



UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



**OVODONACIÓN COMO CAUSAL DE IMPUGNACIÓN DE
MATERNIDAD, UN PROBLEMA QUE AFECTA LA IDENTIDAD
DINÁMICA Y ESTÁTICA DEL NIÑO, NIÑA Y/O ADOLESCENTE**

TESIS

PRESENTADA POR:

Bach. VARANNY NELYDA TICONA CAMPOS

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE

ABOGADO

PUNO – PERÚ

2022



DEDICATORIA

A Dios, por cada día que me ofrece y ser esa fortaleza que cada ser humano necesita.

A mi familia, mis padres Lucio Ticona Carrizales y Betty Campos Segales, mi hermana Margareth por su paciencia, por el amor que me brindan, por los consejos y las enseñanzas de vida y el apoyo incondicional en cada etapa de mi vida,.

A Yhon Barrionuevo, por los momentos compartidos.

Varanny N. Ticona Campos



AGRADECIMIENTO

Agradezco en principio a Dios, quien es mi guía e ilumina mi vida día a día.

A mi familia, padres Lucio y Betty, hermana Margareth.

A la Universidad Nacional del Altiplano, por las oportunidades brindadas para así poder afianzar mis conocimientos y a mis docentes de la facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, por todas la enseñanzas y lecciones para poder desempeñarme en la carrera de Derecho.

Con especial estima a mi asesora de tesis Dra. Eva Marina Centeno Zavala, por su paciencia, por los conocimientos brindados, por la dirección en el desarrollo del presente trabajo de investigación; y, a mis jurados de tesis.

Al abogado Rony W. Campos Segales, mi gratitud infinita por el apoyo incondicional, por sus consejos y enseñanzas, quien me motivo a seguir aprendiendo, por ser esa fuente de inspiración y por la pasión que le tiene al Derecho.

A mis amigas de la facultad Leslie L. y Danitza P, quienes me ofrecieron su apoyo y ayudaron con sus ideas, puntos de vista a discutir de la presente investigación.

A la Sala Laboral de Puno, donde pude aplicar y afianzar mis conocimientos, a sus miembros mi gratitud y aprecio.

Y finalmente a mis amigas de la carrera de Derecho, Evelin Eliza y Hennypher Nataly, quienes me acompañaron en toda la etapa universitaria, amistad que aún conservo.

Varanny N. Ticona Campos



ÍNDICE GENERAL

DEDICATORIA

AGRADECIMIENTO

ÍNDICE GENERAL

ÍNDICE DE TABLAS

ÍNDICE DE FIGURAS

ÍNDICE DE ACRÓNIMOS

RESUMEN 10

ABSTRACT..... 11

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA 14

1.1.1. Problema Principal..... 14

1.1.2. Problemas Secundarios 15

1.2. JUSTIFICACIÓN..... 15

1.3. OBJETIVOS..... 16

1.3.1. Objetivo General..... 16

1.3.2. Objetivos Específicos 17

CAPÍTULO II

REVISIÓN DE LITERATURA

2.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN..... 18

2.1.1. A nivel internacional..... 18

2.1.2. A nivel nacional 18

2.1.3. A nivel local..... 20

2.2. MARCO TEÓRICO Y CONCEPTUAL 21



2.2.1.	Técnicas de Reproducción Humana Asistida.	21
2.2.2.	Ovodonación como Técnica de Reproducción Humana Asistida.	30
2.2.2.1.	Concepto y antecedentes.....	30
2.2.3.	Familia, parentesco y filiación en el Perú.....	37
2.2.3.1.	Familia	37
2.2.4.	Derecho a la identidad del niño, niña y/o adolescentes, derechos y principios conexos	53
2.2.4.1.	Derecho a la Identidad del Niño, Niña y/o Adolescente.....	53

CAPÍTULO III

MATERIALES Y MÉTODOS

3.1.	METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN.....	60
3.1.1.	Enfoque de la investigación.....	60
3.1.2.	Alcances de la investigación.....	61
3.1.3.	Diseño de la investigación	62
3.2.	OBJETO DE ESTUDIO.....	62
3.3.	ÁMBITO DE ESTUDIO	63
3.4.	MÉTODO, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS.....	63

CAPÍTULO IV

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

4.1.	RESPECTO AL OBJETIVO ESPECÍFICO I:	69
4.1.1	Regulación de la ovodonación en el derecho nacional y comparado	71
4.1.2.	Conceptualización de la maternidad	84
4.2.	RESPECTO AL OBJETIVO ESPECÍFICO II:.....	99
4.2.1.	Determinación del derecho a la identidad con una mirada al principio de interés superior del niño	99
4.2.2.	Derechos involucrados en el cuestionamiento de la filiación	102



4.3. RESPECTO AL OBJETIVO ESPECÍFICO III:	105
4.3.1. Lineamientos específicos a observar en la regulación de la filiación del niño que nació por medio de un proceso de ovodonación observando el derecho a la identidad en sus dimensiones dinámica y estática.....	105
4.3.2. Propuesta normativa	107
4.4. CONTRASTACIÓN DE UNIDADES DE INVESTIGACIÓN Y OBJETIVOS PLANTEADOS	113
4.4.1. Para el objetivo específico I.....	113
4.4.2. Para el objetivo específico II	114
4.4.3. Para el objetivo específico III	115
4.4.4. Determinación del objetivo general:.....	116
V. CONCLUSIONES	118
VI. RECOMENDACIONES	120
VII. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS	121
ANEXOS	129
Anexo A: Matriz de Consistencia.....	129
Anexo B: Instrumentos de recolección de datos.....	130
Área	: Ciencias Sociales
Línea	: Derecho
Sub-Línea	: Derecho Civil
Tema	: Derecho de Familia

FECHA DE SUSTENTACIÓN: 03 de agosto de 2022



ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1 Número de casos de infertilidad femenina diagnosticados según departamento años 2009-2013.....	70
Tabla 2 Regulación de las TERHAS en el Perú	78
Tabla 3 Regulación de la TERHAS en Latinoamérica	81
Tabla 4 Regulación de la TERHAS en Europa.....	84
Tabla 5 Determinación de la filiación en la legislación comparada	110



ÍNDICE DE FIGURAS

Figura 1 Clasificación de las técnicas de reproducción huma asistida (TERHAS).....	24
Figura 2 Clasificación de las TERHAS según su complejidad	26
Figura 3 Clasificación de las TERHAS según las ciencias médicas y los sujetos que lo usan	28
Figura 4 Tipos de maternidad subrogada.....	29
Figura 5 Ovodonación propiamente dicha.....	32
Figura 6 Proceso de la ovodonación como técnica de procreación humana asistida	35
Figura 7 Tipos de maternidad	86
Figura 8 Legitimidad para obrar en casos de impugnación de maternidad	96



ÍNDICE DE ACRÓNIMOS

CPE	: Constitución Político del Estado
CC	: Código Civil
TC	: Tribunal Constitucional
STC	: Sentencia del Tribunal Constitucional
CIDH	: Corte Interamericana de Derechos Humanos
TERHAS	: Técnicas de Reproducción Humana Asistida
MINSA	: Ministerio de Salud.
LGS	: Ley General de Salud
FIV	: Fecundación in vitro
EXP	: Expediente
FF	: Fundamento
N.º	: Número
P.	: Página
PP.	: Páginas



RESUMEN

En las últimas décadas se ha desarrollado y utilizado las Técnicas de Reproducción Humana Asistida como una opción frente aquella mujer que no puede concebir un hijo, una de las técnicas es la ovodonación, usada como método supletorio, pues busca superar una deficiencia biológica en la mujer (insuficiencia ovárica), mujer que no logra por sí misma generar óvulos pero si puede llevar el proceso de gestación, por lo que requiere la donación del óvulo de una tercera mujer para tener descendencia. En tal medida la presente investigación tuvo como objetivo determinar y analizar si la ovodonación como causal de impugnación de maternidad, afecta o no la identidad del niño, niña y/o adolescente, que fue concebido por dicha técnica, teniendo como ámbito de estudio derecho de familia, la metodología empleada de enfoque cualitativo, diseño de tipo no experimental y transversal; utilizando como instrumentos de recolección de datos la ficha de análisis bibliográfico y de contenido, ficha textual y ficha resumen. Se concluye que en nuestra realidad peruana las TERHAS no están prohibidas ni permitas; sin embargo, este uso ocasiona supuestos de maternidad subrogada, que al impugnarse y establecer la filiación madre-hijo, en el caso de vientre de alquiler resulta idóneo, pero en el caso de la ovodonación no, ya que en efecto la madre genética con la madre gestante no coincidiría, hecho que resulta un problema que afecta a la identidad dinámica y estática del menor. Sin perjuicio de ello, es necesario también dar una mirada a lo que implica la maternidad, pues madre no solo es la genética, sino también está la biológica y legal; además, no permitir el uso de la ovodonación afecta también los derechos de la mujer que desea ser madre.

Palabras Clave: Afectación, Derecho a la identidad, Impugnación de maternidad, protección, TERHAS y ovodonación



ABSTRACT

In recent decades, Assisted Human Reproduction Techniques have been developed and used as an option for women who cannot conceive a child, one of the techniques is ovodonation, used as a supplementary method, as it seeks to overcome a biological deficiency in women (ovarian failure), a woman who cannot generate eggs by herself but can carry out the gestation process, and therefore requires the donation of an egg from a third woman in order to have offspring. To this extent, the objective of this research was to determine and analyze whether or not ovodonation as a cause for contesting maternity affects the identity of the child and/or adolescent who was conceived by this technique, having family law as the field of study, the methodology used was qualitative, non-experimental and cross-sectional design; using the bibliographic and content analysis form, textual form and summary form as instruments for data collection. It is concluded that in our Peruvian reality TERHAS are neither prohibited nor allowed; however, this use causes surrogate motherhood assumptions, which when challenged and establishing the mother-child filiation, in the case of surrogacy is suitable, but not in the case of ovodonation, since in effect the genetic mother with the gestational mother would not coincide, a fact that is a problem that affects the dynamic and static identity of the child. Without prejudice to this, it is also necessary to take a look at what motherhood implies, since mother is not only the genetic mother, but also the biological and legal mother; furthermore, not allowing the use of ovodonation also affects the right of the woman who wishes to be a mother.

Keywords: Affectation, Right to identity, Maternity contestation, protection, TERHAS and ovodonation.



CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN

El derecho como ciencia es un sistema coherente y variable, puesto que se encuentra sujeto a situaciones diversas de la necesidad humana, como es el avance de la tecnología de este último siglo, dicha situación nos lleva a estudiar aquellas actividades técnicas relacionadas con la genética humana y la creación de la vida. Por ello es necesario reconocer que la biomedicina ha avanzado de tal forma que el Derecho no puede estar ajeno a dicho avance, en ese entender la presente investigación dilucida una parte del derecho genético, como es las Técnicas de Reproducción Humana Asistida y en concreto la ovodonación, técnica utilizada pero que aún no existe un consenso en cuanto a la legitimidad y el uso de está en el Perú.

Previo al análisis del problema a investigar, resulta necesario precisar el concepto de ovodonación, que se presenta cuando una mujer cuenta con una insuficiencia ovárica, esto es, que no puede por sí misma producir óvulos, pero que esta si puede llevar todo el proceso de gestación, en tal medida para poder tener descendencia requiere de la donación de un óvulo por parte de una tercera mujer; presentándose de tal forma una maternidad parcial; y como lo expresa Varsi Rospigliosi (2013) se origina la trigeneración humana, comprendido como i) donación de un óvulo de una tercera mujer, ii) espermatozoides del varón y iii) gestación de la mujer que desea ser madre; en consecuencia, se tiene que la madre que procrea no es la misma madre que realiza el proceso de gestación.

Por lo tanto, resulta inevitable investigar si nuestra legislación peruana, ha regulado las técnicas de reproducción humana asistida, en concreto la ovodonación, pues de nuestro Código Civil podemos afirmar que la fecundación de la vida se genera del



supuesto de una relación sexual entre el padre y la madre; en consecuencia, se obtiene la relación de madre – hijo o padre- hijo; y, de este supuesto se puede desprender una serie de consecuencias como es el caso de impugnación tanto de paternidad y maternidad.

Sin embargo, no podemos perder de vista el artículo 7°, de la Ley General de Salud (1997), que en relación a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida prevé: *“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. (...)”*; disposición normativa en el que, el legislador ha expuesto su forma de percepción de las TERHAS, optando por aquella postura ecléctica, que exige que la condición de madre genética siempre debe recaer en la madre gestante, apartándose de una serie de factores y no percibiendo nuestra realidad, por lo que a simple vista podemos afirmar que no se prevé la ovodonación.

Actualmente se ha ido presentando casos de mujeres que optan por la opción de recurrir a los tratamientos de fertilidad asistida, debido a los diversos problemas para concebir naturalmente; sin embargo, el someterse a un método de reproducción humana asistida ha creado muchos problemas legales, como el que se analizó en la presente investigación, respecto si la ovodonación como técnica de reproducción humana asistida está prevista y permitida en el Perú; en consecuencia, si puede ser considerada como una causal para impugnar la maternidad del niño concebido por este método, en ese supuesto se verificó si se afecta o no la identidad en sus facetas estática y dinámica del niño involucrado.



A razón de ello, la presente investigación cuenta de cuatro capítulos, en el que desarrolló, en primer aspecto el tema de la ovodonación en la doctrina y legislación peruana y comparada; en segundo lugar, los temas de familia, parentesco y la filiación en la legislación peruana; y, el criterio para verificar la ovodonación como causal de impugnación de maternidad; en tercer punto el derecho a la identidad dinámica y estática del niño niña y adolescente, regulación y protección en la legislación peruana e internacional y su relación en los casos de impugnación de maternidad; por último se estableció una propuesta legislativa.

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La razón del porque actualmente se usan las TERHAS, es básicamente por los problemas de esterilidad, la que debe ser entendida como la imposibilidad de procrear; es decir, de poder lograr un embarazo; y, también por la infertilidad, entendida como aquella que realmente logra un embarazo, pero no es llevado a cabo.

Dado que a la fecha muchas mujeres se ven obligadas a recurrir a los tratamientos de fertilidad humana asistida al tener problemas para concebir naturalmente, en el presente trabajo se analizó si la ovodonación como técnica de reproducción huma asistida, debe estar prevista en nuestra legislación peruana, y posteriormente si puede o no puede ser considerada como una causal para impugnar la maternidad, y como dicho conflicto afecta la identidad estática y dinámica del niño, niña y/o adolescente involucrado.

1.1.1. Problema Principal

¿La ovodonación como una causal de impugnación de maternidad; afecta el derecho de la identidad dinámica y estática del niño, niña y/o adolescente?



1.1.2. Problemas Secundarios

1.1.2.1. ¿La ovodonación como método de procreación asistida se encuentra regulada en nuestra legislación peruana? En consecuencia, ¿Esta puede constituir en una causal para cuestionar el vínculo filiatorio?

1.1.2.2. ¿La identidad de un niño, niña y/o adolescente que nació por un proceso de ovodonación se ve afectada, al impugnarse la maternidad de su madre biológica y legal en los casos en los cuales se sometió a una ovodonación al momento de la concepción?

1.1.2.3. ¿El derecho a la identidad en sus facetas de identidad dinámica y estática debe ser observada para determinar la filiación del niño, niña o adolescente que nació por un proceso de ovodonación?

1.2. JUSTIFICACIÓN

La razón de la presente investigación, es porque en el Perú se ha ido judicializando pretensiones que tienen relación con las técnicas de reproducción humana asistida, existiendo procesos con pretensiones de impugnación de maternidad, debido a que en los últimos tiempos se han facilitado el desarrollo y utilización de las TERHAS como una alternativa frente a la mujer que no puede procrear, considerando las diferentes alternativas que se tiene, analizando en la presente investigación la ovodonación.

El uso de las TERHAS permiten que no se de este vínculo de fecundación y relación sexual que se había previsto nuestro Código Civil; es decir, que no solo pueden ser padre o madre aquellos que han procreado por un proceso natural; sino que ahora se puede procrear mediante el uso de las referidas técnicas, que permite superar la infertilidad o problemas para poder tener descendencia y procrear.



Muestra de este problema se tiene por ejemplo el caso Custodio vista en la Casación 5003-2007, lo que me ha llevado a discurrir si las causales prevista en el Código Civil son normas cerradas o si son abiertas, de tal manera que permitan el ejercicio una pretensión cuya finalidad es cuestionar la maternidad lograda por la donación de un ovulo y por ende la relación filiatoria de una mujer y su hijo o hija y verificar si con ello se afectaría la identidad del niño, niña o adolescente que nació a consecuencia del tratamiento de procreación asistida por ovodonación.

La ovodonación como parte de las TERHAS y ser una forma de maternidad subrogada, puede ser considerada como una causal de impugnación de maternidad, tal hecho puede afectar el derecho a la identidad del niño, además se afectaría su desarrollo integral y la protección del interés superior de este. Por lo que, esta investigación se aproximó a establecer y explicar la problemática que aqueja a nuestras normas; y, analizar si la ovodonación está prohibido o está permitida en nuestra legislación peruana, de ese modo se demostró mediante el análisis de la legislación y la jurisprudencia se determinó que al constituir como un tipo de maternidad subrogada, si puede ser considerada como una causal de impugnación de maternidad, por lo que se verificó si se afecta o no el derecho a la identidad tanto estática como dinámica del niño, niña y/o adolescente.

1.3. OBJETIVOS

1.3.1. Objetivo General

Determinar si la ovodonación como una causal de impugnación de maternidad, afecta el derecho de la identidad dinámica y estática del niño, niña y/o adolescente.



1.3.2. Objetivos Específicos

1.3.2.1. Analizar si la ovodonación como método de procreación asistida se encuentra regulada en nuestra legislación peruana; y, si esta puede constituir como causal para cuestionar el vínculo filiatorio.

1.3.2.2. Evaluar si la identidad de un niño, niña o adolescente que nació por un proceso de ovodonación puede verse afectada al impugnarse la maternidad de su madre biológica y legal.

1.3.2.3. Establecer si el derecho a la identidad en sus facetas de identidad dinámica y estática debe ser observada para determinar la filiación del niño, niña o adolescente que nació por un proceso de ovodonación.



CAPÍTULO II

REVISIÓN DE LITERATURA

2.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

Los antecedentes que se pasaran a describir, son investigaciones que abordan parte de los objetivos o ejes temáticos de la presente investigación, pues como se ha referido precedentemente las figuras jurídicas a investigar son la ovodonación (verificar su regulación en nuestro ordenamiento peruano), la impugnación de maternidad (si esta es una norma abierta o cerrada y si la ovodonación puede constituir como causal); y, finalmente el derecho a la identidad del niño. En tal medida las investigaciones precedentes tocan el tema de la ovodonación, su regulación y la afectación de derechos humanos; investigaciones que han sido recopiladas o recogidas de las páginas web y/o sitios web, además de los sistemas de datos como: Renati, Redalyc, Dialnet, Scielo; de la búsqueda y revisión de dichos sitios web se pudo obtener las siguientes investigaciones en los diferentes ámbitos.

2.1.1. A nivel internacional

Si bien en la presente investigación se utilizó el método de la legislación comparada; sin embargo, esta se realizó desde el enfoque jurídico normativo de cada país, por lo que respecto a antecedentes de nivel internacional no se ha encontrado ninguno.

2.1.2. A nivel nacional

En relación a las investigaciones nacionales, que han desarrollado en parte el tema de investigación, se ha considerado las tesis de investigación, que tienen singular



importancia, debido a que se desarrolla uno de las materias debatidas en la presente investigación los que son:

En la Universidad Ricardo Palma, se tiene la TESIS de pregrado presentada por Gonzales Mucha (2017), titulada “Situación jurídica y jurisprudencia de las técnicas de reproducción humana asistida en el Perú: El caso de la ovodonación” que en sus conclusiones establece que en el caso de la ovodonación, es un procedimiento relativamente nuevo y actualmente no se encuentra permitida conforme lo establece el artículo 7° de la Ley General de Salud, las causas que conllevan a usar esta técnica son la menopausia, falla ovárica precoz, ovarios inaccesibles, abortos por repetición y fracaso en las demás TERHAS. Además, se debe considerar los derechos: a la libertad dignidad, integridad, desarrollo de la personalidad, paternidad y maternidad responsable, por lo que los conceptos de paternidad y maternidad deben ser reestructurados de acuerdo a las nuevas formas de establecer vínculos afectivos.

En la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo, se tiene la TESIS presentada por Santos Chavez (2018), con el título “La ovodonación y la afectación al derecho humana de reproducción en el Perú” que en sus conclusiones establece que en el caso de la ovodonación, los derechos reproductivos comprendidos en la autonomía, salud reproductiva se ven vulnerados, pues el artículo 7° de la Ley General de Salud no regula la ovodonación como una TERHAS, evidenciando un vacío normativo.

En la Universidad Tecnológica del Perú, se tiene la TESIS presentada por Ambrosio Castañeda (2020), con el título “Regulación jurídica de la ovodonación en el Perú” advirtiéndose como una de sus conclusiones que la ovodonación es una TERHAS que no se encuentra regulada, por lo que existe una necesidad de regulación, en la que se



establezca los requisitos y el procedimiento para someterse a dicha técnica de reproducción.

En la Universidad Nacional de Trujillo, se tiene la TESIS presentada por Prentice Munayco, Cintia Alejandra & Chave Luna Victoria (2012), con el título “Coincidencia entre madre genética y gestante como exigencia legal en el derecho a la procreación mediante la Ovodonación en el Perú” siendo sus conclusiones el artículo 7° de la Ley General de Salud, es una norma prohibitiva de forma genérica, al restringir el uso de las TERHAS en el caso no exista coincidencia entre madre genética y madre gestante, caso de la ovodonación; sin embargo esta norma no es acorde con la constitución, los principios, los convenios y tratados internacionales.

Finalmente tenemos en la Universidad Privada Antenor Orrego, la TESIS presentada por Castro Haro (2016), con el título “La ovodonación y la necesidad de regulación en la legislación peruana” dentro de sus conclusiones tenemos que la Constitución debe de definir la investigación de la paternidad y la maternidad responsable, a fin de salvaguardar el interés superior del niño concebido, debiendo regularse el consentimiento informado en el uso de las TERHAS.

2.1.3. A nivel local

Respecto a la región de Puno, considerando a todas las universidades de la referida región, como es la Universidad Nacional del Altiplano, Universidad Andina Néstor Cáceres Velásquez y la Universidad Privada San Carlos de Puno, denotamos realizada la búsqueda en sus repositorios de tesis que, actualmente no se registran investigaciones en concreto con relación al tema a investigar en la presente tesis; es decir, que desarrollen o sistematicen totalmente el presente tema la ovodonación.



Sin embargo, se debe de considerar las recientes investigaciones, que de forma parcial se desarrollaran con el tema de la presente investigación, en tal sentido tenemos:

En la Universidad Nacional del Altiplano, la TESIS presentada por Teves Zenteno (2021), con el título “Fundamentos para regular la maternidad subrogada en la legislación peruana a partir de los aportes de la doctrina, jurisprudencia y derecho comparado” siendo una de sus conclusiones que la incorporación de la maternidad subrogada en la legislación peruana tiene su fundamento en los principios de interés superior del niño, el libre desarrollo de la personalidad , promoción de la familia y la dignidad humana; y, los derechos a la reproducción humana, la autodeterminación y privacidad, el acceder a la tecnología y la ciencia.

2.2. MARCO TEÓRICO Y CONCEPTUAL

2.2.1. Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

2.2.1.1 Concepto.

En principio para poder definir las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TERHAS), debemos de entender porque motivo se desarrollaron y esto es, para poder cubrir el problema de esterilidad, si bien la fecundidad puede parecer un hecho simple, pero en realidad es un hecho complejo, puesto que para lograr una concepción de un nuevo ser, deben de interactuar varios aspectos biológicos tanto del varón y de la mujer. En el supuesto que exista alguna alteración, nos encontramos ante la figura de la esterilidad, definida por La American Fertility Society “cuando aquella pareja que no consigue un embarazo después de un año de coitos normales sin usar métodos anticonceptivos, mientras que otras sociedades científicas como la Federación



Internacional de Ginecología y Obstetricia (FIGO) o la Sociedad Europea de Embriología y Reproducción Humana (ESHRE) o la propia Organización Mundial de la Salud (OMS) consideran que tienen que haber transcurrido al menos 24 meses” (Lema Añon, 1999, p. 159).

Ahora bien, frente al problema o la incapacidad de poder concebir, surgen las TERHAS, la que es definida por el autor Varsi Rospigliosi (2013) como “aquellos métodos técnicos usados para suplir la infertilidad del ser humano, concediéndole la oportunidad de obtener descendencia y por ningún motivos este representa una terapia, puesto que dichas técnicas no curan la infertilidad, solo son un tipo de paleotipo respecto de los efectos de la esterilidad”.

De esta manera podemos referir que las TERHAS como métodos no alternativos (el fin de directo de estos métodos es la procreación, no depende de la voluntad) y supletorios (en el sentido que busca superar la deficiencia biológica o psíquica que limita procrear un ser humano); es un acto médico que reafirma el derecho a la salud reproductiva positiva.

Por otro lado Ballesteros & Hernandez (2007) afirman que las TERHAS como técnicas son empleadas para concebir un ser humano anulando la intimidad del acto sexual. En ese sentido, los seres humanos tienden a perpetuarse a través de la procreación; es decir, tienen la finalidad de dar continuidad a la especie humana, que supone un medio de realización integral del hombre y de la mujer, por lo que la procreación no solo se queda a merced de los instintos sino también a las exigencias de la racionalidad.

En ese mismo sentido Junquera de Estéfani & De la Torre Díaz (2013) entienden que las TERHAS son todas las técnicas biomédicas empleadas para favorecer de forma



directa o indirectamente la fecundación de los óvulos, por su parte la Organización Mundial de la Salud (OMS), define estas como aquellos tratamientos o procedimientos que contienen en ellos la manipulación de los gametos femeninos y masculinos o de los embriones humanos para dar lugar a un embarazo, por lo que no está solamente limitado a la fecundación in vitro (FIV), sino también se presenta la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos, cigotos embriones, la crio preservación de ovocitos y embriones, la donación de óvulos y embriones; y, el útero subrogado (OMS,2009).

Conforme lo referido las TERHAS tienen como objetivo poder incrementar las posibilidades de fertilización y de embarazo; es decir, surgen para hacerlo viable, pues estos procedimientos tanto en mayor o menor grado pueden reemplazar o ser utilizados para ayudar en uno o varios pasos naturales del proceso de reproducción (Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2008b).

De tal forma podemos afirmar que, existe un consenso en cuanto a la definición de las TERHAS, pues mediante el uso de estas técnicas o métodos (conjunto de medios), se busca salvar aquellos obstáculos de índole orgánico o funcional, los mismos que limitan la fecundación de forma común (coito) entre el varón y la mujer; frente a la esterilidad o infertilidad del varón o la mujer, por lo que a través de la manipulación de los gametos o embriones se facilita el logro de la fecundación.

La reproducción humana asistida en la actualidad ha obtenido un gran afianzamiento, esto pese a tener cuestionamiento de índole filosófico, ético y moral, pero no podemos negar que se convirtió en un recurso científico de gran utilidad para afrontar los problemas que afectan a la humanidad. Pues la importancia de la procreación humana no solo se limita a la conservación de la especie, sino que está inmerso el derecho a la

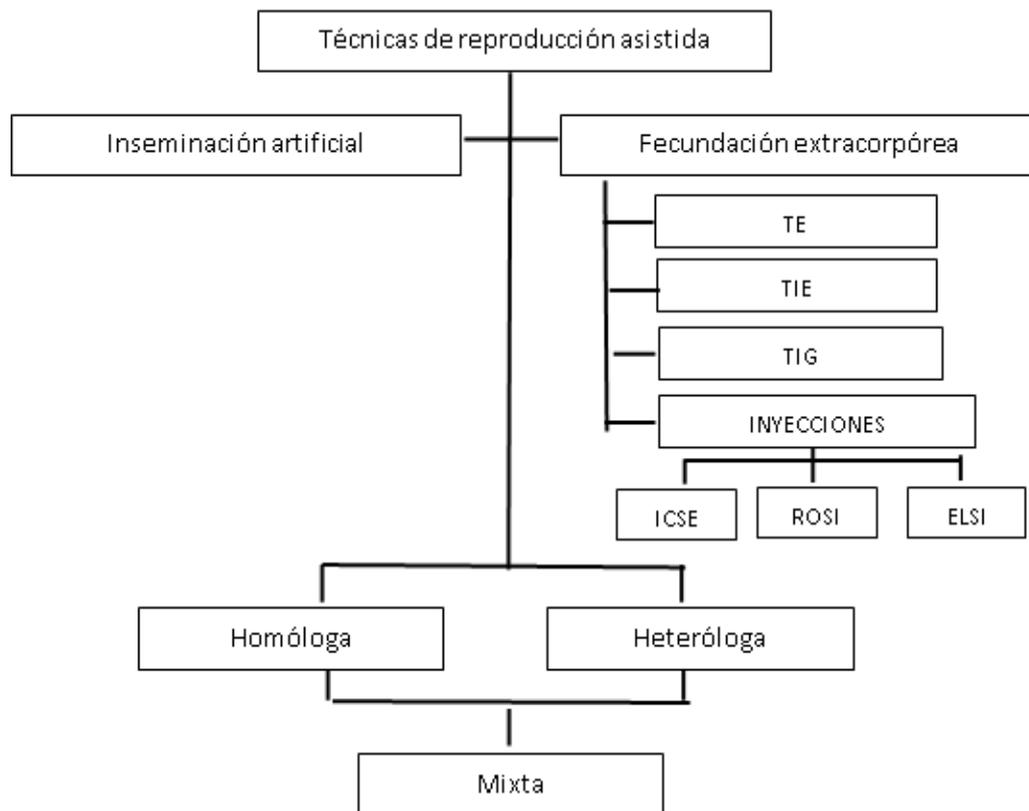
salud y el derecho a la vida. El derecho a la procreación es una facultad innata al ser humano, es un derecho procedente del derecho a la vida, de la integridad y de la libertad de la persona, con los que se ejercen de manera real y efectiva la función biológica y a la vez responsable del hombre (entendido en su aspecto de mujer y varón), como es la procreación.

2.2.1.2. Clasificación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

En relación a la clasificación de las TERHAS se considerarán los diferentes criterios por la doctrina.

- a) Según su tipología y variantes el autor Varsi Rospigliosi (2013) lo clasifica de la siguiente manera:

Figura 1 Clasificación de las técnicas de reproducción humana asistida (TERHAS)



Nota. La figura muestra la clasificación de las TERHAS. Fuente: Varsi Rospigliosi, p.430.



La inseminación de artificial busca esencialmente la procreación, pues el proceso se realiza mediante la inoculación del semen de forma directa, pero asistida en la vagina de la mujer, siendo un proceso de baja tecnología médica, que no permite la experimentación (en el sentido de no realizar manipulación genética, solo referente a la selección de gametos masculinos).

Por otra parte, la fecundación extracorpórea se realiza mediante la unión de espermatozoides y óvulos en una probeta, teniendo de esta forma una implicancia alta de la tecnología médica, puesto que en adición a una técnica esta la investigación humana científica.

Las variaciones que presenta este tipo de técnica (fecundación extracorpórea) son:

- Transferencia de embriones (TE), método en el que instala el cigoto de forma directa a la pared uterina.
- Transferencia intratubárica de gametos (TIG), se sitúa los gametos tanto masculinos y el femenino en la trompa de Falopio, con la finalidad de que allí se desarrolle la concepción.
- La transferencia intratubárica de embriones (TIE), aquella composición entre la TIG y TE, se practica la fecundación in vitro, el embrión se transfiere directamente a la trompa de Falopio, no al útero, logrando de esta forma la anidación de manera natural.
- La inyección intercitoplasmática de espermatozoides (ICSE), se busca la fecundación del óvulo con un solo espermatozoide, lográndose a fecundación de manera dirigida.

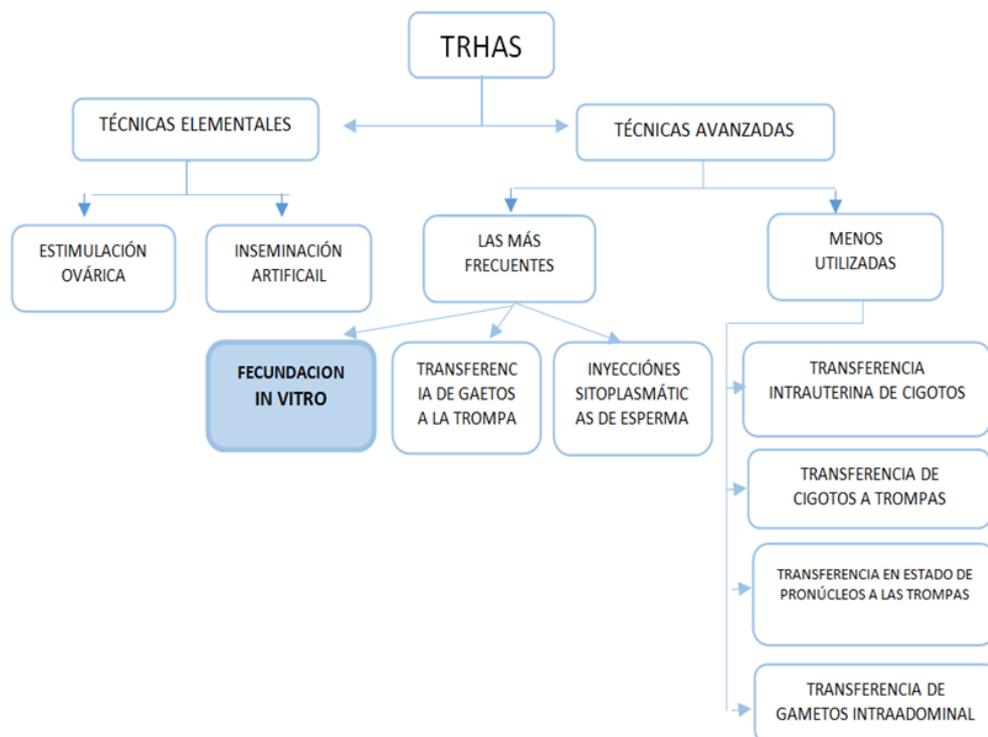
Estos pueden ser de dos clases, por un lado, tenemos las homólogas, cuando se implantan gametos provenientes de los cónyuges o convivientes; y, por otra parte, las heterólogas, cuando provienen de una tercera persona.

a) En cuanto a su complejidad, conforme lo refieren (Junquera de Estéfani & De la Torre Díaz (2013) esta es susceptible de ser dividida en:

- Técnicas de baja complejidad, en las que se encuentran la simple inducción a la ovulación y la estimulación de la ovulación.
- Técnicas de Mediana Complejidad, en la que se encuentra la inseminación artificial.
- Técnicas de Alta Complejidad, como es la fecundación in vitro (FIV) y la inyección intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI).

b) Según su complejidad, la clasificación utilizada por la dra. Merlyn(2006) es:

Figura 2 Clasificación de las TERHAS según su complejidad





De la figura detallada, resulta necesario establecer en que consiste la fecundación In Vitro (FIV), esta es una técnica más sofisticada, que surge en Inglaterra en los años 1978, que mediante dicha técnica nace Louise Brown, conocida como la primera niña probeta. Existen variadas diferencias como es la transferencia de óvulos frescos fecundados (denominados también como embriones o pre embriones).

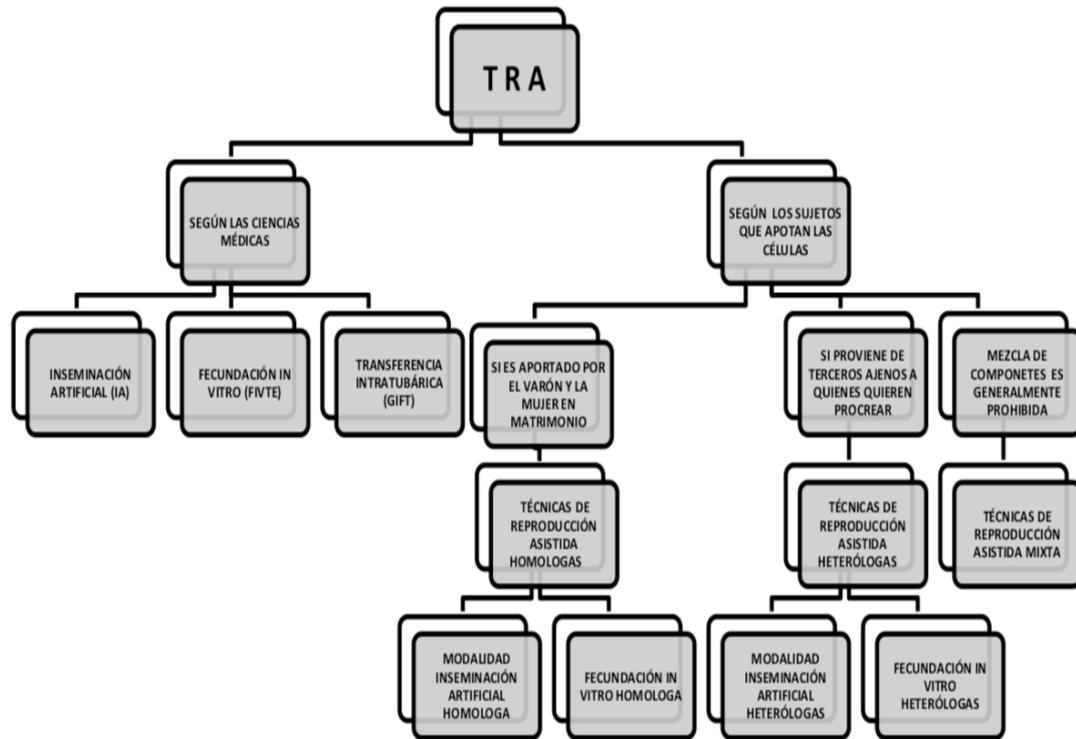
Técnica que consiste en la extracción de óvulos de la mujer, procedimiento de sustracción de gametos femeninos, el que demanda un monitoreo meticuloso del ciclo de inducción en el cual la mujer recibe las drogas de fertilidad, un procedimiento quirúrgico de aspiración de gametos femeninos (óvulos). Una vez obtenidos se pone en una probeta con una solución similar a que se encuentra en las trompas de falopio agregando esperma. El óvulo fertilizado puede estar en observación por un periodo de dos días, esperando que se divida celularmente para a continuación introducirlo por la vagina en el útero. (Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2008b).

Durante esta técnica se pueden observar cuatro etapas como son: i) la estimulación de los ovarios de la mujer para obtener la producción de ovocitos; ii) la extracción de los ovocitos y conservarlos en el laboratorio iii) selección y separación de los espermatozoides extraídos de la muestra de semen y ponerlos en contacto con los ovocitos; y, iv) obtenida la fertilización se implanta el embrión en el útero de la mujer.

Esta técnica también puede llevarse a cabo de manera homóloga o heteróloga como en la inseminación artificial, considerando el origen de los gametos.

- c) Según las ciencias médicas y los sujetos que utilizan las TRHAS, la Dra. Martínez (1993) lo clasifica de la siguiente manera:

Figura 3 Clasificación de las TERHAS según las ciencias médicas y los sujetos que lo usan



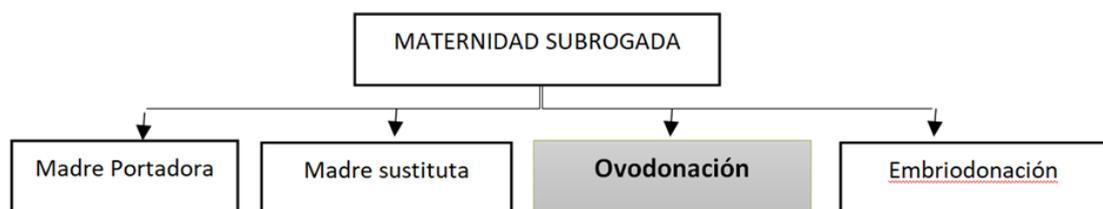
En ese sentido, las llamadas TEHRAS, como técnicas biomédicas empleadas para favorecer indirecta o directamente la fecundación de los óvulos, si bien tiene un concepto amplio, debemos de entender que son todos aquellos tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación in vitro de ovocitos, espermatozoides o embriones humanos, con la finalidad de obtener un embarazo.

Estos tratamientos abarcan como se tiene en las clasificaciones de los diversos autores, la fertilización in vitro y la transferencia de embriones, trasferencia intratubárica de gametos y de cigotos, la trasferencia de embriones a las trompas, la crioconservación de gametos y embriones, la donación de ovocitos y de embriones y la gestación de subrogación.

La cesión del material genético del varón, específicamente denominado espermatozoide no traería consigo algún problema mayor, lo que no pasa con la cesión del material genético de la mujer, pues esta tiene una situación más compleja, ya que se vincula con la maternidad subrogada.

En este caso resulta necesario establecer los tipos de maternidad subrogada, por lo que Varsi Rospigliosi (2013) realiza la siguientes diferenciación:

Figura 4 Tipos de maternidad subrogada



Nota: En el presente grafico observamos los tipos o la clasificación de maternidad subrogada. Fuente: Varsi Rospiglioso, 2013, p. 442.

i) Madre portadora, entendida como aquella mujer que genera los óvulos, pero que tiene una deficiencia uterina o física, esto es lo que le impide llevar a cabo la gestación, a razón de ello debe de buscar una mujer que ayude en dicho proceso biológico, se podría decir en palabras simples el aquel acto de préstamo de útero, por lo que ocurre una maternidad parcial, también es conocido como aquel vientre de alquiler.

ii) Madre sustituta, es aquel caso donde la mujer tiene una deficiencia tanto para la generación de óvulos y la gestación (deficiencia ovárica y uterina), por lo que es necesario buscar una mujer que cumpla con dichas funciones, es decir que permita ser fecundada y llevar el proceso de gestación.



iii) Ovodonación, en este caso la mujer cesionaria no puede generar óvulo (deficiencia ovárica), pero esta si puede llevar a cabo el proceso de gestación, siendo solo necesario que una tercera mujer ceda óvulos, generándose la maternidad parcial, pues la madre procreante no es la misma que la madre gestante.

iv) Embriodonación, en este caso se genera una infertilidad completa, esto es la mujer tiene deficiencia ovárica y uterina y por su parte el hombre es infértil, resultando necesario un cedente de esperma y una mujer que permita ser fecundada y llevar al cabo el proceso de gestación, un caso de procreación humana integral.

2.2.2. Ovodonación como Técnica de Reproducción Humana Asistida.

2.2.2.1. Concepto y antecedentes

La ovodonación, conforme lo refiere Varsi Rospigliosi, se entiende “cuando la mujer tiene una deficiencia ovárica; es decir, no genera óvulos, pero su puede gestar por lo que necesita una mujer (tercera persona) que sólo le ceda óvulos. Esto no significa que la mujer con deficiencia ovárica no pueda sostener un embarazo, sino que la capacidad para producir ovocitos es deficiente. Es un caso de maternidad parcial. Se produce un caso de trigeneración humana: 1) espermatozoides del marido, 2) óvulo de una mujer cedente y 3) gestación de la mujer. La madre procreante no es la misma que la gestante”(pp.443-444, 2013).

Por otra parte Aramburú & Ciani (2012) entienden la ovodonación como aquella técnica relativamente nueva, como una variante de la fertilización in vitro, pues al



realizarse la aportación de gametos femeninos por una tercera mujer (mujer distinta de los que lo recibe); para luego ser utilizados dichos óvulos y ser transferidos los embriones obtenidos al útero de la mujer receptora. Siendo una técnica más fácil a otras, al tener en si pasos más sencillos.

En ese entender, una vez recibido el ovocito donado, este se fertiliza con el esperma del padre a través de la técnica de fecundación in vitro (antes referida), para luego ser implantado el embrión, en el vientre de la mujer de la pareja.

Esta técnica se emplea en la mujer por la deficiencia ovárica que tiene, esto sea a causa de su edad, enfermedad, anomalía que produzca un fallo ovárico o quizá pueda producir ovocitos pero en condiciones deficientes para poder lograr la fecundación y seguidamente el desarrollo embrionario, además esta técnica conforme lo referido por Junquera de Estéfani & De la Torre Díaz (2013) tiene una probabilidad de éxito más alta, alcanzando entre los 60% y 70% de embarazos llevados a un buen término.

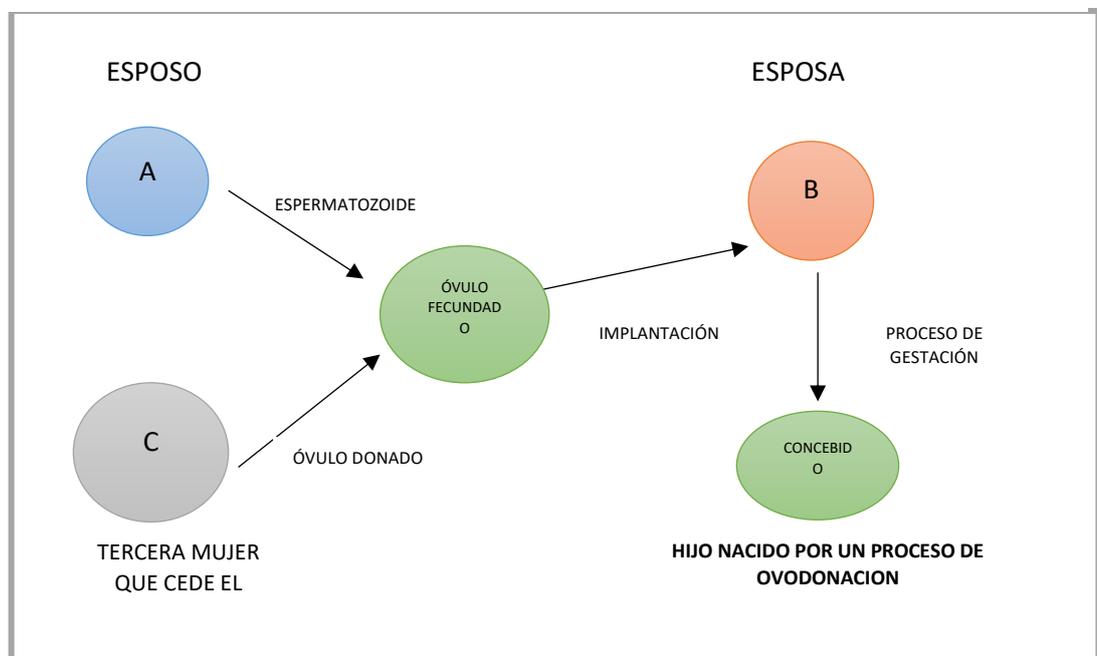
En cuanto a sus antecedentes debemos mencionar que se remonta a finales del siglo XX, donde se experimentaba en conejos, experimentación realizada en la Universidad de Cambridge en 1890; años más tarde se dio un gran impulso donde algunos científicos lograron replicar la implantación embrionaria en ovinos y vacunos, pues es en 1951 además de estos dos últimos se logró implantar en monos, llegando a la conclusión que, siguiendo un adecuado tratamiento podrá llevar a cabo un embarazo de manera exitosa.

Ya por el año de 1983, se obtiene la primera gestación mediante esta técnica, esto fue realizado por un grupo liderado Trounson, terminando en 1984 por Lutjen. “La donación de ovocitos es un modelo ideal para el estudio de la implantación y el embarazo

humano, debido a que separa por completo la calidad del embrión de la del útero receptor. De hecho, los ciclos de ovodonación y la terapia de reemplazo hormonal permiten la estandarización de variables tan importantes como la edad del ovocito, el momento de la transferencia y la calidad de la preparación endometrial” (Noriega et al., 1998).

Para efectos de comprender lo que ocurre en la ovodonación se mostrara la siguiente figura:

Figura 5 Ovodonación propiamente dicha



NOTA: En la presente figura se muestra cómo es que se da la ovodonación. Fuente: Propia

La Ovodonación vista desde una mirada trialista, considerando la dimensión sociológica lo relacionado con la familia, pues esta se adapta a los cambios afuera de su núcleo, ámbito social y a nuevos conceptos de filiación, ya que el vínculo se crea no solo por procreación natural, adopción sino también por la procreación asistida, de tal forma se debe velar por el interés del hijo sobre la libertad de procreación, pues debe garantizarse su derecho a nacer y vivir dignamente (Aramburú & Ciani, 2012).



2.2.2.2. Causas del uso de la ovodonación

A inicios el uso de esta técnica fue para aquellos casos de falla ovárico primario o para aquellas mujeres que presentan enfermedades genéticas o cromosómicas que hayan sido demostradas. Hoy en día los positivos resultados en la donación de óvulos han concedido extender sus indicaciones, en un número mayor de mujeres.

Las principales causas por las que se recurre a una cesión de óvulos son:

a) Falla ovárica primario, se presenta cuando la menstruación no llega a producirse en la pubertad, como es la disgenesia gonadal, síndrome de Swyer, Turner y Savage o del ovario resistente.

b) Fallo ovárica prematuro, es el cese de la función ovárica después de la pubertad y antes de los 40 años de edad, se presenta constantemente después del natural desarrollo de los caracteres sexuales secundarios, con niveles elevados de FSH y LH, presentándose en menstruaciones irregulares que terminan de desaparecer (Coulam, 1982).

Otras causas distintas a las referidas precedentemente, son la exposición a la radiación o quimioterapia, la castración quirúrgica por cirugía ovárica, enfermedades inflamatorias pélvica severa o infección viral en el adulto, enfermedad de Addison, tiroiditis, insuficiencia adrenal, anemia perniciosa, diabetes, entre otras.

Conforme la investigación realizada por los autores Lima-Couy, Caballero & et (2002) una de las principales causas es la menopausia, además que diversas condiciones sociales que pongan a la mujer frente a un estrés alto aunando a ello su edad.



La ovodonación es utilizada también en casos en los que la mujer es portadora de alguna enfermedad genética o anomalía cromosómica que pueda afectar y ser transmitida al concebido, este grupo se beneficia con las nuevas técnicas de diagnóstico pre-implantatorio, con la transferencia únicamente de aquellos pre-embriones que muestran cariotipo normal (Lima-Couy et al., 2002. p.323). Sin embargo, esta técnica no es de fácil acceso en todos los centros que se practican las TEHRAS.

Además, según el informe de investigación presentado al congreso de la república (Neciosup Santa Cruz, 2018), otras casusas para el uso de la ovodonación, es la infertilidad que se presenta en ambos géneros, pero para efecto de la investigación solo veremos los casos de infertilidad en la mujer, que se da por factores fisiológicos, también a causa de la contaminación ambiental, el estrés, en caso de tratamientos de cáncer, suspensión o postergación de la maternidad, los factores de estilo de vida.

2.2.2.3. Proceso de la Ovodonación

En ese sentido, el tratamiento de la ovodonación puede llevar consigo tres etapas claramente diferenciadas, siendo la primera la preparación de la donante o cedente de los óvulos (gametos femeninos), propiamente dicho la donación; segundo la fecundación de uno de los ovocitos por un espermatozoide del varón, realizado por la fecundación in

vitro; y, tercero es la preparación del endometrio de la mujer receptora para poder lograr la implantación del embrión fecundado y proseguir con el proceso de gestación.

Figura 6 Proceso de la ovodonación como técnica de procreación humana asistida



Nota: La figura muestra el procedimiento a seguir en la utilización de la técnica de la ovodonación. Fuente: Propia

Esta **primera etapa** está compuesta por un conjunto de procedimientos que se realizan en cada establecimiento; sin embargo, lo que no puede variar son los protocolos obligatorios que se realizan en cualquier país.

Por ejemplo, en España se optó por el año 2000 por la búsqueda de mujeres jóvenes y sanas para que donen óvulos, susceptibles de ser fecundados en probeta por las siguientes razones:

- El poco éxito que proporcionan las costosas técnicas de fertilización in-vitro
- La enorme lista de espera de mujeres que sufren esterilidad.
- La fecundación realiza con ovocitos de una donante de una donante menor de 30 años logra una gestación en un 50% de los casos, mientras que si se intenta estimulando los ovarios de la mujer que busca el niño, el índice de éxito se reduce a la mitad o menos.



Estas campañas para captar donantes de óvulos fueron destinadas, distinguiendo a las jóvenes universitarias, cuya salud y nivel mental se presuponen buenos, a cambio de ello algunos ginecólogos refieren, se podría compensar económicamente a la donante por sus molestias, lo que no significa un precio al óvulo, de acuerdo a la propuesta en 1999 de la Comisión Nacional de Reproducción Asistida. Es más, estas técnicas van cada día en aumento dada la cada vez mayor edad de la gestante, la menopausia precoz o la extirpación de ovarios que se presentan como causa que están provocando el aumento de cesiones.

Es preciso establecer que la donante o cedente de los gametos femeninos debe brindar su consentimiento de manera expresa para realizar dicha cesión de óvulos, posteriormente pasar por un proceso de exámenes médicos para eliminar cualquier tipo de enfermedad infecciosa, genética o hereditaria y brindar información de sus antecedentes familiares de algún tipo de enfermedad. Cumplido esto, se inicia el proceso de estimulación ovárica en la donante para tener la certeza de la generación de ovocitos que sean buenos, por lo que suelen administrar dosis de la hormona GnRH para estimular que los ovarios queden en un estado de reposo por el periodo de un intervalo de 10-14 días .

Finalizado esta fase, se realiza ecografías y análisis de sangre para comprobar el funcionamiento y si los ovarios están maduros, seguidamente se da la estimulación ovárica (propriadamente dicha), introduciendo inyecciones de ganadotropinas como FSH, estradiol y HCG que inducen el desarrollo de los folículos, terminando con el procedimiento se procede de realizar la aspiración folicular para extraer los ovocitos del cuerpo de la mujer cedente o donante, siendo preservadas en baja temperatura en un laboratorio.



La **segunda etapa**, inicia en la fecundación de estos ovocitos por el gameto del varón, pudiendo realizarse mediante la fecundación in vitro (consiste en exponer a los espermatozoides extraídos de la muestra del semen frente a los ovocitos hasta que uno logre fertilizarse) o inyecciones intracitoplasmáticas de espermatozoides (se le aplica la inyección intracitoplasmática a un espermatozoide, insertándolo en una micropipeta que penetrará en el óvulo para liberarlo y así lograr la fertilización de forma artificial) .

Realizada la fecundación se obtiene el embrión y es necesario considerar que este puede estar por un máximo de cinco días fuera del vientre por lo que resulta urgente se inicie con la tercera etapa de esta técnica de reproducción humana asistida.

La **tercera etapa**, inicia con la preparación de endometrio de la mujer receptora, por lo que antes debe administrarse agonistas de GnRH para que los ovarios entren en estado de reposo, evitando así que no produzcan ganadotropinas que obstaculicen la administración de embrión. Se procede a implantar el embrión en el endometrio, el que debe estar compuesto por tres capas.

Estas etapas para el proceso de ovodonación, como se ha visto necesariamente una tercera mujer es la que cede el óvulo a la mujer que no genera óvulos pero si puede gestar, en tal medida se requiere que el espermatozoide del varón sea fecundado con el óvulo cedido, para después poder ser introducido a la mujer.

2.2.3. Familia, parentesco y filiación en el Perú

2.2.3.1. Familia

2.2.3.1.1. Concepto de familia,

Si uno realiza la búsqueda del concepto de familia, notará que existen diversos conceptos sobre este, pero hasta el momento no se ha logrado efectuar un consenso, pues



la familia en si misma ha venido evolucionando al pasar del tiempo y adaptándose a las nuevas realidades.

Si nos remitimos a nuestra legislación peruana, como afirma Alex Placido (2010), el derecho de familia se encuentra desarrollado en nuestro Código Civil, sin perjuicio de ello existen muchas leyes complementarias que lo integran, sin embargo, no existe una definición exacta en relación a la familia, por lo que resulta necesario dar una mirada a normas internacionales, doctrina, así como a la jurisprudencia.

El Perú funda a través de la familia una sociedad, pues esta merece una protección especial de parte del Estado y la comunidad en ese sentido tenemos que nuestra Constitución Política de Perú, en su artículo 4° refiere:

*“Artículo 4°.- La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. **También protegen a la familia** y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.*

La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley”. (Subrayado y negrita es propio)

Por otra parte, los artículos 233° al 659°, del Libro Segundo del Código Civil, hacen referencia sobre el Derecho de Familia, afirmando que la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento, en armonía con los principios y normas proclamadas en la constitución.

Desde los tratados internacionales de derechos humanos, tenemos que la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 16° establece:

“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 familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.

Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.

La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.

En el ámbito de Tratados Internacionales, el Pacto Interamericano de Derechos Civiles y Político, establece que la familia debe ser protegida de las posibles injerencias lesivas del Estado y la sociedad, en ese entender en su artículo 23° establece:

"Artículo 23.- Familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad".

Por su parte, el artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) establece:

"Artículo 17.- La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado"

Desde el punto de vista doctrinal, tenemos a Cornejo Chávez (1988) sostiene que, la familia en sentido extenso, es el conjunto de personas unidas tanto por vínculos de parentesco o afinidad; y en sentido estricto, entendida como el conjunto de personas unidas por el matrimonio (unión entre marido y mujer) y por extensión puede incluir al referido concepto el caso de los concubino y sus hijos menores incapaces (familia nuclear).

Por su parte, Placido Vilcachagua (2001) afirma que, a la palabra familia se le pueden establecer numerosas significaciones jurídicas, por lo que no es posible asentar un concepto exacto; por lo que, en el sentido amplio entendida como el conjunto de



personas con las cuales existe algún vínculo jurídico familiar, ya sean emergentes de la relación intersexual, procreación y parentesco; en sentido restringido comprende solo a las personas unidas por la relación intersexual o la procreación. Formada por el padre, madre y los hijos que estén bajo su patria potestad; o, en sentido intermedio, la familia es el grupo conformado por las personas que viven en una casa, bajo alguna autoridad.

Por su parte Rossert & Zannoni (1998) refieren que, el termino familia es reconocida como ese grupo de personas emparejadas, las mismas que comparten el techo (familia nuclear), siendo la perspectiva tradicional esta formación de vínculos jurídicos familiares que encuentran comienzo en el matrimonio, en el parentesco y la filiación.

Al respecto Aguillar Llanos (2016) afirma que, es la comunidad de personas, que tienen como misión principal revelar y comunicar el amor reconocida por todos; y, su importancia y transcendencia ha llevado a que numerosos cuerpos legales y nacionales e internacionales le presten una atención preferente por parte del Estado y la comunidad.

Considerando lo establecido en nuestra jurisprudencia, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Exp. N° 03605-2005-AA/TC Lambayeque (2007), refiere se ha llegado a constituir familias, las mismas que se encuentren organizadas o tengan una convivencia de hecho, esto es que no hayan concebido el vínculo de unión por medio del matrimonio, pese a que nuestra constitución promocióne esta institución del matrimonio, pues desde su perspectiva constitucional, al ser la familia un instituto natural, no es estática, sino que está sujeto a nuevos cambios en relación a los eventos sociales, por lo que surge las uniones de hecho, las monoparentales o las que en doctrina llaman familias reconstituidas.



Además, la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional en el EXP. 06572-2006-PA/TC PIURA (2007), en el que se establece:

“(…) [E]l texto constitucional no pretendió reconocer un modelo específico de familia. (…) Los cambios sociales generados a lo largo del siglo XX han puesto el concepto tradicional de familia en una situación de tensión y es que al ser éste un instituto ético-social, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales. Por lo tanto, hechos como la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia, las migraciones hacia las ciudades, entre otros aspectos, han significado un cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear, conformada alrededor de la figura del pater familias. Consecuencia de ello es que se hayan generado familias con estructuras distintas a la tradicional como son las surgidas de las uniones de hecho, las monopaternales o las que en doctrina se han denominado familias reconstituidas. Bajo esta perspectiva, la familia no puede concebirse únicamente como una institución en cuyo seno se materialice la dimensión generativa o de procreación únicamente. (…) No podrá argumentarse, en consecuencia, que el Estado solo tutela a la familia matrimonial, tomando en cuenta que existen una gran cantidad de familias extramatrimoniales. Es decir, se comprende que el instituto familia trasciende al del matrimonio, pudiendo darse la situación de que extinguido este persista aquella (…)”

Por tanto, cabe concluir que el desarrollo de la humanidad, el fundamento de esta siempre encontrará sustento en la familia, pues esta constituye como se ha ido mencionando la célula básica de la sociedad.

Además, no podemos perder de vista lo establecido en el artículo 5° de nuestra Constitución Política del Perú (1993), que prevé: *“la unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea*



aplicable”, de lo que se infiere que la familia no solo como fuente tiene al matrimonio, sino también a la unión de hecho, así también se tiene que reconocer y protege tanto a la familia de unión matrimonial como a la extramatrimonial; además de los diferentes tipos de familia que posteriormente se tocaran.

2.2.3.1.2. Naturaleza jurídica de la familia

En relación a la naturaleza jurídica de la familia, debemos de establecer que existen diferentes posturas que refieren:

a) Como institución natural. -Nuestra constitución, en su artículo 4° refiere que el estado protege a la familia y promueve el matrimonio, así también reconoce de forma literal como institutos naturales y fundamental de la sociedad. Desde esta concepción conforme lo refiere Peralta Andía (n.d.), este es un fenómeno natural, como manifestación de la propia naturaleza que precede al Estado y la Ley, los que imponen a la sociedad y el estado los que no pueden ser obviados sin desnaturalizarlo.

b) Como institución social.- Al constituir la familia como núcleo central de la sociedad (célula básica), como afirma Bossert & Zannoni (2004) las a relaciones fijadas por la unión intersexual, la procreación y el parentesco, establecen un sistema formado en la estructura social con base en patrones sólidos de la sociedad.

c) Como institución jurídica.- Como persona jurídica u organismo jurídico, pero no puede ser comparada con una organización debido a que no se la puede desconocer como algo más que un conjunto de relaciones individuales,



ni ser regida por criterios de interés individual menos por la autonomía de la voluntad (Ramos, 1998).

d) Como institución mixta.- Conocida como institución jurídico social y natural; y en palabras de Peralta Andía (n.d.), natural al hacerse alusión a un organismo espontáneo anterior al Estado y la ley, al ser jurídico por las relaciones familiares (actos familiares); y, social ser reconocerse a la familia como célula social básica e irreductible de la sociedad.

2.2.3.1.3. Tipos de familia

Como se ha manifestado precedentemente, no podemos referirnos a la existencia de un solo tipo de familia, pues por los diversos eventos sociales se presentan diversas formas de organización familiar. Por su parte Varsi Rospigliosi (2011) establece dos tipos de agrupaciones de las nuevas configuraciones de familia, siendo estas: Entidades familiares explícitas e implícitas.

a) Entidades familiares explícitas.

En este grupo se encuentran las familiar nuclear, extendida y compuesta, esto en concordancia con manifestado por Calderón Beltran (2014).

- Familia nuclear, compuesta por el padre, madre e hijos quienes están bajo su patria potestad (biológica o adoptiva), promovida por la cultura religiosa.

- Familia extendida, composición más extensa que la nuclear, pues esta incluye más de dos generaciones del grupo sanguíneo, conformada por el linaje o estirpe.



- Familia compuesta, conviven en el mismo hogar, bajo autoridad del pater familia.

b) Entidades familiares implícitas o tácitas – En tipo podemos encontrar a las uniones de hecho.

Reconocida como fuente generadora de familia, cuyos miembros nacen de la unión monogámica o heterosexual, tipos de familia no incluidos expresamente en la legislación peruana, pero la ley no puede desconocerlas por el reconocimiento de la dignidad de la persona.

- Familia monoparental, en el caso de los padres o madres solteros o con estado civil viudo o divorciado.

- Familia ensamblada, constituida por varón y mujer quienes con anterioridad ya construyeron una familia nuclear y conviven bajo caracteres de estabilidad, publicidad y reconocimiento, los hijos de estos tienen como padre o madre afectiva a la actual pareja y este o esta termina ejerciendo la patria potestad.

Como se ha visto precedentemente, la familia en sus diversas clases, como este ente social es de vital importancia en la sociedad, al tener que las que integran esta se desarrollan en la misma. Por lo tanto, la familia cumple múltiples funciones como: educar, proveer y brindar afecto, y como doctrinariamente se ha visto que se agrupan en funciones sexuales, reproductivas, económicas y educativas (Peralta Andía, n.d.).

2.2.3.1.4. Aplicación de los principios constitucionales en el derecho de familia.



Nuestro sistema jurídico está inspirado en base ciertos principios de nuestra constitución, siendo ello aplicado en el Derecho de Familia.

En ese sentido tenemos:

i. Principio protector de la familia, establecido en el artículo 4° de Constitución Política del Perú (1993) establece que la comunidad y el Estado protegen a la familia, reconociendo también como un instituto natural y fundamental de la sociedad. Además, los tratados internacionales sobre derechos humanos, aprobados y ratificados por el Perú también tienen el mismo lineamiento.

Siendo así que tanto a nivel nacional e internacional, la familia goza de una protección especial, sin hacer diferencia en su origen (matrimonial o extramatrimonial), pues la familia es una sola, sin considerar su base de constitución legal o de hecho (A. Placido Vilcachagua, 2013).

ii. Principio de igualdad de categoría de filiación, en cuanto a la filiación tanto consanguínea como por afinidad, toman a los hijos en igualdad de derechos y deberes con sus padres, se encuentran con un trato paritario ante la ley, establecido en la misma línea por los tratados de derechos humanos suscritos por el Perú, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), en su artículo 19°; y, Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1988) en su artículo 16°.

iii. Principio de amparo de uniones de hecho, deriva del derecho de toda persona de ejercer su libertad y desarrollar su proyecto de vida, sustentando el referido principio, reconociendo a las uniones de hecho con



similares efectos jurídicos al del matrimonio. Por tanto, el matrimonio no es la única fuente de la familia sino también las uniones de hecho.

iv. Principio que protege y defiende los derechos específicos, en el que se protege a las personas en indefensión en diferentes circunstancias de la vida, protege a la persona de la lesión de aquellos patrones de conducta socioculturales. En tal medida nuestra constitución protege al niño (a), adolescente, madre y anciano en situación de abandono.

v. Principio de promoción de matrimonio, establecida en el artículo 4° de la CPC, y a nivel de tratados sobre derechos humanos, la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) en su artículo 16°, señala que los hombres y mujeres tiene derecho sin discriminación alguna a casarse y fundar una familia con el pleno consentimiento de los futuros esposos. Además de que los estados deben tomar medidas para asegurar la igualdad de derechos y equivalencia de responsabilidades entre cónyuges y en caso de disolución debe de protegerse a los hijos.

2.2.3.2. Parentesco

2.2.3.2.1. Definición de parentesco

Etimológicamente se tiene que el parentesco es una relación que existe entre los miembros de la familia. En ese sentido se da el nombre de parentesco a la relación o conexión familiar entre dos o más personas, en virtud de la naturaleza de la ley o religión (Cornejo Chávez, 1999).

Por su parte nuestro Código Civil en sus artículos 236°, 237° y 238° establecen:



“Artículo 236.- Parentesco consanguíneo

El parentesco consanguíneo es la relación familiar existente entre las personas que descienden una de otra o de un tronco común.

El grado de parentesco se determina por el número de generaciones.

En la línea colateral, el grado se establece subiendo de uno de los parientes al tronco común y bajando después hasta el otro. Este parentesco produce efectos civiles sólo hasta el cuarto grado”.

“Artículo 237.- Parentesco por afinidad

El matrimonio produce parentesco de afinidad entre cada uno de los cónyuges con los parientes consanguíneos del otro. Cada cónyuge se halla en igual línea y grado de parentesco por afinidad que el otro por consanguinidad.

La afinidad en línea recta no acaba por la disolución del matrimonio que la produce. Subsiste la afinidad en el segundo grado de la línea colateral en caso de divorcio y mientras viva el ex-cónyuge”.

“Artículo 238.- Parentesco por adopción

La adopción es fuente de parentesco dentro de los alcances de esta institución”.

Esta institución determina la conexión familiar existente entre personas la que deriva de los lazos de sangre, celebración del matrimonio y parentesco legal. En ese sentido el parentesco es el vínculo que se establece entre personas que pertenecen a una misma familia.

2.2.3.2.2. Naturaleza jurídica

En la doctrina se denota diversas posturas sobre la naturaleza jurídica del parentesco; sin embargo, tocaremos los que creemos relevantes.

- a) Atributo a la persona, aquella cualidad que distingue a la persona respecto de las otras, es propio y con otros atributos coadyuvan a su identificación y distinción frente a los otros sujetos de derecho.



b) Derecho personalísimo, en cuanto la persona tiene respecto a aquellos vínculos que mantiene con cada uno de los miembros de su familia.

c) Vinculo jurídico, existe entre consanguíneos, adoptante y adoptados y la afinidad, este criterio que alude el vínculo se sujeta en aquel vinculo biológico, mientras no trascienda en ese plano, no tendrá consecuencias jurídicas (Bossert & Zannoni, 2004).

d) Instituto de derecho de familia, al generar relaciones familiares que conlleva un vínculo, de esto modo se realiza un lazo entre uno y otros miembros de su familia, los alcances, duración y efectos son establecidos por el ordenamiento jurídico.

2.2.3.2.3. Efectos del parentesco.

La figura del parentesco como tal produce derechos y deberes para los parientes, como lo afirma Varsi Rospigliosi (2013b), los efectos surgen y dependen del parentesco, siendo que el parentesco por consanguinidad tiene efectos más fuertes que el de afinidad, pero los efectos de este son limitados y tienen determinados alcances configurados por la Ley.

En el caso del parentesco por consanguinidad, es reconocido indefinidamente en el caso de los que descienden unos de otros (línea recta); y entre parientes de línea colateral los efectos se entienden hasta el cuarto grado.

Por su parte en el parentesco legal (adopción), circunscribe a la línea recta indefinidamente y la línea colateral hasta el segundo grado y aplicación solo para impedimentos matrimoniales.



El parentesco por afinidad (matrimonio), entre cónyuges con los parientes consanguíneos de estos; pese a que los efectos no han sido establecidos, debe entenderse la afinidad en línea recta no acaba por la disolución del matrimonio que lo produce.

No olvidemos el parentesco espiritual, teniendo efectos en el caso de aplicación o utilidad en el Derecho Procesal, causando recusación en jueces, árbitros peritos entre otros.

2.2.3.3. Filiación

2.2.3.3.1. Concepto

La filiación es definida por Cornejo Chávez (1999) en sentido genérico como aquella relación que vincula a una persona con todos sus descendientes y antepasados y, en sentido estricto aquel vínculo de padres con sus hijos. En esta misma línea (Varsi Rospigliosi (2010) refiere que, la filiación de manera genérica la que une a una persona con sus ascendientes y descendientes y, en sentido estricto a que vincula a los hijos con sus padres y establece una relación de sangre y de derechos entre las partes.

Además respecto al concepto de filiación Placido Vilcachagua (2018) afirma que, en sentido amplio puede significar la descendencia en línea directa; pero, en sentido jurídico tiene un significado más restringido, pues esta es equiparable a una relación inmediata del padre o madre con el hijo, de ahí que la referida relación se le denomina paternidad o maternidad (considerada por algunos doctrinarios como elementos en la que se basa la filiación), por lo que la filiación puede definirse como la relación que existe entre dos personas, las cuales una es la madre o padre de la otra.



Ahora bien, debemos de realizar una diferencia entre filiación como hecho natural y como hecho jurídico, pues como lo dice Peralta Andía citado por Medía Ch. (2015) la filiación es una institución del derecho de familia que consiste en la relación paterno filial existente entre una persona, este es el hijo con el padre que lo engendro y con la madre que lo alumbró.

En ese entender podemos afirmar que la filiación no siempre es el lazo jurídico familiar que ocurre únicamente de la unión sexual para luego dar paso a la procreación, sino también la adopción, además ya que en la actualidad y como lo refiere este último autor citado puede ser producto de la fecundación asistida, ahora bien el trato de padres e hijos desde punto de vista natural y biológico, se da por esa correspondencia del hijo de un madre y un padre, pero también están incluidos aquellos que fueron concebidos por un procedimiento de procreación asistida como es el in vitro, pues aunque no se tenga certeza de quienes son los padres, porque estos proceden ciertamente de alguien más.

La determinación de la filiación es la realidad biológica, es decir debe estar acreditada la paternidad o maternidad por aquel nexo biológico. Sin embargo, se da el caso que la maternidad y la paternidad resultan de la atribución que hace la ley de las relaciones jurídicas respecto de los progenitores y del hijo.

2.2.3.3.2. Tipos de filiación.

Para poder referir a los tipos de filiación que prevé nuestra legislación peruana, primero debemos remitirnos a nuestra Constitución que en su artículo 6° establece:

“Artículo 6°.- (...) Todos los hijos tienen iguales derechos y deberes. Está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y sobre la



naturaleza de la filiación en los registros civiles y en cualquier otro documento de identidad”

En ese entender tanto la doctrina y jurisprudencia refieren a los tipos de filiación matrimonial y extramatrimonial.

a) Filiación matrimonial.- Referida a aquella relación paterno filial de los hijos nacidos durante la relación marital de los padres de este, entonces parece fácil la determinación de maternidad y paternidad, pero no es así, pues encontramos situaciones respecto de la impugnación de paternidad y maternidad.

En tal sentido para la determinación de paternidad, debemos remitirnos a los artículos 361° del Código Civil, que prevé la presunción de paternidad, la que no es absoluta, sino *juris tantum*, debiendo ser demostrado mediante prueba de ADN, además de considerar lo establecido por el artículo 396° del Código Civil

En cuanto a la determinación de maternidad, el Código Civil en su artículo 371°, establece que se determinará cuando la madre es aquella que ha dado a luz al niño o la niña, esto es la que ha llevado el embarazo. Por lo que se centra en la constatación del parto, tal es así, que Varsi Rospigliosi (2013b) afirma que la maternidad corresponde a la madre que parió, quien trajo al mundo al hijo *“partus sequitur ventem”*.

b) Filiación extra matrimonial, referida al vínculo establecido entre los padres e hijos concebidos y nacidos fuera del matrimonio, esta relación de los hijos por la unión no matrimonial, queda establecida en el artículo 386° del Código Civil. En este extremo para determinar la paternidad se regirán en mérito al artículo 387° del Código Civil que establece: *“El reconocimiento y la sentencia*



judicial de paternidad o la maternidad son los únicos medios probatorios de la filiación extramatrimonial”.

c) Filiación por adopción.- Regulado por el Código de Niños y Adolescentes, en su artículo 115°, por su parte Varsi Rospigliosi (2013c) afirma que una institución propia de derecho por la que una persona se vuelve padre de otro hijo, pese a la inexistencia del vínculo sanguíneo. Por tanto, los hijos producto de este vínculo, gozan de todos los derechos que por ley le corresponden.

Entonces la adopción es aquel mecanismo por medio del cual se otorga legalmente la filiación entre padre (quienes actúan como adoptantes) y los hijos (quienes actúan como adoptados), en clara ausencia del vínculo sanguíneo.

2.2.3.3.3. Efectos de la filiación.

Conforme a lo referido por Aguilar Llanos(2016), la filiación nos conduce a la descendencia, que es aquel lazo que surge entre padres e hijos, también podríamos referir que es aquella relación paterno filial o materno filial, pues reúne la relación entre hijo con el padre o la madre. En ese sentido la filiación crea un estado civil, esta relación de familia, que conlleva o trae en si derechos y obligaciones vinculadas a ellos, como es de alimentos y hereditarios.

La filiación impone al padre el ejercicio de sus deberes y derechos sobre la patria potestad, conforme lo establece nuestro ordenamiento jurídico peruano, como es el Código Civil en su artículo 418° y siguientes; y, el Código de Niños y Adolescentes en sus artículos 74° y siguientes.



2.2.4. Derecho a la identidad del niño, niña y/o adolescentes, derechos y principios conexos

2.2.4.1. Derecho a la Identidad del Niño, Niña y/o Adolescente

Para referirnos a la identidad debemos también mencionar el libre desarrollo de la personalidad, pues ambos son derechos fundamentales que ostentamos los individuos, por lo que estos son meritorios de tutela y garantía. Nuestra Constitución lo prevé en su artículo 2º, inciso 1):

“Artículo 2º.- Toda persona tiene derecho:

*1. A la vida, **a su identidad**, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. (...)*” (lo subrayado y negrita es nuestro)

En tal sentido la identidad como institución jurídica tiene la cualidad de ser susceptible de protección por parte del Estado, en la medida del uso de aquellos mecanismos que el Derecho peruano e internacional prevén para alcanzar dicho fin, esto es, la magnitud de la protección y garantía de estos derechos.

Además, abordar el tema de derecho a la identidad conlleva hablar sobre la identidad personal que nos permitirá observar que este contiene aquellos atributos, características propias tanto de en el tema biológico, religioso, cultural, social y lingüístico que caracteriza a cada persona y permite que esta pueda identificarse, quedando así que la identidad personal constituye todo lo que hace a cada cual sea uno mismo y no otro, proyectando en el mundo exterior que los demás conozcan a la persona en su mismidad, lo que ella es (Fernández Sessarego, 2015).

2.2.4.1.1. Facetas de la identidad personal:



El derecho a la identidad debe ser entendida en estricto como el derecho que tiene el ser humano a ser reconocido por lo que es y el modo en cómo es; esta percepción nos presenta dos facetas en el tema de identidad personal, como Fernandez Sessarego (2005) sostiene estas son:

a) Identidad dinámica. –Compuesto por un complejo de atributos y calificaciones de la persona los mismo que pueden o no variar a través del tiempo, según la consistencia o coherencia de la personalidad y la cultura de la persona, esta faceta es aquella que cambia según el desarrollo y la estabilidad; es decir, la maduración de la persona.

b) Identidad estática. –Son los primigenio elementos personales que se hacen visibles hacia el mundo exterior, en esta faceta se encuentran aquellas características o también conocidos como atributos que no cambian con el paso del tiempo, los mismos que identifican a la persona de modo inmediato, también podemos decir que la identidad personal del ser humano no varía, pues este se encuentra constante al transcurrir de su existencia, en esta faceta podemos ver el código genético, los progenitores, entorno somático, el lugar y la fecha del nacimiento de la persona, el nombre, aquellas características físicas inmodificables.

En esa línea de conceptos, el Tribunal Constitucional afirma que la identidad es un derecho que posee toda persona a poder ser reconocido en estricto por lo que es, además también ha reconocido la doble dimensión del derecho a la identidad, como rasgos tanto objetivos como subjetivos, en tal sentido resulta vital e importante observar dichas dimensiones o facetas de la identidad personal, ya que estas no muestran aquellas



características o atributos de la persona no cambiarán con el transcurrir de los años, como su identidad genética.

2.2.4.1.2. Concepto de derecho a la identidad.

Como se refirió precedentemente la identidad de la persona se encuentra conformada no solo por las características sino también por los atributos que lo hacen a la persona ser uno y distinto del resto, pero este término de identidad propiamente es distinto del derecho a la identidad.

Una definición del derecho a la identidad la tenemos realizada por el profesor Rubio Correa (1999) que menciona que, este derecho a la identidad como tal es aquel que se le protege y reconoce a la persona, además de que se la respete tal como es, pues no podemos perder de vista que este constituye tanto su propio reconocimiento de quien es y como es, en tal medida este concepto abarca diversos aspectos de la persona, pues se denota desde aquellos aspectos físicos, biológicos hasta el desarrollo de la persona; en este último podemos observar su ideología, valores, identidad cultural entre otros aspectos.

Por su parte Fernandez Sessarego, (2005) afirmaba que la identidad de la persona es como un todo, pues implica la composición de facciones, aspectos que se encuentran vinculados unos con otros, los que parte de ellos tienen propiedades espirituales y psicológicas y otras tienen índole, cultural, religioso, entre otros. Además, hace referencia también que este derecho a la identidad incluye la identidad biológica en todos sus aspectos.

Ahora bien la Corte Interamericana de Derechos Humanos (*Caso Gelman vs. Uruguay*, 2011), nos dice que el derecho a la identidad son el conjunto de características



y atributos que alcanzan personalizar a una persona en la sociedad y contener otros derechos, según el sujeto de derecho y las situaciones del caso; en el caso en concreto de los niños y niñas, se tienen presente el derecho a una nacionalidad, nombre y relaciones de familia.

2.2.4.2. Principio de Interés Superior del niño.

2.2.4.2.1. Concepto.

Es entendido como aquel principio que garantiza el desarrollo integral del niño y una vida digna, lo que conlleva a brindarle a este, condiciones materiales y afectivas, gozando de bienestar que le permitan vivir plenamente.

Doctrinariamente citando a Aguilar Llanos (2016), el principio de interés superior del niño debe ser considerado en todo tipo de medida, acción o política como prioridad y aplicarse este sobre otro tipo de interés, sin olvidar que ello se centre en todo lo que le favorezca al niño, por lo que podemos inferir que debe primar antes de tomar alguna acción la supervivencia, el desarrollo y la protección del niño sobre cualquier interés.

El Perú ratificó la norma internacional de Derechos Humanos, del que podemos establecer principio de Interés Superior del Niño, el mismo que prevalece frente a otros; por lo que la Convención sobre los derechos del niño, (1989), en su artículo 3º, numeral 1) establece:

“Artículo 3º .- 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”



De la norma transcrita líneas arriba, podemos establecer que el principio de interés superior del niño tiene especial atención en los órganos tanto públicos como privados, en tal medida nuestro ordenamiento jurídico peruano, en el artículo IX del Título Preliminar, Código de los niños y adolescentes Ley N.º27337 (2000) prevé:

“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”.

En tal medida podemos decir que el principio de interés superior del niño, no solo es considerado como un principio, sino que también una norma, la misma que confiere al niño el derecho a que sea considerado en lo que más le favorezca en todas aquellas acciones, medidas que el Estado u organismos realicen.

2.2.4.2.2. El interés superior del niño en la dogmática jurídica

El autor Placido V., (2015) expresa que si bien se encuentra un concepto o definición del principio de interés superior del niño desde el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño; pero esta definición no termina de establecerse en qué consiste y cuál es la forma de determinar este principio, esto es como se puede identificar, por lo que el autor lo considera como un concepto jurídico indeterminado.

Partiendo únicamente de la palabra interés (la debe establecer este concepto desde el plano jurídico), este contenido no solo por lo bienes patrimoniales sino también contiene los bienes espirituales, estos dos aspectos afectan a la persona en todos los aspectos o ámbitos de su vida como los vitales, individuales y sociales.



En esa línea de concepción, el Tribunal Constitucional expresó que el interés se desarrolla o reluce con toda certeza como el valor que posee propiamente una cosa, por lo a consecuencia de ello este resulta no solo atractivo, sino útil y apreciable para el resto de las personas. (*Juan Carlos Callegaru Herazo STC 090-2004-AA/TC*, fundamento 11), de tal forma que se ve una idea genérica que, si bien es usada para cualquier persona, pero esta también debe ser aplicado en la persona del niño.

El hecho que el principio de interés superior del niño tenga un concepto indeterminado, trae consigo diversas ventajas, pero también un conjunto de desventajas, en tal sentido dentro de las ventajas se puede observar que la generalidad lo concibe como un principio multicomprendivo, el mismo que descansa en valores de justicia y razonabilidad en aquellas situaciones empíricas; pero dentro de las desventajas observamos aquella imprecisión en su valoración al tenerse un criterio que es subjetivo.

Sin embargo, el interés superior del niño debe tomarse como una garantía que cuentan los niños, puesto que estos tienen derecho a que antes de tomarse una medida o política pública respecto a ellos, debe optarse y preferirse aquellas que no solo promuevan su desarrollo, sino que también protejan sus derechos, además de tenerse la participación activa de los padres y el Estado (Cillero Bruñol, n.d.).

2.2.4.2.3. Dimensiones del principio de interés superior del niño

La concepción o definición del principio de interés superior del niño, lleva consigo una triple dimensión, que conforme lo establece Comité de los Derechos del Niño, (2013), al emitir la Observación General N.º14, tenemos:

- a) Derecho sustantivo. - Se establece de manera primordial, pues todo lo que afecte al niño, sea relacionado de forma directa o indirecta con este, debe



primar el interés superior del niño, siendo fundamental para la evaluación de diferentes políticas o decisiones debatidas, garantizando así el derecho del niño, de aplicación directa e inmediata, en cualquier conflicto o circunstancia que involucre al menor.

b) Un principio jurídico interpretativo fundamental. - Este es un enunciado normativo que constituye un principio interpretativo, al orientar en situaciones donde están involucrados derechos del niño, el comité refiere que en el caso de una disposición jurídica tenga más de una forma de interpretación, se prefiere el que salvaguarde de manera más efectiva el interés superior del niño.

c) Norma de procedimiento.- Contiene esta connotación, en el sentido de que en todo tipo de tramites o procesos en los que estén involucrados los derechos de niño, debe preferirse o seguir el proceso que más favorezca al interés superior del niño, debiendo los estados partes explicar cómo se ha respetado el derecho del niño en sus decisiones, estableciendo los criterios en el que se ha basado su decisión y como se han ponderado los derecho frente a distintas consideraciones, sean estas normativas o en caso en concretos.

En ese sentido, podemos concluir que las funciones que cumple el principio de interés superior del niño, es la interpretación jurídica reconociendo el carácter integral de los derechos del niño, la priorización de políticas públicas relacionado a los niños, pero sin afectar sus derechos, prevaleciendo en todo momento sus intereses y promover la participación de padres e instituciones del Estado.



CAPÍTULO III

MATERIALES Y MÉTODOS

3.1. METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN.

3.1.1. Enfoque de la investigación

La investigación se realizó desde un enfoque cualitativo, al ser una investigación dogmática, en la que se desarrolló principios y derechos fundamentales, pues se interpretó los ejes temáticos siguientes: i) ovodonación como técnica de reproducción humana asistida, ii) la impugnación de maternidad; y, iii) el derecho de la identidad del niño en sus facetas dinámica y estática y los principios y derechos conexos.

En tal medida se hizo un análisis de los ejes temáticos desde una perspectiva teórica-jurídica, que fue trabajada con la legislación peruana y la legislación comparada, con los principios generales del Derecho, que abordaron cada uno de los ejes antes referidos. Se obtuvieron los presupuestos, criterios y las razones jurídicas para poder sustentar la postura, dando razones jurídicas para plantear la propuesta legislativa presentada en la presente investigación.

Respaldamos nuestro método en base a la doctrina de Arbaiza Fermin (2014) quien refiere que en los estudios cualitativos se permite comprender la realidad mediante modelos que explican las causas o motivos por los cuales se producen los problemas jurídicos, como en el presente caso se analizó y estableció que la ovodonación como causal de impugnación de maternidad es un problema que afecta la identidad dinámica y estática del niño.



Concuerda con el autor, el profesor Bernal (2010), quien expone que, este tipo de enfoque permite tener un método inductivo o empírico, pues “se inicia con un estudio individual de los hechos y se formulan conclusiones universales que se postulan como leyes, principios o fundamentos de una teoría” (pp.59-60).

Además de lo mencionado, y parafraseando a García Fernandez (2015) refiere que, la investigación abstrae información de todo tipo de fuentes documentales, y resalta que esta investigación es la más utilizada por los juristas. En esta investigación, culmina, es donde se verá el problema jurídico, por la revelación de las fuentes formales del derecho, y no tomará en cuenta las fuentes materiales. Su objeto en suma es el ordenamiento jurídico, y la transformación de este.

Parafraseando también a Gomez Tapia & Ochoa Romero (2015), quienes resaltan lo siguiente: Es evidente que el camino para generar ciencia jurídica es la investigación científica, esta estrategia es la misma de la ciencia, y por la naturaleza del objeto del estudio del derecho, es necesario el uso de métodos particulares, correspondientes a la dogmática jurídica, para delimitar, el problema de investigación en la interpretación de los resultados y en las conclusiones.

3.1.2. Alcances de la investigación

Hernández Fernández & Baptista (2010) refieren que un estudio puede tener alcances explorativo, correlacional, descriptivo o explicativo; sin embargo esto no se limitan a uso exclusivo de cada uno si no que pueden incluir elementos de más de uno de ellos, en la presente investigación se realizara un alcance explicativo - correlacional, siguiendo un estudio de los ejes temáticos precedentemente referidos.



3.1.3. Diseño de la investigación

El diseño de investigación aplicado es de tipo no experimental y transversal.

Comentando a Carruitero Lecca & Benites Vásquez (2019), quienes expresan que la investigación jurídica por su naturaleza, es de diseño no experimental, se sustenta en la observación de los sucesos, en la naturaleza y luego proceden con su respectivo análisis. Este diseño se divide en Transversal y Longitudinal. En la presente investigación se usó el diseño transversal, que consiste en la recolección de datos, para describir variables, y analizar su incidencia e interrelación entre estas. Para así hacer la correlación entre las variables.

En mérito a lo explicado, el diseño de investigación tuvo una correspondencia con el problema, objetivos e hipótesis, también se evidencia con el plan de investigación para el logro de los resultados expuestos.

3.2. OBJETO DE ESTUDIO

El objeto de estudio según Carruitero Lecca & Benites Vásquez (2019) es la interpretación de normas, instituciones y principios jurídicos, se utilizó una pregunta general y tres específicas de investigación que llego a conclusiones en las que se interpretaron los ejes temáticos presentados. Robert Alexy, 1998, citado por Carruitero Lecca & Benites Vásquez (2019), expresa que el objeto de investigación va dirigida hacia la razón de la dogmática jurídica que equivale a la actividad desarrollada por los estudiosos del Derecho.



3.3. ÁMBITO DE ESTUDIO

El ámbito de estudio está centrado en las instituciones jurídicas a investigar cómo es la ovodonación, impugnación de maternidad y el derecho a la identidad del niño, realizando un análisis desde la legislación peruana y legislación comparada, buscando argumentos jurídicos, doctrinarios y jurisprudenciales que sostengan nuestra propuesta legislativa, de como de estar regulado la figura de la ovodonación sin inobservar el derecho a la identidad del niño y los principios y derechos conexos.

Si bien la presente investigación fue realizada desde la ciudad de Puno, para la obtención de grado profesional de Abogada en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Nacional del Altiplano, respecto al ámbito espacial debemos referir que esta se realizó en el ámbito de nuestra legislación peruana y nuestra realidad peruana.

3.4. MÉTODO, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

3.4.1. Método de la investigación jurídica

Según García Silva (2015), el derecho como ciencia social, es el reflejo de aspectos morales y religiosos, sin que ello impida que genere conocimiento de tipo objetivo o racional, con análisis cuantitativos, cualitativos o mixtos. En ese sentido, determinamos que el método de investigación surge como el camino para lograr el objetivo, esto es comprendido como el conjunto ordenado y sistematizado de procedimientos que permiten desarrollar la investigación y obtener nuevos conocimientos o perfeccionar los existentes.



Según Carruitero Lecca & Benites Vásquez (2019), la metodología se hace en función de los principios que el investigador jurídico considere válidos y los pongan en práctica, pues esta acción recaba y analiza la realidad jurídica. Se debe seleccionar los métodos y técnicas de investigación acerca del procedimiento destinado a la realización del proyecto.

En tal sentido, para la investigación se escogió y aplicó los siguientes métodos.

a) Método dogmático

Este método según Carruitero Lecca & Benites Vásquez (2019), consiste en el análisis de complejos sistemas e instituciones jurídicas. Interpretará el contenido de las normas positivas y principios, para esto usa la abstracción y operaciones lógicas.

En tal medida en la presente investigación, tuvo como objeto de análisis la ovodonación como causal de impugnación e maternidad y el derecho a la identidad del niño, figuras jurídicas que fueron analizados en nuestra legislación peruana (está considerado como un derecho interno) y el derecho comparado, normas jurídicas que fueron analizadas desde su composición. Por lo que verificaremos si está o no el supuesto de hecho identificable o si puede ser modificado.

b) Método Analítico

Este método según Carruitero Lecca & Benites Vásquez (2019), consiste en analizar los elementos que integran un todo complejo. El jurista hace un análisis y genera una opinión. Permite obtener toda la información de cada elemento.



El presente método nos permitió analizar y estudiar cada figura jurídica que concierne al problema de investigación por apartado, analizado desde la legislación nacional, jurisprudencia y doctrina; lo que nos ayudó a establecer y determinar cómo se desarrolló la ovodonación como técnica de reproducción humana asistida, y verificar si esta constituye como causal de impugnación de maternidad de tal forma que este es un problema que afecta la identidad dinámica y estática del niño.

c) Método Comparativo

Este método según (Carruitero Lecca & Benites Vásquez, 2019), consiste en el análisis para la formación de conceptos, es utilizada de manera rutinaria en la evaluación de hipótesis y puede contribuir al descubrimiento de nuevas teorías. Además, el derecho comparado es reconocido como una disciplina de estudio del derecho, el que consiste en comparar las soluciones jurídicas que se dan en los diferentes ordenamientos jurídicos.

La metodología jurídica comparada permite confrontar las semejanzas y las diferencias de los diversos sistemas jurídicos vigentes en el mundo con la finalidad de comprender y mejorar el sistema jurídico de un país determinado (Durán Bernardino, n.d.), conforme lo refiere Mancera Cota (2008) una ventaja que ofrece el método comparativo es que permite entender un orden jurídico diferente que el propio y navegar a través de diferentes sistemas jurídicos.

Este método de investigación nos permitió realizar comparaciones entre las diferentes legislaciones que tenemos en el mundo, en el presente trabajo de investigación se realizó la comparación legislativa en Latinoamérica y Europa sobre la ovodonación y la filiación, considerando el sistema jurídico en el que nos encontramos.



d) Método Sistemático

El presente método resulta de la interpretación de una figura jurídica, desde el punto de vista de diferentes perspectivas o miradas, pues en el derecho la interpretación puede ser hecha el surgimiento de conocimientos y diversas posturas, como se observa en concreto de la doctrina, jurisprudencia, fundamentos acordes al caso específico.

En la presente investigación se sistematizó de forma holística los ejes de investigación, esto es las figuras jurídicas que presenta el problema “la ovodonación como causal de impugnación de maternidad un problema que afecta la identidad dinámica y estática del niño”, lo que nos permitió un análisis más amplio de cada figura jurídica, estableciendo las razones legales, jurisprudenciales y doctrinales.

e) Método de argumentación jurídica

El presente método se realizará al sistematizar las razones que justifican objetivamente la posición frente al problema jurídico de investigación, pues no podemos perder de vista que el Derecho conlleva a ser una actividad de argumentación, en tal medida se tendrá la construcción de fundamentos, criterios y razones que crean la aplicación e interpretación de las figuras jurídicas de la investigación y la posición en la que nos encontramos.

Desde el punto de vista de la doctrina podemos afirmar que la argumentación contiene e implica la operación del razonamiento que transita en la composición de una premisa mayor, premisa menor y la conclusión.

En la presente investigación el método de la argumentación ayudó a fundamentar y desarrollar las razones del porque considerar en principio que se permita regular la



ovodonación dentro de nuestra legislación como un método de reproducción humana asistida, y razones por la que no debe ser considerada como causal de impugnación de maternidad pues este hecho vulneraría no solo el derecho de identidad del niño, sino también diversos derechos conexos y principios concernientes del niño y de la madre.

3.4.2. Técnica de la investigación jurídica

La técnica que se utilizó en la presente investigación es tanto la observación documental, mediante el uso de la observación y construcción de documentos, pues de esta forma se mostrará el resultado del saber empírico-técnico, por medio de la comprensión e interpretación de los conocimientos sistemático y filosófico del Derecho.

3.4.3. Instrumentos de la investigación

Los instrumentos deben ser considerados como un recurso que el investigador puede corresponder en el proceso de investigación para aproximarse a aquellos fenómenos, de tal forma que estos le ayuden a extraer información.

Cada instrumento se distingue como lo afirma Bernardo y Calderero (2000), esta distinción se da por los siguientes aspectos, por su forma y contenido. Cuando nos referimos a la forma del instrumento es clase de acercamiento que instauramos con lo empírico, en cuanto a las técnicas que desarrollamos en el área de investigación. Por su parte, respecto al contenido, se expresa al momento de realizar la especificación de todos los datos concretos a los que se necesita alcanzar; en ese sentido, podemos aseverar que es una serie de ítems entendido como los indicadores bajo la forma de preguntas, de elementos a observar, entre otros. (Citado por Hernández, et al, 2016).



Para conseguir los objetivos propuestos en la presente investigación en los todos los componentes, se utilizará:

- Fichas de análisis bibliográfico y de contenido;
- Fichas de Revisión Documental;
- Ficha textual; y,
- Ficha de Resumen



CAPÍTULO IV

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

4.1. RESPECTO AL OBJETIVO ESPECÍFICO I:

Analizar si la ovodonación como método de procreación asistida se encuentra regulada en nuestra legislación peruana; y, si está puede constituir como causal para cuestionar el vínculo filiatorio.

En este punto podemos traer a colación lo precedentemente referido en la presente investigación, que en nuestra realidad el desarrollo de la reproducción humana asistida ha tenido un avance significativo, que si bien el uso de las TERHAS ha causado problemas a nivel jurídico, pero en el ámbito del derecho genético en nuestra legislación peruana no se ha realizado un análisis al respecto ni una buena regulación, por lo que resulta necesario encajar legislativamente esto, para proteger los derechos fundamentales de la madre y también del hijo (a) procreado (a) mediante el uso de una de las referidas técnicas.

En tal medida resulta necesario desde el punto de vista particular que, debe de analizarse cada una de las figuras de las técnicas de reproducción humana asistida, pues según la búsqueda de investigaciones anteriores se denota un gran análisis solo a la maternidad subrogada en su tipo de vientre de alquiler, más no se observa investigaciones respecto a las demás tipos de maternidad subrogada, ahora bien respecto de la ovodonación, si bien constituye un tipo de maternidad subrogada, pero esta no tiene el mismo supuesto de hecho de un caso de vientre de alquiler.

Antes de ingresar al tema de la regulación de la ovodonación, es necesario establecer cuáles son los diagnósticos de infertilidad en el Perú; si bien este hecho de

infertilidad se da en ambos géneros humanos, esto es las mujeres y varones (femenino y masculino), pero para efecto de la investigación solo se considerará todo lo referente a la infertilidad de la mujer, y la técnica aplicable a esta.

Por lo que Neciosup Santa Cruz (2018), en el informe realizado para el Congreso de la República, citando al informe del MINSA, afirma que los diagnósticos de infertilidad (razón por la que se usa la ovodonación), revelados por el MINSA para el caso femenino son especialmente: la falta de ovulación, entre otros

Tabla 1 Número de casos de infertilidad femenina diagnosticados según departamento años 2009-2013

Departamento	Total 2009	Total 2010	Total 2011	Total 2012	Total 2013
Amazonas	17	12	17	20	15
Ancash	66	54	35	50	89
Apurímac	20	24	22	38	41
Arequipa	261	257	237	255	638
Ayacucho	19	13	14	20	23
Cajamarca	50	102	39	50	81
Callao	260	300	293	207	246
Cusco	106	76	66	84	59
Huancavelica	8	6	13	28	15
Huánuco	44	15	25	18	21
Ica	49	50	57	49	62
Junín	69	55	46	63	76
La libertad	227	189	198	155	187
Lambayeque	61	46	48	38	135
Lima	8,956	9,119	8,958	8,986	10,137
Loreto	43	31	31	33	24
Madre de Dios	4	1	3	6	6
Moquegua	21	10	51	15	14
Pasco	14	14	20	7	18
Piura	61	42	85	58	69
Puno	48	50	47	34	41
San Martín	22	23	23	17	31
Tacna	27	28	24	24	27
Tumbes	9	13	12	11	23
Ucayali	41	45	31	16	26
Total	10,503	10,575	10,395	10,282	12,104

Nota: La tabla muestra el número de diagnósticos de infertilidad femenina en los departamentos del Perú respecto de los 2009-2013. Fuente: Oficina de Estadística e Informática -MINSA, citado en el Informe de Problemas de Política Pública y Estado Situacional de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en el Perú, del Congreso de la República.



De la tabla 1, podemos observar que los diagnósticos de los casos de infertilidad al 2013 han ido incrementando y como se ha desarrollado en el capítulo II de la presente investigación, las causas son la falta de generación de óvulos sanos (conocido también como disfunción ovulatoria), también tenemos los problemas de obstrucción de las trompas de Falopio, lo que impide que el espermatozoides y el ovulo se hallen en consecuencia no se pueda fecundar, problemas inmunológicos, la edad de la mujer (considerando en este extremo la maternidad postergada por temas de superación en los diferentes aspectos de la vida), el estrés; entre otros.

Este hecho resulta importante y relevante pues al incremento de infertilidad se produce el uso alternativo de técnicas de reproducción humana asistida, para poder concebir un niño, formar una familia, y realizar el sueño y deseo de ser madre.

En tal medida, este hecho no puede pasar inadvertido por el estado y, para la toma de acciones en las diferentes políticas públicas, pues en el caso del uso de las TERHAS se tienen diferentes derechos como el derecho a la familia, el derecho a la reproducción, la libre elección y los principios de dignidad, entre otros, los mismos que se ven afectados al no regularse las TERHAS en nuestra legislación peruana. Entonces podemos afirmar que resulta necesario verificar si nuestra legislación peruana prevé y permite la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida, en el caso concreto de la ovodonación.

4.1.1 Regulación de la ovodonación en el derecho nacional y comparado

Resulta necesario en este punto realizar el análisis de la ovodonación tanto en nuestra legislación peruana y en la legislación comparada, pues diversas manifestaciones en los diversos países del mundo, han aprobado la fertilización humana y la embriología con una posición amplia y abierta (Cifuentes, 1995).



Antes de referirnos a la regulación de las TERHAS en nuestra legislación, considero conveniente señalar que las técnicas heterólogas nos traen algunos problemas de orden ético y jurídico, pues realizar dicha técnica conlleva a aceptar el gameto sexual de una tercera persona, quien cede dicho elemento para concebir o procrear un nuevo ser (Valverde Morante, 2001), es decir la fecundación heteróloga es recurrir a la cesión o donación de gametos para lograr la fertilización.

En la legislación peruana tenemos de algún modo regulado las TERHAS en el artículo 7°, de la Ley General de Salud N.º 26842 (1997), norma de orden público, que refiere:

“Artículo 7.- Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, 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.”

De la lectura literal del referido artículo, podemos a primera impresión expresar que es necesario que para el uso de las TERHAS coincida la madre genética con la madre gestante; y, si bien la ovodonación no se encuentra regulado ni reglamentado, pero realizando una interpretación literal del artículo 7° de la Ley General de Salud antes referida, se obtendría que la ovodonación como técnica de reproducción asistida heteróloga o supra-conyugal no estaría permitida, pues es evidente que tanto la madre genética y madre gestante no coincidirían, como ya se ha establecido y detallado en el



numeral 2.2 de la presente investigación, la concepción de un nuevo ser se da por la donación de un ovulo de una tercera persona, ya que la que desea ser madre por los diferentes problemas (tanto fisiológicos u otros) no puede generar los óvulos suficientes para fecundar un nuevo ser; sin embargo, realizando un estudio de la referida norma, viendo los supuesto de hecho de este artículo 7° ya referido, observamos que su propósito es que toda persona infértil tiene derecho a recurrir a las técnicas de reproducción humana asistida, generando de esta forma un derecho subjetivo para las personas infértiles (por así denominarlas), pero en segundo plano observamos que excluye el supuesto que se presenta en aquellas personas donde no coincida la maternidad genética con la gestante, generando de esta forma un tipo de trato diferenciado entre las personas que tienen problemas de fertilidad, pero la pregunta en seguida seria ¿la ovodonación como técnica de reproducción humana asistida es lícita o ilícita?

Para poder responder la pregunta nos remitiremos a lo señalado por el profesor Espinoza Espinoza (2015), quien afirma que nuestra legislación peruana, particularmente en el Código Civil, no contamos con la determinación normativa de la ilicitud, entendida también como antijuridicidad, por que constituiría y se configuraría en los siguientes casos al transgredir aquella norma impuesta por el derecho o determinados supuestos, contravenir los valores de la convivencia, entendido esta última cuando se presenta una situación injusta.

Por otro lado, tenemos que los hechos ilícitos se dividen de aquellas obligaciones consideradas como cuasi-delictuales o delictuales, ello nos conlleva a considerar una actuación dañosa que se realiza con la intención de dañar, en conclusión considerarlo como un delito, pero si nos remitimos a nuestro Código Penal Peruano, podemos observar que la conducta en caso de realizar la técnica de reproducción humana asistida como es



la ovodonación no se encuentra prevista en ningún tipo penal, entonces podríamos decir que la ovodonación no se encuentra prohibida; sin embargo, tampoco se encuentra permitida.

En ese sentido la ovodonación si bien no está permitida expresamente, pero no se encuentra dentro de un supuesto de contravención de la norma, tanto más que no podemos ignorar el hecho de que ser madre es un derecho, vinculado con el derecho a tener una familia, la misma que se encuentra reconocido en nuestra Constitución, por lo tanto la ovodonación como técnica de reproducción humana asistida no puede ser considerada como ilícita, pues tendríamos en este estado ponderar algunos derechos y no dar un trato diferenciado a un sector de la población, siendo así, podemos afirmar que artículo 7° de la Ley General de Salud, traería consigo una limitación no acorde con el problema que se presenta, además debemos considerar lo referido en la legislación comparada que se pasara a establecer posteriormente, verificando cual fue el motivo para que diferentes países permitan el uso de esta técnica de reproducción humana asistida.

4.1.1.1. Ovodonación en la legislación peruana:

Como se ha mencionado líneas arriba, en nuestra legislación peruana tenemos el artículo 7° de la Ley General de Salud que prevé las técnicas de reproducción humana asistida; sin embargo, de la lectura de dicho artículo nos muestra como supuesto de hecho, el permitir el uso de las TERHAS siempre que la condición de madre genética y madre gestante recaiga sobre la misma persona.

Al respecto no podemos perder de vista lo establecido en la jurisprudencia peruana, que en la *Casación N.º4323-2010-Lima* (2011) la Corte Suprema de Justicia de la República a través de la Sala Civil Permanente, afirma que el procedimiento de



ovodonación no es un acto ilícito, tampoco constituye un delito, lo que en realidad ocurre en el ordenamiento jurídico peruano respecto de la ovodonación es un vacío normativo y también un vacío jurisprudencial (este último en el sentido de que no existe un precedente que hable o refiera el caso de TERHAS, ni mucho menos de la ovodonación).

Nuestra legislación peruana en efecto admite las técnicas de reproducción humana asistida, a través de la Ley de General de Salud en su artículo 7°, concordante con la Declaración de Monaco: la bioética y los derechos del niño (2000), que trata sobre los métodos alternativos no supletorios, que tienen como fin poder superar aquella deficiencia biofísica que impide en el caso concreto a la mujer poder contar con descendencia cuando muchos métodos no han dado efecto.

Admitir la fecundación heteróloga solo con material genético masculino más no con material genético femenino, resulta discriminatorio por razón de género, ahora si bien se denota un gran enfoque de estudio en la maternidad subrogada por vientre de alquiler, no podemos olvidarnos de las otras técnicas de reproducción asistida, pues si bien el caso de vientre de alquiler se puede probar la filiación genética e impugnar la maternidad, pero tal hecho no ocurre en el caso de la ovodonación, pues la mujer requiere de una tercera mujer que done o ceda su óvulo para poder esta primera mujer concebir y realizar su deseo de ser madre y ejercer su derecho a la maternidad y la familia.

Y como se hizo referencia en el capítulo II del presente trabajo de investigación las TERHAS si bien tienen diferentes tipos, para efecto de la investigación solo trataremos del tipo de técnica denominada “fecundación in vitro (FIV)”, que es el procedimiento a través del cual implanta en el útero de la mujer el ovulo fecundado (la



unión del espermatozoide y el ovulo en un laboratorio), hecho que generará la gestación de la mujer.

Tal hecho nos genera la maternidad subrogada, en el caso de la presente investigación en su tipo de ovodonación, lo que en nuestra legislación peruana si bien no está prohibida, tampoco se encuentra regulada, pues en el caso de la ovodonación la mujer no puede generar óvulos por un factor anatómico-fisiológico, que es generado a causa de diferentes factores ya desarrollados como es la contaminación, la postergación de la maternidad, el estrés, entre otros. Sin embargo, esta mujer si puede llevar el proceso de gestación.

En tal medida al usarse la ovodonación, la mujer que puede gestar pero no puede generar óvulos sanos, requiere de una tercera persona para que ceda este ovulo, este proceso de ovodonación como ya se refirió no está previsto dentro del marco normativo, pero como “todo lo que no está prohibido está permitido”, afirmación que es recogida por el Tribunal Constitucional en el EXP. N.º 0013-2003-CC/TC (2003).

Pudiendo observarse en nuestra realidad que las clínicas privadas, brindan los diferentes tratamientos relacionados con las técnicas de reproducción humana asistida, entre ellas la ovodonación, por otro lado también tenemos las acciones del Estado que mediante el sistema de salud ofrece tratamiento pero de baja complejidad, así el Minsa mediante una Nota de Prensa (2019), afirmó que alrededor de 40 niños nacen bajo un proceso de TERHAS como es el tratamiento de Fertilización In Vitro, método que se ofrece y realiza con el Instituto Nacional de Materno Perinatal, atención que se brinda a aquellas parejas que no consiguen concebir un bebe, de tal nota de prensa se afirmó que en el 2018 nacieron 40 niños pese a la condiciones de infertilidad diagnosticados a la



mujer-madre, refiriendo el jefe del servicio de Medicina Reproductiva del INMP Marco Garnique, recomendando a aquellas mujeres mayores de 35 ir al médico si en 06 meses no puede concebir.

En tal medida, se tiene que el artículo 7° de la Ley General de Salud, permite el uso de las TERHAS, los criterios para poder cambiar dicho artículo, es en sentido de que una norma no puede ser discriminatorio, es decir no podría recortar un derecho en casos similares, pues como se tiene en el referido artículo se permite la donación de espermatozoides; sin embargo, se prohíbe la donación o cesión de óvulos, como lo afirma el profesor Juan Espinoza para la interpretación del artículo 7° de la LGS, debe dejarse de usar el texto literal de dicho artículo y permitirse la ovodonación, pues se realiza una discriminación al permitirse la donación de espermatozoides y prohibirse la donación de óvulos.

Regular la técnica de ovodonación conlleva promover los derechos reproductivos, siendo así las mujeres con problemas de infertilidad pueden acceder al deseo de ser madre, que conlleva en si misma diversos derechos como el desarrollo a su libre personalidad, libertad procreativa, además de la igualdad entre todos. Dichos fundamentos ayudan para que en nuestra legislación peruana pueda permitirse la ovodonación de forma expresa, tanto más que el Perú ha suscrito tratados y convenios internacionales, en los que reconoce los derechos reproductivos.

Tabla 2 Regulación de las TERHAS en el Perú

NORMATIVIDAD	TEXTO NORMATIVO	DERECHOS AFECTADOS AL NO CONSIDERARSE LA OVODONACIÓN
Ley N.° 26842 Ley General de Salud Artículo 7°	<p><u>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.</u> 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. (lo subrayado y negrita es nuestro)</p>	Derecho al libre desarrollo de la personalidad. Derecho a la reproducción Derecho a la familia

Nota: En la tabla se muestra que las TERHAS si se encuentran reguladas; sin embargo, en el caso de la ovodonación al no coincidir la madre genética y gestante se presumiría que está prohibida, pero al no ser expreso en nuestra realidad es utilizada, por lo que debe de regularse considerando los derechos que se ven afectados en caso no se regule. Fuente: propia

En este punto resulta necesario también expresar que nuestra legislación frente al tema de trasplantes de órganos presenta un vacío, pues no contiene alguna expresión respecto de la cesión de óvulos o de semen para el uso de las TERHAS, pues una cesión o donación de material reproductivo no conlleva la disminución de la integridad física, pues este es un elemento que pueda regenerarse como la sangre. Existiendo un problema moral netamente.

4.1.1.2. Ovodonación en la legislación comparada de Latinoamérica

Mediante el derecho comparado, encontraremos puntos y perspectivas jurídicas de los diferentes ordenamientos de otros países en cuanto a la regulación de las técnicas de reproducción humana asistida, esto nos permitirá acercarnos a construir nuestro



ordenamiento jurídico interno, tanto más que nos ayudara como guía para resolver un conflicto de interés dentro del uso de las TERHAS; y, porque no decir que nos sirve como fuente de interpretación y razón del porque la ovodonación como TERHAS debe ser regulada, incluida y/o permitida en nuestra legislación peruana.

Si nos remitimos a Argentina, Rodríguez Iturburu (2015) refiriendo a la regulación de las TERHAS en su país, afirma que “en el año 2013 se estableció la ley de acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida bajo Ley N°26.862, publicada en el Boletín Oficial el 26/06/2013 y reglamentada mediante el decreto 956/2013,26” la misma que se centra en la cobertura médica integral de este tipo de técnicas, no haciendo ninguna limitación respecto de las técnicas homologas y heterólogas. Así también en el 2014, el Nuevo Código Civil y Comercial, trato la existencia de la persona, regulando la filiación de los niños nacidos mediante el empleo de las TERHAS. Hecho que nos permite afirmar que en este país ya se encuentra permitida y regulada la ovodonación.

En Chile actualmente no se encuentra regulado las TERHAS, sin embargo se tienen dos proyectos de Ley, en los que trata de las TERHAS y su uso tanto en las técnicas homólogas y heterólogas, tal es así que Espada Mallorquín (2017), analizando la realidad chilena afirma que: “en la comisión, el primer proyecto fue aprobado por unanimidad, entendiendo que la regulación legal de las técnicas de reproducción asistida representaba una valiosa oportunidad para proteger al embrión humano, bajo el imperativo del artículo 19° numeral 1) de la Constitución Política”, de tal forma que esta es una tema de preocupación prioritaria. Por lo que también dicho sistema jurídico viene construyendo su regulación.



Si bien la legislación de México no existe una regulación íntegra de las TERHAS, pero estas no se encuentran prohibidas sino que sus constitución lo permite y que incluso el propio estado dio la licencia sanitaria para realizar la práctica de las técnicas asistidas, como el Centro Médico Nacional (CMN); el Hospital Materno Perinatal Mónica Pretelini; y el Instituto Mexicano de Infertilidad, en Jalisco, que funcionan y cuentan con la disposición de células germinales para la reproducción asistida (Esparza-Pérez, 2017).

Por su parte en Colombia, no hay una regulación que prohíba o permita la práctica de las TERHAS, por lo que esta es realizada, por lo que la Corte Constitucional en su Sentencia T-605 de 2007, ha establecido que en garantía de sus derechos sexuales y reproductivos debe protegerse a la mujer (Castellanos, 2012), hecho que ocurre también en nuestra legislación peruana.

Si nos remitimos al ordenamiento jurídico de Argentina, la maternidad está establecida por el parto, esto es la mujer que alumbró al niño es la madre, existiendo y prevaleciendo la maternidad legal; sin embargo, al igual que en nuestra legislación peruana no está permitida la filiación heteróloga. Por su parte Chile ha establecido en el caso del uso de TERHAS la filiación biológica, esto es, quien da a luz es la madre.

El uso de las TERHAS está relacionado no solo por los problemas de infertilidad, sino también por el avance de la ciencia y la tecnología, que permite procrear con el uso de ellas, este avance tecnológico es un factor como punto de partida, pero también tenemos el factor de la regulación jurídica, pues ambos permiten que un sistema jurídico responda a los cambios tecnológicos y los problemas jurídicos.

La ovodonación es un tipo de maternidad subrogada, en tal medida su concepción por medio de FIV hace que se implante en el útero de la mujer el embrión (este como

resultado de la cesión o donación de un óvulo de una tercera persona y el espermatozoide del esposo), siendo esta técnica diferente a la de un vientre de alquiler que es otro supuesto de maternidad subrogada, pues en el presente caso la mujer no tiene dificultades para llevar el embarazo.

Tabla 3 Regulación de la TERHAS en Latinoamérica

Normas de Reproducción Asistida en la Legislación Comparada Latiniamerica	
País	Norma
Perú	Artículo 7° de la Ley General de Salud Ley N° 26842
Argentina	Ley de Reproducción Médicamente Asistida 26.862 de Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico asistenciales de reproducción médicamente asistida.
Chile	Proyecto de ley sobre Ley de Reproducción Humana Asistida, artículo 6 respecto a la utilización de gametos donados: "Los gametos femeninos y masculinos, deberán provenir de los miembros de la pareja. Sólo en el caso de ausencia de gametos o que éstos no sean útiles al fin reproductivo, se podrá recurrir a gametos de donantes. (...) La utilización de gametos donados deberá ser consentida de manera específica por las personas que se someten al procedimiento, éste consentimiento deberá cumplir con los criterios y requisitos que se exigen al consentimiento informado indicado en el artículo anterior. (...)"
Mexico	Su Constitución Federal, en su artículo 4° establece la libertad de procreación, derecho derivado de la protección, organización y desarrollo de la familia.
Colombia	No existe una regulación expresa del uso de las TERHAS, pero este país a través de su jurisprudencia ha permitido el uso de ellas. Por su parte la Constitución Colombia en su artículo 42° reconoce el derecho a formar una familia y optar por el uso de las TERHAS.

Nota: La siguiente tabla nos muestra en los países de Latinoamérica que algunos si tienen regulado las técnicas de procreación humana asistida, pero de otras denotamos un similar caso como en Perú. Fuente: Propia.

4.1.1.3. Ovodonación en la legislación comparada de Europa.

En Europa, podemos remitirnos al ordenamiento español donde este sistema jurídico regula la fertilización heteróloga, tal hecho permite que la maternidad en el caso del método de la ovodonación se encuentra determinada por el hecho de parto existiendo



una filiación biológica; por otra parte, Francia presenta una similar situación con la diferencia que las TERHAS están reguladas en el ámbito del derecho civil.

En Francia en el artículo 2° de su Código Civil, modificado, permiten prevenir y tratar las enfermedades genéticas, además en su Ley N° 94-654, establece los principios generales de la procreación medicamente asistida. Además, si nos remitimos a la LOI N° 2004-800 relative à la bioéthique, 2004, en el que establece que la procreación asistida artificial está dirigida a responder la demanda parental de una pareja, cuyo objetivo es la remediar la infertilidad, permitiendo en concreto la donación de óvulos, pero esto limitado a las mujeres mayores de 40 años, así también a través de la Ley 2141-3, se determina que un embrión puede ser concebido in vitro siempre que uno de los gametos sea proveniente de al menos uno de los padres (Germán Zurriaráin, 2011). En ese sentido podemos afirmar que en esta legislación Italia está permitida la fecundación heteróloga.

Si nos remitimos a la legislación española, tener hijos se encuentra protegido por su Constitución, ello lo podemos equiparar con el derecho a tener familia al igual que en nuestra Constitución, de tal forma según Aramburú & Ciani (2012), en España la ovodonación es un método que ayuda a las mujeres estériles puedan ser madres. En ese sentido la ovodonación es un procedimiento que se encuentra autorizado conforme se tiene la Ley 14/2006, 2006 que en su artículo 5° establece: “Artículo 5. Donantes y contratos de donación.1. La donación de gametos y preembriones para las finalidades autorizadas por esta Ley es un contrato gratuito, formal y confidencial concertado entre el donante y el centro autorizado (...)”. Ley que además establece los requisitos y las condiciones en las que puede ser aplicada dicha técnica, mediante un contrato.



Por su parte en la Legislación italiana tenemos la Ley N° 40, de 19 de febrero de 2004, respecto de normas de procreación médica asistida, se tiene que si permite las técnicas pero esta se limita a aquellas técnicas homólogas, más las técnicas heterólogas se encuentran prohibidas, sin embargo en Corte Costituzionale Italiana, mediante el fallo 162 de 2014, buscó reducir la distancia entre importantes derechos fundamentales como es el de la salud, el libre desarrollo de la personalidad en ámbito familiar y las opciones tomadas por el legislador, produciendo, en los hechos, un progresivo aumento de las técnicas admitidas y una muy limitada ampliación de las categorías de personas que pueden tener acceso a éstas (Corn, 2015). Por lo que esta es una situación similar al de nuestro derecho peruano en el que a simple vista se encuentra prohibida la TERHAS heterólogas, pero que nuestros tribunales por así denominarlos, ha establecido que esta no se encuentra prohibida y que, en una interpretación con el avance de la tecnología y cambios, debe ser permitida.

En Alemania existe la ley de protección al embrión, Ley N° 745/90 de fecha 13 de diciembre de 1990, en la que se permite el uso de las técnicas asistidas, pero previo consentimiento de las partes y de la parte que dona su gameto, sancionando el uso abusivo de las técnicas de reproducción humana asistida.

Tabla 4 Regulación de la TERHAS en Europa

Normas de Reproducción Asistida en la Legislación Comparada de Europa	
País	Marco Legal
Francia	Código Civil, regula la reproducción asistida, en su ordenamiento jurídico no esta prohibida la técnicas heterólogas; además, en la Ley 2004/800 sobre bioética y metodos de procreación asistida; asi tambien la Ley N°94-613 " <i>Ley relativa al respeto del cuerpo</i> ", que establece los requisitos para utilizar las TERHAS.
España	Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida
Italia	se tiene la Ley N.° 49, publicada el 19 de febrero de 2004, denominada " <i>Norme in materia di procreazione medicalmente assistita</i> "
Alemania	Ley de Protección del Embrión 745/90 del 13.12.1990. La Ley alemana, en su artículo 4°, pena con reclusión o multa a quien fecunde un ovocito sin que hayan dado su consentimiento la mujer de quien aquel proviene y el hombre cuyo espermatozoide se empleó para la fecundación.

Nota: La siguiente tabla nos muestra que en los países de Europa se tiene una mejor regulación de las TERHAS. Fuente: Propia.

Como se observa, en 03 países de Europa, con excepción de Italia, se encuentra permitido las TERHAS y dentro de ellas las heterólogas, donde se encuentra la ovodonación, por lo que como dice Alarcón Rojas (2003) la existencia de las garantías institucionales lleva consigo el reconocimiento de las personas, actividades o instituciones, para no vulnerar derecho y lograr la igualdad entre todos, esta garantía son derecho que no pueden ser desconocidos y es el Estado quien debe adoptar medidas necesarias para hacerlos efectivos (Universidad Ecternado de Colombia, 2003).

4.1.2. Conceptualización de la maternidad

La maternidad es entendido en las palabras de Turbert (1998) como el conjunto de diferentes fenómenos que contiene una gran complejidad, la que sería imposible abarcarla por una disciplina en concreto, pues se tiene que la reproducción de los cuerpos es aquel hecho biológico que se encuentra localizada en el cuerpo de la mujer; sin



embargo, cuando tratamos de la generación de un nuevo ser humano el concebido por así denominarlo, este hecho no es únicamente biológico sino que integra diferentes dimensiones.

Considerando ellos, podemos dar una aproximación para definir la maternidad como una función que es social, ubicando a la madre en una cultura materna que resguarda e influye sobre sus propios juicios. Todo ello sin olvidar o alejarnos que existe una diferencia entre la maternidad (que se da por el deseo de ser madre y otro por el hecho natural e histórico) y el post-maternal (referido a la concepción y la relación del hijo y su madre). Denotándose más la diferencia en el hecho de estar embarazada y el ser madre.

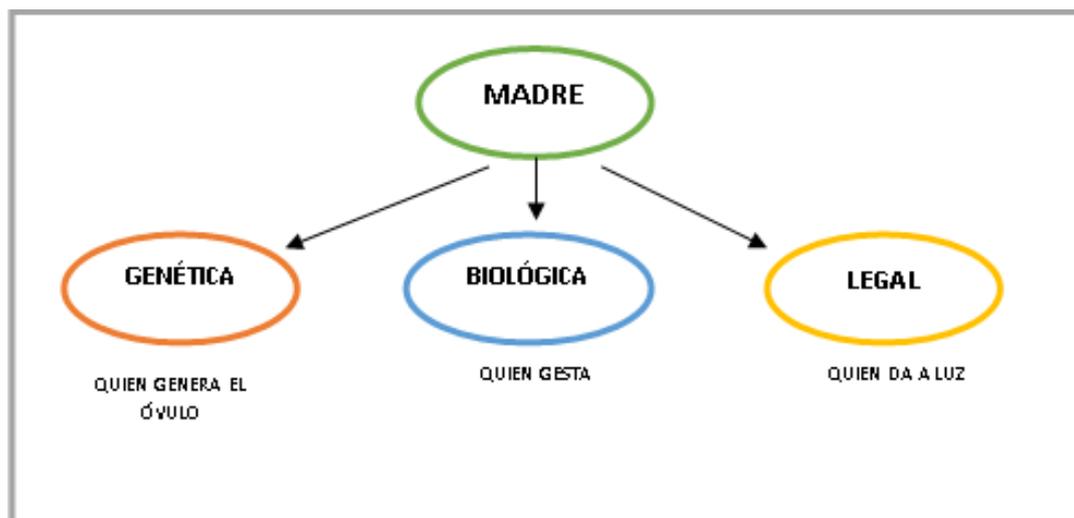
Con el avance de la ciencia y la tecnológico nos atrevemos a afirmar que la maternidad no se da exclusivamente por medio de la reproducción biológica, sino que está también se da por medio de una técnica de reproducción asistida, en tal medida esta primera identificación, que suele ser entendida erróneamente, genera la negación de lo más relevante en la reproducción humana que no es únicamente el proceso de concepción y gestación, sino que va más allá, pues se trata de una tarea cultural, social, ética y biológica de hacer posible la creación de un nuevo sujeto humano.

El deseo de ser madres un hecho natural, pues se muestra un instinto maternal, que es social, pues estamos ante una función que respalda e influye los propios juicios de la mujer; Ferro (1991) menciona que lo que marca la naturaleza es el deseo; sin embargo, lo que centra ello es la cultura, entendida como aquello que imponga la ley citado por (Marrades Puig, 2002). Nuestra cultura tiene la idea o mito de que toda mujer es madre en potencia, en deseo y en la necesidad.

Cuando una mujer elige ser madre, desde el momento del nacimiento de su hijo o hija se está comprometiendo y se encuentra ligada en dedicar parte de su vida a este nuevo ser; en tal medida, el acto biológico de concebir, gestar y dar a luz a un nuevo ser o individuo no engloba, enmarca o encierra el concepto de maternidad, sino que está involucrado e irradia actos más allá de los puramente biológicos, y como es en caso de la maternidad subrogada podemos observar que se incluye otras formas de maternidad en la que la madre no puede haber engendrado, pero su haber gestado.

A raíz del uso de las técnicas de reproducción humana asistida, se ha tenido que realizar una distinción entre madre genética, que es la mujer que genera o proporciona el gameto, esto es el óvulo sano, teniéndose de tal forma una información genética; por otra parte, se tiene la maternidad biológica, entendida cuando la mujer gesta o lleva el proceso de gestación del nuevo ser; y, finalmente a la maternidad legal, se da cuando la mujer participando como sujeto activo en el parto, se reconoce a la mujer como madre del niño, asumiendo la responsabilidad y el papel de madre.

Figura 7 Tipos de maternidad



Nota: La figura nos muestra los tipos de maternidad. Fuente: Propia



La madre biológica y legal es quien lleva al hijo en su vientre durante el periodo del embarazo (09 meses aprox.), en el que el bebé respira y se alimenta de la placenta a través del cordón umbilical de la madre, mostrándose un intercambio biológico madre e hijo, sin importar si es que es una madre genética

La maternidad genética se da por quien aporta el material genético, esto es lo ovocitos, en el caso concreto de la mujer para la técnica de ovodonación el óvulo; en este tipo de maternidad se aplica las técnicas de reproducción asistidas, donde se fecunda el gameto de la mujer y/o varón en el vientre de otra, se le denomina madre sustituta o maternidad subrogada.

También no podemos perder de vista la madre volitiva o psicoafectiva, siendo la mujer que desea ser madre, en el caso de la ovodonación se materializa en la solicitud hecha a una tercera persona para que pueda donar y ceder el óvulo, la misma que ha de ser de forma altruista y sin el deseo de querer ser madre. Este hecho puede asemejarse al caso de la filiación por adopción, donde prima más el deseo de ser padre o madre y la socio-afectividad que nace de la convivencia de los adoptantes y el adoptado, para el caso concreto de la ovodonación en la que se presenta la maternidad subrogada.

El uso de las técnicas de reproducción humana asistida ha traído consigo problemas y ha denotado la diferencia de maternidad, puesto en muchos casos no coincide la maternidad biológica con la maternidad genética, así como la maternidad legal con la maternidad genética.

En el caso de la ovodonación, se tiene que una tercera persona - mujer dona o cede sus óvulos, a la mujer que desea ser madre, pero el hecho de donar o ceder su gameto



femenino no implica que esta tercera persona desee ser madre, sino que de forma altruista cede sus óvulos para ayudar a otra mujer para que pueda concebir y ser madre.

De tal modo que el derecho no puede ser ajeno a las nuevas circunstancias y avances de la tecnología, pues el derecho a la maternidad implica una proyección del derecho a la libertad y al desarrollo libre de la personalidad donde trasciende el ejercicio de la libertad reproductiva

La maternidad si bien no tiene su regulación expresa en la Constitución; sin embargo, tiene y existe su base en la misma, el sustento del derecho a la maternidad tiene que ser analizado desde la exigencia del respeto a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad, pero nuestra Constitución en su artículo 4° regula el derecho a contraer matrimonio, la protección de la familia y de las madres, logrando la condición de principal y como un principio rector de la política no solo social son también económica. Además ello tiene su sustento en el artículo 12°, del Convenio Europeo de Derechos Humanos (1979).

La maternidad es un hecho biológico inmanente a la humanidad misma, que requiere desde siempre una consideración especial, ahora que se reclama una protección específica debido a la incorporación de la mujer a la esfera pública, a los nuevos avances tecnológicos y científicos que posibilitan nuevas formas de reproducción, y especialmente a la constitucionalización de la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad del individuo.

Turbert (1998) afirma que la maternidad no es solamente lo natural ni tampoco únicamente cultural, pues comprende lo corporal, consciente, lo psíquico y lo inconsciente, la maternidad va más allá de la satisfacción del deseo de ser madre; pues e



trata de un hecho esencial para la vida de la mujer y también la sociedad, pues esta última es la que genera diversos conflictos que trae consecuencias negativas en la mujer, como en su autonomía, realización personal pues la limita a la mujer a elegir entre el deseo de ser madre o desarrollar su actividad profesional.

La maternidad nos trae la difícil situación de elegir entre familia o trabajo, como afirma Murillo de la Vega (1996) la maternidad nos condena a una difícil elección, pues el reloj biológico es aquel elemento que resalta la diferencia primordial entre mujer y varón; como se refirió en el Capítulo III, el hecho de postergar la maternidad trae consigo la infertilidad, situación que genera el uso de las TERHAS.

Marrades Puig (2002), afirma que casi la mayoría de textos constitucionales europeos recogen la protección de la maternidad, pero el problema es que no se reconoce la existencia de ese derecho de forma expresa o específica, porque es necesario recurrir a la interpretación de la norma o reconducirlos por otros derechos que si tienen su existencia expresa (p.27), resulta necesario reconocer el derecho a la maternidad pues este es un primer paso para poder resolver los conflictos que traen las TERHAS.

La maternidad no es exclusivamente biológica (proceso de concepción y gestación), pues si aceptamos que es biológica olvidaremos lo que en realidad y es un “hecho social, simbólica, ética y cultural” de hacer posible la creación de un nuevo ser.

La maternidad en Europa se vio reconocida por la influencia del movimiento feminista, teniendo en la mayoría de los países europeos, contando los estados clásicos como Alemania, Gran Bretaña, las políticas sociales desde el siglo XX trajeron importantes consideraciones sobre la maternidad, en este aspecto se tuvo como mayor



relevancia la incorporación de la mujer en el ámbito laboral, político y la situación demográfica.

El tema de la maternidad tiene su íntima relación con el derecho a la reproducción, si bien no se tiene en nuestra Constitución un reconocimiento expreso, se puede encontrar su reconocimiento en otros incluidos en nuestra Constitución. Por su parte también debemos de referirnos a la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, estos son la fuente de expresión del derecho a la maternidad, por su parte Gomez Sanchez (1994), establece la fundamentación del derecho a la reproducción humana se encuentran en el derecho a la libertad, el derecho a la familia y el derecho a la intimidad personal (citado Marrades Puig, 2002).

El hecho biológico de la maternidad esta puesta exclusivamente en la mujer, puesta tiene que asumir una carga adicional para su desarrollo personal-profesional; debemos tener en cuenta que la mujer asume un coste muy alto por los momentos que lleva en sí misma la maternidad como es de gestación, parto y el periodo posterior (lactancia y cuidado del niño), costes que se relacionan estrechamente en el ámbito económico y laboral.

Todos esos hechos deben ser protegidos y reconocidos por el Estado, como afirma Sevilla Merino (1994) para que las mujeres tengan acceso a la igualdad de oportunidades, se requiere no únicamente concentrarnos el derecho a la igualdad, sino en cambiar actitudes, estructuras sociales, formas de vida, comportamientos que impiden el desarrollo de la mujer en el ámbito de la personalidad, la participación activa en la cultura.

La maternidad es una opción personal, pues la mujer es quien elige ello por medio de su libertad personal, en tal medida con el uso de las técnicas de reproducción humana



asistida se tiene que el hecho de ser madre puede ser de forma biológica, al manifestarse de forma plena, pero también existe la forma no plena o parcial, y el hecho de ser solamente madre legal, hecho que se evidencia en la ovodonación. La mujer es madre biológica y legal, sin embargo, no sería una madre genética, pero ello no podría limitar su derecho a la maternidad y el derecho a la familia.

Una aproximación al derecho a la maternidad, que en concreto se deriva de los diferentes derechos fundamentales reconocidos en nuestra constitución, los que deben ser visto desde su perspectiva dogmática, pues un derecho fundamental puede estar reconocido expresamente en nuestro ordenamiento, pero como se refirió en el caso del derecho a la maternidad esta se ve reflejada desde el principio de dignidad y el derecho al desarrollo de la personalidad. Además, también se ve reflejada en el derecho a la familia, protección de la familia reconocido en nuestra Constitución.

El derecho a formar una familia, independientemente de la existencia del matrimonio, abarca el sentido del derecho a la maternidad, por la protección de obligaciones y la responsabilidad que se encuentra hallada más allá del ejercicio a la libertad reproductiva, así también por el ejercicio de la maternidad existe la familia, por lo que merecerá su protección por parte del Estado. En tal medida la maternidad está concebida por la propia naturaleza, pero para que genere consecuencias jurídicas, esta debe ser legitimada por el Derecho.

4.1.3. La impugnación de maternidad en la legislación y jurisprudencia peruana

Para abordar las causales de impugnación de maternidad en nuestro ordenamiento jurídico, debemos realizar una mirada al tema de parentesco y filiación, temas abordados



y desarrollados en el Capítulo III de la presente investigación, en tal medida nuestro Código Civil en su libro III, sección tercera aborda y prevé tales temas, normas que determinan la paternidad y la maternidad, hecho que crea la relación de padre y madre – hijo, el estado de hijo(a) tiene su causa en la procreación, y como se ha mencionado en esta construcción está el presupuesto biológico fundamental en la relación jurídica materno filial.

Los grados de parentesco son variados y múltiples de diverso origen e intensidad. La conexión familiar que existe tanto de forma consanguínea, por afinidad o por reconocimiento o adopción. De todas estas mencionadas nos centraremos en la filiación entendida como la relación jurídico parental yacente entre el hijo y sus padres y consustancialmente la filiación forma parte del derecho a la identidad, como es el derecho a la identidad biológica, prerrogativas innatas en el ser humano que luego se dilucidará el tema.

Sin embargo, esta relación puede constituirse sin hecho biológico conforme lo prevé nuestro Código Civil se genera a través de la adopción. Pero también sucede que esta relación puede existir hecho biológico y no filiación (expósitos), o no existir una procreación propiamente dicha y una filiación por determinarse como es la reproducción asistida; este último supuesto no se encuentra regulado en nuestra legislación peruana, pero que necesariamente requiere su regulación a partir de los nuevos hechos generados por el avance la ciencia y la tecnología, además de los problemas para concebir por sus diferentes causas.

En palabras de Varsi Rospigliosi (2010b) señala que: “La filiación es la conditio sine qua non para conocer la situación en que se encuentra una persona como hijo de otra.



Es una forma de estado de familia. De ahí que se diga que la filiación implica un triple estado: 1. Estado jurídico. Asignado por la ley de una persona deducido de la relación natural de la procreación que la liga de otra. 2. Estado social. En cuanto se tiene con respecto a una u otra persona. 3. Estado Civil. Implica la situación jurídica del hijo frente a la familia y a la sociedad”.

El determinar la filiación, esto es, el nexo entre el engendrado y su progenitor, resulta importante y esencial, debido a que de ella surge una extensa lista de derechos, deberes y obligaciones. Desde la concepción romana y tomando como referencia lo dispuesto en el Digesto el tema de filiación materna, esta debe ser entendida del axioma *“mater sepe certa est etiam si vulgo conceperit”* referida en el sentido que la maternidad no existía duda, pues era indubitable y la prueba de esta era común y simplemente del hecho de ver a una mujer en estado de gestación y pasado los 09 meses llevaba un hijo en brazos se creía que este era de ella, ello entendido en tanto la gestación como el nacimiento eran hechos biológicos, siendo probado a través del simple hecho del parto.

Tal hecho, generaba la filiación materna, esto es el vínculo filial de madre-hijo, abriendo solo la posibilidad de poner en duda únicamente la filiación paterna, debido a que es indubitable que el hijo que una mujer da a luz o alumbró es suyo, reconociéndose de tal forma la maternidad legal, pues la relación biológica, se parte de la relación genética que existe entre madre-hijo.

En la actualidad observamos que la madre no es la misma que gesta o que sus gametos sean los suyos para concebir al niño, siendo de este modo la existencia de un supuesto diferente sobre impugnación de maternidad al que normalmente nuestro Código Civil prevé, como la inscripción registral indebida, maternidad disputada, entre otros, son



casos en los cuales solo podrá de determinarse la maternidad con ayuda de las pruebas biológicas.

Si bien el parto es un hecho biológico, el mismo que genera la consecuencia jurídica de la filiación madre-hijo, pues esta se encuentra acreditada por el hecho mismo atribuyendo de ipso iure la maternidad; el artículo 7° del Código de los niños y adolescentes Ley N.º27337 (2000) le da sustento a tal hecho, pues en el certificado de nacimiento del niño debe constar la identificación de la madre y del niño; asimismo, el artículo 3° del Decreto Supremo N°38-94-JUS establece la inscripción del nacimiento de los niños ocurridos en general en los centros de salud. Siendo suficiente este certificado para atribuir la filiación de madre-hijo.

Este hecho de la maternidad legal (quien da a luz al niño es la madre), no solo reconocido en nuestra legislación peruana, sino que también es recogida en el Código Alemán, en el *Code Frances*, en el Código Italiano si nos remitimos a los países latinoamericanos podemos observar también el mismo sentido al nuestro el de Código Argentino, el de Panamá, el de Bolivia y el de México.

Ahora bien, respecto a la impugnación de maternidad, debemos remitirnos al artículo 371° del Código Civil (1994) prevé que: *“La maternidad puede ser impugnada en los casos de parto supuesto o de suplantación del hijo”*. En ese sentido se debe entender que en los dos supuestos el hijo nacido no es de la mujer que aparece como madre.

En ese entender se tiene:



1. El caso de parto supuesto se presenta cuando la presunta madre no ha dado a luz al hijo y pes a ellos realiza la inscripción de la criatura como si fuera suyo sobre la base de certificado de nacimiento vivo. Por otro lado;

2. La suplantación o sustitución del hijo se presenta cuando habiendo dado a luz la mujer, se anota como propio, no el hijo que ha tenido esta, sino otro.

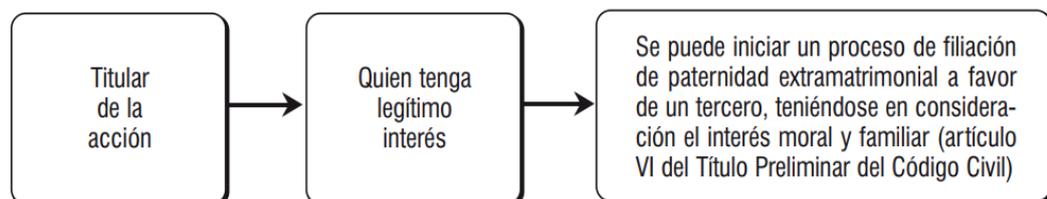
La falta de vínculo materno y paterno sugiere la ausencia de identidad entre sujeto de la filiación y el sujeto de alumbramiento. De otro modo, si bien la norma que comentamos señala únicamente lo casos de parto supuesto o suplantación de hijo como supuestos de impugnación de maternidad, se debe considerar aquellos supuestos de fecundación extracorpórea que presenta la maternidad subrogada, teniendo que distinguirse de madre genética, la madre biológica (gestante o portadora) y la madre legal. Sobre ello nuestro ordenamiento jurídico no ha regulado la posibilidad de que la madre genética no sea igual a la de la madre legal.

Sin embargo, el Décimo Quinto Juzgado Especializado de Familia, en el Expediente N.º00113-2006-0-1801-JR-FC-15 (2009), sobre el caso se tiene que la demandante al presentar problemas para gestar al niño, opta por realizar un técnica de procreación asistida, en concreto un vientre de alquiler (existiendo en este caso una maternidad subrogada), siendo su madre la que gestaría a su hijo, al nacimiento del menos como nuestra legislación prevé la maternidad legal, se consigna en la partida de nacimiento como madre a la gesto y dio a luz al niño; razón por la que la demandante interpone una demanda de impugnación de maternidad en contra de su esposo Luis y madre, para que el juzgado rectifique la partida de nacimiento de la niña. El juzgado analiza la legitimidad de la demandante y según nuestro ordenamiento jurídico ella no

estaría facultada para ejercer tal derecho, pero al mismo tiempo reconoce que las leyes con el tiempo han quedado desfasadas pues al promulgarse la ley no se había previsto el avance la ciencia y la tecnología, en ese entender el uso de las TERHAS, y en el principio de *iura novit curia*, esto es el no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En el caso en salvaguarda del derecho a la identidad del menor, el interés superior del niño, el derecho al nombre y las relaciones familiares, establece a la probanza por ADN se tiene que la demandante es la madre genética del menor, por lo que al no prohibirse en nuestro ordenamiento jurídico la maternidad subrogada ampara la demanda de impugnación de maternidad.

Nuestro Código Civil por regla general establece que las acciones de maternidad son personales, es decir por la que presume ser la madre; pero, no podemos perder de vista que se debe considerar también el interés moral o familiar, contenido en el artículo VI, del Título Preliminar de referido Código Civil para así poder iniciar la acción de impugnación de maternidad, si bien como afirma Varsi Rospigliosi (2010b) este interés moral y familiar implica una intrusión en la intimidad personal ya que se decidiría en nombre del menor, en contraste también hablamos del interés del menor que lo puede justificar.

Figura 8 Legitimidad para obrar en casos de impugnación de maternidad



Nota: En la figura se observa cómo se determina el interés para obrar en casos de impugnación de maternidad y paternidad. Fuente: Varsi, 2010 p. 55.



En tal medida se tiene que es posible impugnar la maternidad de aquella que no es la madre genética, aunque esta haya sido la que alumbró al niño; sin embargo, la Corte Suprema no ha considerado el caso de la ovodonación, donde la madre biológica y legal es la que tuvo el deseo de ser madre, por lo que obviar o no considerar tal hecho genera un conflicto en las normas de derecho interno, pues se estaría discriminando tal hecho.

Realizando una comparación legislativa, tenemos que Argentina si prevé el uso de las técnicas de reproducción humana asistida y se pronuncia sobre el tema de la filiación, estableciendo que la maternidad del nacido corresponde a la mujer que lo haya gestado, aunque se acredite que el ovulo fecundado haya sido implantado, si bien prohíbe los contratos de maternidad subrogada, hecho que no tomaremos pues solo trataremos en concreto de la ovodonación, técnica diferente a la de un vientre de alquiler.

En el mismo sentido Bulgaria estableció que la maternidad es determinada por el parto, sin importar si el niño es concebido por el uso de material genético de una tercera mujer-cedente del ovulo.

La filiación como se ha visto es consecuencia de la reproducción, la misma que se presenta de forma natural o de forma asistida (por medio del uso de las TERHAS), presentándose problemas en esta última, que se condicen con un tratamiento legal antiguo, es decir sin incluir el avance de la ciencia y la tecnología.

En tal sentido, en la presente investigación preferimos reconocer a la madre biológica y legal, además de considerar también a la “madre afectiva”, quien es la que tuvo el deseo de ser madre, limitando este último supuesto en el caso que la mujer tenga el problema de poder generar óvulos o deficiencia ovárica.



En consecuencia, para determinar la filiación de la maternidad, se tiene que es aquella mujer que da a luz es la que llevará el título de madre. Según Rospigliosi, uniría a madre e hijo y acreditaría la relación materno filial, caso que tiene coincidencia con la ovodonación, por lo que bien podríamos ceñiremos a la constatación del parto; sin embargo, resulta necesaria poder regular la filiación asistida para evitar los problemas de impugnación de maternidad. Pues el uso de las técnicas de reproducción humana asistida trae consigo diferente supuesto de maternidad.



4.2. RESPECTO AL OBJETIVO ESPECÍFICO II:

Evaluar si la identidad de un niño, niña o adolescente que nació por un proceso de ovodonación puede verse afectado al impugnarse la maternidad de su madre biológica y legal.

4.2.1. Determinación del derecho a la identidad con una mirada al principio de interés superior del niño

Nuestra Constitución en su artículo 2°, inciso 1) prevé el derecho a la identidad como un derecho fundamental, constituyendo un derecho con una relación íntima del ser humano, pues está emparentado intrínsecamente con la dignidad de la persona, entonces puede reconocerse como el derecho a ser identificados en todos los términos de la existencia, psíquica, física y espiritual.

Por su parte Tribunal Constitucional expreso que el artículo 2.1. de la constitución expresamente refiere que toda persona tiene derecho a la identidad, en el que comprende el derecho al nombre, el derecho a conocer a sus padres y poder conservar sus apellidos, el derecho a tener una nacionalidad; siendo una obligación del Estado reconocer la personalidad jurídica de la persona. (*Expediente N°02432-2005-PHC/TC*, 2005, ff.4).

El derecho a la identidad del niño no solo tiene un protección nacional sino una protección supranacional, pues si nos remitimos al Código de los niños y adolescentes Ley N.°27337 (2000), en su artículo 6°, observamos que se protege el derecho a la identidad del niño, lo que incluye el derecho a la nombre, adquirir una nacionalidad y en la medida posible a conocer a sus padre y llevar sus apellidos. Además, la Convencion sobre los derechos del niño (1989), en su artículo 7° y 8° prevé la identidad y la responsabilidad paterno y materno.



El derecho a la identidad se manifiesta en su doble dimensión o faceta, en principio tenemos la estática, la misma que representa el sexo, nombre, herencia genética, entre otros; por otra parte, tenemos la dinámica que presupone el conjunto de atributos de la persona, aquellas costumbre y hábitos, entre otros. Por lo que la identidad no puede concebirse solo prestando atención a sus manifestaciones y excluyendo a otras, sino que debe de reconocerse íntegramente en todas sus dimensiones, hecho que permite realizar la conexión con otros derechos conexos.

Este derecho a la identidad, tiene una estrecha relación con el principio de interés superior del niño, al ser un pilar fundamental donde el estado al realizar sus acciones debe siempre proteger y respetar los derechos, deberes del menor, además de los padres y su familia.

El principio del interés superior del niño es considerado por la doctrina como el máximo rector de la protección integral del menor, por lo que este constituye el sustento de los diferentes aspectos o temas que involucren tanto los derechos e intereses del menor,

Como afirma Martínez Quiroz (1993) solo el calificativo de interés, nos remite a establecer que este es la máxima expresión para considerar al menor como sujeto de derecho, por lo que se debe de garantizar y proteger sus necesidades pero esto tiene su límite con el núcleo familiar, en caso se contrapongan los intereses familia-niño, debe preferirse el interés del menor.

Por su parte, el Tribunal Constitucional en su STC Exp. N°04058-2012-PA/TU (2013), ha establecido que el principio constitucional de protección del interés superior del niño presupone que los derechos fundamentales del niño y su dignidad, tienen fuerza normativa superior no solo en el momento de la producción de normas, sino también en



el momento de la interpretación de ellas, lo que se materializa como un principio ineludible, por lo que la sociedad que involucra a los padres y madres deben velar por los derechos fundamentales del menor.

Por lo que la realización del derecho fundamental a la identidad del niño, trae consigo y le exige al operador jurídico ponderar el referido derecho en forma integral (dimensión dinámica y estática), por lo que la persona no solo se identifica por su dato genético, sino que este obedece al conjunto de dimensiones de la identidad, hecho que ayuda a reconocernos como personas únicas e irrepetibles.

En tal medida podemos afirmar que el derecho a la identidad no tiene una sola dimensión, y este no puede limitarse a ciertos aspectos, sino que debe de garantizar el ejercicio de su personalidad, en el presente caso de ovodonación, debe de priorizarse el hecho de cómo se identifica el menor, a quienes identifica como padres y como se ha realizado o desarrollado como tal.

Hecho que genera que, desde una mirada al principio de interés superior del niño, conlleva a velar por su protección, además de evitar todo tipo de acciones que intente poner en peligro su estabilidad emocional y su desarrollo integral, por lo que, si se cuestiona la maternidad de aquella mujer que, procreado por medio de la ovodonación, se afecta la identidad dinámica del menor, quien identifica como madre a aquella que lo gestó, dio a luz, lo crió y educa.

Enfocándonos en el niño, podemos decir que la identidad no es un criterio tan relevante o resaltante para determinar la filiación del menor nacido por un procedimiento de reproducción humana asistida, y en consecuencia se configura la maternidad subrogada, pero este derecho es la sustancia propia de la filiación; como se ha desarrolla



la faceta de la identidad dinámica es el hecho de sentirse reconocido como parte de un conglomerado de personas con rasgos de personas comunes que lo identifican, en concreto la familia.

Si hablamos de identidad no debemos enfocarnos o limitarnos a decir que solo conlleva identificar quiénes son sus padres, sino que esto tiene un campo mucho más amplio, por lo que se habla de dimensiones o facetas de la identidad, esto es la identidad dinámica y la identidad estática.

4.2.2. Derechos involucrados en el cuestionamiento de la filiación

Tratar el tema de investigación nos pone en dos situaciones, primero establecer los derechos que se vulneran al impugnarse la maternidad del niño, y segundo analizar los derechos de la mujer que desea ser madre, estos dos puntos resultan importantes, para poder determinar regulación de la ovodonación y regular la filiación del menor, de tal forma que se podrá limitar la impugnación de maternidad, pues como se ha desarrollado las TERHAS son múltiples y diferentes entre si, por lo que cada situación debe ser analizada.

Respecto a los derechos de la mujer que desea ser madre, tenemos el derecho a la salud reproductiva, contenido en el derecho a la salud (consagrado en nuestra constitución y en diversos documentos internacionales). Este derecho también forma parte del derecho reproductivo, como así lo señala el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (2008a), pues en la Conferencia Internacional de Derechos Humanos (1968), se habla del derecho a la libre elección de la cantidad de hijos, lo que implica en el uso de las técnicas la facultad de poder decidir por el uso de las TERHAS para la procreación.



También debemos hablar del derecho a disfrutar del progreso científico y la autonomía reproductiva, pues toda mujer cuenta con el derecho de la libre elección de cuántos hijos tener, cuando y con quien, en caso de presentar un problema de infertilidad o esterilidad, pueda acceder a las TERHAS, estos derechos forman parte de la autonomía reproductiva, en tal medida podemos observar el artículo 27° de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), que prevé el derecho a participar en el progreso científico. Por su parte el artículo 15° del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (1966), en su literal b) también prevé el derecho de gozar de los beneficios del progreso científico.

También debemos mencionar el derecho a formar una familia, protegido en el artículo 16° de la Declaración Universal de Derechos Humanos, (1948), el artículo 23° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1976), por lo que si en nuestro ordenamiento jurídico peruano no se prevé expresamente, pero en la norma supranacional se prevé y protegen dichos derechos.

Por otro lado tenemos el derecho al libre desarrollo de la personalidad, que contiene en si misma diversos preceptos como el estatus del ser humano, los proyectos de vida, en tal medida ello conlleva al goce efectivo de todos los derechos y libertades para su realización personal, el Tribunal Constitucional en STC N°2868-2004-AA/TC (2004) estableció que el derecho al libre desarrollo de la personalidad garantiza la libertad general de la actuación de la persona, esto es las parcelas de libertad natural en diversos ámbitos de la vida, expresado en el precepto constitucional de la persona como ser espiritual, quien esta concedida de autonomía y dignidad, en su condición de miembro de una comunidad de personas libre.



Como afirma Mosquera Vásquez (2001) en uno de sus ensayos, al referirnos al derecho a la libertad estamos frente a dos supuestos, primero el liberarnos de cualquier obstáculo que interfiera con nuestro proyecto de vida, en nuestra acción de ser libres; el segundo supuesto es la posibilidad de que cada ser humano pueda tomar la decisión por el proyecto de vida dentro de los márgenes de la ley, esto es que no transgreda algún derecho ajeno, el interés social y no tenga una incidencia en el abuso del derecho. Pero el derecho a la libertad estaría limitado si a una persona se le impide acceder a una de las TERHAS. Este impedimento constituiría una transgresión al derecho a la igualdad.

También consideramos el derecho a la integridad, pues este conlleva a conservar la estructura orgánica del ser humano, esto visto desde la salud del cuerpo en su integridad, por lo que la infertilidad se considera como una afectación a la integridad física de las mujeres, por lo que las TERHAS, si bien no son tratamientos que curen por así decirlo la infertilidad, pero estos permiten poder llevar a cabo un embarazo y realizar el deseo de tener una familia y ser madre.



4.3. RESPECTO AL OBJETIVO ESPECÍFICO III:

Establecer si el derecho a la identidad en sus facetas de identidad dinámica y estática debe ser observado para determinar la filiación del niño, niña o adolescente que nació por un proceso de ovodonación.

4.3.1. Lineamientos específicos a observar en la regulación de la filiación del niño que nació por medio de un proceso de ovodonación observando el derecho a la identidad en sus dimensiones dinámica y estática

La filiación desde el punto de vista jurídico, es la relación que existe entre dos personas, esto determinado por la Ley o por que se presupones a la existencia de hechos o porque las personas son unidas por la relación jurídica de filiación a través de la adopción, en este último caso se presupone la existencia de un tercero que lo determina.

La filiación también definido por Machado (2005) es la relación de parentesco que existe entre padre – hijos, que inicialmente se da por un hecho biológico, sustentado en el vínculo natural, esto es el vínculo sanguíneo, podemos nosotros afirmar la maternidad genética, hecho reconocido y acogido en nuestra legislación, de tal forma se establece la relación jurídica entre padres-hijo, lo que genera derechos y deberes que son recíprocos.

Frente al avance científico y tecnológico, con el uso de TERHAS y su relación y dinamismo con el derecho de familia, hace que en la doctrina se esté hablando de un nuevo tipo de filiación que puede ser denominada como “filiación civil” o “filiación asistida”, la que debe estar acorde a las variantes que tiene el uso de técnicas de procreación asistida, pues nuestro ordenamiento jurídico en materia de familia, debe de dar soluciones a esta nueva realidad científica.



La filiación del nuevo ser en caso de reproducción in vitro heteróloga como es la ovodonación, presenta problemas complejos y de forma parcial no se brinda seguridad, la relación jurídica familiar presupone en el caso de maternidad subrogada la inducción de material genético de una tercera persona denominada cedente o donante (persona que no desea ser madre), hecho que es distinto de una técnica homóloga.

Esta reproducción asistida como remedio a la infertilidad, desde un punto de vista ético jurídico es aceptado (Varsi Rospigliosi, 2012), pues estas técnicas permiten satisfacer la necesidad de procreación, además de permitir poder ser madre; por lo que, la utilización de material genético (óvulos) de un tercera persona no puede privar la legitimidad del uso de las TERHAS.

El derecho a la identidad, es un derecho fundamental, por lo que constituye un límite para nuestro Estado, de tal forma este es el sustento de una democracia, hacer referencia a los derechos fundamentales nos trae la noción de la dignidad de la persona, ya que se genera de la propia naturaleza de la persona.

Para referirnos a los derechos del niño, los mismo que son inalienables, nuestro Código de los Niños y Adolescentes, en sus capítulos I y II, del Libro I, nos reflejan los referidos derechos, que a doctrinariamente se clasifican en derechos sociales, culturales, civiles y económicos. Además no podemos perder de vista la Convención sobre los derechos del niño (1989), instrumentos vinculante para los estados parte.

En tal medida la doctrina también reconoce los principios fundamentales del niño, los mismos que son derecho a la vida, supervivencia y desarrollo, no discriminación, derecho de opinión e interés superior del niño. Por lo que se reconoce que el eje fundamental del niño es el tratamiento de este como sujeto de derecho, lo que permite



admitir la igualdad y reconocimiento de derechos en específico. Los derechos civiles de los niños, reconocidos por el estado como derecho a la vida e integridad, a recibir atención del estado desde su concepción, trae como relevancia el derecho a la identidad.

4.3.2. Propuesta normativa

Nuestra Constitución, en su artículo 6° establece y protege el deseo de ser padres (madre-padre) relación estricta con el componente socioafectivo, asumir una maternidad responsable es asumir de forma voluntaria un compromiso filial, en el sentido de que se muestra u derecho a la filiación vivida, reconociéndose la relación socioafectiva.

El derecho reconoce la filiación biológica, pero esta no debe de olvidarse y obviarse la filiación socioafectiva, que consagra el registro de la verdad socioafectiva, contenido por el sentimiento de cariño y amor, este hecho es independiente de la imposición que pone el derecho como la legal o el vínculo sanguíneo, pues el sentimiento de amor se extiende al bienestar de la otra parte, evidenciándose de tal modo el vínculo afectivo como una verdad aparente, que cuenta con consecuencias de lazos espirituales que se generan de la convivencia y su coexistencia.

En tal medida en el caso de la filiación es necesaria no solo considerar la verdad genética, biológica y legal, sino también la verdad socioafectiva, pues en el caso de la ovodonación coincide la verdad biológica y legal, pero el problema radica en la verdad genética, pues la mujer que se somete a esta técnica necesita de la donación de un ovulo para poder concebir un nuevo ser, en tal circunstancia no coincidirá la verdad genética, pero ello no debe ser considerado para poder impugnar la maternidad sino que resulta necesario considerar la verdad socioafectiva, además de los demás derechos que protegen en sí mismo la maternidad.



Como refiere Varsi Rospigliosi (2010b) madre o padre es quien cría y quien engendra es solo el progenitor, existiendo entre ambos una amplia diferencia que deber ser tratada desde su verdadera dimensión y desde la trascendencia del avance de la ciencia y tecnología y de los nuevos hechos que genera este avance a causa de las diversas circunstancias, en el caso particular de la ovodonación su uso se da a causa de la deficiencia ovárica que pudo generarse por la maternidad postergada, factores fisiológicos, ambientales y laborales.

Si bien nuestro ordenamiento jurídico en su artículo 371° del Código Civil, establece solo 2 supuesto de impugnación de maternidad; sin embargo, con esta nueva realidad se da un supuesto más, esto es por la concepción de una TERHAS, en tal medida, con la dación de la Ley N°27048, quien puede impugnar la maternidad del niño no solo puede ser el propio menor, sino también el marido, en el supuesto de un conflicto devenido del matrimonio, este por malicia puede realizar dicha acción, que será una pretensión admitida y también fundada, pues la mujer sometida a un proceso de ovodonación no es la madre genética del menor y con una prueba de ADN se encontrará probado ello, dejando al menor sin madre, hecho que vulneraría su derecho a la identidad en su faceta dinámica, además que es evidente la afectación del interés superior del niño.

Actualmente debemos mencionar que la filiación conseguía [matrimonial] y la adoptiva ya no son las únicas clases de filiación, pues los avances científicos y tecnológicos, además de la doctrina moderna nos muestran una nuevo tipo de filiación, denominada “filiación civil” o “filiación asistida”, la que no está prohibida en nuestro ordenamiento jurídico peruano, pues su fundamento radica en la voluntad procreacional de los padres.



En el caso del uso de la TERHAS, se tiene que la filiación entre padres-hijo, no es similar a una adopción pues al menos en estas técnicas heterólogas se tendrá una relación biológica, en tal medida quienes recurren al uso de estas técnicas son aquellos que por su noble propósito de ser padres. Por lo que la tendencia de la determinación de la filiación se traduce a la prevalencia de la voluntad, desplazando así el aspecto genético que tradicional que reconoce nuestro [antigua] realidad.

Uno de los pilares para la regulación de la filiación asistida, es la voluntad procreacional de los padres (a quienes no se les puede recortar sus derechos), pues esta se determina por la voluntad y su deseo de ser padres, creando como tal una relación o vínculo filial; al respecto debemos considerar que en la actualidad el derecho de familia está primando los derechos disponibles dado en virtud a la autonomía de la voluntad.

La voluntad procreacional, como refiere Vila- Coro Barachina (1997), consiste en el deseo de asumir un hijo como propio aunque este haya sido producto de la una TERHAS heteróloga, pues la madre aparente es aquella que manifiesta su consentimiento de forma informada, hecho que involucra su voluntad de ser madre, la responsabilidad y ejercicio de una maternidad social, más allá del nexó genético.

Otro principio que inspira la filiación asistida, es la autorresponsabilidad, uno porque los sometidos a la práctica de las TERHAS son responsables del destino final del material genético y la procreación de niño por nacer, además este principio se inspira en factores psicológicos, afectivos y sociales. Así también, tenemos el principio de autonomía, vinculado con el elemento de la voluntad, esto es que independientemente de quien haya cedido el material genético, debe prevalecer la filiación entre quien deseo ser

padre-madre, pues este se relación con la voluntad de asumir el vinculo filial y en el caso del uso de las TERHAS, es la persona que deseo ser madre o madre.

Para efectos de poder establecer la regulación de la filiación asistida resulta necesario dar una mirada al derecho comparado.

Tabla 5 Determinación de la filiación en la legislación comparada

La Filiación en la legislación comparada	
País	Norma
España	Artículo 108° del Código Civil prescribe: <i>"La filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. Es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí. La filiación matrimonial y la no matrimonial así como la adoptiva, surten los mismos efectos..."</i>
Argentina	Artículo 558 del Código Civil: <i>"La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción asistida, o por adopción. La filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial surten los mismos efectos (...)"</i>
Perú	Código Civil, artículo 361: <i>"El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido"</i> , artículo 362: <i>"El hijo se presume matrimonial aunque la madre declare que no es de su marido o sea condenada como adúltera"</i> , artículo 377: <i>"Por la adopción el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea"</i> , artículo 386: <i>"Son hijos extramatrimoniales los concebidos y nacidos fuera del matrimonio"</i> .
Francia	Artículo 310 del Código Civil: <i>"Todos los hijos cuya filiación esté legalmente establecida tienen los mismos derechos y los mismos deberes en sus relaciones con su padre y madre. Formarán parte de la familia de cada uno de ellos"</i> . Artículo 311-19 del Código Civil que prescribe: <i>"En caso de reproducción asistida con un tercero donante, no podrá establecerse ningún vínculo de filiación entre el donante y el hijo nacido de la procreación. No podrá ejercitarse ninguna acción de responsabilidad en contra del donante"</i> .
Chile	Artículo 179 del Código Civil que prescribe: <i>"La filiación por naturaleza puede ser matrimonial o no matrimonial. La adopción, los derechos entre adoptante y adoptado y la filiación que puede establecerse entre ellos..."</i> . Artículo 182 del Código civil: <i>"El padre y la madre del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida son el hombre y la mujer que se sometieron a ellas. No podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo a la regla precedente, ni reclamarse una distinta"</i> .

Nota: La presente tabla nos muestra como se ha regula el tema de filiación en la legislación comprada, observando que las TERHAS también han sido consideradas para establecer la filiación. Fuente: Propia.

En nuestro país no tenemos una legislación específica sobre las TERHAS, en comparación con otros países como España, Italia, entre otros; hecho que trae como



consecuencia de la filiación con el uso de las TERHAS, sea resuelto con el uso de los principios generales del Derecho, pues un juez no puede dejar de administrar justicia por deficiencias o vacíos de la Ley.

El uso de las TERHAS, nos llama a que en nuestro país sea necesaria incorporar en nuestro Código Civil una sección que regule la filiación a través del uso de las TERHAS, filiación que debe estar definida en mérito de la voluntad de los padres, la intención sin dejar de lado el principio de afectividad (Varsi Rospigliosi, 2010b).

Previo a legislar la filiación es necesario establecer los efectos de las TERHAS, regular sus aspectos sanitarios y administrativos, el control en los centros de salud, estableciendo sanciones a quienes incumplan disposiciones legales.

Para poder realizar la determinación de la filiación de los cónyuges con el niño que proviene del uso de las TERHAS heterólogas, debe existir el consentimiento escrito de los futuros padres de tener al bebé, pues sin el consentimiento de uno no podría darse, ello debido a que son los futuros padres quienes le darán una vida digna al futuro niño, de tal forma con el consentimiento puede determinarse la filiación.

La determinación de la filiación en casos de TERHAS heterólogas, le dará seguridad jurídica no solo al menor, sino también a los padres, en caso de ovodonación a la madre quien no es la madre genética, pero sí la madre biológica y legal, esta última acogida y es como se determina la filiación madre e hijo en nuestra legislación. Sin embargo, si bien es reconocida la madre legal, no podemos ser ajenos a las pretensiones de impugnación de maternidad, pues en otros casos maternidad subrogada podemos afirmar que pueda ser la vía idónea la impugnación, pero en el caso de la ovodonación no, pues se recorta los derechos no solo del niño, sino también de la madre legal.

Ahora bien, si en nuestro ordenamiento se realiza una mejor regulación de la TERHAS, me refiero no solo a cambiar el artículo 7° de la Ley General de Salud, que es muchas de las propuestas en las investigaciones avocadas al tema de las TERHAS, sino que requerimos de un reglamento al uso de las TERHAS, pues el avance de la tecnología no parara y no puede ser frenado por las personas ni por el Estado.

Teniendo la regulación de las TERHAS, resulta necesario establecer la filiación de estos, pues si dejamos ese vacío, se continuarán presentando casos o procesos judiciales en los que se solicitara la filiación del menor, independientemente de la técnica asistida usada, actualmente nuestro ordenamiento permite la impugnación de maternidad. Por lo que para evitar dichos conflictos necesitamos que se establezca la filiación asistida, siempre considerándose todo el supuesto, no solo un vientre de alquiler sino también la ovodonación, además de las otras técnicas que para que sean permitidas se deberá realizar un estudio de ellas viendo los derechos afectados y las medidas necesarias para evitar vulnerarlos. En ese sentido, la propuesta es que, se adicione un artículo al Código Civil, en el que se establezca la filiación asistida, siendo el texto el siguiente:

PROPUESTA NORMATIVA

“FILIACIÓN ASISTIDA: La filiación de los nacidos con las Técnicas de Reproducción Humana asistida será considerada, según sea el caso matrimonial o extramatrimonial. Será matrimonial si la técnica se produce dentro de la unión matrimonial, y será extramatrimonial si quienes recurren a las técnicas no se encuentran dentro del régimen conyugal, teniendo los siguientes requisitos:

- 1. Toda técnica de reproducción asistida debe contar con el consentimiento previo informado y libre de las personas que se someten a su uso y debe estar sustentada en la voluntad procreacional.*
- 2. No podrá hacerse ninguna referencia acerca del tipo de reproducción en ningún documento personal ni en el Registro de Estado Civil.*
- 3. El consentimiento informado debe ser prestado en forma personal e individual por cada una de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida.*

Está permitida la filiación heteróloga, por lo que en dichos casos no procede ningún tipo de impugnación”.



4.4. CONTRASTACIÓN DE UNIDADES DE INVESTIGACIÓN Y OBJETIVOS PLANTEADOS

4.4.1. Para el objetivo específico I

No podemos negar o limitar el avance de la ciencia y tecnología, pues con el paso de los años este se torna en irrefrenable, pero lo que podemos hacer es discutir y tratar de legislar los supuestos de procreación asistida, dándole una mirada general de los derechos que involucran permitir su uso, para que estos avances procuren ir de la mano con el respeto de la dignidad de la persona.

La ovodonación es un tipo de TERHAS, dentro de las técnicas de fecundación in vitro, donde una mujer que desea ser madre no puede generar óvulos pero puede gestar, de tal modo que requiere de una tercera persona para que le cesa sus óvulos, este hecho constituye que en este supuesto una maternidad subrogada, que en nuestro sistema jurídico no se encuentra regulada pero tampoco se encuentra prohibido, como lo afirmó la Corte Suprema de Justicia.

Realizando una mirada en los sistemas jurídicos de Latinoamérica y Europa, observamos que existen países como España, Francia, Argentina y Chile permiten las técnicas de reproducción asistida heterólogas, mediante leyes especiales o en su propio ordenamiento civil, con ello se salvaguarda la dignidad humana de quienes desean ejercer su derecho a la procreación, que conlleva el derecho al libre desarrollo, la igualdad y bienestar, proyectando y materializando el derecho a la maternidad. En tal medida nuestro ordenamiento requiere estar acorde a la realidad y permitir expresamente su uso.

Ahora bien, respecto a si las TERHAS, en su supuesto de maternidad subrogada constituye una causal de impugnación de maternidad, como se ha desarrollado esto es



posible, pues se han judicializado varios casos; sin embargo, resulta necesario que se establezca que supuesto de maternidad subrogada pues como se ha desarrollado precedentemente, la ovodonación de un vientre de alquiler tienen sus particularidades y son hechos distintos, de tal forma que en el caso de la ovodonación si se impugna la maternidad, en efecto la coincidencia genética no coincidirá, hecho que no ocurre con un vientre de alquiler.

4.4.2. Para el objetivo específico II

Se determinó que la ovodonación si bien no está permitida, pero esta tampoco se encuentra prohibida, en tal medida al tratarse de un supuesto de maternidad subrogada, en nuestra realidad se permite la impugnación de maternidad, por lo que ahora es necesario establecer si se afecta la identidad del niño que ha sido creado o proviene de la práctica de la ovodonación.

En efecto si se impugna la maternidad de este menor, en un proceso judicial quien lo pretende tendría fundada su pretensión, pues lo que ocurre con la ovodonación es que hizo uso de esta técnica no es la madre genética, pero si la madre biológica y legal, en tal medida si se solicita un examen de ADN, se reflejara lo referido.

Pero que sucede con el menor, en la presente investigación se estableció que el juez debe de priorizar el interés superior del niño, ello conexas con el derecho a la identidad del niño, pues si bien la madre biológica y legal, no es la madre genética, el niño la reconoce como madre a esta primera, pues es quien lo llevo en su vientre por 9 meses, es quien dio el parto al menor, es quien lo educa y cuida, en tal medida se presenta aquí la identidad en su faceta dinámica, más allá de su identidad en su faceta estática, que



si bien se le identifica genéticamente diferente, pero este único factor no puede influir en la decisión de determinar su filiación.

Por lo que se debe priorizar el aspecto dinámico del derecho a la identidad del menor, pues inadvertir ello vulnera el derecho propio de la identidad biológica y legal del menor, hechos que generan las obligaciones y derechos jurídicos de la madre con el hijo. En ese sentido, se garantiza el ejercicio de la personalidad del menor, pues la identidad conlleva ese conjunto de características no solo físicas, sino también las psicológicas y emocionales de la persona.

4.4.3. Para el objetivo específico III

Para establecer la filiación del menor producto de un proceso de ovodonación, resulta necesario darle una mirada al derecho a la identidad en sus facetas de dinámica y estática, ello para salvaguardar los intereses del menor.

La identidad dinámica primordialmente es la que debe ser observada, pues quien deseo se madre, por sus principios de autoprocreación, voluntad y responsabilidad decidió ser madre, realizando una planificación de ello, en tal medida esta mujer es quien es la madre biológica y legal del menor, por lo que la relación filial con este menor se dio desde la concepción, cuidando la mujer al menor todo el proceso de gestación y después del parto.

El niño desarrolla su identidad desde la esfera no solo estática, en su aspecto es genético, o por el nombre, que el caso de la ovodonación pues si coincidiría este último, pero además se tiene la faceta dinámica de la identidad, donde el menor ha desarrollado su personalidad reconociendo a su madre biológica y legal como madre propiamente



dicha, en tal medida no reconocer su filiación sería vulnerar el derecho del menor, además de los derechos de la mujer quien deseo ser madre.

4.4.4. Determinación del objetivo general:

Respecto al objetivo general que es determinar si la ovodonación como una causal de impugnación de maternidad afecta el derecho de la identidad del niño, niña y/o adolescente.

En efecto se ha demostrado que si se afecta su derecho a la identidad incluso en sus dos facetas de dinámica y estática, además de vulnerarse el principio de interés superior del niño, pues este desarrolla su personalidad y su identidad en base al entorno en el que vive; y, en el caso de la mujer que accedió a la técnica de la ovodonación, es esta quien le dio el afecto, lo cuidó y educó, siendo reconocida por el menor como madre, apartarla de este vínculo afectivo repercutirá en el menor socio-afectivamente.

Debe prevalecer la identidad biológica del menor, más allá de su identidad genética, pues la verdad biológica es el nexo biológico existente entre el niño y su progenitor, pues no podemos limitarnos y hacer prevalecer solo la identidad genética, como se ha referido precedentemente, en el caso de la ovodonación quien cede o dona el óvulo es una tercera mujer que no desea ser madre, sino que por su accionar altruista decidió donar este gameto; por lo que resulta necesario establecer y determinar la filiación en el uso de las TERHAS para así no vulnerar los derechos del menor, y porque no decir los derechos de la mujer que deseó ser madre.

Además precisar que la maternidad subrogada trae consigo diversos supuestos, en los que no podemos tratar de forma genérica esta, pues varias investigaciones se han



regido por establecer que prevalezca la identidad genética del menor, estos son en casos de vientre de alquiler donde en efecto realizando una prueba de ADN se puede impugnar la maternidad, pero en el caso de la ovodonación no podemos dejar libre o abierta esta posibilidad de impugnar la maternidad, siendo la ovodonación un proceso distinto.



V. CONCLUSIONES

Primero.- La ovodonación como método de reproducción humana asistida es una variante de las técnicas de fertilización in vitro, la se encuentra como un tipo de maternidad subrogada, en tal sentido esta no se encuentra expresamente regulada en nuestra legislación peruana, pero tampoco se encuentra prohibida como tal; y, si bien el artículo 7° de la Ley General de la Salud, permite el uso de las TERHAS; sin embargo, se condiciona que la madre genética y la madre gestante coincidan, hecho que no ocurre en el caso de la ovodonación, pero tal circunstancia no prohíbe su uso, en tal medida nuestra jurisprudencia ha establecido que las TERHAS, en su supuesto de maternidad subrogada constituyen una causal de impugnación de maternidad, evidenciándose en el Perú casos que han sido judicializados.

Segundo.- La identidad del niño se ve afectada si se impugna la maternidad, pues la que se sometió a un proceso de ovodonación no resulta ser la madre genética del menor, sin embargo, no debemos perder de vista que esta es la madre biológica, legal y afectiva, además de que esta es la que deseó ser madre, quien asumió la responsabilidad y voluntad de ser madre; por lo que el niño desde el su proceso de gestación, el parto y su crecimiento se relaciona biológica y afectivamente con esta mujer, quien es el que le da el afecto y cuida entre otros aspectos, desarrollando su identidad dinámica, al identificar a esta mujer como madre, además de tener el apellido de esta mujer pues nuestro ordenamiento prevé una filiación legal, esto es madre quien dio a luz al menor.

Tercero.- El avance científico ha hecho posible la concepción de un nuevo ser por medio del uso de las TERHAS, hecho que genera conflictos en el tema de filiación que contiene nuestro Código Civil, pues estamos ante una nueva realidad, requiriendo de un nuevo tipo



de filiación que doctrinariamente es denominada “filiación civil” o “filiación asistida”, para determinar la filiación del menor en esta nueva realidad del uso de las TERHAS, es necesario salvaguardar el interés superior del niño y su derecho a la identidad, pues el menor producto de la práctica de la ovodonación tiene una relación filial voluntaria con la mujer que deseó ser madre, quien es la madre biológica, legal y porque no decir afectiva. En ese sentido debe considerarse el derecho a la identidad en sus dos facetas; pues el niño reconoce a esta como su madre, desarrollándose de tal modo la identidad del menor en su faceta dinámica; además, la identidad estática se establece o visualiza en el hecho del nombre, que la madre legal le dio al menor, por lo que en este caso concreto de la ovodonación se ve realizado el derecho a la identidad en sus dos facetas.

Cuarto.- La ovodonación como un supuesto de la maternidad subrogada, constituye una causal de impugnación de maternidad, pues se ha visto procesos judicializados que permiten dicha impugnación; sin embargo, no todos los supuestos de maternidad subrogada deben ser tratados por igual, pues si bien en un vientre de alquiler la que deseó ser madre, es la madre genética, en el caso de la ovodonación no se presenta tal situación pues la que deseó ser madre no es la genética sino que requirió de una tercera persona para que le done el gameto femenino (óvulo), por lo que en esta última situación no coincide la madre genética con la madre biológica y legal (estas dos últimas, quien decidió ser madres), por lo que, al impugnarse su maternidad se afecta el derecho a la identidad en sus facetas de dinámica y estática del menor, este se ha desarrollado su personalidad en mérito a los hechos de su alrededor, de tal modo que identificarlo como madre a quien lo gestó, alumbró, cuidó y educó, apartarlo de su madre sería perjudicial para el menor. Por lo que resulta necesario, considerar los derechos del menor, como es el de la identidad, para no afectar al menor en su desarrollo.



VI. RECOMENDACIONES

3. Nuestro ordenamiento jurídico peruano no puede ser ajeno a las nuevas realidades y al avance tecnológico y científico, de tal forma se recomienda la regulación de las técnicas de reproducción humana asistida.
4. Se recomienda analizar todas las TERHAS y tratarlas por separado, pues cada una configura un supuesto distinto, de lo contrario se vulneraría los derechos que involucran al niño, niña y/o adolescente, además a la mujer que desea ser madre.
5. Se recomienda una regulación de las TERHAS, pero que no solo se limite a modificar el artículo 7° de la Ley General de Salud, sino que también se realice un reglamento para establecer cómo realizar el uso de las TERHAS, su procedimiento y los supuestos permitidos, hecho que permitirá establecer la filiación de los padres-hijo.



VII. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- Aguilar Llanos, B. (2016). *Tratado de Derecho de Familia* (Lex&Iuris (ed.); Primera).
- Ambrosio Castañeda, R. M. (2020). *Regulación jurídica de la ovodonacion en el Perú*.
Universidad Tecnológica del Peru.
- Aramburú, F., & Ciani, M. (2012). *Una mirada trialista a la ovodonación. Cartapacio de Derecho* (Universidad Nacional del Centro (ed.)). Universidad Nacional del Centro.
- Arbaiza Fermin, L. (2014). *Como elaborar un tesis de grado* (Primera). Biblioteca Nacional del Perú.
- Ballesteros, J., & Hernandez, E. (2007). *Biotecnología y Posthumanismo* (Aranzadi (ed.)).
- Baptista, H. F. &. (2010). *Metodologia de la Investigación*.
- Bossert, G., & Zannoni, E. (2004). *Manual de Derecho de familia* (Astrea (ed.)).
- Calderón Beltran, J. E. (2014). *La familia ensamblada en el Perú* (Andrea (ed.)).
- Carruitero Lecca, F., & Benites Vásquez, T. (2019). *GUÍA DE INVESTIGACIÓN EN DERECHO PROYECTO DE TESIS Y TESIS A NIVEL DE POSGRADO* (U. P. A. ORREGO (ed.)). FONDO EDITORIAL UPAO.
- Castellanos, X. R. (2012). ¿ Bioética y derecho para qué y para quiénes? Discusiones en torno a la regulación de las técnicas de reproducción humana asistida en Colombia. *Derecho PUCO*, 69, 99–112.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/4268>
- Castro Haro, A. B. (2016). *La ovodonacion y la necesidad de regulación en la legislación peruana*. UNIVERSIDAD PRIVADA “ANTENOR ORREGO.”
- Cifuentes, S. (1995). *Derechos personalísimos* (Astrea (ed.)).
- Cillero Bruñol, M. (n.d.). *EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN EL MARCO DE LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO*.
http://www.iin.oea.org/cursos_a_distancia/el_interes_superior.pdf



- Código de los niños y adolescentes Ley N.º27337. (2000, August 7). *Congreso de la República*. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H682689>
- Comité de los Derechos del Niño. (2013). *Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*.
https://www.observatoriodelainfancia.es/ficherosoia/documentos/3990_d_CRC.C.GC.14_sp.pdf
- Constitución Política del Perú. (1993, December 29). *Presidente Constitucional de la República*.
https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/198518/Constitucion_Politica_del_Peru_1993.pdf
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). (1969, November 22). *Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica*.
[https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con_uibd.nsf/82C8F9A4E32C68070525755F00830687/\\$FILE/05_ConvencionAmericana.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con_uibd.nsf/82C8F9A4E32C68070525755F00830687/$FILE/05_ConvencionAmericana.pdf)
- Convencion sobre los derechos del niño. (1989, January 25). *Organización Nacional de Naciones Unidas*.
https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Programas/Provictima/1LEGISLACIÓN/3InstrumentosInternacionales/F/convencion_derechos_nino.pdf
- Convenio Europeo de Derechos Humanos. (1979, October 10). *Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. https://www.echr.coe.int/documents/convention_spa.pdf
- Corn, E. (2015). La reproducción humana asistida en Italia. Presente y futuro después de la derogación de la prohibición de fecundación heteróloga. *Revista de Bioética y Derecho*, 35(1886–5887).
https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872015000300003
- Cornejo Chávez, H. (1988). *Derecho familiar peruano: sociedad paterno filial: aparato familiar del incapaz* (Studium S.A. (ed.); 7ma ed.).
- Cornejo Chávez, H. (1999). *Derecho familiar peruano* (Gaceta Jurídica (ed.); 10ma



ed.).

Caso Gelman vs. Uruguay, (2011).

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf

Casación N.º 4323-2010-Lima, (2011).

<http://www.articulacionfeminista.org/a2/objetos/adjunto.cfm?codcontenido=4166&codcampo=21&aplicacion=app003&cnl=3&opc=4>

Coulam, C. (1982). *Premature gonadal failure Fertil Steril*.

Declaración de Monaco: la bioética y los derechos del niño. (2000, April 30). *UNESCO*.

https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000123272_spa

Declaración Universal de Derechos Humanos. (1948, December 10). *Asamblea General de las Naciones Unidas*. <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

Durán Bernardino, M. (n.d.). *Capítulo XXXV. Derecho comparado en la investigación* (pp. 249–254). Universidad de Granada.

Espada Mallorquín, S. (2017). Las principales tensiones de una futura regulación de las técnicas de reproducción asistida en Chile: especial referencia a la filiación. *IUS*, *11*(39). http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S1870-21472017000100004&script=sci_arttext

Esparza-Pérez, R. V. (2017). La depreciación de los derechos humanos y la regulación de la reproducción humana asistida en México. *Gaceta Médica de México*, *153*(5), 626–632. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S1870-21472017000100004&script=sci_arttext

Espinoza Espinoza, J. (2015). Sobre la denominación de actos ilícitos dañinos. *Revista IUS ET VERITAS*, *51*(1995–2029), 116–122. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article>

EXP. 06572-2006-PA/TC PIURA. (2007, November 6). *Tribunal Constitucional*. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/06572-2006-AA.pdf>

EXP. N.º 0013-2003-CC/TC. (2003, December 29). *Tribunal Constitucional*.



- <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00013-2003-CC.html>
- Exp. N° 03605-2005-AA/TC Lambayeque. (2007, March 8). *Tribunal Constitucional*.
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/03605-2005-AA.pdf>
- Expediente N.°00113-2006-0-1801-JR-FC-15, I. de maternidad y maternidad subrogada. (2009, January 1). *Décimo Quinto Juzgado Especializado de Familia*.
- Expediente N°02432-2005-PHC/TC Tribunal Constitucional, (2005).
- Fernandez Sessarego, C. (2005). Derecho a la vida, a la identidad, a la integridad, a la libertad y al bienestar. In Gaceta Juridica (Ed.), *Constitución Política comentada*.
- Fernández Sessarego, C. (2015). *Derecho y persona* (Astrea (ed.); Quinta).
- García Fernandez, D. (2015). *LA METODOLOGIA DE LA INVESTIGACION JURIDICA EN EL SIGLO XXI*. Universidad Nacional Autonoma de Mexico.
- García Silva, G. (2015). Metodología de la investigación jurídica y enseñanza del derecho. In *Métodos en la investigación jurídica* (pp. 467–479). Universidad Nacional Autonoma de Mexico.
- Germán Zurriarán, R. (2011). Técnicas de reproducción humana asistida: determinación legal de la filiación y usuarias en el derecho comparado. *Cuadernos de Bioética, XXII*, 201–214. <https://www.redalyc.org/pdf/875/87519895005.pdf>
- Gomez Tapia, Jose; Ochoa Romero, R. (2015). Enfoque epistemológicos de la investigación y de la docencia jurídicas en su dimension contemporanea. In *Métodos en la investigación jurídica* (pp. 520–521). Universidad Nacional Autonoma de Mexico.
- Gonzales Mucha, S. L. (2017). *Situación jurídica y jurisprudencia de las técnicas de reproducción humana asisitida en el Perú: El caso de la ovodonación*. [Univerisidad Ricardo Palma]. <http://168.121.49.87/handle/urp/1131>.
- Instituto Interamericano de Derechos Humanos. (2008a). *Los derechos reproductivos son derechos humanos* (Editorama S.A. (ed.)).
<https://www.corteidh.or.cr/tablas/24841.pdf>
- Instituto Interamericano de Derechos Humanos. (2008b). *Reproducción asistida, género*



- y *derechos humanos en America Latina* (Editorama S.A (ed.)).
[https://lac.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/Libro 4. Reproduccion asistida.pdf](https://lac.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/Libro_4_Reproduccion_asistida.pdf)
- Juan Carlos Callegaru Herazo STC 090-2004-AA/TC.
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00090-2004-AA.html>
- Junquera de Estéfani, R., & De la Torre Díaz, F. J. (2013). *La reproducción médicamente asistida Un estudio desde el derecho y la moral* (Universidad Nacional de Educación a Distancia (ed.); primera).
- Lema Añón, C. (1999). *Reproducción, Poder y Derecho Ensayo filosófico-jurídico sobre las técnicas de reproducción humana asistida* (Trotta (ed.)).
- Ley 14/2006. (2006, May 25). *JUAN CARLOS I. REY DE ESPAÑA*.
<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-9292>
- Ley General de Salud N.º 26842. (1997, July 20). *Congreso de la República*.
<https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H775516>
- Lima-Couy, L., Caballero, O., Moreno, X., Casañ, E., Moreno, L., Ferrer, E., Raga, F., Dolz, M., & Bonilla Mosules, F. (2002). Iberoamerica de Fertilidad. *Ovodonación: Situación Actual En La Medicina Pública*, 321–334.
- LOI no 2004-800 relative à la bioéthique. (2004, August 6). *L'Assemblée nationale et le Sénat*. <https://wipolex.wipo.int/es/text/179239>
- Machado, D. V. (2005). *El concepto de la filiación en la fecundación artificial* (Ara (ed.)).
- Mancera Cota, A. (2008). Consideraciones durante el proceso comparativo. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 41. <https://doi.org/2448-4873>
- Marrades Puig, A. I. (2002). *Luces y Sombras del derecho a la Maternidad*.
- Martínez Quiroz, M. (1993). Los derechos del niño: entre la Ley y la ciencia. In *I Coloquio de los Estudiantes de Derecho en la Póntificia Universidad Católica el Perú* (pp. 320–330).
- Medía Ch., R. M. (2015). La filiación extramatrimonial post mortem. *Revista Jurídica Científica*, 8(1), 2313–3325.



- Merlyn, S. (2006). *Derecho y Reproducción Asistida Retrato de la evolución médica y sus perspectivas legales en Ecuador* (Cevallos Editorial Jurídica (ed.)).
- Mosquera Vásquez, C. C. (2001). *Temas de Derecho Genético Ideas y propuestas sobre una nueva vertiente del derecho contemporaneo* (P. S.L.R. (ed.)). Praxis S.L.R.
- Murillo de la Vega, S. (1996). *El mito de la vida privada de la entrega al tiempo propio*.
- Neciosup Santa Cruz, V. H. (2018). *Problemas de Política Pública y Estado Situacional de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en el Perú*.
- Noriega, L., Vizcarra, F., Romero, R., Llerena, G., & Prazak, L. (1998). Ovodonación en el Perú: dos años de experiencia. Primeros resultados de fertilización in vitro - transferencia embrionaria con ovocitos donados. *Ginecología y Obstetricia*, 44(1).
- Nota de Prensa. (2019). *Cerca de 40 niños nacen cada año en el Instituto Materno Perinatal gracias a la fertilización in vitro*.
<https://www.gob.pe/institucion/minsa/noticias/69498-cerca-de-40-ninos-nacen-cada-ano-en-el-instituto-materno-perinatal-gracias-a-la-fertilizacion-in-vitro>
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (1976, March 23). *Ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI)*.
https://www.ohchr.org/sites/default/files/ccpr_SP.pdf
- Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales. (1966, December 16). *Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI)*.
https://www.ohchr.org/sites/default/files/cescr_SP.pdf
- Peralta Andía, J. R. (n.d.). *Derecho de Familia en el Código Civil* (Idemsa (ed.); 4ta ed.).
- Placido V., A. F. (2015). *Manual de Derechos de los niños, niñas y adolescentes* (Instituto Pacífico (ed.); Primera).
- Placido V., A. F. (2018). *Identidad filiatoria y responsabilidad parental* (Instituto Pacífico (ed.); Primera, pp. 1–638).
- Placido Vilcachagua, A. (2013). El modelo de familia garantizado en la Constitución de



1993. *Revista de La Facultad de Derecho de La PUCP*, 71, 77.108.
<https://doi.org/201302.004>
- Placido Vilcachagua, A. F. (2001). *Manual de derecho de Familia* (Gaceta Jurídica (ed.)).
- Placido Vilcachagua, A. F. (2010). *Relación jurídica de la familia, en Código Civil Comentado* (Gaceta Jur).
- Prentice Munayco, Cyntia Alejandra & Chave Luna Victoria, S. R. (2012). *Coincidencia entre madre genética y gestante como exigencia legal en el derecho a la procreación mediante la Ovodonacion en el Perú*. Universidad Nacional de Trujillo.
- Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. (1988, November 17). *No Title*. <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html#:~:text=Los Estados partes en el,disponibles y tomando en cuenta>
- Ramos, R. (1998). *Fecundacion Asistida y Derecho* (JURIS (ed.)).
- Rodríguez Iturburu, M. (2015). La regulación de las técnicas de reproducción humana asistida en la actualidad. *Reproducción*, 2015, 30(4), 143–160.
http://www.samer.org.ar/revista/numeros/2015/Numero_4/4-ITURBURU.pdf.
- Rossert, G., & Zannoni, E. (1998). *Manual de derecho de familia* (Astrea (ed.); 4ta ed.).
- Rubio Correa, M. (1999). *Estudio de la Constitución Política de 1993* (Pontificia Universidad Católica del Peru (ed.)).
- Santos Chavez, L. M. (2018). *La ovodonación y la afectación al derecho humna de reproduccion en el Perú*. Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo.
- Sevilla Merino, J. (1994). La mujer como sujeto constitucional de derechos. *IX Jornada de Coordinacion Entre Defensores Del Pueblo*, 233.
- STC Exp. N°04058-2012-PA/TU. (2013). *Tribunal Constitucional*.
- Teves Zenteno, Y. Y. (2021). *Fundamentos para regular la maternidad subrogada en la legislación peruana a partir de los aportes de la doctrina, jurisprudencia y derecho comparado* [Universidad Nacional del Altiplano].



<http://repositorio.unap.edu.pe/handle/UNAP/15570>

Turbert, S. (1998). *Mujeres sin sombra: Maternidad y Tecnología XXI*.

Universidad Ecternado de Colombia. (2003). *Primer seminario Franco-Andino de Derecho y Bioética Memorias* (Cordillera S.A.C. (ed.); Primera).

Valverde Morante, R. (2001). *Derecho Genético: Reflexiones jurídicas planteadas por las Técnicas de Reproducción Humana Asistida* (Gráfica Horizonte (ed.)).

Varsi Rospigliosi, E. (2010a). Determinación de la parternidad matrimonial. In *Gaceta Jurídica* (Ed.), *Codigo Civil comentado* (pp. 659–660).

Varsi Rospigliosi, E. (2010b). *El moderno tratamiento legal de la filiación extramatrimonial: Vol. o* (Juristas Editores (ed.); Segunda, Issue 0).

<https://doi.org/10.1017/CBO9781107415324.004>

Varsi Rospigliosi, E. (2011). Tratado de Derecho de Familia Matrimonio y uniones estables. In *Gaceta Jurídica* (Ed.), *Tratado de Derecho de Familia -TOMO II: Vol. II* (Primera).

http://repositorio.ulima.edu.pe/bitstream/handle/ulima/5231/Varsi_matrimonio_uniones_estables.pdf?sequence=3&isAllowed=y

Varsi Rospigliosi, E. (2012). Tratado de Derecho de Familia Derecho familiar patrimonial Relaciones económicas e instituciones supletorias y de amparo familiar. In *Gaceta Jurídica* (Ed.), *Tratatdo De Derecho De Familia* (Primera, Vol. 3).

http://repositorio.ulima.edu.pe/bitstream/handle/ulima/5256/Varsi_derecho_familiar_patrimonial.pdf?sequence=3&isAllowed=y

Varsi Rospigliosi, E. (2013a). *Derecho Genético Principios Generales* (Grijley E.I.R.L. (ed.); 5ta ed.).

Varsi Rospigliosi, E. (2013b). Tratado de Derecho de Familia Derecho de filiación. In *Gaceta Jurídica* (Ed.), *Tratado de Derecho de Familia - TOMO IV* (Primera).

Varsi Rospigliosi, E. (2013c). Tratado de Derecho de Familia Derecho de filiación. In *Gaceta Jurídica* (Ed.), *Tratado de Derecho de Familia - TOMO IV* (Primera).

Vila-Coro Barrachina, M. D. (1997). *Huerfanos Biológicos* (San Pablo (ed.)).

ANEXOS

Anexo A: Matriz de Consistencia

TITULO: OVODONACIÓN COMO CAUSAL DE IMPUGNACIÓN DE MATERNIDAD, UN PROBLEMA QUE AFECTA LA DENTIDAD DINÁMICA Y ESTÁTICA DEL NIÑO, NIÑA Y/O ADOLESCENTE				
PROBLEMA GENERAL	OBJETIVO GENERAL	EJES TEMÁTICOS		METODOLOGÍA
		VARIABLE	DIMENSIONES	
¿La ovodonación como una causal de impugnación de maternidad; afecta el derecho de la identidad del niño, niña y/o adolescente?	Determinar si la ovodonación como una causal de impugnación de maternidad, afecta el derecho de la identidad del niño, niña y/o adolescente	OVODONACIÓN	<ul style="list-style-type: none"> - Técnicas de Reproducción humana asistida - Tipos de TERHAS - Maternidad subrogada 	<p>Tipo de investigación:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Cualitativa - Dogmática <p>Nivel de investigación:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Descriptivo - Correlacional <p>Diseño de investigación:</p> <ul style="list-style-type: none"> - No experimental - Descriptiva <p>Técnicas de Recolección de Datos:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Observación documental - Revisión bibliográfica, doctrinaria y jurisprudencial. <p>Instrumentos:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Fichas de análisis documental y bibliográfico - Ficha textual - Ficha resumen
PROBLEMAS ESPECÍFICOS	OBJETIVOS ESPECÍFICOS	VARIABLE	DIMENSIONES	INDICADORES
1- ¿La ovodonación como método de procreación asistida se encuentra regulada en nuestra legislación peruana? En consecuencia, ¿esta puede constituir en una causal para cuestionar el vínculo filiatorio?	1.- Analizar si la ovodonación como método de procreación asistida se encuentra regulada en nuestra legislación peruana; y, si esta puede constituir como causal para cuestionar el vínculo filiatorio	- Impugnación de maternidad	<ul style="list-style-type: none"> - Derechos a la maternidad. - Derechos conexos: Libre desarrollo, reproducción, familia 	<ul style="list-style-type: none"> - Constitución Política del Perú. - Código Civil Peruano. - Código del Niños y adolescentes. - Comité De los Derechos del Niño.
2. ¿La identidad de un niño, niña y/o adolescente que nació por un proceso de ovodonación se ve afectada, al impugnarse la maternidad de su madre biológica y legal en los casos en los cuales se sometió a una ovodonación al momento de la concepción?	2. Evaluar si la identidad de un niño, niña o adolescente que nació por un proceso de ovodonación puede verse afectada al impugnarse la maternidad de su madre biológica y legal.	- Derechos a la identidad del niño	<ul style="list-style-type: none"> - Concepto de Derechos a la Identidad. - Facetas del Derechos a la identidad - Derechos conexos. - Principios de Interés Superior del Niño 	<ul style="list-style-type: none"> - Declaración universal de Derechos Humanos. - Pacto Internacional de derechos Económicos, Sociales y Culturales. - Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
3. ¿El derecho a la identidad en sus facetas de identidad dinámica y estática debe ser observada para determinar la filiación del niño, niña o adolescente que nació por un proceso de ovodonación?	3. Establecer si el derecho a la identidad en sus facetas de identidad dinámica y estática debe ser observada para determinar la filiación del niño, niña o adolescente que nació por un proceso de ovodonación	- Filiación	<ul style="list-style-type: none"> - Familia - Parentesco - Tipos de Filiación 	<ul style="list-style-type: none"> - Doctrina - Jurisprudencia



Anexo B: Instrumentos de recolección de datos

OVODONACIÓN COMO CAUSAL DE IMPUGNACIÓN DE MATERNIDAD UN PROBLEMA QUE AFECTA LA IDENTIDAD DINÁMICA Y ESTÁTICA DEL NIÑO, NIÑA Y/O ADOLESCENTE

FICHA DE ANÁLISIS BIBLIOGRÁFICO Y CONTENIDO

I. IDENTIFICACION DEL DOCUMENTO

1.1. TÍTULO:

1.2. AUTOR:

1.3. LUGAR DE EDICIÓN:

AÑO:

1.4. EDITORIAL:

II. CRITERIOS DE INVESTIGACIÓN:

FUNDAMENTO	ARGUMENTO TEÓRICO	PAG.	COMENTARIO Y/U OBSERVACIÓN

