



**UNIVERSIDAD CÉSAR VALLEJO**

**FACULTAD DE DERECHO Y HUMANIDADES**

**ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**

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

**Abogada**

La necesaria regulación de la ovodonación en el ordenamiento jurídico peruano en salvaguarda del interés superior del niño

**AUTORA**

Seminario Costilla, Jocelin Fiorella (ORCID: 0000-0002-2760-3229)

**ASESORES:**

Dr. Ludeña González, Gerardo F. (ORCID: 0000-0002-8475-3557)

Mg. Vargas Huamán, Esaú (ORCID: 0000-0002-9591-9663)

**LÍNEA DE INVESTIGACIÓN:**

Derecho Civil

**LIMA - PERÚ**

2020

## **DEDICATORIA:**

A Dios que está conmigo siempre, me ha ayudado a vencer los obstáculos y me ha permitido seguir cumpliendo mis metas.

A mi queridos Padres: Olga Lidia Costilla Olascoaga y Mario Arturo Seminario Rodríguez, quienes me han apoyado durante todo el desarrollo de mi vida académica y han estado en todas las etapas de mi vida inculcándome valores y ayudándome a ser una mejor persona.

A Mis queridos Abuelos: Lidia Olascoaga Medina y Pedro Costilla Yengle, quienes son mis segundos padres, que han cuidado de mí siempre y me han brindado todo su cariño y apoyo.

A mi hermano Mario Seminario Costilla, con quien he compartido muchas experiencias a lo largo de todos estos años, me ha brindado su apoyo en todo momento y me ha demostrado siempre su cariño.

## **AGRADECIMIENTO:**

A los catedráticos de la Universidad Cesar Vallejo, que han ayudado en mi formación para ser una buena profesional.

A mi asesor metodológico Esaú Vargas Huamán, quien me ha apoyado en el desarrollo de mi trabajo de investigación.

A los jueces y abogados que me ayudaron amablemente con sus conocimientos y su tiempo en la realización de las entrevistas.

## Presentación

Señores miembros del Jurado:

La presente Investigación titulada "LA NECESARIA REGULACIÓN DE LA OVODONACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO EN SALVAGUARDA DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO", que se pone a vuestra consideración, tiene como propósito analizar la inadecuada regulación existente dentro del ordenamiento jurídico peruano acerca de las técnicas de reproducción asistida, la cual genera un vacío legal acerca de la ovodonación, lo cual genera conflictos, que hacen necesaria una mejor regulación acerca de esta técnica.

Así, cumpliendo con el reglamento de grados y títulos de la universidad César Vallejo, la investigación se ha organizado de la siguiente manera: en la parte introductoria se consignan la aproximación temática, trabajos previos, teorías relacionadas al tema y la formulación del problema; estableciendo en este, el problema de investigación, los objetivos y los supuestos jurídicos generales y específicos. En la segunda parte se abordará el marco metodológico en el que se sustenta el trabajo como una investigación desarrollada en el enfoque cualitativo. Acto seguido se detallarán los resultados que permitirá arribar a las conclusiones y sugerencias, todo ello con los respaldos bibliográficos de las evidencias contenidas en el anexo del presente trabajo de investigación.

La autora.

## ÍNDICE

Dedicatoria.....	i
Agradecimiento.....	ii
Página del Jurado.....	iii
Declaratoria de autenticidad .....	iv
Presentación.....	vi
RESUMEN.....	vii
ABSTRACT.....	viii
I. INTRODUCCIÓN.....	9
Aproximación temática .....	10
Trabajos previos... ..	13
Teorías relacionadas al tema .....	16
Formulación del problema.....	30
Justificación del estudio.....	30
Objetivos.....	31
Supuestos.....	32
II. MÉTODO.....	33
2.1. Tipo de investigación .....	34
2.2. Diseño de investigación .....	34
2.3. Caracterización de sujetos.....	35
2.4. Población y muestra.....	36
2.5. Técnica e instrumento de recolección de datos, validez... ..	36
2.6. Método de análisis de datos... ..	38
2.7. Tratamiento de la información .....	38
2.8. Aspectos éticos.....	38
III. RESULTADOS .....	39
IV. DISCUSIÓN.....	48
V. CONCLUSIONES.....	56
VI. RECOMENDACIONES .....	58
VII. REFERENCIAS.....	60
ANEXOS.....	65

## RESUMEN

Muchas parejas ven afectado su deseo de formar una familia y ser padres, por causa de la infertilidad, pero muchas de ellas pueden tener la posibilidad de solucionarlo recurriendo a tratamientos, dentro de este tipo de tratamientos se encuentran las técnicas de reproducción asistida, las cuales ayudaran a la procreación y así lograr que estas parejas puedan concebir. En nuestro país este tema se encuentra regulado dentro de la Ley N°26842 en su artículo 7, en el cual se establece que las personas tienen derecho de acceder al tratamiento de su infertilidad mediante las técnicas de reproducción asistida, pero pone la condición de que la madre gestante tenga que ser también la madre genética, lo que prohibiría a una de las técnicas que es la ovodonación, en la cual se produciría un vacío legal, ya que en esta técnica se realiza a través de la donación de óvulos por lo que la mujer que logra gestar no sería la genética, esto puede generar un conflicto al momento de interpretar esta norma, ya que no es clara de que se tenga como prohibida o no, ya que la prohibición no es explícita, sin embargo existen varios centros que practican esta técnica, por lo tanto al no haber una regulación adecuada podría ocasionar conflictos que puede ocasionar la vulneración de derechos, tanto de las mujeres, parejas y sobre todo del menor que es procreado por medio de la ovodonación, pudiéndose ver vulnerado el interés superior del niño.

**Palabras Clave:** Técnicas de reproducción asistida, ovodonación, regulación, interés superior del niño.

## **ABSTRACT**

Many couples are affected by their desire to form a family and become parents, because of infertility, but part of the couples can have the possibility to solve their problem with treatments, some of them are the assisted reproduction techniques, these techniques will help procreation and the couple can get to conceive. In our country all this theme are regulated in the law N°26842 in the article 7 in which it is established that every people have the right to draw on to treatments of infertility through of the assisted reproduction techniques, but puts a condition that the pregnant mother must to be the genetic mother too, so that the ovodonación would not be allowed and there would be a legal vacuum, because this technique is made with egg donation so the woman to get to be pregnant would not be the mother genetic, it could be a problem when the law is interpreted because the prohibition is not explicit so is not clear if the ovodonación is permitted or not, though there are some of centers where this techniques is practiced so if there is not a good regulation it could cause problems and rights violations of the women, couples and principally the childrens who are procreated with the ovodonation, also the interest of child could be affected.

**Keywords: assisted reproducción techniques, egg donation, regulation, interest of child**

## **I. INTRODUCCIÓN**

## **APROXIMACIÓN TEMÁTICA**

Para muchas personas uno de los aspectos más importantes en sus vidas es la de poder conformar una familia y convertirse en padres, pero en ciertas ocasiones este anhelo o deseo se puede ver afectado por la infertilidad, sin embargo, hoy en día debido a los constantes avances tecnológicos de la ciencia existen algunas opciones a las que se puede recurrir para remediar los problemas de infertilidad en las personas y estos son conocidos como las técnicas de reproducción asistida.

Si bien la ciencia nos proporciona una alternativa para poder solucionar esta afección con la práctica de estas técnicas, de estas pueden surgir también ciertos problemas al no tener una regulación adecuada que fije los parámetros en los cuales estas deben ser practicadas.

Esto es precisamente lo que sucede en nuestro país, el cual no cuenta con una regulación adecuada para la práctica de estas técnicas, ya que solo existe un solo artículo dentro de la Ley N° 26842- Ley General de la Salud que dispone lo siguiente: Las personas tienen derecho de recurrir a un tratamiento para el problema de infertilidad a través del uso de técnicas de reproducción asistida pero siempre que se cuente con la condición de que la madre gestante y biológica sean la misma persona, lo cual da a entender que estaría prohibiendo la donación de óvulos, por consiguiente la ovodonación que es una de las variantes de estas técnicas.

De acuerdo con lo que este artículo indica se daría a entender que la técnica de la ovodonación se estaría prohibiendo, puesto que esta se realiza mediante la donación del gameto femenino. De manera que al necesitar un ovulo donado para procrear, generaría que la mujer que practica la ovodonación no sea la madre genética, lo que estaría prohibido según lo regulado en la ley mencionada líneas arriba.

En nuestro país este tipo de técnica es practicada en distintos centros especializados en tratamientos para la infertilidad, pero al no tener una regulación específica en nuestro país, son estos mismos centros los que se autorregulan en cuanto al procedimiento, pero esto no significa que no puedan surgir problemas o que deba tomarse como una actividad simple cuando se estarían poniendo en riesgo los derechos del menor que es concebido por medio de esta técnica. Así pues en nuestro país se puede decir que existe un vacío legal, que conlleva a que el artículo 7 de la Ley mencionada en líneas anteriores sea interpretado de diferentes maneras, en un primer momento se puede entender que la práctica de la ovodonación estaría prohibida, ya que como se mencionó anteriormente, se tendría que considerar la disposición de que la madre genética y gestante sean las mismas, así pues se tiene el caso de la casación 5003-2007 en la cual La Sala Civil de la Corte Suprema de Lima decide sobre un caso de ovodonación en donde se impugna la maternidad y se declara la maternidad ilegal quitándole al niño procreado con esta técnica todo vínculo legal con la madre que fue gestante mas no biológica.

Según Espinoza (2015) al darse la impugnación de maternidad, se está confrontando directamente con el principio del mejor interés de la menor que fue concebida bajo este tipo de técnica. Si se avala esta impugnación de maternidad se está condenando a la menor a ser separada de la familia de la cual formaba parte, para ingresar a otro grupo familiar, conllevando a diversos trastornos.

Como se puede notar en este caso se ven afectados ciertos derechos tanto en el menor, como en la madre gestante ya que considerando lo que dispone el artículo 7 es que se declara la maternidad ilegal. Pero deberíamos tener en consideración que la madre gestante si bien no aporta los óvulos, si realiza todo el proceso de cuidado, formación y el desarrollo del niño en todo el proceso de la gestación, por lo tanto, no debería ser considerada como un medio.

Otra segunda postura acerca de la interpretación de este artículo es que este si estaría permitido puesto que la aclaración respecto madre gestante y madre biológica es referente a la maternidad subrogada.

la cual según, López (2015) se da se realiza un pacto con una mujer la cual se encarga de gestar un niño para que una vez este nazca sea entregado a la persona o personas con las que se realizó el acuerdo, asumiendo ellos la paternidad y/o maternidad. (p. 6).

Por lo tanto, al no especificarse clara o textualmente una prohibición de la ovodonación esta podría entenderse como aceptada según la opinión de algunos investigadores, así Siverino (2012) afirma que las prohibiciones no deberían de ser interpretadas por medio de analogías sino más bien estas deben ser claramente expresadas, puesto que, con ello se iría en contra del principio que indica que aquello que no está prohibido, está permitido. (p. 216).

Como podemos ver existe un conflicto al momento de interpretar el artículo la norma, ya que no existe una prohibición explícita, lo que puede causar problemas al momento de tener que decidir acerca de un caso referente a la práctica de la técnica de la ovodonación como el de la casación que antes se mencionó, del cual se derivaron problemas de la filiación materna, la ilegalidad de la maternidad y la identidad del menor. Es por ello que ante la presencia de estas situaciones en donde se ven afectados derechos no solo de la mujer que practica esta técnica sino también la de un menor, en el cual se ve también transgredido el principio de interés superior del niño, ya que al darse sentencias como esas no se consideró lo mejor para este menor, viéndose afectada su identidad al quitarle todo vínculo con la madre que lo gestó, le dio protección y vio siempre como su madre, es necesario que en nuestro país exista una adecuada regulación acerca de este tema de manera que se solucione el problema de la interpretación del artículo 7 y así poder permitirle a las mujeres que tienen problemas para concebir poder solucionarlo de manera que puedan cumplir su deseo de ser madres y sobre todo garantizar que el menor que es procreado por este método pueda ser protegido en su identidad de manera que se prevea lo mejor para su bienestar tomando en cuenta el principio de interés superior del niño.

## TRABAJOS PREVIOS

Castro (2016) establece en su conclusión que se debe definir un concepto de paternidad y maternidad responsable dentro nuestra constitución, debido a los diferentes casos respecto a la procreación asistida, de manera que así se no se vaya en contra del principio superior del niño. (p. 166).

En este trabajo el investigador, refiere que es importante que en la Constitución promueva la paternidad y maternidad responsable, debido a los existentes casos referentes al uso de estas técnicas que ayudan a la procreación, en los cuales, al momento de ser resueltos, se ven afectados los derechos del menorprocreado por medio de estas técnicas, vulnerando también el interés superior del niño.

Canessa (2008) expresa que es necesario que el legislador peruano establezca un debate bioético con los científicos que cuenten con los conocimientos a profundidad respecto a este tema de procreación asistida, de manera que se realice un marco legal que se ajuste a la realidad y las necesidades requeridas por las personas con problemas para procrear, siempre priorizando la dignidad humana.

Hananel y Manayalle (2013) afirman que se perciben diferencias en las teorías respecto las técnicas de reproducción asistida al momento de expresar la necesidad de regular la ovodonación en nuestro ordenamiento jurídico, puesto que se ve un vacío en la norma en la cual se aduciría que lo que no se prohíbe si es permitido.

En esta investigación los autores resaltan las discrepancias que existen al momento de entender e intentar establecer una regulación acerca de la ovodonación en el Perú, ya que cómo se sabe en nuestra legislación no se tiene prohibida ni permitida esta técnica explícitamente, por lo que se puede decir que existe un vacío legal.

Prentice y Chávez (2012) manifiesta que la norma peruana al poner de condición que debe haber coincidencia entre madre biológica y gestante esta prohibiendo el uso de la ovodonación a aquellas mujeres que tengan problemas con su fertilidad.

En este trabajo el investigador señala la prohibición de la técnica de la ovodonación en el Perú, al tenerse como condición de que la madre gestante y genética sean las mismas, por lo que se afectaría la libertad de las mujeres con problemas de infertilidad a acceder a estas técnicas para solucionar sus problemas y poder procrear.

Canessa (2011) señala que la inexistencia de una regulación específica respecto a las técnicas de reproducción asistida y una teoría de derecho genético conlleva a que los magistrados tengan que recurrir a los principios generales del derecho para poder resolver los problemas que se suscitan respecto de este tema, ya que el juzgador no puede dejar de administrar justicia así exista un vacío o defecto legal en la norma.

Esta investigación el autor hace mención debido a la falta de una regulación especial y específica sobre técnicas de reproducción asistida, los magistrados tienen que recurrir a los principios generales del derecho para resolver los conflictos provenientes en torno a estas técnicas y en especial a la filiación, pues los juzgadores no pueden dejar de administrar justicia debido a que exista un vacío legal en ley.

Arévalo y Pineda (2013) Consideran que es deber del legislador orientar sus labores a llenar los vacíos legales que se presenten en relación al tema de las técnicas de reproducción asistida, pues es necesario que las leyes se ajusten a la realidad y los avances tecnológicos.

En este trabajo las autoras expresan la importancia de llenar los vacíos legales que se pueden encontrar cuando no se tiene una regulación adecuada respecto de estas técnicas, puesto que la ciencia avanza y los procedimientos

médicos y científicos van evolucionando y debido a ello se van creando nuevos aspectos que necesitan ser regulados, como es el caso de este tipo de técnicas que van a ayudar a las personas con el problemas de infertilidad, en necesario que estas se regulen de manera adecuada para evitar conflictos.

## **TEORÍAS RELACIONADAS AL TEMA**

### **La infertilidad en el ámbito jurídico**

El hecho de poder formar una familia para muchas parejas en un aspecto muy importante para sus vidas, sin embargo, muchas de ellas se ven afectadas por problemas de infertilidad que imposibilitan su deseo de tener hijos.

Esta situación suele generar sufrimiento para estas parejas, sobre todo en el caso de las mujeres, ya que, para muchas de ellas, el hecho de convertirse en madres es un aspecto trascendental en sus vidas puesto que va a aportar al desarrollo y crecimiento de su vida personal, lo cual puede ocasionar que quieran lograr ese deseo de ser madres a toda costa.

Para Flores (2007) la infertilidad es una condición atribuida a la imposibilidad de las personas para poder procrear de manera natural, es decir mediante el acto sexual. Sin embargo, no se tiene con exactitud una definición para la infertilidad, así que de forma general se puede decir es la falta de capacidad para poder tener hijos.

En la actualidad debido a las nuevas tecnologías existe la posibilidad de recurrir a la procreación asistida para poder concebir, de manera que estas técnicas proporcionan una alternativa para solucionar los problemas de infertilidad, sin embargo si bien estas técnicas son una alternativa para que la infertilidad pueda remediarse estas según La Asociación Médica Mundial (2006) son diferentes del tratamiento de una enfermedad, ya que el hecho de se presenten problemas para poder ser padres y no contar con la intervención médica no se podrá considerar una enfermedad. Aunque este hecho pueda tener profundas consecuencias psicosociales y médicas no se considera en sí limitante de la vida.

Si bien no se le considera a la infertilidad como una enfermedad, la persona que la padece puede desarrollar alguna afección psicológica, por lo que es importante que se ampare el derecho a poder recurrir al tratamiento de la infertilidad, y que estos tengan un adecuado procedimiento de manera que se garantice una protección de los derechos sexuales y reproductivos, que serán

derechos extraídos y derivados de los derechos humanos. Según la convención sobre eliminación de todas formas de discriminación de la mujer (1979) define a estos como los derechos que toda persona tiene sin discriminación de cualquier tipo de gozar de la libertad responsable de su sexualidad en la procreación.

### **Derechos reproductivos**

Tomado en cuenta lo dispuesto por la convención mencionada líneas arriba se entiende que está reconocido el derecho a procrear, tomando todas las medidas adecuadas para realizarlo, es por eso que se debe procurar tener conocimiento acerca de estas técnicas de reproducción asistida, ya que si bien es cierto pueden ayudar en la procreación estas tienen que ser desarrolladas adecuadamente asegurando que no se vulneren derechos de las parejas que las practican y asimismo del menor que se concebirá.

Llaja (2010) señala acerca de los derechos reproductivos que no se encuentran expresamente dentro de Nuestra Constitución, sin embargo, si contiene ciertos derechos que están bastante relacionados a ellos, por ejemplo, el derecho a la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la vida, a la integridad física y mental, a la libertad, entre otros. (p.5)

Sin embargo, es importante indicar que los derechos y libertades que se reconocen dentro de los tratados de derechos humanos que se encuentran en vigencia y son parte de nuestra legislación nacional, según nuestra constitución tendrán una interpretación acorde con las normas supranacionales.

Por lo tanto, según lo señalado si bien los derechos reproductivos no se encuentran dentro de nuestra Constitución expresamente, si están reconocidos dentro de nuestros derechos, ya que estos se encuentran dentro de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer (CEDAW), el cual Perú es parte.

Es así como, dentro de este conjunto de derechos, se reconoce el derecho a tener o no hijos, la libertad de procreación, de manera que las mujeres que

tengan alguna anomalía o afección que le impida la posibilidad de poder tener hijos, puede recurrir a un tratamiento adecuado que pueda ayudar a solucionar su problema, asimismo están también las técnicas de reproducción asistida las cuales son también una forma de lograr la concepción.

Sin embargo, los derechos reproductivos al igual que los derechos humanos, están en constante expansión y profundización debido al carácter dinámico de los mismos, debido a ello las fuerzas más conservadoras que no le dan la debida importancia a la vida y la salud de las mujeres los ataca. (Facio 2008)

### **Técnicas de reproducción asistida**

Para Luna (2008) las técnicas de reproducción asistida (TERAS) se entenderán como son comprendidas como procedimientos que de cierta forma pueden sustituir o ayudar en la realización del proceso de reproducción. (p. 11).

Las técnicas de reproducción asistida se desarrollarán de distintas maneras ya que involucrara que se realicen mediante la donación de gametos reproductores ya sea masculino o femenino, clasificándose en TERAS extracorpórea en la que se encuentra la inseminación artificial. Varsi sostiene al respecto que la inseminación artificial (IA) tiene como propósito principal la procreación ya que solo se realiza de manera directa depositando el semen en la vagina de la mujer, no pudiendo realizarse ningún otro experimento. (2001,p. 195)

La segunda clasificación de estas técnicas son las técnicas extracorpóreas de reproducción asistida. Según Santamaría (2001) se entiende por técnicas extracorpóreas a las distintas categorizaciones que hay de reproducción asistida en las que la fecundación se realiza fuera del sistema reproductor femenino. Debido a ello se produce la posibilidad de la vida del nuevo ser pueda ser manipulada en las primeras fases del desarrollo de esta.

Bien como vemos existen dos clasificaciones en las que las TERAS serán realizadas, pero además de ello dentro de estas clasificaciones es importante determinar que existen dos términos que diferenciaran la forma que en se

Llevará a cabo la Inseminación artificial según la pertenencia del material genético utilizado, se tiene así la IA homologa y heteróloga, Para Morales (2009) la inseminación homóloga da cuando se produce cuando los elementos necesarios para poder procrear son brindados por la pareja que desea concebir, mientras que la inseminación heteróloga se presenta cuando la procreación se realiza mediante el aporte de un tercero.

Bien habiendo determinado estas clasificaciones es necesario establecer en cuál de las dos clasificaciones está contenida la ovodonación que es la técnica la cual se analiza en el presente trabajo. Al respecto Varsi manifiesta que:

[...] La ovodonación deriva de la técnica de la fecundación in vitro en la cual las células sexuales femeninas son procedentes de una donante y se lleva a cabo cuando la mujer puede padecer de deficiencia ovárica, es decir no tiene capacidad de producir óvulos, pero si puede gestar, por lo que para lograr procrear se necesita del espermatozoide del marido, el ovulo donado y la gestación de la mujer. (2001, p. 193)

Siendo que la ovodonación deriva de la fecundación in vitro, entonces esta estaría dentro de lo que es la reproducción heteróloga, ya que se necesita de la donación de un ovulo para que la procreación se realice.

Esta técnica es una opción para que las mujeres con deficiencias ováricas puedan lograr cumplir su deseo de ser madre, por lo que existen varios centros en nuestro país que la realizan, sin embargo en nuestro ordenamiento jurídico no se le da la relevancia debida a las prácticas de las técnicas de reproducción asistida, puesto que no se cuenta una legislación concreta acerca de estas, y la que existe es deficiente ya que genera un gran vacío legal con respecto al tema de la ovodonación, lo puede generar conflictos que serían complicados de resolver sin un sustento jurídico adecuado.

Los problemas que se pueden suscitar respecto a estas técnicas son varios, por lo que es importante establecer una correcta manera de regularlas. Para Garzón (2007) es necesario que el ordenamiento jurídico trace los limites en los que se pueden utilizar estas técnicas y de la misma manera fijar las obligaciones que debende tener las instituciones médicas que las realicen.

## **Las técnicas de reproducción asistida y la ovodonación en el Perú**

En nuestro país en lo que respecta al tema el tratamiento de la infertilidad, no se cuenta con una norma especial para la regulación de estas, sin embargo, el tema se encuentra de cierta manera desarrollado dentro de la Ley General de la Salud la cual manifiesta en su artículo 7 lo siguiente:

[...]Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida se requiere el consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos. Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos.

Como se puede notar en este artículo reconoce el derecho de poder recurrir a TERAS, pero a pesar de que se reconozca como tal, por consiguiente, la regulación aun no es suficiente ya que deja un requisito que es que la condición de madre gestante y madre biológica sean una sola. Según Gonzales (2008) La ley habría establecido una condición general que no contemplaría aquellas técnicas en la que la maternidad genética y la gestación no coincidan, de manera que la ovodonación estaría prohibida.

De lo que la norma expresa se puede entender que se permite la fecundación homóloga, que será cuando la procreación asistida se realiza con los gametos tanto masculinos como femeninos de la misma pareja que la práctica.

Con respecto a la fecundación heteróloga en la cual se encuentra la ovodonación. La cual según Caballero (2002) deriva de la técnica de fertilización in vitro (FIV) en que la célula sexual femenina procede de una donante. Es precisamente respecto a esta técnica que surge el conflicto pues como ya se ha definido antes esta va a surgir de la donación de material genético de un tercero ya sea masculino y femenino, si bien esta reproducción no estaría prohibida del todo, el artículo en mención señala la distinción entre admitir el uso de material de espermatozoides de un tercero y prohibir la donación de óvulos.

Esta disposición dentro de la Ley conllevaría que se dé una forma de discriminación por razón de género ya que solo se permitiría acceder a las técnicas si el problema para concebir provenga del varón y no se estaría admitiendo solucionar los problemas que provengan de casos de infertilidad en mujeres (Siverino, 2012,p. 216).

Con esta disposición que es discriminatoria, se ve afectado el derecho de igualdad de la mujer, ya que al tener un problema de deficiencia ovárica se le está prohibido poder acceder a este medio para poder cumplir su deseo de ser madre, algo que para algunas mujeres es un aspecto muy importante y que al verse frustrado recaería en un afectación a su salud emocional, por lo tanto es importante tomarlo en cuenta al momento de realizar una adecuada regulación como lo es nuestro país donde también se ve afectado el derecho de procreación. Con respecto a este derecho Calderón señala que:

[...] El derecho de procreación se ha vuelto más relevante con el uso de las TERAS en diferentes casos como los de mujeres solteras, la maternidad subrogada, la criopreservación entre otras. Este derecho proviene de derechos fundamentales como el derecho a la vida, a la libertad y el derecho de la persona. (2009, p. 126).

Si bien es importante que se tenga en cuenta la protección de este derecho es importante aclarar que este derecho no es absoluto, sino relativo, pues las personas no pueden procrear de manera desmedida, de manera que se deben de seguir ciertos aspectos, ya que no se puede afectar la vida del menor que sea concebido por medio de estas técnicas.

Según Cárdenas (2014) el uso de la lógica en el análisis jurídico y bioético es necesario, pues puede ayudar a tener una mejor concentración argumentativa al momento de sustentar casos, de manera que se presenten nuevos recursos para una discusión racional y se pueda expandir el conocimiento.

Como se mencionó anteriormente sería importante enfocar el tema del uso de las TERAS desde la bioética pues según Escobar (2013) esta es una ciencia que se centra en el estudio la vida respecto de las relaciones éticas con los ordenamientos y políticas propias de la esencia vital y los parámetros en los que debe desarrollarse.

Como se mencionó anteriormente sería importante enfocar el tema del uso de las TERAS desde la bioética pues según Escobar (2013) esta es una ciencia que se centra en el estudio la vida respecto de las relaciones éticas con los ordenamientos y políticas propias de la esencia vital y los parámetros en los que debe desarrollarse.

### **Problemas referentes a la identidad y filiación**

En nuestro país al no tenerse una regulación adecuada referente a la ovodonación y a las TERAS, se puede producir problemas jurídico que puedan ver afectados los derechos de las parejas, mujeres y de los niños que son procreados por medio de estas, como los es el caso de la Casación 5003-2007 en donde esta se pronuncia dando un cuestionado fallo, en el que se impugna la maternidad y se ve afectado el derecho de identidad de una menor, ya que se le es quitado todo vínculo legal con la mujer que lo gestó y que reconocía como madre, por el hecho de no ser su madre biológica.

Por lo tanto es difícil poder regular la filiación de maternidad y la identidad del ser procreado mediante esta técnica, por lo que al ser esta norma insuficiente no brinda seguridad para su realización, ni el establecimiento de una relación jurídica familiar sólida, por lo tanto se genera un vacío legal al momento de que estos aspectos entran en conflictos, no se ha establecido un criterio con respecto a la impugnación de maternidad en el caso de la ovodonación, quien debe tener legitimidad para realizar esta acción, dar la

posibilidad de declarar una maternidad ilegal, por el hecho de que la mujer que gesto no fue la madre biológica.

Para Cárdenas (2015) debería de quedar establecido que las personas tengan acceso a la información acerca de sus orígenes cuando lo requiera a la edad de 18 años, ya sea por voluntad propia o voluntad de los padres o por razones de salud que pueda justificar y acreditar un juez.

Otro de los aspectos importantes de la ovodonación es lo referente a la filiación y al reconocimiento de maternidad, ya que es importante determinar de qué manera se va a reconocer dentro de nuestro ordenamiento jurídico como madre o de qué manera se tratará el derecho de filiación en los casos de ovodonación.

La filiación es un vínculo o relación de parentesco que va a unir a las personas ya sea que uno sea padre o madre y el otro hijo, por la que se generan derechos y responsabilidades en relación de los padres con sus hijos.

Para Martínez (2013) con la filiación se crean obligaciones que los padres deben de cumplir con sus hijos, como la asistencia moral y económica que son necesarias para su sobrevivencia y desarrollo.

Existen dos tipos de filiación, la que deriva de la procreación que se puede decir que es de naturaleza y la que deriva de la adopción, en la cual existe un vínculo jurídico sin tener un vínculo biológico. A estas dos clasificaciones se le debería sumar la filiación que proviene del uso de las técnicas de reproducción asistida en la que prima la voluntad y no necesariamente la genética. (Azpiri, 2012, p. 115).

Es importante tener una norma que regule y contemple este tipo de aspectos, ya que la filiación si bien se origina principalmente por el vínculo biológico que existe entre padres e hijos, tampoco debemos de dejar de integrar aquel que nace de la práctica de las TERAS, donde si bien la procreación no es del todo natural, las personas que se someten a ellas buscan concebir un hijo para así formar una familia, que claro siempre debe de seguir un procedimiento adecuado, de manera que no se vean

vulnerado el derecho de identidad del menor que es procreado por medio de estas técnicas.

Siverino (2014) sostiene que la creación legal de la parentalidad necesita de un amplio y arduo análisis que tome en cuenta el principio superior del niño, la voluntad para procrear, el derecho a formar una familia y poder acceder a los beneficios de la ciencia (p. 72)

Debido a que se pueden suscitar diversos problemas respecto a la identidad del menor que es procreado por medio de TERAS y además de los diferentes derechos que se podrían ver afectados de los participantes de este proceso es que se necesitan nuevas regulaciones y además de ello también se podría considerar diferentes enfoques. Según Brena, (2012, p. 157) la creación de una nueva institución en el derecho de familia es una de las mejores opciones para la protección de los involucrados en el uso de las TERAS como las gestantes, los menores y otros.

Esta institución tendría que considerar los casos específicos de mujeres o parejas que tengan problemas de infertilidad y requieran la utilización de TERAS y se pueda establecer una regulación la cual contemple los parámetros en las que estas puedan ser utilizadas, de manera que se eviten conflictos o que estos puedan ser resueltos de una manera adecuada.

Con respecto a nuestro país, ante la falta de regulación existente es necesario que, se busque dar solución de manera adecuada acudiendo a las normas generales para dar una adecuada solución en caso de que se originen conflictos referentes a la filiación en el caso de las mujeres que recurren a técnicas como la ovodonación para poder tener la posibilidad de procrear.

Según Varsi (2017, p. 21) de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 409 del código civil y como también determina la jurisprudencia comparada, se considera madre a la mujer que da a luz así esta haya utilizado un ovulo donado para que se pueda producir la fecundación deseada.

Por consiguiente en el caso de la ovodonación en la que un tercero dona un ovulo para que este sea fecundado en el útero de otra persona, tendría que primar el principio que señala que la madre es siempre cierta, de manera que será considerada madre aquella que alumbra al niño. (Morales, 2006, p. 427)

Pues bien, como ya se tiene determinado en el propio código civil, la relación filial no solo se tiene que determinar por el vínculo biológico, pues esta el caso de la donación de óvulos en la cual la mujer gesta, da a luz, pero no es quien aporta su ovulo, sin embargo esta si contribuye a la formación y desarrollo del niño, además de ello está la relación no solo física sino también psicológica que se crea entre ella y el concebido en el periodo de gestación, por lo tanto, teniendo en consideración todo lo mencionado, la madre que da a luz debe ser considerada como madre legal.

Además, se debe indicar, que nuestro Código Civil y la gran parte de las legislaciones están inspirados en el derecho Romano-Germano, Por lo que al determinar la maternidad se tendrá en cuenta ciertos aspectos como la gestación y el parto, debiendo ser estos los aspectos principales para determinar legalmente la maternidad.

Por lo tanto es importante que se realice una modificación de la regulación existente sobre las TERAS en nuestro país, para que pueda establecer una adecuada manera de poder recurrir a ellas y practicarlas de manera que no se vean vulnerados derechos como en el caso de la casación que se mencionó anteriormente, en la cual se impugno la maternidad, sin embargo según la determinación acerca del reconocimiento de maternidad que se mencionó, el derecho de filiación de maternidad le corresponde a la madre que gesta y que da a luz, y en este caso la madre de la menor procreada mediante la ovodonación fue quien la gesto y dio a luz por lo tanto debería haber sido reconocida como madre legal.

Con respecto al tema de la impugnación de maternidad según lo dispuesto el artículo 371 del Código Civil esta puede darse bajo los presupuestos de la existencia de parto supuesto o suplantación de hijo, por lo que al momento de dar solución a un conflicto no solo se debe centrar en la interpretación del artículo 7 de la Ley General de la Salud, contendría un vacío legal con respecto a la ovodonación con la condición que estipula, la cual la prohibiría, viendo así vulnerados el derecho de procreación de la mujer, como también el Principio de interés superior del niño.

Es importante que se tenga en cuenta ante la toma de decisiones que se pueda tomar ante un conflicto proveniente de la práctica de la ovodonación que no se vulnere este principio tan importante como lo es el de interés superior del niño, ya que este será el que asegure un adecuado desarrollo de los niños, niñas y adolescentes.

### **El principio de interés superior del niño**

El principio de interés superior del niño será un principio rector, el cual busca asegurar que los derechos de los menores no sean afectados. Para López (2015) el principio de interés superior del niño es muy importante en cada proceso en los que se involucren niños o adolescentes, ya que este se encuentra dentro del sistema de protección de los derechos de la niñez. (p. 28).

Este principio es necesario para que el juez tenga presente que las soluciones jurídicas no deben realizarse de la nada, sino que deben estar sujetos a la forma y contenido de los derechos de los niños. (González, 2007, p. 17).

Por lo tanto, para una adecuada aplicación de este principio es importante realizar un análisis de los derechos que se afectan y de los que se puedan afectar con las resoluciones de las autoridades. Lora (2013) afirma que El interés superior del niño tiene relación con las distintas necesidades básicas que el niño puede requerir como la educación, salud psicológica, las relaciones sociales que este pueda tener.

Por lo que siempre ha de tomarse aquella medida que asegure la máxima satisfacción de los derechos que sea posible y la menor restricción de ellos, esto no sólo considerando el número de derechos afectados, sino también su importancia relativa.

Según Sokolich, M. (2013) El principio del interés superior del niño es la guía respecto a la toma de decisiones en casos de materia de infancia, lo que va a garantizar que se hagan efectivos los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Así pues, es importante considerar todos estos aspectos para que se pueda realizar una adecuada regulación acerca de las técnicas de reproducción asistida, de manera que se establezca hasta qué punto estas deben ser realizadas y bajo que parámetros de manera que ante un conflicto nuestro ordenamiento jurídico cuente con una legislación clara y precisa que ayude a resolverlo.

### **Regulación extranjera acerca de las TERAS y la ovodonación**

En análisis y comparación de las legislaciones extranjeras acerca de las TERAS, tomaremos dos legislaciones europeas y veremos cómo estas pueden ser muy diferentes en su forma de regular la reproducción asistida, en primer lugar hablaremos de la legislación italiana, que si bien tiene una regulación especial, se podría decir que limita el acceso a recurrir a las TERAS, ya que en su regulación en la Ley N°20 sobre normas en materia de procreación médica asistida, en su artículo 5 establece que solo será aceptada la fecundación artificial, cuando los tratamientos terapéuticos no sean eficaces, asimismo esta ley menciona que solo se usaran para la procreación asistida los gametos de las parejas que decidan practicar la técnica permitida, excluyendo la donación, otro aspecto que se señala dentro de esta ley es que solo podrán recurrir a la procreación asistida las parejas estables, casadas o unión de hecho.

Bien cómo se puede notar esta ley no deja muchas posibilidades de solución frente a los problemas para poder concebir que tienen las parejas, puesto que solo admite una sola técnica y prohíbe la donación, lo cual considero no adecuado, puesto que la práctica de las TERAS pueden ser una opción que ayudara a ver el sueño o deseo de muchas personas de convertirse en padres hecho realidad, pero pienso que si bien se debe de dar la posibilidad de que las parejas puedan ejercer su derecho de procreación y acudir al

tratamiento de su infertilidad es muy importante que se deba de procurar el cuidado y protección de los derechos de las personas que se involucran cuando se llevan a cabo estas técnicas como por ejemplo las parejas, los donantes y sobre todo los menores que son procreados, por lo que a mi parecer, con una buena legislación que precise todos los aspectos importantes que involucren la protección del derecho de identidad del menor, la condición de las parejas que recurren a la práctica de TERAS y se tenga la información adecuada es factible que se pueda permitir el uso de estas técnicas.

En segundo lugar, se analizará la situación de España, en la cual también es muy recurrente el uso de TERAS. Ciertamente, la demanda de tratamientos ha ido en aumento, parejamente al incremento de la oferta de servicios y de la creación de centros que los prestan.

El uso de estos tratamientos ha ido incrementando, siendo los intereses de las personas que realizan o que ofrecen el servicio los que se ven implicados al momento de prestarlos. (2011)

Debido a que existe un gran número de personas que recurren al uso de las TERAS, en España estas están reguladas bajo la Ley 14/2006 la cual tiene una distinta regulación acerca de las TERAS ya que detalla las pautas o aspectos que tienen que cumplir las personas que tengan intención de someterse a este tipo de técnicas, asimismo establece la forma en que se llevara a cabo el contrato de donación y especifica la filiación en los casos de reproducción artificial, así pues en su artículo 5.5 establece que la donación será anónima y que deberá de garantizarse la confidencialidad de la identidad de los donantes, de modo que los hijos nacidos pueden tener acceso a información general que no incluya su identidad, pero esta podrá saberse solo en casos excepcionales cuando la vida del hijo se encuentre en peligro, asimismo se tiene determinado las condiciones de las donantes y receptoras femeninas, pues la ley española en su artículo 6.1 sobre las Usuaris de las técnicas se dispone que quienes sean usuaria o receptora de estas técnicas deberá tener 18 años en adelante y que además cuente con capacidad para obrar, además se señala que estas tendrán que expresar su consentimiento de manera consciente, libre.

Otro aspecto señalado por la ley es que la cantidad de hijos que se autorizan en España que se puedan concebir con gametos provenientes de un mismo donante no pueden ser mayores a seis. (Berrocal, 2007)

En suma, La legislación española respecto de la reproducción asistida ha sido diseñada al margen de tener al hijo como principal sujeto de protección, lo cual esta especificado en su aplicación y desarrollo. (Barber, 2010)

Como se puede notar la legislación española ha tratado de una mejor manera el tratamiento de la donación de gametos femeninos y la determinación de filiación de los menores que son procreados por medio de la ovodonación, por lo que considero que con una regulación como esta no se generarían tantas controversias al momento de resolver un conflicto, como si sucede en el caso de nuestro país en el que este tema no tiene una regulación adecuada, asimismo se cuida la identidad del menor, ya que al tenerse el proceso de donación anónimo no se generarían problemas entre los padres biológicos y el menor, pues considero que si este no amerita ser revelado, el menor puede mantener la identidad de la madre que lo gesta y que también es quien procurara su bienestar y desarrollo, puesto que las mujeres que recurren a esta técnica lo que buscan es poder concebir y formar una familia, por lo que se garantizaría que los derechos del menor no se van afectados.

De manera que si existiese una regulación que especificara este tipo de aspectos en nuestro país no generarían controversias, respecto a la prohibición o aceptación de la ovodonación y no se vería afectado el derecho de identidad del menor, por lo tanto pienso que si se debe tomar a la ovodonación como una alternativa de solución para las mujeres que tienen problemas de infertilidad y que gracias a ella pueden cumplir su sueño de ser madres y formar una familia, pero siempre garantizando los derechos de ellas y del menor al momento de realizar la práctica de esta técnica.

## **FORMULACIÓN DEL PROBLEMA**

### Problema General

¿Es necesario modificar el artículo 7 de la Ley General de la Salud a fin de establecer una regulación adecuada para la ovodonación en nuestro ordenamiento jurídico?

### Problemas específicos

#### Problema específico 1

¿De qué manera la falta de regulación de la ovodonación vulneraría el interés superior del niño?

#### Problema específico 2

¿De qué manera el artículo 7 de la Ley General de la Salud vulnera los derechos de las mujeres que practican la ovodonación?

#### Problema específico 3

¿De qué manera se pueden garantizar la protección de los derechos de las mujeres que recurren a la práctica de la ovodonación y los del menor procreado por medio de ella?

## **JUSTIFICACIÓN DEL ESTUDIO**

La presente investigación se justifica frente a la problemática de que muchas mujeres recurran a la práctica de ovodonación y esta no se encuentre regulada en nuestro país lo que deja algunos vacíos legales que no permitirían resolver los problemas que se originen de esta práctica.

### - Justificación teórica

En el presente trabajo es necesario analizar la problemática jurídica que puede originar la falta de regulación específica de la ovodonación, ya que puede conllevar a que se vulneren los derechos del menor procreado por medio de esta técnica, por lo que se analizarán conceptos importantes como el derecho a la identidad, la filiación en casos del uso de técnicas de

reproducción asistida y el interés superior del niño, que son de importancia al momento de analizar la importancia de regular la ovodonación dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

- Justificación metodológica

En el presente trabajo de investigación se realizará mediante el uso del método cualitativo, y se realizaran encuestas a especialistas en el tema, se consultará material bibliográfico y una casación de la corte superior de Lima con el fin de poder lograr los objetivos planteados en esta investigación.

- Justificación practica

En el presente trabajo se busca brindar un aporte acerca de los conocimientos teóricos acerca de la ovodonación de manera que se pueda establecer una adecuada regulación de esta en el Perú y así las mujeres puedan recurrir a la ovodonación como una forma de poder solucionar el problema de la infertilidad y poder procrear

## **OBJETIVOS**

### Objetivo general

Determinar la necesidad de modificar el artículo 7 de la Ley General de la Salud a fin de establecer una regulación adecuada para la ovodonación en nuestro ordenamiento jurídico.

### Objetivos específicos

#### Objetivo específico 1:

Determinar la manera en que la falta de regulación de la ovodonación vulnera el interés superior del niño.

#### Objetivo específico 2:

Establecer la manera en que el artículo 7 de la Ley General de la Salud vulnera los derechos de las mujeres que practican la ovodonación.

#### Objetivo específico 3:

Determinar la manera de garantizar la protección de los derechos de las mujeres que recurren a la práctica de la ovodonación y los del menor procreado por medio de ella.

## **Supuestos**

### Supuesto general

La regulación existente en nuestro país acerca de la ovodonación y las técnicas de reproducción asistida genera que no se puedan resolver adecuadamente los conflictos que se generen de la practicas de estas, por lo que es necesario que se establezca una adecuada regulación en la que se especifique la forma en la que se puede realizar la técnica de la ovodonación.

### Supuestos específicos

#### Supuesto específico 1

La falta de regulación de la ovodonación en el Perú ocasiona conflictos referentes a la identidad del menor que es procreado por medio de esta técnica, asimismo al no establecerse la situación y relación de filiación del menor con sus padres biológicos, genera que al momento de resolver los casos referentes a la ovodonación se pueda vulnerar el interés superior del niño, con decisiones que no sean las más adecuadas para el menor.

#### Supuesto específico 2

La mujer que recurre a la práctica de la ovodonación ve afectado su derecho a la procreación y a la vez su derecho a la igualdad, ya que según señala el artículo 7 de la Ley general de la salud se entendería que no se permite la donación de gametos femeninos, por lo que resulta discriminatorio.

#### Supuesto específico 3

La manera de garantizar los derechos de la mujer que practique la ovodonación y la del menor procreado, es que se establezca y regule la forma y procedimiento en la que esta técnica puede ser practicada, salvaguardando el interés superior del niño en cada decisión que se deba tomar referente a él.

## **I. MÉTODO**

## 2.1. Tipo de investigación

- Por el enfoque:

Cualitativa: Para Hernández, Fernández y Baptista (2006) La investigación cualitativa se desarrolla a través del ámbito interpretativo, buscando entender la conducta de los seres humanos, las instituciones, de manera que se intenta interpretar lo que estos captan activamente.

- Por los niveles:

Descriptiva: la investigación descriptiva se centra en la descripción de aspectos o fenómenos facticos o formales. tratando lo formal especialmente de ideales. Sus enunciados y los facticos se instituyen en la observación a través de los sentidos. Lo que se busca es detallar el contexto exacto del caso en análisis, basándose en las variables estudiadas y conforme a ello idear una solución al problema que se muestra.

Por el objeto:

Básica: Esta investigación busca obtener conocimiento por medio del mismo conocimiento, yendo mas allá de las aplicaciones prácticas. Tiene como objeto extender y ahondar nuestro conocimiento de la realidad y crear propósitos teóricos de manera que se aumenten los conocimientos de una teoría, de fenómenos sociales y el desarrollo de teorías. En estos estudios lo que se busca es aportar con la extensión del conocimiento, mediante la creación de nuevas teorías Diseño de investigación

En la presente investigación se desarrolló el diseño de la teoría fundamentada, la cual según Sandoval (2002) es una metodología general que se desarrolla mediante datos que son metódicamente captados y analizados; permitiendo el desarrollo de nuevos conceptos.

En el caso del presente trabajo los conceptos serán obtenidos de la recopilación de datos de las técnicas e instrumentos utilizados en este trabajo de

investigación, como material bibliográfico, de manera que al analizarlos se obtienen nuevas ideas que buscan dar un aporte referente al tema planteado en este trabajo.

En la presente investigación se analizará una situación como la que es la falta de legislación de la ovodonación en el Perú, la cual conlleva a que se desarrollen ciertos conflictos por lo que se intenta proponer una alternativa de solución a este conflicto, a partir de los conceptos obtenidos en la recopilación de información obtenida de las diversas fuentes, ya sea nacionales, internacionales, virtuales o físicas.

## 2.2. Caracterización de sujetos

Los sujetos que participan en este trabajo de investigación por medio de las entrevistas son: dos jueces del Poder Judicial- Corte Superior de Lima Norte y cuatro abogados litigantes especialistas en derecho civil.

ENTREVISTADOS	CARGO
Cecilia Isabel Siaden Añi	Jueza del Cuarto Juzgado de Familia del Poder Judicial de Lima-Norte
Luis Quiñones Quiñones	Juez del Juzgado transitorio de familia del Poder Judicial de Lima-Norte
Claudia Paola Zuloeta Marín	Abogada especialista en derecho civil
Edwin Peña Pintado	Abogado especialista en derecho civil
Mario Alejandro Seminario Costilla	Abogado Especialista en derecho civil

Fuente: Elaboración propia, Lima 2017

### **2.3. Población y Muestra**

Al ser este trabajo de tipo cualitativo, no corresponde utilizar población y muestra puesto que las indagaciones cualitativas no pretenden generalizar de manera probabilística los resultados a poblaciones más amplias ni necesariamente obtener muestras representativas; incluso, no buscan que sus estudios lleguen a replicarse (Hernández, Fernández y Baptista, 2006)

### **2.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos, validez y confiabilidad**

#### **Técnica:**

- La entrevista, que se realizó a los abogados especializados en el tema. Campoy y Gómez sostienen que:

-

[...] La técnica más usada en los diversos ámbitos del conocimiento es la entrevista. De manera amplia se puede entender a esta como la interacción que se planea entre dos o más personas y la cual tiene un objeto específico. En la entrevista, la persona entrevistada brinda su opinión acerca de un asunto y el entrevistador recoge e interpreta la opinión emitida por el entrevistado. (2009, p. 288)

- El análisis documental, para ello se tomó dos casaciones, la Casación 5003- 2007 de la Corte Suprema de Lima y la Casación 4323 de la Corte Suprema de Lima.

#### **Instrumento de recolección de datos:**

- La guía de entrevista, en las que las repuestas tendrán modalidad abierta para así poder recolectar la opinión de manera general, para poder tener la opinión de los entrevistados de manera concreta.
- La guía de análisis documental, aquí se busca encontrar un aporte para este trabajo de investigación mediante el análisis de las decisiones que toman los jueces al emitir sus resoluciones, respecto de casos referentes a la técnica de la ovodonación.

**Validez y confiabilidad:**

La guía de entrevista y la guía documental, instrumentos que han sido utilizados en el presente trabajo, obtuvieron la validación de asesores de desarrollo de proyecto de investigación. En el siguiente cuadro se mostrara el porcentaje de validez y los nombres de los asesores que lo otorgaron:

INSTRUMENTO N° 1: GUIA DE ENTREVISTAS			
ASESORES	ESAÚ VARGAS HUAMÁN	LESLY CASTRO RODRIGUEZ	MANUEL BALLESTEROS GARCÍA
PORCENTAJE DE VALIDÉZ Y CONFIABILIDAD	90%	90%	95%

Fuente: Elaboración propia, Lima 2017.

INSTRUMENTO N°2: GUÍA DE ANALISIS DOCUMENTAL			
GUÍA DE ANÁLISIS DOCUMENTAL	ESAÚ VARGAS HUAMÁN	LESLY CASTRO RODRIGUEZ	MANUEL BALLESTEROS GARCÍA
PORCENTAJE DE VALIDÉZ Y CONFIABILIDAD	90%	100%	95%

Fuente: Elaboración propia, Lima 2017.

## 2.5. Método de análisis de datos

En el análisis de datos se busca revelar el significado de un documento que puede tener diversas formas como entrevista, libro o material audiovisual, etc. El objetivo es dar a conocer los significados, clasificando y codificando los distintos elementos en categorías que simbolizan de manera más clara el sentido.. (Fernández, 2006, p. 3).

## 2.6. Tratamiento de la información

**Unidades temáticas:** La regulación de la ovodonación en el ordenamiento jurídico peruano.

### Categorización:

CATEGORÍAS	
<b>Ovodonación</b> “Es definida como la aportación de gametos femeninos por una mujer distinta de la que los recibe. De esta forma se usan óvulos de una mujer donante, y se transfieren embriones obtenidos al útero de la mujer receptora” (Aramburu y Ciani, 2012).	<b>Interés superior del Niño</b> “[...] Es el principio fundamental y de aplicación obligatoria en los procesos de Niñez y Adolescencia. Este principio se encuentra establecido de manera fundamental en el artículo 3 de la Convención Sobre los Derechos de los niños y niñas” (López, 2015).

Fuente de elaboración propia, Lima 2017

## 2.7. Aspectos éticos

Declaro que el presente trabajo de investigación ha sido realizado con veracidad y respetando la propiedad intelectual, ya que se han empleado las citas correspondientes del modo APA, respetando el derecho de autor, por lo que este trabajo es original.

## **II. RESULTADOS**

### **3.1. Descripción de Resultados de las entrevistas**

En esta sección se consignarán los resultados obtenidos de las entrevistas realizadas a jueces y abogados especializados en derecho civil y familia, tomando como referencia los objetivos planteados en este trabajo de investigación, ya que por cada uno de ellos se plantearon tres preguntas, por lo que plasmaremos las respuestas obtenidas.

#### **Objetivo general:**

Determinar la necesidad de modificar el artículo 7 de la Ley General de la Salud a fin de establecer una regulación adecuada para la ovodonación en nuestro ordenamiento jurídico.

#### **Respecto a la pregunta N° 1:**

¿Cuál es su conocimiento acerca de la ovodonación y su regulación en el Perú?

Siaden, Quiñones, Zuloeta, Seminario y Peña (2017) manifiestan que:

[...] La ovodonación es una técnica que requiere de la donación de óvulos y que por medio de ella las mujeres pueden procrear. Con respecto a la regulación existente acerca de esta técnica en nuestro ordenamiento, consideran que esta no es adecuada y es deficiente por lo que se podrían ocasionar problemas al momento de resolver conflictos provenientes de las personas que han realizado a la práctica de la ovodonación.

#### **Respecto a la pregunta N° 2:**

¿Considera que es adecuado que se permita la práctica de la ovodonación en nuestro país?

Siaden, Quiñones, Zuloeta, Seminario y Peña (2017) consideran que:

[...] Se debería permitir la práctica de la ovodonación, puesto que existen muchas mujeres que tienen problemas de infertilidad que pueden ver en la ovodonación una alternativa para poder procrear y convertirse en madres, pero es importante y necesario que se establezca una adecuada regulación acerca de esta técnica, de manera que no se vulneren derechos.

### **Respecto a la pregunta N° 3:**

¿Considera que la ovodonación debería de estar regulada dentro de una ley específica acerca de las técnicas de reproducción asistida?

Siaden, Quiñones, Zuloeta, Seminario y Peña (2017) consideran que:

[...] Sería una buena alternativa que las TERAS se regulen dentro de una legislación especial, puesto que hay ciertos temas que se deben considerar como la forma y procedimiento en las que deberían practicarse estas técnicas, de manera que las personas que las practican no vean afectados sus derechos.

#### **Objetivo específico1:**

Determinar la manera en que la falta de regulación de la ovodonación vulnera el interés superior del niño.

### **Respecto a la pregunta N° 4:**

¿Qué es el interés superior del niño?

Quiñones, Peña y Seminario (2017) consideran que:

[...] El principio Superior del Niño es un principio reconocido dentro de nuestro ordenamiento jurídico que busca asegurar el bienestar y el adecuado desarrollo de todos los niños, niñas y adolescentes, asimismo busca proteger los derechos de estos ante cualquier decisión que se tome que pueda afectarlos.

Por Otro lado, Siaden (2017) considera que:

[...] El interés superior del niño tiene tres formas de percibirse; como un derecho, un principio y una norma de procedimiento, por lo que se considera a este como un conjunto de actos y procesos que buscan garantizar el desarrollo integral y una vida digna. Además, debe de considerarse los aspectos materiales y afectivos que admitan una vida plena de manera que se pueda obtener el mayor bienestar de los niños y niñas, evitando el abuso o autoritarismo en la toma de decisiones que los involucren.

Zuloeta (2017) Manifiesta que:

[..] El interés superior del niño podemos entenderlo como una garantía de que los derechos que les corresponden a todos los niños deben cumplirse considerando de que las decisiones o medidas que se puedan tomar con respecto a ellos sean en su bienestar, es decir el interés superior protege en un sentido amplio a los niños.

### **Respecto a la pregunta N° 5:**

¿Cree Ud. que la falta de regulación específica de la ovodonación vulneraría el interés superior del niño ante un conflicto proveniente de su práctica?

Quiñones, Siaden Zuloeta, Seminario y Peña (2017) manifiestan que:

[...] Si se vulneraría el interés superior del niño, puesto que al no existir una norma adecuada que regule la ovodonación se pueden suscitar conflictos que pueden afectar derechos del menor como su identidad y su integridad, asimismo la norma no establece adecuadamente la relación jurídica existente entre el niño procreado y los padres, por lo que al momento de tomar una decisión esta puede que no sea la más adecuada para el menor.

### **Respecto a la pregunta N° 6:**

¿Qué medidas considera Ud. que se deben tomar en cuenta para no vulnerar el principio de interés superior del niño ante la resolución de conflictos provenientes de la práctica de la ovodonación?

Zuloeta, Peña y Seminario (2017) consideran que:

[...] Lo primero que se debe tomar en cuenta para no vulnerar el interés es que regule adecuadamente todo lo referente a las técnicas de reproducción asistida, de manera que, ante cualquier conflicto proveniente de la práctica de estas, se pueda solucionar adecuadamente, de manera que los derechos del menor no se vean afectados y ante cualquier decisión prime el bienestar del menor.

Por otro lado, Quiñones (2017) manifiesta que:

[...] En la toma de decisiones en la que se vea involucrado un menor se busque asegurar su bienestar, por lo que es necesario establecer dentro de nuestro ordenamiento jurídico el tema de la filiación en caso de niños procreados por medio de las técnicas de reproducción asistida, para que el derecho a la identidad de estos no se vea afectado.

Siaden (2017) expresa que:

[...] Es importante que las medidas que se tomen en cuenta se encuentre la aplicación del principio de pro homine como criterio hermenéutico, el cual nos indica que debemos de recurrir a la norma más amplia o realizar una interpretación más extensa, por otro lado, la bioética contiene los principios de autonomía, dignidad de la persona y el derecho al consentimiento informado

### **Objetivo específico 2:**

Establecer la manera en que el artículo 7 de la ley general de la salud vulnera los derechos de las mujeres que practican la ovodonación.

### **Respecto a la pregunta N° 7:**

¿Qué derechos de la mujer que practica la ovodonación considera Ud. que se verían afectados ante el vacío legal que existe en el artículo 7 de la ley general de la salud?

Peña, Siaden, Quiñones, y Zuloeta, Seminario (2017) consideran que:

[...] Los derechos de las mujeres que practican la ovodonación serían los derechos reproductivos, la igualdad, la no discriminación, el derecho de procreación, y la filiación materna ya que al entenderse prohibida esta técnica no puede determinar la relación jurídica entre la madre y su hijo.

### **Referente a la pregunta N°8:**

¿Cuál es su opinión respecto a que se declare la maternidad ilegal a la mujer que practique la ovodonación debido a que esta no es madre biológica sino solo gestante?

Siaden, Quiñones, Zuloeta, Seminario y Peña (2017) manifiestan que:

[...] Es incorrecto que se declare la maternidad ilegal, puesto que, si bien la madre gestante no es la madre biológica, contribuye al proceso de formación del concebido y al tomar esa medida se estarían afectando sus derechos y también los del menor.

### **Referente a la pregunta N° 9:**

¿Considera Ud. que sería discriminatorio que solo se permita la donación de material genético masculino y no femenino?

Quiñones, Zuloeta, Seminario y Peña (2017) refieren que:

[...] Si es discriminatorio, puesto que, ante problemas de infertilidad provenientes de la mujer, le niegan la opción de poder procrear y poder ser madre.

Por otro lado, Siaden (2017) expresa que:

[...] Obviamente que sería discriminatorio que solo se permita la donación de material genético masculino y no femenino, sin embargo se entiende también que la donación de espermatozoide resulta más práctica, puesto que la ovodonación requiere maquinarias especializadas respecto a la temperatura y otros factores, pero si la donación se realiza de forma directa, resulta discriminatorio que no se permita esta donación.

### **Objetivo específico 3:**

Determinar la manera de garantizar la protección de los derechos de las mujeres que recurren a la práctica de la ovodonación y la del menor procreado por medio de ella.

### **Referente a la pregunta N° 10:**

Según su opinión ¿En caso de generarse una controversia con respecto a las prácticas de la ovodonación que aspectos se deberían considerar para resolverla?

Quiñones, Zuloeta y Seminario (2017) consideran:

[...] Se debe tener en consideración el derecho de identidad del menor, el aspecto de la filiación de este con respecto a sus padres, así como también garantizar los derechos de las mujeres, por lo que es necesario se realice una adecuada regulación acerca de estos temas.

Por otro lado, Siaden y Peña (2017) consideran que:

[...] Se debe respetar el principio de interés superior del niño y el derecho de identidad de este ante cualquier conflicto que se tenga que resolver, de manera que así se garantice sus derechos.

### **Respecto a la pregunta N° 11:**

¿Cuál considera Ud. que debería ser la forma de regular el procedimiento de la práctica de la ovodonación en nuestro país de manera que no se vean vulnerados los derechos del ser procreado mediante ella y el de la mujer que la práctica?

Peña, Zuloeta y Seminario (2017) opinan que:

[...] La ovodonación debe de encontrarse en una regulación específica y especial en la que se detalle y especifique de qué modo se va a llevar a cabo el procedimiento de la ovodonación y que se especifique la situación legal del menor y de sus padres.

Por otro lado, Quiñones (2017) manifiesta que:

[...] Se debe considerar la forma en que las parejas pueden acceder a la ovodonación, determinar un acuerdo de ambas partes que se encuentren conformes con la realización de esta técnica, de manera que no se generen conflictos.

Siaden (2017) refiere que:

[...] Es deber del Estado garantizar el ejercicio del derecho a la identidad de todas las personas de manera que se pueda tener conocimiento del propio origen biológico, para así poder tener derecho a contactar con nuestros progenitores genéticos.

### **Respecto a la pregunta N° 12:**

¿Considera Ud. que el desconocimiento del origen biológico del menor por parte de la madre debido a la procreación de este por medio de la ovodonación generaría problemas jurídicos?

Siaden, Quiñones y Zuloeta (2017) expresan que:

[...] Mientras el proceso de donación y la identidad de la donante sean anónimo no tendría que haber conflictos, ni tampoco se afectaría la identidad del menor.

Por otro lado, Seminario y Peña (2017) consideran:

[...] Se ocasionarían conflictos si la donante o madre biológica reclamara algún reconocimiento legal como madre del menor.

### **3.2. Descripción de resultados del análisis documental:**

En esta sección se mostrarán los resultados obtenidos del análisis obtenido de analizar dos casaciones de la Corte Suprema de justicia de Lima referentes a casos de ovodonación, las cuales guardan relación con el objetivo general.

La sala civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de Lima en su casación 5003-2007 en sus fundamentos por los cuales se ha admitido el recurso de casación se expresa:

[...]La Casación 5003-2007 es interpuesta por una señora la cual actúa en representación de su hijo, buscando que se impugne la maternidad respecto a la primera pareja de su esposo, quien procreo una niña mediante la técnica de la ovodonación, usando los óvulos donados y el esperma de su expareja, el ahora esposo de la demandante, pero que según argumenta ella fue sin su consentimiento, señalando los artículos 45° y 399° del código Civil. Argumenta también que se debe impugnar la maternidad ya que la madre de la pequeña es solo gestante más no la madre biológica, lo que estaría prohibido según el artículo 7 de la ley general de la salud, por lo que se estaría afectando el derecho e identidad de la menor.

Asimismo, la misma Corte Suprema de Justicia de Lima en su casación 5003-2007 manifiesta:

[...] Consideran que existe interés para obrar procesalmente respecto al menor que es representado por su madre y el cual pide la impugnación de maternidad, ya que mediante un examen de ADN se determinó que ambos menores son hermanos, además que argumentan que se ha transgredido lo dispuesto por el artículo 7 de la ley general de la salud y se estaría afectando la identidad de la menor, por lo que declararon fundada la casación.

La sala civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de Lima en su casación 4323-2010 declaró procedente el recurso:

[...] Se interpone el recurso de casación por PRANOR SRL basándose en las siguientes causales: a) Infracción normativa procesal del artículo 50 inciso 6) del Código Procesal Civil y, b) Infracción normativa por interpretación errónea del artículo 7 de la Ley número 26842 –Ley General de Salud- pues se alega que se ha vulnerado su derecho a una sentencia debidamente motivada, al considerar un fallo inadecuado con respecto a las TERAS, puesto que se tendría como prohibida la ovodonación, cosa que según lo que se indica en esta casación no sería correcto ya que no existe una norma que lo prohíba, asimismo que la sala yerra al declarar como prohibida la ovodonación puesto que la condición existente en el artículo 7 de la ley general de la salud, estaría direccionado hacia el tema del vientre de alquiler..

Asimismo, la misma Corte Suprema de Justicia de Lima en su casación 4323-2010:

[...] Se declara fundado el recurso de casación puesto que, según lo que indica la casación la técnica de la ovodonación no estaría prohibida, ya que se sustentan en el axioma jurídico de que *“todo lo que no está prohibido está permitido”*, reconocido por el Tribunal Constitucional, asimismo se dio por infundada la nulidad de acto jurídico, referente a los documentos de autorización de la fertilización in viro, ya que la pareja que practico la técnica de ovodonación dejo firmado que la donación de sus gametos reproductivos eran para la realización de la técnica de reproducción asistida de fecundación in vitro, además en una de las cláusulas se corrobora que esta pareja leyó el documento que suscriben

### **III. DISCUSIÓN**

#### **4.1. Aproximación al objeto de estudio**

En esta sección se van a contrastar los resultados obtenidos de los trabajos previos, las entrevistas y el análisis documental con los objetivos planteados en el presente trabajo de investigación, de manera que se buscara identificar los factores que se relacionan con la problemática de la ovodonación y la necesidad de su regulación en el ordenamiento jurídico peruano.

Así respecto del objetivo general el cual busca Determinar la necesidad de modificar el artículo 7 de la Ley General de la Salud a fin de establecer una regulación adecuada para la ovodonación en nuestro ordenamiento jurídico tenemos:

##### **Discusión de antecedentes:**

Hanael y Manayalle en su tesis La necesidad de regulación de la ovodonación en la legislación peruana afirma que:

[...] afirman que se encuentran diferencias en los aspectos teóricos respecto de las TERAS al momento de manifestarse la necesidad de regulación de la ovodonación en nuestro país, en el cual existiría un vacío en la ley que daría a entender que lo que no se prohíbe si se permite.. (p.164).

En esta investigación los autores resaltan las discrepancias que existen al momento de entender e intentar establecer una regulación acerca de la ovodonación en el Perú, ya que cómo se sabe en nuestra legislación no se tiene prohibida ni permitida esta técnica explícitamente, por lo que se puede decir que existe un vacío legal.

##### **Discusión interna:**

Quiñones y otros señalan que: La ovodonación es una técnica por medio de la cual las mujeres pueden procrear, la cual no se encuentra debidamente regulada en nuestro país, pues existe un vacío legal con respecto a este tema, sin

embargo esta técnica es una buena alternativa para que las mujeres puedan cumplir el deseo de ser madres, por lo que debería de permitirse en nuestro país, además de estar regulada en una ley especial, ya que en ella podrían establecerse los procedimientos y formas para regular esta técnica, para poder evitar que se vean afectados los derechos de las personas que practican esta técnica.

La sala civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de Lima en su casación 5003-2007 expresa:

[...]La existencia de interés para obrar procesalmente del menor que es representado por su madre quien una impugnación de maternidad de su hermana, puesto que se argumenta que se ha transgredido lo dispuesto por el artículo 7 de la ley general de la salud y se estaría afectando la identidad de la menor, por lo que declararon fundada la casación.

### **Discusión personal**

De lo expresado por la entrevistado Quiñones y otros, acerca de permitir la regulación de la ovodonación y que esta se encuentre regulada en una ley específica, me encuentro de acuerdo, puesto que la regulación existente en nuestro país no es clara y deficiente, pues contiene un vacío legal el cual conlleva a que existan discrepancias acerca de su prohibición, puesto que esta no se encuentra explícita, por lo que algunos juristas opinan que basándose en el axioma jurídico de que todo lo que no está prohibido, está permitido entonces se diría que la ovodonación no está prohibida, por lo tanto es necesario aclarar esta situación mediante una adecuada regulación acerca de esta técnica.

Asimismo, en mi opinión la ovodonación es una técnica que les permite a las mujeres con alguna deficiencia ovárica poder cumplir su sueño de ser madres, por lo que es una buena opción para solucionar su problema de infertilidad, sin embargo, considero de que se deben detallar ciertos aspectos como la relación

jurídica de los padres con el menor procreado por medio de esta técnica y la forma en cómo se va a llevar a cabo de manera que se busque prevalecer los derechos para así no se vean afectados.

Respecto del objetivo específico 1 el cual consiste en determinar la manera en que la falta de regulación de la ovodonación vulnera el interés superior del niño se obtiene:

### **Discusión de antecedentes:**

Castro (2016) en su tesis La ovodonación y la necesidad de regulación en la legislación peruana establece en su conclusión que:

[...]Nuestra Constitución debe precisar un concepto de paternidad y maternidad responsable, debido a la existencia de casos provenientes del uso de TERAS, de modo que el principio de interés superior del niño n se vea afectado. (p. 166).

En este trabajo el investigador, refiere que es importante que en la Constitución promueva la paternidad y maternidad responsable, debido a los existentes casos referentes a las técnicas de reproducción asistida, en los cuales, al momento de ser resueltos, se vean afectados los derechos del menor procreado por medio de estas técnicas, vulnerando también el interés superior del niño.

### **Discusión interna:**

Seminario y otros señalan que el interés superior del niño es un principio que busca asegura el bienestar y adecuado desarrollo de los niños, niñas y adolescentes, buscando además proteger sus derechos en cualquier decisión que pueda afectarlos. Ante la falta de regulación acerca de las técnicas de reproducción asistida este principio se puede ver vulnerado, ya que se puede afectar el derecho a la identidad del menor y además no se especifica la relación jurídica que se establecerá entre el menor y los padres de este, por lo que es

importante que para no vulnerar este principio con la práctica de estas técnicas se realice una regulación adecuada acerca a estas.

Asimismo es importante mencionar lo expresado por la Corte Suprema de Justicia de Lima en su casación 5003-2007 en su considerando 8 en la cual se reconoce la legitimidad que tiene un menor de impugnar la maternidad de una mujer que procreo a una menor la cual sería su hermana, argumentando que al haber realizado esta técnica se ha transgredido lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley General de la salud, el cual prohibiría la práctica de esta técnica, por lo tanto al crearse un vínculo legal con la mujer que la gestó se vulneran los derechos fundamentales de la menor, como el derecho a su propia identidad.

### **Discusión personal:**

Considero que la inadecuada regulación existente en nuestro país acerca de la ovodonación, ocasiona que los conflictos provenientes de la práctica de esta técnica no sean resueltos adecuadamente, tal como el caso de la casación mencionada, basándose en lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley General de la Salud, el cual indicaría que esta técnica está prohibida y se afectarían los derechos de la menor, sin embargo considero que con la decisión de impugnar la maternidad también se vulneran los derechos de la menor, puesto que si bien la mujer que la gestó no es su madre biológica, al tomar la decisión de quitarle el vínculo jurídico respecto a la mujer que la menor considera e identifica como su madre es inadecuado.

Es importante que ante las decisiones que se deban tomar referente a un menor se respete el principio del interés superior del niño, puesto que este es un principio rector que busca asegurar los derechos de los niños, niñas y adolescente, buscando su bienestar y adecuado desarrollo, lo cual a mi parecer no se tomó en cuenta al momento de resolver el caso de la casación que se hace mención.

Respecto del objetivo 2 el cual busca establecer la manera en que el artículo 7 de la Ley General de la Salud vulnera los derechos de las mujeres que practican la ovodonación.

### **Discusión de antecedentes:**

Prentice y Chávez (2012) en su tesis Coincidencia entre madre genética y madre gestante como exigencia legal en el derecho a la procreación mediante la ovodonación en el Perú, afirma en su conclusión que:

[...] Al existir una condición dentro de la norma que obliga a que la madre gestante y biológica sean la misma persona, se está prohibiendo el uso de la ovodonación para aquellas mujeres con problemas para poder concebir. (p.256).

En este trabajo el investigador señala la prohibición de la técnica de la ovodonación en el Perú, al tenerse como condición de que la madre gestante y genética sean las mismas, por lo que se afectaría la libertad de las mujeres con problemas de infertilidad a acceder a estas técnicas para solucionar sus problemas y poder procrear.

### **Discusión interna:**

Según Peña y otros consideran que los derechos de las mujeres que se ven vulnerados frente a la regulación existente acerca de las técnicas de reproducción asistida son los derechos reproductivos, el derecho de procreación, de igualdad y no discriminación, además manifiestan que sería incorrecto declarar maternidad ilegal a una mujer que recurre a la práctica de la ovodonación, ya que si bien la mujer que gesta no es la madre biológica, esta colabora en el cuidado y desarrollo del concebido, asimismo al entender que la norma solo permita la donación de gametos masculinos y no femeninos es discriminatorio.

### **Discusión personal:**

Estoy de acuerdo con lo expresado con el entrevistado Peña y los demás, ya que la norma existente en nuestro país contiene una regulación insuficiente con respecto a la técnica de la ovodonación la cual afecta los derechos de las mujeres como el de procreación e igualdad, puesto que no se permitiría que ante

una deficiencia ovárica esta pueda recurrir a esta técnica para solucionar su problema.

Además, pienso que es necesario remediar el vacío legal existente, para que de esta manera exista una igualdad entre varones y mujeres de acceder al tratamiento de su infertilidad, pues si se permite que las mujeres recurran a la práctica de las técnicas de reproducción asistida puedan lograr su deseo de ser madres y sentir que no se van a ver afectados sus derechos.

Respecto del objetivo específico 3 para determinar la manera de garantizar la protección de los derechos de las mujeres que recurren a la práctica de la ovodonación y la del menor procreado por medio de ella. Se obtiene:

### **Discusión de antecedentes:**

Arévalo y Pineda (2013) en su tesis una nueva perspectiva para la reproducción humana asistida en Colombia. En sus conclusiones Consideran que:

[...] Es obligación del legislador dirigir sus labores a llenar los vacíos legales existentes generados del uso de las técnicas de reproducción asistida, pues es de importancia que las leyes se ajusten a los avances de la tecnología y a las necesidades de las personas. (p.65).

En este trabajo las autoras expresan la importancia de llenar los vacíos legales que se pueden encontrar cuando no se cuenta con una legislación adecuada respecto de las TERAS, puesto que la ciencia avanza y los procedimientos médicos y científicos van evolucionando y debido a ello se van creando nuevos aspectos que necesitan ser regulados, como es el caso de este tipo de técnicas que van a ayudar a las personas con el problema de infertilidad, es necesario que estas se regulen de manera adecuada para evitar conflictos.

**Discusión interna:**

Zuloeta y otros, expresan que los aspectos que se deben tener en cuenta para resolver un conflicto proveniente de la ovodonación es que se proteja el derecho a la identidad del menor, se establezca el tema de la filiación de este con respecto a sus padres y que se garanticen los derechos de las mujeres, además indican que es necesario que la ovodonación se encuentre debidamente regulada en una ley especial sobre técnicas de reproducción asistida de manera que se detallen la forma y procedimiento en la que se debe practicar, asimismo señalan que no existirá ningún problema con respecto al desconocimiento acerca del origen de la madre biológico y el menor procreado, mientras todo el procedimiento e identidad sea anónimo.

**Discusión personal:**

Concuerdo con Arévalo y Pineda, de que los legisladores deben buscar llenar los vacíos legales existentes en relación con las técnicas de reproducción asistida, ya que debido a ello se pueden suscitar conflictos que no se puedan resolver adecuadamente, debido a que no existe en las normas un sustento jurídico adecuado, de manera que al resolver conflictos que se susciten con la practicas de estas técnicas, no sean resueltos de manera correcta.

Por lo que es importante que las leyes se modifiquen y vayan adecuándose a la realidad existente, como es el caso de la práctica de la ovodonación y las demás técnicas de reproducción asistida, de manera que las personas puedan acceder a ellas, pero siempre buscando proteger los derechos del menor que es procreado por medio de ellas, por lo que se debe respetar el interés superior del niño.

#### **IV. CONCLUSIONES**

1. Se hace necesaria la modificación del artículo 7 de la Ley General de la Salud, puesto que la regulación existente dentro de este artículo acerca de la ovodonación y las técnicas de reproducción asistida, es inadecuada e insuficiente, pues con lo dispuesto en ella se crea un vacío legal con respecto a la ovodonación, ya que se entiende como prohibida, aunque la prohibición no es explícita, por lo tanto al existir mujeres que recurren a la práctica de esta técnica es necesario que se establezca una adecuada regulación de esta técnica, ya que puede ocasionar conflictos, que serían difíciles de solucionar sin una norma adecuada que la regule.
2. La inadecuada regulación en nuestro país respecto a la ovodonación, vulneraría el principio de interés superior del niño, debido que, al momento de resolver conflictos provenientes de la práctica de esta técnica, las decisiones que se toman con respecto al menor que es procreado con ella no son las más adecuadas, viéndose afectado su derecho a la identidad.
3. La regulación del artículo 7 de La Ley General de la Salud respecto a las técnicas de reproducción asistida, vulnera los derechos de las mujeres tal como el derecho de procreación, ya que al entenderse como prohibida la técnica de la ovodonación, le quita la posibilidad a las mujeres que sufren de infertilidad de poder concebir, asimismo esta prohibición sería discriminatoria, puesto que no se permitiría la donación de óvulos, más si la donación de espermatozoides.
4. Para que los derechos de las mujeres que practiquen la ovodonación y los de los menores que son procreados por medio de ella no se vulneren, es necesario que se regule la forma y el procedimiento que en esta técnica puede ser realizada, que se fijen las condiciones en que las mujeres pueden acceder a ella y sobre todo que prevalezca el interés superior de niño, para que se asegure la protección de los derechos del menor.

## **V. RECOMENDACIONES**

1. Se recomienda la modificación del artículo 7 de la Ley General de la Salud, permitiendo la práctica de la ovodonación, pero indicando la forma en la que esta será realizada, de manera que se solucione el vacío legal existente en este tema. Además, se recomienda al legislador considerar la creación de una ley especial acerca de las técnicas de reproducción asistida.
2. Se recomienda que al momento de resolver algún conflicto referente a la ovodonación y se deba tomar decisiones respecto del menor que es procreado por medio de esta técnica y sus padres, se analice la situación del menor y se busque priorizar su bienestar respetando el principio de interés superior del niño.
3. Se debe asegurar el respeto de los derechos de procreación y de igualdad de las mujeres que practican la ovodonación, de manera que puedan realizar esta técnica libremente, dando solución a su problema de infertilidad, logrando concebir y ser madres. Además, es importante que el proceso de donación sea anónimo, de manera que no se generen conflictos.
4. Se recomienda que las mujeres, parejas y donantes que se sometan a la práctica de la ovodonación tengan una información completa, ya sea en el aspecto médico con respecto a la forma en que este tratamiento se va a llevar a cabo, así como también en el aspecto legal, de manera que estas tengan pleno conocimiento de lo que van a realizar y se evite que se puedan afectar sus derechos.

## II. REFERENCIAS

- Arévalo, A. y Pineda, J. (2013). Una nueva perspectiva para las técnicas de Reproducción humana asistida en Colombia. (Tesis para especialidad en derecho de familia). Recuperado de <https://repository.javeriana.edu.co/handle/10554/15353>
- Azpiri, J. (julio, 2012). La filiación en el Proyecto de Código Civil y Comercial. *Revista de familia y las personas*, 4 (6), p. 103-115
- Barber, R. (2010). Reproducción asistida y determinación de la filiación. *REDUR*, (8), p. 25-37
- Berrocal, I. (2007). Análisis de la nueva Ley 16/2006, de veintiséis de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida. Una primera aproximación a su contenido.
- Brena, I. (2012). La Gestación subrogada ¿una nueva figura del derecho de familia? Instituto de investigaciones jurídicas, Universidad Autónoma de México, p. 139-160
- Caballero, O. *et al.* (octubre, 2002). Ovodonación: situación actual en la medicina pública. *Revista Iberoamericana de infertilidad*. 19 (5), p. 322-334
- Calderón, T. (2009). *Derecho genético*. Lima: Universidad Inca Garcilaso de la Vega.
- Campoy, T. y Gómez, E. (2009). *Técnicas e instrumentos cualitativos de recogida de datos*, EOS, p. 273-300.
- Cárdenas, R. (2014a). Consideraciones jurídicas entorno a la ovodonación. *Revista del Instituto de la familia, Facultad de Derecho*, 03, p. 11-23.
- Cárdenas, R. (2015b). El derecho a la identidad biológica de las personas nacidas mediante reproducción asistida en la doctrina, jurisprudencia y legislación peruana. *Revista del Instituto de la familia, Facultad de Derecho*, 04 (1), 47-65.

- Canessa, R. (2008). Problemas jurídicos que plantean las técnicas de reproducción asistida en la legislación civil peruana (Tesis de magister). Recuperada de [http://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/cybertesis/192/1/Canessa\\_vr.pdf](http://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/cybertesis/192/1/Canessa_vr.pdf)
- Canessa, R. (2011). La Filiación en la reproducción humana asistida (Tesis de doctorado). Recuperada de [http://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/cybertesis/1487/1/Canessa\\_vr.pdf](http://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/cybertesis/1487/1/Canessa_vr.pdf)
- Castro, A. (2016). La ovodonación y la necesidad de regulación en la legislación peruana. (Tesis para título de abogado). Recuperado de <http://repositorio.upao.edu.pe/handle/upaorep/2491>
- Ciani, M. y Aramburu, F. (2012). Una mirada Trialista a la ovodonación, Recuperado de <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/view/1402/1656>
- Congreso de la República (1997) Ley General de la Salud Ley N° 26842 Lima, Perú. Recuperado de <http://www.minsa.gob.pe/renhice/documentos/normativa/Ley%2026842-1997%20-%20Ley%20General%20de%20Salud%20Concordada.pdf>
- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, 25 años de su vigencia en el Perú. (2007). Lima: UNFPA.
- Escobar, L (2013). El Derecho genético. Ética en investigación biomédica y la dignidad de la persona humana. Lex Facultad de Derecho y Ciencias Políticas (11), p. 269-308
- Espinoza, J. (agosto, 2015). Sobre el binomio libertad-responsabilidad respecto de aquellos que se someten a las técnicas de reproducción médicamente asistidas: un tema de “derecho viviente” en el Perú. Revista del instituto de la Familia, Facultad de Derecho 04 (1), p. 93-112
- Facio, A. (2007). *Los derechos reproductivos son derechos humanos*. Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Fernández, L. (2006). ¿Cómo analizar datos cualitativos?, Butletí La Recerca, 7, p.17.

- Flores, L. (2007). Reflexión ético-jurídica sobre las técnicas de reproducción asistida. IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C, 20, p. 97-113.
- Gonzales, A. (noviembre, 2008). Cuando mi madre es un número, Identidad genética e Interés Superior del Niño. Revista Genética del Perú 93, p. 1-25.
- Garzón, R. (2007). Reproducción Asistida. Revista Mexicana de Derecho, (9), p. 97-116
- Hananel, C. y Manayalle, J. (2013). La necesidad de regulación de la ovodonación en la legislación peruana. (Tesis para título de abogado). Recuperado de <http://repositorio.uss.edu.pe/handle/uss/1157>
- Hernández, R, Fernández, C y Baptista, L. (2006). *Metodología de la investigación* (4.<sup>a</sup> ed), McGraw-Hill.
- Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, de 26 de mayo; BOE, núm. 126, de 27 de mayo 2006.
- Ley 40/2004, de 19 de febrero, sobre *Normas en materia de procreación médica asistida*. Boletín Oficial, nº 45, 24 febrero 2004
- López, R. (2015). Interés superior de los niños y niñas: Definición y contenido, Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud, 13 (1), p. 51-70.
- Lora, L. (2006). Discurso jurídico sobre El interés superior del niño. Recuperado de <http://www.derecho.uba.ar/investigacion/investigadores/publicaciones/lora-discurso-juridico-sobre-el-interes-superior-del-nino.pdf>
- Luna, F. (2008), *Reproducción asistida, género y derechos humanos en América Latina*. Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- LLaja, J. (2010). Derechos Sexuales y Derechos Reproductivos en el Perú Informe para el cumplimiento de la CEDAW. Lima: DEMUS. P.5
- Martí, A. (2011). Maternidad y técnicas de reproducción asistida: un análisis, desde la perspectiva de género, de los conflictos y experiencias de las mujeres

usuarias. (Tesis de doctorado). Recuperado de:  
<http://www.tesisenred.net/handle/10803/32098>

Martínez, C. (2013). La filiación, entre biología y derecho. *Prudentia Iuris*, 76, p. 117-133

Morales, J. (2009). *Instituciones del derecho civil*. Lima: Palestra.

Morales, J. (2006). El estatus del concebido y la problemática de la fecundación asistida. *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*. (58) p. 409-432

Prentice, C. y Chávez, S. (2012). Coincidencia entre madre genética y madre gestante como exigencia legal en el derecho a la procreación mediante la ovodonación en el Perú. (Tesis para título de abogado). Recuperado de [http://dspace.unitru.edu.pe/bitstream/handle/UNITRU/8275/PrenticeMunayco\\_C%20-%20ChavezLunaVictoria\\_S.pdf?sequence=1](http://dspace.unitru.edu.pe/bitstream/handle/UNITRU/8275/PrenticeMunayco_C%20-%20ChavezLunaVictoria_S.pdf?sequence=1)

Sandoval, C. (2002). *Investigación cualitativa*, Bogotá: Instituto colombiano para el fomento de la educación superior, ICFES

Santamaría, L. (2000) Técnicas de reproducción asistida aspectos bioéticos. *Cuadernos de Bioética*. (1), p. 37-47

Siverino, P. (2012). Una mirada desde la bioética jurídica a las cuestiones legales sobre la infertilidad en el Perú. *Revista de peruana de ginecología y obstetricia*, 58, p. 213-219.

Siverino, P. (2014). Derechos humanos y técnicas de reproducción asistida en el Perú: relevo jurisprudencial y pautas para el análisis, DEMUS – Estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer. Recuperado de [https://www.demus.org.pe/wpcontent/uploads/2015/06/771\\_observatorio\\_o\\_k](https://www.demus.org.pe/wpcontent/uploads/2015/06/771_observatorio_o_k).

Sokolich, M. (2013). La aplicación del principio del interés superior del niño por el sistema judicial peruano. *Vox Juris* 25 (1), p. 81-90

Varsi, E (2001) *Derecho Genético* (4.<sup>a</sup> ed.), Grijley.

Varsi, E (1999) *Filiación, derecho y genética*. Lima: Fondo de Cultura Económica-Universidad de Lima.

Varsi, E (junio, 2017) Determinación de la filiación en la procreación asistida. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México* (11), p. 9-23

Zurriarán, R. (2011). Técnicas de reproducción humana asistida: determinación legal de la filiación y usuarias en el derecho comparado. *Cuadernos de Bioética XXII, Universidad de La Rioja* (2), p. 201-214

## **ANEXOS**

## ANEXO 1: Matriz de Consistencia

TÍTULO DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN	LA NECESARIA REGULACION DE LA OVODONACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO EN SALVAGUARDA DEL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO
PROBLEMA GENERAL	¿Es necesario modificar el artículo 7 de la ley general de la salud a fin de establecer una regulación adecuada para la ovodonación en nuestro ordenamiento jurídico?
PROBLEMAS ESPECIFICOS	<ul style="list-style-type: none"> <li>• ¿De qué manera la falta de regulación de la ovodonación vulneraría el interés superior del niño?</li> <li>• ¿De qué manera el artículo 7 de la ley general de la salud vulnera los derechos de las mujeres que practican la ovodonación?</li> <li>• ¿De qué manera se pueden garantizar la protección de los derechos de las mujeres que recurren a la práctica de la ovodonación y los del menor procreado por medio de ella?</li> </ul>
SUPUESTO JURIDICO	La regulación existente en nuestro país acerca de la ovodonación y las técnicas de reproducción asistida genera que no se puedan resolver adecuadamente los conflictos que se generen de la practicas de estas, por lo que es necesario que se establezca una adecuada regulación en la que se especifique la forma en la que se puede realizar la técnica de la ovodonación.
SUPUESTOS ESPECIFICOS	1. La falta de regulación de la ovodonación en el Perú ocasiona conflictos referentes a la identidad del menor que es procreado por medio de esta técnica, asimismo al no establecerse la situación y la filiación del menor con sus padres biológicos, genera que al momento de resolver los casos referentes a la ovodonación se pueda vulnerar el interés superior del niño, con decisiones que no sean las más adecuadas para el menor.
SUPUESTOS ESPECIFICOS	<p>2. La mujer que recurre a la práctica de la ovodonación ve afectado su derecho a la procreación y a la vez su derecho a la igualdad, ya que según señala el artículo 7 de la Ley general de la salud se entendería que no se permite la donación de gametos femeninos, por lo que resulta discriminatorio.</p> <p>3. La manera de garantizar los derechos de la mujer que practique la ovodonación y la del menor procreado, es que se establezca y regule la forma y procedimiento en la que esta técnica puede ser practicada, salvaguardando el interés superior del niño en cada decisión que se deba tomar referente a él.</p>
OBJETIVO GENERAL	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Determinar la necesidad de modificar el artículo 7 de la ley general de la salud a fin de establecer una</li> </ul>

	regulación adecuada para la ovodonación en nuestro ordenamiento jurídico.
OBJETIVOS ESPECÍFICOS	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Determinar la manera en que la falta de regulación de la ovodonación vulnera el interés superior del niño</li> <li>• Establecer la manera en que el artículo 7 de la ley general de la salud vulnera los derechos de las mujeres que practican la ovodonación.</li> <li>• Determinar la manera de garantizar la protección de los derechos de las mujeres que recurren a la práctica de la ovodonación y la del menor procreado por medio de ella.</li> </ul>
DISEÑO DEL ESTUDIO	Orientado hacia una teoría fundamentada.
CATEGORIZACION.	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Ovodonación</li> <li>- Interés superior del niño</li> </ul>

## ANEXO 2: VALIDACIÓN DE INSTRUMENTOS

### - ENTREVISTA

#### VALIDACIÓN DE INSTRUMENTO

##### I. DATOS GENERALES

1.1. Apellidos y Nombres: VARGAS HUAMAN, ESAU  
 1.2. Cargo e institución donde labora: ASESOR DE TESIS  
 1.3. Nombre del instrumento motivo de evaluación: GUIA DE ENTREVISTA  
 1.4. Autor(A) de Instrumento: Jeslin Florilla Seminario Cortella

##### II. ASPECTOS DE VALIDACIÓN

CRITERIOS	INDICADORES	INACEPTABLE						MINIMAMENTE ACEPTABLE			ACEPTABLE			
		40	45	50	55	60	65	70	75	80	85	90	95	100
1. CLARIDAD	Esta formulado con lenguaje comprensible.												✓	
2. OBJETIVIDAD	Esta adecuado a las leyes y principios científicos.												✓	
3. ACTUALIDAD	Esta adecuado a los objetivos y las necesidades reales de la investigación.												✓	
4. ORGANIZACIÓN	Existe una organización lógica.												✓	
5. SUFICIENCIA	Toma en cuenta los aspectos metodológicos esenciales												✓	
6. INTENCIONALIDAD	Esta adecuado para valorar las categorías.												✓	
7. CONSISTENCIA	Se respalda en fundamentos técnicos y/o científicos.												✓	
8. COHERENCIA	Existe coherencia entre los problemas, objetivos, supuestos jurídicos												✓	
9. METODOLOGÍA	La estrategia responde una metodología y diseño aplicados para lograr verificar los supuestos.												✓	
10. PERTINENCIA	El instrumento muestra la relación entre los componentes de la investigación y su adecuación al Método Científico.												✓	

##### III. OPINIÓN DE APLICABILIDAD

- El Instrumento cumple con los Requisitos para su aplicación
- El Instrumento no cumple con Los requisitos para su aplicación

Si

##### IV. PROMEDIO DE VALORACIÓN :

90 %

Lima, 12 de setiembre del 2017

FIRMA DEL EXPERTO INFORMANTE

DNI No. 3042328 Telf.: 969 413453

## VALIDACIÓN DE INSTRUMENTO

### I. DATOS GENERALES

1.1. Apellidos y Nombres: Dr. Roberto García Meléndez  
 1.2. Cargo e institución donde labora: Docente  
 1.3. Nombre del instrumento motivo de evaluación: Guía de entrevista  
 1.4. Autor(A) de Instrumento: Joselin Fierella Seminario Cortilla

### II. ASPECTOS DE VALIDACIÓN

CRITERIOS	INDICADORES	INACEPTABLE					MINIMAMENTE ACEPTABLE			ACEPTABLE				
		40	45	50	55	60	65	70	75	80	85	90	95	100
1. CLARIDAD	Esta formulado con lenguaje comprensible.													X
2. OBJETIVIDAD	Esta adecuado a las leyes y principios científicos.												X	
3. ACTUALIDAD	Esta adecuado a los objetivos y las necesidades reales de la investigación.												X	
4. ORGANIZACIÓN	Existe una organización lógica.												X	
5. SUFICIENCIA	Toma en cuenta los aspectos metodológicos esenciales												X	
6. INTENCIONALIDAD	Esta adecuado para valorar las categorías.												X	
7. CONSISTENCIA	Se respalda en fundamentos técnicos y/o científicos.												X	
8. COHERENCIA	Existe coherencia entre los problemas, objetivos, supuestos jurídicos												X	
9. METODOLOGÍA	La estrategia responde una metodología y diseño aplicados para lograr verificar los supuestos.												X	
10. PERTINENCIA	El instrumento muestra la relación entre los componentes de la investigación y su adecuación al Método Científico.												X	

### III. OPINIÓN DE APLICABILIDAD

- El Instrumento cumple con los Requisitos para su aplicación
- El Instrumento no cumple con Los requisitos para su aplicación

SI

### IV. PROMEDIO DE VALORACIÓN :

95 %

Lima, 12 de setiembre del 2017

  
 FIRMA DEL EXPERTO INFORMANTE

DNI No. 0782551 Telf.: .....

## VALIDACIÓN DE INSTRUMENTO

### I. DATOS GENERALES

1.1. Apellidos y Nombres: Castro Rodriguez Lilian Ledy.  
 1.2. Cargo e institución donde labora: .....  
 1.3. Nombre del instrumento motivo de evaluación: Exa. de entrada  
 1.4. Autor(A) de Instrumento: Joselin Fiorella Seminario Cortilla

### II. ASPECTOS DE VALIDACIÓN

CRITERIOS	INDICADORES	INACEPTABLE						MINIMAMENTE ACEPTABLE			ACEPTABLE			
		40	45	50	55	60	65	70	75	80	85	90	95	100
1. CLARIDAD	Esta formulado con lenguaje comprensible.											✓		
2. OBJETIVIDAD	Esta adecuado a las leyes y principios científicos.											✓		
3. ACTUALIDAD	Esta adecuado a los objetivos y las necesidades reales de la investigación.											✓		
4. ORGANIZACIÓN	Existe una organización lógica.											✓		
5. SUFICIENCIA	Toma en cuenta los aspectos metodológicos esenciales											✓		
6. INTENCIONALIDAD	Esta adecuado para valorar las categorías.											✓		
7. CONSISTENCIA	Se respalda en fundamentos técnicos y/o científicos.											✓		
8. COHERENCIA	Existe coherencia entre los problemas, objetivos, supuestos jurídicos											✓		
9. METODOLOGÍA	La estrategia responde una metodología y diseño aplicados para lograr verificar los supuestos.											✓		
10. PERTINENCIA	El instrumento muestra la relación entre los componentes de la investigación y su adecuación al Método Científico.											✓		

### III. OPINIÓN DE APLICABILIDAD

- El Instrumento cumple con los Requisitos para su aplicación
- El Instrumento no cumple con Los requisitos para su aplicación:

Si

### IV. PROMEDIO DE VALORACIÓN :

90 %

Lima, 12 de noviembre del 2017

FIRMA DEL EXPERTO INFORMANTE

DNI No. .... Telf: .....

4097746 98071200

- GUÍA DE ANÁLISIS DOCUMENTAL



VALIDACIÓN DE INSTRUMENTO

I. DATOS GENERALES

1.1. Apellidos y Nombres: VARGAS HUAMAN, ESAU  
 1.2. Cargo e institución donde labora: ASESOR DE TESIS  
 1.3. Nombre del instrumento motivo de evaluación: Guía de análisis documental  
 1.4. Autor(A) de Instrumento: Joselin Fiorella Seminario Cortilla

II. ASPECTOS DE VALIDACIÓN

CRITERIOS	INDICADORES	INACEPTABLE						MINIMAMENTE ACEPTABLE			ACEPTABLE			
		40	45	50	55	60	65	70	75	80	85	90	95	100
1. CLARIDAD	Esta formulado con lenguaje comprensible.											✓		
2. OBJETIVIDAD	Esta adecuado a las leyes y principios científicos.											✓		
3. ACTUALIDAD	Esta adecuado a los objetivos y las necesidades reales de la investigación.											✓		
4. ORGANIZACIÓN	Existe una organización lógica.											✓		
5. SUFICIENCIA	Toma en cuenta los aspectos metodológicos esenciales.											✓		
6. INTENCIONALIDAD	Esta adecuado para valorar las categorías.											✓		
7. CONSISTENCIA	Se respalda en fundamentos técnicos y/o científicos.											✓		
8. COHERENCIA	Existe coherencia entre los problemas, objetivos, supuestos jurídicos											✓		
9. METODOLOGÍA	La estrategia responde una metodología y diseño aplicados para lograr verificar los supuestos.											✓		
10. PERTINENCIA	El instrumento muestra la relación entre los componentes de la investigación y su adecuación al Método Científico.											✓		

III. OPINIÓN DE APLICABILIDAD

- El Instrumento cumple con los Requisitos para su aplicación
- El Instrumento no cumple con Los requisitos para su aplicación

Si

IV. PROMEDIO DE VALORACIÓN :

90 %

Lima, 12 de setiembre del 2017

  
 FIRMA DEL EXPERTO INFORMANTE

DNI No. 21092221 Telf.: 969415453



## VALIDACIÓN DE INSTRUMENTO

## I. DATOS GENERALES

- 1.1. Apellidos y Nombres: César Rodríguez Jesú
- 1.2. Cargo e institución donde labora: Docente
- 1.3. Nombre del instrumento motivo de evaluación: Guía de análisis documental
- 1.4. Autor(A) de Instrumento: Joselin Fiorillo Seminario Castilla

## II. ASPECTOS DE VALIDACIÓN

CRITERIOS	INDICADORES	INACEPTABLE						MINIMAMENTE ACEPTABLE			ACEPTABLE			
		40	45	50	55	60	65	70	75	80	85	90	95	100
1. CLARIDAD	Esta formulado con lenguaje comprensible.													✓
2. OBJETIVIDAD	Esta adecuado a las leyes y principios científicos.													✓
3. ACTUALIDAD	Esta adecuado a los objetivos y las necesidades reales de la investigación.													✓
4. ORGANIZACIÓN	Existe una organización lógica.													✓
5. SUFICIENCIA	Toma en cuenta los aspectos metodológicos esenciales													✓
6. INTENCIONALIDAD	Esta adecuado para valorar las categorías.													✓
7. CONSISTENCIA	Se respalda en fundamentos técnicos y/o científicos.													✓
8. COHERENCIA	Existe coherencia entre los problemas, objetivos, supuestos jurídicos													✓
9. METODOLOGÍA	La estrategia responde una metodología y diseño aplicados para lograr verificar los supuestos.													✓
10. PERTINENCIA	El instrumento muestra la relación entre los componentes de la investigación y su adecuación al Método Científico.													✓

## III. OPINIÓN DE APLICABILIDAD

- El Instrumento cumple con los Requisitos para su aplicación
- El Instrumento no cumple con Los requisitos para su aplicación

200  
100

## IV. PROMEDIO DE VALORACIÓN :

100%

Lima, 12 de setiembre del 2017

*[Firma manuscrita]*

FIRMA DEL EXPERTO INFORMANTE

DNI No. 7.888.888 Cel. 987.654.321ABOGADA  
C.A.L. N° 43262



## VALIDACIÓN DE INSTRUMENTO

## I. DATOS GENERALES

- 1.1. Apellidos y Nombres: Dellesteros Gordo, Miroslava  
 1.2. Cargo e institución donde labora: Docente  
 1.3. Nombre del instrumento motivo de evaluación: Guía de análisis documental  
 1.4. Autor(A) de Instrumento: Jocelin Fiorella Seminario Castilla

## II. ASPECTOS DE VALIDACIÓN

CRITERIOS	INDICADORES	INACEPTABLE					MINIMAMENTE ACEPTABLE			ACEPTABLE				
		40	45	50	55	60	65	70	75	80	85	90	95	100
1. CLARIDAD	Esta formulado con lenguaje comprensible.													X
2. OBJETIVIDAD	Esta adecuado a las leyes y principios científicos.												X	
3. ACTUALIDAD	Esta adecuado a los objetivos y las necesidades reales de la investigación.												X	
4. ORGANIZACIÓN	Existe una organización lógica.												X	
5. SUFICIENCIA	Toma en cuenta los aspectos metodológicos esenciales												X	
6. INTENCIONALIDAD	Esta adecuado para valorar las categorías.												X	
7. CONSISTENCIA	Se respalda en fundamentos técnicos y/o científicos.												X	
8. COHERENCIA	Existe coherencia entre los problemas, objetivos, supuestos jurídicos												X	
9. METODOLOGÍA	La estrategia responde una metodología y diseño aplicados para lograr verificar los supuestos.												X	
10. PERTINENCIA	El instrumento muestra la relación entre los componentes de la investigación y su adecuación al Método Científico.												X	

## III. OPINIÓN DE APLICABILIDAD

- El Instrumento cumple con los Requisitos para su aplicación
- El Instrumento no cumple con Los requisitos para su aplicación

SI

## IV. PROMEDIO DE VALORACIÓN :

95 %
------

Lima, 12 de setiembre del 2017

FIRMA DEL EXPERTO INFORMANTE

DNI No. 028355521 e/lf: 997394615

## ANEXO 3: INSTRUMENTOS

### GUÍA DE ENTREVISTA

Dirigido a los operadores de justicia

TÍTULO:

#### LA NECESARIA REGULACIÓN DE LA OVODONACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO EN SALVAGUARDA DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

*INDICACIONES:* El presente instrumento pretende recopilar su información respecto a diversos temas referentes a la necesaria regulación de la ovodonación en el Perú. Para lo cual se pide responder las siguientes preguntas con neutralidad y precisión, sin ser necesario el uso de citas textuales.

Entrevistado: \_\_\_\_\_

Cargo: \_\_\_\_\_

Institución: \_\_\_\_\_

#### OBJETIVO GENERAL:

Determinar la necesidad de modificar el artículo 7 de la ley general de la salud a fin de establecer una regulación adecuada para la ovodonación en nuestro ordenamiento jurídico.

#### Preguntas:

1) ¿Cuál es su conocimiento acerca de la ovodonación y su regulación en el Perú?

---

---

---

---

---

---

---

---

- 2) ¿Considera que es adecuado que se permita la práctica de la ovodonación en nuestro país?

---

---

---

---

---

---

---

- 3) ¿Considera que la ovodonación debería de estar regulada dentro de una ley específica acerca de las técnicas de reproducción asistida?

---

---

---

---

---

---

---

**OBJETIVO ESPECÍFICO 1:**

Determinar la manera en que la falta de regulación de la ovodonación vulnera el interés superior del niño.

**Preguntas:**

- 4) ¿Qué es el interés superior del niño?

---

---

---

---

---

---

---

5) ¿Cree Ud. que la falta de regulación específica de la ovodonación vulneraría el interés superior del niño ante un conflicto proveniente de su práctica?

---

---

---

---

---

---

---

6) ¿Qué medidas considera Ud. que se deben tomar en cuenta para no vulnerar el principio de interés superior del niño ante la resolución de conflictos provenientes de la práctica de la ovodonación?

---

---

---

---

---

---

---

## OBJETIVO ESPECÍFICO 2

Establecer la manera en que el artículo 7 de la ley general de la salud vulnera los derechos de las mujeres que practican la ovodonación.

### **Preguntas:**

7) ¿Qué derechos de la mujer que practica la ovodonación considera Ud. que se verían afectados ante el vacío legal que existe en el artículo 7 de la ley general de la salud?

---

---

---

---

---

---

---

8) ¿Cuál es su opinión respecto a que se declare la maternidad ilegal a la mujer que practique la ovodonación debido a que esta no es madre biológica sino solo gestante?

---

---

---

---

---

---

---

9) ¿Considera Ud. que sería discriminatorio que solo se permita la donación de material genético masculino y no femenino?

---

---

---

---

---

---

---

**OBJETIVO ESPECIFICO 3**

Determinar la manera de garantizar la protección de los derechos de las mujeres que recurren a la práctica de la ovodonación y los del menor procreado por medio de ella.

**Preguntas:**

10) Según su opinión ¿En caso de generarse una controversia con respecto a las prácticas de la ovodonación que aspectos se deberían considerar para resolverla?

---

---

---

---

---

---

---

11) ¿cuál considera Ud. que debería ser la forma de regular el procedimiento de la práctica de la ovodonación en nuestro país de manera que no se vean vulnerados los derechos del ser procreado mediante ella y el de la mujer que la práctica?

---

---

---

---

---

---

---

12) ¿Considera Ud. que el desconocimiento del origen biológico del menor por parte de la madre debido a la procreación de este por medio de la ovodonación generaría problemas jurídicos?

---

---

---

---

---

---

---

Firma: \_\_\_\_\_

## GUÍA DE ANÁLISIS DOCUMENTAL

### TITULO

#### LA NECESARIA REGULACIÓN DE LA OVODONACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO EN SALVAGUARDA DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

**Investigadora:** Jocelin Fiorella Seminario Costilla

### OBJETIVO GENERAL

Determinar la necesidad de modificar el artículo 7 de la ley general de la salud a fin de establecer una regulación adecuada para la ovodonación en nuestro ordenamiento jurídico.

#### I. PRESENTACIÓN DEL CASO

**CAS. N° 5003-2007 LIMA.**

**Materia:** Recurso de Casación

**Interpuesta por:** Mónica Cedelinda Oblitas Chicoma en representación de su menor hijo Olsen Fabrizio Quispe Oblitas.

**Contra:** resolución que declara improcedente demanda de impugnación de maternidad

#### II. FORMULACIÓN DEL CASO

La Casación 5003-2007 es interpuesta por una señora la cual actúa en representación de su hijo, buscando que se impugne la maternidad respecto a la primera pareja de su esposo, quien procreo una niña mediante la técnica de la ovodonación, usando los óvulos donados y el esperma de su expareja, el ahora esposo de la demandante, pero que según argumenta ella fue sin su consentimiento, señalando los artículos 45° y 399° del código Civil. Argumenta también que se debe impugnar la maternidad ya que la madre de la pequeña es solo gestante más no la madre biológica, lo que estaría prohibido según el artículo 7 de la ley general de la salud, por lo que se estaría afectando el derecho e identidad de la menor.

#### III. ARGUMENTOS DEL FALLO

Consideran que existe interés para obrar procesalmente respecto al menor que es representado por su madre y el cual pide la impugnación de maternidad, ya que mediante un examen de ADN se determinó que ambos menores son hermanos, además que argumentan que se ha transgredido lo dispuesto por el artículo 7 de la ley general de la salud y se estaría afectando la identidad de la menor, por lo que declararon fundada la casación.

#### IV. **ANÁLISIS CRÍTICO**

Considero que no fue adecuado declarar fundada la demanda, ya que se argumenta que se transgredió la disposición del artículo 7 de la ley general de la salud, contiene un vacío legal con respecto a la ovodonación, puesto que este no la prohíbe pero tampoco establece que este permitida, por lo que al tomar esa decisión también se afectaría la identidad del menor y así mismo el interés superior del niño, puesto que le quitarían el vínculo legal con una persona que ya considera su madre, por más que no sea la biológica.

#### V. **CONCLUSIÓN**

Resulta complicado resolver problemas jurídicos provenientes de las prácticas de las técnicas de reproducción asistida, por lo que es necesario una adecuada regulación, en la cual se pueda permitir la ovodonación ya que es una alternativa para poder solucionar los problemas de infertilidad de muchas mujeres.

## GUÍA DE ANÁLISIS DOCUMENTAL

### TITULO

#### LA NECESARIA REGULACIÓN DE LA OVODONACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO EN SALVAGUARDA DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

**Investigadora:** Jocelin Fiorella Seminario Costilla

### OBJETIVO GENERAL

Determinar la necesidad de modificar el artículo 7 de la ley general de la salud a fin de establecer una regulación adecuada para la ovodonación en nuestro ordenamiento jurídico.

#### **I. PRESENTACIÓN DEL CASO**

**CAS. N° 4323-2010**

**Materia:** Recurso de Casación

**Interpuesto por:** PRANOR SRL (Instituto de Ginecología y Reproducción – Clínica de Fertilidad Asistida y Ginecología Concebir)

**Contra:** La sentencia de vista expedida por la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima

#### **II. FORMULACIÓN DEL CASO**

Se interpone el recurso de casación por PRANOR SRL basándose en las siguientes causales: a) Infracción normativa procesal del artículo 50 inciso 6) del Código Procesal Civil y, b) Infracción normativa por interpretación errónea del artículo 7 de la Ley número 26842 –Ley General de Salud- pues se alega que se ha vulnerado su derecho a una sentencia debidamente motivada, al considerar un fallo inadecuado con respecto a las TERAS, puesto que se tendría como prohibida la ovodonación, cosa que según lo que se indica en esta casación no sería correcto ya que no existe una norma que lo prohíba, asimismo que la sala yerra al declarar como prohibida la ovodonación puesto que la condición existente en el artículo 7 de la ley general de la salud, estaría direccionado hacia el tema del vientre de alquiler.

#### **III. ARGUMENTOS DEL FALLO**

Se declara fundado el recurso de casación puesto que, según lo que indica la casación la técnica de la ovodonación no estaría prohibida, ya que se sustentan en el axioma jurídico de que *“todo lo que no está prohibido está permitido”*, reconocido por el Tribunal Constitucional, asimismo se dio por infundada la nulidad de acto jurídico, referente a los documentos de

autorización de la fertilización in viro, ya que la pareja que practico la técnica de ovodonación dejo firmado que la donación de sus gametos reproductivos eran para la realización de la técnica de reproducción asistida de fecundación in vitro, además en una de las cláusulas se corrobora que esta pareja leyó el documento que suscriben.

#### **IV. ANÁLISIS CRITICO**

Considero que es adecuado que se tenga como permitida la técnica de la ovodonación, puesto que es una alternativa que puede ayudar a las mujer con problemas de infertilidad a poder procrear, sin embargo en este caso es algo confuso que el articulo 7 tenga una condición que podría dar a entender que esta técnica está prohibida y por otro lado se recurra a este axioma por medio del cual se tenga como permitida la ovodonación, si bien en esta casación se considera así, existe otra en la que se interpreta como prohibida, quedando un gran vacío legal acerca de esta técnica, por lo cual considero que no es suficiente que se pueda tener esta jurisprudencia en torno a la ovodonación, ya que si bien aquí lo permite, de la práctica de esta técnica podrían volver a surgir conflictos que es difícil resolver sin una norma adecuada acerca de la ovodonación y las demás TERAS.

#### **V. CONCLUSIÓN**

Existe un vacío legal que hace difícil el tratamiento de la técnica de la ovodonación en nuestro país, por lo que es necesario determinar si esta técnica está realmente prohibida o permitida, por lo tanto, es necesario un sustento jurídico adecuado que pueda resolver esta problemática, de manera que los derechos de los menores que están siendo procreados por medio de esta técnica no se vean afectados, ni tampoco las parejas que buscan en las TERAS una alternativa para poder ser padres.

## **ANEXO 4: CASACIONES DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LIMA**

### **CASACIÓN N° 5003-2007-LIMA**

**CAS. N° 5003-2007 LIMA.** Lima, seis de mayo del dos mil ocho. **LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA,** vista la causa número cinco mil tres- dos mil siete, en la fecha y producida la votación con arreglo a ley, emite la siguiente sentencia:

**1.- MATERIA DEL RECURSO:** Se trata del recurso de casación interpuesto por doña Mónica Cedelinda Oblitas Chicoma 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 OlsenFabrizio 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**

## CAS. N° 4323-2010 LIMA

Lima, once de agosto de dos mil once. -

### LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE LA

**REPÚBLICA**; vista la causa número cuatro mil trescientos veintitrés de dos mil diez en audiencia pública llevada a cabo en el día de la fecha y producida la votación con arreglo a Ley, emite la siguiente sentencia:

#### I. MATERIA DEL RECURSO:

Se trata del recurso de casación interpuesto por PRANOR SRL (Instituto de Ginecología y Reproducción – Clínica de Fertilidad Asistida y Ginecología Concebir) contra la sentencia de vista expedida por la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, su fecha treinta y uno de agosto de dos mil diez, la cual revoca la apelada que declaró infundada la demanda de nulidad de acto jurídico y reformando la declara fundada.

#### II. FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE DECLARÓ PROCEDENTE EL RECURSO:

Esta Sala Suprema mediante resolución de fecha treinta y uno de marzo de dos mil once, declaró procedente el recurso de casación interpuesto por las siguientes causales: **a) Infracción normativa procesal del artículo 50 inciso 6) del Código Procesal Civil**, alega el recurrente que se ha vulnerado su derecho a obtener una sentencia debidamente motivada, al considerar que el fallo contiene una indebida y adecuada motivación en el tema de técnicas de reproducción asistida (TERAS) pues se ha sustentado en un hecho falso cual es que el artículo 7 de la Ley General de Salud supuestamente “prohibiría” la ovodonación, lo cual no es así, pues en ningún país del mundo se encuentra prohibida, y en el Perú no existe ninguna norma especial que la prohíba, por lo que se debió interpretar dicho dispositivo en forma sistemática; y, **b) Infracción normativa por interpretación errónea del artículo 7 de la Ley número 26842 –Ley General de Salud-**, señala que la Sala yerra al considerar que dicha disposición prohibía la “ovodonación” cuando por el contrario, dicha norma al señalar que la condición de madre genética y madre gestante debe recaer sobre la misma persona, realmente se refiere al denominado “vientre de alquiler”, precisando que la Sala se equivoca cuando indica que los declarantes estaban autorizando la realización de un procedimiento contrario al orden público, refiriéndose a la cláusula cuatro del convenio, sin embargo ello no es verdad, porque en ninguna parte del artículo en comento establece una

prohibición explícita de la ovodonación, por tanto, dicha técnica no se encuentra prohibida en el Perú ni en otra parte del mundo

### III. CONSIDERANDO:

**PRIMERO.** - Que estando a la calificación de procedencia del recurso, en el que se comprende la infracción procesal y material, debe analizarse previamente la causal adjetiva o de error in procedendo denunciada, pues debido a su naturaleza y a los efectos que produce, de manera que, si mereciera ser amparada por infracción al debido proceso, entonces carecería de objeto pronunciarse respecto a la causal sustantiva por ser incompatibles con aquellas

**SEGUNDO.** - Que, en tal sentido, la infracción normativa procesal es sancionada ordinariamente con nulidad procesal, la misma que se entiende como aquel estado de anormalidad del acto procesal, originado en la carencia de algunos de sus elementos constitutivos o en vicios existentes sobre ellos que potencialmente los coloca en la situación de ser declarados judicialmente inválidos. El estado de nulidad potencial no puede afectar el debido proceso ya sea por ser subsanable el vicio, por convalidación o porque el acto cumplió con su finalidad. La garantía al debido proceso implica también el administrar justicia de acuerdo a las normas procesales, ya sea porque en razón a su texto, son consideradas imperativas o de estricto cumplimiento, consecuentemente, está sancionada su omisión o cumplimiento deficiente con la respectiva declaración de nulidad, siendo ello así, es tarea de esta Suprema Sala revisar si se vulneraron o no las normas que establecen expresamente un determinado comportamiento procesal con carácter de obligatoriedad, en cuyo caso debe disponerse la anulación del acto procesal viciado.

**TERCERO.-** Que, en el presente caso, se advierte que la sentencia recurrida revoca la sentencia apelada y reformando declara fundada la demanda por considerar que de acuerdo al convenio de realización de técnicas de reproducción asistida, la fecundación se realiza mediante técnica denominada FIV TE, que consiste en que el semen extraído y capacitado del esposo, se combina con el óvulo donado (técnica de ovodonación), llevándose a cabo la fecundación en un plato de laboratorio; agrega que, en dicha técnica los gametos a utilizar son provenientes de terceros, donados de manera anónima, y sin ánimo de lucro comprometiéndose las partes a no indagar sobre la procedencia del donante ni a la identidad del usuario, lo cual configura un procedimiento contrario a lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley de Salud.

**CUARTO.** - Que, respecto a la denuncia procesal referida a la infracción al deber de motivación contenido en el artículo 50 inciso 6) del Código Procesal Civil, que dispone "Son deberes de los Jueces en el proceso: 6. Fundamentar los autos y las sentencias, bajo sanción de nulidad, respetando los principios de jerarquía de las

normas y el de congruencia”. Al respecto conviene precisar que, la obligación de motivar debidamente como dice Ignacio Colomer, “es un principio constitucional y pilar esencial de la jurisdicción democrática”. Y es que a diferencia del Antiguo Régimen, en el que los órganos judiciales no estaban llamados a dar cuenta de la interpretación y aplicación del Derecho, esto no puede considerarse admisible en una sociedad democrática, en la que justicia, igualdad y libertad ascienden a la dignidad de principios fundamentales.<sup>1</sup> La obligación de motivar cumple la finalidad de evidenciar que el fallo es una decisión razonada en términos de Derecho y no un simple y arbitrario acto de voluntad de quien está llamado a juzgar, en ejercicio de un rechazable -en nuestra opinión- absolutismo judicial<sup>2</sup>.

**QUINTO.** - Que, bajo ese marco normativo corresponde evaluar si la sentencia de vista vulnera el derecho a la motivación de resoluciones judiciales, siendo así, se advierte que el agravio del recurrente se sustenta en la indebida motivación de la sentencia de vista respecto al tema de técnicas de reproducción asistida, por cuanto la impugnada se sustenta en un hecho falso que sería la prohibición dispuesta en el artículo 7 de la Ley General de Salud. En ese sentido, se aprecia que dicho agravio no encuadra en el supuesto de indebida motivación por cuanto el Ad quem a su criterio ha desarrollado un análisis respecto a la implicancia y trascendencia de la citada disposición; asimismo, este Supremo Tribunal verifica que en efecto, si bien los considerandos tercero y cuarto de la sentencia recurrida contienen una fundamentación mínima respecto a la materia controvertida, sin embargo la parte resolutive se condice con la parte expositiva, además, dicho agravio constituye un cuestionamiento sobre el fondo del asunto que no procede analizar a través de una causal procesal, más aún, si tal agravio ha sido denunciado en la causal de infracción normativa material que en adelante se examinará; por consiguiente, la presente causal deviene infundada.

**SEXTO.-** Que, habiendo sido desestimada la causal in procedendo, corresponde resolver la causal in iudicando, respecto a la infracción normativa por interpretación errónea del artículo 7 de la Ley 26842, en ese sentido, conviene precisar que dicha disposición señala: “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,

---

<sup>1</sup> 1 COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio. La motivación de las sentencias, sus exigencias constitucionales y legales, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 60-71. Colomer señala que “(...) el paso del Antiguo Régimen al diseño liberal ha tenido su vértice en la sumisión del juez a la ley, y esta a su vez ha sido garantizada por la necesidad de justificación de las decisiones judiciales”, p. 71

<sup>2</sup> 2 MILLIONE, Cirio. El derecho a obtener una resolución de fondo en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional Español, en: <http://www.uco.es/derechoconstitucional/investigacion/documents/derecho-obtener-resolucion-cirio-milione.pdf>, p. 16

se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos. Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos.”; en ese contexto, se puede advertir que nuestra legislación admite las técnicas de reproducción asistida -TERAS-, por lo que conviene señalar que tal y como se les ha reconocido en la declaración de Mónaco, sobre bioética y derechos del niño, son métodos supletorios no alternativos. Supletorios, pues buscan superar una deficiencia biosíquica que impide a la pareja tener descendencia cuando otros métodos han fracasado<sup>3</sup>; al respecto resulta oportuno indicar que existen dos tipos de TERAS: a) inseminación artificial y b) fecundación in vitro, siendo que en el primer caso, el semen es introducido en la vagina de la mujer, siendo homóloga cuando el donante del material es el cónyuge o concubino y heteróloga cuando el donante es un tercero cuyas células reproductivas han sido obtenidas de un banco, mientras que en la fecundación in vitro, el espermatozoide y óvulo son unidos en un laboratorio y luego implantado en las entrañas de la madre para dar lugar a la gestación, siendo este último supuesto el caso de autos.

**SÉPTIMO.-** Que, debemos observar que la inseminación artificial permite la posibilidad de la maternidad subrogada o vientre en alquiler, lo cual no es nuestro caso y que además no se encuentra reconocida legalmente en nuestro país, sin embargo, los hechos acaecidos tienen sustento en la técnica de reproducción asistida, denominada ovodonación en virtud de la cual la mujer puede gestar, pero es incapaz de ovular, por lo que se requiere de una donante para que le ceda el óvulo necesitado, al respecto se debe señalar que si bien dicho procedimiento no se encuentra legislado, sin embargo en virtud al axioma jurídico de que “todo lo que no está prohibido está permitido”, reconocido por el Tribunal Constitucional: “En el ámbito del derecho constitucional opera el apotegma jurídico que dice que “sólo le está permitido al Estado aquello que expresamente le ha sido conferido” ello a diferencia de lo dispuesto para la ciudadanía, la que se rige por el principio de que “aquello que no está prohibido, está permitido”<sup>4</sup>., por consiguiente el aludido procedimiento de “ovodonación” no es ilícito ni constituye delito, constituyendo más bien un vacío normativo y jurisprudencial.

**OCTAVO.-** Que, habiendo quedado establecido que el proceso de fecundación cuestionado no deviene ilegal, corresponde verificar si los actos jurídicos contenidos en los documentos denominados Autorización de Fertilización In Vitro y Transferencia embrionaria, y Convenio de realización de Técnica de Reproducción Asistida, se encuentran inmersos en causal de nulidad, en ese sentido se aprecia de la cláusula cuarta del segundo documento que los intervinientes (demandante y demandada) admiten expresamente “Que tal fecundación se realizará mediante la

---

<sup>3</sup> VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, Derecho Genético, Cuarta Edición, Editorial GRIJLEY. Lima 2001. página 167.

<sup>4</sup> 4 EXP. N.º 0013-2003-CC/TC, fundamento 10.6 literal b).

técnica de reproducción asistida denominada FIV TE la cual consiste en que el semen extraído y capacitado de EL ESPOSO, se combina con el óvulo donado, también previamente recogido en un plato de laboratorio donde se lleva a cabo la fecundación. Los gametos para utilizar son provenientes de terceros donados de manera anónima, y sin ánimo de lucro. (...)” y en la cláusula octava declaran haber leído el documento que suscriben, lo cual lo configura una manifestación de voluntad válida y además ratificada en el documento denominado autorización de Fertilización In Vitro y Transferencia Embrionaria; no debe dejar de mencionarse que como consecuencia del proceso de fecundación se produjo el nacimiento de una niña, quien resulta protegida en virtud a lo dispuesto en el artículo 1 del Código Civil, artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y artículos 2, 3, 6 y 12 de la Convención sobre los derechos del niño, que regulan los principios rectores sobre el interés superior del niño; en tal sentido se cumplen con los requisitos previstos en el artículo 140 del Código Civil; Por consiguiente, lo resuelto por la Sala Superior no se ajusta a derecho, correspondiendo declarar fundado el recurso de casación, casar la sentencia de vista y en sede de instancia confirmar la sentencia apelada.

#### **IV. DECISIÓN:**

Por estos fundamentos y de conformidad con lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 396 del Código Procesal Civil:

- a) Declararon **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto a fojas mil sesenta y nueve por PRANOR SRL (Instituto de Ginecología y Reproducción – Clínica de Fertilidad Asistida y Ginecología Concebir), por consiguiente, **NULA** la sentencia de vista expedida por la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, su fecha treinta y uno de agosto de dos mil diez, la cual revoca la sentencia apelada y reformándola declaró fundada la demanda
- b) **Actuando en sede de instancia: CONFIRMARON** la sentencia apelada, su fecha quince de diciembre de dos mil ocho, emitida por el Cuadragésimo Sexto Juzgado Especializado en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró infundada la demanda de nulidad de acto jurídico, con lo demás que contiene
- c) **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano”, bajo responsabilidad; en los seguidos por Custodio Olsen Quispe Condori, con PRANOR SRL (Instituto de Ginecología y Reproducción – Clínica de Fertilidad Asistida y Ginecología Concebir) y María Alicia Alfaro Dávila, sobre nulidad de acto jurídico; y los devolvieron, intervino como ponente, el señor Juez Supremo Vinatea Medina. -

**SS.**

**ALMENARA BRYSON**

**DE VALDIVIA CANO**

**VINATEA MEDINA**

**CASTAÑEDA SERRANO**

moc

**LOS FUNDAMENTOS DEL VOTO EN DISCORDIA DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO WALDE JAUREGUI ES COMO SIGUE: CONSIDERANDO.**

**PRIMERO.** - Que, al concurrir causales de infracción normativa por vicios in iudicando e in procedendo, corresponde verificar primero si se ha configurado o no ésta última causal, pues en case de ser estimada, se dispondría el reenvío de la causa al estadio procesal correspondiente, impidiendo que sea factible el análisis de las normas materiales en las que se sustenta o debió sustentarse la resolución recurrida. **SEGUNDO.**- Que, la doctrina ha conceptualizado el debido proceso como un derecho humano o fundamental que asiste a toda persona por el sólo hecho de serlo, y que le faculta a exigir al Estado un juzgamiento imparcial y justo ante un Juez responsable, competente e independiente, toda vez que el Estado no solamente está en el deber de proveer la prestación jurisdiccional a las partes o terceros legitimados, sino a proveerla con determinadas garantías mínimas que le aseguren tal juzgamiento imparcial y justo, en tanto que el debido proceso sustantivo no sólo exige que la resolución sea razonable, sino esencialmente justa. **TERCERO.**- Que, el inciso 5 del artículo 139 de la Constitución Política vigente, recoge el principio y derecho de la función jurisdiccional de observar la debida motivación de las resoluciones judiciales, mediante el cual el juzgador debe exponer las consideraciones que fundamentan la subsunción de los hechos en los supuestos hipotéticos de las normas jurídicas que fueron aplicadas, dando lugar a la actividad denominada construcción del razonamiento judicial, la misma que sirve de punto de apoyo a la declaración jurisdiccional; de otra manera, la sentencia no podría operar en el convencimiento de las partes ni de los ciudadanos en general, ni podría permitir control correspondiente de los órganos de instancia superior por la vía de los recursos previstos en la ley procesal, instados por los justiciables. **CUARTO.** - Que, asimismo, el inciso 6 del artículo 50 del Código Procesal Civil, desarrollado el principio aludido, prescribe que para su validez y eficacia, las resoluciones judiciales deben contener la relación correlativamente enumerada de los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan su decisión la que se ajusta al mérito de lo actuado y al derecho, sancionando con nulidad su inobservancia. **QUINTO.** - Que, es del caso tener presente que la motivación de las sentencias como vicio procesal tiene dos manifestaciones: 1) La falta de motivación; y, 2) La

defectuosa manifestación, la cual dé se divide en tres agravios procesales: a) Motivación aparente; b) Motivación insuficiente; y,

c) Motivación defectuosa en sentido estricto; en ese orden de ideas, la doctrina señala, según Olsen Ghirardi, que existen hasta tres tipos de vicios vinculados a la motivación, a saber, la motivación aparente, la cual se da cuando la decisión se basa en pruebas no actuados o en hechos no ocurridos; la motivación insuficiente, que se presenta cuando vulnera el principio de la razón suficiente y la motivación propiamente defectuosa, la cual se da cuando el razonamiento del juez viola los principios lógicos y las reglas de la experiencia. Los vicios o errores en el razonamiento son denominados en la doctrina como “errores in cogitando”.

**SEXTO.-** Que, examinados los argumentos expuestos por el impugnante, es del caso precisar que denuncia, bajo la causal de Infracción Normativa Procesal, la vulneración del deber de motivar adecuadamente la sentencia recurrida, por lo que corresponde analizar la resolución objeto del presente recurso, de la que se constata la afirmación del Colegiado Superior de Revocar la sentencia apelada de fojas seiscientos doce, de fecha quince de diciembre del dos mil ocho, que declara infundada la demanda, reformándola declara Fundada la misma; en consecuencia, Nulos los actos jurídicos contenidos en la Autorización de Fertilización In Vitro y Transferencia Embrionaria del cinco de agosto de dos mil cinco y en el Convenio de Técnicas de Reproducción Asistida de fecha dieciocho de agosto de dos mil cuatro, bajo los siguientes fundamentos expuestos en el considerando tercer y cuarto de dicha resolución: “**TERCERO:** Absolviendo los agravios contenidos en los apartados a) y b) del considerando anterior, debemos señalar que en efectos el denominado “Convenio de Realización de Técnicas de Reproducción Asistida” señala en su Cláusula Cuarta los siguiente (...). Por consiguiente, resulta evidente que los declarantes estaban autorizados la realización de un procedimiento contrario a una norma prohibitiva como el artículo 7 de la Ley General de Salud anteriormente citada. En consecuencia, el “Convenio de Realización de Técnicas de Reproducción Asistida” debe ser declarado nulo por violación del Artículos V del Título Preliminar del Código Civil”; **CUARTO:** En cuanto al acto jurídico denominado “Autorización de Fertilización In Vitro y Transferencia Embrionaria” debe relevarse que, igualmente, contiene una autorización pata que en el procedimiento de reproducción asistida puedan utilizarse gametos provenientes de terceros o del Banco de Gametos, los que luego de ser fecundados serían transferidos al útero de la mujer. Por consiguiente, también este acto jurídico transgrede una norma de orden público como resulta ser el artículo 7 de la Ley General de Salud”. **SÉTIMO.-** Que, en tal orden de ideas, analizado tal razonamiento se concluye que efectivamente el Colegiado Superior incurre en “error in cogitando”, concretamente, en motivación insuficiente, al no haber justificado los motivos que llevaron a interpretar la norma contenida en el artículo 7 en base a los parámetros que la lógica exige como son: a) Determinación del sentido que tiene cada uno de los elementos que integran el supuesto de hecho de la proposición normativa, que se

realizara mediante la utilización por parte del juzgador de algunos de los criterios hermenéuticos legalmente previstos, de ahí que sea necesario exigir a todo juez una adecuada indicación del criterio empleado para reconstruir el significado, especialmente cuando se utilicen criterios interpretativos distintos al gramatical; b) La atribución de una carga de valor a los conceptos indeterminados que aparezcan en los supuestos de hecho normativo, que implica razonabilidad; c) El esclarecimiento de las consecuencia, que la norma liga con el supuesto de hecho que se realiza mediante la utilización por parte del juzgador de alguno de los criterio hermenéuticos legalmente previstos; d) La adopción de una decisión por parte del intérprete (el Juzgador) cuando la consecuencia, establecida por la norma no esté plenamente determinada. **OCTAVO.-** Que, consecuentemente, al no esgrimirse los motivos que llevaron a determinar que la técnica FIV – TE Modalidad de Ovodonación resulta ser un acto contrario al ordenamiento jurídico, al no existir una justificación adecuada de la decisión adoptada, en tanto, se requiere verificar las motivaciones que llevaron a la Sala Superior establecer que los hechos que sirven de base a la decisión se encuentran contenidos en el supuesto normativo contenido en la norma conforme a los parámetros interpretativos citados en el considerado que precede – lo que resulta ser de ineludible exigencia para una correcta justificación de la decisión adoptada –, es pertinente ordenarse la emisión de un nuevo fallo, máxime si un pronunciamiento como el emitido transgrede los principios del debido proceso y la motivación de las resoluciones judiciales; por lo que en ejercicio de la facultad nulificante del juzgador prescrita en el artículo 176 del Código Procesal Civil, corresponde anular la resolución de vista a efectos que la Sala Superior emita nuevo pronunciamiento teniendo en cuenta las consideraciones de la presente resolución. **NOVENO.** - Que, en virtud de las razones expuesta, el presente medio impugnatorio debe ser amparado por verificarse el error in procedendo denunciado, careciendo de objeto el emitir pronunciamiento respecto de la norma cuya Infracción Normativa Sustantiva denuncian los recurrentes, tomando en cuenta los efectos de un fallo anulatorio como el de autos. Por estos fundamentos: **MI VOTO** es porque se declare: **FUNDADO** el recurso de casación; en consecuencia, **NULA** la sentencia de vista contenida en la resolución obrante a fojas novecientos setenta y nueve, de fecha treinta y uno de agosto de dos mil diez; y, **ORDENAR** el reenvío de los autos a la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima a fin de que expida nueva resolución con arreglo a ley; en los seguidos por Custodio Olsen Quispe Condori, con PRANOR SRL (Instituto de Ginecología y Reproducción – Clínica de Fertilidad Asistida y Ginecología Concebir) y María Alicia Alfaro Dávila, sobre nulidad de acto jurídico. Lima, once de agosto de dos mil once

**S.**

**WALDE JAUREGUI**