fundamento válido para poder ser aplicadas o en todo caso si es que no lo hay si deben ser prohibidas, en el orden del análisis de la información, los datos referentes al principio del interés superior del niño, son ineludibles de analizar ya que ante un conflicto de derechos siempre debe priorizarse el bienestar del menor. Asimismo, se fijó como fuente la coexistencia de ambos derechos en un mismo escenario, lo cual nos da un visión de la armonía que podría crearse entre estos derecho una vez aplicado el test de ponderación.

Siguiendo la investigación documental y a fin de que permita llegar a las conclusiones, se aplicó el test de ponderación de derechos el cual contribuye a

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

determinar, mediante la medición de los elementos que lo constituyen, la constitucionalidad de la actual aplicación de la fecundación heteróloga, primero determinando la idoneidad de esta medida respecto de los fines que propone el legislador, asimismo su comparación con otras medidas que podrían satisfacer dicho fin, llegando a denotar la necesidad de la aplicación de estas técnicas, para finalmente comparar ambos derechos y medir su vulneración, dejando ver que los derechos del menor con la actual aplicación de las donaciones de gametos se ve seriamente afectado, pero ello no implica la prohibición total de estas técnicas, sino que para que su aplicación sea constitucional debe de implementarse una regulación específica a la brevedad.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Conclusiones

1. Del análisis de las técnicas de reproducción humana asistida heterólogas, vistas desde la perspectiva del derecho a la identidad del menor se denota que, si bien es cierto estas se aplican en beneficio de los padres, la falta de regulación del procedimiento de donación de gametos vulnera el mencionado derecho, asimismo el Estado debe proteger de manera integral y especial a los niños por su estado de indefensión, restaurando de manera indiscutible los derechos vulnerados.

2. De los principales alcances de las técnicas de reproducción humana asistida heterólogas se desprende que son métodos técnicos que presuponen la intervención de un tercero como donante de gametos, que pretenden tratar y superar la infertilidad severa, la cual es considerada como una enfermedad y un problema de salud público, que acarrea en consecuencias perjudiciales en las personas que la padecen tanto física como psicológicamente; asimismo, si bien es cierto traen consigo grandes beneficios, aumentando la calidad de vida de sus usuarios, además de permitirles el ejercicio y resguardo de un sinnúmero de derechos; conllevan a conflictos jurídicos, derivados del derecho a la identidad del menor, que merecen una regulación adecuada para evitar la vulneración de derechos fundamentales.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

3. El derecho a la identidad del menor se ve afectado con la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida heterólogas sin una regulación adecuada al respecto, en primer lugar en sus datos estáticos, puesto que no existe una seguridad jurídica al momento de nacer, necesitando de un nuevo tipo de filiación que no se base en los presupuestos biogenéticos como se da en la normativa actual, sino más bien en la voluntad procreacional asentada en el consentimiento informado; asimismo en lo que respecta a la identidad biológica y a conocer a sus padres biológicos, se ve también una vulneración al no existir un registro que contenga los datos pertinentes del donante suponiendo una privación por parte del Estado al derecho a investigar sobre sus orígenes, siendo primordial para evitar daños psicológicos en el menor, matrimonios entre consanguíneos y enfermedades hereditarias. Por otro lado el menor no se ve afectado por el hecho de ser criado por personas diferentes a sus padres biológicos, puesto que la identidad no puede limitarse a la identificación (nombres, apellidos, nacionalidad, datos genéticos y biológicos) debido a que verdaderamente lo que importa es lo que la persona va formando a lo largo de su vida, las vivencias, lazos afectivos y familiares, enseñanzas y demás, que forman parte de su identidad dinámica, que es la que le va a permitir formarse como persona y diferenciarse de las demás en sociedad.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

4. La actual aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida heterólogas, conlleva a un evidente conflicto de derechos fundamentales, entre el derecho a ser padres (y todos los conexos) y el derecho a la identidad del menor y a conocer sus progenitores biológicos. De la elaboración del test de ponderación se desprende que la donación de gametos que se aplica actualmente en el Perú cumple con los elementos de idoneidad y necesidad, más no es proporcional, puesto que al no existir regulación se vulnera el derecho a la identidad del menor, lo cual no presupone que todo la medida sea invalidada, es decir que se prohíban las donaciones de gametos, sino más bien que para ser aplicada de manera constitucional necesita de una regulación por parte de los legisladores peruanos, hallando de esta manera una armonía entre ambos, asimismo evitaría la vulneración del derecho a la identidad del menor y a conocer a sus padres biológicos.

5. En lo que respecta al derecho comparado, este se encuentra mucho más evolucionado en relación a las técnicas de reproducción humana asistida heterólogas, siendo entonces una base importantísima para poder elaborar una propuesta normativa en el Perú, tomando en cuenta los lineamientos, requisitos y reglas establecidas en dichos cuerpos legislativos, que se derivan de jurisprudencia y arduos debates parlamentarios, para plasmarlos y adecuarlos a la realidad peruana.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Análisis Costo Beneficio

En el Perú se aplican con regularidad las técnicas de reproducción humana asistida heterólogas, siendo aplicadas por los centros de fertilidad sin ningún tipo de parámetro ni norma, a pesar del vacío legal que existe, no existiendo norma que regule el desarrollo de la tecnología genética y sus repercusiones en las relaciones sociales, ocasionando una desprotección tanto en la persona, en la familia, como en la sociedad en general.

La regulación del procedimiento de donación de gametos tendrá un impacto favorable en la sociedad, puesto que reglamentará una situación que trae consecuencias negativas y vulneración de derechos de las partes intervinientes.

Ley General de Donación de Gametos

Capítulo I

Disposiciones generales

Artículo 1.- Objeto de la Ley

La presente ley regula las actividades y el procedimiento relacionados con la donación de gametos, para fines de procreación humana, en casos en que una pareja, sea casada o en unión de hecho, debido a una infertilidad severa,

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

acudan a la obtención de células reproductivas a través de un(a) donante para lograr la concepción.

Artículo 2.- Partes intervinientes en el procedimiento de donación de gametos

a) **Las clínicas de fertilidad.-** Todos aquellos centros médicos, tanto públicos como privados, que se especializan en reproducción humana y todo lo que esta implica.

b) **Los padres intencionales.-** Aquellas parejas tanto casadas como en unión de hecho que sean diagnosticadas con un problema de infertilidad severo, en donde sus gametos, tanto el femenino como el masculino respectivamente, no se encuentran en óptimas condiciones para realizar la fecundación, por lo que necesitarán de una tercera persona que ceda su célula reproductiva sana y en perfecto estado para poder llegar a concebir.

c) **El donante de gametos.-** Aquella persona, hombre o mujer que de manera libre, voluntaria y consciente dona su material genético para ayudar a que una pareja con problemas de fertilidad pueda llegar a tener descendencia.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Artículo 3.- Diagnóstico de infertilidad

Solo procederá la donación de gametos si es que existe un diagnóstico de infertilidad severa, cuyo único tratamiento sea la aplicación de las técnicas de reproducción humana heterólogas, el cual deberá ser expedido por el médico correspondiente.

Artículo 4.- Fin altruista

La donación de gametos bajo ningún término podrá tener un fin lucrativo, estando terminantemente prohibida la comercialización de material reproductivo.

Artículo 5.- Principios y Garantías

En todo momento de la aplicación de la donación de gametos, se respetarán y garantizarán los derechos fundamentales de las partes que intervengan en él, teniendo una mayor consideración al derecho a la vida, la salud, la integridad física, psicológica y moral y la dignidad humana. Quedando prohibida la extracción de material genético para fines distintos de la procreación.

Capítulo II

Derechos y obligaciones

Artículo 6.- Obligaciones de las clínicas de fertilidad

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Las clínicas de fertilidad deberán poseer una autorización expresa del Estado para poder ejercer y facilitar su supervisión que estará a cargo del Ministerio de Salud, también se comprometerán a contar con una infraestructura adecuada y moderna para la realización de estas prácticas médicas, asimismo tendrán equipos tecnológicos modernos, instrumentos adecuados y necesarios, personal suficiente, capacitado y especializado en temas de fertilidad (tanto médicos, enfermeros y psicólogos).

Las clínicas conjuntamente con el Ministerio de Salud (MINSA) son los que se encargarán de verificar y fiscalizar el cumplimiento del procedimiento de donación de gametos, el acatamiento de los requisitos del donante y de los padres intencionales; asimismo para controlar dicho cumplimiento, se deberá contar con los registros correspondientes.

Artículo 6.A.- Elaboración del Consentimiento informado

La clínica de fertilidad será la encargada de elaborar el consentimiento informado, el cual deberá constar en un documento público que lo revista de seguridad jurídica; el documento deberá contener información detallada del acto médico a realizarse, los datos generales de las partes intervinientes, asimismo deberá detallarse la declaración expresa y consentimiento de las mismas, la firma, huellas dactilares, documento nacional de identidad, firma del médico y su número de matrícula.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Artículo 7.- Derechos y obligaciones de los padres intencionales

a) Derechos

1) A ejercer sus derechos reproductivos, dentro de estos el derecho a la procreación y los que se derivan de este.

2) A poder acceder a los beneficios de la tecnología

3) A tratarse la infertilidad, por ser una enfermedad que trae consecuencias nocivas para la salud física y psíquica de los que la padecen

4) A acceder a toda información médica y biotecnológica antes, durante y después de la intervención médica

5) A tener acceso a la información sustancial y oportuna del donante de gametos, como: Tipo de sangre, historia clínica personal y familiar pertinentes

6) A que se respeten todos los derechos consagrados en la Ley N° 29414, que establece los Derechos de las personas usuarias de los Servicios de Salud

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

7) Todos los demás pertinentes.

b) Obligaciones

1) Cumplir de manera oportuna todos los requisitos consagrados en el presente procedimiento
2) Manifestar toda la información veraz y pertinente respecto de su situación sanitaria para que los profesionales de la salud puedan actuar de manera adecuada
3) Respetar y preservar los derechos de las demás partes intervinientes en el procedimiento (donantes de gametos)
4) No divulgar la información perteneciente a las demás partes que se le sea revelada.
5) Reconocer al menor que concebirán bajo la realización de esta técnica, sin lugar a revocación, salvo se evidencie la no existencia de voluntad o el vicio de esta al momento de firmar el consentimiento informado.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Artículo 8.- Derechos y obligaciones de los donantes de gametos

a) Derechos

1) A la Intimidad Genética y autodeterminación informativa; asimismo a la protección de datos personales y genéticos

2) A acceder a toda información médica y biotecnológica suficiente antes, durante y después de la intervención médica

3) Todos los gastos que se generen, deberán ser pagados por los interesados, es decir los padres intencionales

4) A que se respeten todos los derechos consagrados en la Ley N° 29414, que establece los Derechos de las personas usuarias de los Servicios de Salud.

b) Obligaciones

1) Cumplir de manera oportuna todos los requisitos consagrados en el presente procedimiento

2) Manifestar toda la información veraz y pertinente respecto de su situación médica para que los profesionales de la salud puedan actuar de manera adecuada

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

3) Respetar y preservar los derechos de las demás partes intervinientes en el procedimiento (donantes de gametos)

4) No divulgar la información perteneciente a las demás partes que se le sea revelada.

Capítulo III

Del procedimiento de donación de gametos

Artículo 9.- Extracción y conservación de los gametos

Los gametos serán extraídos según el protocolo médico, es responsabilidad de los especialistas garantizar que el donante tenga la similitud fenotípica e inmunológica y las máximas posibilidades de compatibilidad con la mujer receptora y su entorno familiar; solo cuando corresponda la conservación de las células reproductivas extraídas se hará mediante el método de la criopreservación-vitrificación, siendo estas debidamente almacenadas en los bancos de material genético, los cuales deberán contar con permiso expreso por parte del Estado para poder ejercer y serán fiscalizados por el Ministerio de Salud.

Asimismo el número máximo de extracciones por donante no deberá superar el 3, el cual deberá constar en el registro individual del donante.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

En caso de que exista material genético sobrante, válgase decir esperma, óvulos o bien pre embriones, estos podrán ser utilizados en beneficio de otras parejas, debiéndose seguir el mismo procedimiento que se estipula en la presente.

Artículo 10.- Registro Nacional e individual de donación de gametos

Toda clínica o banco de material genético deberá contar con un Registro Nacional de donación de gametos, el cual servirá como base de datos en el que se inscribirán todas y cada una de las donaciones que se lleven a cabo a nivel nacional; y uno individual respecto del donante donde figurarán los datos personales de este, los datos sanitarios tanto personales como familiares, el número de extracciones de gametos realizadas al paciente y el número de embriones obtenidos, asimismo la identificación del menor nacido bajo esta técnica; el cual deberá conservarse por un lapso de 30 años.

Artículo 11.- Anonimato en la donación de gametos

La donación de gametos se realizará de forma anónima, es decir tanto los padres intencionales como los donantes no tendrán acceso a la información personal de las partes intervinientes, solo podrán acceder a información clínica y/o sanitaria para los fines del tratamiento de donación de gametos.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Artículo 12.- Revocatoria del anonimato

La revocatoria del anonimato en las donaciones de gametos solo se dará por tres causales, satisfacer la necesidad psicológica del menor de conocer su ascendencia y no vulnerar su derecho a la identidad biológica y/o genética; asimismo impedir matrimonios entre consanguíneos, en los dos casos precedentes se levantarán los datos identificativos; y finalmente preservar su vida y salud en caso de enfermedad hereditaria, en este caso se levantarán los datos no identificativos.

El revelamiento de la identidad del donante deberá ser solicitado ante sede judicial por el interesado, en este caso el menor, si aún no tiene capacidad de ejercicio, representado por sus padres o tutores, siempre y cuando se acredite que fue a petición del menor y si ya es mayor de edad en nombre propio. Este deberá ser concedido y se procederá a revelar los datos correspondientes a la causal.

Artículo 13.- impedimento de acción judicial o extrajudicial

No podrá concederse ninguna acción judicial o extrajudicial presentada por los padres intencionales en contra del donante, el menor en contra del donante o viceversa en ambos casos, que verse sobre los temas de patria potestad, válgase decir alimentos, sucesiones, tenencia, régimen de visitas, filiación, entre otras., en los casos en los que se haya llevado de forma regular el procedimiento de donación.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Artículo 14.- Requisitos del donante de gametos

Deberá contar con los siguientes requisitos:

1. Contar con 18 años (mayoría de edad), asimismo la edad máxima en mujeres debe ser 35 años y en hombres 50.

2. Firmar el consentimiento informado, asimismo deberá hacerlo su cónyuge o conviviente.

3. Someterse a rigurosos exámenes médicos para descartar cualquier enfermedad o condición que pueda ser transmitida al futuro embrión; asimismo debe hacerse un seguimiento a la salud de los antecedentes genealógicos y médicos, para descartar toda anomalía. No pudiendo ser donantes aquellos que presenten alguna patología o anomalía que pudiera transmitirse al embrión, asimismo tampoco podrán serlo aquellos que tengan antecedentes en su familia de enfermedades o malformaciones hereditarias

4. Los donantes deben pasar por un examen psicológico obligatorio, teniendo que presentar un certificado en el cual conste la visita, bajo apercibimiento de no poder continuar con el procedimiento; además tendrán sesiones con especialistas para prepararlos adecuadamente en caso se dé la solicitud de revocamiento de anonimato.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Artículo 15.- Requisitos de los padres intencionales

Deberán cumplir los siguientes requisitos:

1. La pareja debe someterse a exámenes de fertilidad; una vez que exista un diagnóstico que acredite una infertilidad severa, en la que sus gametos no son idóneos para la fecundación o haya peligro inminente de trasmitir enfermedades, es que se podrá sugerir las TERAS heterólogas, puesto que en la medida de lo posible, se debe evitar utilizar esta técnica para no vulnerar el derecho del menor a conocer sus orígenes y a sus verdaderos padres, es por ello que solo en el caso anteriormente detallado se podrá aplicar el procedimiento.

2. Solo se permitirá la aplicación de la donación de gametos a aquellas parejas que demuestren estabilidad de forma documentada, pudiendo ser un matrimonio o una unión de hecho estable, esto debido a que lo que se quiere es proteger al menor que será concebido bajo esta técnica, para asegurar de que nazca en un hogar sólido y que tendrá un padre y una madre que lo criarán con amor y valores necesarios para el desarrollo integral del mismo.

3. Firmar el consentimiento informado, en efecto este consentimiento acreditará la voluntad consciente y la libertad de los padres intencionales a someterse a una técnica de reproducción asistida mediante donación de gametos.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

4. Los futuros padres deberán ser sometidos a pruebas psicológicas para evaluar su estabilidad emocional, además deberán tener sesiones obligatorias con especialistas en la materia, antes, durante y después de realizado el tratamiento, teniendo que presentar un certificado en el cual conste la visita, bajo apercibimiento de no poder continuar con el tratamiento, para asegurar el ambiente emocional más idóneo para la llegada del menor y así poder enfrentar todos los problemas que pudieran surgir entre padres e hijo e inclusive con el donante. Asimismo poder prepararlos para que le cuenten a su niño acerca de su verdadero origen.

Artículo 16.- Determinación de la filiación

La filiación estará determinada por la voluntad procreacional contenida el consentimiento informado que deberá ser firmado antes de la realización de la técnica de reproducción asistida con donación de gametos, siendo este el documento público que probará la filiación en estos casos.

Artículo 16A.- Filiación matrimonial

En la aplicación de las técnicas de reproducción asistida se presumirá que el hijo es matrimonial cuando exista el consentimiento expreso, mediante el consentimiento informado, del marido para la utilización de gametos de un tercero. Sin perjuicio de existir la presunción de paternidad, haya o no habido la voluntad procreacional, cabiendo en este caso la acción contestatoria.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Para la determinación de la maternidad, el parto determinará la filiación en este caso.

Artículo 16B.- Filiación extramatrimonial

Si en la aplicación de las técnicas de reproducción asistida no mediara el matrimonio, la filiación de determinará con la voluntad expresa contenida en el consentimiento informado o a través de documento de fecha cierta o testamento, que será efectuado por uno o ambos progenitores; siendo que, para la determinación de la maternidad, el parto determinará la filiación en este caso. No pudiendo darse la relación paterno filial bajo ningún término entre el donante y el menor nacido bajo esta modalidad.

Artículo 17.- Impugnación de paternidad

Solo procederá la impugnación de paternidad dentro de los primeros 90 días después del parto y si es que se advierte la falta de voluntad del padre a someterse a una donación de gametos, mediante la inexistencia del consentimiento informado, no valiendo la prueba de ADN para determinar la paternidad.

Modificación del artículo 318-a del Código Penal

Delito de intermediación onerosa de órganos, tejidos o células reproductivas

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

Artículo 318°-A.- 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, exporta, almacena o transporta órganos, tejidos humanos o células reproductivas de personas vivas o de cadáveres, concurriendo las circunstancias siguientes: a. Utiliza los medios de prensa escritos o audiovisuales o base de datos o sistema o red de computadoras; o b. Constituye o integra una organización criminal para alcanzar dichos fines

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.

Están exentos de pena el donatario o los que ejecutan los hechos previstos en el presente artículo si sus relaciones con la persona favorecida son tan estrechas como para excusar su conducta.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Bibliografía

Ávila Espada y Moreno-Rosset. (2008). *Papeles del psicólogo/ Sección Monográfica* . Recuperado el 09 de julio de 2018, de LA INTERVENCIÓN PSICOLÓGICA EN INFERTILIDAD: ORIENTACIONES PARA UN PROTOCOLO DE ACTUACIÓN CLÍNICA: http://www.papelesdelpsicologo.es/pdf/1585.pdf

Declaración Universal de los Derechos Humanos. (1948).

Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables. (2013). *La adopción y el derecho de niñas, niños y adolescentes a vivir en familia.* Obtenido de https://www.mimp.gob.pe/files/mimp/especializados/boletines_dvmpv/cuaderno_3_dvmpv.pdf

ACI Prensa. (12 de noviembre de 2010). *Aciprensa*. Recuperado el 29 de abril de 2018, de https://www.aciprensa.com/noticias/caso-marianita-abre-polemica-por-fecundacion-asistida-en-peru

Agar. (2016). *Agar Asociación de gestación asisitida reproductiva* . Recuperado el 29 de abril de 2018, de https://www.agar-asociacion.org/gestacion-subrogada/destinos/canada/

Alvarado Tapia, K. d. (2015). EL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. ANÁLISIS COMPARATIVO DE SU RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL EN ALEMANIA Y ESPAÑA. *Revista de Investigación Jurida* , 4.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Álvarez, d. C. (2008). *Apuntes de Derecho Procesal Laboral, Tema 4, Proceso y procedimiento.* Recuperado el 10 de mayo de 2018, de http://rodin.uca.es/xmlui/bitstream/handle/10498/6871/Procesal4.pdf?sequence=32

Amparo directo en revisión, 908/2006 (Primera Sala Regional Familiar de Toluca del Tribunal Superior de Justicia del Estado de México. 18 de abril de 2007).

Aréchiga, H. (2000). Homeostasis. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Arranz, E., Oliva, A., & Olabarrieta, F. y. (2010). Análisis comparativo de las nuevas estructuras familiares como contextos potenciadores del desarrollo psicológico infantil, Infancia y Aprendizaje.

Baccino, G. (2008). ¿Debe el niño nacido de una donación de gametos conocer su origen? Qué sugerimos como profesionales y por qué. *Revista Fertilidad*, 55-59.

Bach M., F. J. (2009). *"Fecundación in vitro y manipulación de embriones" En: Porter, Kuthy y otros. Introducción a la Bioética. 3ª edición.* Méndez Editores .

Ballesteros, A., Castilla, J. A., Nadal, J., & Ruiz, M. (s.f.). *MANIFIESTO DE LA SEF SOBRE LA DONACION DE GAMETOS EN ESPAÑA.* Recuperado el 31 de julio de 2018, de http://www.sefertilidad.net/docs/noticias/donacionGametos.pdf

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Barnes, J. (1998). “El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar”. *En: Cuadernos de Derecho Público. Nº 5*, 35-36.

Belascoain, D. y. (2010). *Técnicas para la crioconservación de embriones bovinos (trabajo de investigación para optar especialidad en reproduccion bovina).* Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba.

Bernabeu, R. (10 de agosto de 2015). *Instituto Bernabeu*. Recuperado el 14 de abril de 2018, de https://www.institutobernabeu.com/foro/2015/08/10/riesgo-de-embarazo-ectopico-tras-fecundacion-in-vitro-fiv/

BioéticaBlog . (28 de febrero de 2011). Recuperado el 29 de junio de 2018, de https://www.bioeticablog.com/%C2%BFhay-derecho-a-tener-un-hijo/

Bladilo, De la Torre y Herrera. (s.f.). *Las técnicas de reproducción humana asistida desde los derechos humanos como perspectiva obligada de análisis.* Recuperado el 18 de junio de 2018, de http://www.scielo.org.mx/pdf/rius/v11n39/1870-2147-rius-11-39-00002.pdf

Blake, L., Casey, P., Readings, J., Jadva, V., & Golombok, S. (2010). “’Daddy ran out of tadpoles’. How parents tell their children that they are donor conceived, and what their 7 year olds understand” en Human Reproduction, vol. 25, nº 10.

Breitkopf D, G. S. (2004). Technology Assessment Saline Infustion Sonohysterography. Int J Gynaecol Obstet.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Brugo-Olmedo, C. y. (2003). Definición y causas de la infertilidad. *Revista Colombiana de obstetriciay ginecología VOL. 54 NO 4* .

Buenestado Barroso, J. L. (2011). *Derecho Penal Parte Especial y las Consecuencias Jurídicas del Delito en España.* España: BUBOK PUBLISHING.

Buenrostro F. y Kimura A. (2015). El papel de la histerosalpingografía. *Anales de Radiología México*.

Burga Coronel, A. M. (Noviembre de 2011). *Doctrina Constitucional* . Recuperado el 17 de julio de 2018, de El test de ponderación o proporcionalidad de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano: http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/B01644A8B01411E905257D25007866F1/$FILE/Burga_Coronel.pdf

Bustamante García, A. (2014). *LA ADOPCIÓN: ASPECTOS PSICOLÓGICOS Y EDUCATIVOS.* Universidad de Cantabria .

Cabrera, R. (2014). *documento extraido de la Biblioteca digital de la Universidad Católica de Argentina*. Recuperado el 12 de mayo de 2018, de La donación de gametos en las técnicas de reprodución asistida Breve comentario sobre la responsabilidad de los gametod: http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/donacion-gametos-tecnicas.pdf

Calero, L. (3 de mayo de 1999). *El comienzo de la vida*. Recuperado el 1 de mayo de 2018, de http://cerezo.pntic.mec.es/~jlacaden/

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Cas 4323-2010 (Corte Suprema de Justicia 11 de agosto de 2010).

Cas 5003-2007 (Corte Suprema de Justicia 06 de mayo de 2007).

CAS 950-2016, CAS 950-2016 Arequipa extraída de https://legis.pe/casacion-950-2016-arequipa-prevalece-identidad-dinamica-la-menor-filiacion-biologica/ (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, SALA CIVIL PERMANENTE 29 de noviembre de 2016).

CAS. Nº 4430-2015, CAS. Nº 4430-2015 Huaura (LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA 04 de setiembre de 2017).

Caso Forneron e hija VS. Argenitna (Corte Interamericana de Derechos Humanos 27 de abril de 2012).

Caso S.H. y Otros contra Austria, TEDH 2010/56 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos 1 de abril de 2010).

Catecismo de la Iglesia católica. (1992). *Catecismo de la Iglesia Católica.*

Cea, J. (2004). Derecho Constitucional Chileno. Tomo II. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile.

Chile, R. d. (1991). *Conceptos Generales a La Violacion de Derechos Humanos*. Recuperado el 12 de marzo de 2018, de Scribd: https://es.scribd.com/doc/24058999/Conceptos-Generales-a-La-Violacion-de-Derechos-Humanos

Cillero Bruñol, M. (1998). *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. En: Emilio García Méndez, Infancia, ley y democracia en América Latina. Análisis*

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención I. Colombia : Temis-Depalma.

Clarín. (7 de agosto de 2014). *Clarín Entremujeres* . Recuperado el 18 de abril de 2018, de https://www.clarin.com/embarazo/embarazo-embriones-donacion-adopcion-infertilidad_0_rkvV1y5DXg.html

Código Civil peruano

Código del Niño y el Adolescente

Código Penal peruano

Comercio, E. (12 de noviembre de 2010). Padre de bebe in vitro: “¿Cómo se sentiría si le dieran un producto fallado?”. *El Comercio*.

Concebir. (2017). *Concebir, clínica de fertilidad*. Recuperado el 14 de abril de 2018, de http://www.concebir.com/diagnosticando-la-infertilidad/causas-de-la-infertilidad/

Concebir. (2017). *Concebir, clínica de fertilidad*. Recuperado el 14 de abril de 2018, de http://www.concebir.com/tratamientos/inseminacion-intrauterina/

Concepto-Definición. (3 de enero de 2015). *"concepto definición"*. Recuperado el 12 de marzo de 2018, de http://conceptodefinicion.de/identidad/

Constitución Política del Perú

Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, El Cairo. (1994).

Convención de los derechos del niño

Córdova, L. F. (2005). *¿EXISTEN LOS LLAMADOS CONFLICTOS ENTRE DERECHOS FUNDAMENTALES?* Recuperado el 12 de marzo de 2017,

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

de Revistas Jurídicas: https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5726/7511

Cortés, H. (1998). *Gerencia Efectiva.* Caracas : Editorial HCZ.

Croxatto, H. (2004). Auntonomía reproductiva desde la perspectiva biológica. *Revista Derecho y Humanidades*, 209-213.

Cruz Chuchullo, H. N. (22 de diciembre de 2011). *HelioCruz*. Recuperado el 18 de junio de 2018, de DERECHOS HUMANOS: Primera, Segunda, Tercera, Cuarta y Quinta Generacion: http://www.heliocruz.pe/2011/12/derechos-humanos-primera-segunda.html

Cubillos, J. M. (2013). Técnicas de Reproducción Asistida, Estatus Jurídico del embrión humano. *Trabajo de investigación* . Mendoza.

De Cossío, A. (1977). Instituciones de Derecho Civil. Tomo I. Madrid: Alianza Editorial.

De Heredia, K. U.-S. (2 de diciembre de 2011). *DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR*. Recuperado el 18 de junio de 2018, de http://ketid-temasdederecho.blogspot.com/2011/12/derecho-la-intimidad-personal-y.html

Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos del 2003. (s.f.).

Declaración Universal de Derechos Humanos

Declaración Universal de los Derechos del niño

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Del Barco, R. (2012). El derecho a la vida. *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche Volumen I – Número 8*, 124-139.

Diccionario de Medicina. (2001). *Diccionario de Medicina Facultad de Medicina, Instituto Científico y Tecnológico, Universidad de Navarra.* Madrid: Espasa Calpe S.A.

Domínguez V., R. (enero de 2002). *Psicología e Infertilidad.* Recuperado el 09 de julio de 2018, de http://www.clc.cl/clcprod/media/contenidos/pdf/MED_13_4/PsicologiaInfertilidad.pdf

Enciclopedia de Salud. (16 de febrero de 2016). *EnciclopediaSalud*. Recuperado el 12 de mayo de 2018, de http://www.enciclopediasalud.com/definiciones/gameto

Exp. N° 1388-2010-Arequipa (Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. 08 de julio de 2010).

EXP.N. ° 579-2008-PA/TC (Tribunal Constitucional 05 de junio de 2008).

F. Sessarego, C. (1992). *Derecho a la identidad personal.* Astrea.

Faddy MJ, G. R. (1995). *A mathematical model of follicle dynamics in the human ovary. Human Reproduction.*

Fernández Arribasplata, M. (26 de febrero de 2014). Hace 25 años se creó a la primera bebe probeta peruana. *El Comercio*.

Fernández Gárate, M. A. (2007). *“LA NECESIDAD DE REGULAR LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA EN EL PERÚ”.* Arequipa:

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Tesis Para optar el Grado Académico de Doctor en Derecho, Universidad Católica Santa María.

Fernández, F. C. (s.f.). *LA TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS Y SU APLICACIÓN EN LA LEGISLACIÓN PERUANA*. Obtenido de http://www.unife.edu.pe/publicaciones/revistas/derecho/Lumen13/LA%20TEORIA%20DE%20LOS%20ACTOS%20PROPIOS%20Y%20SU%20APLICACION.pdf

Fernández, S. (10 de julio de 2017). *Babygest.* Recuperado el 31 de julio de 2018, de https://www.babygest.es/mexico/

Figueroa Gracía-H., R. (2014). Concepto de derecho a la vida. *Revista Ius et Praxis* , 261-300.

Fukuyama, F. (2003). El fin del hombre consecuencias de la revolución biotecnológica. Traducción de Paco Reina. Primera edición. Barcelona: Ediciones B, S.A.

Galiano y Trujillo. (1 de octubre de 2010). *extraído de Derecho y Cambio Social*. Recuperado el 11 de mayo de 2018, de LA DONACIÓN Pautas teóricas que norman su contenido en el Código Civil cubano: www.derechoycambiosocial.com

Gesetnes. (09 de octubre de 2011). *Gesetnes Blog Jurídico .* Recuperado el 18 de julio de 2018, de ANÁLISIS AL TEST DE PROPORCIONALIDAD: https://gesetnes.wordpress.com/2011/10/09/analisis-al-test-de-proporcionalidad/

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Goldston, S. (1977). *Defining primary prevention in G.W.Albee & J.M. Joffee (Eds) Primary Prevention in psychophatology Vol 1.* Hanover: University Press of New England.

Gotti, G. (2005). *Endometriosis.* Recuperado el 27 de abril de 2018, de https://www.gfmer.ch/Educacion_medica_Es/Pdf/Endometriosis_2005.pdf

Graciela, M. (2001). "Derecho a la Procreación". En E. Varsi Rospigliosi, *"Derecho Genético"* (pág. 252). cuarta edición. Editorial Jurídica Grijley.

Grazón Jimenés, R. (2007). Reproducción Asistida. *Revista Mexicana de Derecho*, 99-100.

Grens, K. (11 de Noviembre de 2011). *Reuters*. Recuperado el 21 de abril de 2018, de https://lta.reuters.com/article/worldNews/idLTASIE7AA16D20111111

Guzmán y Arias. (2012). La historia clínica: Elemento fundamental del acto médico. *Rev Colomb Cir.*, 27:15-24.

Habermas, J. (1998). *Identidades Nacionales y postnacionales.* Madrid: Tecnos.

Heape, W. (1891). Preliminary note on the transplantation and growth of mammalian ova within a uterine foster mother. Proc. R. Soc. Lond.

Hernández, E. (28 de noviembre de 2008). *Plenilunia .* Obtenido de Niños nacidos por donación de gametos: http://plenilunia.com/revista-impresa/ni-os-nacidos-por-donaci-n-de-gametos/754/

Herrera, d. l. (2015). *Manual de Derecho de las Familias.* Abeledo Perrot.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Hiroshima. (17 de noviembre de 2010). *Foros Perú*. Recuperado el 15 de abril de 2018, de https://www.forosperu.net/temas/denuncian-a-clinica-de-fertilizacion-concebir.152969/

Igareda Gonzáles, N. (2014). *EL DERECHO A CONOCER LOS ORÍGENES BIOLÓGICOS VERSUS EL ANONIMATO EN LA DONACIÓN DE GAMETOS .* Barcelona: Universidad Autónoma de Barcelona.

InvitroTV. (01 de febrero de 2013). Recuperado el 31 de julio de 2018, de https://www.invitrotv.com/la-tasa-mundial-de-infertilidad-sigue-siendo-alta/

Isique Montalvo, M. D. (s.f.). *LOS CONFLICTOS ENTRE DERECHOS FUNDAMENTALES Y LOS METODOS DE RESOLUCIÒN.* Universidad Señor de Sipán.

Iturburu, S. V. (s.f.). *Scielo.org*. Obtenido de La regulación de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en la Argentina: voluntad procreacional y consentimiento informado: http://www.scielo.org.mx/pdf/rius/v11n39/1870-2147-rius-11-39-00005.pdf

Jociles-Rubio, R.-R. P.-B. (2014). Monoparentalidad por elección y revelación de los orígenes a los hijos nacidos por donación de gametos. El caso de España. *Convergencia Revista de Ciencias Sociales*, 65-92.

Jociles-Rubio, R.-R. P.-B. (2014). Monoparentalidad por elección y revelación de los orígenes a los hijos nacidos por donación de gametos. El caso de España. *Convergencia Revista de Ciencias Sociales*, 65-92.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Jones, H. (1993). *"The Infertile couple".* New England Journal of Medicine.

Jurídica, E. (2014). *Enciclopedia Jurídica*. Recuperado el 12 de marzo de 2017, de Enciclopedia Jurídica: http://www.enciclopedia-juridica.biz14.com/d/identidad/identidad.htm

Kemelmajer de Carlucci, A. R. (1997). Material Genético y reproducción asistida. Reacción jurisprudencial (Parte I). *Revista de Derecho y genoma humano, N° 6, enero-junio, Bilbao*, 146-151.

LA FAMILIA: CONCEPTO, TIPOS Y EVOLUCIÓN. (2009). Obtenido de http://cvonline.uaeh.edu.mx/Cursos/BV/S0103/Unidad%204/lec_42_LaFam_ConcTip&Evo.pdf

Lacadena, J. R. (2002). “El embrión humano: Reflexiones científicas y éticas en el año 2000”. En: AA.VV.Familia, Tecnología y Derecho. Primera edición. Bogota: Universidad Externado de Colombia.

Lafferriere, J. N. (23 de febrero de 2015). *Centrodebioética.org*. Recuperado el 17 de abril de 2018, de http://centrodebioetica.org/2015/02/sentencia-en-alemania-reconoce-derecho-a-conocer-identidad-del-donante-de-gametos/

Lamadrid, S. (1990). Biogenética, filiación y delito. Buenos Aires: Astrea.

Lamm, E. (2012). La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistidas . *Revista de Bioética y Derecho*, 79-91.

Leonsegui, G. R. (1994). La maternidad portadora, sustituta, subrogada o de encargo. *Boletín de la Facultad de Derecho N° 7*.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Ley 28983 “Ley de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres”

Ley 26842 "Ley General de Salud"

Llaja Villena, J. (diciembre de 2010). *Derechos Sexuales y Derechos Reproductivos en el Perú Informe para el cumplimiento de la CEDAW.* Recuperado el 30 de julio de 2018, de https://www.demus.org.pe/wp-content/uploads/2015/06/2dd_doc_diagnostico_ddssrr1.pdf

Llavona Uribelarrea, L. M. (2008). *Papeles del Psicólogo/ Sección Monográfica .* Recuperado el 09 de julio de 2018, de EL IMPACTO PSICOLÓGICO DE LA INFERTILIDAD: http://www.papelesdelpsicologo.es/pdf/1582.pdf

Lopategui, E. (2000). *SaludMed*. Recuperado el 27 de 04 de 2018, de http://www.saludmed.com/Salud/CptSalud/CptSaCon.html#TOPE-CptsBasicosSalud

López Calderón, S. (2014). *La influencia de la familia, el desarrollo psicológico en familias homoparentales y su tratamiento en la escuela.* Grado de Maestro en Educación infantil (curso académico 2013-2014).

Lopéz, G. D. (2004). La planificación centrada en la persona, una metodología coherente con el respeto al derecho de autodeterminación. *Revista Siglo Cero* .

Lorente, L. y. (2014). *Manejo del Hidrosalpinx.* Recuperado el 27 de abril de 2018, de http://www.hvn.es/servicios_asistenciales/ginecologia_y_obstetricia/ficheros/actividad_docente_e_investigadora/curso_de_actualizacion_en_obst

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

etricia_y_ginecologia/curso_2014/reproduccion/manejo_del_hidrosalpinx.pdf

Maccallum F y Golombok S. (2007). *: Embryo donativo families: mothers' decisions regarding disclosure of donor conception. Hum Reprod.*

Martínez, J. (2014). *Diccionario/ Enciclopedia Juridica Online* . Recuperado el 2 de junio de 2018, de Estado como atributo de la personalidad. Conjunto de situaciones jurídicas que se constituyen, modifican o extinguen cuando se produce un hecho jurídico del cual todas ellas dependen.

Martínez, T. (2013). *Acpgerontologia.* Recuperado el 15 de junio de 2018, de Concepto de autonomía y dependencia: http://www.acpgerontologia.com/acp/decalogodocs/laautonomia.htm

Martínez-Pereda R., M. B. (1994). «La Maternidad Portadora, Subrogada o de Encargo en el Derecho Español». Madrid: Dyckinson.

Mayo, A. (10 de mayo de 2015). *Madre por elección.* Recuperado el 14 de junio de 2018, de La República : https://larepublica.pe/sociedad/875923-madre-por-eleccion

Messina De E. Gutiérrez, G. (1998). Bioderecho. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot.

Mestre, C. (11 de junio de 2015). *Babygest*. Recuperado el 18 de abril de 2018, de https://www.babygest.es/paises/

MINSA. (s.f.). *MINSA.* Recuperado el 30 de julio de 2018, de https://www.minsa.gob.pe/portalweb/06prevencion/prevencion_2.asp?sub5=10

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Montañés, É. (22 de junio de 2016). *ABC Sociedad* . Recuperado el 18 de abril de 2018, de http://www.abc.es/sociedad/abci-fecundacion-despues-muerte-paises-europa-permiten-y-prohiben-201606211951_noticia.html

Moya y Ramón. (2018). El diagnóstico genético preimplantacional: aspectos jurídicos en el derecho español. *Revista de Derecho Privado*, 87-121.

Muñoz de la Fuente, Y. (setiembre de 2010). *La Fecundación Post Mortem*. Recuperado el 29 de abril de 2018, de https://yeneri.files.wordpress.com/2013/05/memoria-sobre-la-fecundacic3b3n-post-mortem1.pdf

Muñoz Genestoux y Víttola. (2017). El derecho a conocer el origen genético de las personas nacidas mediante técnicas de reproducción humana asistida con donante anónimo. *Revista IUS*.

Naciones Unidas. (10 de noviembre de 1975). *Declaración sobre la utilización del progreso científico y tecnológico en interés de la paz y en beneficio de la humanidad*. Recuperado el 18 de junio de 2018, de https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/ScientificAndTechnologicalProgress.aspx

Norma técnica de planificación familiar

Observatorio de derechos humanos, H. S. (2016). *Derecho a la identidad biológica.* Argentina.

OMS. (s.f.). *World Health Organization.* Recuperado el 17 de mayo de 2018, de http://www.who.int/reproductivehealth/topics/infertility/burden/en/#

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

OMS. (s.f.). *World Health Organization.* Recuperado el 2018 de mayo de 17, de http://www.who.int/reproductivehealth/topics/infertility/perspective/en/#

Orgaz, A. (1961). *Personas individuales, 2da edición.* Buenos Aires .

Ortega Garnica, S. E. (s.f.). La Filiación Extramatrimonial. *Revista del Colegio de Notarios de Jalisco*, 7-11.

Pabón, U. A. (2017). El acceso a las técnicas de reproducción asistida como una garantía de los derechos sexuales y reproductivos: la jurisprudencia de la Corte Constitucional a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. *Revista Justicia*, 176.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Padrón, F. y. (1998). Interpretación del análisis seminal. *Revista Cubana de Endocrinología*.

Paul MS, B. R. (2007). *Topic avoidance and family functioning in families conceived with donor insemination. Human Reprod.*

Peces-Barba, G. (1999). *Curso de derechos fundamentales. Teoría general.* Madrid: Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado.

Pérez Balladares, D. B. (1998). Foros Provinciales de mujeres rurales e indígenas hacia el siglo XXI. En *En Taller de programación del proyecto GENERO EN EL DESARROLLO RURAL SOSTENIBLE* (pág. 17). Panamá.

Pérez Monje, M. (2002). *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida.* Madrid.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Pérez y Gardey . (2016). *Definición de*. Recuperado el 2 de junio de 2018, de https://definicion.de/situacion-juridica/

Pérez y Gardey. (2015). *Definicion.de .* Recuperado el 24 de mayo de 2018, de https://definicion.de/requerimiento/

Pérez, G. L. (2015). Dación de órganos y tejidos humanos entre vivos y función notarial. *Revista IUS Vol. 9 N° 36*.

Piqueras, C. (16 de setiembre de 2014). *La guía definitiva para la DEFINICION DE OBJETIVOS.* Recuperado el 24 de mayo de 2018, de https://www.cesarpiqueras.com/guia-para-definicion-de-objetivos/

Plácido Vilcachagua, Á. F. (2013). *El modelo constitucional de la familia, la orientación sexual de los padres y los derechos del hijo.* Lima: Vox Juris.

Plácido, A. (2002). *Manual de derecho de familia - 2da edición.* Lima: Gaceta jurídica .

Posadas, G. (2017). EL DERECHO A LA IDENTIDAD Y EL REGISTRO NACIONAL DE CEDENTES DE GAMETOS Y EMBRIONES. *PERSONA Y FAMILIA N° 06 Revista del Instituto de la Familia, Falcultad de Derecho*, 125-126.

ProcreaTec. (25 de febrero de 2014). *Blog ProcreaTec*. Recuperado el 18 de abril de 2018, de http://blog.procreatec.com/leyes-reproduccion-asistida-europa/

RAE. (s.f.). *Real Academia de la Lengua Española*. Obtenido de http://dle.rae.es/srv/fetch?id=TdX1luM

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Ramírez Gomara, A. I. (19 de abirl de 2017). *Familia y Salud .* Obtenido de Cuándo decir a los hijos que no son biológicos: http://www.familiaysalud.es/vivimos-sanos/salud-emocional/emociones-y-familia/afrontamos-los-problemas/cuando-decir-los-hijos

Redlara. (s.f.). Recuperado el 29 de abril de 2018, de http://redlara.com/aa_espanhol/default.asp

REDLARA. (2014). Obtenido de http://www.redlara.com/PDF_RED/RLA_2014_JBRA_registro.pdf

Reus, R. (28 de julio de 2017). *Reproducción Asistida ORG*. Recuperado el 14 de abril de 2018, de https://www.reproduccionasistida.org/sindrome-de-hiperestimulacion-ovarica-sho/

Rivas A., Jociles M. (2013). *LA REVELACIÓN DE LOS ORÍGENES SEGÚN LOS MODELOS FAMILIARES: EL CASO DE LA DONACIÓN DE GAMETOS.* Madrid : XI Congreso Español de Sociología: Crisis y Cambio: Propuestas desde la Sociología.

Rivas, A. (16 de septiembre de 2016). *AFDA*. Obtenido de Voluntad procreacional ¿Qué es?: http://www.afda.org.ar/2016/09/16/voluntad-procreacional-que-es/

Roa-Meggo, Y. (2012). La infertilidad como problema de salud pública en el Perú. *Revista Peruana de Ginecología y Obstetricia*.

Rodrigo, A. (28 de setiembre de 2015). *Ovodonante.* Recuperado el 31 de julio de 2018, de https://ovodonante.com/legislacion-en-ee-uu-sobre-donacion-de-ovulos-y-semen/

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Rodrigo, A. (28 de setiembre de 2015). *Ovodonante*. Recuperado el 29 de abril de 2018, de https://ovodonante.com/legislacion-en-ee-uu-sobre-donacion-de-ovulos-y-semen/

Rodríguez Nigro, J. C. (2016). Manipulación Genética: Entre ciencia y conciencia . *Comisión del Reencuentro y la Amistad. S.M.U. Jornada de Reflexión.* Montevideo .

Rubio Correa, M. (1996). Reproducción humana asistida y derecho. Las reglas del amor en probeta de laboratorio. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

Ruiz, M. C. (2001). La nueva frontera del Derecho a la Intimidad. *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 153.

Rumball, A., & Adair, V. (1999). Telling the story parents' scripts for donor offspring" en Human Reproduction, vol. 14, nº 5.

Sáenz Dávalos, L. R. (20 de Julio de 2015). *APUNTES SOBRE EL DERECHO A LA INTEGRIDAD EN LA CONSTITUCION PERUANA.* Recuperado el 16 de Junio de 2018, de http://www.derecho.usmp.edu.pe/centro_derecho_constitucional/revista/I_ESTUDIOS/APUNTES_SOBRE_EL_DERECHO_INTEGRIDAD_LA_CONSTITUCION_PERUANA.pdf

Salgado, S. (15 de Noviembre de 2016). *Reproducción Asistida ORG*. Recuperado el 14 de abril de 2018, de Probabilidad de gemelos con FIV e inseminación artificial: https://www.reproduccionasistida.org/probabilidad-de-gemelos-con-fecundacion-in-vitro/

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Salgado, S. (27 de abril de 2017). *Babygest*. Recuperado el 18 de abril de 2018, de https://www.babygest.es/brasil/

Salvatierra Castro, M. A. (2017). *El test de proporcionalidad y el peligro de su aplicación por el Tribunal Constitucional Peruano.* Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Trabajo Académico para optar el grado de segunda especialidad en Derechos Fundamentales y Constitucionalismo en América Latina .

Sambrizzi, E. A. (2016). La filiación en el Código Civil y Comercial la procreación asistida. Buenos Aires: La Ley.

Sánchez, G. M. (1996). EL CONSENTIMIENTO INFORMADO: Un derecho del enfermo y una forma distinta de tomar las decisiones. *Artículo tomado de los Cuadernos del Programa Regional de Bioética N° 2*.

Santamaría Solis, L. (2000). Técnicas de Reproducción Asistida. Aspectos Bioéticos. *Cuadernos de Bioética*.

Santamaría Solis, L. (2000). Técnicas de Reproducción Asistida. Aspectos Bioéticos. *Cuadernos de Bioética*, 38.

Santamaría Solis, L. (2000). Técnicas de Reproducción Asistida. Aspectos Bioéticos. *Cuadernos de Bioética*, 38.

Schwarze, Z.-H. y. (2010). Reproducción asistida en Latinoamérica y Chile . *Revista Médica Clínica Las Condes* , 451-456.

Sentencia 02079-2009-PHC/TC, EXP. N.° 02079-2009-PHC/TC (Tribunal Constitucional 9 de setiembre de 2010).

Sentencia AT- 627/12 (Corte Constitucional Colombiana 2012).

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Sentencia del Tribunal Constitucional, EXP. N.° 00300-2010-PHD/TC (Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Mesía Ramírez, Calle Hayen y Eto Cruz 11 de mayo de 2010).

Sentencia T-375 , Expediente T-5247361 (Corte Constitucional 14 de julio de 2016).

Sentencia T-732/09, Expediente T-2.302.353 (La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional de Bogotá 15 de octubre de 2009).

Sepúlveda y Alarcón. (2016). *Manejo médico de la miomatosis uterina. Revisión de la literatura.* Recuperado el 27 de Abril de 2018, de https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchog/v81n1/art09.pdf

Serrano y Rojas. (abril-junio de 2003). *Semiología del análisis de semen.* Recuperado el 27 de abril de 2018, de http://www.medigraphic.com/pdfs/buro/bu-2003/bu032c.pdf

Sessarego, C. F. (2003). Persona, personalidad, capacidad, sujeto de derecho: Un reiterado y necesario deslinde conceptual en el umbral del siglo XXI. *Persona-Revista Electrónica de Derechos Existenciales n°24*, 1-19.

Sierra, R. G. (2014). *PROTOCOLO DE ACTUACION PARA LA PROTECCION DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES*. Recuperado el 12 de marzo de 2018, de CODEP : http://www.codep.cl/documents/10179/10835/PROTOCOLO+DE+PROTECCION+A+LA+INFANCIA+CODEP.pdf/d9545fbc-3177-4210-83d5-ad0181ec7b37

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Sims, J. M. (1866). *Clinical notes on uterine surgery.* Nueva York: William Wood .

Siverino Bavio, P. (2012). Bioética y Derechos reproductivos en el Perú: Comentarios sobre algunos temas pendientes. *Foro Juridico*, 305.

Sokolich Alva, M. I. (24 de julio de 2013). *Repositorio Académico Vox Juris.* Recuperado el 26 de junio de 2018, de LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO POR EL SISTEMA JUDICIAL PERUANO: http://www.repositorioacademico.usmp.edu.pe/bitstream/usmp/1083/1/5.pdf

Solano Zamora V., E. (2016). La protección que debe brindar el derecho peruano al embrión humano concebido mediante fecundación In Vitro. *Revista de Investigación jurídica*.

STC 0045-2005-PI/TC (Tribunal Constitucional 2005).

Suárez Espino, M. L. (2008). El Derecho a la intimidad genética. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.

Suarez, A. (2002). El embrión humano es una persona. Una prueba. *Cuadernos de Bioética, Vol. XIII* , 29.

Sullens y DeNeen. (2013). GSA: El riesgo oculto en los reencuentros. *AFIN*, 1.

TALCIANI, C. (1992). Admisibilidad Jurídica de las Técnicas de procreación Artificial. *Revista Chilena de Derecho*.

Tumialán Hinostroza, E. (2016). El concebido ante el ordenamiento jurídico peruano, sobre el inicio de la vida humana y su estatus jurídico. *Revista*

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Jurídica Thomson Reuters Nº 27. Recuperado el 2 de mayo de 2018, de http://www.academia.edu/31139054/El_concebido_ante_el_ordenamiento_jur%C3%ADdico_peruano_sobre_el_inicio_de_la_vida_humana_y_su_estatus_jur%C3%ADdico

Turner AJ, C. A. (2000). *What does it mean to be a donor offspring? The identity experiences of adults conceived by donor insemination and the implications for counseling and therapy. Human Reprod.*

Unesco. (s.f.). *Unesco .* Recuperado el 15 de junio de 2018, de El derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y sus: http://www.unescoetxea.org/dokumentuak/Derecho_progreso_cientifico.pdf

Vargas Morales, R. d. (2011). *El Derecho a la identidad del hijo como objeto de protección de la presunción pater is est; alcances, límites y necesidad de cambio en el código civil de 1984.* Lima: Universidad Nacional de San Marcos.

Vargas Tominaga, A., Pella, R., Bartolo, L., Alarcón, F., Vargas, A., Vargas, A., . . . Huaynapata, H. (Octubre de 2016). *Scielo Perú*. Obtenido de Diez años de reproducción asistida de alta complejidad en los Andes del Perú en la Revista Peruana de Ginecología y Obstetricia: http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2304-51322016000400003

Varsi Rospigliosi, E. (2001). Derecho Médico Peruano. Lima: Universidad de Lima.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Varsi Rospigliosi, E. (2013). Derecho Genético- Principios Generales. Lima: Grjley.

Varsi Rospigliosi, E. (2013). Derecho Genético, 5ta edición. Lima: Grijley.

Varsi Rospigliosi, E. (2013). Derecho Genético, 5ta edición. Lima: Editorial jurídica Grijley.

Varsi Rospigliosi, E. (2017). Determinación de la filiación en la procreación asistida. *Revista IUS vol.11 no.39*.

Velázquez Dolores. (s.f.). *Cuida tu salud emocional*. Obtenido de Consecuencias psicológicas de la infertilidad en la pareja: http://www.cuidatusaludemocional.com/infertilidad-consecuencias-psicologicas.html

Verdugo Toro, J. C. (2007). El derecho de las personas adoptadas y de las concebidas por medio de técnicas de reproducción humana asistida a conocer su identidad biológica. Santiago: Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile.

Vidal Martínez, J. (2011). *Caterdra Derecho y Genoma Humano/Jurisprudencia.* Recuperado el 1 de julio de 2018, de Acerca de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso S.H y Otros contra Austria TEDH 2010/56 DE 1 de abril, en materia de reproducción humana asistida y su incidencia en el panorama legislativo europeo: http://www.catedraderechoygenomahumano.es/images/revista/34jurisprudencia1.pdf

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Videla, E. (1993). Principio de la existencia de la persona, en "Tutela de las personas". Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires.

Villalobos Badilla, K. J. (2012). *El derecho humano al libre desarrollo de la personalidad.* San Ramón, Costa Rica: Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho en la Universidad de Costa Rica .

WAS. (1997). *Asociación Mundial de Sexología, Declaración de los derechos sexuales.* Recuperado el 16 de junio de 2018, de http://www.joveneslectores.sems.gob.mx/extras/interactivos/sexualidad/doc/Derechos_sexuales.pdf

Zamora y V., M. Á. (2012). *Contratos Civiles.* México: Porrúa.

Zannoni, E. A. (1988). La genética actual y el derecho de familia. *Lecciones y Ensayos N° 49 , extraída de https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/lecciones-ensayos/article/view/13033*.

Zanoni. (1989).

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Proyecto de Investigación

Presentado por: María Gracia Llerena Pullchs

1.- Título

Técnicas de reproducción humana asistida heterólogas y el derecho a la identidad del menor, Arequipa 2018

2.- Planteamiento del problema

El avance científico es tan veloz que nuestra legislación no va acorde con dicha evolución, lo que implica que existan situaciones que no puedan sostenerse en una regulación adecuada y, que en varias ocasiones, se vean vulnerados derechos.

Por ello, nace la necesidad de ajustar nuestras normas a dichos avances, ya que no sirve de nada tener un sistema legal obsoleto, que deja vacíos en nuestro Ordenamiento Jurídico que son de vital importancia tratar; como en este caso, la regulación de las TERAS heterólogas vistas desde la perspectiva del derecho a la identidad del menor.

Nuestro Ordenamiento Jurídico al poseer normas que no se ajustan a la evolución tecnológica y de la sociedad, nos pone en una situación que

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

merece ser investigada, tomando en cuenta una figura de nuestro derecho de familia que se ve implicado a la hora de aplicar estas técnicas, **la identidad del menor** y el derecho a conocer a su padres biológicos; dadas las consecuencias que este escenario trae consigo, es pertinente establecer la problemática jurídica de las TERAS heterólogas en la normativa y a partir de ello poder proponer una regulación apropiada que resuelva de manera justa los conflictos jurídicos que se desarrollan.

3.- Justificación

El tema posee relevancia jurídica, ya que, al no estar reguladas las TERAS heterólogas en nuestro Ordenamiento Jurídico, conlleva a que existan vacíos legales, que, al dejarlos pasar por alto, vulneran principios generales del Derecho, como la correcta administración de la justicia, además de una serie de derechos constitucionales que quedan desprotegidos, como son, el derecho reproductivo, la filiación, la identidad del menor, etc.

Por ello surge la necesidad de dar una luz sobre las implicancias de estas técnicas en nuestro cuerpo legal, tratando de no desnaturalizar el derecho de familia, además de advertir las posibles consecuencias, que pueden ser positivas o negativas, que acarrea la actual aplicación de estas.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Viendo el tema desde el aspecto del ser humano, las TERAS heterólogas, si bien es cierto, permiten a una pareja o inclusive a una mujer en solitario poder concebir, mediante la donación de gametos, satisfaciendo su derecho a ser padres, sin embargo, estas técnicas van más allá; dado que, podemos advertir que su actual aplicación en el Perú trae consigo un conflicto de derechos, porque no existe aquí uno solo, el de ser padre; sino también están involucrados los derechos del niño concebido, siendo de vital importancia atender, ya que tenemos como tratado internacional vinculante la Convención de los Derechos del Niño.

Esta investigación podría ser el punto de partida para la creación de una ley que regule las mencionadas técnicas, teniendo como base las incompatibilidades jurídicas aquí desarrolladas.

4.- Base teórica

a. Derecho reproductivo

Los derechos reproductivos son los derechos que se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre estos y a disponer de la información y

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

de los medios para ello, además del derecho de alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. (Pérez Balladares, 1998)

También se le suele decir salud reproductiva, que está dentro de la salud física; aquí están implicados los conceptos de planificación familiar y salud sexual, por lo que de allí se desprende el derecho de las parejas y de todas las personas a decidir el número de hijos y el espaciamiento entre estos, fundamentándose este en un derecho genérico a la salud. (Díaz, 2013)

b. Técnicas de reproducción humana asistida

Según Graciela Medina, señala que las técnicas de reproducción asistida, son los métodos destinados a suplir la infertilidad en los seres humanos, logrando satisfacer el derecho a la procreación, entendido como aquella facultad individual que tiene la persona para procrear con quien quiera, cuando quiera y como quiera. (Graciela, 2001)

“Es el conjunto de métodos biomédicos, que conducen a facilitar o sustituir los procesos biológicos naturales que se desarrollan durante la procreación humana.” (Santamaría Solis, Técnicas de Reproducción Asistida. Aspectos Bioéticos, 2000)

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE
TESIS UCSM

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE SANTA MARÍA

4.3 Técnicas de reproducción humana asistida heterólogas

Son aquellas técnicas en las cuales se da una donación de gametos; las personas que quieren ser padres, ya sea solo hombre o mujer por separado, una pareja de esposos o una unión de hecho estable, pero que no pueden serlo, de ninguna manera, ya que sus gametos sean óvulos o espermatozoides, no pueden fecundar, por diversos motivos, como la infertilidad, necesitando entonces de la donación de un tercero.

"Puede ocurrir que alguno o los dos gametos no provengan de uno de los cónyuges o compañeros permanentes, de tal manera que los óvulos o los espermatozoides obtenidos pertenecen a un tercero que los ha donado previamente." (Awad Y Narvaez, 2001)

4.4 Vulneración de derechos

Vulnerar significa, transgredir, quebrantar, o violar algún precepto que en este caso hace referencia a los derechos de la persona, que están amparados en nuestra Constitución, en la Declaración Universal de Derechos humanos y todos aquellos que deriven de la dignidad humana.

"Se entenderá por vulneración de derechos cualquier práctica que por acción u omisión de terceros transgredan al menos uno de los derechos." (Sierra, 2014)

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Para entender mejor la vulneración de los derechos, se debe mencionar que “es un delito que atenta contra los derechos fundamentales del hombre, que es realizado por el Estado directa o indirectamente o también por omisión, dejando este de lado su principal finalidad, que es velar por estos y por la dignidad de la persona, provocando así la inexistencia del estado de derecho.” (Chile, 1991)

4.5 Conflicto de derechos

Conflicto significa confrontación, rivalidad, oposición, que se puede dar entre dos o más elementos, lo que significa que no podrán darse de forma simultánea y uno querrá imponerse al otro.

En el caso de los derechos, todos los seres humanos los poseen, son inherentes a ellos, por lo que en determinadas ocasiones pueden verse en confrontación con otros derechos pertenecientes a un diferente individuo, lo que generará que exista una confrontación, en donde la interrogante a responder ¿será quién es el que debe ceder? (Córdova, 2005) O en todo caso que derecho prevalece sobre cual, tarea que no es sencilla, ya que requiere un riguroso análisis de todo lo que implicaría conceder o no el derecho y a quién, además de las consecuencias tanto para el que “cedió su derecho” como al que se le reconoció.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

4.6 Identidad

"La identidad puede ser definida como una serie de rasgos, atributos o características propias de una persona, sujeto o inclusive de un grupo de ellos que logran diferenciarlos de los demás." (Concepto-Definición, 2015)

Desde un punto de vista legal, la identidad vendría a ser "todos aquellos datos que determinan quien eres o quien dices ser, como son el nombre, apellido, nacionalidad, filiación, etc". (Jurídica, 2014)

Ahora viéndolo desde la perspectiva del menor, la identidad se relaciona intrínsecamente con el derecho a la personería jurídica, es decir, el derecho a recibir información sobre su origen, sus padres biológicos, para que partir de aquella información pueda tener una nacionalidad, un derecho de alimentos, salud, educación, para su desarrollo integral. (Amparo directo en revisión , 2007)

5.- Interrogantes

5.1 Interrogante general

- ¿Qué implicancias se dan a partir de la aplicación de técnicas de reproducción humana asistidas heterólogas desde el punto de vista del derecho a la identidad del menor?

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

5.2 Interrogantes específicas

- ¿Cuáles son los principales alcances de las técnicas de reproducción humana asistida heterólogas?

-¿Cuáles son los alcances en el derecho comparado respecto a las técnicas de reproducción humana asistida heterólogas?

-¿Cómo es vulnerado el derecho a la identidad del menor a raíz de la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida heterólogas?

-¿Cuál es el resultado del test de ponderación entre el derecho a ser padre y el de la identidad del menor?

6.- Objetivos

6.1Objetivo General

Analizar las Técnicas de reproducción humana asistidas heterólogas desde el punto de vista del derecho a la identidad del menor.

6.2 Objetivos Específicos

- Establecer cuáles son los principales alcances de las técnicas de reproducción humana asistida heterólogas.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

- Precisar cuáles son los alcances en el derecho comparado respecto a las técnicas de reproducción humana asistida heterólogas.

- Explicar cómo es vulnerado el derecho a la identidad del menor a raíz de la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida heterólogas.

- Determinar cuál es el resultado de la ponderación entre el derecho a ser padre y el de la identidad del menor.

7.- Antecedentes investigativos:

7.1 GONZALES SALAZAR, Gissella Judith, *Técnicas de Reproducción Humana Asistida: Filiación y derechos de los niños, Arequipa 2006*, Universidad Católica Santa María, tesis para optar el título profesional de Abogado.

-"Los principales problemas de la filiación que genera la aplicación de las técnicas de reproducción humana heteróloga, están relacionados al establecimiento de la paternidad, en cuanto la paternidad bilógica y jurídica no tienen correspondencia. Se mantiene a plenitud la vigencia de la presunción *Pater est is*. Ene le caso de aplicarse en personas que

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

se encuentran en concubinato, el tratamiento es el de un hijo extramatrimonial."

7.2 **PÉREZ PITA**, Diana Carolina, *Presupuestos éticos y jurídicos mínimos que se deben tener en cuenta ante una inminente regulación de técnicas de reproducción asistida en el Perú,* Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo (2014), tesis para optar el grado de magíster en derecho de familia y de la persona

-"El jurista debe antecederse a una posible realidad, por lo que ante esta incongruencia entre nuestro sistema proteccionista de la vida y la legitimidad de las TRA, a través del art. 7 de la ley general de salud, resulta conveniente establecer unos límites a la aplicación de las TRA, que busque en lo posible el mayor respeto a la dignidad de la persona (madre e hijo). Cabe aclarar que no se trata de impedir el desarrollo científico, sino de reflexionar sobre el asunto y darnos cuenta que es mejor ponerle límites cuando se está en riesgo conceptos tan delicados que tienen repercusión no sólo científica, sino también social, moral, ético y legal."

7.3 **CÁRDENAS KRENZ**, Arturo Ronald, *"El derecho de las personas concebidas mediante técnicas de reproducción asistida a conocer su identidad biológica, desde una perspectiva biojurídica",* Universidad

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Católica Santo Toribio de Mogrovejo (2014), tesis para optar el grado académico de magíster en bioética y biojurídica.

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

7.4 **MONTOYA BORNAS,** Ricardo Rene, *Consecuencias jurídicas de las técnicas de reproducción humana asistida en la ciudad de Arequipa a la luz de la legislación actual en el Perú 2004,* Universidad Católica de Santa María, tesis para optar el grado académico de magíster en Derecho de familia.

7.5 **CANESSA VILCAHUAMÁN,** Rolando Humberto*, Problemas jurídicos que plantean las técnicas de reproducción humana asistida en la legislación civil peruana,* Universidad Nacional Mayor de San Marcos (2008), tesis para optar el título profesional de abogado

8.- Hipótesis

Teniendo en cuenta que:

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Existe un derecho reproductivo que permite a las parejas e individuos decidir cuantos hijos tener y el espaciamiento entre ellos

Un considerable porcentaje de parejas sufre de infertilidad, por lo que recurren a las técnicas de reproducción humana asistida heterólogas, las cuales no poseen regulación alguna en el ordenamiento jurídico peruano

El Estado debe tener como principio básico el interés superior del niño, cuando existe un conflicto de derechos.

Es probable que:

La actual aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida heterólogas vulnere el derecho fundamental del niño a la identidad y el poder conocer a sus padres biológicos.

Hipótesis secundaria:

Una regulación específica y adecuada de las técnicas de reproducción humana asistida heterólogas, asegurará que no se vulnere el derecho a la identidad del menor y a conocer a sus padres biológicos.

9.- Esquema del contenido del informe

Capítulo 1: "De los alcances de las técnicas de reproducción humana asistida"

- Derecho reproductivo
- Concepto de técnicas de reproducción humana asistida

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

- Clasificación
- Aplicación
- Las técnicas de reproducción humana asistida heterólogas
- Una mirada a la legislación comparada

Capítulo 2: "Técnicas de reproducción humana asistida heterólogas en el Derecho de Familia peruano"

- Derecho al hijo o derecho de los hijos
- El derecho a la identidad en la normativa peruana
- La identidad dinámica
- La identidad estática
- Derecho a conocer a los padres biológicos
- Filiación e impugnación de paternidad

Capítulo 3: "Test de ponderación ¿qué derecho prevalece?"

- ¿El derecho a ser padre o a la identidad?
- Resultados

10.- marco operativo

10.1. Fuentes de Consulta

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

10.1.1. Fuentes Primarias: Código Civil libro III Derecho de Familia, Ley 26.862 ley de reproducción medicamente asistida-Argentina, Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida-España, Convención sobre los derechos del niño.

10.1.2. Principales fuentes doctrinarias:

- Acedo Penco, Ángel (2014) "Estudios Jurídicos de Aproximación del derecho Latinoamericano y Europeo" Madrid, Dykinson
- Awad y Narvaez, María Inés, Mónica. (2001). "Aspectos Jurídicos de las Técnicas de reproducción Asistida Humana en Colombia" . Bogotá: PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA.
- Alvarado Tapia, K. D. (2015). "El libre desarrollo de la personalidad. Análisis comparativo de su reconocimiento constitución"
- Bernad Mainar, Rafael (2000) "Efectos jurídicos de las nuevas técnicas de reproducción humana" Caracas, Universidad Católica Andrés Bello
- Castillo Freyre, Mario (1998) "Tentaciones Académicas, La reforma del código civil peruano de 1984 Tomo I" Lima, Pontificia Universidad Católica de Santa María

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

- Joan Bestard Camps, Gemma Orobitg Canal, Julia Ribot Ballabriga, Carles Salazar Carrasco (2003)“Parentesco y reproducción asistida: cuerpo, persona y relaciones” Barcelona, Universidad de Barcelona
- Maricruz Gómez de la Torre Vargas (1993) “La fecundación In Vitro y la filiación” Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.
- Medina, Graciela. (2001). "Derecho a la Procreación". En E.
- Varsi Rospigliosi, *"Derecho Genético"* cuarta edición. Editorial Jurídica Grijley.
- Posadas, G. (2017). “El derecho a la identidad y el registro nacional de cedentes de gametos y embriones. Persona y familia N° 06 Revista del Instituto de la Familia, Facultad de Derecho”
- Santamaría Solis, Luis. (2000). “*Técnicas de Reproducción Asistida. Aspectos Bioéticos”.* Madrid.
- Vargas Tominaga, A., Pella, R., Bartolo, L., Alarcón, F., Vargas, Huaynapata, H. (Octubre de 2016). *Scielo Perú*. Obtenido de “Diez años de reproducción asistida de alta complejidad en los Andes del Perú en la Revista Peruana de Ginecología y Obstetricia”

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

- Varsi Rospigliosi, E. (2001). “Derecho Médico Peruano”. Lima: Universidad de Lima.
- Varsi Rospigliosi, E. (2013). “Derecho Genético”, 5ta edición. Lima: Editorial jurídica Grijley.
- Varsi Rospigliosi, E. (2017). “Determinación de la filiación en la procreación asistida”. *Revista IUS vol.11 no.39*.

10.2. Estrategia Metodológica

A fin de recopilar toda la información que se requiere para el desarrollo de la presente investigación, la investigadora acudirá a las diferentes bibliotecas de la ciudad de Arequipa, consultando todos los libros, revistas, artículos y doctrina que estén a su disposición y que sean pertinentes. Además recurrirá a la consulta informática.

10.3 Técnicas de investigación

En la presente investigación se utilizará la técnica de la observación documental, que consiste en consignar toda la información que se requiere obtenida de la fuente, en las fichas pertinentes, las cuales serán analizadas, seleccionadas y criticadas

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

por la investigadora de acuerdo a lo establecido para la investigación.

10.4 Instrumentos

Para la presente investigación se utilizarán las fichas de registro y las fichas de investigación, dentro de las cuales se encuentran las fichas de resumen, las fichas de paráfrasis, las fichas textuales, etc.

11.- CRONOGRAMA

ACTIVIDADES	MARZO	ABRIL	MAYO	JUNIO	JULIO	AGOST	SET
Preparación del proyecto	X						
Aprobación del proyecto	X						
Recolección de Información		X					
Preparación del Borrador				X			
Conclusiones y					X		

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Sugerencias							
Presentación final del informe							**X**

12.- BIBLIOGRAFÍA

12.1. Normas Legales:

- Código Civil peruano libro III Derecho de Familia
- Convención sobre los derechos del niño 1989
- Ley 26.862 ley de reproducción medicamente asistida-Argentina
- Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida-España

12.2. Textos:

Amparo directo en revisión , 908/2006 (18 de abril de 2007).

AWAD Y NARVAEZ, M. I. (2001). Aspectos Jurídicos de las Técnicas de reproducción Asistida Humana en Colombia . Bogotá: PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA.

Chile, R. d. (1991). *Conceptos Generales a La Violacion de Derechos Humanos*. Recuperado el 12 de marzo de 2018, de Scribd: https://es.scribd.com/doc/24058999/Conceptos-Generales-a-La-Violacion-de-Derechos-Humanos

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

CONCEPTO-DEFINICION. (3 de enero de 2015). *"concepto definición"*. Recuperado el 12 de marzo de 2018, de http://conceptodefinicion.de/identidad/

CÓRDOVA, L. F. (2005). *¿EXISTEN LOS LLAMADOS CONFLICTOS ENTRE DERECHOS FUNDAMENTALES?* Recuperado el 12 de marzo de 2017, de Revistas Jurídicas: https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5726/7511

Definición.MX. (s.f.). *Definición* . Recuperado el 21 de Junio de 2017, de Definición : https://definicion.mx/implicancia/

Díaz, R. J. (2013). *La reproducción medicamente asistida, un estudio desde el derecho y desde la moral.* Madrid: Univeridad Nacional de Educación a Distancia Madrid.

GRACIELA, M. (2001). "Derecho a la Procreación". En E. Varsi Rospigliosi, *"Derecho Genético"* (pág. 252). cuarta edición. Editorial Jurídica Grijley.

Jurídica, E. (2014). *Enciclopedia Jurídica*. Recuperado el 12 de marzo de 2017, de Enciclopedia Jurídica: http://www.enciclopedia-juridica.biz14.com/d/identidad/identidad.htm

Pérez Balladares, D. B. (1998). Foros Provinciales de mujeres rurales e indígenas hacia el siglo XXI. En *Taller de programación del proyecto GENERO EN EL DESARROLLO RURAL SOSTENIBLE* (pág. 17). Panamá.

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

RAE, R. A. (s.f.). *Real Academia Española*. Recuperado el 21 de Junio de 2017, de Real Academia Española: http://dle.rae.es/?id=L4iFeO9

SANTAMARÍA SOLIS, L. (2000). *Técnicas de Reproducción Asistida. Aspectos Bioéticos.* Madrid.

Sierra, R. G. (2014). *PROTOCOLO DE ACTUACION PARA LA PROTECCION DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES*. Recuperado el 12 de marzo de 2018, de CODEP : http://www.codep.cl/documents/10179/10835/PROTOCOLO+DE+PROTECCION+A+LA+INFANCIA+CODEP.pdf/d9545fbc-3177-4210-83d5-ad0181ec7b37

12.3. Fuentes Web:

Chile, R. d. (1991). *Conceptos Generales a La Violacion de Derechos Humanos*. Recuperado el 12 de marzo de 2018, de Scribd: https://es.scribd.com/doc/24058999/Conceptos-Generales-a-La-Violacion-de-Derechos-Humanos

CONCEPTO-DEFINICION. (3 de enero de 2015). *"concepto definición"*. Recuperado el 12 de marzo de 2018, de http://conceptodefinicion.de/identidad/

CÓRDOVA, L. F. (2005). *¿EXISTEN LOS LLAMADOS CONFLICTOS ENTRE DERECHOS FUNDAMENTALES?* Recuperado el 12 de marzo de 2017, de Revistas Jurídicas: https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5726/7511

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis

REPOSITORIO DE TESIS UCSM

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

Definición.MX. (s.f.). *Definición* . Recuperado el 21 de Junio de 2017, de Definición : https://definicion.mx/implicancia/

Jurídica, E. (2014). *Enciclopedia Jurídica*. Recuperado el 12 de marzo de 2017, de Enciclopedia Jurídica: http://www.enciclopedia-juridica.biz14.com/d/identidad/identidad.htm

RAE, R. A. (s.f.). *Real Academia Española*. Recuperado el 21 de Junio de 2017, de Real Academia Española: http://dle.rae.es/?id=L4iFeO9

Sierra, R. G. (2014). *PROTOCOLO DE ACTUACION PARA LA PROTECCION DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES*. Recuperado el 12 de marzo de 2018, de CODEP : http://www.codep.cl/documents/10179/10835/PROTOCOLO+DE+PROTECCION+A+LA+INFANCIA+CODEP.pdf/d9545fbc-3177-4210-83d5-ad0181ec7b37

Publicación autorizada con fines académicos e investigativos
En su investigación no olvide referenciar esta tesis