



FACULTAD DE DERECHO

ESCUELA ACADÉMICO PROFESIONAL DE DERECHO

“La necesaria regulación de las técnicas de reproducción asistida heterólogas a fin de establecer la filiación en el ordenamiento jurídico peruano”

**TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL DE:
Abogada**

AUTORA:

Br. Fabián More, Alma Linda

ASESORA:

Abg. Pingo More, Ángella Inés

LÍNEA DE INVESTIGACIÓN:

Derecho Civil

PIURA – PERÚ

2016

Página del jurado

Dedicatoria:

A mi padre Aníbal Fabián Sacramento, que desde el cielo ilumina mi camino, recordándome siempre el esfuerzo y la perseverancia como guía hacia el éxito. Y a Dios, energía bendita, quien permanece siempre en mi corazón.

Agradecimiento:

A todas las personas que hicieron posible que una de mis mayores metas se hiciera realidad y con ello aportaron valiosamente a cumplir mi sueño

DECLARATORIA DE AUTENTICIDAD

Yo, ALMA LINDA FABIÁN MORE con DNI N° 02846941, a efecto de cumplir con las disposiciones vigentes consideradas en el Reglamento de Grados y Títulos de la Universidad César Vallejo, Facultad de Derecho, Escuela de Derecho, declaro bajo juramento que toda la documentación que acompaño es veraz y auténtica.

Asimismo, declaro bajo juramento que todos los datos e información que se otorgan en la presente tesis son auténticos y veraces.

En tal sentido asumo la responsabilidad que corresponda ante cualquier falsedad, ocultamiento u omisión tanto de los documentos como de información aportada por lo cual me someto a lo dispuesto en las normas académicas de la Universidad César Vallejo.

Piura, junio del 2016



Br. Alma Linda Fabián More
DNI N° 02846941

PRESENTACIÓN

Señores miembros del Jurado, presento ante ustedes la Tesis titulada “La necesaria regulación de las técnicas de reproducción asistida heterólogas a fin de establecer la filiación en el ordenamiento jurídico peruano”.

El avance de la tecnología ha permitido que se pueda apoyar a las personas que desean tener hijos pero que no pueden tenerlos por circunstancias específicas, generalmente físicas o fisiológicas, permitiéndoles la aplicación de las técnicas de reproducción asistida para que puedan tener uno o más hijos. Situación que exige una regulación adecuada, teniendo en cuenta las normas establecidas en la Convención Americana de Derechos Humanos, así como algunos principios jurídicos: libertad personal, progresividad y no regresividad.

De allí que la finalidad de esta tesis ha sido “Determinar si resulta necesaria la regulación de las técnicas de reproducción asistida heterólogas, a fin de establecer la filiación en el ordenamiento jurídico peruano”; dando cumplimiento al Reglamento de Grados y Títulos de la Universidad César Vallejo para obtener el Título Profesional de Abogado.

De esta manera se hizo los estudios pertinentes, habiéndose llegado a la conclusión que sí debe regularse la aplicación de las técnicas de reproducción asistida heterólogas, a fin de establecer la filiación en el ordenamiento jurídico peruano.

Esperando cumplir con los requisitos de aprobación

La autora

ÍNDICE

	Pág
CARÁTULA	i
PÁGINA DEL JURADO	ii
DEDICATORIA	iii
AGRADECIMIENTO	iv
DECLARATORIA DE AUTENTICIDAD	v
PRESENTACIÓN	vi
ÍNDICE	vii
RESUMEN	x
ABSTRACT	xi
I. INTRODUCCIÓN	1
1.1 Realidad Problemática	1
1.2 Trabajos previos	2
1.3 Teorías relacionadas al tema	3
1.3.1 Derechos Humanos: La progresividad	3
1.3.2 Bioética	4
1.3.3 Convención Americana de Derechos Humanos.	5
1.3.4 Convención de Viena	7
1.3.5 Control de Constitucionalidad	7
1.3.6 Control de Convencionalidad	8
1.3.7 Técnicas de Reproducción Humana Asistida	9
1.3.8 Las TERAS en la legislación nacional: Ley General de Salud	11
1.3.9 Autonomía Privada de la Voluntad	12
	vii

1.3.10 La Filiación	13
1.4 Formulación del problema	18
1.5 Justificación del estudio	18
1.6 Hipótesis	20
1.7 Objetivos	21
1.7.1 Objetivo General	21
1.7.2 Objetivos Específicos	21
II. MÉTODO	22
2.1 Diseño de investigación	22
2.2 Variables, operacionalización	22
2.3 Población y muestra	25
2.4 Técnicas e instrumentos de recolección de datos.	25
2.4.1. Análisis documentario	25
2.4.2. Instrumentos	25
2.4.3. Validación de los instrumentos	27
2.5 Métodos de análisis de datos.	28
2.5.1. Método Hermenéutico	28
2.5.2. Selección de la información	28
2.5.3. La triangulación del marco teórico	28
2.5.4. La interpretación de la información	28
2.6 Aspectos éticos.	29
III. RESULTADOS	30
IV. DISCUSIÓN	45
V. CONCLUSIONES	52

VI. RECOMENDACIONES	54
VII.REFERENCIAS	55
VII. ANEXOS	58

RESUMEN

La investigación tuvo como Objetivo General: “Determinar si resulta necesaria la regulación de las técnicas de reproducción asistida heterólogas, a fin de establecer la filiación en el ordenamiento jurídico peruano”. Su título fue: “La necesaria regulación de las técnicas de reproducción asistida heterólogas a fin de establecer la filiación en el ordenamiento jurídico peruano”. La investigación se realizó de julio del 2015 a abril del 2016, y tuvo como motivo el hecho de que las personas que desean tener hijos pero que no pueden tenerlos por circunstancias específicas, generalmente físicas o fisiológicas, puedan tener uno o más hijos, mediante la aplicación de las técnicas de reproducción asistida. Situación que exige una regulación adecuada, teniendo en cuenta las normas establecidas en la Constitución y en la Convención Americana de Derechos Humanos, así como los principios jurídicos de libertad personal y progresividad. Se consultó la doctrina, la normativa internacional, nacional y comparada, y la jurisprudencia sobre este tema, encontrando insuficiente regulación normativa que obliga a determinar la debida regulación para que se puedan cumplir adecuadamente las normas establecidas en la Constitución y Convención Americana de Derechos Humanos, situación que conlleva afirmar que la normatividad peruana respecto a la aplicación de las TERAS significa una injerencia arbitraria en los derechos reproductivos, a la libertad personal, a la vida privada, a formar una familia y a la igualdad, por lo que ha permitido contribuir con una propuesta de modificación legislativa.

Palabras clave: Técnicas de reproducción asistida heterólogas, libertad personal, igualdad, convencionalidad, filiación.

ABSTRACT

The research had as General objective: "Determine whether the regulation of heterologous assisted reproduction techniques is necessary in order to establish filiation in the Peruvian legal system". Its title was: "the necessary regulation of assisted reproduction techniques heterologous to establish filiation in the Peruvian legal system". Research was carried out from July to April 2016 2015, and was citing the fact that people who want to have children but that they cannot have them by specific circumstances, usually physical or physiological, may have one or more children, through the application of assisted reproduction techniques. Situation requiring appropriate regulation, taking into account the norms of the American Convention on human rights, as well as the legal principles of: personal freedom and escalation. It consulted the doctrine, the international, national and comparative legislation, and jurisprudence on this issue, found insufficient normative regulation which requires determining the proper regulation for is to adequately meet the standards laid down in the aforementioned Convention. This work has been achieved show that Peruvian regulations regarding the implementation of the TERAS means an arbitrary interference in reproductive rights, to personal liberty, to privacy, to form a family and equality, so it has allowed to contribute to a proposed legislative amendment.

Keywords: reproductive techniques assisted heterologous, personal freedom, equality, conventionality and fili.

I. INTRODUCCIÓN

1.1 Realidad Problemática

En el Perú, como en gran parte del mundo, dados los avances de la medicina, las ciencias biológicas y la genética, las Técnicas de Reproducción Asistida (en adelante: TERAS), se constituyen en un recurso ya generalmente aceptado y no por ello, sin problemas; pues se ha expandido su utilización para lograr que los cónyuges o los convivientes que deseen procrear y tengan algún impedimento para hacerlo, puedan satisfacer su necesidad y/o interés de tener un hijo, acudiendo a su utilización superando las conductas tradicionales y moralistas; pero que, a su vez, han ocasionado situaciones problemáticas, que necesitan urgente regulación; más aún, en nuestro país, que se ha inscrito y ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos, encontrándose obligado a su estricta observancia.

Para una mejor comprensión de esta situación, es necesario y conveniente comprender que la reproducción humana asistida se entiende como la técnica que se utiliza en las nuevas tecnologías para a contrarrestar la difícil situación de infertilidad que padecen algunas personas, otorgándoles la posibilidad de procrear. Asimismo, es válido aclarar que no es una terapia, sino que coadyuvan a paliar los efectos de la esterilidad. (Varsi, 2001).

Así, pues, las TERAS son técnicas de reproducción generadas para posibilitar que personas con problemas de infertilidad, puedan procrear; permitiendo implantarles en el vientre materno, óvulos fecundados con espermatozoides de la pareja o de otro donante de esperma; siendo que la fecundación puede hacerse *in vitro*; técnicas que han tenido diversificaciones al extremo que pueda procrearse nuevos seres humanos, sin que se sepa quiénes realmente son los padres biológicos.

Situación problemática que ha generado la necesidad insoslayable e impostergable de ir actualizando la normatividad legal para que las acciones

que se realizan utilizando estas técnicas, se ajusten a derecho, cumplan con las normas contenidas en la mencionada Convención, sin prohibir su aplicación y sin que se perjudiquen a los individuos en cuanto al respeto de sus derechos.

En el Perú sí se ha permitido el uso de las TERAS, pero con restricción, pues la Ley General de Salud (Ley N° 26842) ha precisado como una potestad o derecho el tratar su infertilidad y que, por consiguiente, puede usar las TERAS pero pone como condición que la madre que donó el óvulo y la madre que gesta, deben ser la misma persona; es decir, no se admite que haya una donante del óvulo materno, pues debe utilizarse el que corresponde a quien va a gestar. Por otro lado, para el uso de las TERAS se exige la aprobación de ambos padres, estando prohibido utilizar la clonación y usar óvulos humanos si no es específicamente para la procreación. (Art. 7° de la Ley N° 26842). Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el Perú se adhirió a la Convención Americana de Derechos Humanos el 07 de diciembre de 1978 y, por tanto, se obligó a cumplir sus estipulaciones; lo que no se denota de la regulación explicada.

1.2 Trabajos previos

Según Córdova (2013) en su tesis “Afectación del vínculo materno filial y de los derechos del niño en la ovodonación”, para obtener el título de bachiller. Universidad Cesar Vallejo. Piura. El autor sostiene que la práctica de la ovodonación acarrea una serie de consecuencias jurídicas afectando los derechos del niño que ha sido concebido mediante esta técnica, y todo ello se debe a la falta de regulación específica.

Por su parte Canessa (2011) en su investigación “*La filiación en la reproducción humana asistida*” de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, para obtener el grado de doctor en Derecho y Ciencia Política. El problema de investigación se centró en saber si las TERAS afectan los criterios o principios contenidos en el derecho civil; por lo que concluyó manifestando que en el Perú no existe una regulación específica sobre las TERAS ni se ha dado cupo a la Teoría del Derecho Genético; y los problemas llevados al ámbito jurisdiccional,

los magistrados, al resolver un proceso judicial, tenían que recurrir a los principios generales del derecho, especialmente si están relacionados a controversias relativas a la filiación cuando se han utilizado las TERAS.

Otro trabajo significativo ha sido la obra de Lamm (2012) "*La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida*", ensayo publicado en la Revista de Bioética y Derecho. En este documento la autora, para el uso de las TERAS, considera como elemento trascendental la voluntad de quien va a usarlas, aclarando que el nuevo ser, engendrado con estas técnicas, nace por efecto de un acto volitivo y que, como consecuencia del mismo, surge su derecho a la respectiva filiación; lo que no sucede en caso de las adopciones, en que el vínculo de parentesco y la filiación surgen, también por manifestación de voluntad pero expresada después de que el niño ha nacido. Concluye en que el nacido como producto de la aplicación de estas técnicas, debe llevar los apellidos de quien manifestó su voluntad de la aplicación de las TERAS para poder tener un hijo que naturalmente no puede tenerlo.

1.3 Teorías relacionadas al tema

1.3.1 Derechos Humanos: La progresividad.

Siendo que los derechos humanos son derechos innatos y correspondientes a todo ser humano se mantienen incólumes a través de los tiempos; sin embargo, la realidad social va permitiendo que se fije atención en nuevas condiciones de respeto a la dignidad y a la libertad de la persona humana, por lo que estos derechos se van incrementando en el tiempo. De allí es que se ha reconocido tres generaciones en función del tiempo en que han sido consideradas y reconocidas a nivel mundial en los principales instrumentos jurídicos internacionales, como ser en declaraciones, convenios, tratados, etc. Así, están en vías de reconocimiento dos generaciones más; ello implica estimar que existe una característica fundamental de los mismos; cual es la progresividad. Ello se da pues los Estados están en la obligación de cautelar

los derechos naturales e inherentes a la persona humana, limitando las acciones de quienes incurran en un eventual desconocimiento de su contenido o en un atentado contra dichos derechos. Asimismo, deben estar atentos a los avances que se den en esta materia para mejorar la protección de los mismos, adoptando las medidas y acciones necesarias para que su ejercicio sea realmente efectivo. (Espina Molina, 2007: 261)

1.3.2 Bioética

La Bioética es una rama de la Ética, referida a la promulgación de principios relacionados con la conducta de las personas tanto en el campo médico como en el ámbito social, incluyendo en forma especial a las conductas relacionadas con la problemática moral. De allí que su objeto de estudio sea la atención del correcto y eficiente trato no sólo a los seres humanos en forma específica, sino que se comprenda también a los animales y al medio ambiente, entre otros, y siempre dentro del enfoque de los derechos humanos, como se ha detallado líneas arriba (Sepúlveda, 2015).

De allí que surgió la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos con la directa intervención de la UNESCO (2016), Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, en la cual se toma cuenta la habilidad que tiene el hombre para meditar sobre su naturaleza y la realidad que constituye su entorno, detectando la posible existencia de injusticias, tratando de evitar el peligro y de asumir las responsabilidades que podrían surgir ante cualquier deficiencia que genere la injusticia, la falta de cooperación, la exposición al peligro de incumplimientos y, sobre todo, de interiorizar las necesidades de adoptar y preservar conductas consideradas como morales, así como de prevenir y/o de sancionar cualquier atentado o agresión contra los principios éticos. Es por ello que en esta Declaración se reconoce que los adelantos tecnológicos generan enormes beneficios a la humanidad, mejorando la calidad de vida y que la esperanza de vida sea cada vez mayor, así como el bienestar de cada persona, de su familia y de la sociedad integralmente hablando; en

otras palabras, de toda la especie humana. Todo ello teniendo en cuenta que los dos pilares fundamentales de los derechos humanos son la dignidad y la libertad de la persona humana, así como la expansión, desarrollo y protección de los derechos humanos.

Entonces, esta Declaración establece fundamentalmente la promoción, reconocimiento, respeto y debido aprovechamiento del conocimiento científico y de las tecnologías vinculadas a la práctica médica, para favorecer en todo lo que se pueda los beneficios que estos avances generen a favor de los pacientes, los investigadores y de toda persona que tenga necesidad de su aplicación en función de la preservación de su salud y de la procreación, sin dejar de considerar que debe evitarse, en cuanto sea posible los efectos nocivos que les pudiera generar su uso o aplicación.

1.3.3 Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos (OEA) ha ido adquiriendo una constante mayor importancia para los países que la suscribieron y se sometieron a sus regulaciones, decisiones e, incluso, sanciones en caso de atentar contra los derechos humanos, como ya ha sucedido en el Perú. Esto último (la capacidad de sancionar) es justamente uno de los mecanismos que se puede utilizar para prevenir injusticias que partan de no respetar o de atentar contra los derechos humanos, castigando cuando corresponda las deficiencias de los Estados Parte en estas materias. De esta forma, se da una evidente concordancia entre las regulaciones y potestades regionales con las instituciones internacionales encargadas de proteger los derechos humanos (Albase, 1997).

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, la Convención), es un mecanismo que regula en forma más precisa y para el ámbito regional de toda América (Estados partes) los derechos humanos refrendados en los documentos jurídicos de carácter internacional activando los medios de protección y los mecanismos de sanción antes los

incumplimientos o las agresiones contra los derechos mencionados. Para desarrollar y garantizar el funcionamiento y la eficacia de este cometido (protección de los derechos humanos en el ámbito americano) se ha constituido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, con sede en Washington y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con sede en Costa Rica (Andreu, 2014).

En función de lo detallado precedentemente, los Estados que se han adherido y ratificado la Convención se han responsabilizado a reconocer las libertades y derechos refrendados en el referido documento internacional, garantizando, el ejercicio pleno y efectivo de los derechos humanos, sin discriminación alguna y bajo la protección de las instituciones internacionales que han sido constituidas para tales efectos. Siendo que la práctica de los derechos y libertades establecidos en la Convención mencionada no están ya garantizados, los Estados partes están obligados a realizar las acciones exigibles para hacerlos valer. (Andreu, 2014).

A su vez, se reconoce el compromiso de los Estados partes para contribuir al constante desarrollo de los derechos establecidos en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, pero teniendo en cuenta sus posibilidades y su propia realidad (especialmente la económica). (Andreu, 2014)

En cuanto a su jurisdicción, están sometidos a ella los Estados parte; es decir, quienes la suscribieron y ratificaron, como es el caso de Perú. En base a esta jurisdicción los atentados o vulneraciones contra los derechos humanos que no han sido debidamente garantizados y tutelados en el Estado Parte, pueden someterse a la jurisdicción emanada de la Convención, acudiendo, después de haber agotado la jurisdicción nacional, ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y, si hubiera lugar, a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. (Andreu, 2014: 73)

Perú se ha adherido y ha ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por lo que se encuentra obligado a su estricto

cumplimiento y se somete a su jurisdicción; no pudiendo oponerse a que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y, en su caso, Corte Interamericana de Derechos Humanos procesen las denuncias por vulneración de los derechos humanos que denuncien los interesados. Inclusive, aunque no haya mención expresa en la Convención, la mencionada Comisión puede e intervenir, sea de oficio o a petitoria del extremo interesado, tomando decisiones, por ejemplo, el dictado de medidas cautelares, si se presentan situaciones de urgente atención para evitar daños significativos y posiblemente irreparables.

1.3.4 Convención de Viena

La Convención de Viena regula lo concerniente a los tratados internacionales y, en consecuencia, la obligatoriedad de los mismos que recae sobre los países que la suscribieron. Su elaboración corrió a cargo de la Comisión de Derecho internacional de las Naciones Unidas y tuvo como objetivo la codificación del derecho internacional relativo a los tratados, los que se habían estado cumpliendo sólo con carácter consuetudinario, por lo que no tenían niveles imperativos y exigibles internacionalmente. En cuanto a los tratados, se ha determinado que éstos son acuerdos internacionales celebrados en forma escrita por los diferentes Estados del orbe y se encuentran regidos por el Derecho Internacional, cualquiera que sea su denominación particular.

1.3.5 Control de Constitucionalidad

En el Perú constantemente se hace referencia al control de la constitucionalidad al que están obligados todos los órganos jurisdiccionales, sea a través del control difuso o del control concentrado. El primero de ellos es el que corresponde a todo magistrado que, al interior de un proceso bajo su jurisdicción, debe analizar si las normas legales que amparan a una u otra de las partes no tergiversan o contradicen alguna norma constitucional; y el control concentrado es el que realiza el Tribunal Constitucional al someter a

su decisión un proceso de inconstitucionalidad contra una determinada norma legal. De similar forma se establece en diferentes países del mundo; determinándose que los jueces realicen tanto el control difuso de la constitucionalidad, y con mayor razón el control concentrado en atención a la jerarquía de las normas jurídicas. Se culmina expresando la confirmada supremacía de las normas constitucionales, fundadas en el predominio del control constitucional normativo (Torres, 2001).

1.3.6 Control de Convencionalidad

A decir de Albase (2008) el control de convencionalidad es una garantía que se establece para lograr una armónica y efectiva aplicación del Derecho, constituyéndose en una obligación del Estado el tomar las previsiones y las medidas exigibles que permitan a las normativas internacionales suscritas y/o ratificadas por sus organismos competentes se apliquen como corresponde a las estipulaciones contenidas en las mismas.

Es así, por ejemplo, que el ordinal primero de la Convención Americana de Derechos Humanos establece que los Estados parte deben comprometerse a salvaguardar la observancia de los Derechos que en ella han quedado establecidos, así como posibilitar la forma más idónea para su ejercicio pleno, proporcionando las condiciones necesarias para ello. Así pues, los Estados están obligados a respetar y a garantizar los derechos previstos en los ordenamientos Internacionales. (Carbonell, 2013)

En similar contexto y en forma de mayor precisión jurídica, se considera que en cada Estado parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe ejecutarse el denominado control de convencionalidad, para verificar si se cumple o no en forma estricta, los postulados normativos establecidos en la mencionada Convención, sea en los dispositivos legales de origen nacional, o en sus decisiones jurisdiccionales, en las cuales, inclusive, se debe tomar en cuenta las interpretaciones dadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte

Interamericana de Derechos Humanos. En concreto las normas contenidas en la Convención sirven de parámetro u objeto controlador del cumplimiento de los límites y de la conformidad de sus normas, frente a las normas nacionales. (Torres, 2012).

Como se infiere del último párrafo del numeral anterior, el control de la convencionalidad surge cuando las instancias nacionales no solucionan un problema que tiene respaldo normativo internacional. Sin embargo, este control no debe esperar a que se agoten las instancias nacionales, sino que se debería practicar en toda ocasión en que los órganos jurisdiccionales tengan que ejercer sus funciones administrando justicia.

1.3.7 Técnicas de Reproducción Humana Asistida

Las Técnicas de Reproducción Asistida – llamadas simplemente TERAS-, tienen como finalidad procurar la satisfacción de la necesidad o del interés de la persona humana de la procreación; interés que se encuentra reconocido como un derecho explícito en las normas internacionales. Las TERAS son procedimientos que sirven para contrarrestar los problemas de infertilidad de los seres humanos y contribuyen a satisfacer su interés y ejercer su derecho a la procreación, utilizando la inseminación artificial, la fecundación *in vitro*, o cualquier otra de las TERAS. (Taboada y Espinoza, 2006).

Así se puede entender que estas técnicas constituyen un remedio efectivo para subsanar el problema de la incapacidad de procreación de las personas humanas, ya que éstas, en tanto son sujetos de derechos tan sólo por su condición de ser humano, se encuentran habilitados para utilizar las TERAS en el tratamiento de su infertilidad y, de esta forma, poder procrear y satisfacer su interés maternal o paternal concretando su derecho a la procreación y a la consolidación de su familia. No obstante, es necesario también reconocer que el mencionado derecho no es absoluto en razón que debe ser ejercido dentro de las condiciones que las normas jurídicas

establezcan o hayan establecido, como ser el derecho, y respeto que corresponde a la nueva vida que se intente generar (Varsi, 2001).

Lo manifestado por Varsi (2001) en la última expresión precedente, protección de a la vida a generarse, es encomiable, pero no tendría sustento legal, si la protección se brinda en abstracto, ya que la nueva vida aún es inexistente y, en consecuencia, se trataría de un bien jurídico futuro que se desea tutelar, pero que no hay seguridad de que se dará el hecho en concreto. No siendo lo mismo en lo relativo al ya concebido, pues se trata de una vida ya constituida, con calidad de sujeto de Derecho y, por ende, bajo la protección de todos los beneficios que le asisten y sin mayor condición que aquellas que las normas jurídicas estipulan. De ello, pues se infiere que el derecho de procreación no es ilimitado; por el contrario está sujeto a las posibilidades genéticas o biológicas de cada persona, y de las regulaciones jurídicas que puedan o no permitir la aplicación o uso de las TERAS, sea en forma integral o con determinadas limitaciones o condiciones. Tal es el caso de la prohibición de su aplicación cuando los fines de las personas que intentan su uso, no son los correspondientes a la procreación, como es el caso de la operación de los genes y de la clonación.

Según Varsi (2001) existen dos tipos de TERAS, que son los más generalizados; inseminación artificial y fecundación extracorpórea o fecundación *in vitro*. La primera de ellas implica que, cuando se intenta la procreación usando esta técnica, se introduce el semen en la vagina sin que haya cópula sexual ni otra intervención complementaria a la introducción mencionada, dejando a la secuencia natural que la fecundación y el respectivo proceso de desarrollo embrionario se realice sin intervención humana. Así, Varsi refiere que la inseminación artificial puede ser homóloga si el aporte genético proviene de ambos cónyuges o convivientes; pero también puede ser heteróloga si el aporte genético proviene de un tercero a quien se le considera como cedente genético.

La segunda; entiéndase, la fecundación extracorpórea, permite que la fecundación (unión del espermatozoide y del óvulo); es decir, la ejecución de esta técnica, se realice en una probeta y en un laboratorio.

1.3.8 Las TERAS en la legislación nacional: Ley General de Salud

El Artículo 7° de la Ley General de Salud (Ley N° 26842) manifiesta taxativamente el derecho que las personas tienen para tratar sus problemas de infertilidad y para procurar la procreación, utilizando las TERAS; pero, en la misma norma establece una limitación que no se encuentra establecida en las normas supranacionales, como ser la exigencia de que haya unidad de persona en cuanto a la madre genética como a la madre gestante; lo que implica que la mujer que proporciona el óvulo a fecundarse, debe ser la misma persona que se embarace con dicho óvulo ya fecundado. Además, establece que debe haber la aprobación, precedente y escriturada, de ambos progenitores de la criatura en generación. Finalmente, también deja expresa prohibición de fecundar los óvulos humanos si no se trata de la procreación, así como de realizar procedimientos de clonación de seres humanos. (Cfr. Art. 7° de la Ley N° 26842)

En esta norma hay una aparente contradicción, pues da la impresión como que sí se faculta el uso de las TERAS, pero al imponer una restricción tan limitante, da la impresión de oponerse radicalmente al uso de las TERAS, ya que la limitación es tan rigurosa que serían escasísimas las personas que pudieran utilizar las TERAS bajo la protección que esta norma confiere. Esto es así porque la aplicación de las TERAS se faculta con una limitación bastante estricta como ser que sólo es posible aplicarlas bajo el presupuesto de que la progenitora genética y la gestante son la misma persona, donde el óvulo debe corresponder a la madre que utiliza alguna de las TERAS y que ésta persona sea quien tenga el embarazo; por ende, no admite la aplicación de la técnica de la maternidad subrogada ni las técnicas que la madre gestante utilice óvulos de otras personas, como ya se expondrá con mayor detalle en el desarrollo de la investigación. En consecuencia, se tiene que en

el Perú sí se puede aplicar las TERAS, pero con una regulación muy estricta que impide la aplicación de técnicas que se utilizan en muchos países, que sí van conforme a los avances tecnocientíficos, atendiendo los requerimientos colectivos.

No se ha tenido en cuenta que uno de los objetivos centrales y trascendentales de la conformación de una familia, es la procreación; lo que no siempre se puede llevar a la realidad, puesto que hay un gran número de personas que no pueden lograr este objetivo por problemas de infertilidad; y, lo que es peor, los datos estadísticos demuestran que ese número va en constante incremento. Actualmente el problema de la infertilidad se da en un intervalo del 16 al 20% de parejas, lo que significa, según Roa Mego (2009: 54), un aproximado de 94 millones de individuos del orbe; representativo de una gran cantidad de personas que podrían optar por la utilización de las TERAS, haciendo indispensable una regulación que les permita dicha utilización antes que se la dificulte.

1.3.9 Autonomía Privada de la Voluntad

Entre las diversas instituciones jurídicas, hay una que resulta de gran interés en todos los seres humanos, cual es la denominada autonomía de la voluntad, también denominada autonomía privada; referida libertad de las personas humanas para regular sus propias relaciones jurídicas conforme a sus propias convicciones, intereses, necesidades o deseos. Pero esta regulación no se sujetará a la deliberada voluntad de los individuos, pues corre el peligro de incurrirse en abuso del derecho en perjuicio de otras personas; por ende, el Derecho se encarga de recortar, esta libertad de decidir por sí misma a la persona, cuando invade el derecho de otras personas; por consiguiente, se respeta su libertad para emitir su voluntad (manifestación de voluntad) sea para derechos individuales o en concierto con terceros (contratos, por ejemplo) persiguiendo sus propios objetivos, pero teniendo en cuenta los límites precisados en el ordenamiento jurídico nacional (Leyva, 2012).

1.3.10 La Filiación

El vocablo filiación deriva de la voz latina *filius*, proveniente de *filum* y alude a hijo, se refiere a la procedencia del hijo con relación a sus progenitores, o sencillamente, al vínculo filiatorio del hijo y sus padres. Deviene como resultado de la acción de filiar, donde se consolida un lazo de estado civil de entre padres e hijos. (Varsi, 2001).

A decir de Rospigliosi, se entiende en el orden genérico, este vínculo legal llamado Filiación, que vincula a los seres humanos con sus líneas ascendentes y descendentes. Por otro lado, más estricto, podemos hablar del vínculo padre-hijo, siendo que esta relación trae consigo indiscutiblemente el nacimiento de un conjunto de obligaciones y derechos que surgen como consecuencia del acto de procrear y que son exigibles entre padres e hijos. Esta relación filial es la que origina el parentesco, la patria potestad, estableciéndose así una comunidad de carácter familiar que nos permite identificar a los grupos dentro de la sociedad (Varsi, 2001).

Esta institución del Derecho de familia lo que pretende es regular el fenómeno de la procreación tanto dentro como fuera del matrimonio. Sin embargo, no se agota ahí su importancia, pues se extiende a personas extrañas creando entre ellas un vínculo jurídico como si fueran padre o madre e hijo o hija. Tal es el caso de la adopción (Varsi, 2001).

Es así que se indica que la filiación es el nexo jurídico de derecho que existe entre ambos padres con su hijo su hijo: paternidad y maternidad. La filiación puede ser legítima, natural o por adopción. (Varsi, 2004).

Cabe precisar que la procreación es el hecho biológico presupuesto en la constitución de la filiación. Sin embargo, puede existir filiación sin procreación, en el caso de adopción de menores. (Bautista y Herrero, 2008).

Tipos de Filiación

Existen dos tipos de filiación que se encuentran reconocidas en el código civil peruano:

a) Filiación Matrimonial

A decir de los autores el código civil peruano adopta la teoría mixta de filiación para poder determinar cuáles son los hijos matrimoniales y cuales no; por tanto, los supuestos de la filiación por matrimonio se refiere a: el matrimonio de los padres, la acreditación de la maternidad, la identidad del hijo con el nacido de la cónyuge y presunción legal de paternidad del esposo, así mismo, según el referido autor, la filiación de los hijos dentro del matrimonio se certifican de forma conjunta por ambos progenitores. (Varsi, 2001).

b) Filiación Extramatrimonial

La norma civil sustantiva peruana regula esta tipología de filiación en atención a los hijos procreados y nacidos externamente del matrimonio o ante la no existencia de la relación matrimonial, por tanto, los padres no cuentan de estado legal, por ende, les resta entonces el reconocimiento voluntario o la declaración judicial, como única vía de actuación. (Varsi, 2004).

Se concluye que el legislador peruano y también la jurisprudencia, en cuanto al reconocimiento jurídico de la paternidad extramatrimonial, también tiene como presupuesto básico la verdad biológica entre padre e hijo la que está encaminada a decir de los doctrinarios, a defender uno de los derechos sustantivos más humano que existen, la identidad. (Varsi, 1996).

Efectos de la Filiación

La filiación presenta significativos efectos jurídicos, dentro de los más relevantes se destacan:

- Según el derecho de familia, la filiación justifica la patria potestad, que supone el deber de los progenitores de prestar alimentos a sus hijos.
- En el caso de derecho sucesorio, la filiación da derecho a heredar, el Código civil peruano no hace distinción entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales, pues todos heredan por igual.
- La filiación fija los apellidos del hijo, en atención a lo prescrito en la norma jurídica aplicable. (Varsi, 2001).

Actualmente existen tres criterios significativos que se debe tener en cuenta para considerar la temática relativa a la filiación en casos de reproducción asistida; entre ellos se ha considerado los siguientes:

- 1) La filiación de naturaleza civil como una tercera variedad filiatoria.
- 2) La voluntad procreacional, se constituye en fuente y base de la filiación de naturaleza civil.
- 3) El principio de los afectos y el amor, que sustenta filiación civil, propio de derecho de familia concorde con la etapa actual.

En cuanto al primer criterio se parte del conocimiento de la existencia de dos tipos o géneros de filiación: el natural y el adoptivo. En lo relacionado al criterio de la filiación natural, el nexo biológico entre padres e hijos permite la filiación de este último teniendo como padres a quienes intervinieron en su concepción; esto es, padre y madre biológicos; de quienes, con el desarrollo tecnocientífico, se ha podido llegar hasta el 99.99% de seguridad en la identificación de los padres naturales y, por consiguiente, en el derecho del hijo a llevar el apellido de sus padres. En tanto que la filiación bajo el género adoptivo, resulta menos complicado, puesto que el procedimiento de adopción permite establecer con seguridad, la filiación del adoptado, pues

éste llevará los apellidos de sus adoptantes. Es el tercer género, al cual se le ha dado en denominar como filiación civil, que aún no tiene una regulación adecuada en el Perú, dado que no existe normatividad específica respecto a la filiación del nuevo ser procreado con aplicación de las TRHA. Al respecto:

La filiación civil, según a las técnicas de reproducción humana asistida, su práctica, sus manifestaciones, tanto en la fecundación extracorpórea: Transferencia de embriones (TE), Transferencia intratubárica de gametos (TIG), la extirpación de un embrión aún no implantado en el útero materno, a otra la inyección del espermatozoide dentro del ovocito o la mencionada inyección tercitoplasmática de espermatozoide (ICSE), las transferencias del embrión o del ovocito a las trompas de falopio, la maternidad subrogada, así como otras también existentes. Por consiguiente, la normativa jurídica en materia filiatoria, debe poseer carácter provisorio y atemperarse a las realidades, según el desarrollo tecnocientífico, que se aprecian en el ámbito del derecho familiar. Ello implica, la existencia de alternativas, taxativamente reguladas, en concordancia con el desarrollo que impone la existencia y necesidad de aplicación de las TERAS. (Canessa, 2011).

Es el segundo criterio el que resulta siendo un intento de solucionar el problema del mencionado tercer género de filiación civil, atendiendo a la voluntad de quienes decidieron la procreación mediante las TERAS; por tanto se da énfasis a la voluntad de paternidad y/o maternidad y a la decisión de esta forma de procreación para determinar la filiación o vínculo paterno-filial. Así se toma en cuenta y se le da valor sustancial a la autonomía de la voluntad de quienes decidieron el uso de las TERAS para que se considere la filiación en tutela del Derecho a la Identidad del nacido por aplicación de estas técnicas. Por lo tanto ya no sería necesario investigar sobre las condiciones biológicas o genéticas de la reproducción, ni las relaciones paterno-filiales; sólo será necesario determinar con precisión quién o quiénes dieron su conformidad para esta forma de procreación.

En consecuencia y bajo este criterio se va dando una transformación importantísima en el Derecho de Familia, pues la teoría que normalmente se aplicaba y aún se sigue aplicando en esta rama del Derecho, Teoría de los Derechos Indisponibles, va cediendo paso a la Teoría de los Derechos disponibles en la que prima la autonomía de la voluntad. Cabe, para mayor sustento, citar a Díaz de Guijarro (1965: 21), quien distinguió a la voluntad procreacional entre otros elementos por los cuales se materializaba la procreación; de allí que la definió como el deseo o intención de crear una nueva vida. Por tanto, con la introducción de la voluntad procreacional para los casos de filiación como consecuencia de la aplicación de las TRHA, se produce un apartamiento de la idea de identidad como sinónimo de vínculo biológico o genético y se acrecienta a otros campos más amplios con el sentido dinámico y progresivo que resulta de la aplicación de las TERAS.

El tercer criterio relativo al principio de la afectividad y el amor como realidad y fundamento de la filiación civil de un derecho de familia actualizado, ha surgido como una consecuencia lógica e innegable de los dos criterios anteriores, puesto que nadie puede negar que si se ha emitido una decisión como manifestación de la voluntad para la procreación con apoyo de las TERAS, es porque de por medio está el sentimiento, el amor, la afectividad, en total consonancia con la voluntad de dar su apellido al nuevo ser; es decir, de reconocer una voluntad de filiación civil.

Criterio que se condice con la tendencia a la actualización del Derecho de Familia al que se ha hecho ya referencia, encaminándolo hacia la tesis de la disponibilidad de derechos; por lo que se hace indispensable e impostergable, procurar una regulación idónea a esta nueva vertiente del Derecho de Familia y del Derecho a la Identidad, que vayan de la mano con el avance científico y tecnológico que se ha concretizado en las TERAS.

1.4 Formulación del problema

¿Resulta necesaria la regulación de las técnicas de reproducción asistida heterólogas a fin de establecer la filiación en el ordenamiento jurídico peruano?

1.5 Justificación del estudio

a) Justificación Doctrinaria

Los antecedentes y las teorías enunciadas en los puntos anteriores evidencian la necesidad de realizar un significativo esfuerzo para procurar soluciones adecuadas a los productos del avance científico y tecnológico que han quebrado creencias y tabúes que hoy suenan trasnochados; por consiguiente, se hace indispensable procurar soluciones que estén acordes con dichos avances y que permitan tutelar adecuadamente los derechos de la persona a su libre determinación, a la familia respecto a su libre constitución y a los derechos de los niños, a partir de uno de los más trascendentales que es el derecho a la identidad y teniendo en cuenta su interés superior y la necesidad de una responsable determinación jurídica para su filiación; más aún si con la utilización de las TERAS se encuentra que la actual regulación es muy genérica y no abarca el avance de la ciencia y de la tecnología actuales.

b) Justificación Normativa

Es evidente que la regulación actual (Art. 7 de la Ley General de Salud) ya no es suficiente y menos adecuada frente a las innovaciones que se vienen dando en el mundo actual; por lo que seguir insistiendo en ella, sin considerar la evolución de la ciencia, de la técnica y de la autonomía de la voluntad, significaría actuar con mentalidad tradicionalista y hasta retrógrada; por lo que se hace indispensable, procurar establecer el sustento necesario y adecuado para que la normatividad actual, respecto a paternidad y

maternidad, así como al uso de las TERAS, sea adecuado a la realidad presente.

c) Justificación Jurisprudencial

En el Perú, se suscitaron cuestiones en torno a la ovodonación (Casación Nro. 5003-2007- Lima, Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, sentencia del 8 de mayo del 2008) que será materia de análisis posteriores.

Asimismo se tiene el caso sobre maternidad subrogada y el destino de los embriones crioconservados (Expediente 183515-2006-001137), en el cual se trató de un caso de ovodonación, en el que se produjo la separación de la pareja antes que se hubiera producido el nacimiento; la nueva esposa del progenitor varón alegó que el esperma de su marido fue utilizado sin su consentimiento, y alegó que la maternidad de la mujer era falsa ya que no era la madre genética, conforme obligaba la ley, lo que violaría el derecho a la identidad del medio hermano de su niña (hija de su actual matrimonio). La Sala Civil de la Corte, en un muy polémico fallo ordenó un examen de ADN y, al dar negativo, consideró que la mujer que utilizó las técnicas de reproducción asistida, dio a luz y crió a una niña, pero que al no poder probar el vínculo genético que las unía, se incurrió en una 'maternidad ilegal', contraria a lo prescrito en el artículo 7 de la Ley General de Salud, que prohibía, según su interpretación normativa, la ovodonación, por lo cual no se podría establecer el vínculo legal y real que podría existir entre la demandada y su hija, decidiendo la entrega de esta última a su padre biológico y su actual esposa (demandante). Como se parecía, la resolución judicial se basó en los resultados de la prueba de ADN, sin otro medio de prueba adicional y sin considerar las implicancias de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida en la filiación, teniendo en cuenta, además, la doctrina, el avance de la ciencia y de la tecnología, los contenidos las normas de superior jerarquía (Convención Americana sobre Derechos Humanos, Convención Internacional de los Derechos del Niño), las normas

del Derecho Comparado, ni mucho menos los derechos de la niña involucrada en el proceso.

También se tiene la Impugnación de maternidad, interpuesta ante el 15° Juzgado Especializado de Familia, cuya sentencia fue emitida el 6 de enero del 2009. En este proceso la juez falló en beneficio de la preservación de la vida de tres embriones crioconservados, no manipulados en una fecundación *in vitro* y que terminó con el nacimiento de una niña, técnica de reproducción asistida que utilizó una mujer que sufría una difícil complicación renal que le imposibilitaba la gestación; la juez determinó que dichos embriones fueran devueltos a la vida, por sí o a través de la maternidad subrogada, en el término perentorio de dos años, desde el fallo de la sentencia, con la advertencia que la fiscalía inicie el proceso de abandono de los referidos embriones congelados y se proceda a dar en adopción a padres sustitutos, con el objetivo de hacer valer el derecho a la vida de esos embriones, en calidad de niños y por consiguiente sujetos de Derechos y de tutela específica, dictaminando a la Defensoría del Pueblo intervenga en la ejecución de lo dispuesto.

1.6 Hipótesis

Sí, resulta necesaria la regulación de las técnicas de reproducción asistida heterólogas a fin de establecer la filiación en el ordenamiento jurídico peruano teniendo como fundamento la Constitución Política del Perú y la Convención Americana de Derechos Humanos que señalan los principios y derechos reproductivos, a la libertad personal, a formar una familia, a la identidad y a la igualdad; por ello, el Estado, debe aplicarlos fielmente.

1.7 Objetivos.

1.7.1 Objetivo General

Determinar si resulta necesaria la regulación de las técnicas de reproducción asistida heterólogas a fin de establecer la filiación en el ordenamiento jurídico peruano.

1.7.2 Objetivos Específicos

- a) Analizar la actual regulación constitucional y legal, vigente en el Perú, sobre aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida heterólogas.
- b) Analizar pronunciamientos jurisprudenciales contenidos en sentencias de los órganos jurisdiccionales peruanos sobre técnicas de reproducción humana asistida heterólogas, para verificar si en éstos se ha observado la normatividad contenida en la Convención Americana de Derechos Humanos.
- c) Precisar qué principios de la Convención Americana de Derechos Humanos, deben ser materia de aplicación obligatoria en el ordenamiento jurídico nacional respecto a las técnicas de reproducción asistida heterólogas.
- d) Conocer la Institución jurídica de la filiación en el ordenamiento jurídico peruano.

II. MÉTODO

2.1. Tipo y Diseño de investigación

En cuanto al tipo y diseño de la investigación, es descriptiva, no experimental porque no se manipulan las variables de estudio, transversal porque se realiza en un tiempo concreto y aplicada porque se utiliza la teoría preexistente, para en base a su oportuno análisis realizar propuestas de mejora. De esta forma, se direcciona el estudio que posee un enfoque cuantitativo, con elementos cualitativos que permiten la descripción, caracterización y análisis de los resultados que se aportarán en la presente investigación. (Hernández, 2014).

Su planteamiento básico se da en base a proposiciones teóricas de las que surgen los datos necesarios para la investigación. Desarrolla un procedimiento generador del entendimiento de un hecho social para entender los nuevos procesos sociales.

2.2. Variables, operacionalización

Las variables de la investigación son:

- 1) Técnicas de Reproducción Asistida
- 2) Filiación

Estas variables han sido operacionalizadas conforme se detalla en la página siguiente:

OPERACIONALIZACIÓN DE LAS VARIABLES

Variables	Dimensiones	Indicadores	Instrumentos	Ítems	Tipo de Investigación
Técnicas de Reproducción Asistida	Coitos programados	Derecho a la vida	Entrevista	Afectación o inafectación al derecho a la vida	Investigación Sustantiva: Niveles descriptivo y explicativo
	Ciclo natural	Integridad física del individuo		Afectación o inafectación a la Integridad física del individuo	
	Inducción de la ovulación	Autodeterminación	Fichas bibliográficas	Afectación o inafectación de la autodeterminación	
	Inseminación artificial	Regulación jurídica		Se encuentra regulado o no tiene regulación	
	Fecundación in vitro	Vínculo filiatorio paterno	Fichas de resumen	Afectación o inafectación del vínculo filiatorio paterno	
	Gestación subrogada	Vínculo filiatorio materno		Afectación o inafectación del vínculo filiatorio materno	
Convención Americana de		Derecho a la vida	Fichas de comentarios	Afectación o inafectación al derecho a la vida	

Derechos Humanos	Derechos relacionados con las TERAS	Integridad física del individuo		Afectación o inafectación a la Integridad física del individuo
		Autodeterminación	Fichas de paráfrasis	Afectación o inafectación de la autodeterminación
	Obligatoriedad de Perú	Regulación jurídica peruana sobre TERAS		
		Normas de la Convención sobre TERAS, que no están en la regulación jurídica peruana	Fichas de análisis jurisprudencial	Las normas peruanas sobre TERAS que deben ser reguladas en cumplimiento de la Convención.

2.3. Población y muestra

La población está constituida por operadores del derecho de la ciudad de Piura; siendo que la muestra será aleatoria; y se constituirá por 11 operadores del derecho.

2.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos.

2.4.1. Análisis documentario

- A. Fichaje
- B. Análisis Documentario

2.4.2. Instrumentos

A. Fichas:

- Bibliográficas
- De resumen
- De comentario
- De paráfrasis
- De análisis de textos
- De análisis jurisprudencial.

B. Revisión documentaria:

Durante la investigación, este proceso ha estado enmarcado a la detección, obtención, consulta y extracción de información para la organización de las bases teóricas, contando con una diversidad de fuentes de consulta como: artículos de revistas, libros, páginas web, informes de investigación que contribuyan a optimizar la investigación.

C. Análisis jurisprudencial

FICHA DE ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL.	
I. DATOS INFORMATIVOS	
1. Tipo de documento: CAS. N° 5003-2007 LIMA.	
2. Línea de investigación: Derecho Civil	
3. Partes procesales:	
a. Materia: Impugnación de maternidad	
b. Demandada: María Alicia Alfaro Dávila respecto de la menor Alicia Beatriz Alfaro Dávila.	
c. Demandante: Mónica Cedelinda Oblitas Chicoma en representación de su menor hijo Olsen Fabrizio Quispe Oblitas	
II. FUNDAMENTOS DE HECHO	
a. "Impugna el reconocimiento de maternidad realizado por María Alicia Alfaro Dávila con relación a la menor Alicia Beatriz Alfaro Dávila, arguyendo que la demandada no es la madre biológica de la menor, debido a que fue sometida a una inseminación artificial, donde utilizaron el óvulo de otra mujer y los espermatozoides del esposo de la recurrente, Custodio Olsen Quispe Condori, sin mediar el consentimiento de éste, mediante la técnica de reproducción asistida denominada "ovodonación", la que no se regula en el Perú, según lo preceptuado en el ordinal 7 de la Ley General de Salud".	La demandante impugna el reconocimiento de maternidad efectuado por la demandada, señalando que la menor reconocida como su hija, no lo es biológicamente. Argumenta su demanda señalando que la demandada fue inseminada artificialmente con el óvulo de otra mujer y para ello se utilizó los espermatozoides de su esposo, sin previo consentimiento de éste, mediante la técnica conocida como "ovodonación", la misma que no se encuentra permitida en nuestro país, según lo establecido en el artículo 7 de la Ley General de Salud.
FUNDAMENTOS DE DERECHO	
a. Artículo 7 de la Ley General de Salud: Ley N° 26842	
b. Artículo 475 del Código Civil y	
c. Artículo 93 del Código de los Niños y Adolescentes	
d. Artículo VI del Título Preliminar del Código Civil, en cuanto al interés moral.	
CONCLUSIONES	

<p>a. El menor hijo de la demandante, nombrado Olsen Fabrizio Quispe Oblitas, es hermano la menor por la línea paterna, que la demandada ha registrado como su hija, según se prevé en el resultado del examen de ADN, documentación que se consigna a fojas diez, lo que sustenta que el padre de los menores en cuestión, es Custodio Olsen Quispe Condori, razón que origina se impugne el referido acto de reconocimiento, al acreditarse interés legítimo, al no existir concordancia con la realidad biológica, existiendo a ese efecto el parentesco por consanguinidad.</p>	<p>El hijo de la demandante, en cuyo nombre actúa, es hermano paterno de la menor (hija legalmente reconocida de la demandada), según se prueba con el resultado del examen del ADN, del cual se prueba que el padre de ambos es el esposo de la demandante, por lo que impugna el reconocimiento de la menor, al señalar que tiene legítimo interés, al existir parentesco consanguíneo.</p>
<p>b. No es el extremo solo de certificar el daño al recurrente por el reconocimiento, sino de acreditar el legítimo interés en el pronunciamiento, por ser hermanos del menor hijo de la demandante y la menor Alicia Beatriz Alfaro Dávila, por lo que el Poder Judicial, dígame sus órganos, tomarán las decisiones en cuanto al reconocimiento realizado por la demandada, que viola lo estipulado en el ordinal 7 de la Ley General de Salud, en tanto se laceran derechos fundamentales de la menor, ejemplo de ello, el derecho a la propia identidad.</p>	<p>Señala que no se base tan solo en acreditar el perjuicio a la demandante por el acto del reconocimiento, también es el legítimo interés en el pronunciamiento, en razón de ser hermanos del hijo de la demandante, y la hija legal de la demandada. Por tanto, el poder judicial, es decir, sus órganos, debe decidir sobre el reconocimiento efectuado por la demandada, el cual trasgrede lo señalado en el artículo 7 de la Ley General de Salud, y porque se vulneran los derechos fundamentales de la menor, entre ellos el derecho a su propia identidad.</p>

2.4.3. Validación de los instrumentos

Se ha efectuado mediante la consulta a expertos.

2.5. Métodos de análisis de datos

2.5.1. Método Hermenéutico

Para obtener un adecuado procesamiento de la información se recurrió al “proceso de triangulación hermenéutica”. Entiéndase este como la operación de cruzar la información sobre el tema investigado, a través de los instrumentos correspondientes, y que en esencia constituye la base de los resultados de la investigación.

2.5.2. Selección de la información

Para seleccionar la información se consideró solo el material pertinente y relevante que guarde relación con la temática de la investigación, estos dos criterios permitieron continuar con la siguiente fase, la cual detallamos a continuación.

2.5.3. La triangulación del marco teórico

Como actividad de revisión y discusión analítica específica, actualizada y pertinente en atención al tópico estudiado, es significativo que el marco teórico se constituya en otra fuente principal que coadyuve al proceso de construcción de significados y sentidos, en sí nuevos conocimientos que el investigador requiere aportar.

2.5.4. La interpretación de la información

Esta parte de la investigación viene a ser en sí misma el instante hermenéutico en el que se edifica el nuevo conocimiento en esta opción paradigmática. El contar con elementos teóricos de base permiten llevar a cabo correctamente este proceso interpretativo, ordenando paso a paso la argumentación.

2.6. Aspectos éticos

Para realizar el presente trabajo de investigación se ha tomado en cuenta un problema que está presente en nuestra realidad social y jurídica; asimismo, la información se ha recopilado recabándola de bibliotecas e internet; además se ha utilizado las fichas con citas de los autores de los libros utilizados. Por lo tanto, la presente investigación no contiene plagio alguno y está de acuerdo a los lineamientos de una verdadera investigación.

III. RESULTADOS

El problema de investigación surgió teniendo en cuenta las circunstancias en que viven personas que sienten la necesidad de tener sus hijos y, lamentablemente, no pueden hacerlo por diversos factores que tienen relación directa con su realidad física o fisiológica. A este problema se suma la dificultad que encuentran para poder lograr su anhelo de tener sus hijos, al enterarse que podrían utilizar las técnicas de reproducción humana asistida heteróloga (TERAS), pero que no pueden hacerlo con todas las posibilidades que los avances tecnológicos permiten, porque el ordenamiento jurídico nacional no se los permite. Surge entonces una problemática que motivó el inicio de esta investigación, en el sentido de no poder aplicar las TERAS porque la normatividad peruana no les brinda todas las posibilidades que sí les brinda la Convención Americana de los Derechos Humanos. En otras palabras, la normatividad nacional impone restricciones que no se ajustan a lo normado en la mencionada Convención de la que Perú forma parte.

En razón de lo expuesto, en la presente investigación se procedió a procurar información doctrinaria, normativa y jurisprudencial para verificar si las limitaciones o restricciones que impone la normatividad peruana se condicen o no con las disposiciones contenidas en la Convención Americana de los Derechos Humanos, partiendo del contenido normativo que ha quedado establecido en el Art. 7 de la Ley General de Salud (Ley N° 26842), puesto que se dispone que sólo pueden acudir a las TERAS la madre que donó el óvulo, bajo la condición que ella misma sea la gestante; es decir, que la donante y la gestante deben ser la misma persona, no admitiéndose que haya una donante del óvulo materno distinta de la persona a quien se le va a implantar el óvulo fecundado; lo que contradice el espíritu normativo establecido en la ya mencionada Convención.

En este sentido es que se consultó el trabajo de CANESSA VILCAHUAMÁN, quien centró su trabajo en su voluntad de esclarecer si las TERAS afectan o no los criterios o principios contenidos en el Derecho Civil, concluyendo que en el

Perú no existe una regulación específica sobre las TERAS ni se ha dado cupo a la Teoría del Derecho Genético; por lo que ante los problemas llevados al ámbito jurisdiccional, los magistrados, al resolver un proceso judicial, tenían que recurrir a los principios generales del Derecho, especialmente cuando se trata de controversias relativas a la filiación al haber utilizado las TERAS.

Pero es el caso, que la Convención permite la aplicación de las TERAS en un ámbito jurídico mucho más amplio, por lo que la legislación peruana resulta limitativa, y por ende, contraria a sus disposiciones, pese a que el Perú ha suscrito y ratificado su afiliación a dicha Convención.

En consecuencia, cabe preguntarse si la normatividad peruana puede establecerse o no en contra de lo dispuesto con la Convención y cómo deben actuar los magistrados peruanos frente a una controversia derivada de la aplicación de las TERAS bajo el amparo de las normas de la Convención, y sin sujetarse a lo dispuesto por la norma peruana ya comentada. Entonces, surgió el cuestionamiento relativo a la obligación de los jueces de sujetarse a lo dispuesto en las leyes peruanas o si resulta válido jurídicamente el Control de Convencionalidad para determinar si la dicha aplicación de las TERAS es válida y sujeta a derecho cuando se aplican sin sujetarse a las normas peruanas, pero sí bajo el amparo de las disposiciones establecidas en la Convención ya especificada.

Al respecto, ALBASE precisa que el control de convencionalidad es una garantía que se establece para lograr una armónica y efectiva aplicación del Derecho, constituyéndose en una obligación del Estado el tomar las previsiones y las medidas necesarias para que las normas Internacionales suscritas y/o ratificadas por sus organismos competentes se apliquen como corresponde a las estipulaciones contenidas en las mismas.

“Precisión doctrinaria que se ampara en lo dispuesto en el Art. 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos que establece el compromiso de los Estados para velar por el respeto de los Derechos que en ella han

quedado establecidos, así como para garantizar el pleno y libre ejercicio de los mismos, proporcionando las condiciones necesarias para ello”.

Lo doctrinario y normado internacionalmente ha sido ratificado por CARBONELL quien manifiesta que los Estados están obligados a respetar y a garantizar los derechos previstos en los ordenamientos Internacionales.

Corroboración que concuerda con lo refrendado en el Art. 55° de la Constitución peruana, que de su análisis se entiende que: Los tratados efectuados por el Estado, integran el Derecho Nacional , relacionado con la Disposición Cuarta Final y Transitoria de la Constitución, que preceptúa: Las normas referentes a las libertades y derechos constitucionalmente reconocidos, se analizan, tomando en cuenta lo postulado en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en correspondencia con los tratados y acuerdos internacionales relativos al contenido abordado, ratificados por el Perú.

Los contenidos doctrinarios y jurídicos comentados han sido analizados en esta investigación, teniéndolos como sustento y parámetros referenciales para el desarrollo de nuestros análisis, teniendo en cuenta, además, las circunstancias que permiten plantear conclusiones y recomendaciones, con el fin de establecer si debe aplicarse o no el control de la convencionalidad y, proponer una modificación de las normas peruanas a fin de que no sean contradictorias con lo que se establece en la Convención Americana de Derechos Humanos.

Para ello, no ha resultado suficiente el análisis doctrinario y normativo, por lo que se ha acudido a efectuar la recopilación y análisis de referencias jurisprudenciales que pudieran contribuir con un mayor esclarecimiento de la problemática planteada, lo cual se puede apreciar de los contenidos de las fichas de análisis jurisprudencial que se evidencian en los anexos de este Informe de Investigación.

Consta por ejemplo el caso de María Alicia Alfaro Dávila a quien le impugnaron el reconocimiento de maternidad, con relación a la menor, Alicia Beatriz Alfaro

Dávila, arguyendo que la parte demandada, no es la madre biológica de la referida infante, la cual fue inseminada por vía artificial, mediante el óvulo de otra mujer y se tomaron los espermatozoides del cónyuge de la demandante, Custodio Olsen Quispe Condori, sin la autorización de éste, a través de la técnica de reproducción asistida llamada "ovodonación", que aún no queda regulada en el Perú, en atención a lo expuesto en el ordinal 7 de la Ley General de Salud.

Caso en el que se aprecia que la controversia parte de considerar la restricción que establece la norma peruana y la que podría o debería dilucidarse a la luz de los mandatos de la Convención Interamericana de Derechos Humanos (control de convencionalidad) que establece el derecho a la vida (Art. 4), el derecho a la autodeterminación, especialmente, a su dignidad ya que en su Art. 11, Inc. 2 se establece que nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada y en la de su familia.

Estas normas internacionales obligan al Perú, dado que el ordinal 1 de la Convención estipulan que los Estados Partes se responsabilicen a reconocer las libertades y derechos referidos en ella, en pos de garantizar el efectivo ejercicio a cada persona, sujeta a su jurisdicción, sin distinción por índoles de, religión, raza, idioma, sexo, opiniones políticas o de cualquier otra naturaleza, u origen étnico, posición económica, nacimiento o cualquier otra posible causa.

La Norma que se complementa en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en cuanto a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador", (Perú es firmante de éste) que, en su ordinal 2, se estableció la obligación de los Estados Partes de propiciar prácticas de derecho interno en beneficio de las estipulaciones protocolares, en concordancia con medidas normativas o de otra naturaleza que fuere exigible para hacer válidos sus derechos. En tanto, del análisis del apartado 4 se comprende que: no se restringirán o afectarán los derechos reconocidos o vigentes en un Estado, en atención de sus normas internas o de convenciones internacionales, a razón de que el Protocolo no los reconoce o lo realiza en menor proporción.

Más aún, que en este Protocolo en su Artículo 14 se infiere que los Estados Partes identifican el derecho de cada individuo a disfrutar de las bondades del avance tecnocientífico y se estipula a la familia como atributo básico de la sociedad, la que debe gozar de tutela jurídica y atención por el Estado, quien responderá por su mejora, desarrollo y mantenimiento en todos los órdenes de la vida.

Tan es así, que Perú lo reconoce, como consta en el contenido de la Resolución Suprema Nº 120-2007-JUS, en la que precisa lo refrendado en el orden jurisprudencial por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en atención a las medidas atemperadas al derecho interno, a su orden normativo que se aprecia en dos declives: el concerniente a la eliminación de las medidas y prácticas que impliquen transgresión a las garantías previstas o que excluyan los derechos adquiridos o impidan o limiten su ejercicio. La otra, establece que deben regularse normas encaminadas al cumplimiento cabal de las referidas garantías. Se estipula también que la Corte ha entendido que la obligación de la primera vertiente se incumple mientras la norma o práctica violatoria de la Convención se mantenga en el ordenamiento jurídico y, en consecuencia, se satisface con la modificación, la derogación, o de algún modo anulación, o la reforma de las normas o prácticas que tengan esos alcances, según corresponda; que es lo que se pretende proponer como resultado de esta investigación

Con respecto a la eficacia de la responsabilidad internacional del Estado, la Corte ha estipulado que cuando un Estado ha confirmado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, quienes integran el aparato Estatal, quedan por ende sometidos a ella, razón que les constriñe a cuidar el cumplimiento de las disposiciones de la Convención y que no se afecten la aplicación de leyes contrarias a su razón de ser y fines. En otros términos, el Poder Judicial ejercerá el “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que se emplean en los supuestos específicos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta labor, el Poder

Judicial atenderá no solo el tratado, a su vez velará por la interpretación realizada por la Corte Interamericana, intérprete final de la Convención Americana.

Contenidos que demuestran que en el Perú se ha tomado conciencia de la necesidad de efectuar el control de convencionalidad para evitar cualquier regulación o decisión que contravenga lo dispuesto en la Convención y que, de producirse una norma que incurra en contravención, ésta debe ser modificada, derogada, o anulada, según corresponda.

Para una mejor verificación de los criterios doctrinarios, de la norma nacional y de las contenidas en la Convención, así como en la Jurisprudencia, se ha procedido a consultar a operadores del Derecho que conozcan del tema teniendo en cuenta criterios específicos que sirvan de base para la elaboración de cuestionario que se aplicó en una entrevista, cuyos resultados constan en el Anexo N° 02. Dichos criterios son:

CRITERIOS		ENTREVISTADOS
1.	Autodeterminación por el uso de las TERAS y determinación jurídica del estado para la filiación	11
2.	Sentencias motivadas en observación de la Convención Americana de Derechos Humanos	11
3.	Principios de la Convención Americana de Derechos Humanos de obligatoria aplicación sobre las TERAS	11
4.	Amparo de la legislación peruana a favor de personas que usan las TERAS	11
5.	Propuestas de solución	11

En base a estos criterios se estructuró el cuestionario que fue aplicado en una entrevista a 11 operadores del Derecho, especialistas que laboran en el ámbito jurisdiccional de la Corte Superior de Justicia de Piura. Los resultados obtenidos constan en el Anexo N° 2 y que han servido para analizar el cumplimiento de los objetivos propuestos para la investigación conjuntamente con lo ya analizado previamente. De esta forma, se procede al análisis de cada uno de los objetivos. El primero de ellos es el Objetivo General:

“Determinar si resulta necesaria la regulación de las técnicas de reproducción asistida heterólogas a fin de establecer la filiación en el ordenamiento jurídico peruano.”

Este objetivo pretendía determinar si la regulación de las TERAS, en la normatividad peruana, se había expedido de conformidad con la normatividad contenida en la Constitución y la Convención Americana de Derechos Humanos, habiéndose encontrado que respecto al derecho a la autodeterminación para el uso de las TERAS y la normatividad peruana para la filiación, el 45.5% de los entrevistados están de acuerdo que en ejercicio de su libertad de decisión (autodeterminación) las personas pueden hacer uso de las TERAS y que, por su parte, el Estado debe otorgar la filiación del niño a su favor (Anexo N° 02, Cuadro N° 1) lo que se complementa con la opinión del 27.3% que opinó manifestando que las personas tienen derecho a utilizar las TERAS y, que, por tanto, el Estado debe regular este tema.

Un 90.9% (Anexo N° 02, Cuadro N° 3) opinó que los principios de la Convención Americana de Derechos Humanos de obligatoria aplicación sobre las TERAS son los relativos al derecho a tener una familia, a su libertad personal, a la vida, a la reproducción, al derecho a la igualdad, a la dignidad humana, a adoptar disposiciones de derecho interno, a la autodeterminación y el respeto al interés superior del niño; no obstante, un 36.4% opina que las personas que usan las TERAS, no encuentran amparo en la legislación peruana, a lo que se suma un 27.3% que coinciden en expresar que no hay amparo y que ello se debe a que no hay la regulación apropiada y un 9.1% que manifiesta que se limita el derecho de algunas mujeres que no pueden concebir. Porcentajes que sumados dan un 72.8% de los entrevistados y permiten inferir que una mayoría significativa (Anexo N° 02, Cuadro N° 4) opina porque en el Perú no hay una debida regulación que concuerde con los principios establecidos en la Convención.

Es más, hay un 45.5% de los entrevistados que precisaron que en las sentencias de los órganos jurisdiccionales peruanos sobre técnicas las TERAS

no se resuelve observando lo establecido en la Convención Americana de Derechos Humanos (Anexo N° 02, Cuadro N° 2).

Se ha apreciado que existe fuerte coincidencia entre los porcentajes citados y el total de los entrevistados plantea como solución que se dé una adecuada regulación normativa para que se pueda aplicar las TERAS de conformidad con los principios y normas establecidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos; lo que se puede apreciar de los contenidos del Cuadro N° 5 que se presenta en el Anexo N° 2.

En este cuadro se puede apreciar que hay un 27.3% que ha sostenido que es necesaria una regulación específica, teniendo en cuenta la Convención Americana de Derechos Humanos; un 18.2% que debe adecuarse la legislación peruana y regular las TERAS para que no se vulneren derechos fundamentales; un 9.1% que el Estado debe promulgar una ley que regule la utilización de las TERAS; y en porcentajes iguales, que: 1) El Estado debe regular a partir de la Constitución y en base a los principios relativos a la persona, imponiendo la estricta observancia de los Tratados y la Jurisprudencia sobre la materia; 2) Se debe regular a través de una ley especial incorporada en el Código Civil; 3) Se debe dictar una ley con sentido humano teniendo en cuenta la dignidad de la persona y no como un contrato; 4) Se debe tener en cuenta el Art. 55 y la Cuarta Disposición final y Transitoria de la Constitución, y que, en consecuencia, se deben observar las normas de la Convención Americana sobre Derechos humanos; y 5) Que se apruebe el Proyecto de Ley propuesto por el congresista Tomás Zamudio Briceño, observándose los principios de la Bioética.

Posición que concuerda con la normatividad de otros países, como ser el caso de la Legislación Argentina, en la que se regula la aplicación de las TERAS, en los Arts. 570 y 64 de su actual Código Civil y de Comercio. Asimismo se tiene la “Ley de inseminación artificial” de Suecia, vigente desde 1984; que regula la inseminación artificial, contemplando aspectos tanto de derecho público como de derecho privado. En Francia se procedió a la regulación de las TERAS, a raíz de que se presentaron varias situaciones reales. Por ejemplo, el 25 de

octubre de 2007 la justicia reconoció a Sylvie y Dominique sus derechos como “padres” de las gemelas que tuvieron gracias a una madre de alquiler californiana.

En consecuencia se puede concluir que la doctrina, la legislación internacional y comparada, la jurisprudencia, y las opiniones de los entrevistados que han opinado en el sentido de que los principios y normas de la Convención Americana sobre Derechos humanos, relacionadas con la posibilidad de aplicación de las TERAS, no están siendo regulados debidamente en la normatividad peruana ni se aplica el control de convencionalidad, permiten concluir que se debe dar una regulación que permita la debida aplicación en concordancia con la mencionada Convención. Es así, que se puede afirmar que el Objetivo General de esta Investigación ha sido logrado.

Complementan lo precisado y fundamentado sobre el objetivo general cuatro objetivos específicos, que fueron, primero:

“Analizar la actual regulación constitucional y legal, vigente en el Perú, sobre aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida heterólogas.”

Es el Art. 7° de la Ley General de Salud (Ley N° 26842) el que establece taxativamente el derecho que las personas tienen para tratar sus problemas de infertilidad y para procurar la procreación, utilizando las TERAS; pero es el caso que, en la misma norma, se establece una limitación que no se encuentra establecida en las normas supranacionales, como ser la exigencia de que haya unidad de persona en cuanto a la madre genética como a la madre gestante; lo que implica que la mujer que proporciona el óvulo a fecundarse, debe ser la misma persona que se embarace con dicho óvulo ya fecundado. Además establece que debe haber un mutuo consentimiento, previo y escrito, de ambos padres de la criatura en generación. Finalmente también deja expresa prohibición de fecundar los óvulos humanos si no se trata de la procreación, así

como de realizar procedimientos de clonación de seres humanos. (Cfr. Art. 7° de la Ley N° 26842)

En esta norma hay, pues, una aparente contradicción, dado que genera la impresión de facultarse el uso de las TERAS, pero bajo una tan importante como limitante restricción, lo que da la impresión de que el legislador optó por oponerse radicalmente al uso de las TERAS, ya que la limitación es tan rigurosa que serían escasísimas las personas que pudieran utilizarlas bajo el contenido de esta norma. Esto es así porque la aplicación de las TERAS se faculta con una limitación bastante estricta como ser que sólo es posible aplicarlas bajo la condición de que la madre genética y la madre gestante sean la misma persona; es decir, que el óvulo debe corresponder a la madre que utiliza alguna de las TERAS y que ésta sea quien tenga el embarazo; por ende, no admite la aplicación de la técnica de la maternidad subrogada ni las técnicas por las cuales la madre gestante haya utilizado óvulos de otras personas.

En consecuencia, se tiene que en el Perú sí se puede aplicar las TERAS, pero con una regulación muy estricta que impide la aplicación de técnicas que se utilizan en muchos países, que sí van conforme a los avances de la ciencia y de la técnica, atendiendo los requerimientos de la colectividad. No se ha tenido en cuenta que uno de los objetivos centrales y trascendentales de la conformación de una familia, es la procreación; lo que no siempre se puede llevar a la realidad, puesto que hay un gran número de personas que no pueden lograr este objetivo por problemas de infertilidad; y, lo que es peor, los datos estadísticos demuestran que ese número va en constante incremento.

Actualmente el problema de la infertilidad se da en un intervalo del 16 al 20% de parejas, lo que significa, según ROA MEGO, un aproximado de 94 millones de personas en el mundo; por lo que es una gran cantidad de personas que podrían optar por la utilización de las TERAS, haciendo indispensable una regulación que les permita dicha utilización antes que se la dificulte.

La condición de que coincidan la madre genética y la madre gestante la que trae consigo la discrepancia jurídica y la contravención de normas de orden

superior, puesto que, si bien esta norma no contiene una prohibición respecto a la ovodonación. El último párrafo del artículo contiene las dos prohibiciones respecto de la fecundación *in vitro*.

Ahora bien, toda prohibición debe ser explícita, pues no se permite su aplicación o interpretación analógica; pensar en contrario sería desconocer el principio fundamental que permite esclarecer que lo no prohibido está permitido (principio de clausura). No obstante, conforme está redactada la norma comentada, al admitirse la fecundación heteróloga con material genético masculino, impidiendo la que se trate de material genético femenino origina de por sí, una discriminación por razón de género, atentándose contra el principio de igualdad y con la atención de la problemática real en la cual se puede observar casos de deficiencia ovárica con significativos índices de éxito en fertilizaciones con óvulos propios (20%) en tanto que con óvulos de donante se llega hasta un 70%; con lo cual, al prohibirse la ovodonación se está negando la posibilidad de acceder a la maternidad en los casos en que la dificultad surge de la infertilidad de la mujer.

Finalmente, cabe resaltar que esta norma no impide la maternidad subrogada, dado que sí que puede haber coincidencia entre madre genética y madre gestante, que se produce en el caso de la subrogante, pero utilizando el esperma de un donante desconocido o del cónyuge o conviviente.

Por todo lo reseñado, se puede concluir que la norma en análisis resulta controversial e inadecuada para una aplicación literal, con lo que se estaría atentando contra normas de superior jerarquía.

Analizar pronunciamientos jurisprudenciales contenidos en sentencias de los órganos jurisdiccionales peruanos sobre técnicas de reproducción humana asistida heterólogas, para verificar si en éstos se ha observado la normatividad contenida en la Constitución y en la convención Americana de Derechos Humanos.

En Costa Rica, la Sala Constitucional de su Corte Suprema ha emitido una sentencia que declaró inconstitucional el Reglamento para las Técnicas de Reproducción Asistida aprobado por Decreto 24029-S, de 1995. Para tal fallo, la Sala se sustentó en el criterio de que la técnica, por su contenido, atentaba contra el derecho a la vida, por lo que no debía ser regulada por norma legal alguna (sentencia del 15 de marzo del 2000. Exp. 95-001734-0007-C0). Fallo que generó la intervención de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Caso Ana Victoria Sánchez Villalobos y otros c/ Costa Rica, petición 12.361), proceso en el la Comisión acogió la demanda en forma parcial considerando que la disposición contenida en el mencionado Decreto violaba los derechos a la intimidad, a la salud, a formar una familia y a no ser discriminado; por lo que, planteó las respectivas recomendaciones que, al no ser acatadas, generó que la Comisión haya elevado el caso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Expediente N° 08000178-1027-CA).

En esta misma nación, también se resignifica el caso ARTAVIA MURILLO y otros en Costa Rica en el que la Corte Interamericana de Derechos Humanos culminó que la Sala Constitucional (de Costa Rica) propende un amparo absoluto del embrión, sin apreciar otros derechos en conflicto. Ello conllevó una inícuca y amplia intervención en el plano familiar y privado, generando desproporcionalidad, teniendo la interferencia efectos discriminatorios.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos refrendó que la decisión de ser o no ser madre o padre es inherente al derecho a la vida privada, en cuanto a los efectos de este derecho, se subraya la autonomía reproductiva y el acceso a los servicios de salud reproductiva de éstos, con vínculo estrecho con el derecho a la salud y el derecho a acceder a la tecnología médica exigible para la práctica de este derecho. En este sentido se señala la posibilidad de acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva.

Se puede entender entonces que no importa cómo se llevó a cabo la fecundación, si fue a través de un procedimiento artificial o de forma natural ya que todos los embriones concebidos tienen la misma protección.

En cuanto a la sentencia o fallo, tal vez en el Perú, no sea vinculante según el ordenamiento jurídico peruano, que es muy protector de la vida humana y reconoce que la vida comienza desde la concepción. En consecuencia, en el Perú es limitada la legislación en cuanto a las TERAS, pero sí hay que tener en cuenta que hay principios a respetarse en investigaciones de bioética que se contradicen con el artículo 7 de la Ley General de Salud, ya que no es claro y preciso en cuanto al uso de las TERAS. Por lo que más que poner límites que preserven el respeto por la vida y salud, se debe legislar para evitar la irregularidad en la que ocurren estas técnicas, para evitar mayores inconvenientes”.

Bajo este contenido jurisprudencial, bien se puede ratificar que los principios de la Convención Americana de Derechos Humanos de obligatoria aplicación sobre las TERAS son los relativos al derecho a la vida, a tener una familia, a la libertad personal, a la reproducción, a la igualdad, a la dignidad humana, a la autodeterminación; así como el irrestricto respeto al interés superior del niño.

Otra referencia jurisprudencial está dada por la Sentencia emitida por la Sala Contencioso Administrativo de Buenos Aires, el 4 de diciembre de 2007, que dispuso que una organización social pague un tratamiento de fecundación.

“En Perú no se ha tenido una copiosa jurisprudencia sobre las TERAS pero sí se ha reseñado en este trabajo la relativa a la CAS. N° 5003-2007 LIMA relativa a la impugnación del reconocimiento de maternidad realizado por María Alicia Alfaro Dávila respecto de la menor Alicia Beatriz Alfaro Dávila, alegando que la demandada no es la madre biológica de dicha menor, pues ella fue inseminada artificialmente con el óvulo de una mujer distinta y que se utilizó los espermatozoides del esposo de la recurrente, Custodio Olsen Quispe Condori, sin el consentimiento de éste, mediante la técnica de reproducción asistida denominada "ovodonación"; técnica que en nuestro país no se permite, conforme se colige de lo previsto en el artículo 7 de la Ley General de Salud. Controversia judicial en la que se determinó que se había vulnerado derechos fundamentales de la menor, especialmente su derecho a la identidad”.

“Sin embargo, también cabe mencionar la sentencia del Tribunal Constitucional N° 2005-2009, en la cual se reconoce que el concebido es titular del derecho a la vida desde el momento mismo de la fecundación (y o de la implantación o anidación), debido a su calidad de persona. Con esta premisa, el artículo N° 7 comentado devendría en inconstitucional ya que las técnicas de reproducción asistida, según este criterio jurisprudencial, atentan contra la vida del concebido porque al aplicarse las TERAS se expone a muerte a los embriones creados; lo cual implica un riesgo desproporcionado, debido a que muchos de ellos, no serán implantados”.

Precisar qué principios de la Convención Americana de Derechos Humanos, deben ser materia de aplicación obligatoria en el ordenamiento jurídico nacional respecto a las técnicas de reproducción asistida heterólogas.

Con este objetivo específico se buscó dar a conocer los principios de la Convención Americana de Derechos Humanos, que deben ser materia de aplicación obligatoria en el ordenamiento jurídico nacional, pues implican el desarrollo temático del presente trabajo de investigación; con el afán de ubicarlos específicamente dentro de la materia específica; no se trata de normas taxativas sobre la aplicación de las TERAS, sino más bien de principios y de normas genéricas que pueden ser transgredidas por la regulación interna de nuestro país, y que son los derechos reproductivos, a la libertad personal, a la vida privada y familiar, a formar una familia, a la igualdad, a la integridad personal. Debe reafirmarse que dichos principios, por más genéricos que sean, deben ser respetados ya que el Perú ha suscrito y ratificado la Convención; por lo que es Estado Parte y, como tal, está en la obligación de acatar y no contravenir lo dispuesto en la Convención.

Es por ello que se ha dado especial énfasis al control de la convencionalidad, pues ante cualquier controversia que surgiera en la aplicación o en la interpretación del Art. 7 de la Ley N° 26842, Ley General de Salud, debe darse singular y efectivo respeto a la supremacía jerárquica de los principios

convencionales, pues no se debe admitir que una norma de inferior jerarquía prevalezca sobre ellos, más aún si se tiene en cuenta el Art. 55 y la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución. Por ende, los magistrados peruanos, están en la obligación de poner en aplicación sea en forma concentrada o difusa, el control de convencionalidad, como ya se ha sustentado.

IV. DISCUSIÓN

La investigación realizada se tituló *“La necesaria regulación de las técnicas de reproducción asistida heterólogas a fin de establecer la filiación en el ordenamiento jurídico peruano.”* Donde se ha formulado el siguiente problema: *“¿Resulta necesaria la regulación de las técnicas de reproducción asistida heterólogas a fin de establecer la filiación en el ordenamiento jurídico peruano?”*; donde después de la aplicación de la recolección de datos se obtiene la siguiente hipótesis: *“Sí, resulta necesaria la regulación de las técnicas de reproducción asistida heterólogas a fin de establecer la filiación en el ordenamiento jurídico peruano, teniendo como fundamento la Constitución Política del Perú y la Convención Americana de Derechos Humanos que señala los principios y derechos reproductivos, a la libertad personal, a formar una familia, a la identidad y a la igualdad; por ello, el Estado, debe aplicarlos fielmente”*.

La formulación de la hipótesis obedeció de un análisis previo del artículo N° 7 de la Ley General de Salud, Ley N° 26842, que autoriza en Perú la utilización de las Técnicas de Reproducción Asistida Heterólogas (TERAS), pero con restricciones que resultaban siendo una severa limitación para su uso, generando con ello una serie de problemas para las personas infértiles que desean tener hijo y conocen de la existencia de dichas TERAS. Situación que, analizada a la luz de los principios establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y confirmados por principios constitucionales que constituyen derechos fundamentales de la persona humana, permitieron dirigir la investigación hacia el control de convencionalidad que debería aplicarse con mayor rigor en el ámbito jurisdiccional nacional.

La razón de este último criterio, además de lo expresado, se sustentó en el hecho de que en el Perú sólo se suele resolver en base a un control de constitucionalidad y no teniendo en cuenta los principios y normas que son de obligatorio cumplimiento si están contenidas en convenios o tratados de los que el Perú se ha constituido en Estado Parte por haberlos suscrito y ratificado.

A partir de ello, la investigación se dirigió a analizar aspectos doctrinarios, normativos y jurisprudenciales que permitieran verificar si realmente se estaba permitiendo la aplicación de las TERAS sin restringirlas o limitarlas a tal grado que se incumplan los principios y normas de la Convención que, de conformidad con el artículo 55 y la IV Disposición Final y Transitoria de nuestra Constitución forman parte de nuestro ordenamiento jurídico.

Esto ha sido analizado y sustentado por CARBONELL quien manifiesta que los Estados están obligados a respetar y a garantizar los derechos previstos en los ordenamientos Internacionales; así como por CANESSA, quien centró su trabajo en su voluntad de esclarecer si las TERAS afectan o no los criterios o principios contenidos en el Derecho Civil, concluyendo que en el Perú no existe una regulación específica sobre las TERAS ni se ha dado cupo a la Teoría del Derecho Genético.

“Asimismo, ante los escasos problemas jurídicos sobre las TERAS o el control de convencionalidad llevados al ámbito jurisdiccional, los magistrados al resolverlos, han tenido que recurrir a los principios generales del Derecho, especialmente cuando se trata de controversias relativas a la filiación al haber utilizado las TERAS, pero en muy pocas oportunidades han aplicado el Control de Convencionalidad, pese a que la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional del Perú, han dejado claramente sentado que dicho control debe aplicarse”.

Pero el mencionado control no se hace o debe hacerse sólo porque así lo hayan sustentado tales instituciones, sino que es un mandato establecido en el Art. 10 de la misma Convención Americana de Derechos Humanos al establecer que los Estados Parte deben estar comprometidos a velar por el respeto de los Derechos que en ella han quedado establecidos, así como a garantizar el pleno y libre ejercicio de los mismos, proporcionando las condiciones necesarias para ello.

“Es más, la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dejado claramente establecido que cuando *un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana*”. (Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Párrafo 124)

Pronunciamiento ratificado por la Corte Suprema de la República en el Pleno Jurisdiccional de la Corte Suprema de Justicia en material Constitucional y Contencioso Administrativo, recientemente publicado en El Peruano el 2 de febrero del 2016 (Tema N° 2, Acuerdo N° 2) referido justamente al examen de convencionalidad.

“Ya en lo que concierne a la aplicación de las TERAS y a los problemas que trae consigo, la ejecutoria más significativa partió de la demanda en la que María Alicia Alfaro Dávila impugnó el reconocimiento de maternidad respecto de la menor Alicia Beatriz Alfaro Dávila, argumentando que la demandada no es la madre biológica de dicha menor, pues ella fue inseminada artificialmente con el óvulo de una mujer distinta y se utilizó los espermatozoides del esposo de la recurrente, Custodio Olsen Quispe Condori, sin el consentimiento de éste, mediante la técnica de reproducción asistida denominada "ovodonación", la que no está permitida en nuestro país conforme se colige de lo previsto en el artículo 7 de la Ley General de Salud.”

Demanda que se resolvió teniendo en cuenta que se trataba no sólo de acreditar la afectación al recurrente por el reconocimiento, sino el legítimo

interés en el pronunciamiento, por su condición de hermanos del menor hijo de la demandante y la menor Alicia Beatriz Alfaro Dávila, por lo que el órgano jurisdiccional debe decidir, respecto al reconocimiento efectuado por la demandada, que transgrede lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley General de Salud, y porque se vulneran derechos fundamentales de la citada menor, como su derecho a la propia identidad. Ejecutoria en la que se puede apreciar la existencia de los problemas surgidos a raíz de la aplicación de las TERAS y la aplicación o interpretación del artículo 7 de la Ley General de Salud.

Con el fin de contrastar los contenidos doctrinarios, normativos y jurisprudenciales, se aplicó una entrevista (Anexos N° 1 y N° 2) a personas que tienen amplio conocimiento de los derechos convencionales y constitucionales, pues se trató de magistrados y constitucionalistas, quienes dieron su ilustrada apreciación sobre las interrogantes, las cuales fueron establecidas en función de la aplicación de las TERAS y del control de convencionalidad.

Entre los entrevistados estuvo el abogado Hélder Luján Segura, Juez Laboral de la Corte Superior de Piura, quien consideró que las personas que usan las TERAS no encuentran amparo en su integridad, pues el Art. 7 de la Ley General de Salud es la única norma que regula su uso, sin considerar que son miles de niños en el Perú que han nacido bajo estas técnicas. Precisa que debe aprobarse nuevas normas que complementen la acción de la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida y apliquen los principios y doctrinas de la Bioética.

También destacó entre los entrevistados el abogado Ángel Flores Mimbela, especialista en Derecho de Familia, quien sostuvo que algunas mujeres sí encuentran amparo en la legislación peruana para el uso de las TERAS, pero que otras no, quienes estarían siendo vulneradas en sus derechos por no permitírseles usar estas técnicas. Aportó como solución al problema la petición de que se regulen estas técnicas sin vulnerar los derechos fundamentales como el derecho a la procreación.

El abogado y docente universitario Luis Alberto Carrasco García opinó que es un deber de los magistrados constitucionales y de las demás instancias, resolver en base a la normatividad internacional y jurisprudencia sobre la materia. Además sugirió que se debe legislar a partir de la norma constitucional, en base a los principios a la persona y a la personalidad; e imponer una estricta observancia de los tratados y de la jurisprudencia sobre la materia.

También se hace mención al aporte del abogado Jin Henry Merino Merino, especialista en el tema, quien manifestó que las personas que usan las TERAS no encuentran respaldo en las normas peruanas y que, por el contrario, éstas limitan el derecho de algunas mujeres que desean concebir. Opinó sugiriendo que se regule de manera adecuada la aplicación de estas técnicas teniendo en cuenta la normatividad contenida en la Convención Americana de Derechos Humanos.

Gracias a sus respuestas y a las otorgadas por los demás entrevistados, se pudo verificar que la hipótesis quedó corroborada, confirmándose que la regulación existente en el Perú sobre las técnicas de reproducción asistida heterólogas debe ser complementada teniendo en cuenta las normas establecidas en la Convención Americana de Derechos Humanos.

Lo más resaltante de las entrevistas fue que el 45.5% de los entrevistados están de acuerdo que en ejercicio de su libertad de decisión (autodeterminación) las personas pueden hacer uso de las TERAS y que, por su parte, el Estado debe otorgar la filiación del niño a su favor lo que se complementó con la opinión del 27.3% que manifestó que las personas tienen derecho a utilizar las TERAS y, que, por tanto, el Estado debe regular este tema, respetándose el derecho a la autodeterminación. Más resaltante fue que el 90.9% de los entrevistados opinó que los principios de la Convención Americana de Derechos Humanos son de obligatoria aplicación sobre las TERAS y que entre ellos se encuentran los relativos al derecho a tener una familia, a la libertad personal, a la vida, a la reproducción, al derecho a la igualdad, a la dignidad humana, a adoptar disposiciones de derecho interno, a la autodeterminación y el respeto al interés

superior del niño; es más, un 36.4% opina que las personas que usan las TERAS, no encuentran amparo en la legislación peruana, a lo que se suma un 27.3% que coinciden en expresar que no hay amparo y que ello se debe a que no hay la regulación apropiada y otros manifiestan que se limita el derecho de algunas mujeres que no pueden concebir. Porcentajes estos últimos que permiten inferir que una mayoría significativa opina porque en el Perú no hay una debida regulación que concuerde con los principios establecidos en la Convención, y que, en las sentencias de los órganos jurisdiccionales peruanos sobre técnicas las TERAS, no se resuelve observando lo establecido en la Convención Americana de Derechos Humanos.

Como aporte significativo, los entrevistados sugirieron algunos criterios que se debe tener en cuenta para superar este problema entre ellos se dijo: 1) El Estado debe regular a partir de la Constitución y en base a los principios relativos a la persona, imponiendo la estricta observancia de los Tratados y la Jurisprudencia sobre la materia; 2) Se debe regular a través de una ley especial incorporada en el Código Civil; 3) Se debe dictar una ley con sentido humano teniendo en cuenta la dignidad de la persona y no como un contrato; 4) Se debe tener en cuenta el Art. 55 y la Cuarta Disposición final y Transitoria de la Constitución, y que, en consecuencia, se deben observar las normas de la Convención Americana sobre Derechos humanos; y 5) Que se apruebe el Proyecto de Ley propuesto por el congresista Tomás Zamudio Briceño, observándose los principios de la Bioética. Propuestas que permiten determinar la necesidad de regular el uso y aplicación de las TERAS respetando los principios, derechos y libertades establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por ende, debe modificarse el artículo N° 7 de la Ley General de Salud, Ley N° 26842, que actualmente prescribe:

“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.”

Norma que debería ser regulada estableciendo la inclusión del artículo 7-A de la siguiente manera:

Artículo 7-A.- Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida heterólogas, se requiere del consentimiento previo y por escrito de las personas que acuden a estos tratamientos, garantizando la filiación, el cuidado y la satisfacción de las necesidades del nuevo ser, y velando por el desarrollo integral del mismo.

De esta forma, se podrá poner en pleno ejercicio los principios y normas generales de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Constitución Política del Perú, como son: el derecho a tener una familia, a la libertad personal, a la vida, a la reproducción, al derecho a la igualdad, a la dignidad humana, a adoptar disposiciones de derecho interno, a la autodeterminación y el respeto al interés superior del niño.

V. CONCLUSIONES

1. La regulación legal, vigente en el Perú, sobre aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida heterólogas está condensada en el Artículo 7° de la Ley General de Salud, que concede a toda persona el derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, pero impone dos condiciones que implican severas restricciones que reducen significativamente la posibilidad de su aplicación; estas restricciones son que la madre genética y la madre gestante deben ser la misma persona; y la segunda es que se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos.
2. La actual regulación constitucional sobre aplicación de las TERAS no precisa derechos específicos para la aplicación de estas técnicas; sin embargo, sí contiene los principios establecidos en la Convención Americana de Derechos Humanos, dado que tienen reconocimiento constitucional los derechos a la libertad personal, a la intimidad privada y familiar (Art. 2, inciso 7), a formar una familia (Arts. 4 y 6), a la igualdad (Art. 2, inciso 2), a la integridad personal (Art. 2, inciso 1). En tanto que en la regulación legal sólo se tiene el Art. 7 de la Ley General de Salud.
3. Los pronunciamientos jurisprudenciales contenidos en sentencias de los órganos jurisdiccionales peruanos sobre técnicas de reproducción humana asistida heterólogas y, más concretamente sobre filiación relacionada con la aplicación de dichas técnicas, no denotan observación de la normatividad contenida en la Convención Americana de Derechos Humanos. No obstante, existen diversas ejecutorias del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional que determinan la obligación de los órganos jurisdiccionales de ejercer el control de convencionalidad.
4. Los principios y derechos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, son los relativos a la procreación, a la libertad personal, a la intimidad privada y familiar, a formar una familia, a la igualdad y a la integridad personal. Los que deben ser materia de aplicación obligatoria en el ordenamiento

jurídico nacional por formar parte del ordenamiento jurídico nacional (Art. 55 de la Constitución) y porque las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú (Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución), como lo es la Convención Americana de Derechos Humanos

VI. RECOMENDACIONES

1. Se sugiere que el Congreso de la República, modifique la actual regulación sobre la aplicación de las TERAS, incluyendo el Artículo 7-A al Art. 7 de la Ley General de salud de tal forma que se tenga en cuenta los derechos reconocidos en la Constitución Política del Perú y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sin transgredirlos ni tergiversarlos.

“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.”

Norma que debería ser regulada estableciendo la inclusión del artículo 7-A de la siguiente manera:

Artículo 7-A .- Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida heterólogas, se requiere del consentimiento previo y por escrito de las personas que acuden a estos tratamientos, garantizando la filiación, el cuidado y la satisfacción de las necesidades del nuevo ser, y velando por el desarrollo integral del mismo.

VIII. REFERENCIAS

1. Albaladejo, M. (2007). *Curso de Derecho Civil IV. Derecho de Familia*. España: EDISOFER S.L.
2. Albase, S. (2008). *El Control de Convencionalidad*. Buenos Aires, Argentina: EDIDAR.
(1997) *Derechos Humanos- Estudios de casos y opiniones consultivas*. Buenos Aires. Editorial de Belgrano.
3. Andreu, F., Ibáñez J.M. y otros. (2014) *Convención americana sobre Derechos Humanos. Comentario*. Editores: Christian Steiner y Patricia Uribe. Bolivia: Plural Editores
4. Banchio, E. (1995). *La Tutela de la persona frente a la Manipulación Genérica*. Lima: Universidad de Lima
5. Bidart Campos. (2005). *Tratado Elemental de Derecho Constitucional*. Tomo I, Buenos Aires, Argentina: Editorial Ediar.
6. Canessa Vilcahuamán, R. H. (2011). *La Filiación en la reproducción humana asistida*. Tesis para optar el grado académico de Doctor en Derecho y Ciencia Política, presentada en la Escuela de Post Grado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima – Perú.
7. Carbonell Sánchez, M. (2013). *Introducción General al Control de Convencionalidad*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UMAN, México. México: UNAM.
8. Castillo Freyre, M. (2007). *Por qué no se debe reformar el Código Civil*. Lima: Palestra.
9. Chuck Sepúlveda, J. A. (2015). *Bioética en Pediatría*. 1ª edición, México D.F.: Editorial El Manual Moderno
10. Chunga La Monja, F. (2001). *Derecho de menores*. Lima: Gaceta Jurídica
11. Díaz de Guijarro, E. (1965). *La voluntad y la responsabilidad procreacionales como fundamento de la determinación jurídica de la filiación*. En Revista Jurisprudencia Argentina, Año XXVII, N° 2238, mayo de 1965, Buenos Aires – Argentina.

12. Espina Molina, M.V. (2007). *Aspectos del proyecto de reforma que afectaban el régimen de los derechos humanos. Sexta parte. I. Sobre el principio de la progresividad y la regresión de las reformas*. En Revista de Derecho Público N° 112/2007, Maracaibo, Venezuela.
13. Espinoza Espinoza, J. (2001) *Derecho de las Personas*. Lima: Editorial Huallaga.
14. Fioravanti M. (2000) *Los Derechos Fundamentales. Apuntes de Historia de las Constituciones*. Traducción de Manuel Martínez Neira, 3ª edición Capítulo II, Bogotá, Colombia: Editorial Trotta.
15. Flume (1998). *El negocio jurídico*. Madrid, España: Amazon
16. Gordillo, A. (2013). *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*. Tmo I, Parte General, 1ª edición. Buenos Aires, Argentina: Fundación de Derecho Administrativo
17. Kemelmajer de Carlucci, A. y Herrera, M. (2013) *La decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 28/11/2012 y la interrupción del embarazo*. Buenos Aires – Argentina
18. Lacaveratz y otros (2013) *Las Técnicas de Reproducción Asistida, un Reto para el Derecho, la Ciencia y la Tecnología*. Trabajo de investigación realizado bajo la dirección del profesor Julio Durand Carrión, en el Programa de Doctorado de la Universidad San Martín de Porres del Perú.
19. Lamm, E. (2012). *La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida*. Publicado en la Revista de Bioética y Derecho, Nro. 24, Barcelona, enero de 2012, páginas. 76 a 91. Consultado en <http://www.ub.edu/fildt/revista/pdf/RByD24>, el 25 de setiembre del 2015.
20. Larenz, K. (1978). *Derecho Civil, Parte General*. Traducción y notas de Miguel Izquierdo y Macías – Picavea, Madrid, España: Editorial Revista de Derecho Privado-Editoriales de Derecho Reunidas.
21. Leyva Saavedra, J. (2012). *Autonomía privada y contratos*. En: Revista Oficial del Poder Judicial: Año 4 - 5, N° 6 y N.º 7 / 2010-2011, Lima. Págs. 267-290.

22. Peces-Barba Martínez (1999) *Curso de Derechos Fundamentales, Teoría General*. Universidad Carlos III. Madrid, España: Editorial Melibea.
23. Pérez Luño, A. E.. (1999) *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 6ª edición, Madrid, España: Editorial Tecnos.
24. Roa Meggo, Y. (2009). *La infertilidad en el Perú: nuevos criterios para un enfoque preventivo en salud pública*. Lima: Fondo editorial Universidad San Martín de Porres.
25. Rodríguez- Cadilla Ponce, R. (1997). *Técnicas de Reproducción Humana Asistida*. Perú: San Marcos
26. Rodríguez Iturburu, M. I. y Culaciati, M. M., (2011). *Actualidad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Asuntos de Familia. Período 2011, Derecho de Familia*. Publicado en la Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, 2012, Buenos Aires: Abeledo Perrot.
27. Siverino-Bavio, P. (2012). *Una mirada desde la bioética jurídica a las cuestiones legales sobre la infertilidad en el Perú*. En: Revista peruana de Ginecología y obstetricia. Vol. 58 N° 3 Lima. Versión *on line*. http://www.scielo.org.pe/scielo.php?pid=S2304-51322012000300009&script=sci_arttext
28. Taboada Córdova, I. (2006). *Negocio Jurídico, Contrato y Responsabilidad Civil*. Lima: Grijley.
29. Torres Vásquez, A. (2001). *Introducción al Derecho*. 2ª edición, Lima: IDEMSA y Editorial TEMIS S.A. de Bogotá, Colombia.
30. Torres Zúñiga, N. (2012). *El Control de Convencionalidad, deber complementario del Juez Constitucional Peruano y el Juez Interamericano*. Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima: Tesis para optar por el título de Licenciada en Derecho.
31. Varsi Rospigliosi, E (2001). *Derecho Genético*. 4ª edición, Lima: Editorial Grijley.
- (2004). *Divorcio, filiación y Patria Potestad*. 4ª edición, Lima: Grijley
32. Zannoni, E. (1978). *Inseminación Artificial y Fecundación Extrauterina, Proyecciones Jurídicas*. Buenos Aires: Astrea

ANEXO N° 1

CUESTIONARIO PARA LA ENTREVISTA

TÍTULO: “La necesaria regulación de las técnicas de reproducción asistida heterólogas en observancia de la Convención Americana de Derechos Humanos.”

RESUMEN :La presente investigación tuvo como fin establecer el sustento jurídico que justifique el requerimiento de regulación de las técnicas de reproducción asistida en adelante TERAS, de conformidad con la normatividad contenida en la Convención Americana de Derechos Humanos, en razón que con los avances científicos y tecnológicos, las mencionadas técnicas se están utilizando para lograr que los cónyuges o los convivientes que deseen procrear y tengan algún impedimento para hacerlo, puedan satisfacer sus derechos fundamentales teniendo en cuenta las normas establecidas en la Convención Americana de Derechos Humanos, como el derecho a formar una familia (artículo 17) y a su libertad personal (artículo 7).

Entrevista dirigida a operadores del Derecho:

- 1) ¿Considera usted que las personas, de acuerdo a su autodeterminación, pueden decidir si usan las TERAS y al mismo tiempo el Estado vele por el Interés Superior del niño haciéndose responsable de una adecuada determinación jurídica para su filiación?

- 2) ¿Sabe usted si las sentencias de los órganos jurisdiccionales peruanos sobre técnicas de reproducción asistida heterólogas se resuelven con una debida motivación en observancia de la Convención Americana de Derechos Humanos?

3) ¿Qué principios normativos de la Convención Americana de Derechos Humanos deben ser materia de aplicación obligatoria en el ordenamiento jurídico nacional respecto a las técnicas de reproducción asistida heteróloga?

4) ¿Cree usted que las personas que usan las TERAS encuentran amparo en la legislación peruana?

5) ¿Qué solución propondría usted para este problema?

¿EL ENTREVISTADO, AUTORIZA LA PUBLICACIÓN DE LA PRESENTE ENTREVISTA?

SÍ NO

NOMBRE DEL ENTREVISTADO:

FIRMA DEL ENTREVISTADO

ANEXO N° 2

RESULTADOS DE LA ENTREVISTA

PREGUNTA 1: ¿Considera usted que las personas, de acuerdo a su autodeterminación, pueden decidir si usan las TERAS y al mismo tiempo el Estado vele por el Interés Superior del niño haciéndose responsable de una adecuada determinación jurídica para su filiación?

1. Autodeterminación por el uso de las TERAS y determinación jurídica del estado para la filiación	N°	%
A. De acuerdo al derecho de libertad de decisión las personas pueden hacer uso de las TERAS, por su parte el Estado debe otorgar la filiación del niño a su favor.	5	45.5
B. Las personas tienen derecho a utilizar las TERAS, y el Estado debe regular este tema.	3	27.3
C. Las personas, en virtud a su derecho al libre desarrollo de la personalidad, pueden hacer uso de las TERAS autorizadas por el Estado.	1	9.1
D. Puede ser conciliable el uso de las TERAS y la protección del Estado.	1	9.1
E. Es la única manera para que las personas que las usan sepan que son protegidas en cuanto a la filiación del menor.	1	9.1
TOTAL ENTREVISTADOS	11	100

CUADRO N° 1
Elaboración Propia

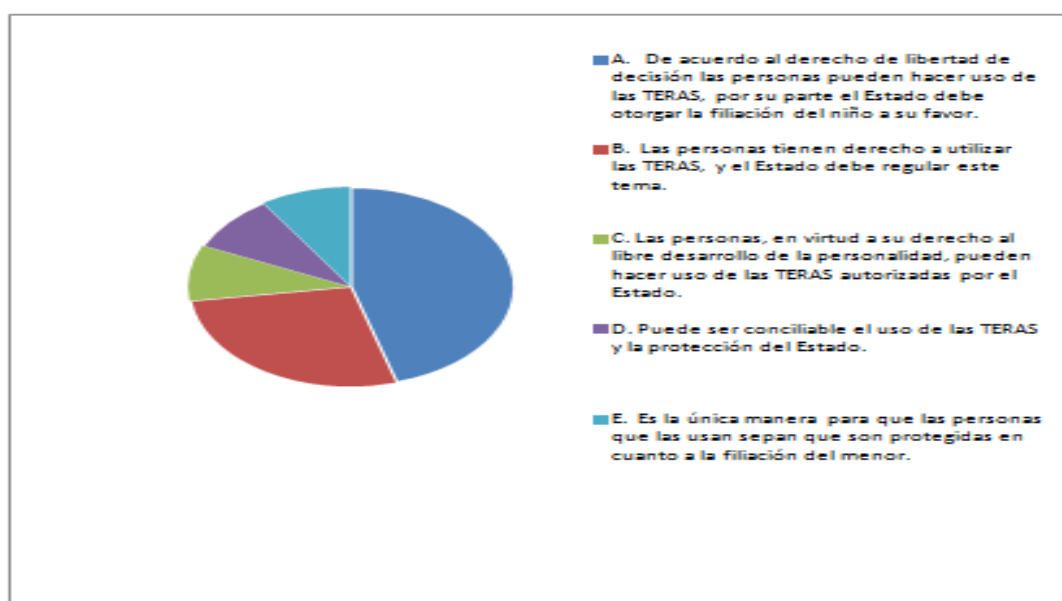


Gráfico N° 1
Autodeterminación por el uso de las TERAS y determinación jurídica del estado para la filiación

En las respuestas a esta interrogante, los entrevistados, en un 45.5% han manifestado que las personas pueden hacer uso de las TERAS, en uso a su libertad para tomar decisiones, en tanto que el Estado debe otorgar la filiación del niño a su favor. Respuesta que se complementa con la otorgada por el 27.3% de los entrevistados, que opinaron manifestado que las personas tienen derecho a utilizar las TERAS, y el Estado debe regular este tema. De ello se puede verificar que la mayoría de los entrevistados están a favor de que las personas que no tienen posibilidades de procrear puedan hacer uso de las técnicas de reproducción asistida heterólogas; lo que se relaciona con los principios constitucionales sobre la libre determinación de las personas y el derecho a constituir su propia familia, concordantes con los establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

PREGUNTA 2: ¿Sabe usted si las sentencias de los órganos jurisdiccionales peruanos sobre técnicas de reproducción asistida heterólogas se resuelven con una debida motivación en observancia de la Convención Americana de Derechos Humanos?

2. Sentencias motivadas en observación de la Convención Americana de Derechos Humanos	N°	%
A. No se resuelve observando lo establecido en la Convención Americana de Derechos Humanos.	5	45.5
B. No sabe o Desconoce	4	36.4
C. Sí hay sentencias pero no recuerda los términos en que han sido expedidas.	1	9.1
D. Es un deber de los magistrados constitucionalistas resolver en base a la normatividad internacional y jurisprudencial sobre la materia.	1	9.1
TOTAL ENTREVISTADOS	11	100

CUADRO N° 2
Elaboración Propia

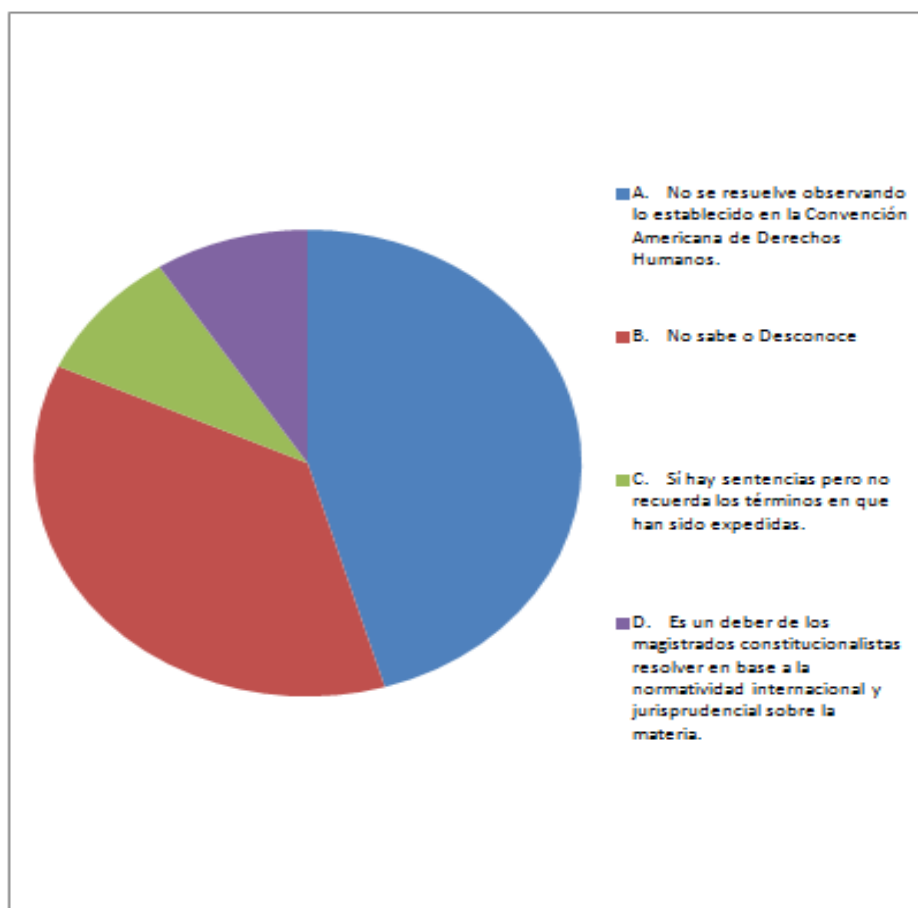


Gráfico N° 2
Sentencias motivadas en observación de la Convención Americana de Derechos Humanos

Un alto porcentaje de los entrevistados 45.5% refiere que las sentencias del Poder Judicial no son motivadas ni resuelven observando lo establecido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aunque es de destacar que un porcentaje similar manifestó que no sabe o que no recuerda sobre este tema. Lo que permite determinar que hay mucho desconocimiento sobre las resoluciones judiciales que traten sobre la aplicación de las TERAS. Sin embargo un 9.1% dio una respuesta que no se ajustaba a la pregunta, pero que sí tiene especial significación porque precisa que es un deber de los magistrados constitucionalistas resolver en base a la normatividad internacional y jurisprudencial sobre la materia. Respuesta que unida a la del 45.5% señalado, dan evidente señal de que en el Perú, en las resoluciones judiciales, no se observa lo dispuesto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos

PREGUNTA 3: ¿Qué principios normativos de la Convención Americana de Derechos Humanos deben ser materia de aplicación obligatoria en el ordenamiento jurídico nacional respecto a las técnicas de reproducción asistida heteróloga?

3. Principios de la Convención Americana de Derechos Humanos de obligatoria aplicación sobre las TERAS	N°	%
A. El derecho a tener una familia, a su libertad personal, a la vida, a la reproducción, al derecho a la igualdad, a la dignidad humana, a adoptar disposiciones de derecho interno, a la autodeterminación y el respeto al interés superior del niño.	10	90.9
B. Desconoce.	1	9.1
TOTAL ENTREVISTADOS	11	100

CUADRO N° 3
Elaboración Propia

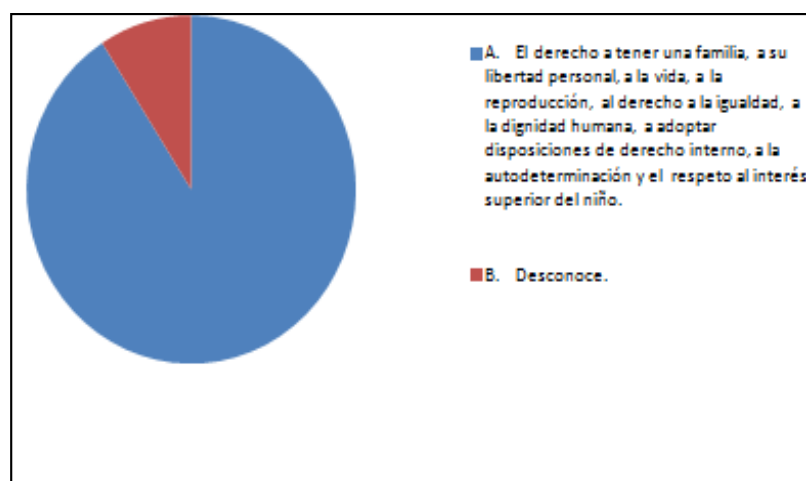


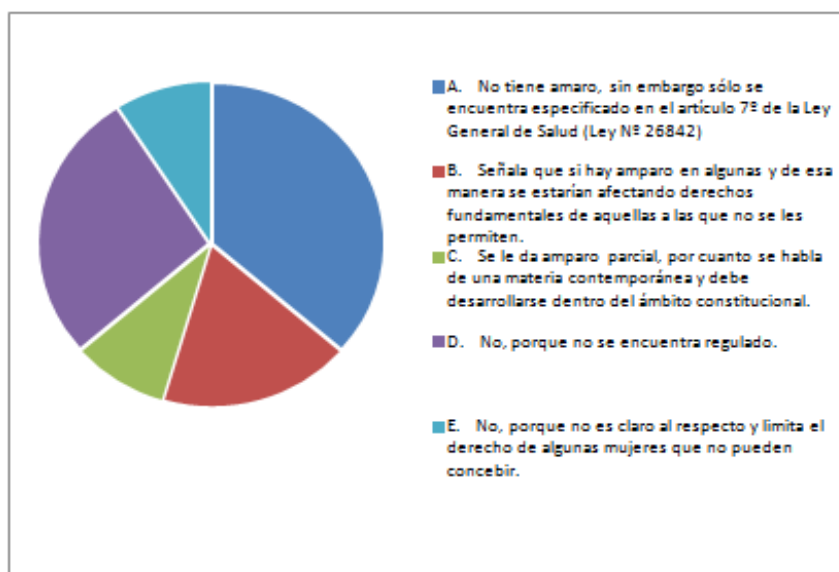
Gráfico N° 3
Principios de la Convención Americana de Derechos Humanos de obligatoria aplicación sobre las TERAS

Una mayoría bastante significativa (90.9%) identificaron el derecho a tener una familia, a la libertad personal, a la vida, a la reproducción, a la igualdad, a la dignidad humana, a adoptar disposiciones de derecho interno y a la autodeterminación; así como el respeto al interés superior del niño, como principios de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que deben ser acatados por el Perú. Lo que debe trasladarse a la regulación sobre las TERAS, pues el uso de éstas debe estar normado observando debidamente los principios y derechos mencionados.

PREGUNTA 4: ¿Cree usted que las personas que usan las TERAS encuentran amparo en la legislación peruana?

4. Amparo de la legislación peruana a favor de personas que usan las TERAS	N°	%
A. No tiene amparo, sin embargo sólo se encuentra especificado en el artículo 7° de la Ley General de Salud (Ley N° 26842)	4	36.4
B. Sí hay amparo en algunos casos y de esa manera se estaría afectando derechos fundamentales de aquellas personas a las que no se les permite.	2	18.2
C. Se le da amparo parcial, por cuanto se habla de una materia contemporánea y debe desarrollarse dentro del ámbito constitucional.	1	9.1
D. No, porque no se encuentra regulado.	3	27.3
E. No, porque no es claro al respecto y limita el derecho de algunas mujeres que no pueden concebir.	1	9.1
TOTAL ENTREVISTADOS	11	100

CUADRO N° 4
Elaboración Propia



En las respuestas A, D y E se encuentra que los entrevistados consideran que en el Perú no hay amparo para la aplicación de las TERAS de conformidad con lo establecido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos; lo cual es bastante significativo, pues quienes emitieron estas respuestas constituyen un 72.8% de los entrevistados. Y si a ello se suma el 9.1% que considera que el amparo es parcial que debe desarrollarse dentro del ámbito

constitucional, entonces, se infiere que hay necesidad de una regulación nacional a favor de la aplicación de las TERAS, en estricta observancia de lo establecido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

PREGUNTA 5: ¿Qué solución propondría usted para este problema?

5. Propuestas de solución	Nº	%
A. Es necesaria una regulación específica, teniendo en cuenta la Convención Americana de Derechos Humanos.	3	27.3
B. Debe adecuarse la legislación peruana y regular las TERAS para que no se vulneren derechos fundamentales.	2	18.2
C. El Estado debe promulgar una ley que regule la utilización de las TERAS.	1	9.1
D. El Estado debe regular a partir de la Constitución y en base a los principios relativos a la persona, imponiendo la estricta observancia de los Tratados y la Jurisprudencia sobre la materia.	1	9.1
E. Regular a través de una ley especial incorporada en el Código Civil.	1	9.1
F. Se debe dictar una ley con sentido humano teniendo en cuenta la dignidad de la persona y no como un contrato.	1	9.1
G. Se tenga en cuenta el Art. 55 y la Cuarta Disposición final y Transitoria de la Constitución, en consecuencia que se observen las normas de la Convención Americana de Derechos humanos.	1	9.1
H. Que se apruebe el Proyecto de Ley propuesto por el congresista Tomás Zamudio Briceño y que se observen los principios de la Bioética.	1	9.1
TOTAL ENTREVISTADOS	11	100

CUADRO N° 5
Elaboración Propia

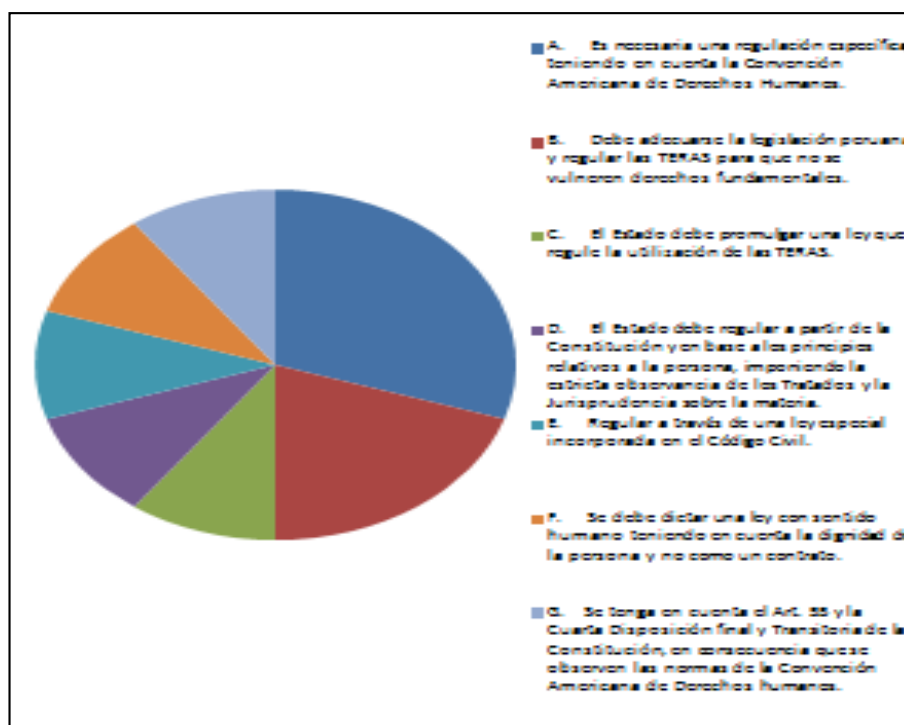


Gráfico N° 5
Propuestas de solución

En cuanto a las propuestas de solución, hay consenso en considerar que es necesaria una regulación específica para el uso de las TERAS, pero teniendo en cuenta lo establecido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (27.3%) y con miras a que no se vulneren los derechos fundamentales (18.2%). No obstante, todos los demás entrevistados consideran que la solución al problema está en que el Perú debe tener una regulación que permita la aplicación de las TERAS, observando los contenidos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

ANEXO 3

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

FICHA DE ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL.	
<p>I. DATOS INFORMATIVOS</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Tipo de documento: Sentencia de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos. 2. Línea de investigación: Derecho Civil 3. Partes procesales: <ol style="list-style-type: none"> a. Materia: FECUNDACIÓN IN VITRO b. Demandada: Costa Rica c. Demandante: Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CASO ARTAVIA MURILLO Y OTROS) 	
<p>II. FUNDAMENTOS DE HECHO</p>	
<p>a. Se alegó violación de derechos humanos como consecuencia de la prohibición de practicar la Fecundación in vitro que había estado vigente en Costa Rica desde el 2000, tras una decisión emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de dicho país.</p> <p>b. Se alegó que esta prohibición absoluta constituyó una injerencia arbitraria en los derechos a la vida privada y familiar y a formar una familia; violación del derecho a la igualdad, en tanto que el Estado les impidió el acceso a un tratamiento que les hubiera permitido superar su situación de desventaja respecto de la posibilidad de tener hijas o hijos biológicos.</p>	<p>La Comisión demandante impugna la decisión jurisprudencial e la Corte Suprema de Costa Rica que prohíbe la aplicación de la Fecundación in Vitro, pues se considera que ello significa evidente violación de los derechos a la vida privada y familiar y a formar una familia; así como una violación del derecho a la igualdad.</p>
<p>FUNDAMENTOS DE DERECHO</p>	
<p>a. Artículos 11.2, 17.2 y 24 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de dicho instrumento</p>	<p>Normas relacionadas a que nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia; al derecho de la mujer a fundar una familia; el principio de que todas las personas son iguales ante la ley y que tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.</p> <p>Enfatiza que si el ejercicio de los derechos y libertades no estuviere garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar las medidas legislativas que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades</p>
<p>CONCLUSIONES</p>	
<p>a. 59. La Corte ha señalado que la decisión de tener hijos biológicos a través del acceso a técnicas de reproducción asistida forma parte del ámbito de los derechos a la integridad</p>	<p>Cada una de estas conclusiones está referida a sustentar las razones por las que se considera que en la prohibición materia de juzgamiento se ha atentado contra los</p>

<p>personal, libertad personal y a la vida privada y familiar. Además, la forma como se construye dicha decisión es parte de la autonomía y de la identidad de una persona tanto en su dimensión individual como de pareja.</p> <p>b. 62. En primer lugar, la prohibición de la FIV impactó en la intimidad de las personas, toda vez que, en algunos casos, uno de los efectos indirectos de la prohibición ha sido que, al no ser posible practicar esta técnica en Costa Rica, los procedimientos que se impulsaron para acudir a un tratamiento médico en el extranjero exigían exponer aspectos que hacían parte de la vida privada.</p> <p>c. 63. En segundo lugar, respecto a la afectación de la autonomía personal y del proyecto de vida de las parejas, la Corte observa que la FIV suele practicarse como último recurso para superar graves dificultades reproductivas. Su prohibición afectó con mayor impacto los planes de vida de las parejas cuya única opción de procrear es la FIV.</p> <p>d. 64. En tercer lugar, se vio afectada la integridad psicológica de las personas al negarles la posibilidad de acceder a un procedimiento que hace posible desplegar la libertad reproductiva deseada.</p> <p>e. 65 De manera que, por las razones señaladas, las parejas sufrieron una interferencia severa en relación con la toma de decisiones respecto a los métodos o prácticas que deseaban intentar con el fin de procrear un hijo o hija biológicos. Pero también existieron impactos diferenciados en relación con la situación de discapacidad, el género y la situación económica, aspectos relacionados con lo alegado por las partes respecto a la posible discriminación indirecta en el presente caso</p>	<p>principios, derechos y libertades enunciados: derechos a la integridad personal, libertad personal y a la vida privada y familiar, a la autonomía y a la identidad de una persona tanto en su dimensión individual como de pareja</p> <p>De esta forma se analiza y fundamenta por qué se considera que existen las violaciones enunciadas, como la relativa al derecho a la intimidad de las personas, a la afectación de la autonomía personal, al proyecto de vida y a la integridad psicológica de las personas; e, inclusive a un impacto diferenciado en relación con la discapacidad (infertilidad), el género y la situación económica, aspectos relacionados una posible discriminación.</p>
---	--

FICHA DE ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL.	
I. DATOS INFORMATIVOS	
1. Tipo de documento: CAS. N° 5003-2007 LIMA. 2. Línea de investigación: Derecho Civil 3. Partes procesales: a. Materia: Impugnación de maternidad b. Demandada: María Alicia Alfaro Dávila respecto de la menor Alicia Beatriz Alfaro Dávila, argumentando c. Demandante: Mónica Cedelinda Oblitas Chicoma en representación de su menor hijo Olsen Fabrizio Quispe Oblitas	
II. FUNDAMENTOS DE HECHO	
a. Impugna el reconocimiento de maternidad efectuado por María Alicia Alfaro Dávila respecto de la menor Alicia Beatriz Alfaro Dávila, argumentando que la demandada no es la madre biológica de dicha menor, pues ella fue inseminada artificialmente con el óvulo de una mujer distinta y se utilizó los espermatozoides del esposo de la recurrente, Custodio Olsen Quispe Condori, sin el consentimiento de éste, mediante la técnica de reproducción asistida denominada "ovodonación", la que no está permitida en nuestro país conforme se colige de lo previsto en el artículo 7 de la Ley General de Salud.	La demandante impugna el reconocimiento de maternidad efectuado por la demandada, señalando que la menor reconocida como su hija, no lo es biológicamente. Argumenta su demanda señalando que la demandada fue inseminada artificialmente con el óvulo de otra mujer y para ello se utilizó los espermatozoides de su esposo, sin previo consentimiento de éste, mediante la técnica conocida como "ovodonación", la misma que no se encuentra permitida en nuestro país, según lo establecido en el artículo 7 de la Ley General de Salud.
FUNDAMENTOS DE DERECHO	
a. Artículo 7 de la Ley General de Salud: Ley N° 26842 b. Artículo 475 del Código Civil y c. Artículo 93 del Código de los Niños y Adolescentes d. Artículo VI del Título Preliminar del Código Civil, en cuanto al interés moral.	
CONCLUSIONES	
a. El menor hijo de la demandante, y en cuyo nombre actúa, Olsen Fabrizio Quispe Oblitas, es hermano paterno de la menor, que la demandada ha reconocido como su hija, conforme al resultado del examen de ADN, según documento obrante a fojas diez, del que se colige que el padre de ambos menores es Custodio Olsen Quispe Condori, por lo que impugna dicho reconocimiento por las razones que expone, sosteniendo interés legítimo, pues este no concuerda con realidad biológica, existiendo a ese efecto el parentesco consanguíneo.	El hijo de la demandante, en cuyo nombre actúa, es hermano paterno de la menor (hija legalmente reconocida de la demandada), según se prueba con el resultado del examen del ADN, del cual se prueba que el padre de ambos es el esposo de la demandante, por lo que impugna el reconocimiento de la menor, al señalar que tiene legítimo interés, al existir parentesco consanguíneo.
b. No se trata de acreditar solamente la afectación al recurrente por el reconocimiento, sino el legítimo interés en el pronunciamiento, por su condición de hermanos del menor hijo	Señala que no se trata de acreditar solamente la afectación a la demandante por el reconocimiento, sino el legítimo interés en el pronunciamiento, por su

<p>de la demandante y la menor Alicia Beatriz Alfaro Dávila, por lo que el órgano jurisdiccional debe decidir, respecto al reconocimiento efectuado por la demandada, que transgrede lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley General de Salud, y porque se vulneran derechos fundamentales de la citada menor, como su derecho a la propia identidad.</p>	<p>condición de hermanos del hijo de la demandante, y la hija legal de la demandada. Por tanto, el órgano jurisdiccional debe decidir sobre el sobre el reconocimiento efectuado por la demandada, el cual trasgrede lo señalado en el artículo 7 de la Ley General de Salud, y porque se vulneran los derechos fundamentales de la menor, entre ellos el derecho a su propia identidad.</p>
---	--

ANEXO N° 4

CASACIÓN N° 5003-2007-LIMA

CAS. N° 5003-2007 LIMA. Lima, seis de de mayo del dos mil ocho. LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA, vista la causa número cinco mil tres- dos mil siete, en la fecha y producida la votación con arreglo a ley, emite la siguiente sentencia: 1.- MATERIA DEL RECURSO: Se trata del recurso de casación interpuesto por doña Mónica Cedelinda Oblitas Chicoma en representación de su menor hijo Olsen Fabrizio Quispe Oblitas, contra la Resolución de vista de fojas ciento setentiseis de fecha tres de agosto del dos mil siete, que confirmando la apelada de fojas setenta y siete, de fecha veintitrés de octubre del dos mil seis, declara improcedente su demanda de impugnación de maternidad; con lo demás que contiene.

2.- FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE HA DECLARADO PROCEDENTE EL RECURSO: Admitido el recurso de casación, fue declarado procedente mediante auto de fecha catorce de noviembre del dos mil siete, por la causal de contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, argumentándose la contravención de los artículos VI del Título Preliminar y 399 del Código Civil; así como del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, pues se encuentran legitimados para impugnar la maternidad extramatrimonial los hermanos, en razón al interés moral que poseen, basta por ello acreditar el interés legítimo, no siendo exigible acreditar daño o afectación conforme lo señala la Sala de Familia; indica que a criterio de la Sala no basta que se acredite la condición familia (hermano-vínculo sanguíneo) para impugnar la maternidad, sino que habría que acreditar la afectación por el supuesto reconocimiento falso, denunciando que esto último no es requisito exigido por la ley; refiere que en virtud a lo dispuesto por el artículo VI del Título Preliminar del Código Civil, la afectación se demuestra con el mismo acto impugnado (reconocimiento falso), hecho que es ajeno e irrelevante a la legitimidad o interés moral para accionar, toda vez que éste es inherente a la condición subjetiva del accionante; señala que sin perjuicio de su argumento relativo a que no es exigible acreditar la afectación o menoscabo para iniciar una acción judicial, sostiene que según el artículo 399 del Código Civil, basta con acreditar interés legítimo, para establecer la existencia de la afectación consubstancial al acto impugnado, por lo que en aplicación del artículo VII del Título Preliminar del Código Civil, la Sala debió revocar la apelada, pues aplicando el Derecho, es evidente el daño o afectación moral, psicológico, a corto o largo plazo ocurrido por la misma realización del acto impugnado que resulta de la falsedad de la relación materno filial; por ello sostiene que se interpone la demanda con la finalidad de enervar el reconocimiento de maternidad realizado, por ser ilegal, pues tal reconocimiento de maternidad le concede a la demandada derechos de patria potestad, tenencia y demás derechos inherentes a la sociedad paterno filial, de manera que por el hecho del reconocimiento y el ejercicio de los derechos inherentes a él, el hijo de la recurrente se encuentra evidentemente afectado, pues existe separación entre hermanos de sangre y violación a derechos fundamentales que son propios del ius sanguinea, tales como el derecho a la identidad, integridad moral, integridad psíquica, libre desarrollo, bienestar, mantenimiento y preservación de los vínculos paterno filiales y fraternales, intimidad familiar, identidad cultural; refiere además, que el interés para obrar es una situación jurídica subjetiva, esto

es, la existencia de una situación jurídico procesal en razón a la particular condición del sujeto de derecho, y así, la acreditación de la afectación del derecho violado, desconocido, o incumplido (como exige la Sala) es consubstancial al momento de la aparición de la irregular situación jurídica acusada, por lo que resulta irrelevante para quien tiene la condición única y particular del vínculo consanguíneo, tener que acreditar afectación para demostrar que posee interés moral para accionar judicialmente; así refiere que el ius sanguine "per se" otorga legitimidad para obrar a los hermanos en diversas circunstancias, las que indica con su base legal, señalando en ese sentido que, el hermano tendrá derecho y legítimo interés para impugnar el falso reconocimiento de su hermano. 3.- CONSIDERANDO: Primero: La contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso se da cuando en el desarrollo del mismo, no se han respetado los derechos procesales de las partes, se han obviado o alterado actos de procedimiento, la tutela jurisdiccional no ha sido efectiva, el órgano jurisdiccional deja de motivar sus decisiones o lo hace en forma incoherente, en clara transgresión de la normatividad vigente y de los principios procesales.

Segundo: De la demanda de fojas cuarenta se aprecia que la recurrente Mónica Cedelinda Oblitas Chicoma actúa en representación de su menor hijo Olsen Fabrizio Quispe Oblitas, e invocando los artículos 45 y 399 del Código Civil impugna el reconocimiento de maternidad efectuado por María Alicia Alfaro Dávila respecto de la menor Alicia Beatriz Alfaro Dávila, argumentando que la demandada no es la madre biológica de dicha menor, pues ella fue inseminada artificialmente con el óvulo de una mujer distinta y se utilizó los espermatozoides del esposo de la recurrente, Custodio Olsen Quispe Condori, sin el consentimiento de éste, mediante la técnica de reproducción asistida denominada "ovodonación", la que no está permitida en nuestro país conforme se colige de lo previsto en el artículo 7 de la Ley General de Salud.

Tercero: Las instancias de mérito han declarado improcedente la demanda, fundamentando su decisión en que la parte demandante no ha acreditado interés económico o moral para ejercer la presente acción, al no demostrar que con el reconocimiento se haya afectado directa o indirectamente al hijo de la demandante, careciendo por ende de interés para obrar.

Cuarto: El interés para obrar, de acuerdo a la doctrina mayormente aceptada sobre el tema, es la utilidad que para el titular de un derecho subjetivo emana de la tutela jurisdiccional, y según Hugo Rocco se determina realizando un: "juicio de utilidad, parangonando los efectos de la providencia jurisdiccional requerida con la utilidad que de tal providencia puede seguirse para quien la requiere, respecto de una determinada relación jurídica".

Quinto: La legitimación procesal es la capacidad de ejercicio, en el proceso, de los derechos civiles; es la aptitud que tiene la persona de obrar directamente en un proceso como parte, defendiendo sus derechos. La legitimidad "ad causam" es la titularidad que tiene la persona respecto del derecho que demanda; es un elemento de procedencia de la pretensión jurídica demandada. En caso queda parte actora no tenga la legitimado ad causam, la acción será, evidentemente, improcedente.

Sexto: Existe interés para obrar procesalmente, cuando la parte actora invoca una utilidad directa, manifiesta y legítima, de índole material o moral, que lo lleve a proteger un derecho mediante el ejercicio de la acción. El juicio de utilidad debe referirse, en cada caso, a los efectos del acto jurisdiccional que se pide, o también en sentido inverso, el perjuicio o daño que pueda causar al actor, la falta del pronunciamiento requerido. En suma, el interés para obrar tiene contenido procesal

al significar un presupuesto del derecho de acción y supone un estado de necesidad que se busca sea atendido por el Estado a través del órgano jurisdiccional.

Séptimo: De acuerdo a ello, el menor hijo de la demandante, y en cuyo nombre actúa, Olsen Fabrizio Quispe Oblitas, es hermano paterno de la menor, que la demandada ha reconocido como su hija, conforme al resultado del examen de ADN, según documento obrante a fojas diez, del que se colige que el padre de ambos menores es Custodio Olsen Quispe Condori, por lo que impugna dicho reconocimiento por las razones que expone, sosteniendo interés legítimo, pues este no concuerda con realidad biológica, existiendo a ese efecto el parentesco consanguíneo. Octavo: Por lo tanto, no se trata de acreditar solamente la afectación al recurrente por el reconocimiento, sino el legítimo interés en el pronunciamiento, por su condición de hermanos del menor hijo de la demandante y la menor Alicia Beatriz Alfaro Dávila, en la necesidad de que el órgano jurisdiccional decida, respecto al reconocimiento efectuado por la demandada, que se señala transgrede lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley General de Salud, y porque se vulnerarían derechos fundamentales de la citada menor, como su derecho a la propia identidad. Noveno: Por último, el interés legítimo a que se refiere el artículo 399 del Código Civil, está referido a una circunstancia de carácter personal, la parte es titular de un interés propio, distinto de cualquier otro, que proyectada al presente caso se encuentra dada por la condición de hermanos, lo que asegura el carácter personal, propio y legítimo del interés; además de ser único respecto a terceros que no se encuentran unidos por un vínculo de parentesco consanguíneo, con las consecuencias que determinan los artículos 475 del Código Civil y 93 del Código de los Niños y Adolescentes que regulan la prelación de los obligados a prestar alimentos, así como la obligación que existe a nivel de hermanos en la protección recíproca sus intereses. Décimo: Estando además a lo dispuesto en el artículo VI del Título Preliminar del Código Civil, en cuanto al interés moral.

4.- DECISION: a) Por las consideraciones expuestas, de conformidad con el dictamen fiscal, cuyos fundamentos se reproducen, y estando a lo establecido en el artículo 396 inciso 2° ordinal 2.3 del Código Procesal Civil: Declararon FUNDADO el recurso de casación interpuesto por doña Mónica Cedelinda Oblitas Chicoma en representación de su menor hijo Olsen Fabrizio Quispe Oblitas; en consecuencia NULA la resolución de vista fojas ciento setenta y seis de fecha tres de agosto del dos mil siete; INSUBSISTENTE la apelada de fojas setenta y siete, su fecha veintitrés de octubre del dos mil seis. b) ORDENARON que el Juez de la causa expida nueva resolución estando a los considerandos precedentes. c) DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano, bajo responsabilidad; Interviniendo como Vocal Ponente el Señor Sánchez-Palacios Paiva; y los devolvieron.

SS. SANCHEZ- PALACIOS PAIVA, CAROAJULCA BUSTAMANTE, MANSILLA NOVELLA, MIRANDA CANALES, VALERIANO BAQUEDANO C-237841-372

ANEXO N° 5



UNIVERSIDAD CESAR VALLEJO

INSTRUMENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS

ENTREVISTA

TÍTULO: "La necesaria regulación de las técnicas de reproducción asistida heterólogas en observancia de la Convención Americana de Derechos Humanos."

RESUMEN: La presente investigación tuvo como fin establecer el sustento jurídico que justifique el requerimiento de regulación de las técnicas de reproducción asistida en adelante TERAS, de conformidad con la normatividad contenida en la Convención Americana de Derechos Humanos, en razón que con los avances científicos y tecnológicos, las mencionadas técnicas se están utilizando para lograr que los cónyuges o los convivientes que deseen procrear y tengan algún impedimento para hacerlo, puedan satisfacer sus derechos fundamentales, teniendo en cuenta las normas establecidas en la Convención Americana de Derechos Humanos como el derecho a formar una familia (artículo 17) y a su libertad personal (artículo 7).

Entrevista dirigida a operadores del Derecho:

1) ¿Considera Usted que las personas de acuerdo a su autodeterminación pueden decidir si usan las TERAS y al mismo tiempo el Estado vele por el interés superior del niño haciéndose responsable de una adecuada determinación jurídica para su filiación?

Si, en efecto. Las personas tienen derecho a autodeterminarse en diversos aspectos de sus vidas. Pero también el Estado tiene que regular los temas que tienen relevancia jurídica, entre ellos lo relativo a las TERAS.

2) ¿Sabe Usted si en las sentencias de los órganos jurisdiccionales peruanos sobre técnicas de reproducción humana asistida heterólogas se resuelven con una debida motivación en observancia de la Convención Americana de derechos Humanos?

Desconozco, debido a que ese tema no es de mi especialidad profesional.

3) ¿Qué principios normativos de la Convención Americana de Derechos Humanos deben ser materia de aplicación obligatoria en el ordenamiento jurídico nacional respecto a las técnicas de reproducción asistida heteróloga?

Reproduzco mi respuesta anterior,

4) ¿Cree usted que las personas que usan las TERAS encuentran amparo en la legislación peruana?

No en su integridad. El Art. 7 de la Ley General de Salud N° 26842 es la única que regula la reproducción humana asistida en el Perú. Siendo que son miles los niños que en el Perú han nacido bajo esas técnicas, debe regularse tal actividad, dada que existe diversidad de vacíos legales. En el año 2012 se presentó al Congreso el Proyecto de Ley N° 1172/2012-CR, para dictar la futura Ley que regula la reproducción humana asistida, pero hasta ahora no se ha dado su aprobación.

5) ¿Qué solución propondría Usted para solucionar este problema?

Que se apruebe dicho proyecto de ley que propone el Congresista Tomás Zamudio Briceno. Mientras tanto, lo que viene haciendo algunos centros de salud es registrarse por los parámetros de la Red Latinoamericana de reproducción asistida, pero estas no son imperativas. También deben observarse los principios y doctrinas de la Bioética, que es la disciplina que estudia tales temas.

¿EL ENTREVISTADO, AUTORIZA LA PUBLICACIÓN DE LA PRESENTE ENTREVISTA?

SÍ NO

ENTREVISTADO Helder Luján Segura.

FIRMA DEL ENTREVISTADO





ENTREVISTA

TÍTULO: "La necesaria regulación de las técnicas de reproducción asistida heterólogas en observancia de la Convención Americana de Derechos Humanos."

RESUMEN: La presente investigación tuvo como fin establecer el sustento jurídico que justifique el requerimiento de regulación de las técnicas de reproducción asistida en adelante TERAS, de conformidad con la normatividad contenida en la Convención Americana de Derechos Humanos, en razón que con los avances científicos y tecnológicos, las mencionadas técnicas se están utilizando para lograr que los cónyuges o los convivientes que deseen procrear y tengan algún impedimento para hacerlo, puedan satisfacer sus derechos fundamentales, teniendo en cuenta las normas establecidas en la Convención Americana de Derechos Humanos como el derecho a formar una familia (artículo 17) y a su libertad personal (artículo 7).

Entrevista dirigida a operadores del Derecho:

1) ¿Considera Usted que las personas de acuerdo a su autodeterminación pueden decidir si usan las TERAS y al mismo tiempo el Estado vele por el interés superior del niño haciéndose responsable de una adecuada determinación jurídica para su filiación?

Considero que si, porque están en todo su derecho de acuerdo a su libertad para decidir pero a su vez para que estas personas gocen de seguridad jurídica el Estado debe proporcionarles la filiación del menor a su favor y evitar posteriores conflictos.

2) ¿Sabe Usted si en las sentencias de los órganos jurisdiccionales peruanos sobre técnicas de reproducción humana asistida heterólogas se resuelven con una debida motivación en observancia de la Convención Americana de derechos Humanos?

Lamentablemente no se puede apreciar hasta la actualidad que los órganos jurisdiccionales peruanos resuelvan el problema de las TERAS observando la mencionada convención.

3) ¿Qué principios normativos de la Convención Americana de Derechos Humanos deben ser materia de aplicación obligatoria en el ordenamiento jurídico nacional respecto a las técnicas de reproducción asistida heteróloga?

Deberían tener en cuenta los principios normalistas como el
derecho que tienen las personas a constituir una familia,
así como su derecho a la libertad personal y la igualdad
ante la ley.

4) ¿Cree usted que las personas que usan las TERAS encuentran amparo en la legislación peruana?

No porque no se encuentran reguladas de una manera
precisa, específica originando una serie de conflictos y
infracciones a los derechos de las personas que utilizan
estas técnicas.

5) ¿Qué solución propondría Usted para solucionar este problema?

Es lo que es necesario para evitar vulneraciones a los
derechos de las personas que usan estas técnicas que
haya una regulación específica y clara de manera
que tengan amparo jurídico teniendo en cuenta la
Comisión Americana de Derechos Humanos.

¿EL ENTREVISTADO, AUTORIZA LA PUBLICACIÓN DE LA PRESENTE ENTREVISTA?

SI NO

ENTREVISTADO Eristofal A. Montoya Carrón

FIRMA DEL ENTREVISTADO


Seq 1411



ENTREVISTA

TÍTULO: "La necesaria regulación de las técnicas de reproducción asistida heterólogas en observancia de la Convención Americana de Derechos Humanos."

RESUMEN: La presente investigación tuvo como fin establecer el sustento jurídico que justifique el requerimiento de regulación de las técnicas de reproducción asistida en adelante TERAS, de conformidad con la normatividad contenida en la Convención Americana de Derechos Humanos, en razón que con los avances científicos y tecnológicos, las mencionadas técnicas se están utilizando para lograr que los cónyuges o los convivientes que deseen procrear y tengan algún impedimento para hacerlo, puedan satisfacer sus derechos fundamentales, teniendo en cuenta las normas establecidas en la Convención Americana de Derechos Humanos como el derecho a formar una familia (artículo 17) y a su libertad personal (artículo 7).

Entrevista dirigida a operadores del Derecho:

1) ¿Considera Usted que las personas de acuerdo a su autodeterminación pueden decidir si usan las TERAS y al mismo tiempo el Estado vele por el interés superior del niño haciéndose responsable de una adecuada determinación jurídica para su filiación?

NO, es clara la pregunta. Sin embargo considero que las personas que en virtud de su Derecho al libre desarrollo a la personalidad pueden hacer uso de una técnica de inseminación artificial autorizada por el estado.

2) ¿Sabe Usted si en las sentencias de los órganos jurisdiccionales peruanos sobre técnicas de reproducción humana asistida heterólogas se resuelven con una debida motivación en observancia de la Convención Americana de derechos Humanos?

Si hay sentencias, no recuerdo los términos en la que han sido expedidas.

3) ¿Qué principios normativos de la Convención Americana de Derechos Humanos deben ser materia de aplicación obligatoria en el ordenamiento jurídico nacional respecto a las técnicas de reproducción asistida heteróloga?

Principio de Dignidad de la Persona
IICT Desarrollo de La Personalidad
Mkrs Superior del Niño

4) ¿Cree usted que las personas que usan las TERAS encuentran amparo en la legislación peruana?

Si hay amparo en algunos

5) ¿Qué solución propondría Usted para solucionar este problema?

Una forma de pagar estos derechos sería
a través de una ley especial incorporada
en el código civil.

¿EL ENTREVISTADO, AUTORIZA LA PUBLICACIÓN DE LA PRESENTE ENTREVISTA?

SÍ NO

ENTREVISTADO

Milton Coronado Villanueva

FIRMA DEL ENTREVISTADO

D.S. CAP: 2220 -



ENTREVISTA

TÍTULO: "La necesaria regulación de las técnicas de reproducción asistida heterólogas en observancia de la Convención Americana de Derechos Humanos."

RESUMEN: La presente investigación tuvo como fin establecer el sustento jurídico que justifique el requerimiento de regulación de las técnicas de reproducción asistida en adelante TERAS, de conformidad con la normatividad contenida en la Convención Americana de Derechos Humanos, en razón que con los avances científicos y tecnológicos, las mencionadas técnicas se están utilizando para lograr que los cónyuges o los convivientes que deseen procrear y tengan algún impedimento para hacerlo, puedan satisfacer sus derechos fundamentales, teniendo en cuenta las normas establecidas en la Convención Americana de Derechos Humanos como el derecho a formar una familia (artículo 17) y a su libertad personal (artículo 7).

Entrevista dirigida a operadores del Derecho:

1) ¿Considera Usted que las personas de acuerdo a su autodeterminación pueden decidir si usan las TERAS y al mismo tiempo el Estado vele por el interés superior del niño haciéndose responsable de una adecuada determinación jurídica para su filiación?

Las personas son libres de utilizar las TERAS, con la finalidad de tener descendencia ante la imposibilidad de tener hijos, sin embargo el Estado debe regular a través del ordenamiento jurídico positivo dichos tratamientos, con la finalidad de proteger las instituciones jurídicas como la familia, la filiación y sobre todo el interés superior del niño; porque la falta de regulación o lagunas ocasionan conflictos jurídicos en derechos del menor.

2) ¿Sabe Usted si en las sentencias de los órganos jurisdiccionales peruanos sobre técnicas de reproducción humana asistida heterólogas se resuelven con una debida motivación en observancia de la Convención Americana de derechos Humanos?

En nuestro ordenamiento jurídico, no se resuelve observando la Convención es por lo que al tratar de solucionar el tema de las TERAS no se observa una motivación adecuada.

3) ¿Qué principios normativos de la Convención Americana de Derechos Humanos deben ser materia de aplicación obligatoria en el ordenamiento jurídico nacional respecto a las técnicas de reproducción asistida heteróloga?

Se debe tener en consideración para la aplicación de las técnicas de reproducción asistida biológica el análisis de las pautas normativas de la Convención Americana de Derechos Humanos con la finalidad que el Estado respete los derechos y libertades de la persona y sobre todo el derecho a la vida y la dignidad humana.

4) ¿Cree usted que las personas que usan las TERAS encuentran amparo en la legislación peruana?

En nuestro país no existe específicamente una ley de Reproducción Asistida, sin embargo de manera aislada en la ley de salud N° 26842, en su artículo 7, hace mención sobre las TERAS pero de una forma muy vaga y controvertida ya que genera dudas y polémicas al aplicarla en casos de fecundación heteróloga.

5) ¿Qué solución propondría Usted para solucionar este problema?

Que se realice una propuesta legislativa, ordenada y sistemática que regule de manera específica las técnicas de reproducción asistida, en todas sus modalidades posibles, en observancia y respeto a la Convención Americana de Derechos Humanos, la Constitución Política del Perú, el Código Civil y el Código del Niño y el Adolescente.

¿EL ENTREVISTADO, AUTORIZA LA PUBLICACIÓN DE LA PRESENTE ENTREVISTA?

SI NO

ENTREVISTADO DEYWI CALLE BARRETO
ICAP: 3709

FIRMA DEL ENTREVISTADO





ENTREVISTA

TÍTULO: "La necesaria regulación de las técnicas de reproducción asistida heterólogas en observancia de la Convención Americana de Derechos Humanos."

RESUMEN: La presente investigación tuvo como fin establecer el sustento jurídico que justifique el requerimiento de regulación de las técnicas de reproducción asistida en adelante TERAS, de conformidad con la normatividad contenida en la Convención Americana de Derechos Humanos, en razón que con los avances científicos y tecnológicos, las mencionadas técnicas se están utilizando para lograr que los cónyuges o los convivientes que deseen procrear y tengan algún impedimento para hacerlo, puedan satisfacer sus derechos fundamentales, teniendo en cuenta las normas establecidas en la Convención Americana de Derechos Humanos como el derecho a formar una familia (artículo 17) y a su libertad personal (artículo 7).

Entrevista dirigida a operadores del Derecho:

1) ¿Considera Usted que las personas de acuerdo a su autodeterminación pueden decidir si usan las TERAS y al mismo tiempo el Estado vele por el interés superior del niño haciéndose responsable de una adecuada determinación jurídica para su filiación?

Queda en la esfera personal la decisión por el uso de las TERAS. Se le corresponde una adecuada regulación de las mismas (Tutela procesal efectiva)

2) ¿Sabe Usted si en las sentencias de los órganos jurisdiccionales peruanos sobre técnicas de reproducción humana asistida heterólogas se resuelven con una debida motivación en observancia de la Convención Americana de derechos Humanos?

Es un deber de los magistrados constitucionales y de las demás instancias, resolver en base a la materialidad constitucional y jurisprudencia sobre la materia.

3) ¿Qué principios normativos de la Convención Americana de Derechos Humanos deben ser materia de aplicación obligatoria en el ordenamiento jurídico nacional respecto a las técnicas de reproducción asistida heteróloga?

El derecho de libertad personal, en su dimensión de realización personal, el de reproducción, el de formar una familia

4) ¿Cree usted que las personas que usan las TERAS encuentran amparo en la legislación peruana?

Solo de modo parcial, en cuanto a la libertad de sus miembros que corresponde al derecho constitucional, pero debe desarrollarse su protección a partir del ámbito constitucional

5) ¿Qué solución propondría Usted para solucionar este problema?

Que se debe legislar a partir de la norma constitucional, se bene a los principios relativos a la dignidad y personalidad. Es imponer una estricta disciplina de los tratados y convenciones sobre la materia (TERAS)

¿EL ENTREVISTADO, AUTORIZA LA PUBLICACIÓN DE LA PRESENTE ENTREVISTA?

SI NO

ENTREVISTADO

Luis Alberto Casado
GARCIA JESUS

FIRMA DEL ENTREVISTADO