



**UNIVERSIDAD NACIONAL
PEDRO RUIZ GALLO
ESCUELA DE POSGRADO**



**MAESTRÍA EN DERECHO CON MENCIÓN EN CIVIL
Y COMERCIAL**

**Filiación por voluntad procreativa derivada de las técnicas de
reproducción humana asistida y el interés superior del niño**

TESIS

PRESENTADA PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRA EN
DERECHO CON MENCIÓN EN CIVIL Y COMERCIAL

AUTORA:

María Isabel Valderrama Saña

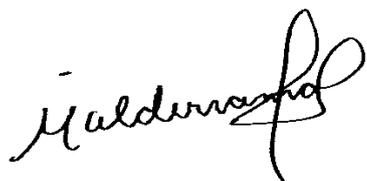
ASESOR:

Mg. Yzquiero Hernández Leopoldo

LAMBAYEQUE – PERU

2023

Filiación por voluntad procreativa derivada de las técnicas de reproducción humana asistida y el interés superior del niño



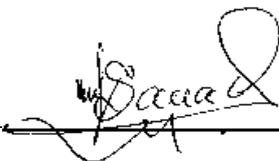
María Isabel Valderrama Saña
AUTORA



Mg. Yzquierdo Hernández Leopoldo
ASESOR

Presentada a la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo para optar el Grado de: MAESTRA EN DERECHO CON MENCIÓN EN CIVIL Y COMERCIAL.

APROBADO POR:



Dr. Miguel Arcángel Arana Cortez
PRESIDENTE



Dr. Freddy Widmar Hernández Rengifo
SECRETARIO



Mg. Carlos Manuel Antenor Cevallos De Barrenechea
VOCAL

ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TESIS

155

Siendo las once horas del día Seis de Julio del año Dos Mil veintitres, en la Sala de Sustentación de la Escuela de Posgrado de la

Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo de Lambayeque, se reunieron los miembros del Jurado, designados mediante Resolución N° 603-2023-EPG de fecha 30/06/2023, ^{Res. 630-2021} conformado por:

Dn. Miguel Arcángel Arias Cortez PRESIDENTE (A)
Dn. Freddy Widomar Hernández Bengifo SECRETARIO (A)
Mg. Carlos Manuel A. Revillas de Bonmedea VOCAL
Mg. Leopoldo Izquierdo Hernández ASESOR (A)

Con la finalidad de evaluar la tesis titulada "Filiación por voluntad procreativa derivada de las técnicas de reproducción humana asistida y el interés superior del niño" Asume la Presidencia Dn. Freddy Hernández R. y la Secretaría el Mg. Carlos Manuel A. Revillas de Bonmedea ^{MAESTRIA REITERADA del Dn. Miguel A. Arias Cortez (NI 110.1, TEP)} presentado por el (la) Tesisista María Isabel Valdeaviana Saña / (ley 27444) sustentación que es autorizada mediante Resolución N° 603-2023-EPG de fecha 30/06/23

El Presidente del jurado autorizó del acto académico y después de la sustentación, los señores miembros del jurado formularon las observaciones y preguntas correspondientes, las mismas que fueron abueltas por el (la) sustentante, quien obtuvo 18 puntos que equivale al calificativo de Muy bueno.

En consecuencia el (la) sustentante queda apto (a) para obtener el Grado Académico de: Maestría en Derecho con mención en Civil y Comercial.

Siendo las 12:04 horas del mismo día, se da por concluido el acto académico, firmando la presente acta.



PRESIDENTE



SECRETARIO

DEDICATORIA

A Dios, por guiar mi camino y darme la sabiduría suficiente para crecer.

A mis queridos padres que, con amor, dedicación, entendimiento y sacrificio me han apoyado en mi formación personal y profesional y quienes son el motivo más importante para cumplir mis metas.

A Ángel Fabián, Sthefano Rafael y Luhan Nicolás que, con su llegada, dieron más luz a mi vida.

A aquello que, sin buscar, lo encontré, lo elegí y lo volvería a elegir.

A la memoria de mamá Toya, por todos los bonitos momentos que pasamos juntas y quien desde el cielo sigue cuidando cada uno de mis pasos.

AGRADECIMIENTO

A mi asesor Leopoldo Yzquierdo Hernández, por la orientación recibida en la realización y culminación de esta investigación y sobre todo por sus valiosas aportaciones que contribuyeron para enriquecerla en su fondo y forma. A cada docente de la universidad que participó en la preparación de la Maestría de Derecho con mención en Civil y Comercial; de quienes me llevo grandes recuerdos y la gratitud por compartir con nosotros sus conocimientos.

ÍNDICE

DEDICATORIA	IV
AGRADECIMIENTO.....	V
RESUMEN	VIII
ABSTRACT	IX
INTRODUCCIÓN	X
CAP. I ANÁLISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO.....	14
1.1 UBICACIÓN	14
1.2 PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	15
1.2.1 Descripción de la realidad problemática	15
1.2.2 Como se manifiesta el problema	18
1.2.3 Formulación del Problema.....	20
1.2.3.1 Problema Principal	20
1.2.3.2 Problema Secundario.....	20
1.3 JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA	20
1.4 OBJETIVOS	22
1.4.1 Objetivo General	22
1.4.2 Objetivo Específicos	23
1.5 HIPÓTESIS Y VARIABLE	23
1.5.1 Hipótesis.....	23
1.5.2 Variables.....	24
1.5.2.1 Variable independiente.....	24
1.5.2.2 Variable Dependiente.....	25
1.6 METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN	26
1.6.1 Tipo de Investigación	26
1.6.2 Diseño de Investigación.....	27
1.6.3 Nivel de Investigación	27
1.6.4 Método de la Investigación.....	27
1.7 POBLACIÓN Y MUESTRA	27
1.7.1 Población.....	27
1.7.2 Muestra.....	27
1.8 TÉCNICAS E INSTRUMENTOS PARA LA RECOLECCIÓN DE DATOS	28
1.8.1 Fuentes	28
1.8.2 Técnica	28
1.8.3 Instrumentos	28

CAP. II MARCO TEÓRICO	30
2.1 ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN	30
2.2 BASE TEÓRICA	33
2.2.1 TÉCNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA	33
2.2.2 FILIACION DERIVADA DE LAS TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA	50
2.2.3 REGULACIÓN LEGAL DE LA FILIACIÓN POR VOLUNTAD PROCREATIVA DERIVADA DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA Y LA PROTECCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.....	66
CAP. III: ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS	80
3.1 PRESENTACIÓN DE CASOS	80
3.2 ANALISIS DE CASOS.....	93
3.3 COMPROBACION DE LA HIPOTESIS.....	94
3.3.1 LA NECESARIA REGULACION DE UNA NUEVA CLASE DE FILIACION POR VOLUNTAD PROCREATIVA DERIVADA DE LAS TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISITIDA.....	94
3.3.2 PROPUESTA DE LEGE FERENDA.....	98
CONCLUSIONES	101
RECOMENDACIONES	103
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	104
ANEXO.....	111

RESUMEN

Este informe investigativo está dedicado al análisis sobre la filiación por voluntad procreativa resultante de técnicas de reproducción humana asistida y el interés superior del niño. Esta temática se abordó, porque en la práctica en nuestro país los tratamientos con estas técnicas se ejecutan hace poco más de un siglo; no siendo ajeno a nuestro ordenamiento jurídico, que la posibilidad que se le ha dado a los seres humanos de conseguir su propósito de tener descendencia a través de estas técnicas; ha repercutido en el Derecho Civil; específicamente en el tema de filiación, pues estas técnicas no se encuentran adecuadamente reguladas, evidenciando la falta de tratamiento a las implicancias que pueda tenerse en el derecho familiar, evidenciándose una ausente protección del interés del recién nacido por estos procedimientos.

El desarrollo de la presente investigación, se trató los puntos más importantes para explicar la situación problemática, se abordaron los métodos de reproducción humana asistida, se analizó la filiación como resultado, desarrollando los tipos de filiación que se encuentran regulados en nuestra normatividad peruana, para posteriormente hacer hincapié en la determinación de la necesidad de que nuestra legislación regule una clase de filiación resultante del uso de estos métodos, por el libre albedrío procreativo de aquellos que recurren a ellas.

En base a lo mencionado precedentemente y lo analizado en la presente investigación se concluye que regulando en nuestro ordenamiento jurídico peruano una clase nueva de filiación por voluntad procreativa derivada de los técnicas de reproducción humana asistida, teniendo como base la voluntad procreativa, se coadyuvará a garantizar una mejor conservación del interés superiores del niño en procedimientos que discutan su filiación, conllevando a que los operadores de justicia tengan la línea jurídica marcada en cuanto y en tanto se presenten este tipo de problema. Esto se deduce del análisis exhaustivo de la doctrina y los casos judiciales y emblemáticos que se han presentado en nuestro País.

PALABRAS CLAVES: Técnica de Reproducción Humana Asistida, Filiación, Interés Superior del Niño.

ABSTRACT

This investigative report is dedicated to the analysis of the filiation by procreative will resulting from assisted human reproduction techniques and the best interests of the child. This topic was addressed, because in practice in our country treatments with these techniques have been carried out for just over a century; not being foreign to our legal system, that the possibility that has been given to human beings to achieve their purpose of having offspring through these techniques; it has had an impact on Civil Law; specifically on the subject of filiation, since these techniques are not adequately regulated, evidencing the lack of treatment of the implications that may be had in family law, evidencing an absent protection of the interest of the newborn by these procedures.

The development of this research dealt with the most important points to explain the problematic situation, assisted human reproduction methods were addressed, filiation was analyzed as a result, developing the types of filiation that are regulated in our Peruvian regulations, to later to emphasize the determination of the need for our legislation to regulate a class of filiation resulting from the use of these methods, by the procreative free will of those who resort to them.

Based on what was mentioned above and what was analyzed in the present investigation, it is concluded that regulating in our Peruvian legal system a new class of filiation by procreative will derived from assisted human reproduction techniques, based on the procreative will, would help to guarantee a better preservation of the best interests of the child in procedures that discuss their affiliation, leading to justice operators having the legal line marked as soon as and as long as this type of problem arises. This is deduced from the exhaustive analysis of the doctrine and the judicial and emblematic cases that have been presented in our country.

KEY WORDS: Assisted Human Reproduction Techniques, Affiliation, Best Interest of the Child.

INTRODUCCIÓN

Esta investigación se denominó “Filiación por voluntad procreativa derivada de las técnicas de reproducción humana asistida y el interés superior del niño”, puesto que en nuestro país los procedimientos de reproducción asistida, se vienen realizando frecuentemente; no siendo ajeno a nuestro ordenamiento jurídico, que la posibilidad que se le ha dado a los padres, a la mujer, al varón de conseguir su propósito de tener un hijo; ha repercutido en el Derecho Civil; específicamente en el tema de Filiación, debido a que estas técnicas no se encuentran adecuadamente reguladas, evidenciando la falta de tratamiento a las implicancias que pueda tener consigo en el derecho familiar, conduciendo de alguna forma a un menor nivel de protección del interés superior del niño nacido mediante estas técnicas.

La Técnica de Reproducción Humana Asistida están consideradas como aquellos procedimientos artificiales utilizados cuyo objetivo es la asistencia de aquellas personas que presentan dificultades reproductivas sobre infertilidad, etc., brindándoles una posibilidad de concebir, realizándose con el acervo genético de la o las personas involucradas, denominándose homóloga o con el de terceros denominándose heteróloga.

Diversas son las cuestiones expuestas en la praxis de estos métodos; sin embargo, lo importante en la realización de esta investigación, se encuentra relacionado en el establecimiento de la filiación de los nacidos a través de ellas, siendo un tema de suma importancia, que se contrapone a las disposiciones normativas vigentes, que fueron elaboradas y organizadas con fundamento en la procreación natural.

La filiación a lo largo de la historia; ha venido rigiéndose al pensamiento de que la procreación iba a ser siempre equivalente a la relación sexual; empero, como se explica, actualmente el acto sexual ya no sería indispensable para la procreación, siendo suplida por las técnicas de reproducción humana asistida, viéndose afectadas las presunciones constituidas o reguladas en la Codificación Civil y con ello la institución de la filiación.

En la normatividad peruana encontramos la regulación de dos tipos tradicionales de filiación: por naturaleza, procedente de la procreación, cuyo factor dominante es el acto sexual, y por adopción, cuyo lazo nace sin estar sujeto al hecho biológico. Sin embargo, ante el desarrollo del conocimiento científico, se debe incorporar el tema filiativo proveniente de los métodos de reproducción asistida en cuya determinación prima la voluntad; entendida como aquel deseo e intención de las personas, el matrimonio, hombre, mujer, que anhelaron ser padres,

debiendo primar y respetarse, sustentando su creación en la socio-afectividad, la misma que es entendida como la voluntad procreativa de los intervinientes.

Definitivamente, ante la existencia de una nueva fuente de filiación, se tiene por tanto la necesidad de la regulación de un tipo de filiación por voluntad procreativa derivada de técnicas de reproducción humana asistida, con el objetivo de establecer parámetros por los cuales deben regirse los operadores de justicia ante la presencia de conflictos de tal magnitud, conllevando a que se aclare la situación sujeta a controversia, pues de no hacerlo podría inclusive quedar supeditada a decisiones subjetivistas por parte de los que imparten justicia, vulnerando el interés superior del niño y con ello el pleno desarrollo de sus derechos fundamentales.

Ante ese motivo, se pretende determinar si regulando en nuestro ordenamiento jurídico peruano una clase nueva de filiación por voluntad procreativa derivada del tratamiento de reproducción humana asistida se garantizará una mejor protección del interés superior del niño; de modo que, explique si lo normado, coadyuvará a resolver los problemas doctrinarios y jurisprudenciales relacionados con la filiación de niños procreados mediante las técnicas de reproducción humana asistida. Al propio tiempo, también se busca analizar si tener en cuenta la voluntad procreativa como fuente en la filiación del niño procreado a través de estas técnicas, permitirá resolver con mayor asidero las situaciones legales o administrativas donde se cuestione su filiación.

El desarrollo de la temática planteada se realiza en base a un enfoque cualitativo, no experimental, de corte transversal, pues esta investigación solo busca conocerla y estudiarla y contribuir a la mejor fundamentación para la posible regulación de un tipo de filiación en el derecho familiar, con la búsqueda bibliográfica de todas las particularidades que conlleva este tema, generando relaciones teórico-doctrinarias con el propósito de describir la realidad material de estudio.

El primer capítulo estableció examinar las unidades de análisis de la investigación, explicándose el surgimiento del problema, de qué forma expresa en la realidad jurídica, la importancia y justificación de la investigación, objetivos, hipótesis, variables, descripción metodológica y los instrumentos de recojo de información. El segundo capítulo desarrolla el argumento teórico que orienta el planteamiento teórico, legislación y doctrina y legislación en relación con la hipótesis y objetivo y la hipótesis del estudio.

Finalmente, en el tercer capítulo se presentó casos judiciales y emblemáticos respecto al tema tratado, el análisis de los mismos y los resultados alcanzados de los objetivos, contrastando la hipótesis, partiendo del análisis de cada variable planteada, para posteriormente, llegar a las conclusiones del presente tema de investigación.

CAPITULO I

CAP. I ANÁLISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO

1.1 UBICACIÓN

El análisis de esta investigación se localizó en base a la problemática que viene sucediendo en la actualidad, acerca de la necesaria modificación y/o regulación de un ordenamiento jurídico que esté acorde con la diversidad de cambios que han ocurrido en la realidad peruana, cambios que en el Derecho; específicamente, en materias del Derecho de Familia ha experimentado la filiación que por vínculo jurídico debe tener todo hijo con sus padres, sentándose ciertas controversias cuando el niño ha sido procreado a través de métodos científicos como las técnicas de reproducción humana asistida; esto debido a las pocas probabilidades de concebir naturalmente que tienen las personas, sustento para determinar la filiación del ser procreado, generando con ello la modificación y determinación de la filiación, implicando que las personas que tuvieron la intención procreativa, tengan que recurrir a instancias judiciales y/o administrativas para que sea determinada la filiación de su hijo o les sea reconocida la misma o en su caso el hijo tenga que esperar para que estos sean declarados como sus padres. Ello, en razón porque en el actual Código Civil Peruano no existe regulación alguna que ayude a la determinación de filiación del niño que fue procreado mediante tratamientos de reproducción humana asistida, impidiendo la garantía debida de protección del interés superior del niño, ante una carencia normativa vigente capaz de regular estos avances e incidir sobre la relación social y familiar.

1.2 PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.2.1 Descripción de la realidad problemática

Los seres humanos desde la antigüedad unían sus vidas con el pleno conocimiento de un proyecto común de vida. El matrimonio desde tiempos remotos daba lugar a la realización de dos fines equivalentes: la conformación de una familia y consecuentemente la procreación de su descendencia. Actualmente este último fin es el más buscado, lo que ha conllevado que el matrimonio como figura jurídica pierda gran relevancia y no sea imperioso para formar una familia o para procrear hijos. Tal es así que, desde hace tiempo, la reproducción y, por tanto, la fecundidad del varón y la mujer han sido temas que hasta la actualidad inquietan al hombre, lo que ha conllevado que acontezcan progresos innumerables e inimaginables en el campo de la ciencia genética obteniendo mayor interés en el campo de la ciencia biológica y las consecuencias jurídicas que puedan repercutir en la ciencia del derecho; para el desarrollo de la sociedad.

Estos avances de los cuales se hace referencia, en sus inicios solo eran elegidas por parejas unidas en matrimonio que se veían imposibilitadas de procrear naturalmente; sin embargo, hoy en día también son utilizadas por aquellas parejas que viven en concubinato e inclusive por personas solteras (hombre o mujer) que anhelan tener hijos, esto porque en la realidad social son muchas las personas independientemente del sexo, las que están imposibilitadas de procrear, debido a problemas biológicos que padecen, siendo la causa fundamental para que el acto generativo por excelencia; en un matrimonio o concubinato; sea sustituido por la actuación médica o científica (Ministerio de Justicia, 1997), con el objetivo de lograr su fin primordial, la procreación de un hijo.

Estas actuaciones científicas o métodos científicos a los que se hace referencia se denominan “Técnicas de Reproducción Humana Asistida”, las cuales dan apertura a posibilidades novedosas de solución a la cuestión de la infertilidad o infecundidad de parejas que son aquejadas por alguna patología, que les impidiera procrear y formar su familia con la anhelada llegada de un hijo o aquellas personas solteras cuyo objetivo es el mismo; necesitando en ciertos casos inclusive el apoyo de terceros para la formación del futuro bebé, generando que el uso de estas técnicas haga que el ser humano esté de cara a la cuestión jurídica, puesto que su utilización sobre el territorio ha ocasionado un impacto en el Derecho, específicamente sobre el derecho de familia.

Si bien la realidad jurídica peruana, no ha sido ajena a estas prácticas genéticas, de la revisión de toda la normatividad peruana, solo ha existido un pronunciamiento próximo al respecto, el mismo que se encuentra regulado en un artículo muy genérico contenido en la Ley General de Salud; artículo N.º 7, demostrándose así que el derecho positivo peruano necesita aún de normas regulatorias respecto al desarrollo de lo genético e incidencia en el derecho familiar.

Por tal sentido, advirtiendo que este hecho social ocurre con mayor frecuencia y nuestro Código Civil Peruano no contempla ninguna regulación, se debe tener conciencia de la magnitud del debate que afronta estos tratamiento de reproducción humana asistida, cuya regulación en el orden jurídico nuestro debería estar claramente determinada, pues es necesario tener en mente que el fin de los seres humanos al acudir al uso de estos procesos es “*lograr la paternidad y maternidad*” y como consecuencia de ello la filiación del niño procreado, quien en cualquier circunstancias o problemática donde se cuestione o se pretenda dicha filiación deberá tener la protección máxima por parte del Estado en Democracia y social de Derecho

del que se vive, por ser el pilar esencial de la sociedad la seguridad del niño y adolescente.

En esa línea, siendo notoria la poca importancia que se le ha dado a la presencia de estos nuevos avances científicos y la repercusión que tienen estas no solo en la sociedad sino en el ámbito familiar; corroborándose con la presentación de casos judiciales; es que se sigue minorizado el tratamiento de este tema, pues, habiéndose modificado la concepción básica que se tenía de la determinación de la filiación, la misma que según la regulación del código civil peruano en principio se determinaba por la relación sexual entre las personas que pretendían ser padres; ya no sea el fundamento máximo de la filiación, en efecto, con la intervención de estos métodos científicos, el papel de progenitora biológica y de progenitora embarazada o de padre biológico y el padre legal ya no recaerían sobre la misma persona, como comúnmente existiría en una filiación por naturaleza, o tampoco podría determinarse a través de una filiación por adopción, pues este acto jurídico crea el vínculo de parentesco posterior de manera que se constituye en ambos lados un enlace de paternidad y/o maternidad cuando se adopta al menor, lo que difiere sí intervenir en 2 o más tratamientos de reproducción humana asistida.

Frente a esto, es claro que nos encontramos ante un problema de gran importancia jurídica, pues mientras el poder legislativo no regule normas respecto al tratamiento de reproducción humana asistida, así como la repercusión en el derecho de Familia, la filiación del niño para este caso sea cuestionada o se pretenda su determinación haría que los derechos del mismo se encuentren en desamparo, pues los efectos jurídicos o las implicancias de la aplicación de estas técnicas, no se encuentran establecida y/o regulada en la normatividad vigente, específicamente en el derecho de familia.

1.2.2 Como se manifiesta el problema

En Perú, es muy conocido que la determinación de la filiación de un hijo en principio tiene como base la relación sexual que exista entre el padre o la madre, siendo esta la regla general e imprescindible para determinarla y efectuar el ejercicio de las acciones correspondientes. Sin embargo, actualmente se ha dado la posibilidad a las personas decidir que en el acto procreativo intervengan terceros individuos necesarios para que el fin último de procrear un hijo se realice, esta intervención de la que se habla se efectúa únicamente por medio del uso del método científico, como el tratamiento de reproducción humana asistidas.

Estos tratamientos, se utilizan con el propósito de asistir a las personas que tienen problemas reproductivos, brindándoles la posibilidad de tener sucesores. En palabras de Varsi Rospigliosi es aquel método empleado en el otorgamiento a la persona una alternativa de generar descendientes a pesar de su infertilidad (Varsi, Derecho Genético: Principios Generales, 1995).

En nuestro país estos tratamientos se vienen realizando ya desde hace poco más de un siglo; no siendo ajeno a nuestro ordenamiento jurídico, que la posibilidad que se le ha dado a los padres de conseguir su propósito de tener su hijo a través de estas técnicas; ha repercutido en el Derecho Civil; específicamente sobre la Filiación; debido que estas técnicas no se encuentran adecuadamente reguladas, evidenciando la falta de tratamiento a las implicancias que pueda tener consigo para la jurisprudencia de familia, sumado al diverso debate jurídico el cual ha venido minimizado, conduciendo así al bajo nivel de seguridad del interés superior del niño nacido por intermedio de este método, pues este último se encontraría en la divergencia de saber quiénes son sus padres o a quien se le podría atribuir su filiación,

siendo un problema de gran relevancia pues son los niños, las personas más vulnerables de estos procedimientos judiciales, conforme se aprecia de las sentencias que son materia de análisis de estudio en esta tesis, mediante las cuales se verifica además, que a pesar de no contar con una regulación propia respecto a este tema, ya han existido sendos pronunciamientos respecto al mismo, como por ejemplo la Casación N° 5003-2007 donde se pretendió la determinación de la filiación de una recién nacida por intermedio del tratamiento de la maternidad subrogada. Asimismo, para mayor evidencia de la evaluación de una necesaria regulación de este tema en nuestro ordenamiento jurídico, se tiene el claro ejemplo del Señor Ricardo Moran, donde sus mellizos; procreados con intervención del tratamiento de reproducción humana asistida, no puede ser inscritos en el estado peruano hasta la actualidad, ni él puede ser reconocido como padre de los mismos.

En definitiva, encontrándose latente la discusión acerca de la regulación de una nueva categoría de filiación en el derecho peruano para poder determinar la maternidad o paternidad del niño procreado mediante técnicas de reproducción humana asistida y encontrándose varios pronunciamiento sobre acciones judiciales donde se ha debatido la filiación del niño procreado a través de estas técnicas, hasta la actualidad los operadores de justicia y/o los operadores del derecho, aunque sean estudiosos del mismo y tengan información adecuada no se han mostrado impetuosos en el tema, pues como se dijo líneas arriba solo nuestro ordenamiento jurídico las menciona en un artículo muy general regulado en la Ley General de Salud; desprotegiendo e inclusive, dejando de lado el interés superior de este y con ello la debida protección de sus derechos fundamentales, al no establecer parámetros respecto a su filiación, al no regular lo concerniente en la normatividad adecuada; por ello teniéndose los aspectos que involucran este tipo de técnicas es que se tiene

que evaluar la necesidad de realizar nuevas regulaciones en el Código Civil - Derecho de Familia, con la finalidad de proporcionar una certeza seguridad jurídica en ese ámbito del derecho, donde se cuestione la filiación del niño producto de la reproducción humanan asistida en el Perú.

1.2.3 Formulación del Problema

1.2.3.1 Problema Principal

- ¿Es la falta de regulación legal en nuestro ordenamiento jurídico peruano de una nueva clase de filiación por voluntad procreativa derivada de las técnicas de reproducción humana asistida la que impide garantizar una mejor protección del interés superior del niño en procesos donde se discuta su filiación?

1.2.3.2 Problema Secundario

- ¿De qué manera una nueva regulación de la filiación derivada de las técnicas de reproducción humana asistida, coadyuvaría a resolver los problemas doctrinarios y jurisprudenciales?
- ¿Tener en cuenta la voluntad procreativa como fuente de la filiación del niño procreado a través de las técnicas de reproducción humana asistida permitirá resolver con mayor asidero las situaciones legales o administrativas donde se cuestione dicha filiación?

1.3 JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA

Ante la problemática puntualizada y ante los avances que la sociedad ha tenido, se procuró realizar la presente tesis de grado, al evaluar la realidad social peruana y las evoluciones que esta ha sufrido por las prácticasmédicas-científicas, las mismas que han puesto a prueba las concepciones básicas del derecho de familia. A la par se desarrolló la presente investigación con el propósito de buscar mejor

comprensión del tema discutido por parte de los operadores de justicia y los estudiosos del derecho, para que ante la posibilidad de conflictos de intereses se prevalezca siempre garantizar la mejor protección del interés superior del niño, y con ello la plena ejecución de los derechos fundamentales que goza.

En ese tenor, el estudio está justificado sobre el requerimiento de que nuestro ordenamiento jurídico peruano pueda tener definida la posición en cuanto a la conexión existente entre la técnica de reproducción humana asistida y la implicancia que tienen en el derecho de familia, cuya finalidad es la determinación normativa o no de la novedosa clase de filiación derivada del uso de estas técnicas, cuyo objetivo será brindar un aporte necesario para que los estudiosos del derecho; puedan tener más concientización y propongan una regulación para tal situación ante las autoridades competentes. Puesto que, siendo el Estado peruano, un estado democrático y social, donde no existe la prohibido taxativa de la utilización de estos tratamientos médicos en la práctica procreativa, incongruente sería que, tras la obtención de un resultado positivo, como el embarazo, la gestación y el alumbramiento de un ser vivo, la pretensión sea desconocer una vinculación del bebé y la persona o pareja que deseó su nacimiento.

Por otro lado, esta investigación emprendió el estudio del presente tema porque se observó que dentro del contenido de la norma en nuestro código civil no existe supuesto del hecho relacionado a la realidad problemática, mucho menos existe pauta alguna que ayude a los operadores de justicia resolver problemas de tal magnitud, de manera que al no haber previsto esta posibilidad, el operador de justicia inclusive podría dictar resoluciones que perjudique al niño, si sólo ampara su decisión en lo regulado y establecido en el Código Civil, olvidando el valor fundamental que tienen los bienes en pugna, existiendo una situación inclusive de vacío legal, ante el

rompimiento del esquema reproductivo natural que daba pie a la filiación del niño, engrandeciéndose así, la importancia de la realización de la presente investigación, pues al explicar los motivos que generan la necesidad de regular un nuevo tipo de filiación como consecuencia de los métodos de reproducción humana asistida teniendo como fundamento la voluntad procreativa, se ayudará a establecer los parámetros por los cuales deben regirse los operadores de justicia ante la presencia de conflictos de tal magnitud, conllevándose a que se aclare la situación sujeta a controversia, pues de no hacerlo podría inclusive quedar supeditada a decisiones subjetivistas por parte de los que imparten justicia, vulnerándose el interés superior de niño y su pleno desarrollo de los derechos fundamentales que le corresponden, ratificando una situación de falta de tutela por parte del Estado respecto a estas situaciones.

En ese sentido, esta investigación esta direccionada a la imperiosa indagación a través de la norma, doctrina, jurisprudencia, de evaluar el fundamento trascendental que sirva de sustento para favorecer al niño o niña en toda situación y de esta manera viabilizar decisiones donde los operadores del derecho se desenvuelvan bajo criterios uniformes y acordes con la protección que promete el Estado al niño o niña, evitando trámites innecesarios que vulneren el interés superior del niño.

1.4 OBJETIVOS

1.4.1 Objetivo General

- Determinar si regulando en nuestro ordenamiento jurídico peruano una nueva clase de filiación por voluntad procreativa derivada de las técnicas de reproducción humana asistida se garantizará una mejor protección del interés superior del niño en procesos donde se discuta su filiación.

1.4.2 Objetivo Específicos

- Explicar si la regulación de un nuevo tipo de filiación en nuestro ordenamiento peruano, coadyuvaría a resolver los problemas doctrinarios y jurisprudenciales relacionados con la filiación del niño procreado a través de las técnicas de reproducción humana asistida.
- Analizar si tener en cuenta la voluntad procreativa como fuente en la filiación del niño procreado a través de las técnicas de reproducción humana asistida permitirá resolver con mayor asidero las situaciones legales o administrativas donde se cuestione la filiación del niño procreado a través de estas técnicas.

1.5 HIPÓTESIS Y VARIABLE

1.5.1 Hipótesis

Dada la relevante coyuntura que surge en la actualidad respecto al tema de las técnicas de reproducción humana asistida y su implicancia con el derecho de familia, donde se discute la filiación del niño procreado por intermedio de las Técnicas de Reproducción humana asistida, la hipótesis del presente estudio queda formulada de la siguiente forma: Si se regula en nuestro ordenamiento jurídico peruano una nueva clase de filiación por voluntad procreativa derivada de estas técnicas, lo cual coadyuvaría a garantizar el interés superior del niño en procesos donde se discuta su filiación, conllevando a que los operadores de justicia tengan la línea jurídica marcada en tanto se presenten este tipo de problema. Esto permitirá que, al momento de analizar este tipo de casos, el operador de justicia evaluará la razón o la relación existente entre la socio-afectividad (voluntad procreativa); entendida esta como el sustento para someterse a estas técnicas, y el interés superior del niño, por el cual este niño, podría sentirse en un ambiente

familiar, construyendo su identidad, lo que implicaría el mayor goce de sus derechos.

1.5.2 Variables

1.5.2.1 Variable independiente

“FILIACION POR VOLUNTAD PROCREATIVA DERIVADA DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA”

La técnica de reproducción humana asistida “son aquellos métodos técnicos que sirven para suplir la infertilidad en la persona, brindándole la posibilidad de tener descendencia. En ningún caso podemos decir que representan una terapia, puesto que nada curan, solamente palian los efectos de la esterilidad” (Varsi, 1995). La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia a través de la Casación 4323-2010- Lima, admite y señala “*son métodos supletorios para la procreación, más no alternativos, pues buscan superar una deficiencia biopsíquica que impide a la pareja tener descendencia cuando otros métodos han fracasado*” (2010).

La gran diferencia que existe entre la fecundación in vitro y la inseminación artificial, está referida según el procedimiento propio de la realización, mientras el segundo caso, es la inoculación del plasma seminal en la vagina de la mujer, catalogándose como homóloga si quien dona es concubino y heteróloga sí el donante solo es mediador, pues sus gametos reproductivos fueron obtenidos del banco, la fecundación in vitro, los gametos reproductivos, del varón y la mujer son unidos en un laboratorio y para posteriormente se insertado en la madre que gestará al bebé.

TABOADA por su parte manifiesta: *"Las técnicas de reproducción humana asistida heterólogas no sólo satisfacen la necesidad social relevante de la procreación, sino que además permiten que determinadas parejas puedan llegar a ser padres cuando el material genético de uno de los que las conforman es deficiente. No nos parece que el hecho de utilizar material genético de un tercero sea un elemento que sirva para privar de legitimación jurídica a dichas técnicas. No aceptamos ningún argumento de orden supuestamente moral, religioso o de orden psicológico en contra de su legitimación. Sería absurdo e injusto calificarlas jurídicamente como actos ilícitos y menos aún considerarlas como hechos intrascendentes e irrelevantes. Por ello, nuestra posición es que las mismas deben ser también consideradas como negocios jurídicos tipificados legalmente, debiendo ser por lo demás rigurosos en lo que se refiere a sus requisitos legales. Dicho de otro modo, las técnicas de reproducción humana asistida heterólogas deben ser también contempladas como negocios jurídicos típicos en el sistema jurídico nacional por cumplir una función socialmente relevante y digna, debiendo en todo caso ajustarse a rigurosos requisitos legales en protección del hijo nacido por su aplicación"* (Taboada, Negocio jurídico, Contrato y Responsabilidad Civil, 2006).

1.5.2.2 Variable Dependiente

PROTECCION DEL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO

La Convención sobre los Derechos del Niño refiere a este principio como supremo, en el entender que al niño le corresponde el auténtico y verdadero derecho a exigir satisfacer sus requerimientos sustanciales, ocupando un lugar importante en la unidad familiar y en la sociedad (Taboada, Negocio jurídico, Contrato y

Responsabilidad Civil, 2006).

En ese tenor, el intérprete máximo de la constitución indica, que la acción de la sociedad, el Estado y la familia, para la protección del niño procreado, su fomento, conservación, actuación y goce de sus derechos, deben encaminarse a lograr, la plenitud del bienestar social, intelectual, psíquico, físico y moral (Taboada, Negocio jurídico, Contrato y Responsabilidad Civil, 2006).

1.6 METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

1.6.1 Tipo de Investigación

Este estudio es con enfoque cualitativo, usado principalmente en las ciencias del Derecho, cuyo fin es buscar la naturaleza del problema a desarrollar, explicando los diferentes aspectos del problema e indagar el cómo y por qué se toma una decisión con relación a este problema.

Con esta indagación se pretendió explicar los puntos indispensables que se debe tener en cuenta ante la posible regulación legal en nuestro Derecho Familiar Peruano de un nuevo tipo de filiación del niño o niña procreado por intermedio del tratamiento de reproducción humana asistida para determinar su filiación, pues esta figura en nuestro ordenamiento jurídico peruano, solo tiene regulada dos tipos.

En ese sentido, la investigación efectuó el profundo análisis conceptual importante para el entendimiento del problema y su evolución en el plano social, se revisaron fuentes bibliográficas, así como trabajos de investigación; siendo una temática innovadora para los casos del derecho de familia que deben tenerse en cuenta ante una inminente evolución y aceptación de estas técnicas y sus los efectos en el Derecho de Familia.

1.6.2 Diseño de Investigación

Será no experimental, pues esta investigación solo busca conocerla y estudiarla y coadyuvar a la mejor fundamentación para la posible regulación un nuevo tipo de filiación el libro de Familia.

1.6.3 Nivel de Investigación

La temática investigativa, tipo de investigación es de alcance explicativo, enmarcado en aquellos casos en los que el tema ha sido debatido bajo el parámetro normativo y doctrinario de regulación en asunto familiar. Asimismo, se ha centrado su atención en la comprobación de hipótesis conforme se verá en el capítulo III, cuando se realice el análisis y discusión de resultados del instrumento utilizado.

1.6.4 Método de la Investigación

En el proceso de investigación, la metodología utilizada fue el método deductivo, conceptualizado como el procedimiento de la ciencia del que resulta conclusiones generales con base en las particulares premisas, el mismo que ha servido para comprobar la necesaria regulación de una nueva tipología de filiación sobre el Derecho de familia, respecto a los pronunciamientos judiciales donde se trata de determinar la filiación del niño, el mismo que se corrobora demostrando la hipótesis de trabajo, y la posterior elaboración de las conclusiones y recomendaciones finales.

1.7 POBLACIÓN Y MUESTRA

1.7.1 Población

Compuesta por el total de resoluciones judiciales sobre filiación.

1.7.2 Muestra

Correspondió al conjunto de sentencias encontradas donde se discuta la

filiación del niño procreado por intermedio de la utilización de una o algunas de las técnicas de reproducción humana asistida los cuales la autora de esta investigación vió pertinente considerar en el estudio y análisis del planteado problema.

1.8 TÉCNICAS E INSTRUMENTOS PARA LA RECOLECCIÓN DE DATOS

1.8.1 Fuentes

Las fuentes consultadas para la recolección de datos, son las normas vigentes que protegen al niño, esto es del sistema Internacional e interamericano de Protección de los Derechos Humanos, también las resoluciones judiciales.

1.8.2 Técnica

- Fichaje: Se entiende como técnica que facilitó sistematizar la bibliografía, en libros, revistas, entre otros.
- Análisis documental: y jurisprudencial Fue empleado en la localización de fuentes de tipo documental, para luego procesar los datos que en su contenido se encontraban. Con este tipo de técnica no solo se trató de conocer los textos que se habían recogido, sino de analizarlos para llegar a un fundamento más apropiado y poder sustentar la hipótesis del problema planteado.

1.8.3 Instrumentos

Se empleó las fichas bibliográficas, ficha de resumen, ficha de análisis y las explicaciones en documentos y sentencias, las cuales ayudaron a recolectar ideas y añadir conclusiones.

CAPITULO II

CAP. II MARCO TEÓRICO

2.1 ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

CANESSA VILCAHUAMÁN, en su tesis denominada “Problemas jurídicos que plantean las técnicas de reproducción humana asistida en la legislación civil peruana” se planteó la siguiente interrogante: ¿En qué medida las Técnicas de Reproducción Humana Asistida afectan los principios tradicionales de Derecho Civil Peruano? Señalando como hipótesis que este tipo de tratamientos en la práctica conllevan situaciones jurídicas que deben ser reguladas con oportunidad por nuestra legislación, debiendo ser actualizadas y adecuadas según el desarrollo de la ciencia y el contexto social. Entonces concluye señalando que:

“La utilización efectiva y real de las técnicas de reproducción humana asistida en nuestra realidad, supone atribuir al legislador nacional asumir posturas que pretendan negar situaciones de hecho incontrovertible, teniendo en consideración que las normas jurídicas pueden cambiar la realidad fáctica y adecuarse a las constantes cambios que se producen en la sociedad en que se aplican; por tal motivo se debe considerar errada la postura abstencionista que se pretenda aplicar, pues hasta el momento no se

regula, en nuestro país, la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida” (Canessa, 2011).

CÁRDENAS KRENZ, en la tesis denominada “El derecho de las personas concebidas mediante técnicas de reproducción asistida a conocer su identidad biológica, desde una perspectiva biojurídica” expone que

“El derecho a conocer la identidad biológica no implica necesariamente que dicho conocimiento genere vínculos de filiación, pues se trata de dos cosas distintas, siendo el segundo un tema que escapa al contenido del presente estudio. Sin perjuicio de ello, estimamos que la filiación no puede reducirse al mero dato genético, como factor para determinar la paternidad, teniendo en cuenta que el ser humano es un ser cultural y social. La identidad de una persona implica no solo una verdad biológica, sino también una verdad sociológica, cultural y social.”
(Cárdenas, 2014).

FERNÁNDEZ GARATE, en la tesis denominada "La necesidad de regular la inseminación artificial heteróloga en el Perú", concluye que,

"Pese a que algunas técnicas de Reproducción Humana Asistida se vienen realizando en nuestro país desde hace una década a cargo de clínicas privadas, no existe una regulación jurídica orgánica que legisle su desarrollo". (Fernández, 2007)

TICSE TRAVERZO, sobre su informe denominada “La regulación de la filiación derivada del uso de técnicas de reproducción asistida con subrogación materna en la legislación peruana” señala que:

“Sería beneficioso para el derecho peruano, la figura de filiación derivada del uso de técnicas de reproducción asistidas, pues frente a una disyuntiva, entre la madre genética, la gestante y el que anhela ser padre, existiría marco legal” (Ticse, 2018).

REYES LOAIZA, en la investigación titulada “Problemática de la filiación en la reproducción humana asistida, Arequipa –2017” concluye que:

“La actual forma de determinar la filiación materna y paterna en el país, se rige bajo los principios mater semper certa est y pateris; donde la filiación materna está determinada por el periodo de gestación y el parto; mientras que, la filiación paterna por aquella persona que declara ser el padre, siempre y cuando este no se encuentre en una relación matrimonial, donde la paternidad se presume, mientras que esta se encuentre dentro del plazo establecido por la ley, presunciones que con los avances de la ciencias son obsoletas en nuestros días, más aún cuando las TERAS son ya aplicadas, haciendo necesario un reformulamiento de las mismas.” (Reyes, 2017).

RAMOS VELÁSQUEZ, en la tesis denominada “La incidencia de las técnicas de reproducción humana asistida en la filiación” señala que

“La Determinación de Paternidad en el caso del donante, debe ser prioridad en la futura Ley y permitir que el niño que sea producto de una Inseminación Artificial Heteróloga, puede acceder a los datos biogenéticos de su progenitor, cuando tenga los dieciocho años. Sin perjuicio del derecho del hijo a conocer a su progenitor.” (Ramos, 2015).

PÉREZ PITA, en la tesis denominada “Presupuestos éticos y jurídicos mínimos que se deben tener en cuenta ante una inminente regulación de técnicas de reproducción asistida en el Perú”, donde señala que:

“Si bien lo ideal sería prohibir esta práctica atentatoria de derechos humanos (no sólo al niño sino también a la madre por los procedimientos médicos a la cual se ve obligada recurrir) por no ser de acorde a nuestro ordenamiento jurídico, somos conscientes que el avance y uso de las TRA posee ya bases en nuestro territorio, por lo que a pesar de no estar de acuerdo con su uso y práctica es necesaria contar con unos mínimos legales a tener en cuenta en el caso que la legalización de la misma se hiciera inminente, a fin de que la vulneración de la vida, salud e integridad sea afectada en menor grado; aunque como ya diremos el uso de las TRA nunca serán la solución.”
(Pérez D., 2015).

De lo precedentemente reseñado, se debe indicar que la presente investigación del tema propuesto, busca enfocarse en determinar si regular legalmente una clasificación novedosa de filiación por voluntad procreativa resultante de la utilización de estos métodos en el ordenamiento peruano garantizará la adecuada protección del interés superior del niño, considerando como base teórica, fuentes bibliográficas específicas con el fin de ir enlazando el tema y poder llegar a la comprobación de la hipótesis descrita.

2.2 BASE TEÓRICA

2.2.1 TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA

2.2.1.1. Antecedentes Históricos

La utilización de las técnicas reproductivas para engendrar un hijo es una práctica que en la actualidad se viene ejecutando con mayor frecuencia. En la antigüedad resultaba inconcebible la fecundación sin la realización del acto sexual; no obstante, con el paso del tiempo, esta relación del acto sexual para la reproducción

y procreación de un hijo ha presentado algunas variantes, como se pasará a detallar a continuación.

Durante la historia de la reproducción, un procedimiento de gran antigüedad en el combate de la esterilidad, se denominaban técnicas de reproducción asistida. Los antepasados, encontraron en las plantas el tratamiento reproductivo sin cópula, debido a que alcanzaron artificialmente polinizar la palmera con el fin de obtener una gran productividad de dátiles (Veciana, 1957). La Grecia antigua y el Imperio Romano, empezaron a realizar estas técnicas con animales.

Sin embargo, es el siglo XX; el siglo en el cual hubo mayores adelantos en reproducción asistida que hayan podido lograrse, en especial por entonces en el periodo de 1930, pues en 1937 una anónima editorial de renombre ilustre expuso la alternativa de fecundación extracorpóreamente del material genético del ser humano. En 1944 se llevó a cabo el primer caso de fecundación in vitro con ovocitos humanos, siendo un acontecimiento fallido, pues murieron con rapidez, en 1949 descubrieron en la glicerina su uso en el congelamiento del espermatozoide y en 1953 ocurrieron los primeros casos de embarazo con gametos masculinos en estado de preservación. En 1966 fue logrado el origen del ovocito humano por intermedio del tratamiento de la laparoscopia (Mendiola, Ten, Vivero, Roca, & Bernabeu, 2005).

Es recién en el año 1978, donde se dio el primer paso a las nuevas tecnologías reproductivas, los científicos Robert Edwards y Patrick Steptoe, fueron quienes marcaron un hito muy importante respecto a la medicina reproductiva: el alumbramiento de Louise Brown, primera “niña probeta” (FERTILAB, s.f) siendo su engendramiento vía fecundación in vitro y después en el útero de la madre reimplantado.

Posteriormente en 1983 se concretó los primeros casos de gestación por medio de ovodonación, después que fueran inyectadas las donantes con el gameto y luego de ello fueran retirados el fecundado embrión para ser reimplantados en el vientre de una mujer distinta. En 1984 nació el primer caso de un ser vivo en estado de congelamiento, Zoe (traducción en griego, regalo de vida), en Australia en 1985 la madre subrogada se negó a la entrega del niño que tuvo en gestación (Baby M), seguidamente lo mismo se obtuvo, en este caso con fecundación in vitro. En 1992 se logró un precedente sin igual: la aplicación de un espermatozoide único en el gameto femenino por intermedio de la microinyección intracitoplasmática, el cual hoy es popular en gran suma entre el género masculino con deficiencia espermática. Por último, durante el decenio de 1990, se lograron relevantes cambios en el diagnóstico genético preimplantacional (DGP), permitiendo detectarse enfermedades que afecten el desarrollo del futuro embrión y de sus características fenotípicas (Mendiola , Ten, Vivero, Roca, &Bernabeu, 2005).

En el año 2003 nació en Bélgica el caso del primer bebé en Europa, siendo su sexo seleccionado por parte de los padres, tras un proceso de sometimiento de tratamientos de fecundación artificial, el 2004, en Gran Bretaña un hito se marcó en el procedimiento de inseminación artificial con el nacimiento de un ser vivo gestado por la pareja que utilizó gametos desarrollados desde hace 21 años y los cuales fueron preservados en líquido nitrógeno, siendo que el varón decidió con tiempo congelar sus gametos, en la edad aproximada de 17 años, puesto que entraba al proceso de tratamiento relacionado con un cáncer en los testículos, tras ello, en el 2005 Illesca Adriana, una fémina de origen rumano con edad de 67 años de edad, alumbró a una pequeña tras un sometimiento de método de fertilidad en el transcurso de 9 años de

haber sido artificialmente inseminada, en el 2006, nació el primer caso de en España procreado bajo el novedoso tratamiento. (Varsi, 2013).

Hasta aquí es notorio el avance científico vertiginoso que el entorno sobre la reproducción humana ha venido acaeciéndose, pues de manera aproximada entre el 20% y el 15% de las uniones en pareja en condiciones de fertilidad están con el padecimiento de presentar problemas de infertilidad, ello supondría que de 5 uniones una presente algún problema para el logro de la gestación (Chillik, 2000). Por consiguiente, teniendo en cuanto lo reseñado, se tiene que la técnica de reproducción humana asistida durante este tiempo continúa realizándose, por ende, los juristas y operadores del derecho tienen en frente un contexto en materia de objeto de análisis y procedimiento de la línea adecuada.

2.2.1.2. Derecho a la Reproducción

El derecho reproductivo e inclusive el sexual, es reconocido como la potestad de tomar libremente decisiones relacionadas a su capacidad reproductiva y su vida sexual (Varsi, 2005). Conforme lo describe Varsi Rospigliosi, este derecho abarca tanto facultades como libertades en correspondencia a derechos civil, político, económico, social y cultural, derechos humanos reconocidos por los pactos a nivel internacional, los mismos reducidos al reconocimiento que tiene toda persona, hombre o mujer a disponer libremente si tener o no hijos, cuantos tener, el tiempo en tenerlos y a mantenerse informado respecto al tema a fin de obtener dicho fin deseado.

Sobre el particular, el derecho a la salud trae consigo la promoción y tutela de la salud reproductiva y sexual, esto debido a que es innato al ser humano la plenitud de su crecimiento y la armonía de la sexualidad. Al mismo tiempo, se

concibe como acto procreativo como la acción voluntaria y consciente, a través del cual las personas cambian su vida y afrontar la maternidad y/o paternidad (Gil, 2001).

Es claro que, si bien todo ser humano tiene derecho a la reproducción, existen casos en los que se ha visto imposibilitada la realización de tal derecho, por problemas que a estos les aquejan, estamos hablando de la infertilidad y la esterilidad que pueda tener dicha persona.

A. Infertilidad

Entendida como la falta de capacidad para llevar a cabo una gestación que perdure incluso al momento del nacimiento. Englobando dentro de esta conceptualización, momentos referidos al parto prematuro, la muerte fetal intrauterina, el aborto repetitivo, entre otros. Denominándose a este conjunto de sucesos, como "pérdida gestacional recurrente" el cual designa a esta serie de procesos (Sociedad Española de Fertilidad, 2012).

La Organización Mundial de Salud; por su parte, la ha conceptualizado como enfermedad producida en el sistema reproductivo para la incapacidad de obtener una gestación clínica después de mantener relaciones en un año a más (Organización Mundial de la Salud, 2010), asimismo se considera para la salud pública como un problema en distintos países.

Dentro de su clasificación encontramos dos categorías:

- La referida a aquellas parejas que a pesar de mantener relaciones sexuales después de al menos un año nunca han podido lograr un embarazo, denominada infertilidad primaria.
- La referida a las parejas que solo han podido lograr un embarazo en su vida conyugal, llamada infertilidad secundaria (Medlineplus, 2013).

B. Esterilidad

Una estadística señala que del total de parejas solo el 85% alcanza obtener una gestación espontánea durante el desarrollo del primer año, de ello, un tercio de estas lleva un embarazo en el período de los 3 meses iniciales. Durante los posteriores 12 meses, el 5% logrará obtener una gestación espontánea, en consecuencia, de acuerdo a la sencilla mirada, un gran porcentaje de aquellas parejas que no pudieron obtener un embarazo a pesar del intento se verá afectada por cualquier capacidad reproductiva (Sociedad Española de Fertilidad, 2012).

Cabe resaltar la diferencia de los conceptos que se han detallado anteriormente, los mismos que son utilizados en ciertas ocasiones como términos similares. Por tanto, según la bibliografía hispana, por un lado, esterilidad se define como el obstáculo para obtener el embarazo, a la vez que, en el mismo sentido la palabra infertilidad se emplea en la gestación, sin embargo, el mismo en algún momento es interrumpido, en consecuencia, se utiliza como sinónimo de reiterados embarazos perdidos. Por otra parte, la bibliografía inglesa, referirse a la infertilidad es aludir aquella pareja que, no alcanzó una gestación, bien porque la mujer le es imposible lograr un embarazo, porque la mujer no puede concebir por medio natural (esterilidad), o a pesar de la existencia de posibilidad el embarazo no logra ocurrir (subfertilidad), también sucede que se desarrolla el embarazo, no obstante, el nacimiento del ser vivo no llega a suceder. Desde luego, se define a la población fértil como a las mujeres con capacidad de quedar embarazadas al cabo de un razonable tiempo de regularmente mantenidas relaciones sexuales (Brugo, Chillik, & Kopelman, 2003).

En este sentido, se puede afirmar que la cuestión sobre la esterilidad e infertilidad de los seres humanos, hace que los mismos demanden auxilio en la

ciencia, para la procreación de un ser vivo y con ello permitiendo establecer una familia estable, recalcando lo importante de la ciencia en la conservación de la familia y el servicio de la estabilidad, la misma que se logrará a través del empleo de estas técnicas.

2.2.1.3. Concepto

La fertilidad y lo reproductivo son propuestas inquietantes para el ser humano desde hace mucho tiempo. Debido a que la procreación es el método innato por naturaleza misma del ser humano (Boza, 1991), conllevando a que este sea consciente de que la alternativa única para tener un proyecto más amplio que del su propio contexto real, sea por medio de lo reproductivo (Chofre, 2001).

El acto procreativo se ha fundamentado desde siempre sobre una comunidad de vida la cual ha guardado la estabilidad, por ejemplo la unión marital y el matrimonio la cuales orientan a la concepción de seres vivos resultantes de una relación sexual, sin embargo; la actualidad ha visto fomentado las técnicas médicas como los Tratamientos de Reproducción Humana Asistida; permitiendo concebir al hombre sin necesidad del acto sexual, inclusive fecundando las celular propias de la unión de pareja o de una persona externa, siendo exterior a la realidad de la madre una tercera persona fuera del cuerpo de la madre, cuya finalidad es la vitalidad de un niño (Cook, Dickens, & Fathalla, 2003).

El Glosario de Bioderecho y Bioética refiere a la expresión reproducción asistida al asistencialismo médico prestado para permitir la fecundación de la mujer por medio de procedimientos reproductores, siendo la gestación el paso siguiente, y culminando con el nacimiento del hijo, reduciendo también alguna enfermedad hereditaria- (Aparisi, s.f).

Para Lizardo Taboada, estos métodos científicos –conocida en otros casos por TERAS y por otro lado, simplemente como TRA–, son tratamientos de carácter técnico, permitiendo reemplazar lo infértil que pudiera padecer la persona, dando posibilidades para llegar a conseguir la estirpe anhelada (Taboada, 2006). Para Gabriela Medina, son métodos destinados al reemplazó o suplir la infertilidad en el ser humano, con ello se logra la satisfacción del derecho a la procreación, comprendido por la capacidad del que goza el individuo para la procreación con la persona que desee, como quiera y en donde suceda y como quiera (Medina, 2001).

Por su parte la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia en la Casación n° 4323-2010-Lima, admite la supletoriedad de estos métodos para la procreación, pues tienen la finalidad de superar una deficiencia biosíquica que imposibilita a la pareja tener descendencia a pesar de haber recurrido a otros métodos y estos han fracasado (Corte Suprema de Justicia de la República, 2010). Según Santamaría (2000), el tratamiento de reproducción asistida (TERAS) son el conjunto de proceso biomédico que substituye o facilita el natural proceso biológico que ocurren en la etapa de la gestación humana, la accesibilidad al líquido seminal y su colocación en la vagina de la mujer, lo progresivo del espermatozoide por medio del camino genital femenina, la capacidad del esperma tras la eyaculación del mismo, la fecundación del gameto femenino, entre otro. Según lo manifestado por el autor no es correspondiente indicar que estos métodos sean procedimientos artificiales de reproducción, puesto que no sustituyen por intermedio de componentes no biológicos o artificiales a la estructura orgánica femenina o masculina en su rol procreativo, por el contrario, son una vía con el fin de reemplazar o colaborar en parte sobre el desempeño generativo deteriorado o sin existencia (infertilidad o subfertilidad). En consecuencia, las técnicas, que impliquen la reproducción asistida de todas maneras

suponen un involucramiento del gameto masculino y femenino en la procreación; siendo para ello la fecundación, entendiéndose, así como aquella técnica de reproducción sexual, en oposición al posible desarrollo futuro en los cuales no sean considerados el método de fertilización (gemelación artificial, clonación, entre otros), siendo aquello parte de los componentes de reproducción asexual (Varsi, 2013). En ese sentido se podría decir, que estas técnicas se constituyen como el método suplementario que tiene el propósito de adelantar un diferencia psíquica o biológica, cuya particularidad es el obstáculo para la tenencia de estirpe o por el hecho de que otros procedimientos fueron ineficaces o fracasaron, de modo que, este proceso robustece el derecho a una salud positiva reproductiva (la de poder tener hijos).

Según el docente JUNQUERA; la reproducción humana asistida, se componen como un conjunto de procesos que combinan la facilitación de fecundar el óvulo por parte del espermatozoide, teniendo como intermedio la acción de carácter médico (Junquera, 1999). Para el Glosario de Medicina, esta reproducción es el nombre genético que abarca distintos procedimientos desarrollados en los últimos años, con miras a los tratamientos de esterilidad, caracterizados por una manipulación de las células sexuales de la pareja, sin que por ello se tenga como finalidad requerida la figura de la relación sexual (Gispert, 2004).

Para terminar, BEATRIZ BOZA; citada por Rubio Correa, indica que la reproducción humana asistida reúne distintos procesos y avances tecnológicos, destacándose la conservación de embriones y gametos, la disposición del vientre, transferencia del embrión, inseminación artificial, fertilización in vitro, etc. Así pues, el tratamiento de reproducción humana asistida, permite la inexistencia de relación alguna entre las relaciones sexuales y la fecundación; que se pueda convertir en padre

aquel que no tenga relación sexual con la madre, y que la madre genética sea una mujer que no sea la gestante madre, y que entonces fue la que dio el alumbramiento (Pontificia Universidad Católica del Perú, 1996).

Por ende, podemos decir, el método de reproducción humanas asistida son procedimientos supletorios con propósito de superar la deficiencia biológica, llegando a utilizarlas si el varón es infértil o bien la mujer sufra de esterilidad o infertilidad, que como se sostuvo precedentemente, la mujer es considerada estéril si en dos o más veces de gestación seguidas, no ha podido lograr una fase viable del resultado concebido; sin embargo, se menciona la esterilidad cuando existe la incapacidad de la pareja por alcanzar la gestación durante un lapso de tiempo aproximado de 12 a 18 meses, caracterizado por una activa vida sexual sin el uso de algún tratamiento anticonceptivo. En cambio; se habla de Esterilidad como un problema fisiológico, ello por no llegar a madurar los órganos sexuales, presentándose terminada la pubertad (Ramos, 2015).

De lo expuesto, se concluye que los procedimientos de reproducción humana asistida, se consolidan como aquel procedimiento científico cuya utilidad es de gran importancia, al ser la solución al problema que viene aquejando al ser humano desde sus inicios, como lo estéril o infértil. En ese sentido, su importancia no solo radica en la conservación de su descendencia, sino en la formación y construcción de una familia con la llegada de un niño y ante la imposibilidad de poder hacerlo naturalmente ha conllevado a que el ser humano recurra a la ciencia, logrando una solución a su problema a través de la utilización de estas técnicas, las mismas que logran la concepción inclusive con la intervención de terceras personas.

2.2.1.4. Clasificación

Existen diversos métodos los cuales se emplean en dependencia de la necesidad individual de la pareja o persona. Englobándose, bajo el término fecundación artificial una amplia gama de técnicas y de procedimientos que tienen como una de sus finalidades aumentar la posibilidad de concepción a través de la unión entre óvulos y espermatozoides excluyendo el acto sexual (Marrama, 2012).

Dentro de los procedimientos más utilizados encontramos a la inseminación artificial, fecundación in vitro y la maternidad subrogada.

a) INSEMINACIÓN ARTIFICIAL

Considerada una muy sencilla y antigua técnica, que recolecta previamente los gametos del varón; para trasladarlos al interior del útero, sin que sea necesario el coito entre las personas (Varsi, 1995).

Para la realización de este método, se debe llevar a cabo la monitorización de la fase menstrual, cuyo objetivo es encontrar el tiempo de la ovulación. Asegurando la existencia de óvulos aprovechables, mejorando e incrementando el porcentaje de fertilidad de los espermatozoides (Valdes, 2017).

- Inseminación Artificial Homologa o Interconyugal (IAC)

Procedimiento efectuado por medio de la colaboración del recurso genético de la propia pareja que pretende la procreación, del marido, compañero que se considere (Lalupú, 2013).

Este método es frecuentemente utilizado, donde ambos cónyuges a pesar de ser fértiles, la etapa de procreación a través del acto sexual no logra obtenerse, debido a que el hombre puede ser impotente, a los espasmos vaginales, la secreción vaginal

que disminuyen a los espermatozoides, o la alteración del cuello del útero, etc (Lalupú, 2013).

Sobre el particular se puede decir que el fin es producir la fecundación uterina, cuando esta no haya logrado producirse por intermedio de la copulación biológica entre la pareja o convivientes; lo que no supone una contradicción a la ley natural, pues la fecundación es llevada a cabo empleando el componente genético de la mujer y del marido (óvulo o espermatozoide), faltando únicamente la unión entre ellos que conlleva a la concepción.

- **Inseminación Artificial Heteróloga o Supracónyugal (IAD)**

El procedimiento de procreación es realizado a través del material genético de una tercera persona, ajena al matrimonio. Generalmente utilizándose cuando alguno de sus integrantes es estéril o bien es uno de los cónyuges quien porta la anomalía cromosómica transmisible, a pesar de poder ser fértil (Lalupú, 2013).

La finalidad de estas técnicas está encaminada a lograr el embarazo por medio del gameto que proviene de una tercera persona; quien es el donante, quien es distinto a cualquier miembro de la relación conyugal; pudiendo realizarse con el espermatozoide u óvulo donado de una tercera persona e inclusive ambos gametos puedan ser donados por personas distintas a la pareja, sin que se haga responsable del nuevo ser que contribuye a procrear.

b) FECUNDACIÓN INVITRO

Denominada a este método, como la unión de gametos de la pareja para la formación de un cigoto de manera artificial (Pérez L., 1991). Dicho de otra manera, es la creación de un cigoto para transferirlo al útero de la mujer teniendo como fecha límite el decimocuarto día desde la fecundación (Valdes, 2017), realizándose dentro

de un centro médico, obviando la etapa netamente natural, la cual consiste en la formación intrauterina de la madre (Valdes, 2017).

- **Fecundación Invitro homóloga**

Se utiliza ante la existencia de obstáculos que son impedimentos para la realización natural de la fecundación (Zannoni, Inseminación artificial y fecundación extrauterina, 1978), empleándose los gametos de la pareja.

- **Fecundación Invitro heteróloga**

Método utilizado generalmente, para superar alguna patología en el útero materno, puesto que, para la fecundación la mujer puede ser idónea, sin embargo, no sucede lo mismo en la gestación.

En este caso, es posible que la sustituta madre brinde para la gestación su útero, quien albergará un embrión ajeno como parte del embarazo; o, puede ocurrir que la mujer mediante la donación de un óvulo propio contribuya a la gestación, el mismo que será fecundado con el gameto de un tercero, siendo este ajeno a la pareja de conyugues. Ante estos expuestos casos, el niño procreado, una vez nacido, se entrega a la pareja o persona que lo “encargó” (Zannoni, 1978). Así mismo existe la probabilidad de que el embrión in vitro, este gestándose en el vientre de una mujer distinta a la solicitante, bien sea con pareja o esté sola, configurándose el “vientre de alquiler” (Florencia, 2008).

Hasta aquí es necesario precisar que, de lo expuesto precedentemente, la fecundación homóloga no genera problemas puesto que se evidencia la existencia de lazos convivencial o matrimonial ofreciendo una seguridad legal de paternidad o maternidad al niño procreado. A diferencia de la heteróloga donde los aportantes de

algún gameto no se asocian a la pareja, generando una disociación en la presunción legal de maternidad o paternidad.

c) MATERNIDAD SUBROGADA

El primer vocablo; maternidad, es definida desde una perspectiva del ámbito de la medicina como la relación generada por la procedencia del óvulo a partir de la madre (Facultad de Medicina de la Universidad de Navarra, 2000). Según TUBERT, es considerada como un conjunto de fenómenos de gran complejidad que no podría ser abarcado por una única disciplina, lo que genera que sea un hecho biológico que se localiza, efectivamente, en el cuerpo de la mujer, pero en tanto, que se trata de la generación de un nuevo ser humano no es puramente biológico, sino que integra otras dimensiones (Tubert, 1996). El término subrogar, se entiende como la sustitución de poner a alguien o algo en la situación de otra persona o cosa (Real Academia de la Lengua Española, s.f).

La expresión “maternidad subrogada”, se conceptualiza como el procedimiento por el cual la mujer sustituye en la etapa de gestación a otra mujer, debido a que la futura madre presenta una deficiencia en su aparato reproductor, que le dificulta albergar en su vientre el crecimiento del embrión en general, resultando necesario para el desarrollo del embrión, este sea gestado en el cuerpo de otra mujer.

Para VALVERDE MORANTE la sustitución del embarazo conocida de forma habitual en el aspecto jurídico comparado como útero de alquiler o vientre en alquiler, ocurre con la disposición de la mujer en contraprestación o sin la misma a la gestación, la cual también involucra el alumbramiento de un recién nacido por pedido de una pareja estable o matrimonio, que posterior al parto recibirán al niño. (Valverde, 2001).

Una de las definiciones más resaltadas respecto a este término es la que se da por definición a la “maternidad subrogada”, consistente en contar con la asistencia de una mujer para que lleve el embarazo, con el propósito de entregar al niño al nacer a la persona o pareja que lo ha encargado (Vila, 1997); de la misma manera ZANNONI expresa que la maternidad subrogada, se considera al típico caso donde él se produce la implantación del embrión de una pareja en el útero de otra mujer para llevar a cabo el embarazo y alumbrar en beneficio de la pareja (Ortellano, 2012).

Al respecto, para Ana Beorlegui, un específico supuesto de reproducción humana asistida es la maternidad subrogada, a través de la cual, una mujer en beneficio de una u otras personas para que puedan ser padres, bien sean biológicos o no, se compromete a gestar un bebé, dicho de otra manera, este supuesto genera que una mujer lleve implantado en su cuerpo un embrión hasta su nacimiento, con la finalidad de entregarlo después a otra mujer, hombre o a una pareja ya sea matrimonial o, de hecho, heterosexual u homosexual, configurándose así la bien llamada maternidad de alquiler, de encargo, portadora, o sustitutiva entre otras. (Beorlegui, 2014).

En ese sentido, considerando la definición y perspectiva de diversos autores citados precedentemente, podemos puntualizar que la maternidad subrogada, es el procedimiento por el que una mujer dispone su útero en la gestación de un ser vivo para una pareja que lo espera hasta el hecho del nacimiento. Acontecido este evento, se entrega a los padres responsables; renunciando la madre de alquiler, a todo tipo de derecho legal que tuviera con la criatura procreada, en correspondencia a cualquier valor monetario o por vocación altruista.

Por último, el profesor Vari Rospigliosi, indica que sobre los siguientes supuestos la maternidad subrogada se da:

- **Madre portadora.** Se configura el supuesto a partir de que la futura madre genera óvulos, sin embargo, se manifiestan complicaciones en su útero que le dificulta gestar, optando por buscar a una mujer para la gestación del embrión.
- **Madre sustituta.** Es el caso, donde por parte de la madre no produce la gestación o los óvulos, presentándose las deficiencias de su aparato reproductor recurriendo a una fémina, para que pueda fecundar y desarrolle todo el proceso gestacional en su vientre.
- **Ovodonación.** Método mediante el cual, la mujer puede gestar, pero presenta una complicación ovárica, necesitando de una cedente de dichos gametos.
- **Embriodonación.** Se configura este supuesto cuando existe complicaciones tanto en el hombre como en la mujer, buscando a terceros con el objetivo que donen de manera conjunta el material genético a efectos de otra mujer ajena a la pareja, termine el proceso gestacional (Varsi, 1995).

En ese sentido, esta figura produce una separación en la filiación genética materna y la legal o jurídica, dando pie también a la necesaria regulación de un nuevo tipo de filiación.

2.2.1.5. Aplicación de las TERAS en el Perú

A pesar del avance científico que se relaciona con el asunto de las técnicas de reproducción y su utilización como procedimientos en nuestro país, hasta la actualidad estas aún no han sido debidamente reguladas, encontrándose únicamente en el art. 7 de la Ley General de Salud, lineamientos básicos y por demás genérico (Ministerio de Salud, 1997) , el mismo que 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, 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 esa línea del citado art., puede extraerse algunas ideas plasmadas al momento de su regulación, así se tiene:

1. El reconocimiento de aquellos que adolecen de infertilidad.
2. El derecho de procreación de los individuos que pueden acudir a métodos asistenciales.
3. La definición básica de las técnicas de reproducción, las mismas que son descritas como los métodos para el logro de la procreación para aquellos que sufren infertilidad, considerándose como técnicas de ayuda y supletorios.
4. La necesidad del asentimiento anticipado de los futuros padres biológicos en la utilización de procedimientos de reproducción humana asistida (Correa, 2017).

Ante lo ya mencionado, se desprende claramente, la urgencia de que estas pautas básicas sean desarrolladas ampliamente considerando que este tema tiene un estrecho vínculo a los derechos del niño procreado, y a su determinación del vínculo filial.

Así pues, LLANOS señala que esta Ley y el art 7 son muy generales, pues no prevé las situaciones problemáticas que se derivan de los tratamientos de reproducción humana asistida, siendo urgente no solo su normatividad por intermedio de una legislación especial; sino en cada ámbito, pues su utilización pueda generar efectos jurídicos, pues ante la no existencia de una regulación de sus efectos en la normatividad peruana (Código Civil), puede generar una falta de unanimidad

entre los gestores de la justicia, al momento de resolver este tipo de problemas, pues no cuentan con la referencia legal articulada que los ayude a resolverlos (Llanos , 2016), más aun siendo casos donde se cuestione la relación filial del niño concebido a través de estas técnicas.

2.2.2 FILIACION DERIVADA DE LAS TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA

La Sociabilidad humana, depende mucho de las relaciones que este podría tener con los demás seres de su misma especie, generando entre ellos una unión o vinculación consanguínea, siendo esta situación importante para el derecho; reconociéndose y regulando las relaciones jurídicas de la relación paterno-filial.

Así pues, en este apartado se abordará de manera más concreta, los conceptos doctrinarios referentes a la familia, la filiación, sus tipos y la regulación existente sobre el documento de la familia en la Normatividad Civil de 1984, para posteriormente pasar a la vinculación que tiene el tratamiento de reproducción humana asistida, su filiación, evaluación regulatoria dentro del ordenamiento jurídico peruano, por ser necesaria para confrontar la hipótesis planteada.

2.2.2.1 Familia

La razón de ser de la filiación se fundamenta en la familia, cuyo origen radica en la unidad formada por los sexos, mujer y varón, teniendo generalmente al matrimonio como institución jurídica, se dice generalmente porque en la actualidad las parejas solo se encuentran relacionadas a través de uniones de hecho, dejando de lado el matrimonio; pero, siguen formando familia, e inclusive existen personas solteras que también forman familia, cuyo objetivo es que en la sociedad la persona logre su formación integral (Trazegnies, 1992), configurándose la familia el inicio de su preparación, para luego, en la praxis desenvolverse a nivel social, pues siendo por

naturaleza la persona humana sociable en la familia consigue su primera agrupación y la convivencia con el entorno de la misma empezará su desarrollo.

A. Concepto

El concepto de familia a lo largo del tiempo ha tenido múltiples definiciones. Por un lado, en amplio sentido, la familia se considera como al grupo de individuos que tienen algún vínculo jurídico, y por otro lado en un sentido más limitativo, hace referencia al entorno paterno – filial compuesto por la convivencia de los hijos, la madre y el padre. No obstante, también se habla de un concepto intermedio, en el que se considera a la familia como aquel conjunto social compuesto por los individuos que forman parte del hogar, con responsabilidad del padre (Serrano, 2007).

Para Rodríguez Iturri, el seno familiar es la organización por excelencia, que inclusive tiene su origen mucho antes que el mismo Estado, siendo una institución natural con alcance delimitado por la misma naturaleza del ser humano. En este punto es claro que la familia, por su naturaleza misma no está sujeta ni requiere de una norma jurídica para existir; no obstante, se ve la necesidad ofrecerle una adecuada tutela en relación a los derechos y deberes que se derivan de ella misma (Rodríguez, 1995). Así pues, en el Perú la familia está protegida por la Constitución Política del Perú, a través de su art. 4, señalando que es una institución de orden fundamental y natural (Constitución Política del Perú, 1993), desprendiéndose así, uno de los importantes principios constitucionales, denominado protección de la familia (Plácido, La familia, Código Civil Comentado, 2003), promoviendo la tutela familiar, considerándola como una institución fundamental y natural en la sociedad.

La protección de la familia, a la que se ha referenciado precedentemente, se trata pues del deber de protección que tiene la comunidad y el Estado hacia la familia, sin hacer diferencias relacionadas con su origen, ya sea del matrimonio o fuera del mismo o si se trate de una familia monoparental, pues esta protección de la que se

habla abarca todos los tipos de familia.

Lo sostenido en el anterior párrafo, se condice de la lectura sistemática de los art. 4 y 6 (Constitución Política del Perú, 1993), de la normatividad constitucional, del cual se recalca que la familia protegida de forma constitucional es aquella que no solamente resulta de la unión jurídica matrimonial, sino también la que se establece en función al origen de la unión de hecho propia o relación concubinaria. Dicho de otra forma, según el orden jurídico peruano se tiene el fin de reconocer a la familia, no el de su origen, debido a que la familia en líneas generales se origina naturalmente.

Al respecto, el Tribunal Constitucional como intérprete máximo de la Constitución, respecto al reconocimiento de la familia se pronunció, “más que de unos derechos fundamentales a la familia y al matrimonio, en realidad, se trata de dos institutos jurídicos constitucionales garantizados” (Muro, 2006). La propia institución reconoce de manera constitucional al núcleo familiar como la institución de orden jurídico elemental, conllevando a la necesidad de proteger el derecho que surge de la misma y cuidar el cumplimiento de las obligaciones correlativas.

Por su parte Méndez Costa, señala que la institución familiar, se integra por padres y los hijos no emancipados por el matrimonio, que conviven bajo la responsabilidad del padre de la familia parental, y la familia parentesco, compuesto por individuos unidos por relación de parentesco, conformado por personas unidas por un vínculo de parentesco, sin sujeción o convivencia a la autoridad familiar (Méndez, Filiación en Derecho de Familia, 2001). Por otra parte, Planiol y Ripert Rupert entienden por familia en amplio sentido, a los sujetos vinculados por la unión matrimonial, por filiación o adopción, hijos, madre y padre (Planiol & Ripert, 2007).

En ese contexto; se puede decir que la familia como instituto jurídico se encuentra regulada y desarrollada en el derecho de familia entendida como aquella

especialidad del Derecho encargada de normar la relación existente entre las personas que se unen mediante el vínculo sanguíneo, por afinidad, afectivo o creado por la ley, encontrándose personificado por el grupo de normas multidisciplinarias que buscan regular la unión conyugal, la unión paterna-filial e instituciones de amparo familiar. Siendo esta razón elemental del ordenamiento jurídico, de regular las relaciones sustentadas en la relación intersexual y en la filiación.

Dicho de otra manera, al ser la familia, la institución de gran importancia para la sociedad, es digna de ser tutelada por el mismo Estado, encontrándose regulada dentro del Código Civil, en el Libro III, desde el Artículo 233° hasta el Artículo 659°, denotando la falta de conceptualización de dicha institución, donde no define específicamente a la familia como tal, sólo el Art. 233° del señalado contenido legal, resalta la finalidad de la regulación en el ordenamiento jurídico de la familia, denotando la importancia de encontrarnos ante una fundamental y amplia institución, que cuenta con legislaciones complementarias que protegen, regulan y fomentan, su pleno desarrollo en sociedad (Gutiérrez, 2007).

En tal sentido se puede entender al núcleo familiar como la unidad básica de la organización social, base que fundamenta las relaciones sociales, núcleo básico del sistema jurídico peruano, consolidándose como la institución que reviste de mayor significado, implicando, que ante los cambios que atraviesan las familias tradicionales como por ejemplo, la utilización de tratamientos de reproducción humana asistida, para la formación del núcleo familiar con la llegada de un niño; el ordenamiento jurídico peruano debe revestir de seguridad jurídica, las situación que puedan generarse a partir de tal hecho, debiéndose normar no sólo desde la óptica del derecho constitucional en relación a las normas que albergan el derecho humano, sino también en alusión del derecho de familia, pues es notoria la falta de tratamiento

en nuestra normatividad civil, la cual ha dejado de lado la debida regulación de la filiación del niño nacido a través de ellas y los deberes y derechos derivados del nacimiento del niño, en un adecuado y correcto cuerpo legal.

B. Familia en el Código Civil de 1984

Se encuentra preceptuado en el art.233, del Código Civil vigente de 1984, refiriendo que la finalidad de la regulación de la familia en nuestro ordenamiento es la de contribuir a su fortalecimiento y consolidación en armonía con las normas y principios proclamados en nuestra Carta Magna. En relación con lo que se menciona, se tiene que dicha regulación abarca distintos temas, que dentro de la estructura de la atención de esta institución en el Código civil, es el Libro III el cual privilegia la extensa dedicación, pues en dicho Libro; denominado Derecho de Familia, el legislador trató de abarcar todos los temas referentes a esta rama, dividiéndolos en 4 apartados: el primero, referido a la disposición general; el segundo apartado, a la sociedad conyugal; el tercero, describe la sociedad paterno filial; y, finalmente, el cuarto apartado, la destina al ordenamiento del amparo familiar y sus instituciones.

Hasta aquí el tratamiento jurídico conferido que se le ha dado a la familia en el Libro III de la normatividad civil es extenso, que conforme lo enuncia el art. 233 del Código sustantivo, existe una correlación de los principios regulados en la Constitución sobre el Derecho de familia. Sin embargo, para la investigación, la sección que nos importa es la tercera referida a la sociedad paterno-filial, la misma que nos permite hablar de manera más profunda de la filiación, su regulación actual, su modificación o la posible regulación de una tipología nueva de filiación por intervención del procedimiento de reproducción humana asistida en la ley peruana.

2.2.2.2 Filiación

La vinculación de afectos, de amor entre integrantes de una familia genera, la filiación entre miembros del núcleo familiar.

A. Concepto

La relación de filiación, es considerada como la más importante en el entorno de la relación reconocida y existente de parentesco, siendo la vinculación de los hijos con los padres (Olguín, 2007), reconocida por el derecho como la relación de parentesco por antonomasia; donde se constituye el nexo jurídico que especifica la existencia entre el padre o la madre (ambos) con sus hijos.

Es concebida como la relación inmediata existente entre dos partes, definiendo PLÁCIDO esta relación; como aquella que existe de un lado una persona, y a su vez otras dos, en donde uno es padre y otra madre, descubriéndose una doble figura, la paternidad y la maternidad (Plácido, 2002).

Para PERALTA ANDIA; la palabra filiación significa procedencia del hijo respecto de sus progenitores o padres (Peralta, Derecho de familia en el Código Civil, 2002); donde se produce una unión paterna - filial generalmente entre el padre y el hijo engendrado y la madre del cual nació. De manera similar para Bautista & Herrero, desde esta amplia perspectiva, la filiación está sustentada en aquella relación jurídica familiar que toma en consideración como individuos a los progenitores en relación a los hijos y desde un estricto sentido, es considerada como la institución jurídica que sustenta y organiza emplazar el “estado de familia” lo cual involucra un orden jurídico filial-materno-paterno (Bautista & Herrero, 2006).

Por su parte, Planiol y Rippert expresan respecto a la filiación en términos de lazos de parentesco que se establece entre dos personas, siendo una la madre o padre y el otro el hijo, dicho en otras palabras, es la relación instantánea del hijo con la

madre o padre (Planiol & Ripert, 2007). Igualmente, Puig Peña refiere a la filiación como la denominación jurídica para referirse a la unión natural por el hecho de ser persona engendrada por otra (Puig, Tratado de Derecho Civil Español, 1945).

Asimismo, Zannoni respecto a la filiación refiere que es el conjunto de relaciones jurídicas que vinculan a los padres con los hijos dentro de la familia, las mismas que vienen determinadas por la paternidad y maternidad (Zannoni, 1998). Para dicho autor; esta figura, al regular un conjunto de normas, tiene por finalidad organizar el emplazamiento en el estado de familia que implica la relación jurídica paterno-materno filial, y, con ello la modificación o terminación de dicho estado de familia” (Zannoni, 1998). En ese sentido, se considera una situación de familia asignada por ley a la persona que goza por efecto directo de su procreación, donde aparece una nueva figura de individuo de derecho relacionado con los progenitores, otros individuos y con el propio Estado (La Rosa, 1977).

Por otra parte, según la teoría nacional, Varsi Rospigliosi la filiación es la unión de una persona con todos sus ascendientes y descendientes, y, en sentido estricto, es la vinculación de sangre y de derecho de los hijos con sus padres estableciendo una relación de entre ambos (Varsi & Siverino, 2003). Esto porque la filiación viene a ser la institución de orden jurídico, creado con vínculos de familia, estableciendo una unión especial entre procreado y procreantes, constituyendo una jerarquía sobre relaciones parentales amparadas por el derecho, por ser equivalente a la relación inmediata que existe entre el padre o madre con el vástago.

Por su parte Méndez Costa; la considera como la derivación inmediatamente de la generación con respecto del generado de un estado de familia (Varsi & Siverino, 2003). Conllevando que ambos se relacionen por medio de la unión parental, generalmente por consanguineidad en primer grado en línea recta descendente,

siendo esta relación instantánea a la madre o padre respecto al hijo, constituyéndose este parentesco como el de mayor jerarquía (Méndez & D'Antonio, 2001). En el mismo sentido, para Farías y Rosenvald, la filiación se realiza en el parentesco el mismo que se establece en las personas que se encuentran en primer grado, en línea recta entre un individuo y aquellos que acogieron al menor, sobre el lazo afectivo y solidario, anhelado en el desarrollo de la realización personal y de la personalidad (Farias & Rosenvald, s.f). En otras palabras, la filiación es la representación de un estado, integrada por un complejo de relaciones de Derecho entre procreantes y procreados; relacionando facultades y obligaciones entre estos y el resto del grupo familiar amplio, y, sobre todo, una configuración especial del individuo ante la sociedad y la vigente norma (Puig, Filiación, 1982).

Así pues, se puede considerar a la filiación como el lazo biológico y afectivo que vincula al hijo con su progenitora (filiación con la madre) o su progenitor (filiación con su padre), que adquiere rango jurídico cuando es probado. Este lazo natural es un hecho jurídico que producirá pocos o numerosos efectos según la naturaleza de la unión de la que provenga, conllevando a que el derecho de la filiación consista en la normativa que tiene por objeto destruir o establecer la relación parental (Ochoa, 2006).

En esa línea, se tiene que la persona por el mismo hecho que deba su existir, a su procreación o generación de una mujer o un hombre, y resulte de ello su filiación de tipo biológico con quienes son los padres, de igual forma, este acontecimiento genera la filiación de orden jurídico; el mismo que es producido generalmente por lo biológico, pues se reconoce a la filiación jurídica como la manifestación de lo biológico, según el Derecho (La Cruz & Sancho, 2010). En razón de ello se menciona que la determinación de la paternidad o maternidad se encuentra entrelazada al

establecimiento jurídico de la filiación adecuándose a su fundamento natural: la procreación (Varsi, 2006), derivándose la paternidad y la maternidad en relación con los hijos; y el grupo de obligaciones y derechos que se originan por efectos de aquel contexto jurídico.

Según este orden de ideas, se debe agregar que, el ordenamiento jurídico, también regula aquella filiación que es consecuencia del Derecho, la bien llamada, “adopción”, figura jurídica mediante el cual existe vinculación jurídica carácter filiatorio que conlleva obligaciones y derechos, sin que exista una relación biológica de carácter filiatorio, siendo el Derecho quien ordena el vínculo entre hijo y padre. Finalmente es de precisar que si bien por regla general, la creación de la unión familiar proviene de la relación sexual, actualmente, esta también puede producirse con mediación del uso procedimental de métodos de reproducción humana asistida.

B. Clasificación según lo regulado en nuestro ordenamiento jurídico

Como se ha manifestado, la filiación ha sido definida como aquella figura jurídica que relaciona a padres con sus hijos a través del vínculo de sangre, a través del cual se generan un conjunto de derechos y obligaciones en ambas partes, ello presupone un vínculo biológico de la “procreación” entre los padre y el hijo; configurándose una filiación natural; sin embargo, existen relaciones de filiación que pueden constituirse sin estar presente el presupuesto biológico, como es el caso que ocupa a el presente trabajo de investigación: la filiación que deriva de las técnicas de reproducción humana asistida.

Al respecto, es de notoria necesidad hacer referencia a los tipos de filiación que se encuentran regulados en nuestro sistema jurídico, para posteriormente hablar de otro tipo de filiación que se genera a partir de la utilización de tratamientos de reproducción humana asistida y que, a decir verdad, ha tenido una gran repercusión

en la actualidad, para finalmente evaluar la incidencia que se puedan presentar en cuanto a su regulación. En ese tenor tenemos:

i. Filiación por naturaleza

Considerada de suma relevancia y de mayor jerarquía, dentro de todos los vínculos parentales, la misma que según esta clasificación puede ser matrimonial y extramatrimonial.

a. Filiación Matrimonial

Tipo de Filiación que nace del matrimonio entre los progenitores, correspondiendo a aquellos hijos producto de las relaciones entre los padres unidos por vínculo matrimonial y nacidos dentro del mismo (Plácido, 2002), considerados también los hijos matrimoniales engendrados al margen del matrimonio pero nacidos dentro del mismo, sin embargo; también se consideran los nacimientos en el entorno del matrimonio, los engendrados dentro y fuera del mismo (ocurridos en los 300 días de la disolución) (Varsi, 2013). En efecto, esta filiación de acuerdo a la norma en el art. 375 de la Codificación del Civil, se comprueba con documentos como la partida de nacimiento del hijo y el acta matrimonial de los progenitores, o en otro caso como el indicado en el art. 366°, inciso 2, con otra herramienta pública, o por sentencia desestimatoria de la demanda en los supuestos descritos en el art. 363°.

En cuanto a la determinación de la paternidad, el art. 361° del Código Civil, modificado a través del D. Leg. n° 1377, preceptúa que los nacidos durante el matrimonio o dentro de los trescientos días calendario siguientes a su separación tienen como padre al marido, salvo que la progenitora declare expresamente lo contrario.

La presunción de la paternidad en el matrimonio establecida en el Código

Civil no es absoluto, sino *iuris tantum*, lo que significa que el progenitor paterno ante la duda de su paternidad biológica de la niña o el niño, puede corroborarlo por medio de una prueba de ADN, generando que la expresión “se considera padre a aquel que la nupcia ha demostrado”, creado por el Derecho Romano, ha quedado desfasada, pues de acuerdo a lo normado en el art. 396° de nuestra Codificación Civil, los hijos de mujer casada tienen la oportunidad de ser reconocidos por su progenitor, a pesar que la madre haya declarado de manera expresa que no fue producto de su relación con su marido. Este reconocimiento, puede suscitarse al momento del llenado del acta de nacimiento, cuando el progenitor y la madre asisten al centro de registro civil, o posterior a la inscripción llevada a cabo sólo por la madre, cuando ésta haya declarado quién es el progenitor. Procediendo también cuando el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable.

Respecto a la determinación de la maternidad, nuestro sistema jurídico peruano, no realiza alguna mención, sin embargo, de la interpretación en sentido contrario del art. 371°, se puede deducir, que la maternidad en los casos de parto supuesto o de suplantación del hijo puede ser impugnada; pudiéndose inferir que la determinación materna, se realizará cuando la madre ha llevado el embarazo y por consiguiente dio alumbramiento a la niña o niño, de la misma manera Varsi enfatiza que corresponde a la madre que parió, que trajo al mundo –de sus entrañas – al hijo, la maternidad de este último, configurándose la frase *partus sequitur ventrem*: “Preñada, gestante y parturienta en madre se transforma” (Varsi, 2011); empero, esto en la actualidad ha cambiado.

b. Filiación Extramatrimonial

Tipo de Filiación que se configura o es establecida de manera directa por la manifestación de voluntad del padre en el reconocimiento del niño.

Se denomina también filiación ilegítima, la misma que ocurre fuera del matrimonio, estableciéndose la relación hijo y padre. Guillermo Borda (Borda, 1997) alude que aquellos hijos fuera del matrimonio, son aquellos que nacieron de forma extramatrimonial por medio de la relación de una mujer y un hombre. Es decir, se trata de una filiación sin vínculo o relación al matrimonio existente, pero que existe la posibilidad de una unión matrimonial de uno de ellos o los progenitores, con otra persona extraña a la filiación (Varsi, 2013).

Según esta tipología de filiación, el reconocimiento de los hijos puede ser voluntario y forzoso; es forzoso cuando no es obtenido de forma espontánea, dando pie al inicio de un proceso judicial de declaración de la filiación la misma que ocurre ante la ausencia del reconocimiento voluntario de la madre o padre en relación al hijo extramatrimonial, generada por la desconfianza ante la presunción del parentesco, por la existencia de errores que obstaculizan el reconocimiento, desconocimiento del proceso, confusiones, actos de mala fe, entre otros (Varsi, 1999).

A diferencia del reconocimiento voluntario, la expresión o manifestación es espontáneo, voluntaria de ambos o de uno de los progenitores, con el fin de dar aceptación al hijo que como tal no se le ha dado el reconocimiento, siendo una acción voluntaria lícita cuya finalidad inmediata es llevar a cabo la fundación de la relación jurídica, esto es la relación paterno filial; configurándose el acto declarativo y no constitutivo de la condición de familia de hijo extramatrimonial y padre (Belluscio, 2004).

En suma, queda claro que este tipo de reconocimiento es aquel que pueden llevarlo a cabo los progenitores de modo conjunto o separado, por medio de alguna de las formas legales: en la partida de nacimiento, en el acta especial de

reconocimiento ante una autoridad superior, mediante escritura ante notario público, incluso cuando el nacimiento se haya registrado con anterioridad, por testamento, por confesión judicial directa y expresa (Baqueiro & Buenrostro, s.f), realizando de conformidad al art. 387° del Código Civil, donde se preceptúa que los únicos medios probatorios de la filiación extramatrimonial son el reconocimiento y la sentencia judicial de paternidad o la maternidad.

ii. Filiación por adopción

Es considerada también como la filiación legal, cuyo fundamento se centra en la decisión voluntaria del adoptante, de su cónyuge y del niño que se pretende su adopción, si es mayor a los diez años. En relación con lo que se menciona el art. 377° del Código Civil señala que, en este tipo de filiación, el adoptado deja de pertenecer a su familia consanguínea al adquirir la calidad de hijo del adoptante, resultando la adopción una manera no solo para establecer la filiación generada por la voluntad, sino también desarrollada para solucionar los problemas sociales de los niños desamparados (Olguín, 2007).

Este tipo de filiación crea una relación jurídica, sin que exista vínculo consanguíneo, de deberes y derechos que no existía. Así pues, la codificación civil se refiere a la filiación adoptiva, como aquella que tiene su origen en la ley y coloca en condiciones iguales a los hijos adoptados con aquellos hijos nacidos del matrimonio, sin que esto genere el merecimiento de que estos sean designados hijos del matrimonio.

En ese tenor, la adopción es jurídicamente una institución creadora de uniones de filiación entre individuos, los cuales no comparten algún vínculo consanguíneo, por lo que es considerada como una tercera fuente parental, con el fin de vincular una unión parental de dos personas, el adoptado y el adoptante, cuyo argumento jurídico

es la norma misma. Según TARAMONA adoptar se convierte en una acción jurídica que permite el recibimiento del hijo que por naturaleza no lo es, habiendo utilizado los requisitos legales y especiales, creándose una relación de filiación ficticia ante un individuo que adopta y otro que se le denomina adoptado, de manera que este último asume la calidad de hijo de quien lo adoptó (Taramona, 1992).

En suma de lo mencionado anteriormente, esta institución tutelar del Derecho Familiar hace que un individuo asume la condición de hijo al margen de tener algún vínculo sanguíneo con el que voluntariamente solicitó su adopción, con lo cual, la normatividad establece un vínculo filial paternal a plenitud en relación del adoptado (hijo) y del adoptante (madre y padre), siendo el hijo el que deja de formar parte de la familia biológica, para conformar el nuevo entorno familiar con los derechos correspondientes, como herencia, alimentación, nombre y cualquier derivado de los mismos (Varsi, 2003), constituyéndose en familia por asimilación o filiación legal las mismas que surgieron de la ley; configurándose un parentesco, una conexión paterno filial que no se origina naturalmente.

C. IMPORTANCIA DE LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN

La razón básica y esencial que permite el ejercicio de las obligaciones y derechos que se generan de la unión filial-paterno es la determinación o establecimiento de la filiación.

Conforme se ha descrito precedentemente, la filiación comúnmente implicaba una relación biológica o natural entre los padres e hijos, siendo común y recurrente que el vínculo natural determine la paternidad (Varsi, 2002). Sin embargo, no se debe dejar de lado que en la actualidad se han visto casos, donde para determinar la filiación del niño, no se tomaba en cuenta la concordancia que debía existir entre la relación biológica del procreado y progenitores, dando paso así a una

nueva forma de determinación de filiación.

En efecto, Varsi Rospigliosi indica que el valor de determinar la filiación de un niño, radica en que, al ser una forma de estado de familia, esta se traduce en la condición sin la cual no se tendría conocimiento de la condición en la que se halla una persona como hijo de otra. Es, así pues, que esta filiación involucra un triple estado: el jurídico, el mismo que es designado por la legislación a un individuo, como consecuencia de la procreación natural; el social, relacionado a otra u otras personas; el civil, relacionado al ámbito jurídico del niño, respecto a su vínculo familiar y colectivo.

En ese marco, esta determinación ayuda a tener conocimiento de quién es o quiénes son los progenitores de una persona, pudiéndose establecerse bajo tres modalidades: El que se establece por la ley en base a algunos supuestos de hecho; cuando proviene de la voluntad o del acto de reconocimiento tácito o expreso de parte del padre; o por mandato judicial como consecuencia de un fallo declarativo de la filiación de un hijo (Fama, La filiación. Régimen constitucional civil y procesal, 2009).

- **Determinación de la filiación**

Es conocida como el asentimiento jurídico de un contexto biológico presunto (Varsi, 2007). Sin embargo, la constitución del vínculo paterno-filial y la paternidad son asuntos que denotan cierta complejidad en su determinación; en efecto, la normatividad peruana, ha reconocido ciertas presunciones legales que se presentan al momento de establecer este vínculo, las mismas que se aplican al invocar el cuidado del derecho de padres y de hijos; ello como observancia de la norma constitucional que otorga reconocimiento a la protección y promoción del núcleo familiar. En ese sentido, globalmente, existen tres maneras a través de las cuales se

puede determinar y establecer la unión filiatoria; la legal, judicial y extrajudicialmente (La Cruz & Sancho, 2010), tipificación que es reconocida en el ordenamiento jurídico peruano.

i. Determinación legal

Se configura, determina y establece la unión filiatoria entre padre e hijo, puesto que la ley reconoce la unión filiatoria si ocurren ciertos supuestos encontrándose las presunciones de conformidad con lo señalado en el artículo 361° y 362° de la normatividad civil, hallándose la denominada filiación matrimonial, regulada en nuestro ordenamiento jurídico a partir del art. 361° al art. 385° del código civil vigente; realizándose a su vez la adopción.

ii. Determinación judicial

Es aquella que se establece por intermedio de una sentencia firme, llevada a cabo en un proceso civil, la cual según nuestra codificación también es denominada filiación extramatrimonial.

Este vínculo paterno - filial será reconocido por un magistrado a través de un fallo judicial, dentro de un proceso judicial de paternidad extramatrimonial, la cual es regulada por el art. 402° del código civil y lo dispuesto en la Ley N° 28457; modificada por la Ley N° 30628. De la misma manera, mediante el art. 373° del código civil; esta actuación se reserva al hijo, a fin de que inicie la acción de filiación en la instancia judicial, donde será el juez quien determine y establezca la relación paterno-filial.

iii. Determinación extrajudicial

Es aquella determinación de la relación filiatoria, por la sola voluntad de los progenitores, sin el establecimiento o requerimiento de una declaratoria judicial. En

esta forma de determinación, encontramos el reconocimiento de la paternidad en los supuestos de filiación extramatrimonial cuyo instrumento de constatación es el registro de nacimiento, la escritura pública o el testamento, por lo que no se requiere realizar algún derecho de acción, que puede conllevar a que la relación filiatoria sea ordenada por algún letrado, si no que la misma es generada por los progenitores quienes manifiestan y establecen voluntariamente la aceptación de su vinculación jurídica con el niño, en el momento de suscribir el nacimiento o en declaración posterior mediante acta firmada por quien lo practica y es autorizada por el funcionario correspondiente.

2.2.3 REGULACIÓN LEGAL DE LA FILIACIÓN POR VOLUNTAD PROCREATIVA DERIVADA DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA Y LA PROTECCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

En línea del desarrollo teórico anterior, determinar la filiación implica el establecimiento jurídico de la identidad filiatoria o personal con sustento en la acción que corresponda al sentido natural y biológico como es procrear, como respuesta a los intereses familiares, fundamentado en el derecho propio del individuo, constituyendo el acto procreativo como factor esencial para el vínculo jurídico filial paterno; no obstante, se evidencia ejemplos que reflejan que el vínculo logra construirse sin intervención biológica, tal caso es la adopción, o sin la existencia de la procreación dicha propiamente o de una filiación por determinarse, como por ejemplo la reproducción asistida (Varsi, 2002).

Conforme es descrito, con el desarrollo de los conocimientos científicos y la reproducción genética, han aparecido distintas maneras de fecundación, incluso dejando al margen la proximidad sexual, para que la responsabilidad primordial que

tenía los padres en una fecundación natural, en los métodos de fecundación científica pase al médico que asiste a la pareja, quien coadyuvará en el proceso de procrear nueva vida, bien sea a través del material genético propio de la pareja o por el aporte del material genético en donación de una tercera persona, conllevando a un nuevo planteamiento normativo y conceptual del vínculo filial-paterno vigente en nuestro código civil, cuya finalidad está encaminada en que estas modificaciones o reformulaciones pretendan la satisfacción de nuevos problemas suscitados por la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida, postura teórica que requiere la atención y respuesta por parte de las leyes nacionales.

Desde el momento en que se describe la situación del problema en esta investigación, se ha señalado que la precisión de determinar la filiación, es el mayor problema planteado respecto al uso de métodos de reproducción humana asistida. Conforme, lo arriba mencionado, para determinar la filiación en estas situaciones se tendría que ceñir al tenor literal del único artículo que se aproxima a la regulación de estos métodos, hablamos del art. 7 de la Ley General de Salud y a lo tipificado en nuestro código civil vigente. Empero, es notorio que el problema viene dado porque del artículo en mención y nuestro ordenamiento jurídico respecto a la determinación de la filiación, tienden a hacer coincidir a los padres biológicos con los jurídicos; a excepción de la adopción como ya se ha descrito con anterioridad, figura a la que también se le da una regulación especial. Mientras que, para el tema en discusión, nuestra codificación civil no realiza un tratamiento al respecto, solo de acuerdo a lo indicado en la Ley General de la Salud, posibilita un apartamiento del hecho biológico, otorgándole el reconocimiento como padre o madre jurídicos a quien ha prestado el consentimiento, el mismo que se traduce en la voluntad que se tiene de procrear.

a. Voluntad procreativa de ser Padre o Madre

Ser padre o madre es hasta la actualidad uno de los grandes fines que se traza durante su vida el ser humano. Sin embargo, por problemas de salud, ese fin no puede realizarse de manera natural, lo que implica que el gran deseo de tener un hijo, los encamine a recurrir a otros métodos para concretizarlo, materializando este deseo a través de la voluntad que ellos manifiesten para efectivizar el procedimiento.

Esa voluntad de la que se habla, es conocida como la voluntad procreativa, la misma que reconoce la voluntad de engendrar, generando que los seres procreados a través de procedimientos de reproducción humana asistida sean hijos de quienes o quien haya consentido previamente su consentimiento, libre e informado independientemente del aportante de los gametos, trayendo como consecuencia que más de un persona, al margen del vínculo consanguíneo o biológico con la nueva criatura, sean inscritos como progenitores, con el goce de los mismos derechos y deberes de los progenitores biológicos (Peralta, 2008).

En esa línea, se desprende que la voluntad procreativa podría definirse a partir de la voluntad que se tiene de concebir un hijo, voluntad que surge constitutivamente de la subjetividad de la persona, teniendo como componente esencial, el amor filial, el mismo que es expuesto mediante un acto voluntario, decisivo y autónomo, que engloba los deseos de convertirse en madre o padre. Así pues, esta voluntad procreativa, puede considerarse como un derecho fundamental del ser humano, que se traduce a la accesibilidad integral que tienen todas las personas, de recurrir a estos métodos, la misma que tiene su fundamento en un reconocimiento constitucional que tienen los titulares de poder ejercerlo a plenitud, independientemente que un código civil lo desarrolle o no en líneas generales.

Aunado a la situación y evaluando el grado de relación que puede existir entre

esta voluntad procreativa y las formas de filiación reconocida por nuestra codificación civil y la posible tipificación de una nueva forma de filiación generada de los procedimientos de reproducción humana asistida, se tiene en principio que la filiación natural el aporte de los gametos tanto femeninos o masculinos se lleva a cabo por quienes al mismo tiempo de forma posterior son los progenitores, con lo cual no habría ningún problema, porque habría una correspondencia de la voluntad procreativa y el hecho biológico. En relación, a la filiación adoptiva, se tiene que los que se comprometen al papel de madre y padre, no contribuyen con ningún tipo de aportación de gametos, existiendo la ausencia de la correspondencia entre el deseo procreativo y el hecho biológico, de manera que el primero es ejercido posteriormente al hecho biológico. En cambio, en la filiación resultante de los procedimientos de reproducción humana asistida, la voluntad procreativa está presente de inicio a fin, centrándose en la voluntad que revestirá a las personas o persona que eligen recurrir a estas técnicas, donde en algunos casos uno de ellos cubrirá el papel de madre y de padre, y será uno quien realice el aporte de gametos, para la procreación del hijo o también que un tercero sea el que aporte los gametos, con lo cual el amor filial en este tipo de filiación resultaría ser el elemento central.

De lo antes señalado, se tiene que el componente volitivo alcanza mayor relevancia en la filiación resultante del uso de las técnicas de reproducción humana asistida, de modo que cuando en una misma persona no concuerda el componente genético, volitivo y el biológico, entonces se da predominancia al volitivo, prevaleciendo la filiación querida o autorizada, por encima de la genética.

Entonces, nos encontramos ante un concepto de filiación que se ha modernizado con el avance de la ciencia, donde se da relevancia a la parentalidad voluntaria o voluntad procreativa, dejando de lado el elemento genético o biológico,

tomando como sustento el consentimiento previamente prestado. En relación con lo que se menciona, Díaz de Guijarro, dejaba en claro una diferenciación peculiar respecto a este tema, señalando que la voluntad procreativa se distinguía como la intención o deseo de procrear un nuevo ser (Díaz, 1965), quien obtendría su identidad, en un punto de vista muy multifacético y amplio, vinculándose con la identidad en sentido dinámico (Fama, 2011).

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se pronunció sobre el uso de las técnicas de reproducción humana asistida en el emblemático caso de Artavia Murillo y otros contra Costa Rica (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012), concluyendo que el fallo de la Corte de Costa Rica de suprimir el decreto por el cual se reglamentaba la accesibilidad de las personas a métodos de fecundación in vitro vulneraba el derecho reconocido en los artículos 5,7,11 y 17 de la convención americana, dado que constituía la intromisión en la intimidad personal y familiar, configurándose una limitación al derecho de convertirse en padres así como el acceso a los medios pertinentes para formar una familia.

De ello se desprende, que la procreación por el uso de tratamiento de reproducción humana asistida y la determinación a su filiación se encontraría básicamente relacionada con la voluntad de los intervinientes, los mismos que han demostrado el deseo de procrear un niño y aceptar sus respectivos roles.

b. Filiación derivada de las técnicas de reproducción humana asistida

La filiación generalmente se basaba sobre el lazo sanguíneo derivado del hecho natural como lo es el nacimiento o de un acto civil como es la adopción; sin embargo, por los avances científicos se tiene que, ahora nos encontramos ante una figura que va más allá de la realidad biológica, pues se centra de manera esencial en

el establecimiento de una relación de índole afectiva entre una pareja, madre o padre, niño o niña para ser determinada su filiación.

El avance científico, con la utilización de los tratamientos de reproducción humana asistida y su relación con el derecho de familia, enfatizando su repercusión en el tema de la filiación, hace que el nuevo contexto apoyado en la doctrina moderna, nos enseñe y trate de asentar una nueva clase de filiación denominada filiación por voluntad procreativa derivada de las técnicas de reproducción humana asistida, pretendiendo el establecimiento de un género más de filiación, sumado a las reconocidas en nuestro ordenamiento peruano como la filiación adoptiva y por naturaleza.

Un problema surgido respecto a este tipo de filiación se presenta al momento de intentar relacionar la conexión biológica y la jurídica (Varsi, 2010). Al respecto es de precisar que para los casos de inseminación artificial o fecundación in vitro homóloga y la filiación del niño, no se crea mayor problema, pues el procedimiento realizado para lograr el fin último, se realizó con los componentes genéticos de los cónyuges; esto es gameto masculino o femenino, brindando de cierta forma seguridad desde el ámbito jurídico en la praxis de tal método y de sus posibles efectos.

En ese sentido, es de recalcar, que la ciencia y la tecnología ha permitido diversas maneras de procrear; conllevando a que sean las técnicas de reproducción humana asistidas. la posibilidad que tiene un individuo de poder ser descendiente de personas diferentes que no los vincule biológicamente y que no serían sus progenitores, resultando dificultoso la presunción materno - paterno de la filiación biológica (Valenzuela, 2017). Dentro de esta línea, se presenta el caso de la inseminación artificial, fecundación in vitro heteróloga y la filiación de la nueva criatura procreada, pues es en este tipo de técnicas donde se presentan inconvenientes

más complejos, dejando de brindar la seguridad jurídica debida, pues supone la participación de otras personas y su material genético; a quien se le llamará donador, convirtiéndose en una suerte de ayuda para el miembro de la pareja que es estéril.

Así lo manifiesta TABOADA, al indicar que los tratamientos de reproducción humana asistida heteróloga no solo radican su importancia en la satisfacción al requerimiento social importante de procrear, sino que son estos métodos los que permiten que la pareja, madre o padre soltero puedan tener la posibilidad de convertirse en padres a pesar de que su mismo componente genético sea deficiente. Por lo que afirma el autor, que el hecho mismo de utilizar elementos genéticos de una tercera persona no constituye el argumento principal para la privación del uso legítimo de estos métodos en el ámbito jurídico (Taboada, 1997); por el contrario es la determinación de la filiación del niño procreado a través de estas técnicas, la que hace que se plantee el cuestionamiento de la utilización de los mismos.

Ante lo expuesto se tiene, que si bien el Derecho de familia por definición es el conjunto de leyes jurídicas sujetas a la regulación de los derechos subjetivos y deberes jurídicos que nacen de las relaciones jurídicas familiares (Krasnow, 2019), no obstante, el nuevo entorno en el campo del Derecho privado, propicia a cuestionarse si el marco normativo vigente se encuentra acorde a la realidad, pues se han venido incorporando nuevas categorías conceptuales a través de la doctrina o la jurisprudencia, destacando en este supuesto de filiación, la “socio-afectividad” (Krasnow, 2019), la misma que tiene un componente afectivo y social no asociado a lo parental; es decir, el desenvolvimiento viene entrelazado a la manifestación de convivir en familia y encuentra la conexión en el vínculo de apego significativo entre las personas que conviven, tengan o no algún vínculo parental, como por ejemplo, la relación en convivencia; la relación entre el progenitor afín y el hijo afín ante la

inexistencia del parentesco entre ellos por ausencia matrimonial; la relación entre el hijo adoptado de forma simple o a través de la integración con los parientes y sobre todo la relación de la persona procreada mediante técnicas de reproducción humana asistida y las personas que recurren a ellas para obtener dicho fin, los mismos que pueden ser o no los dadores del componente genético o mujer embarazada.

Un campo relevante de la disciplina denota el rol dominante del consentimiento en la filiación por encima del argumento biológico, suponiendo la existencia del fundamento *principio favor affectionis*, el mismo que se hace extensivo a la determinación de la filiación del recién nacido en virtud del uso de estos procedimientos, pues este tipo de filiación no se encuentra condicionada por el axioma biológico y la presunción de legitimación filiar, por el contrario, se trata de un aspecto supremo que se fundan los vínculos afectivos.

En otras palabras, esta filiación generada por los procedimientos de reproducción asistida, al dejar al costado la parte biológica a fin de centrarse en la socio-afectividad, sustenta su razón de ser en la voluntad procreativa, dando pie a una nueva fuente de la filiación, a un nuevo tipo de filiación, que nuestro sistema jurídico no lo ha regulado, por lo que se denota la importancia del tratamiento que se le debe dar a la filiación o a la determinación de la misma, la misma que se condicen con la evolución de los conceptos jurídicos, como consecuencia del avance científico (Versi, 2017). Ello con el fin, de puntualizar, que todos, incluso aquellos seres engendrados por procedimiento de inseminación artificial o in vitro, poseen progenitores, que en este estadio, este tipo de filiación debe estar señalada o regulada en nuestro cuerpo legal, tomando en cuenta la voluntad de los intervinientes para determinar la filiación del niño procreado a través de procedimientos de reproducción humana asistida, método a través del cual se sustituye el factor biológico

(“determinante” desde luego por la fuerza que impone la naturaleza), con el volitivo; el mismo que producirá los mismos efectos jurídicos en cuanto a filiación natural; maternidad y paternidad, con el fin de evitar la vulneración del interés superior del niño y pleno desarrollo del derecho colateral fundamental.

c. Interés superior del niño

El niño procreado, mediante la utilización procedimental de reproducción humana asistida, se convierte en el personaje más importante y principal de este debate, en la medida que, siendo este el resultado de la procreación, debe primarse el respeto de sus derechos. Sin embargo, es entorno a él mismo donde surgen mayores dudas o cuestionamientos sobre la utilización o aplicación de las mismas, pues en el campo jurídico se presentan diferentes interrogantes respecto a la filiación que ostentará el nacido bajo la utilización de estas técnicas y que hasta la actualidad nuestra legislación nacional no ha previsto, debiendo prestar la atención y solución debida al respecto, pues ya existen casos donde se ha discutido la determinación de la filiación del niño.

En ese marco, el interés superior del niño, se considera como la pieza sustancial, para que la acción del Estado esté encaminada en relación al derecho, deber, desarrollo y protección del menor, y con ello también respecto a sus progenitores y familia, encontrándose su desarrollo en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes el mismo que enfatiza que es el Estado por intermedio de los tres poderes, del Ministerio Público, de los Gobiernos Regionales, Locales y sus demás instituciones, así como la acción de la sociedad, el encargado en adoptar toda medida concerniente al niño y adolescente, resaltando así el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el imperioso respeto de sus derechos (Ministerio de Salud, 1997).

Por su parte la Convención sobre los Derechos del Niño (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1989) en su art. 3 y 27, refiere a este principio como “superior”, pues principalmente al niño le corresponde la asistencia verdadera y auténtica de reclamar por la satisfacción de las necesidades vitales, es decir, su lugar en la familia y en la sociedad es importante, hecho que implica respeto. Esto, sin que ello implica, que un interés prime sobre el otro, sino que se logre un enlace en el que el sujeto al momento de actuar no sólo tome en cuenta sus necesidades propias y deseos, sino también satisfacer otras necesidades de los miembros de la familia.

En tal sentido, el Comité de los Derechos del Niño, en la Observación general nº 14 del año 2013, señala en el argumento sexto que el Principio de Interés Superior del Niño contiene un triple concepto: Un derecho sustantivo, un principio jurídico interpretativo fundamental y una norma de procedimiento” (Comité de los Derechos del Niño, 2013).

Al señalar que es un derecho sustantivo, el Comité declara: que el considerar como primordial el interés superior se desprende del derecho que el niño tiene, para que se evalúe y se tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y se tenga la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños (Comité de los Derechos del Niño, 2013). De esta forma, es constituido en un derecho sustantivo que tiene todo niño, cuyo interés debe ser considerado como primordial, en cualquier asunto que directa o indirectamente afecte al niño.

Por otro lado, es considerado como un principio jurídico interpretativo porque fundamentalmente es una mención normativa orientadora sobre hechos que involucran el derecho del niño y adolescente, conforme lo indica el Comité de los

Derechos del Niño al señalar que, ante diversas interpretaciones de una disposición jurídica, se preferirá la interpretación que proteja de manera más efectiva el interés superior del niño. De esta forma al ser también un principio, constituye norma fundamental, de todo proceder interpretativo realizado en el momento de la aplicación de normativas relacionadas al derecho del niño, niña y adolescente.

Por último, se dice que es una norma de procedimiento, puesto que, ante diferentes trámites o procesos donde se involucre el derecho del niño, debe ceñirse a proseguir el proceso más favorable al Interés Superior del Niño y del Adolescente. Así pues, el Comité de los Derechos del Niño manifiesta que ante la toma de una decisión que afecte al niño en concreto, a un grupo de niños en concreto o a los niños en general, la toma de decisiones deberá incluir posibles consecuencias (positivas o negativas) en el niño. En ese marco, los Estados tienen las obligaciones de expresar cómo se ha respetado este derecho, dicho de otro modo, qué es lo que se ha considerado para atender al interés superior del niño, los criterios en los que se ha basado la toma de decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya sea tratándose de cuestiones normativas generales o de casos concretos (Comité de los Derechos del Niño, 2013).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, describe a este principio regulador, como aquel que encuentra su razón de ser en la dignidad misma de la persona, en las características de los niños, y en la necesidad de motivar el desarrollo de éstos, conforme a la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño (Corte Interamericana de Derecho Humanos, 2002).

Por otra parte, el sumo intérprete de la constitución, respecto a este principio señala que la acción del Estado, sociedad, comunidad y la familia, relacionado a proteger al niño y al fomento, amparo y ejercicio de sus derechos, tienen por

orientación el logro a plenitud del bienestar psíquico, físico, intelectual, moral, social y espiritual y (Tribunal Constitucional, 2009), entendiéndose que este principio debe prevalecer ante cualquier vicisitud en donde se ponga en tela de juicio alguna discrecionalidad, resultando así ser un principio “*Proinfante*” (Tribunal Constitucional, 2014), principio que conlleva a que cualquier niño o niña tenga el derecho a una familia, a sentirse amado por los mismos, a ser educado y cuidado.

Por tal motivo, es necesario que la filiación del procreado con intermedio de estas técnicas de reproducción humana asistida se encuentre debidamente regulada en la normatividad civil peruana vigente, tomando en cuenta para su reconocimiento o determinación la voluntariedad de los padres la misma que puede ser efectiva a través de la inscripción de su nacimiento o con posterioridad al acontecimiento, configurándose así la filiación del menor, significando en otras palabras que este niño tendrá un lugar dentro de la familia. Para ello como se ha venido enfatizando es necesario que nuestra normatividad nacional regule una nueva filiación como mecanismos de solución para que las decisiones judiciales que traten este tema, puedan regirse por la norma establecida y así prevalecer aún más el resguardo del derecho de los niños y las niñas, ante los avances científicos.

Debiéndose tomar en cuenta para la regulación de un nuevo tipo de filiación, la característica propia que se desprende del interés superior del niño, por ejemplo que sea considerado como garantía, pues toda decisión, que concierna al niño, impulsa a quienes tienen autoridad como al propio legislador, inclusive a quienes son sus padres; consideren primordialmente los derechos del infante; que sea una norma de interpretación, la misma que coadyuvará a la resolución de conflictos, por último, que sea política de orientación para el planteamiento de políticas públicas de

protección del niño, lo cual permite encaminar la actuación del estado, en pro del armónico desarrollo de los derechos del niño y demás personas.

Así en definitiva se puede concluir que el empleo de técnicas de reproducción humana asistida e incidencia en el derecho de familia al revolucionar la categoría de la filiación, debe considerarse para su debida regulación el interés superior del niño, principio por el cual como se ha venido afirmando dispone su obligatoriedad, como una prescripción de manera imperativa hacia la autoridad al momento de emitir decisiones; y que si bien los jueces en su potestad de administrar justicia tienen la obligación de preponderar el derecho del menor reconocido por instrumentos jurídicos de carácter nacional e internacional, también es cierto de la necesidad de una debida y pronta regulación de este tema para coadyuvar a los mismos a resolver casos de tanta importancia.

CAPITULO III

CAP. III: ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS

2.3 PRESENTACIÓN DE CASOS

El uso de los procedimientos de reproducción humana asistida en el país es un acontecimiento que viene acreciéndose cada día. Tal y como se ha demostrado y detallado precedentemente, en la doctrina existente, la falta de regulación que existe en nuestra codificación civil, ha generado que se presenten debates jurídicos en torno a la resolución de la casuística relacionada a la filiación del niño procreado por el uso de estas técnicas, surgiendo, una imperiosa discusión de evaluar si existe la necesidad de regular una nueva clase de filiación, cuya única finalidad, está encaminada, que ante la posible discusión en los procesos judiciales respecto a este tema; los magistrados puedan tener sustento legal; regulado en la normatividad peruana, para emitir sus fallos y adopten criterios uniformes. En ese contexto, se ha creído conveniente, pasar a detallar los casos que se han presentado en la instancia judicial y casos emblemáticos que han sucedido en la realidad peruana con el propósito de confrontar la hipótesis y así presentar los resultados obtenidos.

1. CASOS JUDICIALIZADOS

A. CASACIÓN N° 5003-2007-LIMA

Recurso impugnativo presentado por la señora Oblitas Chicoma, Mónica Cedelinda, en representación de su hijo Quispe Oblitas, Olsen Fabrizio, en contra de la resolución de vista de fecha tres de agosto del 2007, la misma que confirma la resolución de fecha 23 de octubre del 2006, donde se declaró improcedente la demanda de impugnación de maternidad, fundamentando su decisión en la falta del interés para obrar de la accionante, al no haberse probado el interés moral o

económico en su actuar, pero sobre todo por no acreditar la afectación al interés de su hijo, al haberse efectuado el reconocimiento.

De los antecedentes se desprende que la accionante interpone demanda de impugnación de maternidad realizado por la señora María Alicia Alfaro Dávila en relación de la menor Alicia Beatriz Alfaro Dávila, evocando los art. 45 y 399 de la Codificación Civil, teniendo como fundamento principal que la demandada no es la progenitora, pues los gametos que se utilizaron para que se le realice el proceso, fueron de terceras personas, del señor Custodio Olsen Quispe Condori (cónyuge de la demandante) y de otra mujer; sin el consentimiento del primero, utilizando la técnica de reproducción asistida llamada "ovodonación", método que aún no es permitido conforme lo estipula el art. 7 de la Ley General de Salud.

La Corte Suprema, siendo el máximo órgano de la deliberación de la justicia, verifica la legitimidad de la demandante para pretender el derecho que peticiona, que según el art. 399° del Código Civil, la accionante debe ser titular de un propio interés, que en el caso señalado, se corrobora la existencia del vínculo de hermandad, percibiéndose el carácter propio, personal y legítimo del interés; el mismo que se desprende del mencionado vínculo, resultando una obligación que existe en línea de hermanos, que se traduce en la recíproca protección de sus intereses, de conformidad con lo reglamentado por el artículo VI del título preliminar del Código Civil, tomando en cuenta el interés moral, declarando fundado el recurso de casación y legítimo su interés para actuar.

B. CASO RECAIDO EN EL EXPEDIENTE N° 183515-2006

El Juez del Décimo Quinto Juzgado de Familia, falló declarando fundada la acción impugnativa de la maternidad presentada por la demandante de iniciales C.M.S.A contra los señores de iniciales J.L.A.O y L.E.M.B, en base a lo siguiente:

Debido a un problema renal, neuropatías e hipertensión arterial que padecía la demandante, ésta estaba impedida de sostener un embarazo, recurriendo a la asistencia médica, quien le sugirió, llevar a cabo la técnica de “maternidad subrogada”. En tal sentido, su progenitora, doña J.L.A.O, presto su vientre para llevar a cabo la gestación de la niña, procreada con los gametos de su yerno e hija, quien nació pasado más de 7 meses, la misma que fue registrada en su acta de nacimiento como hija de la demandada, siendo esta la razón por la cual la accionante interpone el proceso judicial.

Para dilucidar el tema, se realizaron diversas pruebas de ADN entre la menor, la accionante y su cónyuge y la demandada, dando como resultado que la señora de iniciales C.M.S.A es la madre genética y el señor de iniciales L.E.M.B es el padre genético.

Al respecto se analizó el art. 7° de la Ley General de Salud, para evaluar si existía la correspondencia de la existencia de la relación entre la madre gestante y la genética, configurándose en el caso un cuestionamiento, pues aquella relación no existía, viéndose en la necesidad en este caso para determinar la filiación recurrir a lo regulado en el art. 2, inc. 24, literal a) de la Constitución que expresamente señala *“nadie está obligado de hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”*, concluyéndose que la madre de la demandante realizó el acto altruista en apoyó a su hija.

En ese sentido, y bajo dicho argumento el Juez, falló a favor de la demandante, reconociéndose como hija de la accionante y del señor L.E.M.B, a la menor nacida, disponiendo rectificar los apellidos de la misma.

C. CASACION N° 4323-2010- LIMA

La Corte Suprema reconoció el acto jurídico denominado convenio de fecundación in vitro (FIV) a la cual fue sometida la señora de iniciales M.A.A.D declarando fundado su recurso de casación.

De los fundamentos de hecho se tiene que, debido a problemas de ovulación; la señora M.A.A.D, fue sometida al procedimiento de fecundación in vitro con el gameto masculino de su cónyuge C.O.Q.C y con el gameto femenino de una donante desconocida, suscribiéndose el convenio de FIV, ratificándose seguidamente por intermedio del documento llamado Autorización de FIV y transferencia embrionaria.

Seguidamente don C.O.Q.C acciona la anulación del acto jurídico por ir en contra de lo normado. En relación con lo que se trata, la Corte Suprema menciona, que según lo preceptuado en el art. 7° de la Ley General de Salud respecto a la identidad entre madre gestante y genética, no es que existía una proscripción, pues la mujer si podía llevar a cabo la gestación, empero la etapa previa para quedar embarazada, esto es la ovulación adecuada, no podía, conllevándola a recurrir a una donante; señalando que existiría entonces un vacío de la norma y no una prohibición destacando el principio legal de que está permitido todo lo que no está prohibido.

Sumado a ello, analizada las cláusulas cuarta y octava del convenio de FIV, se comprobó que las partes habían expresado su conformidad a través del acto volitivo el mismo que fue ratificado a través del documento llamado “Autorización de FIV y transferencia embrionaria”, quedando evidencia del cumplimiento de lo señalado pen el art. 140° de la Normatividad Civil, agregando que debido al procedimiento consentido y autorizado, se tuvo como resultado el nacimiento de la menor, la misma que en correspondencia a los atributos de identidad, de la personalidad y a las características reconocidas en el principio del interés superior

del niño, se encuentra bajo la tenencia de la accionante, declarando la Corte Suprema, mediante estos argumentos, fundada la casación interpuesta.

D. CASACIÓN N° 563-2011-LIMA

Se trata del caso ventilado en la Corte Suprema, donde un matrimonio (don G.S y doña D.F.P.Q) encargaron a una mujer (I.Z.C.M) la gestación de un bebé, que sería entregado tras el alumbramiento a los esposos, por el pago equivalente a la suma de dieciocho mil novecientos dólares americanos a la gestante.

El proceso de fecundación se realizó, en colaboración con el espermatozoides del esposo (G.S), progenitor biológico de la hija de la gestante en alquiler, encontrándose ante el supuesto de maternidad subrogada heteróloga. Sin embargo, después de que naciera la niña, esta fue inscrita cuyos progenitores aparecían siendo la gestante y su conviviente de iniciales P.F.P.C, configurándose un reconocimiento de complacencia dejando de lado al padre consanguíneo (G.S) sin que este sea registrado como padre legal o formal.

En ese orden de ideas, la recién nacida con nueve días, fue dada a los esposos contratantes, quienes iniciaron el proceso de adopción, (art. 248 del Código de los Niños y Adolescentes) para que de manera legal se les otorgue la filiación a su favor, sin embargo, la madre de alquiler y su cónyuge se arrepienten de finalizar el proceso y se desisten de continuar con la adopción; quedando en el aire la filiación de la menor, pues el matrimonio contratante pretendía consumar el contrato de vientre de alquiler solicitando la filiación , vía demanda de adopción por excepción, que permite peticionar a quien posee vinculo de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, como el presente caso.

La instancia Judicial, en primera y segunda instancia declaró fundada la demanda de adopción por excepción interpuesta por los comitentes. Ante ello, la

madre gestante y su pareja interponen recurso de casación alegando en primer lugar infracción del art 115 del Código del Niño y Adolescente, por no proceder la adopción debido a que el padre adoptante era a la vez el padre biológico de la menor; en segundo lugar la trasgresión del art. 128 Código del Niño y Adolescente, inc. b, pues la adoptante de iniciales D.F.P.Q, no guardaba ningún parentesco con la menor, ello a causa de que el padre legal, P.F.P.C, familiar de dicha adoptante, no era el padre biológico; y por último el quebrantamiento de lo estipulado en el art. 378 Código Civil, incisos 1 y 5, puesto que los adoptantes carecían de solvencia moral.

En ese ínterin, la Suprema Corte, falla a favor del matrimonio contratante, fundamentando que es procedente la adopción, porque la paternidad que figuraba en la partida de nacimiento era la del señor P.F.P.C. Por tanto, éste solo era el padre legal de la niña y, en consecuencia, la comitente demandante, la tía de la menor, en consecuencia, declaró infundado el recurso de casación interpuesto por la madre gestante y su conviviente, otorgando una filiación adoptiva y protegiendo el interés superior del menor, sin pronunciarse sobre la maternidad subrogada.

Aunado a ello, se expuso que, ante la existencia de un conflicto entre el derecho de los progenitores recurrentes al ejercicio de la patria potestad y el interés superior de la niña a tener una familia, el tribunal dispuso que habría que priorizar el interés superior de la niña de seguir viviendo con los comitentes, los cuales le brindaban un adecuado ambiente, siendo gravemente perjudicial, sacarla de un seno familiar constituido.

E. EXPEDIENTE N° 06374-2016-0-1801-JR-CI-05

Se trata de la acción de amparo iniciado por los esposos Ballesteros Verau y Nieves Reyes; por los esposos Rojas Urco y Lázaro Salecio, los menores de iniciales L.N.N.R. y C. D. N. R., representados por el señor Nieves Reyes y la señora Rojas

Urco, contra RENIEC, donde solicitaron en primer lugar dejar sin efecto la Resolución Registral n° 299-2016-OSBORJ-JR10LIM- GOR/RENIEC y 300-2016-OSBORJ-JR10LIM- GOR/RENIEC, que declaró improcedente rectificar las actas de nacimiento de los menores y en segundo lugar la declaración formal en las actas de nacimiento, a la señora Nancy Ballesteros y al señor Nieves Reyes, como progenitores de los menores, procediéndose al respectivo reconocimiento y rectificación

En esa línea se tiene que los esposos Nieves-Ballesteros formalizaron su matrimonio el 21 de enero de 2005, sin embargo, ante la imposibilidad que resultaba quedar embarazada la señora Ballesteros, tomaron la decisión de acudir al procedimiento del útero subrogado, para ello suscribieron un acuerdo, manifestando el acuerdo de voluntades y el consentimiento con la pareja de esposos Lázaro-Rojas.

El tratamiento se llevó a cabo en primer lugar con la fecundación in vitro del gameto de una donante anónima, transfiriéndose posteriormente dos embriones al útero de la Sra. Rojas, naciendo los menores de iniciales L.N.N.R. y C.D.N.R, el 19 de noviembre de 2015 nacieron, quienes fueron registrados como hijos de la Sra. Rojas, por ser la madre gestante, y del Sr. Nieves, quien asintió lo declarado por la Sra. Rojas quien indicó que el Sr. Lázaro (su conyugue), no era el padre.

En ese estadio, se dio inicio dos procesos para rectificar las actas de nacimiento, solicitando el Sr. Nieves el reconocimiento como padre de los menores; mientras que la Sra. Ballesteros solicitó se le declare como madre de los menores a fin de que se proceda con la rectificación respectiva, sin embargo, RENIEC fallo declarando improcedentes ambas solicitudes por medio de las resoluciones que son materia de impugnación a través de la acción de amparo.

Al respecto, el Juez declaró fundada la demanda de amparo, por tanto, nulas

las resoluciones registrales: 299-2016-ORSBORJ- JR10LIM-GOR/RENIEC y 300-2016-ORSBORJ-JR10LIM-GOR-RENIENC, de igual manera, anuló las actas de nacimiento de los menores ordenando a RENIEC la emisión de nuevas actas de nacimiento de los menores de iniciales L.N.N.R. y C.D.N.R, donde quede constancia que los señores Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau, son padres de los menores, registrando sus nombres con los apellidos paternos y maternos de los mencionados señores.

F. EXPEDIENTE N° 01286-2017-0-1801-JR-CI-11

El señor N.D.Z.V y la señora C.R.L.R, recurrieron a la Gestación Subrogada heteróloga, para llevar a cabo el proceso de gestación por intermedio de la prima de la accionante de iniciales Z.P.R, de forma voluntaria y altruista, teniendo como resultado el nacimiento de la menor de iniciales L.V.Z.P.

La pareja de esposos interpuso una demanda de amparo en contra del RENIEC para que se deje sin efecto la resolución que declaraba improcedente la rectificación del apellido materno de la menor L.V.Z.P, en cuya acta de nacimiento se registraba como hija extramatrimonial del demandante y de esta última mujer.

El caso fue admitido por el Décimo Primer Juzgado Constitucional, el mismo que declaró fundada la demanda, siendo apelada y pronunciándose la Segunda Sala Constitucional Permanente en el mencionado caso, fallando en contra, resaltando en primer lugar que madre es la que gestó y padre aquel hombre que colaboró con una parte del proceso genético del niño, emitiendo RENIEC la partida de nacimiento de la menor en gracia al Certificado de Nacido Vivo (figurando como madre Z.P.R, por declaración de ésta el padre era el demandante) ello de acuerdo con el derecho de toda persona de portar apellidos de sus progenitores y un nombre, los cuales por ningún motivo pueden ser cambiados excepto por justificados motivos y a través de

una orden judicial.

Señalando, además, que de acuerdo al art, 7° de la Ley General de Salud respecto al supuesto de identidad entre madre gestante y genética, esta es una cualidad rigurosa e imperativa, es por ello que conllevar un proceso contrario, como el caso presente, sería prohibido. Considerando adicionalmente que el cuerpo de la mujer que colaboró como el feto fueron considerados como objetos y el procedimiento de Gestación Subrogada afectan los principios las costumbres de la sociedad y de la dignidad humana, fallando en la revocabilidad de la sentencia emitida por el Décimo Primer Juzgado Constitucional declarando la improcedencia de la demanda.

Es preciso manifestar, que los accionantes han presentado recurso de agravio constitucional ante el Tribunal Constitucional a fin de que se resuelva en definitiva instancia el caso, mismo que, hasta la fecha, no alcanzado resolución alguna.

2. CASOS EMBLEMATICOS EN LA REALIDAD PERUANA

Para la presente investigación se trae a colación tres casos sobre el tema ocurridos en el País, casos que han sido tema de opinión pública, e inclusive se han vuelto polémicos, se tomado en consideración con el objetivo de conocer aún más la realidad en la que nos encontramos por el uso de métodos de reproducción humana asistida, como vías de solución utilizados por toda persona en la sociedad peruana (que tenga los medios económicos para solventarlo) y que ante la creciente concurrencia, se es necesaria una adopción legal de ésta.

A. CASO DEL MATRIMONIO CHILENO TOVAR-MADUEÑO.

La pareja chilena constituida por la señora Rosario Madueño Atalaya y la señora Jorge Tovar Pérez fueron detenidos al ser culpados por el delito de trata de

personas, ello por un mandato de prisión preventiva emitida por la Corte de Justicia del Callao en momentos que retornaban al país natal con sus gemelos resultado del uso de la técnica de útero subrogado, en participación de los espermatozoides de Don Jorge.

Es de precisar, que el matrimonio chileno ante la imposibilidad de obtener descendencia pese a haber recurrido a diversos tratamiento de fertilidad, por más de 7 años, decidieron someterse y hacer uso de las técnicas de reproducción asistida, solicitando la colaboración de una mujer peruana, que cumpliera el papel de mujer subrogada, quien en todo momento reconoció no ser la madre de los gemelos, pues solo era participante del proceso (existiendo la presunción de haberse cancelado \$ 10.000), pues únicamente había prestado su vientre para apoyar a los señores, con lo que los niños que había gestado eran hijos del matrimonio.

Sumado a ello, se comprobó por medio de la prueba de ADN que los niños poseían carga de tipo genético del señor Tovar, con lo que la Primera Sala de Apelaciones de Corte Superior de Justicia del Callao, resolvió anular el arresto preventivo y dejando en libertad a la pareja de esposos.

Este caso conocido internacionalmente, ha demostrado que nuestro ordenamiento jurídico cuenta con una regulación desfasada ante la evolución de la ciencia, ello porque se ha notado la falta de pronunciamiento específico de quienes gobiernan y legislan, sumado a ello, que no existe la prohibición manifiesta acerca del uso de las técnicas de reproducción asistida. Sin embargo, no se ha procurado establecer una regulación en la legislación general y ni el derecho de familia, con lo que se veía lejana el objetivo que de las autoridades judiciales a través de la normatividad nacional tengan las herramientas necesarias para fallar a través de sus resoluciones tutelando derechos de los intervinientes, priorizando en este caso a los

niños resultado de estos procedimientos, quienes ante la posibilidad de ser vulnerables, deben recibir una alta seguridad del Estado, que debe batallar con algún argumento o regulación cerrada, sesgada e incompatible completamente con el contexto social actual, propio del pensar individual con relación a la propia de una sociedad obsoleta y arcaica, y considerar normativas erradas ante las presencia de estas situación, sancionando a una persona con la prisión preventiva, figura que es utilizada en ultima ratio por el Derecho Penal.

B. CASO RICARDO MORÁN

El reconocido productor y conductor de la televisión Ricardo Morán Vargas, a través de algunas aplicaciones anunció como información, el nacimiento de sus mellizos, convirtiéndolo en padre de mellizos, cuyos nombres son Catalina y Emiliano, niños que resultaron del uso de las Técnicas de reproducción humana asistida llevada a cabo en EE.UU, como la Gestación Subrogada, con intervención de la fertilización in vitro de sus gametos, a través de la ovodonación y llevado a cabo la gestación por una tercera mujer.

Conforme lo menciona el conductor, decidió llevar a cabo estas técnicas en el exterior a fin de no tener inconvenientes de carácter legal por el hecho de la incertidumbre existente respecto a este tema nuestro país, escogiendo así, un país donde existe una regulación normativa con mayor apertura y permisiva a los diferentes casos y tipos que se susciten, por lo a pesar de su condición de homosexualidad, este no le generó inconveniente alguno para la aplicación y realización de la Gestación Subrogada para lo cual tuvo que aportar sus gametos, siendo los mellizos, sus hijos consanguíneos, los mismos que fueron reconocidos en EE.UU con sus apellidos.

No obstante, el real problema que afronta se relaciona justamente al tema de

reconocerse a él, como padre único de los menores en nuestro país, pues de acuerdo a nuestra codificación civil, en el art. 131, solo se ha previsto la posibilidad, de que sólo la mujer, por si sola, tenga la posibilidad de reconocer e inscribir a los hijos en sus distintas maneras, las mismas que se encuentran reguladas en el artículo 21 de Código Civil, y no al hombre solo.

Dicha problemática es la que Morán destacó en la entrevista al Diario Perú 21, señalando que no existía ningún problema, en Estados Unidos, para la partida de nacimiento de mis hijos, pues con la resolución del juez que decía que yo era el único padre, pudo sacarlas e inclusive tramito los pasaportes; sin embargo, al aproximarse al Consulado Peruano ubicado en Houston con el propósito de inscribir a los menores como sus hijos le informaron que ante la no regulación de dicho supuesto en la normatividad peruana, no podían hacerlo, resaltando el Sr. Morán, que en el Perú la falta de pronunciamiento de nuestro sistema peruano en estos casos, pues no existe dispositivo legal en el ámbito familiar, que señale o de la posibilidad al papá de inscribir a sus hijos, menos en el proceso administrativo, con lo que no hay marco legal alguno.

Cabe señalar que al no poder inscribir a sus hijos como ciudadanos peruanos, ha logrado ingresar a sus hijos al país en calidad de turistas teniendo solo un lapso de 6 meses para poder quedarse, a pesar del tiempo, los niños viven en el Perú, como ilegales sin tener DNI, e inclusive solo le da la posibilidad de salir del país con sus gemelos, hasta que cumplan la mayoría de edad, diferente seria la situación si se contara con la madre y la autorización notarial de esta, supuesto caso que no ocurrirá, porque solo él es el padre.

Actualmente el mencionado conductor, llevó a cabo un proceso legal recaído en el Expediente n° 6323-2021-0-1801-JR-DC-09 para que el estado peruano le

permita inscribir a sus hijos como tales y se les otorgue la identidad de nuestro país, en correspondencia a los derechos que les atañen a los menores descendientes de madre o padre peruano. Sin embargo, el Juez del Noveno Juzgado constitucional mediando sentencia de fecha 18 de julio del 2022, ha fallado en contra del accionante, declarando infundada la demandada, teniendo como uno de sus fundamentos, que la debida protección de su derecho como el tener un nombre radica en obtener una información adecuada y oportuna de sus padres genéticos y madre subrogante, por lo que no es adecuado conseguir que se inscriba las actas de nacimiento en donde no aparezca el nombre de la madre.

C. CASO ERNESTO PIMENTEL

El personaje televisivo de 49 años Ernesto Pimentel Yesquén, anunció públicamente por medios noticieros y en redes el nacimiento de su hijo a quien nombró Gael Pimentel, el mismo que fue producto del uso de la técnica de la Gestación Subrogada, realizada por medio de la fecundación in vitro de sus espermatozoides y del aporte de óvulos de su amiga Miluska Jácome, quien también prestó su vientre para la gestación.

Ciertamente, este caso de “Gestación Subrogada” realizado por el artista, aunque no esté normado, no presentó inconvenientes para la inscripción del menor, a diferencia del caso del Sr. Morán, puesto que en tal situación los padres quienes aportaron sus gametos pudieron registrar y el Estado peruano reconocer de forma legal al niño como su menor hijo, precisamente, porque conforman una pareja tanto del sexo masculino como femenino. Manifestando, el mencionado Sr. Pimentel, que resulta imperante que nuestro país sea diverso, inclusivo y respetuoso, donde cada persona tenga la capacidad de decisión de tener y no tener hijos y ello por supuesto, le genere felicidad por la decisión que toma y que por ninguna razón sea cuestionado

en razón de su género u orientación sexual, pues un gay también debe tener la posibilidad de tener un hijo por medio de un vientre subrogado, aplaudiendo lo sucedido con Ricardo Morán, pues su creencia de tipo de familia perfecta es la que encuentra sustentada en el amor (Cuarto Poder, 2019).

2.4 ANALISIS DE CASOS

Los casos descritos tanto los judicializados como los mediáticos son solo algunos ejemplos demostrativos que han acontecido en la sociedad peruana para su respectivo debate.

Es lamentable que el abstencionismo de los legisladores respecto al proceso legal o la inobservancia regulatoria en nuestro orden jurídico actual peruano de las técnicas de reproducción humana asistida y la influencia que estas conllevan e inclusive los efectos que repercutan en el derecho de familia; específicamente en el tema de filiación, desmerezcan la gran importancia que tienen estos casos judiciales, lo que implica que de mantenerse en la misma postura, a pesar del sinfín de inconvenientes suscitados, nuestro país se convertiría en un estado donde los derechos del niños no sean garantizados o sean desconocidos, sino que además el mismo sistema jurídico no coadyuve a la protección de los mismos, desprotegiéndose al ser más débil de la relación el niño.

En esa línea y al respecto de lo señalado precedentemente, se espera la presencia de muchos otros casos judicializados con mayor concurrencia, con lo cual se mantiene la imperiosa necesidad de la regulación de este tema en el derecho de familia, el mismo que estaría cobrando mayor fuerza, acaparando la atención de estudiosos del derecho y de otros representantes, motivo por el cual, no solo debería existir al menos propuestas para legislar dichos procedimientos como tal, sino crear

una nueva clase de filiación en el código civil peruano, teniendo como fin la salvaguarda del niño procreado a través de ellas, destacándose por lo menos, la existencia de una preocupación social y con ello la intención de una legislación materializada, respecto a este tema.

2.5 COMPROBACION DE LA HIPOTESIS

2.5.1 LA NECESARIA REGULACION DE UNA NUEVA CLASE DE FILIACION POR VOLUNTAD PROCREATIVA DERIVADA DE LAS TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA.

La Técnica de Reproducción Humana Asistida, originariamente fueron concebidas como la alternativa frente al problema médico: la esterilidad o la infertilidad. Pese a ello, hoy en día, esta forma de concebir es restrictiva o limitada, siendo la reproducción asistida la manera por el cual la persona logre alcanzar la paternidad o maternidad (Bladillo, De la Torre, & Herrera, 2017).

En esa misma línea, el surgimiento de las Técnicas de Reproducción Asistida, ha contribuido a promover el cambio en conceptualizaciones consideradas inquebrantables como el tema de filiación. Esto porque, la familia es considerada el núcleo fundamental y básico en la composición de un Estado organizado políticamente.

En ese sentido, es que el derecho debe ir modificándose con el avance científico, y así crear leyes que reflejen la situación actual de la sociedad, tratando de normar el comportamiento de la persona y las fases del desarrollo humano actualmente descritas, asimismo de reglamentar los comportamientos de las instituciones externas e internas creados por el hombre.

Si bien es cierto, a pesar que no se cuenta con norma precisa respecto a la

regulación del procedimiento de estos métodos y su implicancia en la determinación de la filiación del menor alumbrado por medio de las mismas, los magistrados desde algunos años vienen estudiando casos que tratan sobre el tema conllevado a un pronunciamiento sobre el mismo, sin contar con un marco normativo ideal, viéndose en la obligación a “crear derecho”, apoyándose en algunos casos en la interpretación de distintos principios y normas con el objetivo de resolver problemas, cuyo pronunciamiento inciden de manera directa en el niño, el cual debe obtener una adecuada tutela del mismo Estado, protegiendo el interés superior del niño procreado mediante procedimientos de reproducción humana asistida.

Ante lo expuesto precedentemente se puede corroborar que la problemática que surge en materia de filiación al encontrarse presentes la ejecución de procedimientos de reproducción humana asistida es estudiada empleando la razón jurídica, los principios generales de derecho y derecho comparado. Quedando claro que, la doctrina y nuestro ordenamiento jurídico peruano, en específico el Código Civil, ante la transformación del conocimiento científico moderno en relación al uso de los procedimientos de reproducción asistida, no debería ser estático, pues ante el contexto versátil, el Derecho debería ser dinámica y actualizarse con los cambios de la ciencia, que como en el presente tema de estudio, ha influido en el tema familiar y en la filiación.

Por ello, dentro de este marco es importante que, frente a las filiaciones ya reguladas en nuestro código civil descritas en el capítulo anterior, es necesario la regulación de otro tipo de filiación denominada “*FILIACION POR VOLUNTAD PROCREATIVA DERIVADA DE LAS TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISITIDA*”, cuyo vínculo construido tendrá de sustento en la voluntad procreativa, siendo esta el fundamento para que en algunas circunstancias que se presenten sea el

factor determinante en la relación que une a los hijos y a los padres cuando el aspecto biológico, no lo hace posible.

En esta perspectiva, la voluntad procreativa se convierte en fundamento y/o base por medio del cual una pareja ha decidido procrear, siendo este el motivo suficiente para otorgar la filiación del mismo. En ese sentido al ser el argumento para una inclusión en la regulación de filiación en la normativa jurídica peruana, esto es para otorgar la filiación de los niños nacidos por intermedio del procedimiento de reproducción humana asistida a los padres que asisten a ella, se lograría la protección máxima, del interés superior del niño, sin restar importancia a la identidad misma, identidad tomada en cuenta de acuerdo al entorno de la familia y la armonía que implica para el menor en su pleno desarrollo.

De este modo, conforme se ha afirmado la reproducción es un hecho natural de suma importancia para el hombre, con la finalidad de generar descendencia, es así que a través de las ciencias biomédicas, se descubrió formas de reproducción artificiales, a las que desde el inicio de la presente tesis se le ha conocido como técnicas de reproducción humana asistidas, las mismas que independientemente de las concepciones morales, sociales o éticas, nos encontramos ante un concepto de vital importancia, merecedor de una adecuada regulación normativa. En efecto, no se puede negar que la puesta en práctica de estos hechos ha generado el problema planteado en la presente tesis, pues al no encontrar alguna contemplación en nuestra codificación peruana, agravaría la situación en la que se hallarían no solo la familia involucrada, sino también el niño procreado a través de las técnicas de reproducción humana asistida, pues no se garantizaría plenamente su interés superior.

Por tal motivo resulta necesario que se encuentre reconocido en el ámbito jurídico esta nueva forma de filiación teniendo como sustento de la misma la voluntad

procreativa de la o las personas para tener un hijo. Esto de conformidad con lo que se ha venido señalando, pues desde ya hace años se ha planteado las eventuales diferencias entre el vínculo jurídico y presupuesto biológico, sin que nuestra normatividad, haya establecido pautas específicas, limitando de cierto modo la praxis de nuevas formas de la reproducción humana, las mismas que han creado situaciones nuevas y controversiales para el derecho de familia. Teniéndose, por un lado, que no existiría controversia cuando la práctica es realizada con el semen consentido y cierto del conviviente o marido para establecer la filiación del hijo procreado la misma que puede ser asimilada matrimonial o extramatrimonial. Sin embargo, si lo que se ha realizado es una inseminación o fecundación heteróloga, es decir cuando los gametos son de un donante, el mismo que puede realizarse en mujer casada, en estado de convivencia o de mujer sola, se presentaría la interrogante, respecto a la filiación del niño, llegando en ciertos casos de carecer de padre. Por ello, tal y como lo afirma MIRANDA CANALES “el ordenamiento jurídico debe dispensar protección a quien actúa en la realidad social asumiendo la función de padre o madre, con lo que deberá impedirse la constatación del vínculo genético con el fin de atribuirse a la persona que aporporto los gametos responsabilidades paterno-materno filiales” (Miranda, 2001). Con ello, se cree que el Estado y la Sociedad, deben proteger especialmente al niño, como lo establece el art. 4 de la nuestra carta magna, de allí que el Código de los Niños y Adolescentes garantice la vida del concebido, protegiéndolo en todos los ámbitos, valorando su integridad y desarrollo físico o mental, dicho de otro modo el estado deberá velar porque el niño que pueda ser concebido por intermedio de Técnicas de Reproducción Humana Asistidas, no se enfrente a problemas como los casos expuesto y pueda formar parte de un hogar adecuadamente conformado.

Sobre ello, la propuesta es que se incluya en el sistema preexistente un tipo

de filiación por voluntad procreativa generado por el uso de técnicas de reproducción humana asistidas, con el fin de consolidar la relación familiar, garantizando la determinación de la filiación, por el vínculo afectivo, cuyo único interés jurídico protegido es el del niño o niña, amparado en su derecho de tener una madre o un padre y crecer en la familia.

Y es en razón a ello, que la opinión de la inclusión de este nuevo tipo de filiación, parte también de la idea del bienestar del niño o niño procreado, bienestar que no viene a ser un asunto privado, sino un asunto público, donde es el Estado, quien debe propiciar la inclusión de nuevas normas jurídicas, ante los latentes avances científicos que vienen realizando en la actualidad, las mismas que incidirán en el cumplimiento y el respeto del interés superior del niño y desarrollo pleno de los derechos fundamentales, los cuales serán desenvueltos en la familia.

Por lo tanto, dentro de este contexto se cree conveniente incluir en la legislación el tema propuesto, el mismo que ayudará a determinar la filiación del niño procreado mediante estos métodos, donde la filiación sea ajustada a especiales factores en el escenario nuevo que se manifiesta, otorgando seguridad legal a toda persona que esté implicada en el desarrollo de esta clase de praxis de reproducción, en especial del niño procreado, a fin de evitar incertidumbre jurídica respecto a su situación filial.

2.5.2 PROPUESTA DE LEGE FERENDA

En base al análisis efectuado en la presente investigación, el mismo que se ha podido corroborar la hipótesis planteada, proponemos la regulación de una nueva clase de filiación de las ya reguladas en el Código Civil, debiendo adicionarse algunos artículos que introduzca a la voluntad procreativa como fundamento de esta

forma de filiación, quedando a continuación de la forma siguiente:

**LA FILIACIÓN POR VOLUNTAD PROCREATIVA DERIVADA DE
LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA**

**Artículo 415°. - FUNDAMENTO PARA LA DETERMINACION DE LA
FILIACIÓN**

El cimiento principal para la determinación de la filiación del niño procreado con el uso de las técnicas de reproducción humana asistida es la voluntad procreativa, la misma que deberá estar plasmada en el documento de consentimiento informado, constituyéndose prueba irrefutable, para que los intervinientes - varón o mujer- que autoricen la aplicación de algún tipo de procedimiento, denieguen la relación filial con el concebido y mucho menos pretendan cuestionarla.

Artículo 415-A.- DERECHOS Y DEBERES DE LOS HIJOS

Los hijos procreados mediante las técnicas de reproducción humana asistida, tiene los mismos privilegios - responsabilidades que los nacidos procreados naturalmente en el matrimonio o fuera de él o los adoptado.

**Artículo 416°. - INIMPUGNABILIDAD DE PATERNIDAD Y
MATERNIDAD.**

Son el varón y la mujer, los padres del hijo concebido mediante el uso de técnicas de reproducción humana, que se sometieron a ellas. Quedando inhabilitados para impugnar la filiación determinada conforme a la regla precedente, por consiguiente, no podrán invocar algún supuesto regulados en los art. 363°, 366° y 371° del Código Civil, para contradecir la su vinculación filial.

Artículo 417°. - INEXISTENCIA DE VÍNCULOS FILIATORIOS

No existen deberes filiatorios, en los siguientes supuestos:

- a) *Entre los cedentes de gametos y embriones y los nacidos mediante el uso de las técnicas de reproducción humana asistida.*
- b) *Entre la gestante subrogada y los niños nacidos mediante los procedimientos de las técnicas de reproducción humana asistida.*

Artículo 418°. - FILIACIÓN POST MORTEM

Configurándose, en los supuestos siguientes:

- a) *Cuando se encuentre en el útero de la pareja superviviente o de la gestante subrogada, el embrión fecundado con el gameto de la pareja fallecida, en la fecha de la muerte de aquel o aquella, según sea el caso.*
- b) *Cuando se tenga el consentimiento libre, consciente, voluntario y expreso de la pareja fallecida para que su gameto pueda ser utilizado en el procedimiento.*
- c) *Cuando medie el consentimiento libre, consciente, voluntario y expreso de la pareja fallecida, para que su pareja superviviente, pueda emplear para sí el embrión criopreservado con el que existe identidad genética o para el cual se haya autorizado una donación de gametos, según corresponda,*

Para la interpretación y aplicación de los numerales b y c, será válido únicamente el consentimiento a través del documento del consentimiento informado.

CONCLUSIONES

- El uso de las técnicas de reproducción humana asistida en el país y su repercusión en la familia es un asunto que debe ser tratado por los jurisperitos y parlamentarios, pues al no precisar los lineamientos para la aplicación de estas técnicas, ha conllevado a que exista un vacío respecto a este tema y se abra paso a la clandestinidad, generando que nuestro ordenamiento jurídico peruano vaya quedando desactualizado, implicando que los juristas tengan el deber de adecuar los dispositivos legales a las nuevas necesidades planteadas en cada situación jurídica relevante; máxime, el hecho de encontrar inmerso, el interés superior del niño y la seguridad a sus derechos fundamentales los mismos que se encuentran recogidos tanto en la normatividad nacional como internacional, como son el Código de los Niños y de los Adolescentes y en la Convención de los derechos del niño, etc.
- Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida nos ubican en un ambiente diferente al de la filiación actualmente regulada. Por un lado, la filiación regulada en nuestro ordenamiento peruano tiene su base en un supuesto inexorable como la existencia de un acto sexual entre los progenitores, siendo este supuesto ausente en la práctica de estos métodos. Por otro lado, estas técnicas posibilitan la disgregación del elemento volitivo y el biológico, por el cual es el primero, el factor importante en la filiación del niño; lo que involucra que no puedan ser tratadas por las disposiciones legales de la filiación regulada actualmente, convirtiéndose así en una necesidad, el establecer una regulación diferencial y autónoma para la filiación por voluntad procreativa derivada de las técnicas de reproducción humana asistida, diferenciándola de aquellos ya regulados tipos de filiación.
- La filiación en la actualidad no solo está encaminada al vínculo existente entre el niño y sus progenitores, por el contrario se ajusta al derecho que posee el menor de sentirse parte de la familia; exigiendo así que el derecho configure a la voluntad como requisito indispensable, cuya vinculación nacida, otorgue efectos relacionados con el parentesco, reconocido jurídicamente frente a la verdad biológica, permitiendo incorporar al niño en aquella familia que ha manifestado su voluntad y su compromiso para con él, siendo un deber

asumido no solamente por un imperativo legal, sino por una manifestación voluntaria consolidando con ello la firmeza y solidez de las conexiones.

- La voluntad procreativa es concebida como el fundamento indispensable en este tipo de filiación configurándose como el sustento base para la reproducción asistida, cuya finalidad es dotar de connotación jurídica al deseo de quienes anhelaron ser padres, traduciéndose, por un lado que mientras para la determinación de la filiación por procreación natural, el examen de ADN, es prueba indiscutible en la vinculación, por otro lado, la voluntad y el afecto, en otras palabras, la socio-afectividad es la pieza esencial para determinar la filiación del niño, que regirá en la nueva regulación del tipo de filiación regulada en nuestro Código Civil.
- La inclusión de Técnicas de Reproducción Humana Asistida por ser un tercer modo de filiación se ha convertido es una modificación insoslayable para el Código civil Vigente, el mismo que resulta necesario para garantizar el interés superior del niño, y el derecho a vivir en una familia, con la finalidad de armonizar relaciones humanas en la sociedad.
- Regular la clase de filiación resultante de estas técnicas, aprueba que la socio-afectividad forjada entre la conexión padre-hijo y el factor de crianza se anteponga inclusive ante los lazos biológicos, ello en base a que el desarrollo del niño en conjunto con sus progenitores, la madre o el padre que desearon, construye inclusive uniones sólidos que las uniones biológicas, pues el hijo procreado y los padres forjarán un vínculo fuerte, concibiendo una familia, en sentido amplio, la misma que si bien es producto del conocimiento se funda por el amor, siendo así necesaria la regulación de una nueva clase de filiación de las ya normadas en el Código Civil Peruano, a efectos de dar una extensión a una nueva filiación, autónoma e inclusive ajustada en el avance que en materia de técnicas de reproducción asistida se vienen dando, debiendo adicionarse algunos artículos que introduzca a la voluntad procreativa como fundamento de este tipo de filiación.

RECOMENDACIONES

- Se conmina, al Congreso de la República, dar cumplimiento a su rol constitucional, legislando en pro y beneficio del ciudadano, en relación al derecho familiar - genético, siendo el propósito precisar las líneas del uso del procedimiento de reproducción asistida, dotándonos de legislaciones acordes a brindar soporte jurídico a los solicitantes de estos métodos de reproducción, tutelando fundamentalmente todos los derechos.
- De acuerdo a los establecimientos de fertilización, privada o pública, se pide la realización de tratamientos con respeto a la dignidad humana, diferenciando el aspecto y deseos económicos, siendo respetuoso de las decisiones del paciente, guiando ante los efectos de índole legal y moral.
- Al Poder Ejecutivo, en un trabajo en conjunto a lado del Congreso de la República, con el fin de contar con un sustento legal específico y detallado que consagre normas específicas que sean garantes de los derechos en cuestión, siendo de gran relevancia para la temática de estudio sobre protección del interés superior del niño y sus derechos fundamentales, constituyéndose un progreso hacia una sociedad diversa, integradora y respetuosa de los derechos fundamentales.
- En tanto se emite la norma legal propuesta, se recomienda se convoque a un Conversatorio Supremo Civil, con el fin de uniformizar, consolidar y mejorar los criterios en relación a la filiación derivada del uso de las técnicas de reproducción humana asistida, cuyo fundamento principal es la voluntad procreativa que tiene la persona o personas que se acogieron a los métodos para procrear.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. BAUTISTA TOMÁ, Pedro y HERRERO PONS, Jorge. *Manual de Derecho de Familia*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas, 2006.
2. BELLUSCIO Augusto Cesar, *Manual de derecho de familia*, Tomo 2, 7ª ed., Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma SRL, 2004.
3. BEORLEGUI LOPERENA, Ana. *La maternidad subrogada en España*. 2014.
4. BLADILO, Agustina, DE LA TORRE, Natalia y HERRERA, Marisa, Las técnicas de reproducción humana asistida desde los derechos humanos como perspectiva obligada de análisis, *Revista Ius*, Núm. 39, enero 2017, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México, 2017.
5. BORDA GUILLERMO, A. *Tratado de Derecho Civil Familia I*. 6º Edición. Librería Studium. Lima, 1997.
6. BOZA DIBOS, Beatriz. “Los adelantos de la ciencia y la permeabilidad del Derecho. Reflexiones en torno a la ‘reproducción humana asistida’”. En: *Derecho*. Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 45, Lima, 1991.
7. BRUGO-OLMEDO, Santiago; CHILLIK, Claudio y Susana KOPELMAN. “Definición y causas de la infertilidad”, *Revista Colombiana De Obstetricia Y Ginecología*, Vol. 54, N° 4, 2003.
8. CANESSA VILCAHUAMAN, Rolando Humberto. *La Filiación en la reproducción humana asistida*, Tesis para optar el grado de Doctor en Derecho y Ciencia Política, Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2011 [Ubicado el 15.IX.2019]. Obtenido en <https://cybertesis.unmsm.edu.pe/handle/20.500.12672/1487>
9. CÁRDENAS KRENZ, Arturo Ronald. *El derecho de las personas concebidas mediante técnicas de reproducción asistida a conocer su identidad biológica, desde una perspectiva biojurídica*, Tesis para optar el grado de Magíster, Chiclayo, USAT, 2014.
10. CASACION N° 4323-2010-LIMA.
11. CHILLIK C. *¿Por qué no podemos tener un hijo?* Buenos Aires, Editorial Atlántida, 2000.
12. CODIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES, LEY N° 27337, en <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H775516>.
13. COFRE SIRVENT, Jorge. “Reproducción asistida y Constitución”. *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, N° 7, México: 2001.
14. COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (Artículo 3, párrafo 1). Naciones Unidas, 29 de mayo del 2013.

15. Constitución Política Del Perú de 1993
16. Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por el Estado Peruano mediante Resolución Legislativa N° 25278 del 3 de agosto de 1990, publicada en el diario oficial El Peruano el 4 de agosto de 1990.
17. COOK R.; DICKENS B. y FATHALLA M. *Salud reproductiva y derechos humanos*, Bogotá, Profamilia, 2003.
18. CORREA MENDO, Marcela Leonor. *La inseminación artificial heterólogas implicancias en el derecho de familia*, Tesis para optar el grado de Magíster, Chiclayo, UNPRG, 2017.
19. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Gretel Artavia Murillo y otros (“Fecundación in Vitro”) contra Costa Rica, 28/11/2012, En: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (corteidh.or.cr)
20. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: Opinión Consultiva. OC-17/02, del 28 de agosto de 2002, sobre la Condición jurídica y derechos humanos del niño. Serie A, N°17, párr. 56. (Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf, consultado el 20 de febrero de 2019).
21. DIAZ DE GUIJARRO, Enrique. “La voluntad y la responsabilidad procreacionales como fundamento de la determinación jurídica de la filiación”, en JA 1965-III-21
22. DICCIONARIO DE MEDICINA. BARCELONA, Mosby, 2004.
23. DIEZ PICAZO, Luis y GULLON, Antonio. *Sistema de derecho civil*, Madrid, Ed. Tecnos, 1990, p.284, y BORDA, Guillermo. *Manual de derecho de Familia*, Buenos Aires, Lexis Nexis-Abeledo Perrot, 2002.
24. FACULTAD DE MEDICINA DE LA UNIVERSIDAD DE NAVARRA. *Diccionario de Medicina*, España, Espasa Siglo XXI, 2000.
25. FAMÁ, M. *La filiación. Régimen constitucional, civil y procesal*. Buenos Aires: AbeledoPerrot. 2009.
26. FAMA, María. *Filiación y homoparentalidad en la ley 26.618 de matrimonio igualitario*, RDF N° 48, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011.
27. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Familias*. 2ª edición, 3er tiraje.
28. FERNÁNDEZ GARATE, Miriam Aurora. *La necesidad de regular la inseminación artificial heteróloga en el Perú*, Tesis para optar el grado de Magíster, Arequipa, UCSM, 2007, [Ubicado el 09.IX.2019] Obtenido en <http://tesis.ucsm.edu.pe/repositorio/handle/UCSM/7389>
29. FERTILAB. *Historia de las Técnicas de Reproducción Asistida*. [Ubicado el 30.IV 2018]. Obtenido en <http://www.fertilab.net/ginecopedia/>

30. FLORENCIA, Luna. *Reproducción Asistida, género y derechos humanos en América Latina*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2008,
31. GIL DOMÍNGUEZ, Andrés. “Los derechos reproductivos en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, Instituciones de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Buenos Aires, La Ley, 2001.
32. GUTIERRES CAMACHO, Walter. Código Civil comentado, Tomo II, Derecho de Familia (primera parte), 2ª ed., Lima, Gaceta Jurídica, 2007.
33. JUNQUERA DE ESTAFANI, Rafael. “*Los derechos humanos en la era de la Biotecnología*”, Madrid, UNED, 1999.
34. KRASNOW, Adriana. "La socio-afectividad en el Derecho de las familias argentino. Su despliegue en la filiación por técnicas de reproducción humana asistida", *Revista de Derecho (Valdivia)* Vol. XX XII - N°1-JUNIO 2019.
35. LA CRUZ BERDEJO, José Luis; SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís y otros. *Elementos del derecho civil, IV: Familia*, 4a ed., Madrid, Dykinson, 2010.
36. LA CRUZ BERDEJO, José Luis; SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís y otros. *Elementos del derecho civil, IV: Familia* 2010.
37. LA ROSA LA ROSA, Carlos Abdon. *La nacionalidad histórica filial. Nueva concepción ideológica de la nación*. 2ª edición, Lima, Noviembre, 1977.
38. LALUPÚ SERNAQUÉ. *Las Técnicas de Fecundación Artificial: la Maternidad Subrogada y Dignidad Humana*, Lima, Editorial San Marcos, 2013.
39. LEY GENERAL DE SALUD, Ley N° 26842, Título 1, artículo 7 en <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H775516>.
40. LLANOS, B. A. *Tratado de Derecho de Familia*. Lima, Editorial LEX Y IURIS, 2016.
41. MARRAMA. *La fecundación in vitro y el derecho*. Editorial Rios – Dictum, 2012.
42. MEDINA GRACIELA “Derecho a la Procreación”, cita por Varsi Rospigliosi, Enrique en “*Derecho Genético*”, Cuarta Edición, Editorial GRIJLEY, año 2001.
43. MEDLINEPLUS. "Infertilidad", Servicio de Biblioteca Nacional de Medicina de Estados Unidos, 22 de marzo del 2013 [ubicado el 05.VIII.2018] Obtenido en <http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/001191.htm>
44. MÉNDEZ COSTA, María Josefa y D'ANTONIO, Daniel Hugo. *Derecho de familia*. Tomo III, RubinzalCulzoni, Buenos Aires, 2001.
45. MENDIOLA OLIVARES, Jaime. “Reproducción Asistida”. *Revista Iberoamericana de Fertilidad*, Vol 1.
46. MIRANDA CANALES, Manuel. ADN como Prueba de la Filiación en el Código Civil. Ed. Jurídicas Peruano- Lima-Perú, 2001.

47. MONROY, Juan Pablo y TELLES NAVARRO, Román Francisco, La fecundación in vitro, un derecho negado en Colombia, en *Revista Med*, N° 24, Colombia, 2016.
48. MURO ROJO, Manuel (Dir.). “La Constitución en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, sentencias vinculadas con los artículos de la constitución”, Lima, *Diálogo con la Jurisprudencia*, 2006.
49. OCHOA G., Oscar E. *Derecho civil I: personas*, Caracas, Publicaciones UCAB, 2006.
50. OLGUÍN BRITO, Ana María. “Los Derechos de Filiación en la Técnicas de Fecundación Artificial” en *Jornadas internacionales de derecho de familia. La Familia: Naturaleza jurídica y Régimen Jurídico en el siglo XXI*, Chiclayo, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, 2007.
51. OMS. *Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA). Versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS)*, Red Latinoamericana de Reproducción Asistida, 2010.
52. PARISI MIRALLES, Ángela. *Enciclopedia de Bioderecho y bioética*. Universidad de Deusto y Universidad del país Vasco, [30.IV 2019], Obtenido en <https://enciclopedia-bioderecho.com/voces/177>
53. PERALTA ANDIA, Javier. *Derecho de Familia en el Código Civil*, 4ta Ed., Lima, Idemsa, 2008.
54. PEREZ AGULEDO. *Infertilidad y Endocrinología reproductiva*. Bogotá, Gamacolor, 1991.
55. PEREZ PITA, Diana Carolina. *Presupuestos éticos y jurídicos mínimos que se deben tener en cuenta ante una inminente regulación de técnicas de reproducción asistida en el Perú*, Chiclayo, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, 2015. [Ubicado el 12.X.2019] Obtenido en https://tesis.usat.edu.pe/bitstream/20.500.12423/560/1/TM_Perez_Pita_DianaCarolina.pdf.
56. PLACIDO V, Alex: “Filiación y Patria potestad”, Editorial. *Gaceta Jurídica*. 1° Edición. Lima-Perú.
57. PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. “La Familia”, en *Código Civil Comentado*, Tomo 2, *Derecho de Familia (segunda parte)*, Lima, *Gaceta Jurídica*, 2003.
58. PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. “Filiación y Patria Potestad: en la doctrina y en la jurisprudencia”. Lima: *Gaceta Jurídica*, 2002.
59. PLANIOL Y RIPPERT. *Tratado práctico de derecho civil*, La Habana Cultural, Tomo II, pp. 1927-1945.
60. PLANIOL, Marcelo, y RIPPERT, Jorge. *Tratado Práctico de Derecho civil francés*. La Habana Cultural S.A. Tomo II.

61. PUIG PEÑA, Federico. "Filiación". En: MASCAREÑAS, Carlos. Nueva enciclopedia jurídica. Tomo IX, Francisco Seix, Barcelona, 1982.
62. PUIG PEÑA, Federico. *Tratado de derecho civil español, t. 2, vol. 2*, Madrid, Revista de Derecho Privado.
63. RAMOS VELÁSQUEZ, Verónica Marisol. *La incidencia de las técnicas de reproducción humana asistida en la Filiación*, Tesis para optar el grado de Doctor, Lambayeque, UNPRG, 2015, [Ubicado el 23.IX.2019] Obtenido en <https://repositorio.unprg.edu.pe/handle/20.500.12893/512>.
64. RAMOS. R., Veciana, *La eutelegenesia ante el Derecho Canónico*, Barcelona, Bosch, 1957.
65. REYES LOAIZA, Katia Scarlet. *Problemática de la filiación en la reproducción humana asistida*, Tesis para optar el grado de Magíster, Arequipa, UCSM, 2017, [Ubicado el 09.IX.2019] Obtenido en <https://tesis.ucsm.edu.pe/repositorio/handle/UCSM/6272>
66. RODRÍGUEZ ITURRI, Roger. *Adolescencia matrimonio y familia. Un estudio interdisciplinario*, Lima, Fondo editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 1995.
67. SANTAMARÌA, L. *Curso de Educación para la Salud: Técnicas de Reproducción Asistida. Reproducción Sexual*, Madrid.
68. Sentencia de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia. Casación N° 4323-2010-Lima; Consultado el 20 de noviembre del 2018. Disponible en http://genyderecho.com/jurisprudencia/Nac_06_CAS_N4323_2010.pdf.
69. Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente N° 01817-2009-PHC/TC, Lima, J.A.R.R.A. Y V.R.R.A, fundamento 11, Obtenido en <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/01817-2009-HC.pdf> ubicado el 20 de febrero del 2019
70. Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente N° 01665 2014 PI-1E/TC ICA fundamento 18, Obtenido en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2015/01665-2014-HC.pdf>, consultado el 20 de febrero de 2019.
71. SERRANO ALONSO, Eduardo. *Manual de Derecho de Familia*, 2ª ed., Madrid, EDISOFEER, 2007.
72. Sociedad Española de Fertilidad. *Saber más sobre fertilidad y reproducción asistida*, Sociedad Española de Fertilidad, Madrid, 2012.
73. TABOADA CORDOVA, Lizardo. *Negocio Judicio, contrato y responsabilidad civil*, Lima, Editorial GRIJLEY, 2006.
74. TABOADA, Lizardo. "La calificación de las técnicas de reproducción humana asistida como negocios jurídicos atípicos". En: *Ius et Praxis*. Universidad de Lima. Lima: 1997, N° 27.

75. TARAMONA HERNÁNDEZ, José. Derecho de Familia, Lima, Editora Triunfaremos, 1992.
76. TICSE TRAVERZO, Marlene Carmen. *La regulación de la filiación derivada del uso de técnicas de reproducción asistida con subrogación materna en la legislación peruana*, Tesis para optar el grado de Magíster, Tarapoto, UNAP, 2018, [Ubicado el 09.IX.2019] Obtenido en <http://repositorio.unapikitos.edu.pe/handle/20.500.12737/5571>
77. TRAZEGNIES GRANDA, Fernando y otros. *La familia en el derecho peruano*, Libro homenaje al Dr. Héctor Cornejo Chávez, 2ª ed., Lima, Fondo Editorial Pontificia universidad católica del Perú, 1992.
78. TUBERT, Silvia. Figuras de la Madre, Madrid, Ediciones Cátedra, 1996.
79. VALENZUELA REYES, María Delgadina. *La Filiación Materno-Paterna Como Garantía De Plena Identidad Biológica*, DIKE, México, 2017.
80. VALVERDE MORANTE, Ricardo. *Derecho Genético, Reflexiones Jurídicas Planteadas por las Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Lima, Editorial Gráfica Horizonte, 2001.
81. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique y SIVERINO BAVIO, Paula. *Determinación de la paternidad matrimonial*, en Código Civil Comentado, Tomo II, Derecho de familia, Lima, Gaceta Jurídica, 2003.
82. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, *Derecho Genético: Principios Generales*, Trujillo, Editorial Normas Legales, 1995.
83. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. “Artículo 386. Hijos extramatrimoniales” en Código civil comentado, Tomo II, Lima, Gaceta Jurídica, 2007.
84. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. “Determinación de la filiación en la procreación asistida”, *IUS REVISTA DEL INSTITUTO DE CIENCIAS JURÍDICAS DE PUEBLA*, MÉXICO. ISSN 1870-2147. NUEVA ÉPOCA, VOL. 11, No. 39. ENERO - JUNIO DE 2017.
85. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Código Civil Comentado por los 100 mejores Especialistas, Tomo II, Derecho de Familia (primera parte), Lima, Gaceta Jurídica, 2003.
86. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Derecho Genético – Principios Generales*. Lima, Grijley, 2013.
87. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Derecho Genético y procreativo*. 4º Ed., La paz: ABIODGE, 2005.
88. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Derecho Genético*. 5º Ed., Lima, Grijley, 2013.
89. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *El moderno tratamiento legal de la filiación extramatrimonial en razón de la Ley 28457 y la acción intimidatoria de paternidad*,

2006 [Ubicado el 16.IX.2016]. Obtenido en <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/5/2252/18.pdf>.

90. VARSÍ ROSPIGLIOSI, ENRIQUE. Filiación y reproducción asistida, *DF y P*, N° 10, noviembre del 2010, p. 79.
91. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Filiación, derecho y genética. Aproximación a la teoría de la filiación biológica*, Lima, Universidad de Lima, 1999.
92. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Tratado de Derecho de familia. Derecho de filiación, Tomo IV, Lima, Gaceta Jurídica, 2013, pp. 125, 129.
93. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Tratado de derecho de Familia, Tomo IV, Gaceta Jurídica, Lima, 2011.
94. VARSÍ ROSPIGLIOSI, E. La Filiación. No es cuestión de sexo, es cuestión de piel. Gaceta Jurídica, Lima, 2002.
95. VILA CORO, María Dolores. *Huérfanos biológicos, el hombre y la mujer ante la reproducción artificial*, España, Editorial Artes Gráficas, 1997.
96. ZANNONI, Eduardo A. Derecho civil. Derecho de familia, 3ª Ed. actual, Tomo II, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1998, Citado por ORTELLANO, Claudia Lorena. Maternidad subrogada y vientres de alquiler. Una realidad no legislada, Trabajo de Fin de grado, Argentina, Universidad Empresarial Siglo 21, 2012.
97. ZANNONI, Eduardo. *Derecho de familia*, 3era ed., Tomo II, Buenos Aires, Astrea, 1998, p. 307
98. ZANNONI. *Inseminación artificial y fecundación extrauterina*. Buenos Aires, Depalma, 1978.

ANEXO

FORMULACIÓN DEL PROBLEMA GENERAL	OBJETIVO GENERAL	HIPÓTESIS GENERAL	VARIABLES	DIMENSIONES	INDICADORES	ITEM	FUENTE	METODOLOGIA
¿Es la falta de regulación legal en nuestro ordenamiento jurídico peruano de una nueva clase de filiación por voluntad procreativa derivada de las técnicas de reproducción humana asistida la que impide GARANTIZAR una mejor protección del interés superior del niño en procesos donde se discuta su filiación?	DETERMINAR si regulando en nuestro ordenamiento jurídico peruano una nueva clase de filiación por voluntad procreativa derivada de las técnicas de reproducción humana asistida se GARANTIZARÁ una mejor protección del interés superior del niño en procesos donde se discuta su filiación.	Si se regula en nuestro ordenamiento jurídico peruano una nueva clase de filiación por voluntad procreativa derivada de las técnicas de reproducción humana asistida, esto coadyuvará a GARANTIZAR una mejor protección del interés superior del niño en procesos donde se discuta su filiación.	X= La regulación legal de la filiación por voluntad derivada de las técnicas de reproducción humana asistida Y= Protección del interés superior del niño	X1= Filiación natural X.2= Filiación adoptiva X.3= Filiación derivada de las técnicas de reproducción humana asistida Y1 = Funcionalidad del interés superior del niño Y2= Protección del Interés superior del Niño	X3.1= Técnicas de reproducción humana asistida homólogas X.3.2= Técnicas de reproducción humana asistida heterólogas Y1.1=Principio Y1.2= Derecho Y1.3=Norma Y.2.2= Derecho Nacional Y2.3= Derecho Comparado	¿En qué tipo de técnicas de reproducción humana asistida se presentan más los problemas de la filiación del niño? ¿Cómo se logró determinar la filiación? ¿Se logró la protección del interés superior del niño?	Resolución judicial	TIPO Y DISEÑO DE ESTUDIO: Diseño no experimental de Corte transversal. De tipo cualitativa, Nivel, Explicativo, correlacional. POBLACIÓN, MUESTRA UNIDAD DE ANALISIS: La población. Conformada por las resoluciones judiciales donde se discuta la filiación del niño procreado a través de las técnicas de reproducción humana asistida s La muestra. Corresponde a uno de tipo censal, por lo tanto, no requiere de establecer una muestra. Unidad de análisis. Resoluciones judiciales sobre el tema y el caso presentado en la corte interamericana de los derechos humana MÉTODOS: Deductivo, descriptivo, Dogmático TÉCNICAS: • Análisis documental, • Revisión de resoluciones judiciales INSTRUMENTOS: • Ficha de registro de datos.



ANEXO 01
CONSTANCIA DE APROBACIÓN DE ORIGINALIDAD DE TESIS

Yo, **Mg. LEOPOLDO YZQUIERDO HERNÁNDEZ**, Asesor de tesis¹, de la estudiante: **MARÍA ISABEL VALDERRAMA SAÑA**, En la Maestría de Derecho con mención en Derecho Civil y Comercial.

Tesis titulada: "**FILIACIÓN POR VOLUNTAD PROCREATIVA DERIVADA DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO**", luego de la revisión exhaustiva del documento constato que la misma tiene un índice de similitud de 4 % verificable en el reporte de similitud del programa Turnitin.

El suscrito analizó dicho reporte y concluyó que cada una de las coincidencias detectadas no constituyen plagio. A mi leal saber y entender la tesis cumple con todas las normas para el uso de citas y referencias establecidas por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo.

Lambayeque, 01 de septiembre del 2022.



Mg. Leopoldo Yzquierdo Hernández
DNI: 16667328
ASESOR

Se adjunta:
Resumen del Reporte (Con porcentaje y parámetros de configuración)
Recibo digital.



Recibo digital

Este recibo confirma que su trabajo ha sido recibido por Turnitin. A continuación podrá ver la información del recibo con respecto a su entrega.

La primera página de tus entregas se muestra abajo.

Autor de la entrega:	Maria Isabel Valderrama Saña
Título del ejercicio:	tesis II
Título de la entrega:	"FILIACIÓN POR VOLUNTAD PROCREATIVA DERIVADA DE LAS ...
Nombre del archivo:	N_HUMANA_ASISTIDA_Y_EL_INTER_S_SUPERIOR_DEL_NI_O_-_2...
Tamaño del archivo:	515.36K
Total páginas:	99
Total de palabras:	26,163
Total de caracteres:	140,927
Fecha de entrega:	23-ago.-2022 01:30a. m. (UTC-0500)
Identificador de la entrega...	1885841447




Mg. Leopoldo Yzquierdo Hernández
DNI: 16667328
ASESOR

“FILIACIÓN POR VOLUNTAD PROCREATIVA DERIVADA DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO”

INFORME DE ORIGINALIDAD

4%

INDICE DE SIMILITUD

4%

FUENTES DE INTERNET

1%

PUBLICACIONES

1%

TRABAJOS DEL ESTUDIANTE

FUENTES PRIMARIAS

1

tesis.ucsm.edu.pe

Fuente de Internet

1%

2

repositorio.ucv.edu.pe

Fuente de Internet

<1%

3

repositorio.uap.edu.pe

Fuente de Internet

<1%

4

repositorio.unprg.edu.pe:8080

Fuente de Internet

<1%

5

docplayer.es

Fuente de Internet

<1%

6

hdl.handle.net

Fuente de Internet

<1%

7

repositorio.unc.edu.pe

Fuente de Internet

<1%

8

tesis.usat.edu.pe

Fuente de Internet

<1%



Mg. Leopoldo Yzquierdo Hernández
DNI: 16867328
ASESOR