



**UNIVERSIDAD NACIONAL**

**PEDRO RUIZ GALLO**

**ESCUELA DE POSGRADO**



**DOCTORADO EN DERECHO Y CIENCIA  
POLÍTICA**

---

**Propuesta para garantizar la vigencia del interés superior del  
niño en determinación de la filiación de los hijos nacidos por  
aplicación de las técnicas de reproducción asistida en el Perú**

**TESIS**

**PRESENTADA PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE DOCTORA EN  
DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA**

**AUTORA:**

**Mg. Mariana del Pilar Vásquez Zagaceta**

**ASESOR:**

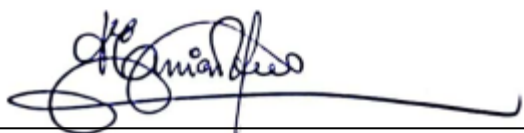
**Dr. Gilmer Alarcón Requejo**

**LAMBAYEQUE – PERÚ**

**2018**

**Propuesta para garantizar la vigencia del interés superior del niño en  
determinación de la filiación de los hijos nacidos por aplicación de las  
técnicas de reproducción asistida en el Perú**

PRESENTADA POR:



Mg. Mariana del Pilar Vásquez Zagaceta

AUTORA

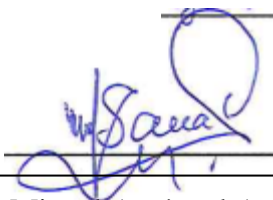


Dr. Gilmer Alarcón Requejo

ASESOR

Presentada a la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo para  
optar el Grado Académico de: DOCTORA EN DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA.

APROBADA POR:



Dr. Miguel Arcángel Arana Cortez

PRESIDENTE



Dr. Freddy Widmar Hernández Rengifo

SECRETARIO



Dr. Víctor Ruperto Anacleto Guerrero

VOCAL

Siendo las 4:00 PM horas del día JUEVES 08 de FEBRERO del año Dos Mil Dieciocho, en la Sala de Sustentaciones de la Escuela de Postgrado de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo de Lambayeque, se reunieron los miembros del jurado, designados mediante Resolución N° 666-2017-EPG de fecha 05 DE JULIO DE 2017, conformado por:

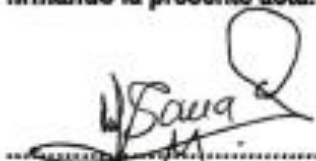
DR. MIGUEL ARCANGEL ARANA CORTEZ	PRESIDENTE (A)
DR. FREDDY WIDMAR HERNANDEZ RENGIFO	SECRETARIO (A)
DR. HUMBERTO FALLA LAMADRID	VOCAL
DR. ALEJANDRO LAMADRID VAILLUS	ASESOR (A)

con la finalidad de evaluar la tesis titulada PROPOSTA PARA GARANTIZAR LA VIGENCIA DEL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO EN DETERMINACION DE LA FILIACION DE LOS HIJOS NACIDOS POR APLICACION DE LAS TECNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDA EN EL PERU, presentado por el (la) tesista H.G. MARIANA DEL PILAR VASQUEZ ZAGACETA, sustentación que es autorizada mediante Resolución N° 0182-2018-EPG de fecha 29 DE ENERO DE 2018.

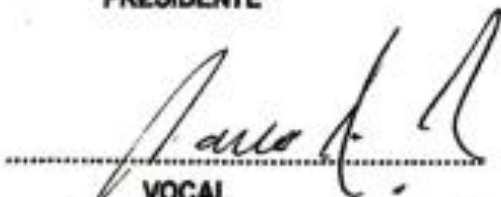
El Presidente del jurado autorizó el inicio del acto académico y después de la sustentación, los señores miembros del jurado formularon las observaciones y preguntas correspondientes, las mismas que fueron absueltas por el (la) sustentante, quien obtuvo 90 puntos que equivale al calificativo de MUY BUENA.


En consecuencia el (la) sustentante queda apto (a) para obtener el Grado Académico de DOCTORA EN DERECHO Y CIENCIA POLITICA.

Siendo las 5:15 PM. horas del mismo día, se da por concluido el acto académico, firmando la presente acta.

  
PRESIDENTE

  
SECRETARIO

  
VOCAL

  
ASESOR

## DEDICATORIA

Dedicada a mi querida familia, quienes día a día  
me brindan las fuerzas necesarias para poder  
alcanzar mis objetivos.

## AGRADECIMIENTO

Agradecer en primer lugar a Dios, a mi familia y  
amistades por todo el apoyo brindado.

## ÍNDICE

DEDICATORIA.....	IV
AGRADECIMIENTO .....	V
ÍNDICE.....	VI
TABLA DE ABREVIATURAS .....	X
RESUMEN .....	XI
ABSTRACT .....	XII
INTRODUCCIÓN.....	13
PRIMERA PARTE: MARCO METODOLÓGICO DE LA INVESTIGACIÓN .....	18
1. Enfoque metodológico .....	19
1.1. Ubicación Metodológica.....	19
1.2. Delimitación de la Investigación .....	20
2. Problemática de estudio.....	22
2.1. Planteamiento del Problema .....	22
2.2. Formulación del Problema .....	27
2.3. Justificación .....	27
3. Materiales y Técnicas para la ejecución de la investigación.....	29
3.1. Materiales para la recolección de información .....	29
3.2. Técnicas de Recopilación de Datos.....	30
4. Población y Muestra de Estudio.....	31
5.1. Formulación de hipótesis .....	32
5.2. Variables .....	32
6. Objetivos .....	33
6.1. Objetivo General.....	34
6.2. Objetivos específicos.....	34
SEGUNDA PARTE: MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL .....	35

<b>CAPÍTULO I .....</b>	<b>36</b>
<b>REFERENCIAS CONCEPTUALES PRELIMINARES. MATRIMONIO, FAMILIA, FILIACIÓN, Y SU IMPACTO SOBRE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA. ....</b>	<b>36</b>
<b>1. El Matrimonio y la Familia como instrumentos jurídico-sociales .....</b>	<b>36</b>
1.1. Nociones conceptuales generales .....	36
1.2. Marco legal.....	45
1.3. Los derechos y obligaciones derivados del nacimiento de los hijos .....	48
<b>2. La filiación como institución jurídica .....</b>	<b>51</b>
2.1. Alcance conceptual .....	51
2.2. Clases de filiación .....	54
2.3. Declaración judicial de paternidad extramatrimonial.....	58
<b>3. Las Técnicas de Reproducción Asistida (TRA).....</b>	<b>63</b>
3.2. Algunas reflexiones adicionales sobre las TRA .....	68
3.3. Alcances históricos sobre las TRA .....	70
3.4. Finalidades .....	75
3.5. Clasificación de las Técnicas de Reproducción Asistida (TRA).....	75
3.6. Complicaciones y contraindicaciones tras la aplicación de las Técnicas de Reproducción Asistida .....	95
<b>CAPÍTULO II .....</b>	<b>96</b>
<b>LA INTERPRETACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO A LA LUZ DE LA APLICACIÓN DE LAS NUEVAS TRA.....</b>	<b>96</b>
<b>1. El “interés superior del niño”.....</b>	<b>96</b>
1.1. Antecedentes históricos .....	96
1.2. Ubicación normativa .....	98
1.3. Definición .....	107
1.4. Elementos .....	112
1.5. Desarrollo jurisprudencial .....	113
1.6. La responsabilidad en la realización del interés superior del niño .....	126

1.7. Las debilidades y fortalezas del principio del Interés superior del niño/niña .....	127
1.8. Enfoque legal del acogimiento del "interés superior del niño" en el Derecho comparado. ....	128
<b>CAPÍTULO III .....</b>	<b>138</b>
<b>LA FILIACIÓN EN LOS SUPUESTOS GENERADOS COMO CONSECUENCIA DE LA APLICACIÓN DE LAS TRA.....</b>	<b>138</b>
1. Conflictos generales ocasionados con la aplicación de las TRA .....	138
1.1. La determinación de la paternidad, tanto en los casos en los que los gametos proceden del padre, como cuando provienen de donante ajeno; a la luz de la legislación española.....	140
1.2. Las relaciones jurídicas que se entablan entre el hijo y el donante de gametos	147
2. Reflexiones en torno a los conflictos respecto de la Filiación derivados de la aplicación de las TRA a la luz del análisis teórico realizado. ....	154
2.1. Técnicas de Reproducción Asistida (TRA) en pareja casada.....	158
2.2. Técnicas de Reproducción Asistida (TRA) en pareja no casada.....	167
<b>TERCERA PARTE II: ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS .....</b>	<b>173</b>
<b>LA NECESIDAD DEL RECONOCIMIENTO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO COMO MECANISMO DE TUTELA EN LA APLICACIÓN DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA (TRA) EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO .....</b>	<b>173</b>
1. El desarrollo fáctico y normativo de las Técnicas de Reproducción Asistida (TRA) en el Perú	174
1.1. Descripción de la realidad nacional respecto de las prácticas Técnicas de Reproducción Asistida (TRA) en el Perú .....	174
1.2. Regulación.....	228
1.3. Propuesta para la creación de una Ley que regule el uso y aplicación de las Técnicas de Reproducción asistida en el Perú. ....	236
1.4. Mínimos necesarios para la regulación de TRA .....	238
2. Comprobación de hipótesis y resultados de investigación.....	243
2.1. Descripción de la hipótesis y variables de investigación .....	243
2.2. Situación generada por la aplicación de las Técnicas de Reproducción Asistida (TRA) en relación con el Interés Superior del Niño, en el extremo de su filiación .....	251



2.3. Descripción de la situación de las clínicas frente a la aplicación de las Técnicas de Reproducción Asistida (TRA) en el Perú. ....	260
2.4. La importancia y el rol del médico tratante de las Técnicas de Reproducción Asistida (TRA) en defensa de los derechos de los niños nacidos como consecuencia de las TRA. ....	276
2.5. El rol y la importancia de los padres que han concebido o que están intentando concebir hijos mediante el uso de las TRA. ....	282
3. Discusión y consideraciones finales .....	288
3.1. Mecanismos para garantizar la vigencia efectiva del interés superior del niño en la aplicación de las Técnicas de Reproducción Asistida (TRA). ....	288
3.2. Resultados y validación de hipótesis.....	291
CONCLUSIONES .....	295
BIBLIOGRAFÍA.....	301
ANEXOS.....	316

## TABLA DE ABREVIATURAS

CC	:	Código Civil
CEFRA	:	Centro de fertilidad y reproducción asistida
CPP	:	Constitución Política del Perú
D.S.	:	Decreto Supremo
FIVET	:	Fecundación in vitro con transferencia de embriones
GIFT	:	Transferencia intratubárica de gametos
IA	:	Inseminación Artificial
IIP	:	Inseminación intraperitoneal
IIUD	:	Inseminación intrauterina directa
ICSI	:	Inyección Intracitoplasmática de Espermatozoides
LGS	:	Ley general de salud
OMS	:	Organización Mundial de la Salud
SUZI	:	Inserción subzonal de espermatozoides
TIG	:	Transferencia intratubárica de gametos
TIPEO	:	Transferencia intraperitoneal de esperma y óvulos
TRA	:	Técnicas de reproducción asistida

## RESUMEN

Esta investigación denominada *"Propuestas para garantizar la vigencia del interés superior del niño en la determinación de la filiación de los hijos nacidos por aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida en el Perú"* ha sido estructurada en función a tres capítulos y aborda su naturaleza y complejidad teórica enfocándose fundamentalmente en tres ejes temáticos: i) el Matrimonio y la Familia como instrumentos jurídico-sociales ii) la filiación como institución jurídica, y iii) Las Técnicas de Reproducción Asistida (TRA); logrando que los resultados de la sinergia de dichos conceptos permitan lograr una interpretación del interés superior del niño a la luz de la aplicación de las nuevas Técnicas de Reproducción Asistida (TRA). Este estudio aborda esencialmente las cuestiones doctrinales, legales y jurisprudenciales del interés superior del niño identificando dos componentes esenciales: el derecho a la vida y el derecho de filiación. Finalmente, se ha estructurado un tercer capítulo en el que se aborda la necesidad del reconocimiento del interés superior del niño como mecanismo de tutela en la aplicación de las técnicas de reproducción asistida (TRA) en el ordenamiento jurídico peruano, buscando en todo momento los mecanismos lo necesariamente buenos para garantizar la vigencia efectiva del interés superior del niño en la aplicación de las Técnicas de Reproducción Asistida (TRA). Finalmente, el presente informe aborda las conclusiones principales del estudio, los anexos correspondientes, así como las referencias de la bibliografía utilizada.

**PALABRAS CLAVES:** Sinergia; Técnicas de Reproducción; Jurisprudenciales; Filiación.

## **ABSTRACT**

This research entitled "Proposal to guarantee the validity of the superior interest of the child in the determination of the affiliation of the children born by the application of assisted reproduction techniques in Peru" has been structured according to three chapters and discusses its nature and theoretical complexity focusing mainly on three axes theme: i) Assisted Reproductive Technologies (ART), ii) Marriage and Family as legal and social instruments, and iii) the affiliation as a legal institution; achieving the results of the synergy of these concepts will achieve an interpretation of the best interests of the child in the light of the implementation of the new Assisted Reproduction Techniques (ART). This study addresses essentially doctrinal, legal and jurisprudential issues of interest of the child identified two essential components: the right to life and the right of affiliation. Finally, we have structured a third chapter in which the need for recognition of the interests of the child as a mechanism of protection in the application of assisted reproductive technology (ART) in the Peruvian legal system is addressed, always seeking mechanisms it necessarily good to ensure the effective enforcement of the interests of the child in the implementation of the Assisted Reproduction Techniques (ART). Finally, this report addresses the main findings of the study, the corresponding annexes and references of the bibliography.

**KEYWORDS:** Synergy; Reproduction Techniques; Jurisprudential; Filiation.

## INTRODUCCIÓN

Durante los últimos años los avances que se han producido en el ámbito de las ciencias médicas han sido sorprendentes, y han logrado impactar de manera tal que su desarrollo ha permitido aceptar novedosas formas de *crear vida*.

Los beneficios de los avances científicos y tecnológicos son innegables, y definitivamente de gran ayuda; sin embargo, cuando se sobrepasan algunos límites la situación merece particular atención y especial análisis.

En la actualidad, es bastante común escuchar referencias sobre el *proyecto genoma humano*, las *técnicas reproducción artificial*, *procedimientos de manipulación genética*, entre otros; generándose a lo largo y ancho de los cinco continentes diferentes mesas de debate.

Posturas, hay muchas y de diversa índole. Por una parte, se hallan quienes consideran que estamos ante una ciencia limpia y bien intencionada que permitirá llevar a cabo auténticos milagros en favor del progreso humano; pero por otro lado hay quienes, aceptando o no las ventajas que este ámbito del conocimiento puede ofrecer al bienestar popular, critican y cuestionan ciertos temas, mostrándose contra la aceptación de estas experimentaciones.

Uno de los temas que mayor cuestionamiento ha suscitado para el mundo del derecho es la *Reproducción Asistida*. A lo largo del tiempo, las técnicas más utilizadas han sido la inseminación artificial y la fecundación *in vitro*. La primera de ellas consiste en introducir el esperma del cónyuge o de *otro varón* en la vagina de la mujer mediante un catéter o jeringa con el objeto de lograr un embarazo. En el segundo de los casos, aunque con la misma finalidad, la técnica importa la fecundación extracorpórea del óvulo. Los primeros casos en la implementación de esta última técnica surgieron alrededor de 1978 con el nacimiento de la *primera niña probeta*. Hasta nuestros días el

desarrollo y aparente perfeccionamiento de cada uno de los procesos ha generado resultados insospechados.

En ese sentido se pone de manifiesto la necesidad de una profundización en el conocimiento de las consecuencias que estas nuevas técnicas tendrían para el ser humano y su entorno, imponiéndose, así la necesidad de una reflexión que aborde aspectos científicos y éticos, asociados con el ámbito jurídico.

De manera especial, durante el estudio preliminar de esta investigación, llamó particularmente la atención que la realidad jurídica de nuestro país aun cuando ha reconocido en sus instrumentos internacionales - ratificados en sus normas nacionales- el interés superior del niño y manifestando de forma expresa en sus principales textos normativos que la vida humana inicia en el momento de la concepción, cuando se intenta abordar las diversas situaciones generadas por las técnicas de reproducción asistida, dicha conceptualización no aparece reflejada.

En Perú, las Técnicas de Reproducción Asistida tienen un escaso desarrollo legislativo. Al respecto el artículo 7 de la Ley N° 26842, Ley General de Salud refiere:

*“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 este contexto, con la finalidad de formular algunas reflexiones en torno a dichas circunstancias, se formuló la siguiente pregunta de investigación ***¿Cómo garantizar la vigencia del interés superior del niño en la determinación de la filiación de los hijos nacidos como consecuencia de la aplicación de técnicas de reproducción asistida en el Perú?***

El enfoque de este problema fue analizado en función a un objetivo principal que pretendió determinar la manera de garantizar el interés superior del niño concebido por aplicación de las Técnicas de Reproducción Asistida en el Perú. Para atender dicho objetivo general se formularon cuatro objetivos específicos: i) Describir el significado del “interés superior del niño” y reconocer sus componentes más importantes en la doctrina de protección integral del menor; ii) Describir y conocer las Técnicas de Reproducción Asistida en el contexto nacional e internacional, así como su contexto fáctico y legal; iii) Determinar si existe menoscabo de los derechos de los niños concebidos por aplicación de las Técnicas de Reproducción Asistida de forma que se subordine su protección frente a los intereses de los padres o de los terceros involucrados; iv) Presentar alternativas de solución para garantizar la protección del menor nacido de la aplicación de las Técnicas de Reproducción Asistida.

En función a dichos planteamientos, se formuló la siguiente hipótesis: *“La vigencia del interés superior del niño concebido por aplicación de Técnicas de Reproducción Asistida puede garantizarse mediante instrumentos normativos que reconozcan objetivamente su contenido esencia y a través de órganos de control que desarrollen una actividad permanente de vigilancia y de sanción”*.

El desarrollo de esta investigación se centró en analizar la forma más eficiente de garantizar el interés superior del niño concebido como consecuencia de las TRA. Para ello fue necesario hacer una evaluación global, partiendo de algunos presupuestos normativos fundamentales relacionados con el inicio de la vida y la definición de concebido, para posteriormente formular el análisis de la situación de las TRA en el Perú, considerando que además se trata de un país que no cuenta con regulación especial sobre la materia.

Para tales fines, se identificaron tres conjuntos de estudio, cuya sinergia permitía conocer el enfoque global de este tema en una realidad como la nuestra. Dichos grupos fueron: El conjunto de clínicas que actualmente aplican las TRA en el Perú, el conjunto de Médicos que efectúan el procedimiento, y el grupo de padres que han utilizado o están en tratamiento para aplicarlas. La muestra seleccionada fue de 25 clínicas, 50 médicos y 100 padres.

Esta investigación ha sido estructurada en función a tres partes.

La primera parte relacionada con el "Marco metodológico de la investigación" se ha enfocado en abordar los aspectos relacionados a la técnica de exploración y análisis detallando con más exactitud las cuestiones sobre el problema planteado, la hipótesis desarrollada, los objetivos trazados, así como las demás técnicas para la ejecución del estudio.

Por su parte, dada la naturaleza y la complejidad teórica del tema planteado, la segunda parte relacionada con el "Marco Teórico" ha sido dividido en tres capítulos. El capítulo I en el que se abordaron las referencias conceptuales preliminares enfocándose fundamentalmente en tres ejes temáticos: i) el Matrimonio y la Familia como instrumentos jurídico-sociales, ii) la filiación como institución jurídica, y iii) las Técnicas de Reproducción Asistida (TRA). El capítulo II, al que se le ha denominado "Interpretación del interés superior del niño a la luz de la aplicación de las nuevas Técnicas de Reproducción Asistida (TRA)" aborda esencialmente las cuestiones doctrinales, legales y jurisprudenciales de dicho concepto, permitiendo identificar dos componentes esenciales en su interacción con las TRA. Por un lado, el derecho a la vida y por otro lado el derecho de la filiación. En este sentido, preliminarmente se concluyó que el interés superior de un niño concebido mediante las TRA se manifiesta, entre otras cosas, en la garantía de su derecho a la vida y de su derecho de filiación.

Finalmente, el capítulo III denominado "La filiación en los supuestos generados como consecuencia de la aplicación de las Técnicas de Reproducción Asistida (TRA)" desarrolla con mayor énfasis las situaciones que aparecen con consecuencia del uso de estas técnicas, especialmente cuando se trata de procedimientos en los que no intervienen necesariamente los padres biológicos de niño concebido.

Finalmente, en la tercera parte relacionada con el "Análisis y la discusión de los resultados" se aborda la necesidad del reconocimiento del interés superior del niño como mecanismo de tutela en la aplicación de las técnicas de reproducción asistida (TRA) en el ordenamiento jurídico peruano. Debido a la ambición del objeto de este apartado, el contenido también fue estructurado en atención a tres apartados. El primer apartado en el que se exponen los resultados del desarrollo fáctico y normativo de las



Técnicas de Reproducción Asistida (TRA) en el Perú; el segundo apartado en el que se realiza la comprobación de hipótesis y se describen los resultados de investigación en atención a los tres grupos de interés seleccionados durante la identificación de la población y la muestra. Esto es, se realizó la descripción de la situación de las clínicas frente a la aplicación de las Técnicas de Reproducción Asistida (TRA) en el Perú; la importancia y el rol del médico tratante de las Técnicas de Reproducción Asistida (TRA) en defensa de los derechos de los niños nacidos como consecuencia de las TRA; y el rol y la importancia de los padres que han concebido o que están intentando concebir hijos mediante el uso de las TRA. En el tercer apartado se plantearon algunas discusiones y consideraciones finales. Concretamente se propusieron los mecanismos para garantizar la vigencia efectiva del interés superior del niño en la aplicación de las Técnicas de Reproducción Asistida (TRA).

Finalmente, el presente informe aborda las conclusiones principales del estudio, los anexos correspondientes, así como las referencias de la bibliografía utilizada.

Hoy, la revolución tecnológica ha redimensionado las relaciones del hombre con los demás hombres, las relaciones entre el hombre y la naturaleza, así como las relaciones del ser humano con su contexto o marco de convivencia. Estas mutaciones no han dejado de incidir en la esfera de derechos humanos, y sobre todo en el derecho de familia; y esta es la oportunidad de su análisis, estudio, reflexión y acción para proteger a los más indefensos, los menores concebidos con estos procedimientos.

*La autora*

**PRIMERA PARTE: MARCO  
METODOLÓGICO DE LA INVESTIGACIÓN**

## 1. Enfoque metodológico

### 1.1. Ubicación Metodológica

El desarrollo de esta investigación se realizó en el ámbito del Derecho Civil, específicamente en el Derecho de Familia. Su avance conceptual se ha servido de algunos perfiles filosóficos que permitieron encontrar algunos fundamentos que rigen en el Ordenamiento Jurídico y en cualquier estado de Derecho. Se trata de un tema de investigación por demás novedoso que nos remite al campo del Derecho Privado y al desarrollo de la bioética.

En este estudio se abordó el marco normativo que trata de las TRA y su desarrollo fáctico que actualmente se está desplegando en varias ciudades de nuestro país. De esta manera se buscó encontrar una solución que permita garantizar en la práctica de estos procesos el reconocimiento del interés superior del niño, materializado en dos elementos fundamentales, su vida y su filiación.

Esta investigación utilizó fundamentalmente el **MÉTODO DEDUCTIVO**, pues se partió de un análisis general de cada técnica de investigación científica a fin de precisar la valoración que les otorgan a los conceptos de dignidad humana, derechos humanos y libertades fundamentales. Después de esta etapa, se procedió a examinar detenidamente los planteamientos específicos relacionados con las instituciones clave del derecho de familia y su conexión con el concepto central que sirvió como punto de partida: el principio del interés superior del niño.

De forma complementaria, se utilizó el **METODO ANALÍTICO**, a través del cual se analizaron los factores condicionantes que son manifestaciones tanto del derecho a la vida, como de la filiación de los niños que nacen como consecuencia de la aplicación de estas técnicas.

El empleo de estos métodos, no desconoce que el estudio es de carácter descriptivo y comparativo; sin embargo más allá de ser esto una limitante; ha permitido entender a cabalidad el problema de investigación planteado, sus alcances y concordancias con otras realidades.

## **1.2. Delimitación de la Investigación**

El presente estudio se formuló como problema de investigación la siguiente pregunta:

***¿Cómo garantizar la vigencia del interés superior del niño en la determinación de la filiación de los hijos nacidos por aplicación de las técnicas reproducción humana asistida en el Perú?***

Dicho problema ha utilizado tres variables importantes:

- Interés Superior del Niño
- Derecho a la vida y filiación
- Concebido por Técnicas de Reproducción Asistida

En función a dicho planteamiento, se formuló la siguiente hipótesis:

*“La vigencia del principio del interés superior del niño concebido por aplicación de una Técnica de Reproducción Asistida puede garantizarse mediante instrumentos normativos que reconozcan objetivamente su contenido esencia y a través de órganos de control que desarrollen una actividad permanente de vigilancia y de sanción”.*

El desarrollo de esta investigación se ha centrado en analizar la forma más eficiente de garantizar el interés superior del niño concebido como consecuencia de las TRA. Para ello ha sido necesario hacer una evaluación global, partiendo de algunos presupuestos normativos fundamentales relacionados con el inicio de la vida y la definición de concebido, para posteriormente formular el análisis de la situación de las TRA en el Perú, considerando que además se trata de un país que no cuenta con regulación especial sobre la materia.

En lo que respecta a la **RECOLECCIÓN DE DATOS** se elaboraron tres instrumentos de investigación; cada uno de ellos orientado a una muestra diferenciada. Por un lado se aplicó una encuesta y ficha de observación a las clínicas que a la fecha vienen desarrollando estas técnicas y ofrecen la realización de estos procedimientos como parte de sus servicios. Por otro lado, se aplicó una encuesta a los médicos tratantes y que a la fecha desarrollan estas actividades con la finalidad de conocer las formas de actuación y los vacíos que se generan en la aplicación de estas técnicas. Y finalmente se aplicó una encuesta a los padres y/o futuros padres que han concebido o desean concebir un hijo recurriendo a este tipo de técnicas.

Asimismo, fue necesario utilizar fuentes de información secundaria, esto significa que se utilizaron libros, periódicos, revistas, internet, etc.; así como fuentes impersonales de datos primarios como el análisis.

Como **TÉCNICAS** para el desarrollo de la investigación se utilizó:

- **Observación:** Esta técnica nos permite examinar cómo se desenvuelve el fenómeno que está bajo estudio.
- **Referencias Bibliográficas:** Se utiliza para realizar la revisión y el análisis de la literatura relacionada con el tema de investigación. Esta técnica es aplicable en todas las etapas de este estudio. La información necesaria se obtuvo de las Bibliotecas Especializadas de las Facultades de Derecho locales, sitios web y la biblioteca personal del autor.
- **Fichaje:** En la construcción del marco teórico, se emplearon distintos tipos de fichas, que incluyen fichas bibliográficas, fichas textuales, fichas de resumen, fichas de comentario y fichas mixtas; elaboradas a lo largo de las diversas fases de la investigación, incluso desde antes de la elaboración del proyecto de investigación, y que fuera elaborado y aprobado por la Escuela de Post Grado, conforme a la normatividad existente.

Los datos recogidos a través de estas técnicas, fueron analizados y comparados por el investigador a fin de extraer las conclusiones que son exigidas en todo trabajo de investigación, las cuales se constituirán como enunciados contundentes y breves del

problema planteado y guardarán concordancia con los objetivos e hipótesis. Estos enunciados serán los últimos puntos de la cadena de conocimientos que empieza con el planteamiento del problema, y resultan ser los indicadores más firmes para verificar si el investigador cumplió con la promesa que hizo en los inicios de la investigación.

Finalmente, para el **PROCESAMIENTO DE DATOS**, fue necesario ubicarlos a través de las técnicas antes citadas, luego ordenarlos, posteriormente seleccionarlos de acuerdo a los objetivos de la investigación, y finalmente resumirlos y plasmarlos en este informe.

## 2. Problemática de estudio

### 2.1. Planteamiento del Problema

Las Técnicas de Reproducción Asistida [TRA] son enfoques científicos que tienen como objetivo remediar la esterilidad o la infertilidad en las personas. Este conjunto de técnicas implica la realización de tratamientos médicos o quirúrgicos destinados a conseguir un embarazo en los casos en los que por vía natural no es posible.<sup>1</sup> A decir del profesor VARSI ROSPIGLIOSI “son los procedimientos técnicos empleados para abordar la infertilidad que pueda afectar a una persona o a una pareja, y así posibilitar que lleguen a tener descendencia”<sup>2</sup>

Estas técnicas de fecundación asistida deben ser receptadas por el ordenamiento jurídico como técnicas que ayudan a solucionar un problema que podría catalogarse como enfermedad. Los problemas que parecen solucionar estas técnicas son la esterilidad, la

---

<sup>1</sup> TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *Negocio Jurídico, Contrato y Responsabilidad Civil*. Editorial Jurídica Grijley, Lima, pág. 271.

<sup>2</sup>VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. *Derecho Genético. Principios Generales*. Editora Normas Legales, Trujillo, 1995, pág. 62. Ver además NORIEGA HOCES, Luis. “Fertilización Asistida. Una esperanza de vida”. *Estudios sobre los aspectos jurídicos de la biotecnología reproductiva humana en el Perú*, Editorial San Marcos, Lima, 1998, pág. 103.

infertilidad, la procreación en parejas homosexuales, maternidad en caso de mujeres con edad muy avanzada, o maternidad de mujeres solas, entre otras.

De cierta manera se puede sostener que las se concibieron con la intención de abordar lo que parecía ser un "derecho a la procreación", pero que fue incorrectamente interpretado como la *capacidad individual de una persona para concebir con cualquier pareja, en cualquier momento y, de cualquier manera*.

Desde el siglo XIX, a partir de un gran avance en la biología, se idearon nuevas formas de intervenir en la generación de seres humanos y en la transmisión de los caracteres a la descendencia.<sup>3</sup> En este entonces la comunidad científica se vio *conmovida* por la posibilidad de intervenir efectivamente en el proceso reproductivo humano habiéndose despertado diferentes corrientes filosóficas, religiosas, científicas y jurídicas al respecto.

Es en estas circunstancias que la medicina reproductiva se convirtió en un fenómeno científico de extraordinario interés jurídico, que implicaba a la vez responsabilidades y principios éticos y morales.

A lo largo del tiempo, las TRA más utilizadas han sido la inseminación artificial y la fecundación *in vitro*.<sup>4</sup> La primera de ellas consiste en introducir el espermatozoides del cónyuge o de *otro varón* en la vagina de la mujer mediante un catéter o jeringa con el objeto de lograr un embarazo. En el segundo de los casos, aunque con la misma finalidad, la técnica importa la fecundación extracorpórea del óvulo. Los primeros casos en la implementación de esta última técnica surgieron alrededor de 1978 con el nacimiento de la *primera niña probeta*.<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> Cfr. ALKORITA IDIAKEZ, Itziar. *Regulación Jurídica de la medicina reproductiva*. Editorial THOMSON, Madrid, pág. 29. "Pero la auténtica revolución en el campo de la tecnología reproductiva tuvo lugar más tarde, en la segunda mitad del siglo XX".

<sup>4</sup> Aunque la regulación en España ha previsto varios supuestos que se ocasionan con razón de estas técnicas, el trabajo que acá desarrollamos se enfoca únicamente con la Técnicas de Reproducción Asistida en sus modalidades más comunes.

<sup>5</sup> Cfr. ALKORITA IDIAKEZ, Itziar. *Ob. cit.*, pág. 36-37. "En Inglaterra el 25 de julio de 1978 la Sra. Brown que carecía de trompas dio a luz a su primera hija en el hospital Bourn Hall – Oldham, esto gracias a la fecundación extracorpórea con transferencia de embriones".

España ha sido uno de los primeros países no sólo en desarrollar este tipo de técnicas en el campo clínico, sino además en brindar un marco regulatorio acorde con las necesidades que en ese momento se presentaban.<sup>6</sup> La primera regulación surgió con la Ley N° 35/1988 del 22 de noviembre, habiendo sido sujeta a ciertas modificaciones hasta llegar a la vigente Ley N° 14/2006 del 26 de mayo. La ley evita incluir una enumeración de técnicas prohibidas de manera expresa. Únicamente permite aquellas que supuestamente cumplan con los requisitos de validación científica y médica, las cuales son las siguientes: Inseminación artificial, fecundación *in vitro* e inyección intracitoplasmática de espermatozoides, transferencia intratubárica de gametos.<sup>7</sup>

La filiación es el vínculo de parentesco más significativo que se establece entre un hijo y sus progenitores. En estos términos, la *filiación* es aquella institución jurídica que, conecta a una persona con todas sus generaciones anteriores y posteriores, y específicamente, establece la relación de parentesco entre los hijos y sus padres, creando un lazo tanto de parentesco biológico como legal entre ellos. En tal sentido, la filiación se convierte en la *condictio sine qua non* para determinar la condición de una persona como hijo de otra<sup>8</sup>.

Es una manifestación de un estado civil, y es por eso que se afirma que la filiación engloba un triple estado: un estado legal otorgado por la ley a una persona en virtud de

---

<sup>6</sup> A diferencia de lo que ha venido sucediendo en España, en Perú no existe una legislación especializada al respecto, contando con una referencia única a través del art. 7° de la Ley General de Salud.

<sup>7</sup> Cfr. COBACHO GÓMEZ, José Antonio “Objeto y ámbito de aplicación de la Ley” *Comentarios a la Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*. Editorial THOMSON, Madrid, 2007, págs. 23-29. “Así, por ejemplo, la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, por la que se modifica la Ley 35/1988, de 22 de noviembre mediante la cual se autorizó la utilización para investigación de los embriones que se encontraban crio-conservados con anterioridad a su entrada en vigor –noviembre de 2003. Asimismo, la referida establecía la limitación de producir un máximo de tres ovocitos en cada ciclo reproductivo, situación que fue duramente criticada por que se entendía que con dicha restricción se impedía poner los medios para lograr el mayor éxito con el menor riesgo posible para la salud de la mujer. Según la Exposición de Motivos de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, la nueva ley sigue un criterio mucho más abierto al enumerar las técnicas que según el estado de la ciencia y la práctica clínica, pueden realizarse

<sup>8</sup> VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. “Filiación de hijos extramatrimoniales” *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Tomo II, I Parte, Editorial Jurídica Grijley, Lima, págs. 694.



la relación biológica de procreación que la une con otra.<sup>9</sup> Es un estado que abarca aspectos sociales, ya que se relaciona con otras personas. También es un estado civil, dado que involucra la posición jurídica del hijo en relación con su familia y la sociedad en general.<sup>10</sup>

En el ámbito de la filiación, los avances científicos han generado cambios significativos, algunos de los cuales son tan profundos que podríamos considerarlos revolucionarios. Esta transformación ha sido impulsada por la aplicación y progreso de las técnicas de reproducción asistida, las cuales han dado lugar a alteraciones fundamentales y determinantes en cuestiones relacionadas con la filiación.

De manera más concreta, es posible afirmar que la verdadera revolución tuvo lugar desde principios del siglo XX al practicarse la inseminación artificial con semen procedente de un tercero distinto del marido de la paciente; materializándose por vez primera la reproducción asistida heteróloga.

Esta moderna conceptualización de la procreación, como una nueva forma de producir vida, se ha visto afectada por aquellas situaciones en las que se contraponen los parámetros de la naturaleza con la misma biología. En tal sentido, se producen un sinnúmero de variables respecto de la filiación de quienes nacen ante la implementación de técnicas como éstas, dependiendo de la naturaleza de cada una de ellas, y finalmente dependiendo del material genético en ellas utilizado.<sup>11</sup>

El avance de las Técnicas de Reproducción Asistida (TRA) presenta un desafío que supera los marcos legales existentes. Estas técnicas si bien brindan una apariencia de

---

<sup>9</sup> Desde Roma la filiación legítima era la derivada por efectos del matrimonio otorgando a los hijos *ex iusto* matrimonio la condición de libres con todos sus derechos civiles y políticos. Esta filiación se encuentra unida al matrimonio entre los progenitores, siendo su causa esencial. Ídem.

<sup>10</sup> Cfr. VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique; SEVERINO BRAVO, Paula. “Determinación de la paternidad matrimonial” *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Tomo II, I Parte, Editorial Jurídica Grijley, Lima, págs. 602-617.

<sup>11</sup> Muchos Códigos civiles han tratado de dar solución a estos problemas entre los que tenemos los de Holanda, Québec, Francia, Bélgica, Bosnia-Herzegovina, Brasil, Bulgaria, Croacia, Checoslovaquia, Chile, Eslovenia, Francia, Grecia, Holanda, Hungría, Luxemburgo, Portugal, Suecia, Suiza, Kosovo, Macedonia, Montenegro, Serbia, y Voivodina, sin dejar de considerar el Proyecto de Código Civil argentino, asimismo Códigos de Familia como los de Bolivia, Cataluña, Costa Rica, entre otros tantos.

solución a problemas concretos de la fertilidad humana, las consecuencias que su implementación extralimitan dicho objetivo.

Esta situación plantea para el Derecho de Familia la necesidad de responder a nuevas interrogantes, cuyos presupuestos mediante los cuales se entendía que la paternidad y/o maternidad era una consecuencia que se infería necesariamente por la sangre, la genética y los cromosomas ya no son suficientes. Por otro lado, en la actualidad se requiere que la legislación en el ámbito del derecho de familia distinga entre el aspecto biológico de la paternidad y su manifestación legal formal como padre. Aunque dicha situación escapa de los límites que pueden plantear la concepción y defensa de la vida, así como de los valores que importa el reconocimiento de la dignidad humana, la realidad (sobre todo europea) plantea situaciones que requieren de la regulación.

Hoy en día, gracias a los avances en reproducción asistida, tanto la maternidad como la paternidad ya no se definen exclusivamente en términos de una relación basada únicamente en factores genéticos o biológicos. En cambio, se reconoce la importancia de una realidad socioafectiva en la determinación de la filiación, aunque no necesariamente en todos los casos. Esto implica que reconoce que la calidad de progenitores no es la misma que la realidad de padres. Entonces surge como problema poder determinar la filiación cuando se trata de personas que han nacido como resultado de la implementación de TRA.

Para dar una respuesta, habrá primero que determinar de qué tipo de TRA se trata, para luego determinar si nos encontramos ante el supuesto de una relación matrimonial, o una relación no matrimonial.<sup>12</sup>

Esto significa que, dependiendo del origen de los gametos, la técnica podrá ser de tipo homóloga o heteróloga. En el primer caso los gametos provendrán de la misma pareja que es sometida al tratamiento; a diferencia de éste, en el segundo caso la técnica será

---

<sup>12</sup> Esto resultará de vital importancia para validar la regla de la presunción de paternidad que opera en el sistema de filiación ordinaria, tal como lo prevé el Código Civil peruano. Cfr. Artículo 361° del CC peruano. - *"El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido"*.

heteróloga porque a menos uno de los gametos será de un tercero, llamado *donante*. En ambas situaciones habrá que verificar si la paciente que es sometida a la técnica pertenece a un matrimonio o a una unión de hecho

## 2.2. Formulación del Problema

*¿Cómo garantizar la vigencia del interés superior del niño en la determinación de la filiación de los hijos nacidos por aplicación de las técnicas reproducción humana asistida en el Perú?*

## 2.3. Justificación

Resulta difícil definir el rol del niño artificialmente concebido<sup>13</sup> en la aplicación de las Técnicas de Reproducción Asistida<sup>14</sup>; por una parte, porque constituyen el objetivo perseguido a través de ellas; y por otra porque en muchos casos la situación lleva a pensarlos como un «producto».

Entonces, aun cuando son parte fundamental dentro del funcionamiento de las TRA, y dependen vitalmente de ellas, es necesario partir del presupuesto que su vida es independiente de los procedimientos, en este caso asistidos científicamente, que permitieron su existencia.

Al aplicar las TRA es posible distinguir varios intereses en juego. Primero, los intereses de las personas que participan en ellas (el interés de la mujer de ser madre y el del hombre de ser padre) y si interviene un tercero ajeno a la pareja (por ejemplo, en el caso de la inseminación heteróloga o de la maternidad subrogada) existirá un nuevo interés en juego y que podrá ser concordante con el de la pareja que desea tener un hijo o, por

---

<sup>13</sup> Para efectos de este trabajo, cuando se haga alusión a “hijo”, nos referiremos a todo ser humano menor de 18 años, concordantemente con la definición de niño del art. 1 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño y del Adolescente, que señala: «Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.»

<sup>14</sup>En adelante, TRA.

el contrario, podrá devenir en opuesto si, en definitiva, el tercero deseara que se reconozca su relación biológica con el hijo.

Frecuentemente se analiza la problemática de las TRA sólo, o en gran medida, desde el punto de vista de la pareja, hombre o mujer (unidos o no por matrimonio), que se someten a ellas para tener un hijo; o desde la perspectiva del tercero. No obstante, es frecuente postergar la protección del hijo privilegiando los intereses de los padres y de los terceros, olvidándose de que es justamente el hijo el que mayor amparo requiere por su incapacidad de defender sus derechos por sí mismo<sup>15</sup>.

De esta forma se ponen de manifiesto las numerosas cuestiones jurídicas que surgen como resultado de la implementación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, diversas y de gran importancia, al afectar a temas no sólo íntimos y personales, sino cargados de implicaciones jurídicas y filosóficas.

Dichos temas están relacionados, por ejemplo, a la capacidad reproductiva, de la mano del supuesto derecho a la reproducción; las relaciones de filiación, en su contenido, fundamento y determinación; el campo de la libertad de elección individual y las restricciones que se le aplican, latente en los consentimientos requeridos para la aplicación de las técnicas y sus consecuencias; y en suma, cuantas interrogantes plantea la intervención legislativa sobre el origen de la vida y, en general, sobre la investigación científica. La radical trascendencia de cada uno de ellos justifica la atención que la doctrina jurídica ha dispensado sobre el tema.

Como objeto de su análisis, *este trabajo se ha centrado en la determinación de la filiación nacida a través de las técnicas de reproducción humana asistida*. Es un tema crucial para el Derecho, en cuanto dirigido a la identificación de las partes de la relación de filiación, con todos sus efectos jurídicos. Se muestra, además, sumamente complejo, por la pluralidad de intereses en posible conflicto a atender.

---

<sup>15</sup>Cabe resaltar que solo se recurre a los intereses o derechos del hijo cuando se trata de aplicar las TRA a situaciones excepcionales como en las parejas homosexuales, en la procreación artificial *post mortem* o en mujeres solas.

Esta situación obligó a revisar afirmaciones tan básicas como aquella sobre que la determinación de la filiación persigue la identificación del padre y de la madre de una persona. En este sentido, la decisión legislativa resulta la más llamativa, aunque en absoluto la única discutible, ya no sólo desde consideraciones filosóficas, sino de mera técnica jurídica.

En general, para determinar la relación jurídica de filiación y establecer así el conjunto de efectos que comporta (patria potestad, obligaciones de vela y custodia, alimentos, apellidos, derechos sucesorios), el Derecho elige hechos y actos a los que atribuye tal función. De ahí su nombre y títulos de determinación de la filiación, en cuanto sirven para establecerla. Estos títulos vienen a responder a la pregunta: «¿*quién debe ser el padre/madre de un niño?*». Pregunta que incorpora dos premisas obvias; una relacionada con la relación biológica de filiación y la jurídica, las cuales serían distintas pues no siempre coinciden; y la otra, considerando lo anterior, la posibilidad de que el Derecho decida sobre cómo articula tal disparidad, si en términos de excepción o de normalidad. En otras palabras, el legislador deberá decidir entre un sistema jurídico de filiación que tienda a la coincidencia entre la realidad fáctica y la jurídica, y otro que asuma, por razones diversas, la separación entre ambas. En esta elección, lógicamente, el legislador no tiene una plena libertad de configuración normativa, sino que se encuentra limitado por las previsiones constitucionales al efecto.

Por tales consideraciones y atendiendo a la naturaleza del tema abordado es que resulta de vital importancia una investigación en este sentido. Más aun considerando que los antecedentes sobre el tema planteado todavía resultan escasos y carentes de fundamentación jurídica, aun cuando la realidad imperante ya reclama un pronunciamiento.

### **3. Materiales y Técnicas para la ejecución de la investigación**

#### **3.1. Materiales para la recolección de información**

Los MATERIALES fueron de carácter bibliográfico y corresponden a autores nacionales como extranjeros. Las fuentes consultadas pertenecen a la especialidad que corresponde el tema materia de indagación.

Fundamentalmente, se utilizó el MÉTODO DEDUCTIVO, pues la estructura del Informe parte del análisis general de cada técnica que investigación científica a fin de precisar la valoración que le otorgan a los conceptos de dignidad humana, derechos humanos y libertades fundamentales, y realizar un replanteamiento particular sobre la protección que el ordenamiento jurídico le otorga.

De forma complementaria, se utilizó el METODO ANALÍTICO, a través del cual se analizaron los factores condicionantes que se constituyen como límites de las Investigación Científica en seres humanos, los que al desconocerse sólo agudizan la problemática ética a la luz de los alcances doctrinarios hasta hoy desarrollados.

El empleo de estos métodos, no puede desconocer que el estudio es de carácter descriptivo y comparativo pues esto permitirá comprender a cabalidad el problema de investigación planteado; sus alcances y concordancias con otras realidades.

### **3.2. Técnicas de Recopilación de Datos**

En lo que respecta a la RECOLECCIÓN DE DATOS fue necesario utilizar fuentes de información secundaria, esto es se utilizaron libros, periódicos, revistas, internet, etc. Asimismo, se emplearon fuentes impersonales de datos primarios como el análisis.

Como TÉCNICAS para el desarrollo de la investigación se usaron:

- Observación: Esta técnica nos permite examinar cómo se desenvuelve el fenómeno que está bajo estudio.
- Referencias Bibliográficas: Se utiliza para realizar la revisión y el análisis de la literatura relacionada con el tema de investigación. Esta técnica es aplicable en todas las etapas de este estudio. La información necesaria se obtuvo de las

Bibliotecas Especializadas de las Facultades de Derecho locales, sitios web y la biblioteca personal del autor.

- Fichaje: En la construcción del marco teórico, se emplearon distintos tipos de fichas, que incluyen fichas bibliográficas, fichas textuales, fichas de resumen, fichas de comentario y fichas mixtas; elaboradas a lo largo de las diversas fases de la investigación, incluso desde antes de la elaboración del proyecto de investigación, y que fuera elaborado y aprobado por la Escuela de Post Grado, conforme a la normatividad existente.

Los datos fueron recogidos a través de estas técnicas, y fueron analizados y comparados para extraer las conclusiones desarrolladas en este Informe, y que son exigidas en todo trabajo de investigación. Estas han terminado constituyendo enunciados contundentes y breves del problema planteado en concordancia con los objetivos e hipótesis.

Estos enunciados fueron los últimos puntos de la cadena de conocimientos que empezaron con el planteamiento del problema, y resultaron ser los indicadores más firmes que permitieron verificar si se cumplió con el alcance de la investigación.

Finalmente, en el PROCESAMIENTO DE DATOS se realizó a través de las técnicas antes citadas, para ser luego ordenadas y posteriormente seleccionarlás de acuerdo a los objetivos de la investigación. Finalmente fueron resumidos y plasmados en el texto de este Informe.

#### **4. Población y Muestra de Estudio**

El desarrollo de esta investigación se abordará en el ámbito del Derecho Civil, con especial énfasis en Derecho de Familia, a fin de garantizar el interés superior del niño reconocido tanto en instrumentos nacionales como supranacionales. En ese sentido la población y la muestra estuvieron integrados de la siguiente manera:

POBLACIÓN	MUESTRA
Clínicas que aplican las TRA en el Perú	25 clínicas

Médicos que aplican las TRA	50 médicos (algunos no pertenecen a las clínicas de la muestra anterior, pero realizan esta actividad de forma independiente)
Padres que han utilizado o están en tratamiento para aplicar las TRA	100 Padres (incluye madre y padre)

## 5. Formulación de hipótesis y variables

### 5.1. Formulación de hipótesis

De acuerdo a las formulaciones de los problemas planteados, el desarrollo de esta investigación trabajará con la siguiente hipótesis:

***“La vigencia del interés superior del niño nacido por aplicación de Técnicas de Reproducción Asistida puede garantizarse mediante instrumentos normativos que reconozcan objetivamente su contenido esencial, y a través de órganos de control que desarrollen una actividad permanente de vigilancia y de sanción”.***

### 5.2. Variables

Metodológicamente, la identificación de las variables con las que se trabaja en el desarrollo de una investigación, debe iniciarse desde el momento en que se logra la definición del problema de investigación, así como la respectiva formulación de los objetivos. Desde la formulación del problema, es necesario identificar las variables principales.

De forma complementaria, en cada objetivo planteado, sobre todo en los objetivos generales, deben mencionarse estas variables, sin que esto impida la formulación de otras variables en los objetivos específicos.



Durante la construcción del marco teórico, el proceso de identificación de variables continúa. Lo relevante en este punto es que se logra relacionar dichas variables con el problema de estudio, obteniendo una especie de conceptualización.

Ahora bien, cabe precisar que dada la naturaleza de la investigación resulta necesario precisar con qué tipos de variables se contará en el desarrollo de la presente investigación.

Una variable es una propiedad de la realidad que varía, y cuya variación es susceptible de medirse u observarse. En la investigación, éstas representan el centro, pues son conceptos que contribuyen a formular enunciados de un tipo particular, conduciendo la orientación que se adopte en la formulación de la hipótesis.

La clasificación básica de las variables es la que permite asignar distintos valores cualitativos o cuantitativos para los diferentes fenómenos bajo estudio. Según varios autores, *las variables cualitativas*, categóricas, son aquellas que se refieren a propiedades de los objetos en estudio, sean estos animados o inanimados. Lo que determina que una variable sea cualitativa es el hecho de que no puede ser medida en términos de la cantidad de la propiedad presente, sino que solo se determina la presencia o no de ella.

Se consideran variables de naturaleza cualitativa porque no se les puede asignar mayor o menor peso a las diferentes categorías; lo único que se puede hacer es clasificarlas; mientras que las *variables cuantitativas* son aquellas cuya magnitud puede ser medida en términos numéricos, esto es, que los valores de los fenómenos se encuentran distribuidos a lo largo de una escala.

Bajo estos lineamientos, en esta investigación se trabajará con variables de tipo cualitativo, pues el objetivo es determinar las propiedades de los objetos en estudio y sus clasificaciones; los cuales no podrán ser medidos en términos de cantidad.

## **6. Objetivos**

### **6.1. Objetivo General**

“Determinar la manera de garantizar el interés superior del niño nacido por aplicación de las Técnicas de Reproducción Asistida en el Perú”.

### **6.2. Objetivos específicos**

- Describir la situación fáctica y legal del menor como sujeto de derecho en el ámbito de la doctrina de la protección integral del niño a la luz de la legislación, doctrina y jurisprudencia.
- Describir y conocer el escenario fáctico y legal de las Técnicas de Reproducción Asistida en el contexto nacional e internacional.
- Determinar si existe menoscabo de los derechos de los niños nacidos por aplicación de las Técnicas de Reproducción Asistida frente a los intereses de los padres o de los terceros involucrados.
- Presentar alternativas de solución para garantizar la protección del menor nacido de la aplicación de las Técnicas de Reproducción Asistida.

# **SEGUNDA PARTE:** MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL

## CAPÍTULO I

### **REFERENCIAS CONCEPTUALES PRELIMINARES. MATRIMONIO, FAMILIA, FILIACIÓN, Y SU IMPACTO SOBRE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.**

El avance de la ciencia médica ha permitido la práctica de una serie de técnicas por las que mediante la manipulación de los elementos reproductores humanos se puede llegar a la procreación. En 1978 nació en Reino Unido el primer niño concebido tras la aplicación de una TRA; abriendo la posibilidad del nacimiento de unos 100 000 niños al año en todo el mundo. Actualmente se estima que entre un 1% y un 4% de los niños nacidos anualmente en Estados Unidos y Europa son resultado de aplicar estos tratamientos<sup>16</sup>.

En nuestro entorno, la utilización de las TRA presupone un derecho reconocido a las personas en cuanto su voluntad de tener descendencia biológica propia se configura como Una expresión de la libertad en el desarrollo de la propia identidad; pero al mismo tiempo resulta especialmente relevante confrontarlo y/o ponerlo en contexto con los derechos de los niños por nacer, partiendo del presupuesto de la existencia de vida, desde el momento mismo de la concepción.

#### **1. El Matrimonio y la Familia como instrumentos jurídico-sociales**

##### **1.1. Nociones conceptuales generales**

El matrimonio es la alianza legal entre un hombre y una mujer, formando una entidad social que establece una relación conyugal entre sus integrantes. Este lazo es reconocido

---

<sup>16</sup> Cfr. CABAÑAS F. LÓPEZ-AZORÍN M, PELLICER A. *Impacto de las técnicas de reproducción asistida en la salud del recién nacido*, An Pediatr (Barc), Barcelona, 2009, pp. 319 y ss.

socialmente, ya sea por medio de disposiciones jurídicas o por la vía de los usos y costumbres.<sup>17</sup>

El origen etimológico de la palabra matrimonio como denominación de la institución proviene de la expresión "*matrimonium*" generada por la unión de dos palabras del latín: "*matris*" que significa "matriz" (sitio en el que se desarrolla el feto) y, la segunda, "*monium*", que quiere decir "calidad de..."; o sea, la aportación de la mujer que contrae nupcias para ser madre<sup>18</sup>.

Desde una perspectiva lingüística, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define el matrimonio como la "Unión de un hombre y una mujer acordada a través de ciertos rituales o formalidades legales"<sup>19</sup>.

Como consecuencia de un matrimonio se crean una serie de obligaciones y derechos que también son fijados por el derecho, regulados, específicamente por el derecho de familia.<sup>20</sup> Las obligaciones y derechos que cada quien asuma variarán, dependiendo de cada sociedad. Con la unión matrimonial se permite legitimar la filiación de los hijos

---

<sup>17</sup> En el catolicismo, esta institución es entendida como el sacramento por el cual el hombre y la mujer se ligan perpetuamente con arreglo a las prescripciones de la Iglesia. Esto significa que el matrimonio puede ser civil o religioso y, dependiendo de la religión o del ordenamiento jurídico, los derechos, deberes y requisitos del matrimonio son distintos. Ahora bien, no todas las sociedades establecen la distinción entre matrimonio civil y matrimonio religioso. Esta distinción sólo puede existir en aquellos contextos donde el Estado ha atraído el reconocimiento del matrimonio como una de sus atribuciones.

<sup>18</sup> A fin de establecer una comparación, será necesario considerar otras derivaciones. Como "*patrimonium*", derivado de las palabras latinas "*patris*", que significa padre y "*monium*", que quiere decir "calidad de...", o sea, la aportación del hombre como "varón engendrador" o "progenitor" y de proveedor del sustento de la familia. Para efectos de mayor comprensión de la expresión "matrimonio" en su aspecto etimológico es importante tener presente que, en muchas de las lenguas romances, es válido el concepto del contrato de matrimonio considerado por el Derecho Romano, que tiene su fundamento en la idea de que la posibilidad de ser madre, que la naturaleza da a la mujer núbil, la llevase a procrear una familia. En contraste con ese concepto occidental podríamos mencionar el caso del idioma árabe, en el que es entendido como "contrato de coito" o "contrato de penetración", según la traducción de la expresión *akd nikah* al español.

<sup>19</sup> REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, 22º Edición, España, 2001.

<sup>20</sup> En algunos países occidentales el matrimonio civil no ha sido reconocido hasta fechas relativamente recientes. Por ejemplo, Chile lo reconoce desde 1884, Argentina, lo hace desde 1888, en virtud de la Ley 2393. Cfr. Salinas Araneda, Carlos *El matrimonio religioso ante el derecho chileno*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2009.

procreados o adoptados de sus miembros, según las reglas del sistema de parentesco vigente.

Dada la extensión de este término en la sociedad, la definición del matrimonio es materia de diversas disciplinas:

- Desde la perspectiva del derecho occidental, el matrimonio constituye una *unión de dos personas que tiene por finalidad constituir una familia*<sup>21</sup>.
- Desde la perspectiva etnográfica se define el matrimonio como la *unión de dos o más personas que cumplen roles de género definidos socialmente*.
- Desde la perspectiva antropológica, el matrimonio, es una *institución que permite legitimar la descendencia de una mujer y crea relaciones de alianza entre los grupos de parentesco de los cuales provienen sus miembros*<sup>22</sup>. Desde este enfoque, se pueden identificar dos propósitos fundamentales del matrimonio: establecer una convivencia conjunta y la posibilidad de procrear hijos. Ambas metas del matrimonio son de suma importancia, lo que significa que nuestra legislación no admite la opción de casarse con otros objetivos diferentes. Cualquier intención o finalidad de la unión matrimonial, ya sea la procreación, la economía, el afecto, la cultura, o aspectos sociales, en última instancia, se considera parte del propósito principal de vivir en pareja

La forma tradicional de matrimonio es la unión entre un hombre y una mujer, con la finalidad de constituir una familia<sup>23</sup>. Socialmente, el matrimonio es considerado una institución importante porque contribuye a definir la estructura de la sociedad, al crear

---

<sup>21</sup> Hasta hace pocos años se consideraba un elemento esencial de la definición el hecho que ambos contrayentes debían ser de sexo opuesto, pero en el último tiempo este elemento ha sido objeto de moderaciones debido a la introducción, por algunos ordenamientos, del matrimonio entre personas del mismo sexo.

<sup>22</sup> Ídem. En su aspecto natural implica la procreación, es decir, la multiplicación de la especie humana. En su aspecto legal lleva en sí, además del reconocimiento social de esa práctica, una sanción jurídica (matrimonio civil) o religiosa (matrimonio eclesiástico), o ambas, al través de la celebración de uno o varios contratos que incluyen también cuestiones patrimoniales.

<sup>23</sup> El matrimonio como institución es una unión perfectamente diferenciable del apareamiento, el cual presenta como objetivo central la satisfacción sexual, está marcado por la transitoriedad y la casualidad; y no implica ningún tipo de obligación o de responsabilidad de cada miembro para con el otro o para con los demás. Ver al respecto BELLUSCIO, A. C. *Manual de Derecho de Familia*, 7ma. Edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2011, pp. 74 y ss.

un lazo de parentesco entre personas<sup>24</sup>. Una de sus funciones ampliamente reconocidas es la procreación y socialización de los hijos (si bien no es absolutamente necesario casarse para tener hijos, ni todos los matrimonios heterosexuales los tienen), así como la de regular el nexo entre los individuos y la descendencia que resulta en el parentesco, rol social y estatus<sup>25</sup>.

El artículo 234° del Código Civil peruano señala:

“El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común. El marido y la mujer tienen en el hogar autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales”<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup> Algunos estados que han adoptado el matrimonio civil no reconocen las uniones conyugales realizadas bajo las normas religiosas, otros las reconocen como opción con validez jurídica equivalente al matrimonio civil. En contraparte, las religiones no suelen reconocer el matrimonio civil como una forma de unión conyugal acorde con sus preceptos. Sobre esto se puede ver BEL BRAVO, María Antonia, *La familia en la historia*, 2000, Editorial Encuentro, pp. 25 y ss.

<sup>25</sup> CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, 28ª edición, Tomo N° 3, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 2003. En las sociedades de influencia occidental suele distinguirse entre matrimonio religioso y matrimonio civil, siendo el primero una institución cultural derivada de los preceptos de una religión, y el segundo una forma jurídica que implica un reconocimiento y un conjunto de deberes y derechos legal y culturalmente definidos.

<sup>26</sup>Esta norma debe ser interpretada en forma concordante con los arts. 4°, 287°, 288°, 290°, 291° y 292° del Código Civil peruano: **Artículo 4° del CC peruano.** - El varón y la mujer tienen igual capacidad de goce y de ejercicio de los derechos civiles. **Artículo 287° del CC peruano.** - Los cónyuges se obligan mutuamente por el hecho del matrimonio a alimentar y educar a sus hijos. **Artículo 288° del CC peruano.** - Los cónyuges se deben recíprocamente fidelidad y asistencia. **Artículo 290° del CC peruano.** - Ambos cónyuges tienen el deber y el derecho de participar en el gobierno del hogar y de cooperar al mejor desenvolvimiento del mismo. A ambos compete, igualmente, fijar y mudar el domicilio conyugal y decidir las cuestiones referentes a la economía del hogar. **Artículo 291° del CC peruano.** - Si uno de los cónyuges se dedica exclusivamente al trabajo del hogar y al cuidado de los hijos, la obligación de sostener a la familia recae sobre el otro, sin perjuicio de la ayuda y colaboración que ambos cónyuges se deben en uno y otro campo. Cesa la obligación de uno de los cónyuges de alimentar al otro cuando este abandona la casa conyugal sin justa causa y rehúsa volver a ella. En este caso el juez puede, según las circunstancias, ordenar el embargo parcial de las rentas del abandonante en beneficio del cónyuge inocente y de los hijos. El mandamiento de embargo queda sin efecto cuando lo soliciten ambos cónyuges. **Artículo 292° del CC peruano.** - La representación de la sociedad conyugal es ejercida conjuntamente por los cónyuges, sin perjuicio de lo dispuesto por el Código Procesal Civil. Cualquiera de ellos, sin embargo, puede otorgar poder al otro para que ejerza dicha representación de manera total o parcial. Para las necesidades ordinarias del hogar y actos de administración y conservación, la sociedad es representada indistintamente por cualquiera de los cónyuges. Si cualquiera de los cónyuges abusa de los derechos a que se refiere este Artículo, el Juez de Paz Letrado puede limitárselos en todo o parte. La pretensión se tramita como proceso abreviado.

La elección del legislador es de gran relevancia, no solo debido a las implicaciones que conlleva, sino también porque nuestra Constitución establece que el matrimonio, junto con la familia, es un pilar fundamental de la sociedad<sup>27</sup>.

Ciertamente, la naturaleza voluntaria, basada en el acuerdo mutuo y la bilateralidad que caracteriza al matrimonio según nuestra legislación, refleja la influencia del enfoque contractualista. Además, la legalidad y el propósito de establecer una vida en común, evidencian la corriente institucionalista que fundamenta esta institución.

Como consecuencia necesaria del matrimonio surge la familia, como forma básica de agrupamiento social. Su papel en la construcción y mantenimiento de las sociedades es fundamental, pues, al tiempo que es influida por los elementos transversales de lo social (economía, educación, cultura, religión, política...), también influye en esos elementos. Por ser el único sistema en el que el individuo participa durante toda su vida, la familia tiene la capacidad de constituirse en transmisora de costumbres, hábitos, modelos de comportamiento, así como en elemento de apoyo, resolución de conflictos y sustento del estado del bienestar (del que representa tanto las necesidades como los soportes)<sup>28</sup>.

La palabra "familia" tiene su origen en el latín "familia", que inicialmente se refería a un grupo de siervos y esclavos que eran propiedad del jefe de la gens (una unidad social en la antigua Roma). Esta palabra se deriva de "famulus", que significa "siervo" o "esclavo". Con el tiempo, el término amplió su significado para incluir también a la esposa e hijos del "pater familias", que legalmente estaban bajo su autoridad y posesión.

---

<sup>27</sup> Es decir, la regulación otorgada por nuestra norma civil deja entrever que el legislador peruano ha optado por la teoría mixta en cuanto a la naturaleza del matrimonio, a pesar que no lo señale de manera expresa. Cfr. Gutiérrez Camacho Walter y Rebaza Gonzales Alfonso. "Definición de Matrimonio e igualdad de cónyuges" En *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Tomo II, I Parte, Gaceta Jurídica, Lima, 2000, p. 23.

<sup>28</sup> Socialmente, tiene un rol en el desarrollo educativo, intelectual, afectivo y emocional del individuo, que es consustancial a su propia naturaleza; y si resulta básica para el desarrollo del individuo, resultará básica para el desarrollo de la sociedad. Ver REAL ACADEMIA ESPAÑOLA Y ASOCIACIÓN DE ACADEMIAS DE LA LENGUA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, 23ª edición, Editorial Espasa, Madrid, 2014.



Finalmente, el término "familia" reemplazó gradualmente a la palabra "gens" en su uso general.<sup>29</sup>.

Desde una perspectiva jurídica, el artículo 4° de la Constitución reconoce a la familia como una institución natural y esencial de la sociedad. En consecuencia, el Estado y la comunidad tienen la obligación de brindarle protección. De forma complementaria el El artículo 16° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que todas las personas, sin importar su raza, nacionalidad o religión, tienen el derecho de casarse y formar una familia a partir de la edad núbil. Se enfatiza que la familia es una institución natural y fundamental de la sociedad, y, por lo tanto, tiene derecho a la protección tanto de la sociedad como del Estado. Junto a esta regulación de Derecho Internacional, El Pacto Interamericano de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 23°, establece que la "familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad" y debe ser resguardada de cualquier intervención perjudicial por parte del Estado y la sociedad. Paralelamente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) en su artículo 17° enfatiza que "la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado". Además, señala que el derecho a formar una familia debe ejercerse de acuerdo con las condiciones establecidas por las leyes internas que regulan este asunto. Además, el artículo 233° del Código Civil establece que la regulación legal de la familia tiene como objetivo promover su estabilidad y fortalecimiento, en concordancia con los principios y directrices expresados en la Constitución Política del Perú.<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup> Aristóteles definía a la familia como "una convivencia querida por la naturaleza para los actos de la vida cotidiana" y Ludwig Enneccerus, en su obra "Tratado de Derecho Civil", como "el conjunto de personas unidas por los vínculos del matrimonio, el parentesco o la afinidad" citado por CORNEJO CHÁVEZ, Héctor, *Derecho familiar peruano*, Tomo 11, 6° Edición, Librería Studium, Lima, 1987. Se puede consultar también STRAUSS, C.; SPIRO, M. E. "Los Nayar y la definición del matrimonio" en *El origen de la familia. Polémica sobre el origen y la universalidad de la familia*, Editorial Anagrama, Barcelona, p. 17.

<sup>30</sup> Siguiendo la corriente contemporánea de introducir en las Constituciones nacionales normas referentes a la familia, en la Constitución Política del Perú se contemplan los principios que inspiran el sistema jurídico familiar peruano y que son aludidos en el artículo 233 del Código Civil, cuando establece que la regulación jurídica de la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento, en armonía con los principios y normas proclamados en la Constitución Política del Perú.

Aun con esta variedad normativa, no hay consenso sobre La definición de "familia" es un tema complejo desde una perspectiva jurídica, ya que puede tener múltiples interpretaciones. Sin embargo, según la doctrina legal<sup>31</sup> del Derecho de Familia, pueden distinguirse:

- Familia en sentido amplio (familia extendida)<sup>32</sup>.- se refiere al conjunto de personas que tienen algún tipo de vínculo jurídico de parentesco. Desde esta perspectiva, la familia está compuesta por un grupo de individuos que están conectados por relaciones legales que surgen de la interacción entre sexos, la procreación y el parentesco. Este enfoque de la familia es de particular relevancia en el ámbito legal, ya que las relaciones que engendra están reguladas por el Derecho de Familia. Aunque también puede mencionarse en la legislación en el contexto de asuntos relacionados con el sustento económico y la herencia, no es necesario que las personas vivan juntas para que se considere una familia en este sentido.
- Familia en sentido restringido (familia nuclear)<sup>33</sup>.- En un sentido más estrecho, la familia se limita a incluir solo a las personas unidas por la relación sexual o la procreación. Desde esta perspectiva, la familia está compuesta por el padre, la madre y los hijos que están bajo su patria potestad. Esta definición más restrictiva de la familia adquiere una mayor importancia en el ámbito social que en el jurídico, ya que representa el núcleo más reducido de la estructura social y ha sido objeto de atención en numerosas constituciones que buscan instar al Estado a protegerla. Aunque esta definición es la más comúnmente mencionada en la legislación, su alcance es más limitado en términos de relaciones legales.
- Familia en sentido intermedio (familia compuesta)<sup>34</sup>.- En un sentido intermedio, la familia se define como el grupo social compuesto por las personas que residen en una misma vivienda y están bajo la autoridad del cabeza de familia. Esta

---

<sup>31</sup> Plácido Vilcachagua Alex. "Regulación Jurídica de la Familia". En *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Tomo II, I Parte, Gaceta Jurídica, Lima, 2000, p. 37.

<sup>32</sup> Ídem.

<sup>33</sup> Ídem.

<sup>34</sup> Ídem.

concepción de la familia tiene principalmente relevancia en términos sociales y no es considerada en la legislación.

Siguiendo la tendencia actual de incluir disposiciones sobre la familia en las Constituciones nacionales, la Constitución Política del Perú incorpora principios que guían el sistema legal de la familia en el país. Estos principios son mencionados en el artículo 233° del Código Civil, que establece que la regulación legal de la familia tiene como objetivo contribuir a la estabilidad y el fortalecimiento de la familia, en conformidad con los principios y normas expresados en la Constitución Política del Perú<sup>35</sup>.

Adecuándose a estos conceptos el Tribunal Constitucional<sup>36</sup> ha completado la definición del concepto *familia*. En la definición comúnmente aceptada, la familia se refiere a un grupo de personas relacionadas por lazos de parentesco que viven bajo el mismo techo. Tradicionalmente, esta definición buscaba englobar a la familia nuclear, compuesta por los padres y los hijos, quienes estaban bajo la autoridad de los progenitores. Desde una perspectiva legal tradicional, la familia está conformada por vínculos legales que se derivan del matrimonio, la filiación y el parentesco<sup>37</sup>. Desde un punto de vista constitucional, la familia, al ser una institución natural, está inevitablemente influenciada por los nuevos contextos sociales. Los cambios en la sociedad y en el ámbito legal, como la incorporación de la mujer en la vida social y laboral, la regulación del divorcio y su alta tasa de incidencia, así como las grandes migraciones hacia áreas urbanas, han tenido un impacto en la estructura de la familia tradicional, que solía girar en torno a la figura del pater familias. Como resultado de estos cambios, han surgido familias con estructuras diferentes a la tradicional, como aquellas formadas por uniones

---

<sup>35</sup> Ídem.

<sup>36</sup> Resolución N° 09332-2006-PA/TC de fecha de febrero del 2008. Fundamento del 08 al 14. *La familia ensamblada se define como la estructura familiar originada en el matrimonio o la unión concubinaria de una pareja en la cual uno o ambos de sus integrantes tienen hijos provenientes de una relación previa. Por su propia configuración estas familias tienen una dinámica diferente, presentándose una problemática que tiene diversas aristas, como son los vínculos, deberes y derechos entre los integrantes de la familia reconstituida (FJ 8-14).*

<sup>37</sup> BOSSERT, Gustavo A. y Eduardo A. ZANNONI, *Manual de derecho de familia*. 4.ª, ed., Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 6.

de hecho<sup>38</sup>, las mono paternales o las que en doctrina se han denominado *familias reconstituidas*.

Con todo esto, se confirma de manera más precisa que en realidad no existe un consenso en la doctrina legal acerca del nombre que debe darse a esta estructura familiar. Se utilizan diversas denominaciones como familias ensambladas, reconstruidas, reconstituidas, recompuestas o familias de segundas nupcias, entre otras, para referirse a esta forma de organización familiar<sup>39</sup>. Las familias ensambladas son aquellas que se forman a raíz de la viudez o el divorcio. Esta nueva dinámica familiar surge debido a un nuevo matrimonio o compromiso. Por lo tanto, se puede definir a la familia ensamblada como "una estructura familiar que se origina cuando una pareja se casa o se convive y al menos uno de los dos tiene hijos de una relación previa"<sup>40</sup>.

Debido a su configuración particular, las familias reconstituidas experimentan una dinámica distinta y enfrentan una serie de desafíos que abarcan diversas áreas, como las relaciones interpersonales, las responsabilidades y los derechos de los miembros de la familia reconstituida. Las interacciones entre padrastros o madrastras y sus hijastros deben ser analizadas teniendo en cuenta las particularidades que el entorno o la situación concreta puedan imponer. Un ejemplo de referencia al respecto es el artículo 237° del Código Civil<sup>41</sup> se puede inferir que entre padrastros o madrastras y sus hijastros se establece un parentesco por afinidad, lo cual conlleva una implicación significativa, como es la prohibición de matrimonio, tal como se establece en el artículo 242° del Código Civil. Es importante señalar que la situación legal de los hijastros no ha

---

<sup>38</sup> lo ha explicitado este Tribunal en la sentencia del Expediente N.º 03605-2005-AA/TC, fundamento 3, cuanto indica; "Y pese a la promoción del instituto del matrimonio, se ha llegado a constitucionalizar una situación fáctica muy concurrente en el país pues existen familias que están organizadas de hecho, sin haberse casado civilmente.

<sup>39</sup> DOMÍNGUEZ, Andrés Gil, et ál. *Derecho constitucional de familia*. 1ed. Tomo I, Buenos Aires, Ediar, 2006, p. 183.

<sup>40</sup> RAMOS CABANELLAS, Beatriz. "Regulación legal de la denominada familia ensamblada" *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Uruguay, 2006, p. 192.

<sup>41</sup> Artículo 237° del Código Civil.- El matrimonio produce parentesco de afinidad entre cada uno de los cónyuges con los parientes consanguíneos del otro. Cada cónyuge se halla en igual línea y grado de parentesco por afinidad que el otro por consanguinidad. La afinidad en línea recta no acaba por la disolución del matrimonio que la produce. Subsiste la afinidad en el segundo grado de la línea colateral en caso de divorcio y mientras viva el ex-cónyuge.

sido abordada de manera explícita por el marco legal nacional, ni ha sido tratada en la jurisprudencia nacional<sup>42</sup>.

Sin duda, la relación entre los padres por afinidad y el hijastro debe presentar ciertas características, como la convivencia y compartir una vida familiar con una cierta estabilidad, visibilidad y reconocimiento. Esto implica que debe reconocerse una identidad familiar autónoma, especialmente si se trata de menores de edad que dependen económicamente del padrastro o madrastra<sup>43</sup>.

## 1.2. Marco legal

### 1.2.1. Regulación internacional

La aprobación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CIDN) en 1989 marca el punto culminante de un proceso gradual de reconocimiento y protección de los derechos de los niños que se desarrolló a lo largo del siglo XX.

Este tratado internacional establece que, al tomar medidas relacionadas con el bienestar de los niños, los Estados partes deben implementar todas las acciones administrativas y legislativas necesarias para garantizar el pleno cumplimiento de los derechos de los menores. Esto se hace siempre respetando las responsabilidades de los individuos, en particular los padres, en lo que respecta a la crianza y orientación de sus hijos, entre otras cuestiones<sup>44</sup>.

---

<sup>42</sup> No obstante, sobre la base de lo expuesto queda establecido que el hijastro forma parte de esta nueva estructura familiar, con eventuales derechos y deberes especiales, no obstante, la patria potestad de los padres biológicos. No reconocer ello traería aparejada una afectación a la identidad de este nuevo núcleo familiar, lo que de hecho contraría lo dispuesto en la carta fundamental respecto de la protección que merece la familia como instituto jurídico constitucionalmente garantizado. Al respecto puede verse la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre *familias ensambladas*. Cfr. Exp. 09332-2006-PA/TC emitida el 30 de noviembre del 2007.

<sup>43</sup> Precisamente el artículo 6° de la Constitución, que establece la igualdad de deberes y derechos de todos los hijos, prohíbe toda mención sobre el estado civil de los padres o la naturaleza de la filiación en los registros civiles o en cualquier otro documento de identidad.

<sup>44</sup> Cfr. **Art. 3.2 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.** - Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

El artículo 9, inciso 3, de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CIDN) establece que los Estados Partes deben respetar el derecho de un niño que esté separado de uno o ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de manera regular, a menos que esto sea contrario al interés superior del niño. Esto significa que, en situaciones donde un niño esté separado de sus padres, se debe promover el derecho del niño a mantener una relación cercana con ambos padres siempre que sea beneficioso para su bienestar. Sin embargo, si existen razones que demuestren que esto podría ser perjudicial para el interés superior del niño, se tomarán medidas diferentes. El interés superior del niño es un principio fundamental en la CIDN y guía la toma de decisiones relacionadas con los derechos y el bienestar de los niños<sup>45</sup>.

### **1.2.2. Regulación constitucional**

A nivel constitucional se desarrolla el rol de la familia en general, haciéndose la precisión de que la persona humana es el fin supremo de la sociedad y el Estado vela por ella<sup>46</sup>. En consecuencia, al ser los niños y adolescentes personas humanas, nacidas dentro del seno de una familia, son éstos los titulares de los derechos reconocidos por las leyes, las que a su vez, fijan el marco normativo para hacerlos viables<sup>47</sup>.

En concreto, el Artículo 1 de la Constitución de nuestro país establece que la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el propósito supremo de la sociedad y el Estado. Luego, el Artículo 2, numeral 1, declara que toda persona tiene derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psicológica y física, y a su libre desarrollo y bienestar. Estos artículos subrayan la importancia de proteger los derechos fundamentales de las personas y promover su desarrollo y bienestar en la sociedad y el Estado (...).

---

<sup>45</sup> **Artículo 9.3 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.** - Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

<sup>46</sup> **Artículo 1° de la CPP de 1993.**- La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

<sup>47</sup> Cfr. Artículo 235° y ss. del Código Civil. - Los padres están obligados a proveer al sostenimiento, protección, educación y formación de sus hijos menores según su situación y posibilidades. Todos los hijos tienen iguales derechos.

En el Capítulo II de la Constitución, que aborda los Derechos Sociales y Económicos, el Estado reconoce diversos deberes, incluyendo la protección a la familia. En el artículo 4, se establece que la comunidad y el Estado brindan protección especial a los niños, adolescentes, madres y ancianos en situación de abandono. Además, se promueve y protege a la familia, así como se fomenta el matrimonio. Estos últimos se reconocen como instituciones naturales y fundamentales de la sociedad. La forma en que se contrae matrimonio y las causas de separación y disolución del mismo están sujetas a regulación por la ley.

### **1.2.3. Otras normas**

#### **1.2.3.1. Código Civil de 1984**

El marco conceptual de este tema se encuentra de forma general en el Libro III del Código Civil titulado Derecho de Familia, en el cual se marca el desarrollo de las relaciones paterno-filiales y económicas, ya sean de derechos nacidos de la celebración del matrimonio civil o de las relaciones que se deriven de la unión de varón y mujer libres de impedimento matrimonial.

#### **1.2.3.2. Código de los Niños y Adolescentes**

El Código de los Niños y Adolescentes precisa el grado de acción en la ejecución de los derechos ya reconocidos por la legislación civil, con relación a los órganos jurisdiccionales y las demás instituciones que conforman una ayuda para las decisiones finales, como son el equipo multidisciplinario adscrito al Poder Judicial y las Fiscalías de Familia, como órgano consultivo previo a la decisión final sobre las diferencias que pudieran nacer de la problemática de las familias disfuncionales.

Esto justifica, que desde una premisa sistemática los hechos que suceden en la realidad se interpreten siempre desde la perspectiva más favorable a los niños; garantizando desde su derecho más básico y elemental, como es el derecho a la vida. Esto, claro está, independientemente de la forma en cómo hayan sido concebidos; considerando -sobre

todo- que hoy las formas artificiales de crear vida ya están originando nuevos seres que son necesarios proteger.

### 1.3. Los derechos y obligaciones derivados del nacimiento de los hijos

Desde un enfoque constitucional y legal se ha reconocido a la familia como un "instituto natural y fundamental de la sociedad" y anterior al Estado mismo; y como tal se le ha considerado siempre destinatario de diversas obligaciones.

Pío XII en su discurso del 9-V-57 sostuvo:

*“La sociedad es para la familia, no la familia para la sociedad. La familia es una institución natural: es el origen de la vida humana, y el recinto de la educación. La familia es vínculo de transmisión normativa. Pero es necesario que la normativa moral y religiosa se dé con convicción, con motivación y con el ejemplo”.*

El Art. 235° del CC refiere que los padres están obligados a proveer al sostenimiento, protección, educación y formación de sus hijos menores según su situación y posibilidades y al mismo tiempo reconoce que todos los hijos tienen iguales derechos. De manera complementaria, según la regulación vigente, el no cumplimiento de estos deberes puede resultar en la suspensión o incluso la pérdida de la patria potestad, dependiendo de la situación específica.

En este contexto, el Código Civil establece un conjunto de responsabilidades que los padres tienen hacia sus hijos, que están relacionadas directamente con el deber de proporcionar alimentos (mantenimiento y educación) y con una obligación moral inherente a la función de ser padre o madre (protección y cuidado).<sup>48</sup>.

---

<sup>48</sup> Cfr. ALBALADEJO, Manuel. *Manual de Derecho de Familia y Sucesiones*. Barcelona, Bosch, 1974; ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIAS-SCHREIBER MONTERO, Ángela y PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. Tomo VII. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 1997; ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIAS-SCHREIBER MONTERO, Ángela y VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. Tomo VIII. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2001; BAOUEIRO, Edgar y BUEN ROSTRO, Rosalía. *Derecho de Familia y Sucesiones*. México DF, Harla, 1990; BECKER, Gary S. *Tratado sobre la familia*. Madrid, Alianza Editorial, 1987.



La figura jurídica que recoge aquellas funciones inherentes a la condición de padres es la patria potestad, regulada en el artículo 418° del CC el cual refiere que “Por la patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores”.

De acuerdo a la tendencia moderna la patria potestad es un complejo de derechos y obligaciones recíprocos que, por una parte, impone a los padres la responsabilidad de velar por la persona y los bienes de sus hijos menores, y les permite, por otra, aprovechar los servicios de éstos, usufructuar a veces sus bienes e imprimir orientación a su personalidad.<sup>49</sup> Esto es, se trata de un poder fundamentalmente tuitivo, destinado a la protección de los hijos desde el momento de su nacimiento hasta que alcancen la plena capacidad de obrar; en ese sentido, la patria potestad tiene que comprender tanto la esfera personal como la patrimonial de los hijos menores de edad.

Sobre el particular, el artículo 74° el Código de los Niños y Adolescentes, Ley N° 27337 refiere a los siguientes:

- a) *Velar por su desarrollo integral;*
- b) *Proveer su sostenimiento y educación;*
- c) *Dirigir su proceso educativo y capacitación para el trabajo conforme a su vocación y aptitudes;*
- d) *Darles buenos ejemplos de vida y corregirlos moderadamente. Cuando su acción no bastare podrán recurrir a la autoridad competente;*
- e) *Tenerlos en su compañía y recurrir a la autoridad si fuere necesario para recuperarlos;*
- f) *Representarlos en los actos de la vida civil mientras no adquieran la capacidad de ejercicio y la responsabilidad civil;*
- g) *Recibir ayuda de ellos atendiendo a su edad y condición y sin perjudicar su atención;*
- h) *Administrar y usufructuar sus bienes, cuando los tuvieran; y tratándose de productos, se estará a lo dispuesto en el artículo 1004 del Código Civil.*

---

<sup>49</sup> CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho Familiar Peruano*. Décima edición actualizada. Lima, Gaceta Jurídica Editores, 1999. pp. 519-520.

CORNEJO CHÁVEZ argumenta que la patria potestad tiene un propósito fundamental, que es cuidar de manera completa a los hijos que no pueden atender sus necesidades por sí mismos. Esta se presenta como una institución que brinda protección y defensa al menor que no tiene la capacidad de velar por su propia subsistencia ni de salvaguardar sus intereses. A través de este concepto general, se resalta que el cuidado de los hijos abarca todos los aspectos de sus vidas, ya sean aspectos físicos y emocionales (salud, educación), sociales (ocio, entretenimiento) y económicos (recursos financieros)<sup>50</sup>.

De manera correlativa, el artículo 454° del CC señala que “Los hijos están obligados a obedecer, respetar y honrar a sus padres.”<sup>51</sup> Este artículo es una declaración de principios que como deber legal resume todo lo referente a la relación existente entre los hijos y sus padres<sup>52</sup>.

En relación a este tema, es importante destacar que el Código de los Niños y Adolescentes ha establecido una normativa más amplia que la que se encuentra en el Código Civil. Esta normativa se refleja en el Artículo 24 del Código de los Niños y Adolescentes, que enumera una serie de deberes de los niños y adolescentes, los cuales son los siguientes:

1. Respetar y obedecer a sus padres o quienes estén a cargo de su cuidado, siempre y cuando sus instrucciones no violen sus derechos o vayan en contra de las leyes.
2. Cumplir con sus estudios de manera satisfactoria.
3. Brindar cuidado, dentro de sus posibilidades, a sus ascendientes en caso de enfermedad o vejez.

---

<sup>50</sup> La patria potestad satisface el proceso biológico de la procreación, el que no se agota en el hecho biológico de procrear, sino que se desarrolla en el tiempo hasta que, por presunción de ley, los hijos adquieren la plena capacidad de obrar. En otras palabras, la patria potestad complementa legalmente las consecuencias de la procreación a través de la protección y educación de la descendencia.

<sup>51</sup> Jurídicamente esta norma podría presentarse de la siguiente manera: Son deberes de los hijos: a) Obedecer a sus padres o responsables, siempre que sus órdenes no lesionen sus derechos o contravengan las leyes; b) Cuidar, en la medida de sus posibilidades, a sus ascendientes en su enfermedad y ancianidad; c) Prestar su colaboración en el hogar, de acuerdo con su edad.

<sup>52</sup> Esta norma tiene su antecedente legal en el artículo 397° del Código Civil de 1936.

4. Contribuir en las tareas del hogar de acuerdo a su edad.
5. Mostrar respeto hacia la propiedad pública y privada.
6. Velar por la conservación del medio ambiente.
7. Cuidar de su propia salud personal.
8. Abstenerse de consumir sustancias psicotrópicas.
9. Respetar las opiniones y derechos de los demás, así como las creencias religiosas diferentes a las propias.
10. Mostrar respeto hacia la nación, sus leyes, símbolos y héroes.

El adecuado ejercicio de la patria potestad implica entre otras variantes, el cumplimiento del deber alimentario. Al respecto, cabe recordar que en la vida no todo se encuentra relacionado con los ingresos económicos –que si bien son importantes– no es lo material lo que hará del niño o niña una persona fuerte y feliz. En este sentido, es necesario que los padres orienten sus esfuerzos a cubrir las necesidades de sus hijos –mientras estos sean niños, adolescentes o jóvenes estudiantes– recordando que tanto lo material como lo espiritual son indispensables para el desarrollo integral de estos, por lo que es fundamental que nunca olvidemos que: las enseñanzas, los valores, el amor y el respeto mutuo son los elementos formativos básicos, que fortalecerán la personalidad del futuro adulto.

## **2. La filiación como institución jurídica**

### **2.1. Alcance conceptual**

La determinación de la paternidad es un proceso basado en evidencia biológica, que puede ser establecido mediante pruebas de ADN, y en especial, a través del reconocimiento voluntario y el dictamen judicial de la relación paternal<sup>53</sup>. La filiación es un vínculo legal que une a dos individuos, uno de los cuales es el descendiente del

---

<sup>53</sup> A veces, es necesario recurrir a otros criterios, como por ejemplo la voluntad individual, el interés del niño, la paz de las familias, los sentimientos y el orden establecido pueden desplazar la proclamación de la verdad biológica (Cfr. Artículo 376° del CC). Cfr. CORNEJO CHÁVEZ, Héctor, *Derecho Familiar Peruano*, Gaceta Jurídica, Lima, s./f.

otro, ya sea como resultado de un acontecimiento biológico o a través de una acción legal deliberada <sup>54</sup>.

En un contexto general, la filiación es el lazo que conecta a una persona con todas sus generaciones anteriores y posteriores, mientras que en un sentido más específico, se refiere a la relación que une a los hijos con sus padres, creando así una conexión tanto biológica como legal entre ambas partes<sup>55</sup>. La filiación es la *condictio sine qua non* para comprender la posición de una persona como hijo de otra<sup>56</sup>. La filiación representa una categoría de estado familiar, y por lo tanto, se argumenta que implica un triple estado: uno legal, que es otorgado por la ley a una persona basado en la relación biológica que la conecta con otra; uno social, en términos de su posición respecto a otras personas; y uno civil, ya que determina la posición legal del hijo en relación con su familia y la sociedad en general.<sup>57</sup>

Los métodos legales para establecer la filiación, reconocidos por el Derecho, tienen como objetivo principal identificar a los padres biológicos del niño, es decir, aquellos que le han dado origen, lo han concebido y procreado<sup>58</sup>.

La filiación puede ser abordada desde dos perspectivas exclusivas<sup>59</sup>:

1. Como una relación legal entre un padre y su hijo o una madre y su hijo, lo que implica que siempre es una relación bilateral.

---

<sup>54</sup> MORENO R., J.A. “*Derecho De Familia*” 3ra Edición, Tomo II, Editorial Intercontinental, Asunción, 2009, p. 519.

<sup>55</sup> CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *Ob. Cit.*

<sup>56</sup> MORENO R., J.A. *Ob. Cit.* p. 520.

<sup>57</sup> GALLEGOS PÉREZ, Nidia del Carmen, *La teoría del hecho y acto jurídico aplicada al derecho familiar*, Universidad Autónoma de Tabasco, Tabasco, 2006, p. 65 y p. 248.

<sup>58</sup> Existen determinados supuestos en los cuales la búsqueda de la verdad biológica no es un criterio exclusivo ni absoluto para la filiación. Fundamentalmente, la norma peruana ha elaborado un sistema de pruebas para determinar el derecho de la filiación, tanto matrimonial como extramatrimonial; en el que se busca el establecimiento de la verdad biológica. Cfr. MONGE TALAVERA, Luz “Presunción de filiación matrimonial” en *Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas*, Tomo II, Primera Parte, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, pp. 618 y ss.

<sup>59</sup> GANDULFO R., Eduardo, “La Filiación, el Nuevo Ordenamiento y los Criterios para Darle Origen, Factores de Determinación y Metacriterios de Decisión” en *Gaceta Jurídica* N° 314, Santiago de Chile, 2006, pp. 35-90. También puede verse, GANDULFO R., Eduardo, “La Paradoja de la Regla de Paternidad del Marido” en *La Semana Jurídica*, N° 364, pp. 6-7, Editorial Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2007, p. 5.

2. Como un estado civil, es decir, como una posición especial de una persona en relación con su sociedad, definida y regulada por normativas legales

La filiación matrimonial se basa en tres pilares esenciales:

1. El vínculo de filiación materno: En cuanto al establecimiento del vínculo de filiación materno, existen varios métodos de prueba disponibles, que incluyen el registro de nacimiento, la posesión de estado y cualquier evidencia escrita. En términos generales, se sigue el principio de que "*la madre del niño es aquella que lo da a luz*"<sup>60</sup>. La filiación materna implica, por tanto, la combinación de dos hechos complementarios: el acto de dar a luz y la identificación del niño que una mujer ha traído al mundo<sup>61</sup>.
- a) a) El vínculo de filiación paterno.- Respecto del establecimiento del vínculo de filiación paterno, los modos de prueba tradicionalmente admitidos se fundan en diversos índices, realidades, manifestaciones de voluntad y especialmente presunciones<sup>62</sup>. En el momento de su nacimiento, ningún niño es sometido a la verificación de su ascendencia biológica. *Un principio tradicional establece que la paternidad se presume cuando los padres están casados, lo que lleva a la*

---

<sup>60</sup> Y así lo ha determinado la Ley N° 26842, Ley General de Salud. Al respecto puede verse el Artículo 7 de la referida Ley.- 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.

<sup>61</sup> Ídem.

<sup>62</sup> Al respecto esto puede verificarse en diversos artículos del CC peruano. Así por ejemplo el Artículo 361°.- El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido. Artículo 362°.- El hijo se presume matrimonial, aunque la madre declare que no es de su marido o sea condenada como adúltera. Artículo 363°.- El marido que no se crea padre del hijo de su mujer puede negarlo: **1.** Cuando el hijo nace antes de cumplidos los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio. **2.** Cuando sea manifiestamente imposible, dadas las circunstancias, que haya cohabitado con su mujer en los primeros ciento veintiún días de los trescientos anteriores al del nacimiento del hijo. **3.** Cuando esta judicialmente separado durante el mismo periodo indicado en el inciso 2); salvo que hubiera cohabitado con su mujer en ese periodo. **4.** Cuando adolezca de impotencia absoluta. **5.** Cuando se demuestre a través de la prueba del ADN u otras pruebas de validez científica con igual o mayor grado de certeza que no existe vínculo parental. El Juez desestimara las presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza.

*presunción de la paternidad legítima*<sup>63</sup>. La peculiaridad de la filiación matrimonial radica en que la maternidad por sí sola lleva a la presunción de la paternidad. En consecuencia, la prueba de maternidad en sí misma es evidencia de la filiación matrimonial<sup>64</sup>.

## 2.2. Clases de filiación

Dependiendo de las disposiciones de los diferentes ordenamientos jurídicos, la filiación puede recurrir a ciertos *factores de determinación* de la filiación. Su objetivo es facilitar la *constitución* del estado filial, mediante el establecimiento legal de tipos de hechos relativamente simples de constatar en la práctica, y que sean una *manifestación externa* del criterio-base.

En esta materia depende de cada legislación nacional su establecimiento, y cada procedimiento puede tener sus propios factores independientes de los otros:

- Mediante el alumbramiento.- Éste se construye como un factor de determinación de la filiación en un procedimiento natural, que se aplica sólo a la mujer<sup>65</sup>.
- Mediante la regla del *pater is est*.- Este es un procedimiento natural. Se establece que el marido de la madre será considerado como padre del hijo de ésta<sup>66</sup>.
- Mediante el *acto de reconocimiento* de la progenitura, paterna o materna.- Éste constituye un acto voluntario, de tipo unilateral, de admisión de la propia paternidad respecto de otra persona<sup>67</sup>.

---

<sup>63</sup> ARIAS-SCHREIBER Max. *Exegésis del Código Civil Peruano de 1984. Derecho de Familia. Sociedad Conyugal*, Tomo VII, Gaceta Jurídica Editores, 1997, p 58.

<sup>64</sup> Este es el supuesto que mayor controversia genera, por lo que es necesario examinar el significado de la presunción de paternidad, su fundamento y sus alcances. Sobre ello se puede consultar diversa bibliografía: BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo. *Manual de Derecho de Familia*. Ediciones Astral, Buenos Aires, 1998; BORDA, Guillermo *Manual de Derecho de Familia* Editorial Perrot, Buenos Aires, 1972.

<sup>65</sup> MÉNDEZ COSTA, María Josefa, *La Filiación*, Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1986, p. 89 y ss.; también puede verse BELLUSCIO, A. C., *Ob. Cit.* p. 76.

<sup>66</sup> Ésta regla se complementa con tres sub reglas: i) la existencia de un matrimonio, ii) el nacimiento dentro de un preciso tiempo en relación con el matrimonio y iii) que se esté determinada la maternidad de la madre. Esta forma de determinación de filiación se encuentra precisada en el Artículo 361° del CC que recoge la presunción de paternidad y la cual reconoce: "El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido".

- Mediante sentencia firme. Este caso es aplicable para adopciones, o para reclamaciones de paternidad. La sentencia también se inscribe en el Registro civil, con el fin de dar publicidad a un hecho que tiene importantes consecuencias frente a terceros<sup>68</sup>.
- A través de la *inscripción de su nacimiento* en el Registro Civil.- En alguna legislación, como la chilena, éste no constituye un factor de determinación, sino un medio para acreditar la filiación ya constituida<sup>69</sup>.
- Posesión notoria.- Sólo constituye un factor de determinación, cuando la legislación ha erigido un criterio social, como base de un procedimiento. La posesión notoria es la actitud de un aparente padre, es decir, una persona que trata a un niño como si fuera suyo: lo cuida, educa, le provee alimentos y

---

<sup>67</sup> Cabe resaltar que cada legislación tiene sus propios límites de procedencia, pero existe una tendencia a que tenga cada vez menos límites. Cfr. RANDULFO R., Eduardo, "La Filiación, el Nuevo Ordenamiento y los Criterios para Darle Origen, Factores de Determinación y Meta-criterios de Decisión" en *Gaceta Jurídica*, N° 314, Lima, 2006, pp. 35-90; y también en RANDULFO R., Eduardo, "Reconocimiento de Paternidad: Tópicos y Cuestiones Civiles", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 34, N° 2, Santiago de Chile, 2007, pp. 201-250. En el caso peruano, el Código Civil ha previsto varios artículos relacionados con estas consideraciones. Así puede verse el artículo 373° del CC que recoge la acción de filiación señalando que "El hijo puede pedir que se declare su filiación. Esta acción es imprescriptible y se intentara conjuntamente contra el padre y la madre o contra sus herederos. Así también el artículo 390° que reconoce "El reconocimiento se hace constar en el registro de nacimientos, en escritura pública o en testamento", el artículo 391° del CC que recoge el reconocimiento en el registro de nacimiento y precisa: "El reconocimiento en el registro puede hacerse en el momento de inscribir el nacimiento o en declaración posterior mediante acta firmada por quien lo practica y autorizada por el funcionario correspondiente.". Por su parte el artículo 392° que contiene el reconocimiento por uno de los progenitores y señala "Cuando el padre o la madre hiciera el reconocimiento separadamente, no puede revelar el nombre de la persona con quien hubiera tenido el hijo. Toda indicación al respecto se tiene por no puesta. Este artículo no rige respecto del padre que reconoce al hijo simplemente concebido. En el mismo sentido, el artículo 394° del CC que prevé el reconocimiento de hijo fallecido y que señala: "Puede reconocerse al hijo que ha muerto dejando descendientes." En el mismo sentido, se han previsto los siguientes artículos: Artículo 395° del CC.- El reconocimiento no admite modalidad y es irrevocable. Artículo 396° del CC.- Reconocimiento de hijo extramatrimonial de mujer casada. El hijo de mujer casada no puede ser reconocido sino después de que el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable. Artículo 396° del CC.- El hijo de mujer casada no puede ser reconocido sino después de que el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable. Artículo 389° del CC.- El hijo extramatrimonial puede ser reconocido por los abuelos o abuelas de la respectiva línea, en el caso de muerte del padre o de la madre o cuando estos se hallen comprendidos en los Artículos 43 incisos 2 y 3, y 44 incisos 2 y 3, o en el Artículo 47 o también cuando los padres sean menores de catorce años. En este último supuesto, una vez que el adolescente cumpla los catorce años, podrá reconocer a su hijo.

<sup>68</sup> Así puede verificarse dicho régimen reconocido en el artículo 377° y ss. del Código Civil. Dicho artículo señala: "Por la adopción el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea".

<sup>69</sup> Cfr. RANDULFO R., Eduardo, *Ob. Cit.* p. 41; y también en RANDULFO R., Eduardo, *Ob. Cit.* pp. 217-221.

vestimenta, es decir, lo trata como un padre trata normalmente a un hijo. Esta forma en algunas legislaciones es considerada sólo una forma de acreditar la filiación ya constituida, pero con la exactitud de las pruebas de ADN, el concepto práctico de la posesión notoria como determinante de la filiación ha caído en desuso<sup>70</sup>.

De estos criterios, la doctrina suele clasificar en dos clases de filiación: la filiación legal y la filiación voluntaria.

### 2.2.1. Filiación legal

Este tipo de filiación aparece al aplicar una presunción determinada en el artículo 362° del Código Civil peruano conocida con el nombre de presunción de paternidad. Esta presunción establece una obligación y un derecho del padre, y parte de un principio general: *un hijo concebido de matrimonio*.

Denominada desde Roma filiación legítima, era la derivada por efectos del matrimonio otorgando a los hijos *ex iusto* matrimonio la condición de libres con todos sus derechos civiles y políticos<sup>71</sup>. Esta filiación se encuentra unida al matrimonio entre los progenitores, siendo su causa esencial. Sin embargo, el solo acto matrimonial es insuficiente para establecer una filiación, hecho por el cual han surgido diversas teorías que tratan de determinar qué hijos son matrimoniales y cuáles extramatrimoniales. En este caso la filiación aparece como consecuencia de que el hijo que tienen fue concebido durante el matrimonio<sup>72</sup>. El momento de la concepción es determinante.

Como consecuencia de la presunción de paternidad se origina que el matrimonio atribuya de pleno derecho al hombre los hijos de la esposa<sup>73</sup>. Para determinar si el hijo

---

<sup>70</sup> Ídem. y también VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique; "Determinación...", *Ob. Cit.* pp. 19.

<sup>71</sup> BEL BRAVO, María Antonia, *Ob. Cit.* pp. 20 y ss.; también STRAUSS, C.; SPIRO, M. E. *Ob. Cit.* p. 13.

<sup>72</sup> Sin embargo, puede darse el caso de que el hijo sea concebido antes del matrimonio, por tanto aplica la presunción siempre y cuando el nacimiento haya ocurrido durante el matrimonio.

<sup>73</sup> El principio de atribución paternal sustentado en el matrimonio tiene antecedentes muy remotos. Lo tenemos en el Código de Hammurabi, en las Leyes de Manú, en el Derecho Hebreo y en el antiguo



fue concebido durante el matrimonio es necesario aplicar otra presunción legal conocida con el nombre de presunción de duración del embarazo<sup>74</sup>:

*Se presume concebido durante el matrimonio aquel ser humano que nace cuando menos a los 180 días contados a partir del matrimonio, o bien, aquel que nace cuando más a los 300 días después de la disolución de la unión. Esta presunción no admite prueba en contrario.*

Asimismo, el artículo 363° del CC ha establecido algunos supuestos que pueden considerarse para la contestación de la paternidad. Al respecto ha señalado que el marido que no se crea padre del hijo de su mujer puede negarlo:

1. Cuando el hijo nace antes de cumplidos los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio.
2. Cuando sea manifiestamente imposible, dadas las circunstancias, que haya cohabitado con su mujer en los primeros ciento veintiún días de los trescientos anteriores al del nacimiento del hijo.
3. Cuando está judicialmente separado durante el mismo período indicado en el inciso 2; salvo que hubiera cohabitado con su mujer en ese período,
4. Cuando adolezca de impotencia absoluta.

---

Derecho Romano en el que se consagró primigeniamente *Dies nuptiarum dies est conceptionis et nativatis legitima e* (el día del matrimonio es el día de la concepción y del nacimiento legítimo). Sin embargo, la mayoría de textos establecen su origen en la máxima contemplada en el DIGESTO (lib. 11, tit. IV, ley 5) que reza *Pater est is quem justae nuptia demonstrant*, "padre es el que se demuestra con las nupcias". Su fuerza, efectividad y trascendencia fue tal que pasó al Derecho Canónico medieval, glosadores y posglosadores, Derecho intermedio hasta los códigos más modernos. Desde mediados del siglo pasado ha habido un intenso movimiento favorable a la aproximación de las filiaciones en cuanto a sus efectos jurídicos, distanciándose de la situación de los progenitores para calificar la filiación. Cfr. ÁLVAREZ, José de Jesús. "El examen de los grupos sanguíneos como medio de prueba jurídica (Tesis doctoral de la Universidad Autónoma de Santo Domingo)" en *Revista de Derecho y ciencias políticas*. Editorial NQ 9, Trujillo, 1968; BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo. *Hijos legítimos*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1981; BOSSERT, Gustavo; *Manual de Derecho de Familia*, Editorial Astrea. Buenos Aires, 1989; BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo. *Régimen legal de la filiación y de la patria potestad*, 2° Reimpresión, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1987; BUENO RINCÓN, Enrique Fabio; *La investigación de la filiación y las pruebas biológicas*, 2° Edición, Editorial Gustavo Ibáñez, Santa Fe de Bogotá, 1996; CORNEJO CHÁVEZ, Héctor, *Derecho familiar peruano*, Tomo 11, 6° Edición, Librería Studium, Lima, 1987;

LACRUZ BERDEJO, José y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís. *Derecho de Familia*, Editorial Bosch, Barcelona, 1982.

<sup>74</sup> Salvo aquella prueba en la que el marido demuestra que físicamente fue imposible tener acceso carnal con su mujer o en los primeros 120 días de los 200 días que han precedido al nacimiento.

5. Cuando se demuestre a través de la prueba del ADN u otras pruebas de validez científica con igualo mayor grado de certeza que no existe vínculo parental. El juez desestimará las presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica con igualo mayor grado de certeza.

En la doctrina legal, se hacen dos distinciones importantes: la acción de negar la paternidad y la acción de impugnar la paternidad. En la primera, se refiere a los casos en los que un esposo niega ser el padre de un hijo concebido por su cónyuge cuando no se aplican las presunciones legales de paternidad. En cambio, en la impugnación de paternidad, el esposo que presenta la demanda considera que, a pesar de que la presunción legal de paternidad ampara al hijo concebido por su esposa, él sostiene que no es su hijo<sup>75</sup>. Ambos temas se ubican en el marco de la regulación jurídica de la filiación matrimonial<sup>76</sup>.

### **2.2.2. Filiación voluntaria**

También existe otro tipo de filiación que se establece por el reconocimiento de padre, madre o ambos, o por una sentencia que así lo declara. Este tipo de filiación se conoce como filiación voluntaria<sup>77</sup>.

### **2.3. Declaración judicial de paternidad extramatrimonial**

---

<sup>75</sup> BORDA, Guillermo. *Tratado de Derecho Civil*, Tomos I, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1989, pp. 21 y 22.

<sup>76</sup> Sobre este tema también puede consultarse BOSSERT, Gustavo y Eduardo ZANNONI. *Manual de Derecho de Familia*. 4º Edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1996; CORNEJO CHÁVEZ, Héctor, *Derecho familiar peruano*, 10º Edición, Gaceta Jurídica Editores, Lima, 1999; DIEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil. Derecho de Familia*, 71º Edición, Editorial Tecnos, Vol. IV, Madrid, 1998; PERALTA ANDÍA, Javier, *Derecho de Familia en el Código Civil*, 21º Edición, Editorial Idemsa, Lima, 1996.

<sup>77</sup> Dependiendo de la técnica legislativa de los diferentes ordenamientos existen algunas precisiones al respecto. Por ejemplo, pueden reconocer a sus hijos los que tengan la edad exigida para contraer matrimonio; el menor de edad no puede reconocer a un hijo sin el consentimiento del que o de los que ejerzan sobre él la patria potestad, o de la persona bajo cuya tutela se encuentre, o a falta de ésta, sin la autorización judicial. En el caso peruano, las limitaciones que surgen al respecto pueden encontrarse en los artículos 386º y ss. los cuales han previsto supuestos de reconocimiento de hijos extramatrimoniales.

Históricamente, la doctrina ha establecido una distinción entre la filiación legítima y la filiación ilegítima, otorgando a la primera un tratamiento preferencial mientras que menospreciaba la segunda. Los orígenes de esta distinción se encuentran en el derecho de la Roma Clásica, donde se fomentaba la institución del matrimonio como un medio para garantizar la estabilidad, certeza y solidez de los derechos y responsabilidades relacionados con la procreación y las relaciones familiares que surgían a partir del matrimonio<sup>78</sup>.

En la filiación extramatrimonial, los padres no tienen un vínculo legal automático con respecto a su descendencia. La ausencia de un matrimonio legal significa que no existe una presunción automática de que el esposo de la madre sea el padre del niño. Por lo tanto, en estos casos, la voluntad de los padres (mediante el reconocimiento) o la intervención de un tribunal (a través de una declaración judicial) son los únicos medios para establecer la paternidad.

Con frecuencia, un hijo nacido fuera del matrimonio tiene un estatus de facto, es decir, lleva el apellido de uno de los padres, pero esto no establece completamente sus relaciones familiares, a menos que sea reconocido voluntaria o judicialmente como hijo por ambos progenitores.

Cuando se trata de hijos concebidos y nacidos fuera del matrimonio, es posible demostrar la filiación materna de forma independiente, sin necesariamente establecer la paternidad. La confirmación de una no implica automáticamente la existencia de la otra. Es decir, la maternidad puede ser establecida sin la necesidad de establecer la paternidad, y viceversa. Ambas filiaciones se consideran de manera independiente en estos casos.

---

<sup>78</sup> La protección a las relaciones matrimoniales trajo como consecuencia la sanción de las uniones sexuales extramatrimoniales, de tal manera que constituían delito la unión sexual de dos personas libres (delito de estupro) o la unión de una persona libre con una que no lo fuese (delito de contubernio). En los casos antes mencionados el fruto de la concepción no era considerado ni siquiera como hijo natural: enfamado es de fecho aquel que no nace de casamiento derecho. Cfr. CORNEJO CHÁVEZ, *Ob. Cit.*, pp. 71 y ss.

Con el desarrollo de las técnicas de reproducción asistida, así como con el avance de la genética, actualmente, es posible el congelamiento de material genético y la crioconservación de embriones. Esto permitiría, por ejemplo, concebir un hijo dentro del matrimonio, crioconservarlo y ser implantado luego de disuelto el vínculo, incluso luego de transcurrido en exceso el plazo de 300 días. Estos son los procesos que el profesor VARSÍ ha denominado “implantación post matrimonial”<sup>79</sup>, alterando la calidad legal y el estado civil de los hijos<sup>80</sup>.

En nuestros días ya no existe diferenciación entre la filiación matrimonial y extramatrimonial. Cuando mucho se hace una diferencia entre la filiación por sangre (la determinada por la procreación), la filiación legal (establecida por un acto jurídico familiar) y la filiación voluntaria (por reconocimiento y/o tras un proceso de adopción)<sup>81</sup>.

#### **2.4. Efectos de una sentencia de filiación extramatrimonial**

El artículo 387° del CC peruano ha señalado que:

*“El reconocimiento y la sentencia declaratoria de la paternidad o la maternidad son los únicos medios de prueba de la filiación extramatrimonial”.*

De forma complementaria, el artículo 388° del CC reconoce que:

*“El hijo extramatrimonial puede ser reconocido por el padre y la madre conjuntamente o por uno solo de ellos”.*

---

<sup>79</sup> VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Ob. Cit.*, pp. 82 y ss.

<sup>80</sup> Para mayores referencias sobre el tema puede consultarse: ANDORNO, Roberto; *Bioética y dignidad de la persona*, Editorial Tecnos, Madrid, 1998; BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo. *Hijos legítimos*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1981; BOSSERT, Gustavo; *Manual de Derecho de Familia*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1989; LACRUZ BERDEJO, José y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, *Derecho de Familia*, Editorial Bosch. Barcelona, 1982.

<sup>81</sup> En esta corriente tenemos el Código Civil de Quebec que indica: “Artículo 522.- Todos los menores cuya filiación esté establecida tienen los mismos derechos y obligaciones, sin importar las circunstancias de su nacimiento. Artículo 523.- La filiación paterna y materna está dada por el nacimiento, sin importar las circunstancias de nacimiento del menor.”

En principio, la legislación peruana reconoce como medio de prueba para la declaración de filiación extramatrimonial, el reconocimiento y la sentencia declaratoria de paternidad o maternidad<sup>82</sup>. Además, de forma implícita, permite que ambos progenitores realicen un reconocimiento conjunto. Sin embargo, es importante destacar que esta modalidad de reconocimiento conjunto no elimina la naturaleza unilateral del reconocimiento, ya que se trata de una manifestación de dos voluntades que coinciden en el mismo acto.

Según las explicaciones de los profesores PLANIOL y RIPERT, en el primer supuesto, no habiendo vínculo matrimonial de por medio, la presunción de paternidad que establece la ley para los hijos matrimoniales no resulta aplicable. En consecuencia, la paternidad y/o maternidad requiere ser probada por los interesados<sup>83</sup>.

De acuerdo a la doctrina más autorizada, el *reconocimiento* es considerado un acto jurídico por el que una persona manifiesta su paternidad o maternidad de un niño nacido fuera del matrimonio<sup>84</sup>. Es decir, se trata de la manifestación de la voluntad encaminada a considerar al reconocido como hijo y ocupar respecto de él, la posición jurídica de padre natural<sup>85</sup>.

Este reconocimiento, como acto jurídico debe ser unilateral<sup>86</sup>, formal<sup>87</sup>, facultativo<sup>88</sup>, personal<sup>89</sup>, individual<sup>90</sup>, puro<sup>91</sup> e irrevocable<sup>92</sup>.

---

<sup>82</sup> Cfr. Artículos 386° y ss. del Código Civil.

<sup>83</sup> Cfr. PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. *Derecho Civil*, Editorial Pedagógica Latinoamericana, México, 1996, p. 217.

<sup>84</sup> Cfr. CORNEJO CHÁVEZ, *Ob. Cit.*, pp. 105 y ss.

<sup>85</sup> En cuanto a la naturaleza jurídica de esta institución, existen discrepancias para determinar si el reconocimiento es un acto constitutivo o declarativo de la filiación o si, por el contrario, se trata de un acto constitutivo cuando se trata de la paternidad, y declarativo cuando se trata de reconocer la maternidad. La controversia anotada no es baladí, por cuanto "si se la resume en el sentido de que el reconocimiento es constitutivo, el hijo no puede hacerla vale retroactivamente, de modo que los derechos y las obligaciones que de aquél se derivan operan sólo *ex nunc*. Si, por el contrario, se decide la cuestión en el sentido de que el reconocimiento es declarativo, opera retroactivamente". Ídem, p. 107.

<sup>86</sup> En la medida en que requiere para su perfeccionamiento solo una declaración de voluntad, ya sea la del padre o de la madre, siendo necesario el asentimiento del hijo reconocido. Así lo dispone el artículo 388 del Código Civil, el cual establece que el reconocimiento puede ser practicado por el padre o la madre de manera indistinta. Cfr. DIEZ-PICAZO y GULLÓN, *Ob. Cit.*, p. 262

Cuando de filiación extramatrimonial se trata, la declaración judicial de filiación es un medio de establecerla en defecto del reconocimiento (voluntario), por virtud de una sentencia en la que se declare, en los casos expresamente señalado por ley, que una persona es padre o madre de un determinado hijo<sup>93</sup>.

Finalmente, sin perjuicio de que nuestro Código admite de manera expresa la investigación judicial de la paternidad, es preciso mencionar que existen algunas prohibiciones para que se lleve adelante este tipo de proceso<sup>94</sup>.

---

<sup>87</sup> En tanto debe dejarse constancia de su realización. Al respecto, el artículo 390° del CC reconoce que el reconocimiento puede hacerse constar en el registro de nacimientos, en escritura pública o en testamento. Cfr. *Ibíd.*

<sup>88</sup> Por cuanto nadie puede ser obligado a expresar su voluntad de declararse padre o madre de otra persona. Asimismo, se trata de un acto voluntario, en la medida que se encuentra prohibido que el padre que reconoce a un hijo mencione el nombre del otro o de cualquier dato que permita identificar a éste. Cfr. *Ibíd.*

<sup>89</sup> En la medida de que nadie, ni siquiera el representante legal del menor o del incapaz, puede, por regla general, afirmar un lazo filiación del cual no es autor. Este precepto obedece al carácter íntimo del acto p creador, así como al respeto por el principio de voluntariedad referido. Ver también CORNEJO CHÁVEZ, *Ob. Cit.*, p. 109.

<sup>90</sup> Toda vez que solo liga a quien reconoce al hijo reconocido, mas no arrastra ni envuelve al otro padre.

<sup>91</sup> O llamado también acto simple, en tanto no puede estar sujeto a plazo, condición ni cargo, ni a ninguna otra modalidad.

<sup>92</sup> Dada su calidad de confesión, a lo que abunda una razón moral y de seguridad jurídica que hace preciso dotar de estabilidad jurídica al estado de las personas. Sobre este punto, es preciso mencionar que existe controversia respecto del carácter irrevocable del reconocimiento que se practica por la vía testamentaria, en la medida que el testamento constituye un acto eminentemente revocable. No obstante, existe un sector de la doctrina que pese a aceptar el carácter revocable del testamento, sostiene que "cuando no se trata de actos mortis causa, sino inter vivos -y tal es el caso del testamento desde que se puede practicar extra testamentariamente-, entonces la cláusula que los contiene no participa de la naturaleza típica del testamento; éste no viene a ser, diríamos, sino el continente circunstancial del acto: se aprovecha de él para practicar un acto inter vivos. Siendo así, no se desvirtúa el carácter revocable del testamento cuando se otorga la irrevocabilidad a un acto contenido en él, pero que no es mortis causa". Sea cual fuere la posición más adecuada, la controversia doctrinaria persiste. Cfr. PERALTA ANDÍA, *Ob. Cit.*, p. 327; y CORNEJO CHÁVEZ, *Ob. Cit.*, p. 109.

<sup>93</sup> Cfr. PERALTA ANDÍA, Javier; *Ob. Cit.*, p. 338. Este precepto encuentra respaldo en un criterio eminentemente social. En efecto, "el interés de la familia legítima exige que el hombre tenga las mismas obligaciones para con sus hijos, sean estos naturales o legítimos; si no, se le incitará a evitar las pesadas cargas del matrimonio. Hay que agregar que en la esfera social el hijo natural abandonado sin recursos, constituirá a la vez, una carga y un peligro para la sociedad entera".

<sup>94</sup> Esta postura se sustenta en los siguientes fundamentos: La complejidad de la prueba, producto de las circunstancias de ocultación o disimulo con que comúnmente se desarrollan las relaciones extramatrimoniales. El carácter inmoral de tales relaciones, máxime si constituyen la fuente de filiación adulterina, mancillada, entre otros. No obstante, en la actualidad el inconveniente que sustenta este argumento ha sido salvado por el avance de la ciencia (la prueba del ADN, por ejemplo), la cual otorga mayor certeza en la investigación del vínculo paterno-filial.

### 3. Las Técnicas de Reproducción Asistida (TRA)

Tomando como referencia la legislación española, conceptualmente es importante considerar que ésta no establece un número cerrado de dichas técnicas, tal como se hizo en su momento la misma legislación<sup>95</sup>. Actualmente, el texto español vigente (Ley 14/2006, de 26 de mayo) recoge las técnicas que hoy se utilizan y cuya práctica está muy consolidada, a saber:

- La inseminación artificial. - Se produce cuando se depositan espermatozoides en el interior de la mujer, mediante cánula, o jeringa o cualquier otro tipo de dispositivo.
- La fecundación in vitro. - La principal diferencia técnica con la inseminación artificial es que la fusión de gametos masculino y femenino es realizada de manera extracorpórea –in vitro–, para posteriormente ser implantados en la mujer.
- Inyección intracitoplásmica de espermatozoides con gametos propios o de donante y con transferencia de preembriones
- La transferencia intratubárica de gametos. - Es una técnica intermedia entre la inseminación artificial y la fecundación in vitro. En este caso no se transfiere el prembrión o el embrión sino los gametos que han sido previamente recolectados, para luego ser transferidos a las trompas de Falopio, con el fin de que se produzca la fecundación de manera natural.

A pesar de dicha enumeración, es importante tener en cuenta que la Exposición de Motivos de la vigente Ley 14/2006, de 26 de mayo – haciendo siempre referencia a la legislación española- sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA) se justifica la adopción de un criterio abierto al enumerar las técnicas porque en dicho momento solo se recogen de forma explícita aquellas que, según el estado de la ciencia y la práctica clínica, pueden realizarse en la actualidad. Para evitar una petrificación

---

<sup>95</sup> Cabe resaltar que en la misma norma (Ley 14/2006, de 26 de mayo), también se citan los procedimientos diagnósticos, procedimientos dirigidos a evaluar la capacidad de fecundación de los espermatozoides humanos consistentes en la fecundación de ovocitos animales hasta la fase de división del óvulo animal fecundado en dos células, momento a partir del cual se deberá interrumpir la prueba.

normativa, se habilita a la autoridad sanitaria competente, previo informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, la práctica provisional y tutelada de nuevas técnicas y siempre que se haya constatado su evidencia científica y clínica se admite la posibilidad de que el Gobierno, mediante real decreto, pueda actualizar la lista de técnicas autorizadas.

### 3.1. Definiciones

#### 3.1.1. Lingüística

Desde el punto de vista lingüístico, “técnicas de reproducción asistida” implica la combinación de tres palabras que individualmente, de acuerdo a las definiciones proporcionadas por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, tienen los siguientes significados:

- **Técnico, ca.-** Derivado del latín *technicus*, y este del griego *τεχνικός* *technikós*. En su descripción se han encontrado hasta 7 significados:
  1. adj. Perteneciente o relativo a las aplicaciones de las ciencias y las artes.
  2. adj. Dicho de una palabra o de una expresión: Empleada exclusivamente, y consentido distinto del vulgar, en el lenguaje propio de un arte, ciencia, oficio, etc.
  3. m.; y
  - f. Persona que posee los conocimientos especiales de una ciencia o arte.
  4. m. Méx. Miembro del cuerpo de Policía.
  5. f. Conjunto de procedimientos y recursos de que se sirve una ciencia o un arte.
  6. f. Pericia o habilidad para usar una **técnica**.
  7. f. Habilidad para ejecutar cualquier cosa, o para conseguir algo.
- **Reproducción.-** En su descripción se han encontrado hasta 2 significados:
  1. f. Acción y efecto de reproducir o reproducirse.
  2. f. Cosa que reproduce o copia un original.



- **Asistido, da.-** Derivado del participio de *asistir*. En su descripción se ha encontrado hasta 1 significado:
  1. adj. Que se hace con ayuda de medios mecánicos. *Fecundación, respiración, traducción asistida.*

Asimismo, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española ha considerado la definición de la voz *reproducción asistida*, en los siguientes términos:

- f. Med. Conjunto de técnicas médicas que favorecen la fecundación en caso de impedimentos fisiológicos del varón o de la mujer.

### 3.1.2. Médica

En términos médicos, el término “técnicas de reproducción asistida” ha sido equiparado con el término “reproducción artificial” y definido como:

*“Conjunto de técnicas y de tratamientos médicos o quirúrgicos destinados a conseguir un embarazo en los casos en que por vías naturales no es posible debido a problemas de infertilidad. Entre las técnicas más habituales destaca la inseminación artificial, la fecundación in vitro y la inducción a la ovulación.”*  
(Diccionario de Medicina VOX, España)

*“Denominación genérica de las diversas técnicas de procreación introducidas en las últimas dos décadas, que tienen en común, generalmente, la manipulación de los gametos de la pareja y la ausencia de la necesidad de que la pareja mantenga relaciones conyugales normales Ver fecundación in vitro, GIFT.”*  
(Diccionario Médico Clínico de la Universidad de Navarra, España)

### 3.1.3. Legal

La utilización de las técnicas de reproducción asistida plantea muchas dudas sobre su configuración jurídica. Las aportaciones doctrinales que se han realizado sobre esta

cuestión son diversas. En este sentido, las cuestiones jurídicas contenidas en una Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida son numerosas, variadas y de sustancial calado, al afectar a temas no sólo íntimos y personales, sino cargados de implicaciones filosóficas<sup>96</sup>.

En líneas generales, se pueden reducir a la dualidad de encuadrarlas, bien como la manifestación de un derecho a procrear, o bien como una expresión del derecho a la salud. En la primera posición, se defiende que la persona tiene derecho a reproducirse de la forma que mejor prefiera y por tanto las técnicas de reproducción asistida se configuran como un modo alternativo a la procreación normal<sup>97</sup>. En la segunda opción, se considera que la utilización de las técnicas deriva más bien de un derecho a la salud y se contempla como una actuación médica ante la esterilidad, y por tanto su utilización estaría justificada en aquellos casos en los que esté manifestada claramente esta circunstancia, y solo podría ser usuaria de las técnicas de reproducción asistida la persona con problemas para procrear por medios normales. Ahora bien, el planteamiento de la cuestión no es neutral, pues la solución que se adopte implicará consecuencias diferentes en las distintas materias a resolver<sup>98</sup>.

En el Perú, al igual que en varios países de América Latina, no existe una ley que regule el proceso de reproducción asistida. Sin embargo, existe un sin número de centros privados que ofrecen este tipo de tratamientos, para los cuales básicamente se sirven de la autorregulación. Actualmente, el sistema público de salud facilita el acceso a tratamientos de baja complejidad para parejas casadas o para parejas con uniones de hecho reconocidas, pero se le considera como un tratamiento contra la infertilidad,

---

<sup>96</sup> Sin ánimo exhaustivo: la capacidad reproductiva, de la mano del supuesto derecho a la reproducción; las relaciones de filiación, en su contenido, fundamento y determinación; el ámbito de la autonomía de la voluntad y sus límites, latente en los consentimientos requeridos para la aplicación de las técnicas y sus consecuencias, y en suma, cuantos plantea la intervención legislativa sobre el origen de la vida y, en general, sobre la investigación científica. Cfr. BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles; “Reproducción asistida y determinación de la filiación” en Revista *REDUR* N° 8, Madrid, 2010, pp. 25-37.

<sup>97</sup> En este sentido, WARNOCK, Mary; *Fabricando bebés ¿existe un derecho a tener hijos?*, Editorial Gedisa, Barcelona, 2004, pág. 25. En el ámbito jurídico, DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho Civil de España*, T. I, 2.ª edición, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1949, pág. 573, definió al derecho subjetivo como la situación de poder concreto concedida a la persona, como miembro activo de la comunidad jurídica, y a cuyo arbitrio se confía su ejercicio y defensa.

<sup>98</sup> Cfr. ALKORTA IDIAKEZ, Itziar, *Regulación jurídica de la medicina reproductiva. Derecho español y comparado*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2003, págs. 302 y 303.

derivado por tanto del derecho a la salud, a beneficiarse de los adelantos de la tecnología y al proyecto de vida<sup>99</sup>.

El artículo 7º de la Ley General de Salud contiene una norma relacionada con la reproducción asistida que dispone:

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

Tal como se encuentra descrito el texto normativo del artículo citado, el contenido ha sido frecuentemente calificado como “deficiente”<sup>100</sup>, lo cual ha generado un interesante debate sobre todo en torno a lo relacionado con la ovodonación.

No obstante, el reconocimiento realizado por el texto normativo peruano, claramente se establecen algunas consecuencias:

1. Recurrir a técnicas de reproducción asistida es un derecho con importantes consecuencias, especialmente en los temas relacionados con la defensa de la vida y la defensa del niño por nacer.
2. Se prohíbe la fecundación de óvulos humanos con fines diferentes a la procreación y la clonación de seres humanos.
3. Se permite tanto la fecundación homóloga como la heteróloga con la condición de coincidencia entre ‘la madre genética y la madre gestante’.

---

<sup>99</sup> El 10 de setiembre del 2001, el Congresista Iván Oswaldo Calderón Castillo propuso un proyecto de ley relacionado con este tema. En dicho documento se señaló "Finalmente es necesario señalar que ésta ley no pretende abarcar todas las implicancias jurídicas relacionadas a la utilización de las técnicas, sino más bien orientar las grandes líneas de interpretación legal, ya que somos conscientes que a futuro el avance vertiginoso de la ciencia y la tecnología nos plantearán nuevos problemas éticos y jurídicos". En ese sentido, el tema de la filiación se dejó de lado.

<sup>100</sup> SIVERINO-BAVIO, Paula; “Una mirada desde la bioética jurídica a las cuestiones legales sobre la infertilidad en el Perú” en *Revista Peruana de Ginecología y Obstetricia*, Vol. 58, Nº 3, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, pp. 213-219.

Aunque esto último ha sido motivo de discordia en varios escenarios, el desarrollo de esta investigación ha demostrado que existen conflictos mayores que reclaman un análisis detallado de la situación, especialmente porque se trata de defender los derechos de personas que todavía no pueden defenderse.

En Derecho comparado, la actual ley española 14/2006, supuso un avance científico y técnico respecto al resto de legislaciones de nuestro entorno, y hoy sigue siendo referente tanto por las técnicas que regula, como por los usuarios o destinatarios de las mismas.

### **3.2. Algunas reflexiones adicionales sobre las TRA**

Las Técnicas de Reproducción Asistida (TRA) son aquellos métodos científicos que permiten suplir la esterilidad y/o infertilidad de las personas. Este conjunto de técnicas implica la realización de tratamientos médicos o quirúrgicos destinados a conseguir un embarazo en los casos en los que por vía natural no es posible.<sup>101</sup> A decir del profesor VARSÍ ROSPIGLIOSI “son aquellos métodos técnicos que se utilizan para suplir en la persona o en la pareja la infertilidad que pudieran padecer y así posibilitar que lleguen a tener descendencia”<sup>102</sup>

Estas técnicas de fecundación asistida deben ser receptadas por el ordenamiento jurídico como técnicas que ayudan a solucionar un problema que podría catalogarse como enfermedad. Los problemas que parecen solucionar estas técnicas son la esterilidad, la infertilidad, la procreación en parejas homosexuales, maternidad en caso de mujeres con edad muy avanzada, o maternidad de mujeres solas, entre otras.

De cierta manera se puede sostener que las Técnicas de Reproducción Asistida fueron pensadas para satisfacer la existencia de un aparente “derecho a la procreación” y que

---

<sup>101</sup> TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *Negocio Jurídico, Contrato y Responsabilidad Civil*. Editorial Jurídica Grijley, Lima, pág. 271.

<sup>102</sup> VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Derecho Genético. Principios Generales*. Editora Normas Legales, Trujillo, 1995, pág. 62. Ver además NORIEGA HOCES, Luis. “Fertilización Asistida. Una esperanza de vida”. *Estudios sobre los aspectos jurídicos de la biotecnología reproductiva humana en el Perú*, Editorial San Marcos, Lima, 1998, pág. 103.

erróneamente fue entendido como aquella *facultad individual que tiene la persona para procrear con quien quiera, cuando quiera y como quiera*.<sup>103</sup>

Desde el siglo XIX, a partir de un gran avance en la biología, se idearon nuevas formas de intervenir en la generación de seres humanos y en la transmisión de los caracteres a la descendencia.<sup>104</sup> En este entonces la comunidad científica se vio *conmovida* por la posibilidad de intervenir efectivamente en el proceso reproductivo humano habiéndose despertado diferentes corrientes filosóficas, religiosas, científicas y jurídicas al respecto. Es en estas circunstancias que la medicina reproductiva se convirtió en un fenómeno científico de extraordinario interés jurídico, que implicaba a la vez responsabilidades y principios éticos y morales.

A lo largo del tiempo, las Técnicas de Reproducción Asistida más utilizadas han sido la inseminación artificial y la fecundación *in vitro*.<sup>105</sup> La primera de ellas consiste en introducir el espermatozoides del cónyuge o de *otro varón* en la vagina de la mujer mediante un catéter o jeringa con el objeto de lograr un embarazo. En el segundo de los casos, aunque con la misma finalidad, la técnica importa la fecundación extracorpórea del óvulo. Los primeros casos en la implementación de esta última técnica surgieron alrededor de 1978 con el nacimiento de la *primera niña probeta*.<sup>106</sup>

España ha sido uno de los primeros países no sólo en desarrollar este tipo de técnicas en el campo clínico, sino que además en brindar un marco regulatorio acorde con las necesidades que en ese momento se presentaban<sup>107</sup>.

---

<sup>103</sup> VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Derecho Genético*. 4ª Ed. Editorial Jurídica Grijley, Lima, 2001, pág. 252.

<sup>104</sup> Cfr. ALKORITA IDIAKEZ, Itziar. *Regulación Jurídica de la medicina reproductiva*. Editorial THOMSON, Madrid, pág. 29. “Pero la auténtica revolución en el campo de la tecnología reproductiva tuvo lugar más tarde, en la segunda mitad del siglo XX”.

<sup>105</sup> Aunque la regulación en España ha previsto varios supuestos que se ocasionan con razón de estas técnicas, el trabajo que acá desarrollamos se enfoca únicamente con la Técnicas de Reproducción Asistida en la modalidad de inseminación artificial y sus variantes.

<sup>106</sup> Cfr. ALKORITA IDIAKEZ, Itziar. *Ob. cit.*, pág. 36-37. “En Inglaterra el 25 de julio de 1978 la Sra. Brown que carecía de trompas dio a luz a su primera hija en el hospital Bourn Hall – Oldham, esto gracias a la fecundación extracorpórea con transferencia de embriones”.

<sup>107</sup> A diferencia de lo que ha venido sucediendo en España, en Perú no existe una legislación especializada al respecto, contando con una referencia única a través del art. 7º de la Ley General de Salud.

La primera regulación surgió con la Ley N° 35/1988 del 22 de noviembre, habiendo sido sujeta a ciertas modificaciones hasta llegar a la vigente Ley N° 14/2006 del 26 de mayo. La ley evita incluir una enumeración de técnicas prohibidas de manera expresa. Únicamente permite aquellas que supuestamente reúnan las condiciones de acreditación científica y clínica, las cuales son las siguientes: Inseminación artificial, fecundación *in vitro* e inyección intra citoplasmática de espermatozoides, transferencia intra tubárica de gametos.<sup>108</sup>

### 3.3. Alcances históricos sobre las TRA

El cambio en los patrones demográficos ocurridos en los últimos 50 años en los países desarrollados y en los últimos 20 años en algunos países en desarrollo hace que la infertilidad adquiera una nueva magnitud y se convierta en un motivo de preocupación pública. La solicitud que se hace a la pareja de limitar voluntariamente su propia fertilidad debe estar acompañada de facilidades para regular todos los aspectos de su fertilidad incluyendo los servicios de asesoramiento, diagnóstico y tratamiento de la infertilidad cuando la pareja desee tener su primer hijo u otro niño.

Aun cuando la prevalencia de la infertilidad puede no aumentar, la demanda y la expectativa de los servicios para la infertilidad aumentan como consecuencia de los cambios en los patrones familiares y la preocupación pública por la infertilidad y además como resultado de lo espectacular y la propaganda desplegada alrededor de la

---

<sup>108</sup> Cfr. COBACHO GÓMEZ, José Antonio “Objeto y ámbito de aplicación de la Ley” *Comentarios a la Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*. Editorial THOMSON, Madrid, 2007, págs. 23-29. “Así, por ejemplo, la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, por la que se modifica la Ley 35/1988, de 22 de noviembre mediante la cual se autorizó la utilización para investigación de los embriones que se encontraban crio-conservados con anterioridad a su entrada en vigor –noviembre de 2003. Asimismo, la referida establecía la limitación de producir un máximo de tres ovocitos en cada ciclo reproductivo, situación que fue duramente criticada por que se entendía que con dicha restricción se impedía poner los medios para lograr el mayor éxito con el menor riesgo posible para la salud de la mujer. Según la Exposición de Motivos de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, la nueva ley sigue un criterio mucho más abierto al enumerar las técnicas que según el estado de la ciencia y la práctica clínica, pueden realizarse

fertilización in vitro, la transferencia intratubaria de gametos, la subrogación y otros procedimientos<sup>109</sup>.

Los primeros estudios realizados en seres humanos fueron de Patrick Steptoe, médico gineco-obstetra del Hospital Distrital de Oldham, Lancashire, al norte de Inglaterra, quien introdujo la laparoscopia en ese país; y Robert Edwards, que era embriólogo y genetista del laboratorio de fisiología de la Universidad de Cambridge<sup>110</sup>.

El primer informe de la utilización de la fertilización *in vitro* es debido a Pincus, trabajando con conejos en 1930<sup>111</sup>. En 1953 se informa el primer nacimiento de un niño por inseminación con semen congelado por Bunge y Sherman. En 1955 se llevó a cabo el Primer Congreso Mundial sobre Esterilidad y Fertilidad<sup>112</sup>.

Hasta 1960, no se comienzan los primeros intentos de fecundación extracorpórea (fecundación In-Vitro L con ovocitos madurados en cultivo<sup>113</sup>.

En el año 1964, en las recomendaciones del IX Congreso Internacional de Derecho Penal, celebrado en La Haya, se planteaba que las leyes nacionales reconocieran el

---

<sup>109</sup> Datos extraídos de VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique; *Ob. Cit.*, p. 15; también de GANDULFO R., Eduardo, *"La Filiación, el..."*, *Ob. Cit.*, p. 47. MORENO R., J.A. *Ob. Cit.* p. 517.

<sup>110</sup> El camino hacia el éxito no fue nada fácil; Edwards tuvo que montar un laboratorio en Oldham y, frecuentemente, manejaba 200 kilómetros entre su lugar de trabajo y el de Steptoe. Existía mucha crítica opositora acerca de la ética de su trabajo y no recibieron ningún apoyo económico o científico del departamento de investigación médica, pero esto representó el inicio de más de 20 años de colaboración entre dos hombres. Cfr. AAVV, *Historia de las Técnicas de Reproducción Asistida*, Ediciones Fertilab, Venezuela, s./f., pp. 3 y ss. También se puede revisar M. CARCABA, *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*, Editorial Bosch, Barcelona, 1995, pp. 29 y ss.; GAFO, *Procreación humana asistida: aspectos técnicos, éticos y legales*, Editorial de la Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1998, pp. 36-44.

<sup>111</sup> Estos primeros avances pueden encontrarse en PADRÓN R. S.; MÁS J.; "Apuntes históricos sobre la reproducción humana" en *Temas de reproducción femenina*, La Habana, 1990, pp. 5-16. Se puede ver también KAUFMANN A. E. "Tecnologías reproductivas, cambio social y pánico moral" en *Medicina de la Reproducción año 2000*, Editora Universidad Alcalá de Henares, Madrid, 1990, pp.135-139; y DIÉZ E. Marina, "Medicina de la reproducción. Inseminación artificial" en *Innovaciones científicas en la reproducción humana. Aspectos biológicos, psicosociales, antropológicos, éticos y jurídicos*, Editorial de la fundación Friederich Ebert, Salamanca, 1987, pp. 205-210.

<sup>112</sup> Ídem.

<sup>113</sup> Cfr. RATZINGER J., et al.; *El don de la vida. Instrucción y comentarios*, Ediciones Palabra, Madrid, 1992, p. 174; y también HERRANZ G.; *Comentarios al Código de Ética y Deontología Médica*, Ediciones Euns, Pamplona, 1992, p. 260.

aborto legal y la posibilidad de la inseminación artificial con consentimiento de los esposos<sup>114</sup>.

En 1969 comienzan los ensayos de cultivo de embriones humanos y a partir de 1970 se introduce el uso de la laparoscopia para la recogida de ovocitos, al año siguiente se realizan los primeros ensayos de transferencia embrionaria al útero materno y en 1975 se obtiene un primer embarazo, que resulta ser ectópico y es abortado a las 11 semanas<sup>115</sup>.

Estos autores llevaron con éxito la primera concepción efectuada a través de una fecundación realizada fuera del cuerpo de la madre<sup>116</sup>. Leslei, de 29 años de edad, que sufría un bloqueo en sus trompas de Falopio que le impedía tener hijos, por lo que había decidido someterse a un novedoso tratamiento llamado fecundación in vitro. Para sorpresa de muchos, la niña Louise Brown, nació el 25 de julio de 1978, perfectamente sana, convirtiéndose en el primer “bebé probeta” de la historia<sup>117</sup>. Desde entonces se han producido más de 30 mil gestaciones por fecundación in vitro en los Estados Unidos<sup>118</sup>. A partir de ese momento, miles de parejas se han beneficiado con el empleo de esta y otras técnicas de reproducción asistida.

En 1983, Alan Trounson publica el trabajo sobre el primer embarazo humano producto de la congelación de un embrión de 8 células logrado. Debido a una complicación obstétrica, el embarazo llegó sólo a 24 semanas. Esta técnica se perfeccionó y popularizó por lo que en la actualidad se usa en la mayoría de los centros donde se practican TRA para el excedente de embriones<sup>119</sup>.

---

<sup>114</sup> MÁS DÍAZ, Jorge; GONZÁLES HERNÁNDEZ, Julio; COBAS COBIELLA, María Elena; GONZÁLES VILALTA, Patricia; PÉREZ RODRÍGUEZ, Alejandro; *Aspectos Éticos y Legales de la Reproducción Asistida*; ediciones del Portal Médico, Brasil, 2000, pp. 29-43.

<sup>115</sup> Al respecto puede verse PADRÓN R. S.; MÁS J.; *Ob. Cit.* p. 13; KAUFMANN A. E. *Ob. Cit.* p. 138; y DIÉZ E. Marina, *Ob. Cit.*, pp. 208.

<sup>116</sup> Ídem.

<sup>117</sup> Cfr. AAVV, *Ob. Cit.*, pp. 3 y ss.

<sup>118</sup> PADRÓN R. S.; MÁS J.; *Ob. Cit.* p. 13; KAUFMANN A. E. *Ob. Cit.* p. 138; y DIÉZ E. Marina, *Ob. Cit.*, pp. 208.

<sup>119</sup> Ídem.



En este mismo año Buster y colaboradores publicaron los primeros estudios donde se señalan embarazos producto de la ovodonación<sup>120</sup>. Este investigador realizó una inseminación artificial con semen del esposo de la paciente a una donante, después de la fertilización *in vitro*, le practicaron un lavado uterino transcervical para obtener el embrión, que fue transferido al útero de la esposa<sup>121</sup>.

Un año más tarde Lutjen y colaboradores logran el primer embarazo y nacimiento mediante la fertilización *in vitro* de ovocitos donados en una mujer que no producía óvulos, convirtiéndola en una técnica con aplicaciones clínicas más amplias<sup>122</sup>. Adicionalmente, tiene la ventaja de disponer de múltiples ovocitos en mujeres donadoras que han sido sometidas a una hiperestimulación ovárica controlada<sup>123</sup>.

En 1984 se realizó la primera transferencia de un embrión al útero de otra mujer que no era la madre genética en Los Angeles (EEUU) por Buston. Esta transferencia intratubárica de gametos (GIFT) fue el primer logro con esta técnica. En 1984 Ricardo Asch publicó por primera vez, el nacimiento de mellizos obtenidos a través de la técnica GIFT en una pareja con ocho años de infertilidad primaria, que había sido tratada infructuosamente por médicos de diversos países. Este investigador usaba la laparoscopia para extraer los ovocitos que luego colocaba, junto con los espermatozoides, dentro de la región distal de la trompa<sup>124</sup>.

Durante esta época, se pensaba que al tocar el citoplasma (parte interna del óvulo) del ovocito se podía lesionar de manera que no se diera la fertilización. Sin embargo, debido a un accidente de laboratorio se introdujo un espermatozoide en el citoplasma del óvulo y se vio que éste mantenía su capacidad reproductiva<sup>125</sup>. Los primeros trabajos sobre embarazos y nacimientos mediante esta técnica se dieron a conocer en

---

<sup>120</sup> AAVV, *Ob. Cit.*, pp. 7 y ss.

<sup>121</sup> MÁS DÍAZ, Jorge; GONZÁLES HERNÁNDEZ, Julio; COBAS COBIELLA, María Elena; GONZÁLES VILALTA, Patricia; PÉREZ RODRÍGUEZ, Alejandro; *Ob. Cit.* p. 34.

<sup>122</sup> Ídem. p. 35.

<sup>123</sup> Ídem.

<sup>124</sup> PADRÓN R. S.; MÁS J.; *Ob. Cit.* p. 13; KAUFMANN A. E. *Ob. Cit.* p. 138; y DIÉZ E. Marina, *Ob. Cit.*, pp. 204.

<sup>125</sup> RATZINGER J., et al.; *Ob. Cit.* p.171; y también HERRANZ G.; *Ob. Cit.* p. 259.

1992, y actualmente, la ICSI<sup>126</sup> resulta un método indispensable en todas las unidades donde se realizan técnicas de reproducción asistida<sup>127</sup>. Se usa principalmente en aquellos casos en los que hay un factor masculino de esterilidad, ya sea por una baja concentración de espermatozoides en el esperma o por problemas de movilidad en los espermatozoides<sup>128</sup>.

En 1987 una británica se convirtió en la primera "madre de alquiler". El acuerdo con los padres del bebé se efectuó gracias a las gestiones realizadas por la agencia *Surrogate Parenting Association*, que cobró la suma de 14.000 libras. Después del nacimiento, en 1987, la Corte Superior Civil de Londres decidió que la niña debía ser entregada a la pareja contratante mediante el correspondiente trámite de adopción<sup>129</sup>.

En 1990 Allan Handyside publicó en Inglaterra los primeros estudios de embarazos sanos con diagnóstico genético preimplantación (DGP)<sup>130</sup>.

En 1998, el profesor Trounson había cambiado radicalmente el rumbo de su investigación para abarcar el nuevo campo de investigación con células madre<sup>131</sup>. Esto llevó a que en el año 2000, se produjera el anuncio de que su equipo había encontrado que las células madre nerviosas se podrían derivar de las células madre embrionarias - un descubrimiento que despertó el interés mundial en el potencial de las células madre para ayudar a curar muchas enfermedades.

En 2010 Robert Edwards fue galardonado con el premio Nobel en Fisiología y Medicina por el desarrollo de la técnica de fecundación in vitro que supuso un hito en

---

<sup>126</sup> Significado de sus siglas Inyección Intracitoplasmática de Espermatozoides.

<sup>127</sup> PADRÓN R. S.; MÁS J.; *Ob. Cit.* p. 13; KAUFMANN A. E. *Ob. Cit.* p. 138; y DIÉZ E. Marina, *Ob. Cit.*, pp. 204.

<sup>128</sup> Ídem.

<sup>129</sup> Ídem.

<sup>130</sup> RATZINGER J., et al.; *Ob. Cit.* p.171; y también HERRANZ G.; *Ob. Cit.* p. 259.

<sup>131</sup> JUNQUERA DE ESTEFANI, R.; "Los Derechos Humanos en la era de la Biotecnología", en *Utopía y realidad de los Derechos Humanos en los cincuenta aniversarios de su Declaración*, Ediciones UNED, Madrid, 1999, pp. 89 y GARCÍA CANTERO, Gabriel, *La Filiación en el Caso de la Utilización de Técnicas de Reproducción Asistida*, 3era. Edición, S.E.1999, p. 482.

la historia de la medicina y contribuyó a solucionar los problemas de fertilidad que afectan al 10% de las parejas<sup>132</sup>.

Todo esto ha traído como consecuencia que en los países en los cuales comenzaron a aplicarse tales técnicas surgieran numerosos problemas ético y legales, que han hecho necesario modificar las legislaciones existentes, o incluso la creación de nuevas leyes, que regulen diversos aspectos de la filiación, la herencia, la paternidad, el derecho de familia e incluso, el derecho a la vida.

### **3.4. Finalidades**

ANDORNO y APARISI coinciden en referir estos objetivos principales<sup>133</sup> de la inseminación artificial:

- Asegurar la existencia de óvulos disponibles
- Acercar los espermatozoides al óvulo en el aparato genital femenino
- Mejorar e incrementar el potencial de fertilidad de los espermatozoides realizando una serie de procedimiento de laboratorio al eyaculado, llamados en conjunto capacitación espermática.

La capacitación espermática emplea una serie de técnicas de lavado con soluciones especiales o con ingredientes de diferentes densidades que eliminan del eyaculado restos celulares, bacterias, leucocitos, espermatozoides muertos y lentos, secreciones seminales; al mismo tiempo se selecciona y concentra la población de espermatozoides más fértiles en un volumen aproximado de 0.5 ml que se introduce al útero aumentando con ello las posibilidades de fecundación<sup>134</sup>.

### **3.5. Clasificación de las Técnicas de Reproducción Asistida (TRA)**

---

<sup>132</sup> Ídem.

<sup>133</sup> Los autores en diferentes términos coinciden en sostener éstos tres objetivos como los fines fundamentales. Así por ejemplo puede verse ANDORNO, Roberto; *Bioética y dignidad de la persona*, Editorial Tecnos, Madrid, 1998 y APARISI MIRALLES Ángela “Genoma Humano, dignidad y Derecho” Conferencia impartida en el Seminario «Nuevas fronteras de los derechos humanos», celebrado en la Universidad Internacional Menéndez Pelayo, Santander, 9-13 de julio de 2001.

<sup>134</sup> Ídem.

### 3.5.1. De acuerdo al tipo de gametos

#### 3.5.1.1. Técnicas de Reproducción Asistida Homólogas

Frecuentemente esta técnica se utiliza en casos de esterilidad de origen masculino, por ejemplo, cuando la calidad de las células no es la adecuada, ya sea por un problema de número de espermatozoides o bien de movilidad de éstos. También se utiliza en casos de patología de origen femenino, por ejemplo, cuando existen trastornos en el moco cervical y en casos de esterilidad de origen desconocido<sup>135</sup>.

Es el tipo de inseminación más utilizado, puesto que existen muchas parejas que tienen algunos problemas para conseguir el embarazo, pero mediante esta técnica que es sencilla, y la menos invasiva de las técnicas de reproducción asistida lo consiguen<sup>136</sup>.

Esta técnica se realiza con los gametos de los esposos o de quienes serían los padres. La particularidad se presenta en la forma de hacer llegar los gametos masculinos (del esposo) cerca del óvulo (de la esposa), mediante la intervención de terceros, que en este caso, sería el cuerpo médico encargado de llevar a cabo la inseminación<sup>137</sup>.

Para determinar el vínculo filial, al igual que en la procreación natural, el material genético y la voluntad del esposo deben concurrir, pues sería difícil imaginar que el esposo proporcione el material genético y se realice la inseminación sin su consentimiento.

El proceso consiste en estimular a la mujer de forma suave y controlada para que produzca más de un óvulo, los cuales junto al semen del varón se preparan en el laboratorio. Solo se utilizan los mejores espermatozoides. Estos espermatozoides seleccionados se insertan en una cánula y se introducen en el útero de la mujer cuando

---

<sup>135</sup> JUNQUERA DE ESTEFANI, R.; *Ob. Cit.* 89.

<sup>136</sup> En las conclusiones del presente informe puede contrastarse esta afirmación.

<sup>137</sup> Cfr. GARCÍA CANTERO, Gabriel, *La Filiación en el Caso de la Utilización de Técnicas de Reproducción Asistida*, 3era. Edición, S.E.1999, p. 482.

ésta ha ovulado, de esta forma aumentan las posibilidades de que se produzca la fecundación<sup>138</sup>.

Las contraindicaciones para realizar una inseminación artificial homóloga son:

Incompatibilidad a Rh

- Ser portador de una enfermedad hereditaria.
- Ser portador del virus del SIDA<sup>139</sup>.
- Tener una enfermedad crónica degenerativa (diabetes, hipertensión severa, etc.) descontrolada presentar cáncer o estar bajo tratamiento con radioterapia, quimioterapia o citostáticos.
- Cursar con una infección genital activa.
- Tener contraindicación para un embarazo por razones médicas o psiquiátricas.
- No aceptación por uno de los miembros de la pareja.

Diversos autores han planteado algunas consideraciones respecto del uso de estas técnicas<sup>140</sup>. Entre los señalamientos que se han hecho a este proceder pueden identificarse:

- a) Su eficacia es cuestionable, sobre todo en casos de infertilidad masculina de causa no bien definida<sup>141</sup>.
- b) La preocupación que la manipulación del semen pueda ser utilizada para la selección del sexo, separando los espermatozoides portadores del cromosoma X o Y, lo cual no se considera seguro ni ético<sup>142</sup>.
- c) El riesgo de la "tecnificación" de la reproducción, al separar la procreación de su expresión sexual<sup>143</sup>.

---

<sup>138</sup> Ídem.

<sup>139</sup> Significado de sus siglas: Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida

<sup>140</sup> ALKORTA IDIAKEZ, I. *Regulación jurídica de la medicina reproductiva. Derecho español y comparado*. Editorial Thomson Aranzadi, Navarra, 2003; ÁLVAREZ, JUAN G.; DÍEZ SOTO, CARLOS MANUEL. "Artículo 5. Donantes y contratos de donación". En *Comentarios científico-jurídicos a Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*. Editorial Dykinson, Madrid, 2007. También puede verse ÁLVAREZ, José de Jesús. "El examen de los grupos sanguíneos como medio de prueba jurídica (Tesis doctoral de la Universidad Autónoma de Santo Domingo)" en *Revista de Derecho y ciencias políticas*. Editorial NQ 9, Trujillo, 1968.

<sup>141</sup> Ídem.

<sup>142</sup> Ídem.

<sup>143</sup> Ídem.

### 3.5.1.2. Técnicas de Reproducción Asistida (TRA) Heterólogas

Este tipo de técnicas se produce cuando los gametos utilizados provienen de donador (se recurre a un banco de células, por lo general banco de células masculinas). La utilización de esta técnica es frecuente, y se indica, cuando el varón no tiene espermatozoides o cuando es portador de alguna enfermedad hereditaria<sup>144</sup>.

Esta técnica puede realizarse con el consentimiento del compañero de vida o sin su consentimiento. Si se realiza la inseminación con el consentimiento del compañero, la paternidad del hijo le es atribuida a éste como resultado de haber prestado su consentimiento, lo que conlleva a asumir su responsabilidad y a ejercer el rol social de padre de ese hijo, aunque no haya sido él quien proporcionó el material genético. Si no hay consentimiento por parte del compañero, y si se da la inseminación artificial en la mujer, al igual que en el matrimonio, sólo ella asumirá todo el cuidado y la responsabilidad sobre el menor que ha sido procreado.<sup>145</sup>

Por otro lado, en este caso también puede presentarse el supuesto de requerimiento de Inseminación Artificial a Mujer Sola. Esta inseminación se realiza con el semen de un donante y con el óvulo de la mujer que consiente en someterse a esta técnica. Es poco frecuente, porque suele exigirse la presencia y el consentimiento del hombre, sea que exista matrimonio o sea una unión no matrimonial que acompañe a la mujer; sin embargo, si la mujer decide someterse a la inseminación sin presencia de varón, el menor no tendrá otra filiación más que la materna, al ser la madre la única que tomó la decisión, y como consecuencia, la única responsable de manera jurídica y moral por

---

<sup>144</sup> DI CASTRO STRINGHER, Paolo Marco; *Inseminación Artificial*, editorial del Instituto de Esterilidad y Salud Reproductiva, México, 1996, p. 2.

<sup>145</sup> Cfr. GARCÍA CANTERO, *Ob. Cit.*, p. 485.

parte del menor. Este tipo de usos también presenta múltiples consideraciones, especialmente en los temas relacionados a la filiación del menor<sup>146</sup>.

Las contraindicaciones para realizar una inseminación artificial heteróloga son:

- No aceptación por uno de los miembros de la pareja.

Sobre el particular, también han existido algunas consideraciones<sup>147</sup>. Las principales preocupaciones que surgen con este proceder son<sup>148</sup>:

- La posibilidad de crear problemas psicológicos en el esposo, la mujer receptora y/o el donante, si este último es identificado o conocido.
- El riesgo de transmisión de afecciones genéticas graves o enfermedades infecciosas por el uso de semen donado. El esposo también puede verse afectado<sup>149</sup>.
- La posibilidad de consanguinidad por el uso excesivo de mismo donante.
- Los efectos psicológicos en el niño. Este incluye la afectación de las relaciones interpersonales por la necesidad de querer mantener el secreto sobre el origen del niño. Puede haber afectación del niño si en forma accidental llega a conocer su origen.

### **Cuadro N° 01**

#### **Clasificación de las Técnicas de Reproducción Asistida**

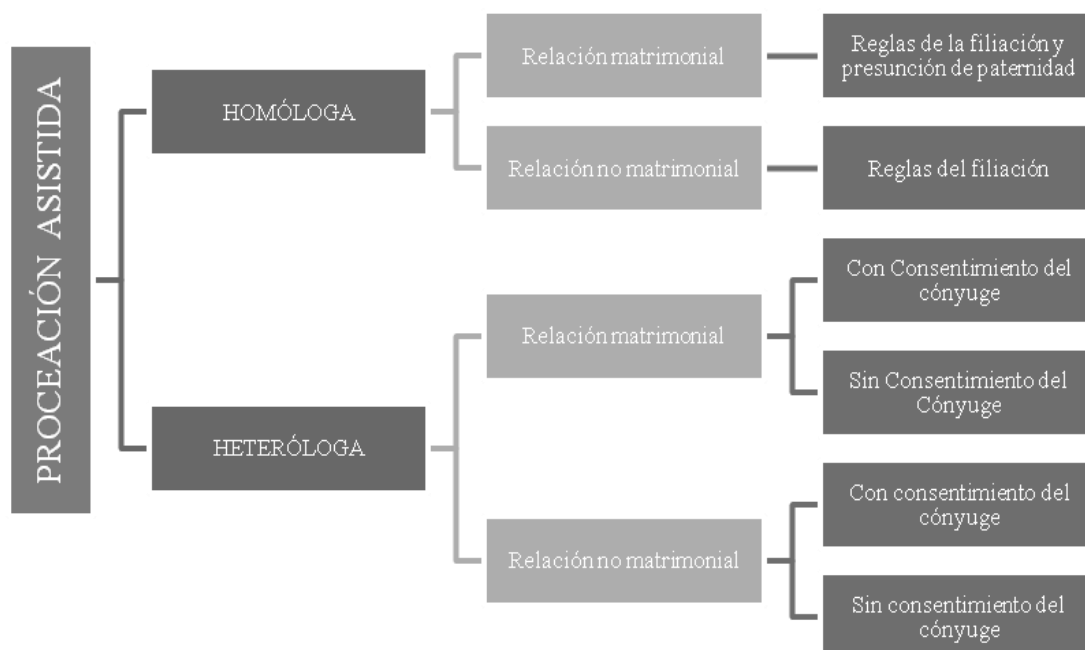
---

<sup>146</sup> LLEDÓ YAGÜE, Francisco, *Fecundación Artificial y Derecho*, Ediciones Tecnos, Madrid, 1988, p. 64.

<sup>147</sup> Cfr. CASTELLANO ARROYO M; “Implicaciones médico-jurídicas de la reproducción asistida” en *Medicina Legal y Toxicología*, 4 Ed., Salvat Editores S.A., Barcelona, 1991, pp. 84-92.

<sup>148</sup> LLEDÓ YAGÜE, Francisco, *Ob. Cit.* p. 60.

<sup>149</sup> CASTELLANO ARROYO M, *Ob. Cit.* p. 89.



Fuente: Elaboración propia

### 3.5.2. De acuerdo al tipo de intervención

#### 3.5.2.1. Técnicas de Reproducción Asistida Intracorpóreas

##### 3.5.2.1.1. Definición

Según la información clínica consultada, este conjunto de TRA abarca a todos aquellos métodos en los que, independientemente de las manipulaciones a las que puedan verse sometidos los gametos, el proceso de fecundación o fertilización del óvulo u ovocito por el espermatozoide se efectúa en el interior del aparato reproductor femenino. Esto implica que en este grupo de técnicas, el momento central de la procreación, el momento en el que se constituye una nueva persona humana, es decir la fecundación, queda fuera del alcance de posibles intervenciones tecnológicas<sup>150</sup>.

##### 3.5.2.1.2. Tipo de Técnicas

<sup>150</sup> SANTAMARÍA SOLÍS, Luis; “Técnicas de Reproducción Asistida. Aspectos Bioéticos” en Revista *Reflexionemos sobre la vida* 41, Madrid, 2000, pp. 37-47.



Desde un análisis de los gametos utilizados para realizar las TRA, las técnicas intracorpóreas<sup>151</sup> pueden ser homólogas o heterólogas. Las técnicas homólogas son aquellas en las que tanto el espermatozoide como el óvulo proceden de la pareja que se somete a la técnica correspondiente; y se entiende por técnica heteróloga aquella en la que aunque sea uno de los gametos (óvulo o espermatozoide) o ambos, proceden de donantes ajenos a la pareja<sup>152</sup>.

Por otro lado, haciendo referencia a la metodología seguida, podemos clasificar las TRA intracorpóreas según el esquema siguiente:

- Inseminación artificial (IA).
- Inseminación intrauterina directa (IIUD).
- Inseminación intraperitoneal (IIP)
- Transferencia intraperitoneal de espermatozoides y ovocitos (TIPEO).
- Transferencia intratubárica de gametos (GIFT)<sup>153</sup>.

### 3.5.2.1.3. Metodología general

El proceso de Inseminación artificial (IA) es muy sistematizado y fundamentalmente consiste en la introducción de los espermatozoides mediante un catéter en el cuerpo de

---

<sup>151</sup> Dentro del cuerpo.

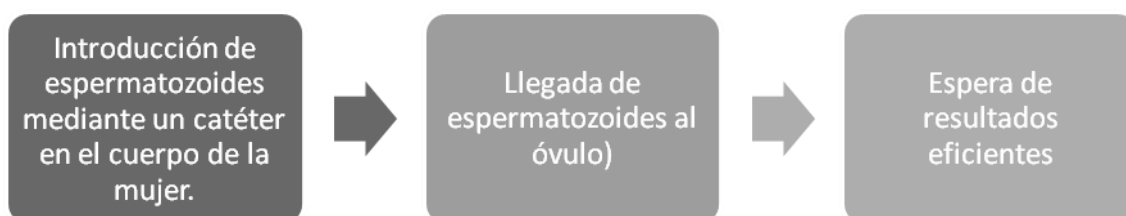
<sup>152</sup> Por ejemplo, en el caso de la inseminación artificial efectuada con espermatozoides procedentes de un banco de semen. En el caso de recurrirse a técnicas heterólogas, se siguen algunos criterios para la selección de los donantes de semen. Los criterios suelen ser los siguientes: varones de más de 20 años, con fertilidad alta y sin historia de enfermedades hereditarias. La indicación más habitual es la infertilidad masculina ya sea debida a vasectomía, escasez o ausencia de producción de espermatozoides (oligo/azoospermia), presencia de anticuerpos anti-esperma, impotencia. SANTAMARÍA SOLÍS, Luis; *Ob. Cit.* p. 40 y APARISI MIRALLES, A. “El permisivismo ante la FIV: a) la visión angloamericana”. En *La humanidad in vitro*. Editorial Comares, Granada, 2002, p. 10.

<sup>153</sup> Por sus siglas en inglés *Gamete Intra-Fallopian Transfert..* GIFT, cuyo nombre obedece al significado de “regalo” en inglés se debe a su consideración como un regalo de vida (el hijo deseado) logrado a través del método de transferencia intratubaria de gametos. En forma paralela, solamente se han desarrollado las técnicas de fertilización in vitro (FIV-ET), ICSI (inyección intracitoplasmática de Espermatozoides) y la congelación de embriones. Así lo describe BANCHIO, Carlos Enrique. “El Proyecto Genoma Humano frente a la Ética y el Derecho” En *Estudios en honor de Pedro J. Frías*”, Vol. III., El Copista, Córdoba, 1994.

la mujer. A continuación, la concepción (llegada de espermatozoides al óvulo) se efectúa de modo idéntico a lo que sucede en el proceso fisiológico normal<sup>154</sup>.

## Cuadro N° 02

### Gráfica del proceso de una Técnica de Reproducción Asistida (I)



Fuente: Elaboración propia

Por otro lado, dentro del grupo de TRA intracorpóreas, ésta es quizás la que más interés suscita desde un punto de vista bioético<sup>155</sup>.

Metodológicamente el proceso es el siguiente: Primero, se realiza la inducción de la ovulación por hiperestimulación ovárica y recogida de los ovocitos por vía transvaginal. En esencia consiste en la obtención de un número abundante de óvulos -en condiciones fisiológicas, la mujer solo produce un óvulo cada 28 días-, mediante un tratamiento hormonal adecuado. Luego de ello se procede a la obtención de los espermatozoides y capacitación de los mismos en un medio apropiado. El tercer paso consiste en la transferencia, mediante un catéter que se lleva hasta la porción ampular de la trompa por vía vaginal, del óvulo y los espermatozoides (separados por una burbuja, para evitar una posible fecundación dentro del propio catéter)<sup>156</sup>. Las indicaciones precisas del GIFT pueden darse en los siguientes casos: infertilidad por factores inmunológicos que impiden la capacitación natural del espermatozoide, existencia de un factor cervical femenino que altere a los espermatozoides, anovulación. Este método puede ser

<sup>154</sup> En el caso de la IA homóloga. Los espermatozoides, que se pueden obtener mediante diversos métodos (recogida del semen de la vagina tras un coito normal, utilización de un preservativo de material no espermicida; masturbación; aspiración mediante un catéter, de espermatozoides de las vías espermáticas), precisan -antes de la inseminación- de un tratamiento en el laboratorio para mejorar su capacidad fecundante, ya que proceden habitualmente de un varón con alteraciones en la fertilidad. Así puede verse en BANCHIO, Carlos Enrique. "El Proyecto Genoma Humano frente a la Ética y el Derecho" en *Estudios en honor de Pedro J. Frías*", Vol. III., El Copista, Córdoba, 1994.

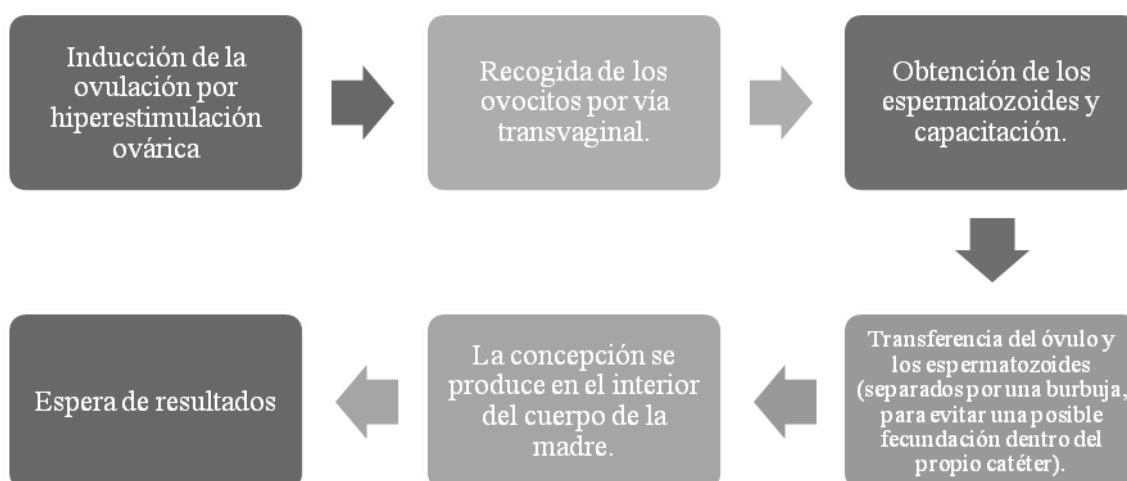
<sup>155</sup> Ídem. p. 167.

<sup>156</sup> En la zona ampular se liberan para que se produzca la fecundación de modo espontáneo en su lugar fisiológico.

utilizado en situaciones de infertilidad femenina, ya que permite el uso de óvulos de donante (modalidad heteróloga). Los resultados son controvertidos y es difícil de comparar las estadísticas de los diversos grupos<sup>157</sup>.

### Cuadro N° 03

#### Gráfica del proceso de una Técnica de Reproducción Asistida (II)



Fuente: Elaboración propia

<sup>157</sup> SANTAMARÍA SOLIS, Luis. "Técnicas de Reproducción Asistida - Aspectos Bioéticos" en *Cuadernos de Bioética*, N° 41º, Madrid, 2000, pp. 37- 47.

Las técnicas de reproducción asistida (TRA) intracorpóreas representan modificaciones de la inseminación artificial (IA) que utilizan métodos más invasivos para facilitar la fecundación. Por ejemplo, en la Inseminación Intrauterina Dirigida (IUD), los espermatozoides se colocan directamente en el útero, evitando su paso por la vagina. En la Inseminación Intrafalopiana Dirigida (IIP), los gametos masculinos se introducen en la cavidad peritoneal de la mujer mediante una sonda guiada por ecografía, llevándolos a la región de la trompa uterina más cercana al ovario (porción ampular), donde generalmente ocurre la fecundación natural. Estos métodos requieren que el aparato reproductor femenino esté anatómica y funcionalmente normal, por lo que se indican en casos de infertilidad o subfertilidad masculina.

#### **3.5.2.1.4. Valoración ética de la Técnicas de Reproducción Asistida Intracorpóreas**

SANTA MARÍA SOLIS realiza una reflexión ética sobre el uso de las Técnica de Reproducción Asistida Intracorpórea planteando su análisis en dos campos de acción. En ese sentido, sostiene que toda valoración de tipo ético<sup>158</sup> debe hacerse a la luz de un determinado sistema de referencia y para ello plantea algunas críticas desde las características propias de la sexualidad humana y su relación con la procreación; y desde el estatuto ontológico del embrión humano. Al respecto señala que éstas características de la sexualidad humana y su relación con la procreación importan la configuración de una condición sexuada en el ser humano que no es exclusivamente biológica, aunque lo biológico sea determinante, y, en virtud de la completa integración entre lo somático y lo síquico que se da en el individuo humano, imposible de separar del ser concreto del hombre.

Asimismo, el autor deja claro que tampoco se le considere como una especie de apéndice o propiedad de la persona, sino como un constituyente esencial de ésta: se es desde el principio hombre-mujer u hombre-varón<sup>159</sup>. La condición sexual está indisolublemente ligada a la condición personal y de alguna manera la constituye o determina. Por tanto, la sexualidad humana participa de la esencial dignidad de la

---

<sup>158</sup> Es decir, sobre la bondad o maldad del actuar humano concreto. Ídem.

<sup>159</sup> Ídem.

persona, que debe de ser considerada siempre como un fin en sí misma y nunca como medio (Kant)<sup>160</sup>. Además de esta diferencia cualitativa entre sexualidad animal y sexualidad humana, hay que tener en cuenta la implicación profunda existente entre sexualidad y procreación, siendo la generación de un nuevo ser humano, uno de los fines fundamentales, aunque no el único, de la diferenciación sexual<sup>161</sup>.

En ese sentido, es importante considerar que la utilización de estas Técnicas no debe vulnerar la integridad de la unión entre la sexualidad y la procreación, por lo que no debería de producirse ninguna separación entre los diversos procesos del acto sexual y su apertura a la generación<sup>162</sup>. Por lo que no será éticamente correcto el recurso a técnicas heterólogas, ya que implican la utilización de gametos de alguien ajeno a la pareja. Tampoco sería ética, en la modalidad homóloga, la utilización de espermatozoides obtenidos fuera del acto conyugal<sup>163</sup>. Lo que se considera que no representa inconvenientes éticos es la obtención de óvulos tras la hiperestimulación ovárica y su empleo en la GIFT<sup>164</sup>, asegurándose que se produzca la fertilización de modo espontáneo y en el interior del tracto reproductor de la mujer<sup>165</sup>.

Por otro lado y en complemento a lo anteriormente expuesto, el autor citado sostiene que para brindar una valoración ética integral de este tipo de técnicas es indispensable considerar reflexionar sobre el estatuto ontológico del embrión humano<sup>166</sup>. En este contexto, es crucial partir del supuesto fundamental de que la condición de individuo de la especie humana, es decir, de persona humana, se establece en el momento en que surge una nueva entidad orgánica que posee intrínsecamente todas las características potenciales de un ser humano completo. Estas características esenciales están inherentemente inscritas en el genoma humano completo y se configuran durante el proceso de la fecundación, cuando el óvulo se fusiona con el espermatozoide<sup>167</sup>. Por

---

<sup>160</sup> APARISI MIRALLES, A. *Ob. Cit.* p. 124.

<sup>161</sup> BELLVER CAPELLA, Vicente. “¿Clonar?: ética y derecho ante la clonación humana” Comares, Granada, 2000, p. 25 y ss.

<sup>162</sup> Ídem.

<sup>163</sup> SANTAMARÍA SOLIS, Luis. *Ob. Cit.* p. 40 y ss.

<sup>164</sup> Por su traducción al español: Transferencia intratubárica de gametos.

<sup>165</sup> SANTAMARÍA SOLIS, Luis. *Ob. Cit.* p.42.

<sup>166</sup> Ídem.

<sup>167</sup> BELLVER CAPELLA, Vicente. *Ob. Cit.* p. 31.

tanto a partir de ese momento se puede hablar de la aparición de un nuevo individuo humano<sup>168</sup>. Toda intervención en el proceso mismo de la fertilización y sobre el cigoto originado, tiene que ser ponderada desde el punto de vista bioético, de modo que siempre se debe de respetar su integridad biológica y nunca el cigoto debe de ser instrumentalizado o usado como medio, ya que toda persona humana es un fin en sí mismo<sup>169</sup>.

Las TRA intracorpóreas, al no intervenir en el proceso de fertilización que ocurre en el entorno natural del cuerpo humano ni en las primeras etapas del desarrollo embrionario, no plantean preocupaciones éticas en este sentido. Sin embargo, en el caso de la Transferencia Intratubárica de Gametos (GIFT, por sus siglas en inglés), es esencial garantizar una ejecución técnica perfecta para mantener separados los gametos masculinos y femeninos durante el procedimiento, de manera que la fecundación ocurra de manera natural en la porción ampular de la trompa uterina. Esto es importante para asegurar que el proceso sea biológicamente correcto y respetuoso con los principios éticos<sup>170</sup>.

El autor insiste de modo especial en la problemática ética que suscitan las técnicas heterólogas<sup>171</sup>, ya que, además de la separación entre el acto sexual de la pareja y la generación, implican una intervención de una tercera persona ajena a la pareja, y, por imperativos legales, generalmente anónima. En ese sentido es realmente importante defender el derecho inalienable que tiene el hijo a conocer a sus padres biológicos, derecho que en las modalidades heterólogas se conculca siempre debido a este forzoso anonimato de los donantes<sup>172</sup>. Por ello, la modalidad heteróloga nunca puede ser éticamente correcta. Además, este anonimato puede causar importantes problemas psicológicos, en la propia pareja, por el hecho de una intervención ajena en el acto generativo, y en el hijo, cuya identidad queda obscurecida para siempre<sup>173</sup>.

---

<sup>168</sup> Ídem.

<sup>169</sup> APARISI MIRALLES, A. *Ob. Cit.* p. 129.

<sup>170</sup> SANTAMARÍA SOLIS, Luis. *Ob. Cit.* p. 40 y ss.

<sup>171</sup> Ídem.

<sup>172</sup> BELLVER CAPELLA, Vicente. *Ob. Cit.* p. 31.

<sup>173</sup> Ídem.

### **3.5.2.2. Técnicas de Reproducción Asistida Extracorpóreas**

#### **3.5.2.2.1. Definición**

Las Técnicas de Reproducción Asistida Extracorpóreas son todas aquellas modalidades en las cuales la fecundación se produce en el exterior del tracto reproductor femenino<sup>174</sup>. Es decir, son todas aquellas en las que se efectúa la fertilización In-vitro. Esto implica que en todas estas existe la posibilidad de una manipulación del comienzo de la existencia de una nueva persona humana o de sus primeras etapas de desarrollo<sup>175</sup>.

#### **3.5.2.2.2. Tipo de Técnicas**

Las Técnicas de Reproducción Asistida Extracorpóreas pueden ser homólogas o heterólogas, atendiendo a los gametos que se utilizan en la intervención. En ese sentido, serán homólogas cuando se utilizan para la fecundación gametos de la pareja y serán heterólogas cuando los gametos empleados sean procedentes de donantes<sup>176</sup>.

Desde el punto de vista clínico, y debido a que en estos métodos el embrión obtenido In-Vitro debe ser transferido posteriormente a un útero materno, también existe la posibilidad de que esta transferencia no se lleve a cabo en el útero de la madre biológica sino en el de otra mujer. Esto da lugar al supuesto denominado como “maternidad subrogada”, lo cual también presenta profundas implicaciones éticas<sup>177</sup>.

Desde el punto de vista metodológico las Técnicas de Reproducción Asistida Extracorpóreas se pueden clasificar del modo siguiente<sup>178</sup>:

---

<sup>174</sup> GARCÍA SANCHO, Diccionario de Términos Médicos de la Real Academia Nacional de Medicina, Editorial Médica Panamericana, 2013.

<sup>175</sup> Ídem.

<sup>176</sup> Ídem.

<sup>177</sup> R. ORTIZ MOVILLA; ACEVEDO MARTÍN B. "Reproducción Asistida y Salud infantil" en Revista de Pediatría de Atención Primaria, Vol. 12, Nº 48, Madrid, 2010, pp. 651-671.

<sup>178</sup> Ídem.

- Técnicas sin micro-manipulación de gametos: Entre las que se encuentra la técnica FIVET, por sus siglas “Fecundación In-Vitro con transferencia de embriones”.
- Técnicas con micro-manipulación de gametos: Entre las que se encuentra la técnica SUZI, por sus siglas “Inserción sub zonal de espermatozoides”<sup>179</sup> y la técnica ICSI, por sus siglas “Inyección intra-citoplásmica de espermatozoides”<sup>180</sup>

La FIVET es una de las técnicas más importantes en el grupo de las Técnicas de Reproducción Asistida Extracorpórea, además de algunas otras<sup>181</sup>. A través de esta técnica se posibilita la manipulación del embrión previa a su implantación, tanto para fines diagnósticos, como eugenésicos, experimentales o terapéuticos<sup>182</sup>.

En el caso del procedimiento ICSI (Inyección Intracitoplasmática del Espermatozoide), las etapas son idénticas a aquellas del procedimiento FIV, salvo por el caso de la fertilización de los óvulos in vitro<sup>183</sup>. Esta técnica consiste en seleccionar un espermatozoide por cada óvulo utilizando unos micromanipuladores; y se realiza en los casos en que se sospecha que habrá dificultades para obtener fertilización (bajo número de espermatozoides, motilidad deficiente, mala morfología).

### 3.5.2.2.3. Metodología general

Metodológicamente su procedimiento es el siguiente:

El procedimiento comienza con la recogida de óvulos, para lo cual se somete a la mujer a una hiperestimulación ovárica mediante un tratamiento hormonal previo. Esto se realiza con el objetivo de inducir una ovulación múltiple y obtener un número

<sup>179</sup> Por su traducción en inglés “Sub Zonal Insemination”.

<sup>180</sup> Por su traducción en inglés “Intra-Cytoplasmatic Sperm Injection”.

<sup>181</sup> En las otras técnicas se implica el micro-manipulación de gametos, pero suelen tener desarrollo metodológico más complejo. Cfr. CHOZA J. *Antropología de la Sexualidad*, Ediciones Rialp, Madrid, 1991, pp. 25 y ss.; y también puede ver MONGE F.; *Persona Humana y Procreación Artificial*, Ediciones Palabra, Madrid, 1998, pp. 65-71.

<sup>182</sup> R. ORTIZ MOVILLA; ACEVEDO MARTÍN B. *Ob. Cit.* p. 660.

<sup>183</sup> GARCÍA SANCHO, *Ob. Cit.*



significativo de óvulos. La recolección de los óvulos se lleva a cabo de manera transvaginal, utilizando una sonda ecográfica. Después de la extracción, los óvulos se mantienen en un medio de cultivo para permitir su maduración adecuada<sup>184</sup>.

Posterior a ello se efectúa la recogida y capacitación del esperma<sup>185</sup>. Terminada esta etapa se realiza un co-cultivo de ovocitos y espermatozoides. Esto es lo que propiamente se conoce como la Fecundación In-Vitro (FIV). De inmediato se realiza una verificación, bajo el microscopio, de la fecundación y segmentación del cigoto<sup>186</sup>.

Realizado esto se procede con una selección de los embriones "aptos". Esta selección implica la aplicación de criterios morfológicos para escoger los embriones y supone una decisión externa a la pareja sobre cuál embrión es mejor, las implicaciones bioéticas son evidentes<sup>187</sup>.

Llegado este momento, se procede a realizar una transferencia intrauterina de los 3 embriones más adecuados, autorizando de inmediato la congelación de los embriones sobrantes. Este procedimiento se realiza en caso de ser necesaria su posterior utilización o en caso sea necesario utilizarlo si el procedimiento inicial no tiene éxito<sup>188</sup>.

El análisis y las reflexiones que exigen esta etapa del proceso será analizadas en las páginas siguientes.

---

<sup>184</sup> Estos tratamientos no están exentos de complicaciones y debe de conocerse perfectamente la situación endocrina de la mujer, además no pueden repetirse de modo indiscriminado. Asimismo, desde el punto de vista médico, cabe resaltar que la recolección de los ovocitos ya no se hace por laparoscopia, procedimiento más invasivo y molesto para la mujer, que implica la punción abdominal para acceder a la cavidad peritoneal, sino que éste se realiza mediante la punción del fondo de saco vaginal, mediante un catéter que, guiado por ecografía, puede ser dirigido exactamente para puncionar los folículos ováricos y aspirar su contenido, abundante en ovocitos. R. ORTIZ MOVILLA; ACEVEDO MARTÍN B. *Ob. Cit.* pp. 660 y ss.

<sup>185</sup> Los procedimientos empleados en esta etapa son análogos a los utilizados en las TRA intracorpóreas. Ídem.

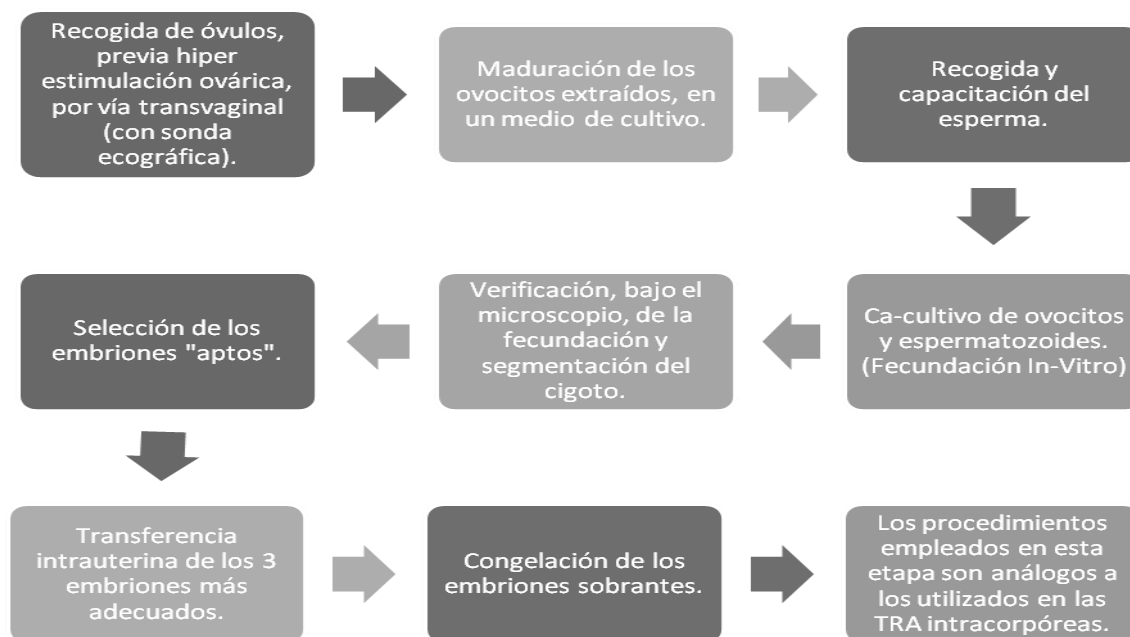
<sup>186</sup> GARCÍA SANCHO, *Ob. Cit.*

<sup>187</sup> Ídem.

<sup>188</sup> R. ORTIZ MOVILLA; ACEVEDO MARTÍN B. *Ob. Cit.* p. 670.

## Cuadro N° 04

## Gráfica del proceso de una Técnica de Reproducción Asistida (III)



Fuente: Elaboración propia

Otros autores<sup>189</sup> describen este procedimiento en tres etapas definidas:

- i. Recuperación de ovocitos;
- ii. Inseminación, fertilización y cultivo de los embriones;
- iii. Transferencia de embriones.

La recuperación de ovocitos es realizada por medio de la aspiración de los folículos mediante una aguja introducida por vía vaginal bajo control ecográfico. Es en éste momento cuando se realiza una primera clasificación de los óvulos recogidos; los que pueden ser: maduros (los mejores para fertilizar); inmaduros (pueden llegar a fertilizar); post-maduros; atresicos o tener la Zona fracturada. Estos dos últimos no sirven para la fertilización<sup>190</sup>.

<sup>189</sup> Al respecto puede verse SANTAMARÍA SOLIS, Luis. *Ob. Cit.* p. 40 y ss.; también puede consultarse BELLVER CAPELLA, Vicente. *Ob. Cit.* p. 31; y por último puede revisarse GARCÍA SANCHO, *Ob. Cit.*

<sup>190</sup> R. ORTIZ MOVILLA; ACEVEDO MARTÍN B. *Ob. Cit.* p. 670.

Luego, los ovocitos obtenidos por la aspiración de los folículos son puestos en cultivo, donde se espera que completen su maduración. Esto se comprueba por la expulsión del segundo corpúsculo polar del ovocito. Cuando se ha logrado esta maduración se agregan al medio de cultivo los espermatozoides del esposo (inseminación), que han sido preparados con anterioridad a partir de una o más muestras de semen. A partir de las 14 horas de producida la inseminación se puede comenzar a constatar la existencia de fertilización, que se comprueba por la observación directa de una cabeza de espermatozoide dentro del ovocito. Los ovocitos fertilizados normalmente (por un solo espermatozoide) son cultivados durante 24-48 horas, período en el cual comienzan su división<sup>191</sup>.

Cuando los embriones se han desarrollado normalmente se transfieren al útero materno. Este procedimiento se realiza entre las 24 y 72 horas después de la recuperación e inseminación de los óvulos<sup>192</sup>.

Los embriones son aspirados en una cánula de plástico, esta se pasa por el cuello del útero y se depositan los embriones en la cavidad uterina<sup>193</sup>.

Con la realización de este procedimiento se desprenden algunas consecuencias con importantes implicaciones éticas. Por ejemplo, se ocasionan, de modo inseparable a la técnica, diversas circunstancias en las que se desechan o eliminan embriones humanos. En este contexto, como se evidencia, si bien es necesaria la implantación de varios embriones (tres como mínimo) para conseguir una mayor eficacia<sup>194</sup>; el destino de los embriones implantados y que no progresan en su desarrollo tienen como destino el aborto.

---

<sup>191</sup> Ídem.

<sup>192</sup> SANTAMARÍA SOLIS, Luis. *Ob. Cit.* p. 40 y ss.

<sup>193</sup> Ídem.

<sup>194</sup> Se ha demostrado que la implantación de un sólo embrión, tiene unas probabilidades casi nulas de éxito. Cfr. SANTAMARÍA SOLIS L. *Curso de Educación para la Salud: Técnicas de Reproducción Asistida. Reproducción Sexual*, 2ª Edición, Editorial UNED, Madrid, 1997, pp. 36 al 41.

Por último, la criopreservación de embriones sobrantes, implica, en el caso muy probable de su no posterior implantación, su destrucción o su uso para fines experimentales<sup>195</sup>.

#### **3.5.2.2.4. Valoración ética de las Técnicas de Reproducción Asistida Extracorpóreas**

En este contexto, conviene tener en cuenta los dos campos de interpretación planteados en los aspectos relacionados a las consideraciones éticas de las Técnicas de Reproducción Asistida, es decir, por un lado lo relacionado a las características propias de la sexualidad humana y su relación con la procreación; y por otro lado un enfoque desde el estatuto ontológico del embrión humano<sup>196</sup>.

En ese sentido, es importante resaltar que en el caso de las TRA extracorpóreas es mucho más clara la separación de los dos aspectos integrantes de la sexualidad humana (lo unitivo del acto sexual y la procreación) siendo que el punto clave de la generación (la fecundación) se realiza en un tubo de ensayo, fuera de su ámbito fisiológico<sup>197</sup>.

Es precisamente este el motivo por el cual en esta situación aparece necesariamente una disociación que acarrea graves inconvenientes éticos. Asimismo, permanecen vigentes los problemas señalados en el caso de las Técnicas de Reproducción Asistida Intracorpóreas, especialmente en lo referido al modo de obtención de los gametos masculinos<sup>198</sup>.

En complemento a ello es importante considerar que en las Técnicas de Reproducción Extracorpóreas aparece una acentuada minusvalía del estatuto antropológico del embrión humano, volviéndose más lento que en las técnicas intracorpóreas, ya que al efectuarse

---

<sup>195</sup> Cfr. PEREA QUESADA R. *Curso de Educación para la Salud: Educación Sexual y Planificación Familiar*, Ediciones UNED, Madrid, 1996, pp. 18.

<sup>196</sup> Ídem.

<sup>197</sup> R. ORTIZ MOVILLA; ACEVEDO MARTÍN B. *Ob. Cit.* p. 672.

<sup>198</sup> GARCÍA SANCHO, *Ob. Cit.*

la fecundación In-Vitro, el embrión originado, queda mucho más desprotegido y con la posibilidad de la realización de todo tipo de manipulaciones<sup>199</sup>.

De hecho, en el caso de la metodología FIVET se evidencian las intervenciones indudablemente lesivas para la integridad orgánica del embrión. Tal es el caso en la selección de los embriones más aptos que implican la destrucción (el aborto) de los restantes; la transferencia de 3 o 4 embriones supone la eliminación o la congelación de los demás; dicha transferencia implica que se cuenta con que de los embriones transferidos, sólo uno se desarrolle por completo, lo que supone el aborto indirectamente querido de los restantes, que se sacrifican al que sigue adelante, es más, si casualmente prosperan todos los embriones transferidos, y la pareja no quiere un parto múltiple, se procede al aborto provocado de los sobrantes (proceso que eufemísticamente se conoce como "reducción embrionaria").

En complemento a ello, no se puede olvidar tampoco que la tasa de abortos espontáneos es significativamente más alta en la FIVET que en los embarazos normales<sup>200</sup>. La criopreservación de embriones excedentes plantea cuestiones éticas significativas. La razón detrás de la producción de embriones en exceso se debe a la baja eficacia de la Fecundación In Vitro con Transferencia de Embriones (FIVET) y a las complicaciones que surgirían al repetir todo el proceso desde el principio. Esto se debe en parte a que la hiperestimulación ovárica, que es necesaria para obtener múltiples óvulos, no está exenta de riesgos y no se debe utilizar en exceso. Además, en la actualidad, no se ha logrado con éxito la criopreservación de óvulos no fecundados, lo que lleva a la producción de embriones excedentes en algunos casos. Estos desafíos éticos destacan la importancia de abordar cuidadosamente la gestión de los embriones excedentes en los tratamientos de reproducción asistida<sup>201</sup>. Los embriones congelados se podrían transferir al útero si fracasa el primer intento de FIVET, sin embargo, con frecuencia no se da una nueva transferencia y los embriones no pueden permanecer congelados indefinidamente<sup>202</sup>.

---

<sup>199</sup> . CHOZA J. *Ob. Cit.*, pp. 25 y ss.; y también puede ver MONGE F.; *Ob. Cit.* pp. 70-71

<sup>200</sup> BELLVER CAPELLA, Vicente. *Ob. Cit.* p. 33.

<sup>201</sup> BANCHIO, Carlos Enrique. *Ob. Cit.* p. 120.

<sup>202</sup> GARCÍA SANCHO, *Ob. Cit.*

A nivel legislativo, la mayoría de países prevén la destrucción de los embriones congelados, que tras un tiempo (1 a 2 años), no se implanten; por lo tanto está de nuevo presente el problema ético subyacente a la eliminación de los embriones humanos<sup>203</sup>. Obviamente la aplicación de la clonación como método auxiliar en la FIVET muestra también una connotación ética negativa, que viene dada por el hecho de que en la clonación se lesiona gravemente el derecho a la individualidad del embrión humano<sup>204</sup>.

En general, todas las técnicas que conllevan la fecundación In-Vitro, implican un serio peligro de trivialización del embrión humano y una importante desprotección del mismo, ya no se le considera como un fin en sí mismo (como lo es toda persona), si no que se le cosifica, se le produce, se le maneja, se puede experimentar con él<sup>205</sup>.

Asimismo, se puede afirmar que en el momento actual las TRA extracorpóreas aparecen indisolublemente ligadas al aborto provocado directo o indirecto, con las implicaciones éticas que esto conlleva en el sentido de la falta de respeto por una vida humana personal. Las técnicas con micro manipulación de gametos (SUZI, ICSI), además de las connotaciones éticas inherentes a la FIVET, añaden otros problemas<sup>206</sup>. Fundamentalmente, implican una mayor agresividad de la manipulación de la fertilización, y, al forzar la fecundación con espermatozoides claramente anómalos, operan una especie de selección biológica invertida, ya que posibilitan la persistencia y transmisión de caracteres hereditarios negativos, entre ellos las anomalías germinales que conducen a la infertilidad que se pretende paliar<sup>207</sup>. Además ponen las bases psicológicas para la pérdida de la sensibilidad social y personal ante la experimentación con embriones humanos, posibilitando futuras experiencias de clonación, partenogénesis, quimerismo, etc.

---

<sup>203</sup> ALKORTA IDIAKEZ, I. *Ob. Cit.* p. 16; ÁLVAREZ, JUAN G.; DÍEZ SOTO, CARLOS MANUEL. *Ob. Cit.* pp. 45 y ss. También puede verse ÁLVAREZ, José de Jesús. *Ob. Cit.* pp. 17-23.

<sup>204</sup> BELLVER CAPELLA, Vicente. *Ob. Cit.* p. 33.

<sup>205</sup> SANTAMARÍA SOLIS L. *Curso de...* ; pp. 38-39.

<sup>206</sup> APARISI MIRALLES, A. *Ob. Cit.* p. 23.

<sup>207</sup> Ídem.

De modo análogo a lo indicado para las TRA intracorpóreas, las modalidades extracorpóreas heterólogas, tienen una connotación bioética más negativa que las homólogas, pues en ellas no se respeta el derecho del hijo a conocer a sus padres biológicos<sup>208</sup>. La situación se agrava al darse la posibilidad en las técnicas extracorpóreas de la subrogación uterina, es decir la implantación del embrión en una "madre de alquiler"<sup>209</sup>.

Las implicaciones psicológicas no son menos importantes que las simplemente éticas: derivan del anonimato de los padre biológicos, y, por tanto del "secreto", que puede percibir el hijo en relación con su auténtico origen, la percepción de la existencia de este secreto puede minar la entera red de las relaciones familiares. Los hijos pueden sentirse oscuramente engañados por sus propios padres y experimentar que son diversos de los otros, en algún modo, y que las personas a quienes ven como sus padres no son sus verdaderos padres<sup>210</sup>.

### **3.6. Complicaciones y contraindicaciones tras la aplicación de las Técnicas de Reproducción Asistida**

La inseminación artificial presenta un índice muy bajo de complicaciones<sup>211</sup>, y éstas pueden ser:

- Dolor cólico
- Sangrado escaso que cede espontáneamente horas después de la inseminación
- Náuseas y vómitos
- Infección pélvica cuando hay antecedentes de hidrosalpinx o cuando hay infección cérvico-vaginal activa

---

<sup>208</sup> BELLVER CAPELLA, Vicente. *Ob. Cit.* p. 36.

<sup>209</sup> Ídem.

<sup>210</sup> SANTAMARÍA SOLIS L. *Curso de...* ; pp. 38-39.

<sup>211</sup> GARCÍA SANCHO, *Ob. Cit.*

## CAPÍTULO II

### LA INTERPRETACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO A LA LUZ DE LA APLICACIÓN DE LAS NUEVAS TRA.

#### 1. El “interés superior del niño”

##### 1.1. Antecedentes históricos

Con la adopción de la CIDN<sup>212</sup>, el interés superior del niño se constituyó en un elemento determinante para la protección de la infancia. Sin embargo, el concepto ya tenía antecedentes en el sistema internacional de derechos humanos<sup>213</sup>. La declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño, aprobada en 1924 en el marco de la Sociedad de Naciones, reconoce en su párrafo introductorio que “la humanidad debe dar al niño lo mejor de sí misma”. Otra mención implícita al interés superior del niño se encuentra en la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH, 1948)<sup>214</sup>. La expresión aparece finalmente en la segunda Declaración de los Derechos del Niño (1959), cuyo texto resulta muy similar al contenido de la CIDN pero que no tiene carácter vinculante<sup>215</sup>. La Declaración de 1959 afirma que “el interés superior del niño debe ser

---

<sup>212</sup> Convención sobre los Derechos del Niño, es un tratado internacional de las Naciones Unidas, firmado en 1989, a través del cual se enfatiza que los niños tienen los mismos derechos que los adultos, y se subrayan aquellos derechos que se desprenden de su especial condición de seres humanos que, por no haber alcanzado el pleno desarrollo físico y mental, requieren de protección especial. ALVAREZ-VÉZLEZ, M.I. *La Protección de los Derechos del Niño. En el marco de las Naciones Unidas y en el Derecho Constitucional Español*. Editorial de la Facultad de Derecho-ICADE de la Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1994.

<sup>213</sup> Ídem.

<sup>214</sup> Ídem.

<sup>215</sup> BAEZA CONCHA, Gloria, “El interés superior del niño: Derecho de rango constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 28, núm. 2, 2001.



consideración determinante”<sup>216</sup>. En otros instrumentos de la carta internacional de los derechos humano también se hace referencia al interés superior del niño, por ejemplo, en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW<sup>217</sup>, 1979)<sup>218</sup>.

También conocido como el interés superior del menor. Y su alcance conceptual aplica al conjunto de acciones y procesos tendientes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna, así como las condiciones materiales y afectivas que permitan vivir plenamente y alcanzar el máximo de bienestar posible. Desde el punto de vista material, se trata de una garantía respecto del impacto de las medidas que se adopten sobre ellos; y sobre todas aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los quebranten<sup>219</sup>.

Desde sus inicios, la creación de este concepto buscaba superar dos posiciones extremas: por un lado, el autoritarismo o abuso del poder, y por otro el paternalismo de las autoridades<sup>220</sup>.

En 1989 se produjo la aprobación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CIDN) como reflejo de la culminación de un proceso progresivo de reconocimiento y protección de los derechos de los niños desarrollados durante el siglo XX. El análisis histórico-jurídico, revela la existencia de una estrecha vinculación entre el perfeccionamiento de los instrumentos de protección de los derechos de los niños y,

---

<sup>216</sup> Principio 2. “El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.”

<sup>217</sup> Siglas en inglés de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

<sup>218</sup> Artículos 5 y 16 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

<sup>219</sup> BAEZA CONCHA, Gloria, *Ob. Cit.* p. 10.

<sup>220</sup> Cfr. CILLERO BRUÑOL, Miguel; *El interés superior del niño en el marco de la Convención*, Editorial del Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes. Ver también ALSTON, PH., BRIDGET GILMOUR-WALSH. *El Interés Superior del Niño: Hacia una Síntesis de los derechos del niño y de los valores culturales*. Unicef, Argentina, 1996, pp. 48 y ss; y ALVAREZ- VÉZLEZ, M.I. *La Protección de los Derechos del Niño. En el marco de las Naciones Unidas y en el Derecho Constitucional Español*. Editorial de la Facultad de Derecho-ICADE de la Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1994, pp. 35 y 36.

el progreso en la garantía y protección de los derechos humanos en general. Los derechos de los niños, según diversos estudios, disponen de mecanismos más efectivos de protección en la medida que permanecen ligados a la protección general de los derechos humanos<sup>221</sup>.

El principio de interés superior del niño como idea rectora en el área de los derechos del niño es una idea antigua en el orden internacional. La Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993, confirmó de manera clara este principio, vinculándolo además al de la prohibición de la discriminación, al señalar que:

*“la no discriminación y el interés superior del niño deben ser consideraciones primordiales en todas las actividades que conciernen a la infancia, teniendo debidamente en cuenta la opinión de los propios interesados”<sup>222</sup>.*

## 1.2. Ubicación normativa

### 1.2.1. Referencias en el marco internacional

En el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la primera declaración que estableció los derechos de los niños fue la Declaración de Ginebra sobre los Derechos de los Niños, la cual fue adoptada por la Sociedad de Naciones el 26 de diciembre de 1924. Posteriormente, el 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Declaración Universal de Derechos Humanos, que de manera implícita incluía los derechos de los niños. Luego, en 1959, en respuesta a la creciente necesidad de brindar una protección más directa a los derechos de los niños a nivel global, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Declaración de los

---

<sup>221</sup> La evolución actual del pensamiento jurídico permite afirmar que, tras la noción de derechos humanos, subyace la idea de que todas las personas, incluidos los niños, gozan de los derechos consagrados para los seres humanos y que es deber de los Estados promover y garantizar su efectiva protección igualitaria. Cfr. RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac; “El interés superior del niño: concepto y delimitación del término” en *Revista Infancia, Derechos y Educación*. Vol. 30, Núm. 2, Editorial Erein, Brasil, 2012, p. 3.

<sup>222</sup> Cfr. Declaración y el Programa de Acción de Viena aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993, doc. A/CONF.157/23 12 de julio de 1993, párrafo 21.

Derechos del Niño<sup>223</sup>. Sin embargo, debido a la necesidad de contar con un instrumento normativo internacional que tuviera carácter coercitivo y vinculante para los Estados partes, y no solo una Declaración, se creó la Convención sobre los Derechos del Niño. Esta convención fue adoptada y abierta para la firma y ratificación por la Asamblea General de las Naciones Unidas a través de su resolución 44/25, el 20 de noviembre de 1989. Sorprendentemente, la Convención entró en vigor tan solo nueve meses después de su adopción, el 2 de septiembre de 1990. Esta Convención representa un hito importante en la protección y promoción de los derechos de los niños a nivel internacional<sup>224</sup>.

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño es una cuidadosa combinación de regulaciones procedentes de tratados generales de derechos humanos y de principios y derechos específicos inherentes a la tradición legal relacionada con los derechos de los niños<sup>225</sup>. No obstante, es crucial interpretar y entender las disposiciones de la Convención de manera sistemática y coherente. Esto adquiere especial relevancia al analizar, en el contexto actual, los principios que la Convención ha incorporado desde el derecho previo de familia o de menores, como es el caso del principio del "interés superior del niño"<sup>226</sup>.

La Convención sobre los Derechos del Niño es el tratado internacional con la mayor cantidad de ratificaciones en todo el mundo. Prácticamente todos los Estados, a excepción de Estados Unidos y Somalia, han ratificado esta Convención. Esto refleja un amplio y generalizado reconocimiento, así como una aceptación uniforme de la fuerza vinculante de las normas de derechos humanos para los niños que se encuentran en dicha Convención<sup>227</sup>. Este hecho podría muy bien señalar de manera evidente que las

---

<sup>223</sup> Declaración de los Derechos del Niño, Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución 1386 (XIV), de 20 de noviembre de 1959.

<sup>224</sup> CILLERO BRUÑOL, M. *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Ponencia presentada en el I Curso Latinoamericano "Derechos de la Niñez y la Adolescencia. Defensa Jurídica y Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos"*. San José de Costa Rica, 1999.

<sup>225</sup> Ídem.

<sup>226</sup> RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac; *Ob. Cit.* pp. 21.

<sup>227</sup> La Convención sobre los Derechos del Niño ha sido ratificada por 193 Estados Partes. Actualmente, la Organización de Naciones Unidas está compuesta por 192 Estados miembros; Cfr. CORTE

normas relacionadas con los derechos de los niños que se encuentran en la Convención sobre los Derechos del Niño tienen un carácter consuetudinario, es decir, que son ampliamente reconocidas y seguidas por la comunidad internacional como una práctica generalmente aceptada, sin necesidad de una ratificación formal de la Convención<sup>228</sup>.

En efecto, esto simplemente reafirma la naturaleza de derecho consuetudinario de las normas contenidas en la Convención sobre los Derechos del Niño. Una de las mejores maneras de explicar por qué casi todos los países del mundo han ratificado esta Convención es que, incluso antes de su adopción, la comunidad internacional, incluyendo individuos, grupos y naciones, ya reconocía sus principios y normas fundamentales<sup>229</sup>. En este contexto, es evidente que debemos reconocer la existencia del principio del interés superior del niño no solo a partir de la entrada en vigor de la Convención sobre los Derechos del Niño, sino también con anterioridad a ella. Esto justifica su carácter de norma consuetudinaria, ya que es inherente a la esencia de la naturaleza humana<sup>230</sup>.

### **1.2.2. La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño**

A pesar de que existen numerosos instrumentos internacionales que promueven el interés superior del niño, la Convención sobre los Derechos del Niño marca un quiebre en la lógica bajo la cual se habían establecido los sistemas nacionales de protección hasta ese momento<sup>231</sup>. Este cambio se produce gracias a la introducción de tres elementos fundamentales: En primer lugar, se establece el interés superior del niño como un principio garantista, lo que significa que cualquier decisión relacionada con los menores de edad debe priorizar la plena satisfacción de sus derechos. En segundo lugar,

---

INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *IDH: Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C Nº 110, par. 167, p. 62.

<sup>228</sup> El punto principal que ha impedido la ratificación por estos países, es el hecho de que la Convención prohíbe expresamente la aplicación de la pena de muerte en los niños. Ídem.

<sup>229</sup> BAEZA CONCHA, Gloria, “El interés superior del niño: Derecho de rango constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 28, núm. 2, 2001, p. 359.

<sup>230</sup> Ídem p. 360.

<sup>231</sup> Ídem.

se amplía el alcance de este principio<sup>232</sup>. El principio del interés superior del niño va más allá de los ámbitos legislativos o judiciales, y se aplica a todas las autoridades e instituciones, tanto públicas como privadas, así como al entorno familiar del niño<sup>233</sup>. En este contexto, es importante destacar que los roles parentales no confieren derechos absolutos, ya que están restringidos por los derechos de los niños, en cumplimiento de su interés superior<sup>234</sup>.

El sujeto de la Convención sobre los Derechos del Niño es precisamente el niño<sup>235</sup>. El propósito fundamental de la Convención es fortalecer la protección de los niños como sujetos plenos de derechos humanos. Los niños poseen todos los derechos inherentes a todos los seres humanos y, además, reciben una protección especial debido a su condición de grupo más vulnerable<sup>236</sup>. Como se mencionó anteriormente, el artículo 1º de la Convención sobre los Derechos del Niño define a un niño como cualquier ser humano menor de 18 años de edad, a menos que, de acuerdo con la ley que le sea aplicable, haya alcanzado la mayoría de edad antes de cumplir los 18 años<sup>237</sup>.

A lo largo del siglo XX, uno de los hitos más destacados en el movimiento de protección de los derechos del niño fue la aprobación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño<sup>238</sup>. En el ámbito internacional, se pueden destacar dos hitos fundamentales que sirven como antecedentes significativos: la Declaración de Ginebra de 1924 y la Declaración Universal de Derechos del Niño de 1959<sup>239</sup>. A nivel nacional, es posible identificar numerosas iniciativas legales que, con diversos grados de eficacia, se han esforzado por proteger a la infancia y promover sus derechos y bienestar<sup>240</sup>.

---

<sup>232</sup> Ídem.

<sup>233</sup> CILLERO BRUÑOL, Miguel; *Ob. Cit.* pp. 3-4.

<sup>234</sup> RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac; *Ob. Cit.* pp. 20.

<sup>235</sup> CILLERO BRUÑOL, Miguel; *Ob. Cit.* pp. 3.

<sup>236</sup> RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac; *Ob. Cit.* pp. 20.

<sup>237</sup> Ídem.

<sup>238</sup> BAEZA CONCHA, Gloria; *Ob. Cit.* p. 17.

<sup>239</sup> Ídem.

<sup>240</sup> Cfr. CILLERO BRUÑOL, Miguel; *Ob. Cit.* pp. 3 y ss. Una última iniciativa legislativa se encuentra contenida en la Ley N° 30466, Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño promulgada el 27 de mayo del 2016.

La Convención sobre los Derechos del Niño ha elevado el principio del interés superior del niño al estatus de norma fundamental, con un papel jurídico bien definido. Además, este principio se extiende más allá del ámbito legal hacia la formulación de políticas públicas y, en última instancia, contribuye a promover una cultura más igualitaria y respetuosa de los derechos de todas las personas<sup>241</sup>. El Comité de los Derechos del Niño, creado en virtud de la propia Convención, ha reconocido esta importancia al señalar que el interés superior del niño es uno de los principios generales de la Convención. El Comité ha llegado incluso a considerarlo como un principio "rector-guía" de la Convención<sup>242</sup>.

La Convención Internacional de los Derechos del Niño es el tratado internacional en materia de derechos humanos que mayor aceptación ha tenido al ser suscrita por casi todos los países de la comunidad internacional<sup>243</sup>; constituye un paradigma de las nuevas orientaciones que deben regir la materia; significó el cambio de una jurisdicción tutelar a otra punitivo – garantista en la que, se reconocen los derechos y las garantías de las personas menores de edad, considerándoseles responsables de sus actos cuando infringen la ley penal (aunque se limita la intervención de la justicia penal al mínimo indispensable), se amplía la gama de sanciones basada en principios educativos y se reduce la aplicación de penas privativas de libertad; por ello, se sostiene que dicho Tratado consagró normativamente la “Doctrina de la Protección Integral”, contribuyendo de este modo a culminar el proceso de consolidación de esta doctrina, que se había estado gestando en el transcurso de los años, a través de instrumentos internacionales de derechos humanos<sup>244</sup>.

En este contexto, la Convención sobre los Derechos del Niño, como un tratado internacional de obligado cumplimiento, marca un punto de inflexión en la protección

---

<sup>241</sup> ALSTON, PH., BRIDGET GILMOUR-WALSH. *El Interés Superior del Niño: Hacia una Síntesis de los derechos del niño y de los valores culturales*. Unicef, Argentina, 1996.

<sup>242</sup> Ídem.

<sup>243</sup> Al respecto puede verse CILLERO BRUÑOL, Miguel; *Ob. Cit.* p.4, RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac; *Ob. Cit.* pp. 26, CILLERO BRUÑOL, Miguel; *Ob. Cit.* pp. 7, BAEZA CONCHA, Gloria; *Ob. Cit.* p. 29 y ALSTON, PH., BRIDGET GILMOUR-WALSH. *Ob. Cit.*, p. 31.

<sup>244</sup> SALADO OSUNA, Ana. "Algunas Reflexiones sobre la Opinión Consultiva 17 (28 de Agosto de 2002) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Relativa a la “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño” en *Anuario de Justicia de Menores*, Nº II, 2002, Editorial Astigi S.L., Sevilla – España, p. 78.

de los derechos de los niños y en su pleno reconocimiento como sujetos con derechos plenos.<sup>245</sup> Ciertamente, la Convención sobre los Derechos del Niño marca un cambio significativo en la protección legal otorgada al grupo diverso de niños, niñas y adolescentes<sup>246</sup>.

El artículo 3 inciso 1° de la Convención consagra el principio del interés superior del niño; sin embargo, aparece también el problema de esclarecer lo que debemos entender por dicho concepto, pues la misma Convención no lo señala.

Es cierto que la Convención sobre los Derechos del Niño hace referencia al principio del interés superior del niño en varias ocasiones, como se menciona en los artículos que has enumerado. Sin embargo, la Convención no proporciona una definición específica del término "interés superior del niño". En cambio, deja a los Estados Partes la responsabilidad de interpretar y aplicar este principio de acuerdo con su contexto legal y cultural, reconociendo que el interés superior del niño debe ser una consideración primordial en todas las acciones que afecten a los niños<sup>247</sup>. En este sentido, ha sido rol de la doctrina conceptualizar y establecer los límites y alcances del mismo<sup>248</sup>.

La CDN y, específicamente, el principio del interés superior del niño, plasmado en ella, viene a señalar expresamente el reconocimiento y la obligación de los Estados partes de garantizar el ejercicio de los derechos humanos de uno de los grupos más débiles o vulnerables de la sociedad, los niños<sup>249</sup>.

El principio del interés superior del niño, al implicar el deber de proteger y priorizar los derechos de los niños, ha dado lugar a diversas opiniones en la doctrina en cuanto a si este deber de protección es absoluto o no. La interpretación de su absolutismo puede variar según el contexto legal y cultural de cada país y, a menudo, depende de cómo se

---

<sup>245</sup> BRIDGET GILMOUR-WALSH. *Ob. Cit.*, pp. 31 y ss.

<sup>246</sup> SALADO OSUNA, Ana; *Ob. Cit.* p. 79.

<sup>247</sup> BRIDGET GILMOUR-WALSH. *Ob. Cit.*, pp. 31 y ss.; y SALADO OSUNA, Ana; *Ob. Cit.* p. 79.

<sup>248</sup> FREEDMAN, Diego; "Funciones normativas del interés superior del niño", en *Jura Gentium, Revista de Filosofía del Derecho Internacional y de la Política Global*, en <http://www.juragentium.unifi.it/es/surveys/latina/freedman.htm> [visitada el 20 de octubre de 2016]. También puede verse BRIDGET GILMOUR-WALSH. *Ob. Cit.*, pp. 31 y ss.

<sup>249</sup> CILLERO BRUÑOL, Miguel; *Ob. Cit.* pp. 7; y BAEZA CONCHA, Gloria; *Ob. Cit.* p. 29.

equilibra con otros derechos y consideraciones<sup>250</sup>, Es decir, la pregunta es si el principio del interés superior del niño tiene prioridad absoluta sobre todos los demás derechos o si es un principio relativo. Esto se debe a que la “Convención misma reconoce que existen situaciones en las que los derechos de los niños pueden ser superados por ciertos intereses colectivos y los derechos individuales de terceros”<sup>251</sup>. En realidad, el interés superior del niño no es lo que le conviene al niño, de lo que el juez cree que es lo mejor para el niño, sino que cuando hablamos del interés superior, del interés primordial del niño, significa simplemente decidir sobre los derechos humanos de los niños<sup>252</sup>.

### 1.2.3. Referencias en el marco nacional

En el marco nacional, las siguientes normas resultan relevantes para atender a nuestro objeto de estudio:

- Constitución Política del Perú.
- Código de los Niños y Adolescentes
- Ley de protección contra la violencia familia.
- Ley del Consumidor.
- Ley de Protección de Datos Personales

En el Art. 1º de la Constitución Política del Estado se reconoce que la *persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado*<sup>253</sup>.

El primer párrafo del artículo 4º de la CPP de 1993 reconoce:

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

---

<sup>250</sup> BAEZA CONCHA, Gloria; *Ob. Cit.* p. 29. También SALADO OSUNA, Ana; *Ob. Cit.* pp. 78 y ss.

<sup>251</sup> SALADO OSUNA, Ana; *Ob. Cit.* pp. 78 y ss.

<sup>252</sup> Ídem.

<sup>253</sup> Art. 1º Constitución Política del Perú



Asimismo, el artículo IX de la Ley N° 27338 Código de los Niños y Adolescentes reconoce de forma expresa el concepto "interés superior del niño y del adolescente" en los siguientes términos<sup>254</sup>:

*"En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos."*

Del texto normativo antes citado, y con referencia al tema que ahora se aborda resulta relevantes citar y tener presente los derechos de los niños contenidos en las siguientes referencias normativas:

***"Artículo 2 del Código del Niño y del Adolescente.- A su atención por el Estado desde su concepción.-***

*Es responsabilidad del Estado promover el establecimiento de condiciones adecuadas para la atención de la madre durante las etapas del embarazo, el parto y la fase postnatal. El Estado otorgará atención especializada a la adolescente madre y promoverá la lactancia materna y el establecimiento de centros de cuidado diurno. La sociedad coadyuvará a hacer efectivas tales garantías."*

***"Artículo 4 del Código del Niño y del Adolescente.- A su integridad personal.-***

*El niño y el adolescente tienen derecho a que se respete su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. No podrán ser sometidos a tortura, ni a trato cruel o degradante.*

*Se consideran formas extremas que afectan su integridad personal, el trabajo forzado y la explotación económica, así como el reclutamiento forzado, la prostitución, la trata, la venta y el tráfico de niños y adolescentes y todas las demás formas de explotación."*

***"Artículo 6 del Código del Niño y del Adolescente.- A la identidad.-***

---

<sup>254</sup> Concordancias con el Decreto Supremo N° 001-2010-MIMDES que aprueba el Reglamento del Consejo de Adopciones.

*El niño y el adolescente tienen derecho a la identidad, lo que incluye el derecho a tener un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y llevar sus apellidos. Tienen también derecho al desarrollo integral de su personalidad.*

*Es obligación del Estado preservar la inscripción e identidad de los niños y adolescentes, sancionando a los responsables de su alteración, sustitución o privación ilegal, de conformidad con el Código Penal."*

*En caso de que se produjera dicha alteración, sustitución o privación, el Estado restablecerá la verdadera identidad mediante los mecanismos más idóneos.*

*Cuando un niño o adolescente se encuentren involucrados como víctimas, autores, partícipes o testigos de una infracción, falta o delito, no se publicará su identidad ni su imagen a través de los medios de comunicación<sup>255</sup>.*

***"Artículo 8 del Código del Niño y del Adolescente.- A vivir en una familia.-***

*El niño y el adolescente tienen derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia.*

*El niño y el adolescente que carecen de familia natural tienen derecho a crecer en un ambiente familiar adecuado.*

*El niño y el adolescente no podrán ser separados de su familia sino por circunstancias especiales definidas en la ley y con la exclusiva finalidad de protegerlos.*

*Los padres deben velar porque sus hijos reciban los cuidados necesarios para su adecuado desarrollo integral."*

En un sentido análogo y coherente con lo señalados en los principales cuerpos normativos, algunas normas sectoriales ponen de manifiesto la importancia del reconocimiento de los derechos de los niños, así como la protección y defensa de sus intereses. Así por ejemplo, el artículo 16° de la Ley N° 29571, Código de Protección y

---

<sup>255</sup> CONCORDANCIAS: 1) R.G.G N° 195 (Directiva "Para la Inscripción del Nacimiento de Niños y Adolescentes sin nombre usuarios de los servicios de protección que brinda el INABIF). 2) R.M. N° 389-2004-MINSA (Precisan que la expedición del Certificado de Nacido Vivo es gratuita en todos los establecimientos de salud del país, públicos y privados). 3) R.M.N° 148-2012-MINSA (Aprueban Directiva Administrativa que establece procedimiento para el registro del Certificado de Nacido Vivo en todos los establecimientos de salud del país)

Defensa del Consumidor reconoce la regulación de la publicidad dirigida a menores de edad señalando: *"La publicidad dirigida a los menores de edad no debe inducirlos a conclusiones equívocas sobre las características reales de los productos anunciados o sobre las posibilidades de los mismos, debiendo respetar la ingenuidad, la credulidad, la inexperiencia y el sentimiento de lealtad de los menores. Asimismo, dicha publicidad no debe generar sentimientos de inferioridad al menor que no consume el producto ofrecido."*

En el mismo sentido, el artículo 27° del DS N° 003-2013-JUS mediante el cual se aprueba el Reglamento de la Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales señala que: *"Para el tratamiento de los datos personales de un menor de edad, se requerirá el consentimiento de los titulares de la patria potestad o tutores, según corresponda."*, con algunas exigencias adicionales.

### 1.3. Definición

Suele argumentarse que el principio del interés superior del niño es una directriz vaga y ambigua, sujeta a diversas interpretaciones tanto desde una perspectiva jurídica como psicosocial. Esto ha llevado a que se perciba como una especie de excusa para tomar decisiones que podrían ignorar los derechos claramente establecidos en nombre de un concepto de interés superior que no tiene una definición jurídica precisa. Por esta razón, varios autores han señalado que la falta de precisión en esta noción dificulta una interpretación uniforme y, en consecuencia, puede resultar en decisiones que no cumplen adecuadamente con los requisitos de seguridad jurídica<sup>256</sup>.

A pesar de la incuestionable importancia que adquiere el interés superior del niño en el derecho internacional, el principio ha sido originalmente –y sigue siendo– objeto de controversia<sup>257</sup>. Su incorporación en la CIDN generó debates con respecto a su

---

<sup>256</sup> BRIDGET GILMOUR-WALSH. *Ob. Cit.*, pp. 31 y ss.; y SALADO OSUNA, Ana; *Ob. Cit.* p. 79. También puede verse FREEDMAN, Diego; *Ob. Cit.* s/p.; y BRIDGET GILMOUR-WALSH. *Ob. Cit.*, pp. 31 y ss.

<sup>257</sup> CILLERO BRUÑOL, Miguel; *Ob. Cit.* pp. 7.

alcance<sup>258</sup>. El texto preliminar de la Convención se refería al interés primordial del niño –*the paramount interest*–, siguiendo la expresión empleada en instrumentos internacionales anteriores<sup>259</sup>. Directamente involucrado en el proceso de redacción de la Convención, Nigel Cantwell fue testigo de las objeciones que muchos países plantearon frente a la fuerza de tal formulación<sup>260</sup>. La única forma de llegar a un acuerdo pasó por referir al interés superior del niño –*the best interest*–<sup>261</sup>. Así, el interés superior del niño pasó a ser “una” entre otras tantas consideraciones que deben ser tenidas en cuenta<sup>262</sup>. Esta pérdida de énfasis ha sido criticada por muchos especialistas, para quienes el principio disipó su potencia<sup>263</sup>.

El interés superior del niño es concepto triple: es un derecho, un principio y una norma de procedimiento<sup>264</sup>. Así lo desarrolla el COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO en su Observación general N°14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial del 29 de mayo de 2013:

Se trata del derecho del niño y la niña a que su interés superior sea una consideración que se prime al sopesar distintos intereses para decidir sobre una cuestión que le afecta.

Es un principio porque, si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. En primer lugar, el interés superior del niño se define como un **principio garantista**, de modo que toda decisión que concierna a los menores de edad debe ser prioritaria para garantizar la satisfacción integral de sus derechos.

<sup>258</sup> SALADO OSUNA, Ana; *Ob. Cit.* pp. 78 y ss.

<sup>259</sup> La CEDAW (Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer o CETFDCM. También conocida por sus siglas en inglés CEDAW) otorga carácter primordial al interés de los niños: “Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos.” (art. 5.b.)

<sup>260</sup> BAEZA CONCHA, Gloria; *Ob. Cit.* p. 29.

<sup>261</sup> BUSTELO, E. “Infancia en indefinición” en *Salud Colectiva*, Buenos Aires, 2005.

<sup>262</sup> Ídem.

<sup>263</sup> BAEZA CONCHA, Gloria; *Ob. Cit.* p. 29; y BUSTELO, E. *Ob. Cit.* p. 19.

<sup>264</sup> Cfr. COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. *Observación general N°14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*, 29 de mayo de 2013.

Como norma de procedimiento, siempre que se deba tomar una decisión que afecte a niñas y/o niños, el proceso deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones de esa decisión en las niñas y niños interesados. La evaluación y determinación de su interés superior requerirá garantías procesales. Se debe, por ejemplo, dejar patente y explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión<sup>3</sup>. Es decir se trata de una **norma de interpretación o de resolución de conflictos**. Este principio es, sin lugar a dudas, una regla fundamental para la interpretación de la totalidad del texto de la Convención, que actúa además como pauta primordial para dar solución a las controversias que pudieran presentarse con relación a otros derechos o sujetos de derechos.

Es decir, se le debe considerar en su total amplitud<sup>265</sup>. El principio de interés superior trasciende los ámbitos legislativos o judiciales, extendiéndose a todas las autoridades e instituciones públicas y privadas, además del entorno familiar del niño<sup>266</sup>. En este sentido, los roles parentales no otorgan derechos absolutos, sino que están limitados por los derechos de los niños en cumplimiento de su interés superior<sup>267</sup>.

En cualquier caso, la supremacía del interés del niño como criterio de interpretación debe ser entendida de manera sistémica: sólo el reconocimiento de los derechos “en su conjunto aseguran la debida protección a los derechos a la vida, a la supervivencia y el desarrollo del niño<sup>268</sup>”. Esto implica que la protección de los derechos de los niños no puede ser limitada o parcial. Aunque la Convención aborda cada uno de los derechos de manera individual "en su contenido", la efectividad de estos derechos a menudo no se garantiza en su totalidad. Esto significa que todos los derechos reconocidos en el texto de la Convención deben ser aplicados sin restricciones, respetando los principios de indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos. Sin embargo, otra interpretación surge cuando se considera el interés superior del niño en casos de violación de sus derechos. En situaciones específicas, algunos derechos pueden ser

---

<sup>265</sup> SALADO OSUNA, Ana; *Ob. Cit.* p. 81.

<sup>266</sup> Ídem.

<sup>267</sup> COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *Ob. Cit.*

<sup>268</sup> CILLERO BRUÑOL, M. *El interés superior del niño en el marco de la Convención....* p. 11.

restringidos en beneficio de otros derechos que se consideren de mayor importancia. En última instancia, el reconocimiento de la igual importancia de todos los derechos de la Convención puede entrar en conflicto en la práctica con la priorización de ciertos derechos, a veces como un compromiso necesario para proteger al niño.<sup>269</sup>

En última instancia, el interés superior del niño se establece como una orientación o guía política. El artículo 3 de la Convención lo describe como una "consideración primordial" que debe tenerse en cuenta al tomar decisiones que afecten a los niños. Esto significa que los derechos del niño no pueden ser equiparados con intereses colectivos, ya que pueden entrar en conflicto con ciertos grupos de interés en la sociedad. En tales casos, el interés superior del niño se convierte en una consideración de máxima importancia que prevalece sobre los intereses colectivos<sup>270</sup>.

La abundante legislación que ha sustituido a las leyes antiguas sobre menores se basa en el principio de que los derechos del niño emanan de su condición de persona<sup>271</sup>; Por lo tanto, se sostiene que los mecanismos de protección de los derechos de los niños son complementarios y nunca reemplazan a los mecanismos generales de protección de los derechos reconocidos para todas las personas<sup>272</sup>.

El interés superior del niño en la medida que implica el deber de proteger y privilegiar los derechos de los niños conlleva una diversidad de opiniones en la doctrina acerca de si este deber de protección es absoluto, esto es, prevalece sobre todos los demás derechos o es relativo, “ya que la propia Convención establece que hay ciertos derechos de los niños que ceden frente a determinados intereses colectivos y a derechos individuales de terceros”<sup>273</sup>. En realidad, cuando hablamos del interés superior del niño no estamos hablando de lo que nosotros pensamos que le conviene al niño, de lo que el juez cree que es lo mejor para el niño, sino que cuando hablamos del interés superior,

---

<sup>269</sup> Ídem.

<sup>270</sup> Ídem.

<sup>271</sup> HERVADA, Javier. *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, 4ta edición, Editorial EUNSA, Pamplona, 1992, p. 7.

<sup>272</sup> Cfr. art. 41 de la Convención.

<sup>273</sup> FREEDMAN, Diego: “Funciones normativas del interés superior del niño”, en *Jura Gentium, Revista de Filosofía del Derecho Internacional y de la Política Global*, en <http://www.juragentium.unifi.it/es/surveys/latina/freedman.htm> [visitada el 20 de octubre de 2007]

del interés primordial del niño, significa simplemente decidir sobre los derechos humanos de los niños<sup>274</sup>.

Interpretando el concepto, materia de estudio de esta investigación, FREEDMAN señala que:

*“existiría un “núcleo duro” de derechos del niño dentro de la Convención, lo cual constituiría un claro límite a la actividad estatal impidiendo la actuación discrecional. Este núcleo comprendería el derecho a la vida, a la nacionalidad y a la identidad, a la libertad de pensamiento y de conciencia, a la salud, a la educación, a un nivel de vida adecuado, a realizar las actividades propias de su edad (recreativas, culturales, etc.) y las garantías propias del Derecho Penal y del Procesal Penal”<sup>275</sup>.*

Sin embargo, resulta lógico sostener que no sólo constituyen estos derechos un claro límite a la actividad estatal sino que también a la sociedad entera y a la familia misma. En complemento a ello, GATICA Y CHAIMOVIC han señalado que

*“El llamado “interés superior del niño” debe ser entendido como un término relacional o comunicacional, y significa que en caso de conflicto de derechos de igual rango, el derecho de prioridad del interés superior del niño/niña prima sobre cualquier otro que pueda afectar derechos fundamentales del niño/niña. Así, ni el interés de los padres, ni el de la sociedad, ni el del Estado pueden ser considerados prioritarios en relación a los derechos del niño/niña”<sup>276</sup>.*

No obstante, y aun cuando algunos autores señalan que la geometría variable del concepto hace difícil su definición, ZERMATTEN propone que el principio significa que:

*“el interés superior del niño es un instrumento jurídico que tiende a asegurar el bienestar del niño en el plan físico, psíquico y social. Funda una obligación de las instancias y organizaciones públicas o privadas a examinar si este criterio*

---

<sup>274</sup> GATICA, Nora, y CHAIMOVIC, Claudia; "La justicia no entra a la escuela. Análisis de los principales principios contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño", en *La Semana Jurídica*, 2002.

<sup>275</sup> Ídem.

<sup>276</sup> Ídem.

*está realizado en el momento en el que una decisión debe ser tomada con respecto a un niño y que representa una garantía para el niño de que su interés a largo plazo será tenido en cuenta. Debe servir de unidad de medida cuando varios intereses entran en convergencia*<sup>277</sup>”.

En definitiva, lo que se propone con la idea rectora o con el principio del interés superior del niño es, justamente, que *la consideración del interés del niño debe primar al momento de resolver sobre cuestiones que le afecten*<sup>278</sup>. En realidad, este principio **sólo exige tomar en cuenta o en consideración al niño como un ser humano, como un verdadero sujeto poseedor de derechos que deben ser respetados, especialmente por los adultos y por el Estado.** En efecto, el interés superior implica abandonar viejas presunciones y reconocer que los niños y niñas son capaces, si pueden pronunciarse, incluso sobre los “estados del alma”<sup>279</sup>.

#### 1.4. Elementos

Doctrinalmente no existe una lista de los elementos que puedan conformar el concepto *interés superior del niño*; sin embargo de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pueden extraer algunos componentes interesantes, que a efectos de continuar con el eje de esta investigación pueden aportar de forma considerable.

En este contexto dichos elementos serán expuestos en el apartado correspondiente al análisis jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

---

<sup>277</sup> ZERMATTEN, Jean: “El interés Superior del Niño. Del Análisis literal al Alcance Filosófico” en *Informe de Trabajo*, 2003, pp. 1-30.

<sup>278</sup> Ídem.

<sup>279</sup> GATICA, Nora, y CHAIMOVIC, Claudia; *Ob. Cit.*, p. 11.



## 1.5. Desarrollo jurisprudencial

### 1.5.1. Corte Interamericana de Derechos Humanos

Dentro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos destacan dos órganos, a saber, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH).

La Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, que fue aprobada en 1969, creó la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Convención entró en vigor el 18 de julio de 1978, siendo Costa Rica el primer país en ratificarla.

En el 100° periodo de sesiones del 24 de septiembre al 13 de octubre de 1998 se creó la Relatoría sobre los Derechos del Niño, designando como Relator al Comisionado Hélio Bicudo<sup>280</sup>. La misión del relator especial consiste en llevar a cabo estudios sobre temas de preocupación, realiza visitas de investigación *in loco*, prepara estudios específicos sobre los derechos de los niños para los informes de país y recibe quejas de violaciones individuales a los derechos de los niños, niñas y adolescentes<sup>281</sup>.

El sistema interamericano de protección de los derechos humanos, especialmente la Corte IDH, ha tenido la oportunidad de pronunciarse en repetidas ocasiones sobre los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes; y, particularmente, sobre el principio cardinal del interés superior del niño<sup>282</sup>. A partir de estos pronunciamientos se

---

<sup>280</sup> El actual relator sobre los derechos de la niñez es Paulo Sérgio Pinheiro, cargo que dura 4 años y lo ocupa desde el año 2004. Cfr. BICUDO, Helio y ALVAREZ, Ignacio; "Notas respecto a la relatoría de derechos del niño de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos" en *Revista IIDH*, num. 29, enero-junio, pp. 161-170.

<sup>281</sup> La relatoría tuvo una activa participación en la elaboración de la "Declaración de Buenos Aires sobre violencia contra niños, niñas y adolescentes", adoptado con fecha 1° de junio de 2005, donde los Ministros y Altas Autoridades Nacionales e Internacionales en Materia de Derechos Humanos reunidos en Buenos Aires se pronunciaron con ocasión de la Consulta para América Latina, efectuada en el marco del Estudio del Secretario General de las Naciones Unidas sobre la Violencia contra los Niños, Niñas y los Adolescentes. ZERMATTEN, Jean, *Ob. Cit.*, p. 7.

<sup>282</sup> RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac; "El interés superior del niño: concepto y delimitación del término" en *Revista Infancia, Derechos y Educación*. Vol. 30, Núm. 2, Editorial Erein, Brasil, 2012 y también

pueden derivar o extraer una serie de principios y valiosas enseñanzas en el orden de los derechos humanos del niño<sup>283</sup>.

En los últimos años, la actividad de la Corte IDH ha permitido un necesario desarrollo progresivo de los derechos humanos hacia una protección creciente del individuo, de los grupos y de los pueblos<sup>284</sup>. Esta protección ha sido creciente tanto desde la perspectiva horizontal, esto es, en extensión, como desde el punto de vista vertical, esto es, en profundidad y especificidad. En este último sentido, la Corte IDH ha explicitado, en el contexto interamericano, los derechos del niño, niña y adolescente, expresando, como examinaremos a continuación, una serie de principios en esta materia<sup>285</sup>.

- **Principio de enfoque integrado y sistemático de los derechos humanos<sup>286</sup>.**

En el análisis de los derechos humanos del niño, niña y adolescente es la perspectiva del principio de conectividad y coherencia entre los sistemas jurídicos, el interno y el internacional, y, sobre todo, en materia de derechos humanos. La idea guía es el principio del intérprete supremo, que considera, en el ámbito regional, a la Corte Interamericana de Derechos Humanos como el intérprete último, definitivo y de autoridad en el área de los derechos humanos. Este principio no resulta sólo de una aplicación de las reglas de lógica tomando en consideración el interés primordial de una aplicación coherente de los estándares de derechos humanos, sino de la aplicación de la propia normativa de la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>287</sup>. En efecto, el artículo 29 relativo a las normas de interpretación de la CADH señala que “*ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:* [...] b) *limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda*

---

RATZINGER J., et al.; *El don de la vida. Instrucción y comentarios*, Ediciones Palabra, Madrid, 1992. También puede verse BICUDO, Helio y ALVAREZ, Ignacio; *Ob. Cit.* pp. 161-170.

<sup>283</sup> BICUDO, Helio y ALVAREZ, Ignacio; *Ob. Cit.* pp. 161-170.

<sup>284</sup> RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac; *Ob. Cit.* pp. 42 y 43.

<sup>285</sup> Ídem.

<sup>286</sup> AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. “El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos” en *Estudios Constitucionales*, Año 6, N° 1, Talca, 2008, p. 223-247.

<sup>287</sup> BICUDO, Helio y ALVAREZ, Ignacio; *Ob. Cit.* pp. 161-170 y GROSMAN, Cecilia. *El interés superior del niño en Los derechos del niño en la familia*. Discursos y realidad, editado por Grosman, Buenos Aires, Universidad, 1998, p. 25.

*estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados”*<sup>288</sup>.

Este principio del Derecho entendido como un *corpus iuris* integrado y sistemático, y consecuentemente, cuya interpretación y aplicación deba ser conforme a estas características<sup>289</sup>, ya había sido resaltado por la Corte Internacional de Justicia en el asunto de la presencia continuada de África del Sur en Namibia, cuando señaló que:

*“[...] la Corte debe tomar en consideración las transformaciones ocurridas en el medio siglo siguiente, y su interpretación no puede dejar de tomar en cuenta la evolución posterior del derecho [...]. Además, un instrumento internacional debe ser interpretado y aplicado en el marco del conjunto del sistema jurídico vigente en el momento en que se practica la interpretación. En el dominio al que se refiere el presente proceso, los últimos cincuenta años [...] han traído una evolución importante. [...] En este dominio como en otros, el corpus juris gentium se ha enriquecido considerablemente, y la Corte no puede ignorarlo para el fiel desempeño de sus funciones”*<sup>290</sup>.

Esta formulación fue retomada y perfeccionada, en el ámbito de los derechos humanos, por la Corte IDH en su opinión Consultiva sobre la Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>291</sup>.

---

<sup>288</sup> Ídem.

<sup>289</sup> RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac; *Ob. Cit.* pp. 42 y 43.

<sup>290</sup> Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa), notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, p. 16, par. 31.

<sup>291</sup> En esta Opinión Consultiva, la Corte hizo expresa referencia al principio de integración al señalar que “[p]uede considerarse entonces que, a manera de interpretación autorizada, los Estados Miembros han entendido que la Declaración contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración”. Cfr. CORTE IDH: Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes

- **Concepto de niño**<sup>292</sup>.- La jurisprudencia de la Corte IDH también ha debido pronunciarse en torno a qué se entiende por niño, donde ha ratificado los criterios establecidos en los estándares internacionales<sup>293</sup>. Así, en el caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri, la Corte IDH señaló expresamente que

*“Rafael Samuel y Emilio Moisés Gómez Paquiyauri eran niños de 14 y 17 años, respectivamente, cuando fueron detenidos ilegal y arbitrariamente, torturados y ejecutados extrajudicialmente por agentes de la Policía Nacional del Perú”*<sup>294</sup>.

En este sentido, la Corte reitera su concepto de niño establecido en la Opinión Consultiva sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, cuando señala que *“en definitiva, tomando en cuenta la normativa internacional y el criterio sustentado por la Corte en otros casos, se entiende por ‘niño’ a toda persona que no ha cumplido 18 años de edad”*<sup>295</sup>.

Efectivamente, este criterio será reiterado en la Opinión Consultiva sobre Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. En esta Opinión Consultiva la Corte ha sido clara en señalar que *“[e]n definitiva, tomando en cuenta la normativa internacional y el criterio sustentado por la Corte en otros casos, se entiende por ‘niño’ a toda persona que no ha cumplido 18 años de edad”*. Posteriormente, este mismo criterio será repetido en el caso Bulacio<sup>296</sup>.

---

del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC- 10/89 del 14 de julio de 1989. Serie A N° 10, par. 43, p. 14.

<sup>292</sup> AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. *Ob. Cit.* p. 223-247; BICUDO, Helio y ALVAREZ, Ignacio; *Ob. Cit.* pp. 161-170.

<sup>293</sup> RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac; *Ob. Cit.* pp. 42 y 43.

<sup>294</sup> Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 8 de julio de 2004.

<sup>295</sup> CORTE IDH: Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C N° 110, par. 3, p. 2; CORTE IDH: Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A N° 17, par. 42.

<sup>296</sup> RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac; *Ob. Cit.* pp. 42 y 43 y AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. *Ob. Cit.* p. 223-247.

- **Obligados por el principio de interés superior del niño<sup>297</sup>.**- El principio de interés superior del niño o de bienestar del niño, niña o adolescente es un principio comprensivo y multifactorial, de tal manera de que –como se detallará más adelante– contiene una serie de criterios que apuntan a amparar el pleno desarrollo y la total autorrealización del niño en su entorno y a proteger y garantizar la valiosa contribución que el niño debe hacer a la sociedad<sup>298</sup>.

Desde este punto de vista, cabe preguntarse quiénes deben ceñirse a este principio o, dicho de otro modo, a estos criterios para los efectos de la protección de los niños, niñas o adolescentes y de la promoción y preservación de sus derechos<sup>299</sup>.

- **Principio de protección especial<sup>300</sup>.**- Este principio de protección especial ya había sido consagrado en el orden internacional por la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959<sup>301</sup>. La Declaración Universal de Derechos Humanos insiste en este principio al señalar que:

*“[...] la infancia tiene (sic) derecho a cuidados y asistencia especiales”.<sup>43</sup> Además, la Declaración y Programa de Acción de Viena durante la Segunda Conferencia Mundial de Derechos Humanos se reiteró este principio al indicar que el niño merece “una mayor protección”.*

Además, la Convención sobre los Derechos del Niño incorpora claramente esta perspectiva<sup>302</sup>. En el ámbito regional americano, el artículo 19 de la Convención Americana dispone que *“todo niño tiene derecho a las medidas de protección*

<sup>297</sup> AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. *Ob. Cit.* p. 231.

<sup>298</sup> BICUDO, Helio y ALVAREZ, Ignacio; *Ob. Cit.* pp. 161-170 y CILLERO BRUÑOL, M. *Ob. Cit.*, p. 8.

<sup>299</sup> GROSMAN, Cecilia., *Ob. Cit.*, pp. 29 y ss.

<sup>300</sup> AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. *Ob. Cit.* p. 223-247 y también BICUDO, Helio y ALVAREZ, Ignacio; *Ob. Cit.* pp. 161-170.

<sup>301</sup> AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. *Ob. Cit.* p. 229.

<sup>302</sup> Ídem.

*que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.*

La Corte IDH no hace sino recoger este principio, aplicarlo y desarrollarlo pretorianamente<sup>303</sup>. En este último sentido, lleva razón PAULO SÉRGIO PINHEIRO cuando afirma que *“el carácter único de los niños –su potencial y vulnerabilidad, su dependencia de los adultos– hacen imperativo que tengan más, no menos, protección contra la violencia”*<sup>304</sup>.

- **Principio de sujetos plenos de derechos**<sup>305</sup>.- Una de los aspectos en los cuales la Corte IDH ha puesto mayor énfasis es en el carácter de sujeto de derecho de los niños, niñas y adolescentes, diferenciando esta circunstancia de su falta de capacidad jurídica para actuar autónomamente<sup>306</sup>. El hecho de que el niño no tenga capacidad de ejercicio no lo priva de su calidad de sujeto de derechos humanos<sup>307</sup>.

La Corte lo ha expresado magistralmente cuando ha señalado que:

*“la mayoría de edad conlleva la posibilidad de ejercicio pleno de los derechos, también conocida como capacidad de actuar. Esto significa que la persona puede ejercitar en forma personal y directa sus derechos subjetivos, así como asumir plenamente obligaciones jurídicas y realizar otros actos de naturaleza personal o patrimonial. No todos poseen esta capacidad: carecen de ésta, en gran medida, los niños. Los incapaces se*

---

<sup>303</sup> En efecto, en su Opinión Consultiva sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, la Corte IDH recordó expresamente que “[e]n la Declaración de los Derechos del Niño se indica que “el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”. En este sentido, a través de su Opinión Consultiva la Corte no hace sino confirmar el principio de protección especial del niño, niña o adolescente debido a su situación de debilidad, inmadurez o inexperiencia. Cfr. CORTE IDH, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A N° 17, par. 60, p. 62.

<sup>304</sup> FINHEIRO, Paulo Sérgio: Informe del Experto independiente para el estudio de la violencia contra los niños de las Naciones Unidas, de fecha 29 de agosto de 2006, doc. A/61/299, par. 2.

<sup>305</sup> AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. *Ob. Cit.* p. 223-247.

<sup>306</sup> AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. *Ob. Cit.* p. 223-247.

<sup>307</sup> HERVADA, Javier. *“Introducción crítica al derecho natural”*; Editorial UDEP, Piura, 1999, pp. 21 y ss.; y también HERVADA, Javier. *Lecciones ...*, pp. 48 y ss.

*hallan sujetos a la autoridad parental, o en su defecto, a la tutela o representación. Pero todos son sujetos de derechos, titulares de derechos inalienables e inherentes a la persona humana*”<sup>308</sup>.

Relacionado con lo anterior se encuentra la afirmación de la misma Corte en el sentido de que “*no es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza*”<sup>309</sup>.

- **Principio de especial gravedad de las violaciones a los derechos del niño**<sup>310</sup>.-

La Corte IDH también ha señalado que las violaciones a los derechos humanos de los niños revisten especial gravedad<sup>311</sup>. Así, la Corte considera que revisten especial gravedad los casos en los cuales las víctimas de violaciones a los derechos humanos son niños, ya que sus derechos se encuentran recogidos no sólo en la Convención Americana, sino también en numerosos instrumentos internacionales, ampliamente aceptados por la comunidad internacional, entre los cuales se destaca la Convención sobre los Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas, “*que hacen recaer en el Estado el deber de adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de los niños bajo su jurisdicción*”<sup>312</sup>.

Todo lo anterior, le ha servido a la Corte IDH para pronunciarse en el fondo, sobre el contenido del principio de interés superior del niño, niña o adolescente, el cual, como ya se ha dicho, debe primar por sobre cualquier otra consideración normativa y guiar definitivamente el análisis fáctico<sup>313</sup>. La Corte IDH ha señalado claramente, en el caso Bulacio, que “cuando se trata de la protección de los derechos del niño y de la adopción de medidas para lograr dicha protección, rige el principio del interés superior del niño, que se funda “en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los

<sup>308</sup> CORTE IDH, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A N° 17, par. 41, p. 57.

<sup>309</sup> Ídem.

<sup>310</sup> AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. *Ob. Cit.* p. 223-247.

<sup>311</sup> Ídem.

<sup>312</sup> CORTE IDH: Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros vs. Guatemala. Fondo. Sentencia 19 de noviembre de 1999. Serie C N° 63, pars. 146 y 191.

<sup>313</sup> CILLERO BRUÑOL, M. *Ob. Cit.*, p. 3.

niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades”<sup>314</sup>

Según lo destaca CILLERO BRUÑOL “*Los principios, en el marco de un sistema jurídico basado en el reconocimiento de derechos, puede decirse que son derechos que permiten ejercer otros derechos y resolver conflictos entre derechos igualmente reconocidos*”<sup>315</sup>. En este sentido, el interés superior del niño adquiere consideración primordial en todas las medidas concernientes a los niños, desempeñando la función de guía para la interpretación del resto del articulado de la Convención<sup>316</sup>. Por consiguiente, adoptar el tratado implica aceptar que las decisiones y acciones estatales sean regidas por el interés superior del niño. Sin embargo, el interés superior del niño es probablemente el principio más enigmático de la CIDN, tanto respecto de su conceptualización como de sus implicancias en la práctica. Las persistentes discusiones entabladas con el fin de lograr mayor precisión dan cuenta de la falta de acuerdo predominante<sup>317</sup>. Aun así, los Estados reafirmaron una vez más el principio a través del tercer Protocolo Facultativo a la CIDN, aprobado en el año 2012 y actualmente en proceso de ratificación<sup>318</sup>.

### 1.5.2. Jurisprudencia del Estado Peruano

Cuando la interpretación judicial evalúa en un proceso el interés superior del niño/niña adquiere la fuerza de una gestación normativa. Si en un primer momento, la lectura de cuál es ese dicho interés que se nutre de la historia singular, más tarde su reproducción en los discursos judiciales forja reglas capaces de llenar los vacíos de la ley, la pauta se convierte en un poderoso instrumento de creación que alimenta al cambio legal. La prevalencia del interés del niño/niña ha sido considerada en decisiones relativas al ejercicio de la autoridad parental<sup>319</sup>.

---

<sup>314</sup> CORTE IDH: Caso Bulacio vs. Argentina. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C N° 100, par. 134, p. 55.

<sup>315</sup> CILLERO BRUÑOL, M. *Ob. Cit.*, p. 8.

<sup>316</sup> AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. *Ob. Cit.* p. 223-247.

<sup>317</sup> Ídem.

<sup>318</sup> Ídem.

<sup>319</sup> GROSMAN, Cecilia. *Ob. Cit.*, p. 43.



Detrás de la valoración circunstanciada de cuál es el interés del niño/niña subyacen las creencias generales sobre lo qué es beneficioso para la infancia<sup>320</sup>. Vislumbramos aquí las dos caras indisolubles de la noción, esto es, tanto su connotación social como su dimensión individual y singular. Cada época y cada cultura define qué es lo mejor para la niñez en función de un determinado sistema de valores y de representaciones sociales<sup>321</sup>. Hoy en día, se rechazan todas las prácticas violatorias de los derechos fundamentales de la niñez. “Sin embargo, en el presente todavía opera en las mentalidades la idea de que muchas veces es indispensable y beneficia al niño/niña ejercer la violencia como un instrumento educativo”.

Por consiguiente, en las decisiones es necesario articular dos aspectos. Por una parte, los jueces y funcionarios deben tener en cuenta, al apreciar el interés del niño/niña, los usos y costumbres propios del medio social y cultural en que se ha desenvuelto habitualmente, pues es deber del Estado y de la sociedad respetar la identidad y la pluralidad cultural, por otra parte este relativismo cultural, que exige aceptar las diferencias, no puede servir de escudo para tolerar interpretaciones que signifiquen una vulneración de la dignidad que pertenece a los niños/niñas como seres humanos y que afectan sus derechos consagrados en instrumentos de jerarquía constitucional<sup>322</sup>.

De esta manera podemos afirmar, que el legislador debe consagrar, como regla, la primacía del interés del niño/niña por encima del interés de los padres biológicos y el de

---

<sup>320</sup> La pauta es una construcción sujeta a singularidades históricas, culturales e, incluso, regionales. En el pasado el interés del niño ha servido para justificar los castigos corporales y la detención de menores en las condiciones más inhumanas, para enderezarlo y encarrilarlo en el bien. La época colonial, en aras del bien del hijo, el padre podía solicitar a la justicia, en virtud de su poder de corrección, se reclusión por desobediencia, por una inclinación torcida o extraviada, por ser incorregible o por tener perversa inclinación. Cfr., AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. *Ob. Cit.* p. 223-247.

<sup>321</sup> Cfr. GROSMAN, Cecilia. *Ob. Cit.*, p. 25. También puede verse GAMARRA RUBIO, Fernando; *Convención sobre los Derechos del Niño*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2001, p. 142.

<sup>322</sup> GUTIERREZ DE LA CRUZ, Judyth. “El derecho a la identidad, modificación del proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial”, *Actualidad Jurídica*, N°212, julio 2011, p. 61; y también LARUMBE NANALEJO, Silvia “Educación en y para la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes en riesgo” en *Revista IIDH*, num. 36, julio-diciembre, pp. 249-290.

las demás personas que puedan verse afectadas<sup>323</sup>. Se ha precisado que el niño/niña tiene derecho a especial protección y, considerando sus derechos, que la tutela de los mismos debe prevalecer como factor primordial en toda relación judicial, de modo que, ante cualquier conflicto de intereses de igual rango, el interés moral y material de los menores debe tener prioridad sobre cualquier otra circunstancia que pueda ocurrir en cada caso, y por lo tanto, toda decisión sobre el tema, debe estar inspirada en lo que resulte más conveniente para su protección<sup>324</sup>.

En el año 2005, la Corte Suprema de Justicia de la República mediante el Expediente N°756-2005-PUNO se pronunció sobre el interés superior del niño/niña, en el considerando tercero sosteniendo: *"No es menos cierto que existen normas sustantivas que tienen que tienen prevalencia sobre cualquier norma procesal. Tal es el caso del artículo IX del Código de los Niños y Adolescentes, que dispone que en toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la Sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del niño/niña y del adolescente y el respeto de sus derechos. En consecuencia, estando a que es política permanente del Estado la lucha contra toda forma de violencia familiar, estableciendo medidas cautelares y resarcimiento de los daños y perjuicios causados por ella y al haberse determinado- según las evaluaciones psicológicas obrantes a fojas diez, once y doce- que los menores sufren de maltrato emocional, bien ha hecho la Sala Superior en fijar medidas de protección a favor de los menores"*<sup>325</sup>. Dicho expediente, se trata de un recurso interpuesto por don Arturo Huamán Arias, contra la resolución que declaró fundada la demanda de violencia familiar respecto de los menores Arturo y Waldo Huamán Alvarado, el recurso fue declarado infundado el interpuesto en consecuencia no casaron la resolución de vista de fojas doscientos cuarenta y seis, de fecha treinta y uno de enero de dos mil cuatro<sup>326</sup>.

---

<sup>323</sup> LARUMBE NANALEJO, Silvia *Ob. Cit.*, pp. 280 y ss.; y GAMARRA RUBIO, Fernando; *Ob. Cit.*, p. 143.

<sup>324</sup> GAMARRA RUBIO, Fernando; *Ob. Cit.*, p. 143.

<sup>325</sup> Ídem.

<sup>326</sup> Sentencia recaída en el Expediente N°756-2005-PUNO del 31 de enero del 2004.

En el año 2008, el Tribunal Constitucional se pronunció en la Sentencia recaída en el Expediente N° 2132- 2008- PA/TC - ICA, en la cual doña Rosa Felicita Elizabeth Martínez García interpone recurso de agravio constitucional con el objeto que se declaren nulas las resoluciones: i) N.º 5, de fecha 19 de marzo del 2004, ii) N.º 8, de fecha 1 de abril de 2004 y iii) N.º 10, de fecha 22 de mayo del 2004 que declara improcedente la nulidad deducida por la recurrente, resoluciones todas sobre aumento de alimentos en favor de su menor hija Ana Fiorella Solier Martínez<sup>327</sup>. En el recurso interpuesto se sostiene que las cuestionadas resoluciones judiciales han vulnerado sus derechos al debido proceso, a la igualdad ante la ley y a la protección especial del niño/niña y del adolescente, pues han declarado la prescripción de ejecución de la sentencia sobre pensión alimenticia. La demanda de amparo fue declarada fundada. El Tribunal llegó a esta decisión al establecer al principio del interés superior del niño/niña, como un *principio constitucional de protección del interés superior del niño/niña que constituye un contenido constitucional implícito del artículo 4º de la Norma Fundamental en cuanto establece que la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño/niña*. Tal contenido fundamental es reconocido a su vez por la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. De este modo, el principio constitucional de protección del interés superior del niño/niña se constituye como aquel valor especial y superior según el cual los derechos fundamentales del niño/niña, y en última instancia su dignidad, tienen fuerza normativa superior no sólo en el momento de la producción de normas, sino también en el momento de la interpretación de ellas, constituyéndose por tanto en un principio de ineludible materialización para el Estado, la sociedad en su conjunto y la propia familia, incluidos claro está el padre, la madre o quien sea el responsable de velar por su derechos fundamentales<sup>328</sup>.

Asimismo, en la Sentencia recaída sobre el Expediente N° 02079-2009-HC/TC del 9 de setiembre de 2010 expedida por la Primera Sala del Tribunal Constitucional se expresó lo siguiente:

---

<sup>327</sup> Cfr. Sentencia recaída sobre el Expediente N° 02132-2008-PA/TC del 9 de mayo del 2011.

<sup>328</sup> Ídem. También puede confrontarse con la Sentencia recaída sobre el Expediente N°3330-2004-AA/TC, caso Ludesminio Loja Mori. También puede verse GAMARRA RUBIO, Fernando; *Ob. Cit.*, p. 143.

*"FJ 8. La Convención sobre los Derechos del Niño, suscrita por el Perú el año 1990, reconoce al niño como sujeto de derechos al definirlo según sus atributos y sus derechos ante el Estado, la sociedad y la familia. En su artículo 3° señala:*

*En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.*

*Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.*

*Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada. (énfasis agregado).*

*Aquí cabe mencionar que la Convención sobre los Derechos del Niño precisa que "[s]e entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad (...)".*

*FJ. 9. La Declaración de los Derechos del Niño señala en sus principios 7 y 8 que: "[e]l interés superior del niño deber ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres", pues "[e]l niño debe, en todas las circunstancias, figurar entre los primeros que reciban protección y socorro".*

*FJ 10. En esta línea normativa es relevante subrayar que corresponderá a los Estados velar porque en cualquier medida adoptada por instituciones públicas o privadas relativas a los niños, así como en cualquier controversia en la que se vea involucrado, sea imperativo tener como premisa de acción la atención prioritaria al interés superior del niño.*

*FJ. 11. La Constitución Política de Perú señala en su artículo 4° que "[l]a comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente (...)". La tutela permanente que con esta disposición se reconoce tiene una base justa en el interés superior del niño y del adolescente, doctrina que se ha admitido en el ámbito jurídico como parte del bloque de constitucionalidad conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, a través del artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, precisándose que en toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo y Ministerio Público, entre otros, se considerará prioritario el principio del interés superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos.*

*Por tanto, el fundamento constitucional de la protección del niño y del adolescente que la Constitución otorga radica en la especial situación en que dichos menores de edad se encuentran, es decir, en plena etapa de formación integral, en tanto personas*

*Se debe indicar que el artículo I del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes precisa que se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad, y adolescente desde los doce hasta cumplir los dieciocho años de edad. Por tanto, entendemos que cuando los instrumentos internacionales aluden al niño como sujeto de derechos (párrafo final del Fundamento 8), para nuestra legislación nacional comprende tanto a los niños como a los adolescentes, resultando que en nuestro caso las menores favorecidas son niñas (Fundamento 1).*

*FJ 12. En esta línea, el Tribunal ya ha tenido oportunidad de pronunciarse acerca del interés superior del niño en la sentencia recaída en el Expediente N.º 06165-2005-HC/TC (Fundamento 14), en la que precisó la responsabilidad de la salvaguardia del principio del interés superior de los niños y adolescentes, y su percepción al señalar:*

*“La tutela que ha sido prevista en la Norma Fundamental es permanente, pero como se ha ido estableciendo, la responsabilidad no sólo es del Estado, pese a que siempre los reclamos son dirigidos a éste, sino de la comunidad toda.*

*Entonces, por más que se reconozca una protección superlativa a los niños y adolescentes (...), ello no es óbice para que este Colegiado acepte y apoye cualquier tipo de actividad que se realice para con ellos” (énfasis agregado)*

*FJ 13. En consecuencia, el deber especial de protección sobre los Derechos del Niño vincula no sólo a las entidades estatales y públicas sino también a las entidades privadas e inclusive a la comunidad toda, a fin de que en cualquier medida que adopten o acto que los comprometa velen por el interés superior del niño, el cual debe anteponerse a cualquier otro interés. Por tanto, constituye un deber el velar por la vigencia de los derechos del niño y la preferencia de sus intereses, resultando que ante cualquier situación en la que colisione o se vea en riesgo el interés superior del niño, indudablemente, este debe ser preferido antes que cualquier otro interés. Y es que la niñez constituye un grupo de personas de interés y de protección prioritaria del Estado y de toda la comunidad, por lo que las políticas estatales le deben dispensar una atención preferente.*

*En consecuencia, en la eventualidad de un conflicto frente al presunto interés del adulto sobre el del niño, prevalece el de este último; y es que parte de su esencia radica en la necesidad de defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos a plenitud por sí mismo y de quien, por la etapa de desarrollo en que se encuentra, no puede oponer resistencia o responder ante un agravio a sus derechos. Es en este sentido que el análisis de una controversia constitucional de los derechos del niño debe realizarse a la luz del interés superior del niño y del adolescente, principio investido de fuerza normativa que en el presente caso debe ser concebido como vértice de interpretación de los derechos (de las menores favorecidas) materia de la controversia constitucional que nos ocupa.”*

### 1.6. La responsabilidad en la realización del interés superior del niño

A la luz de las distintas implicancias del principio anteriormente señaladas, cabe diferenciar dos niveles de responsabilidad en la realización del interés superior del niño.

A nivel privado, el interés superior del niño remite a las decisiones que toman los adultos (padres, tutores, profesionales y otras personas responsables) respecto de los niños, debiendo hacer prevalecer el máximo nivel de bienestar posible. Esta consideración de tipo individual involucra al Estado como garante último de las condiciones para que los adultos responsables puedan realizar el interés superior del niño<sup>329</sup>. Es decir que el interés superior del niño presenta –sobre todo– una dimensión pública, en función de la cual toda decisión judicial y administrativa, toda provisión de servicios que afecte a los niños debe tener en cuenta su interés superior. Esto incluye tanto las medidas que impactan directamente sobre los niños (por ejemplo, la legislación y políticas públicas referidas a salud y educación), como las medidas indirectas que tienen impacto en sus condiciones de vida (vivienda, infraestructura de saneamiento, etcétera).

Sin embargo, la falta de contenido sustancial del interés superior del niño introduce un alto grado de subjetividad, que se refleja en los dos niveles de responsabilidad identificados<sup>330</sup>. En el ámbito privado, la noción de bienestar se verá influenciada por la situación económica, social y cultural de la familia y la biografía o trayectoria familiar. Así, el interés superior del niño será interpretado a la luz de las circunstancias que caracterizan la situación particular. Por su parte, la tradición política de un Estado, las instituciones existentes, los recursos económicos, entre otros, tendrán una fuerte repercusión en el tipo de políticas públicas que se implementarán para proteger a los niños. Se corre así el riesgo de vaciar de contenido al principio<sup>331</sup>.

---

<sup>329</sup> LARUMBE NANALEJO, Silvia; *Ob. Cit.*, pp. 249-290.

<sup>330</sup> DOMENECH, Ernesto; "Adecuación de la Legislación Local a la Convención de los Derechos del Niño. El caso de la Provincia de Buenos Aires (Argentina)" en *Anuario de Justicia de Menores*, N° I, 2001, Editorial Astigi S.L., Sevilla, 2001, pp. 882 y ss.

<sup>331</sup> GROSMAN, Cecilia; *Ob. Cit.* pp. 26 y ss.

Sobre esta cuestión se ha posicionado el Comité de los Derechos del Niño mediante su OGN°14, párrafo 11, enfatizando la necesidad de superar el momento presente y las consideraciones de índole coyuntural, para extender la visión sobre el bienestar de los niños hacia el futuro. Esto entra en juego a nivel individual en casos como el divorcio de los padres y la adopción<sup>332</sup>.

A nivel público implica orientar las medidas de política hacia la mejora de sus condiciones de bienestar actual a partir de la implantación de un dispositivo de protección de la infancia<sup>333</sup>. En definitiva, el interés superior del niño llama a interesarse por la situación de los niños en clave de futuro, convirtiéndose en un proyecto de sociedad<sup>334</sup>.

### **1.7. Las debilidades y fortalezas del principio del Interés superior del niño/niña**

La noción del interés superior del niño/niña ha adquirido una trascendencia institucional que supera las fronteras. Empero, al mismo tiempo, junto al consenso de las naciones se alzan voces en el campo doctrinario que marcan sus debilidades<sup>335</sup>. Su aplicación, pone a la justicia al servicio de los modelos sociopolíticos dominantes. Su evaluación subjetiva facilita la arbitrariedad del magistrado. “Este interés es siempre definido por el adulto y existe riesgo de contemplar más los intereses de éste último que los del menor, ya que queda reducido como aquel que no habla. Es un compartimiento vacío que se llena con las percepciones y prejuicios de los adultos”<sup>336</sup>. En nuestro país, la práctica judicial indica una carencia cuando se autoriza al juez a objetar los acuerdos de las partes si afectan el bienestar de los hijos, ya que los jueces aprueban los convenios sin investigar si benefician o no al niño, pues confían en el criterio de los padres<sup>337</sup>. También se ha dicho que cuando se piensa en el interés superior del menor es posible

---

<sup>332</sup> GUTIERREZ DE LA CRUZ, Judyth. *Ob. Cit.*, pp. 249-290.

<sup>333</sup> Ídem. y también GROSMAÑ, Cecilia; *Ob. Cit.* p. 30.

<sup>334</sup> DOMENECH, Ernesto; *Ob. Cit.*, p. 881.

<sup>335</sup> Ídem.

<sup>336</sup> Cfr. DEFENSORIA DEL PUEBLO. *La afectación de los derechos a la identidad y a la igualdad de los hijos extramatrimoniales en la inscripción de nacimientos*, Lima, Defensoría del Pueblo, 2003, p. 35.

<sup>337</sup> Cfr. GUTIERREZ DE LA CRUZ, Judyth. *Ob. Cit.*, p. 61 y DOMENECH, Ernesto; *Ob. Cit.*, p. 881.

tener distintas ideas sobre la manera en que puede ser satisfecho<sup>338</sup>. Unos pueden creer que el mayor interés es lograr fuertes lazos emocionales, y otros suponer que es contar con una adecuada formación espiritual o religiosa o prepararlo para ser un hombre productivo en la adultez. La evaluación del interés superior del niño/niña dependerá de los valores que se consideran importantes en la tarea formativa<sup>339</sup>.

Creemos que, pese a los riesgos señalados, es necesario, enaltecer la noción en cuanto representa la consideración del niño/niña como una persona independiente, el reconocimiento de sus propias necesidades y la aceptación de los derechos de quien no puede ejercerlos por sí mismo. El interés superior del niño/niña emerge como fruto de una estructura familiar que busca el respeto de las individualidades que la componen. Surge cuando la infancia es concebida como una categoría autónoma, con sus propios derechos e intereses<sup>340</sup>.

### **1.8. Enfoque legal del acogimiento del "interés superior del niño" en el Derecho comparado.**

Entre los países que, además de instituir el interés superior del niño como principio en sus leyes y códigos de la infancia y la adolescencia, lo han incorporado en sus textos constitucionales se encuentran Bolivia, Ecuador, México, República Dominicana y Venezuela.

Asimismo, entre los países que han basado sus leyes de protección integral o códigos de infancia en el interés superior del niño, sin hacer mención explícita al principio en sus cartas supremas pero otorgándole rango constitucional a los tratados internacionales de

---

<sup>338</sup> DOMENECH, Ernesto; *Ob. Cit.*, p. 881.

<sup>339</sup> DEFENSORIA DEL PUEBLO, *Ob. Cit.*, p. 41.

<sup>340</sup> GUTIERREZ DE LA CRUZ, Judyth. *Ob. Cit.*, p. 59.



derechos humanos, ya sea por remisión expresa o mediante el bloque de constitucionalidad, se pueden mencionar a Argentina, Colombia y Guatemala.

Por otro lado, entre los países que han adoptado el interés superior del niño en sus leyes y códigos de la infancia y la adolescencia, otorgando entidad supra-legal a los tratados, convenios y acuerdos internacionales ratificados, pero sin reconocerles rango constitucional, se encuentran Costa Rica, El Salvador y Paraguay.

Finalmente, los países que han adoptado el interés superior del niño exclusivamente en sus leyes internas son Nicaragua, Panamá, Perú y Uruguay.

### **1.8.1. Bolivia**

La Nueva Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia establece:

*“Es deber del Estado, la sociedad y la familia garantizar la prioridad del interés superior de la niña, niño y adolescente, que comprende la preeminencia de sus derechos, la primacía en recibir protección y socorro en cualquier circunstancia, la prioridad en la atención de los servicios públicos y privados, y el acceso a una administración de justicia pronta, oportuna y con asistencia de personal especializado” (art. 60º)*<sup>341</sup>.

Mientras que el Código del Niño, Niña y Adolescente<sup>342</sup> establece:

*“Las normas del presente Código deben interpretarse velando por el interés superior del niño, niña y adolescente, de acuerdo con la Constitución Política del Estado, las Convenciones, Tratados Internacionales vigentes y las leyes de la República” (art. 6º)*<sup>343</sup>.

### **1.8.2. Ecuador**

---

<sup>341</sup> Cfr. Constitución Política de Bolivia promulgada por el presidente y publicada en la Gaceta Oficial de Bolivia el 7 de febrero del 2009, artículo 60º.

<sup>342</sup> Código de Niña, niño y adolescente, Ley N° 548 aprobado mediante Decreto Supremo N° 2377 el 27 de mayo del 2015.

<sup>343</sup> Ley N° 548. Código del Niño, Niña y Adolescente aprobado mediante Decreto Supremo N° 2377 el 27 de mayo del 2015.

Por su parte, la Constitución del Ecuador establece:

*“El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas” (art. 44)<sup>344</sup>.*

Y el Código de la Niñez y Adolescencia<sup>345</sup> dispone “sobre la protección integral que el Estado, la sociedad y la familia deben garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que viven en el Ecuador, con el fin de lograr su desarrollo integral y el disfrute pleno de sus derechos, en un marco de libertad, dignidad y equidad. Para este efecto, regula el goce y ejercicio de los derechos, deberes y responsabilidades de los niños, niñas y adolescentes y los medios para hacerlos efectivos, garantizarlos y protegerlos, conforme al principio del interés superior de la niñez y adolescencia y a la doctrina de protección integral” (art. 1).

### 1.8.3. México

La Constitución de los Estados Unidos Mexicanos establece:

*“En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez” (art. 4)<sup>346</sup>.*

---

<sup>344</sup> Constitución Política de Ecuador aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente el 20 de octubre del 2008.

<sup>345</sup> Código de la Niñez y Adolescencia publicado por Ley N° 100 en el Registro Oficial 737 del 3 de enero del 2003.

<sup>346</sup> Constitución Política de Los Estados Unidos Mexicanos promulgada por el Congreso Constituyente el 5 de febrero de 1917.

Cabe señalar que, en este caso no se le otorga prevalencia al interés superior del niño. Por su parte, en el artículo 3° de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes<sup>347</sup> se menciona al interés superior del niño como primer principio rector de la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes.

#### **1.8.4. República Dominicana**

La Constitución de la República Dominicana establece:

*“La familia, la sociedad y el Estado, harán primar el interés superior del niño, niña y adolescente; tendrán la obligación de asistirles y protegerles para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos fundamentales, conforme a esta Constitución y las leyes” (art. 56)<sup>348</sup>.*

Mientras que en su Código para el Sistema de Protección y los Derechos Fundamentales de Niños, Niñas y Adolescentes<sup>349</sup> fija como quinto principio:

*“El principio del interés superior del niño, niña o adolescente debe tomarse en cuenta siempre en la interpretación y aplicación de este Código y es de obligatorio cumplimiento en todas las decisiones que les sean concernientes. Busca contribuir con su desarrollo integral y asegurar el disfrute pleno y efectivo de sus derechos fundamentales.” Asimismo, instituye “La necesidad de priorizar los derechos del niño, niña y adolescente frente a los derechos de las personas adultas.”*

#### **1.8.5. Venezuela**

Por último, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece:

---

<sup>347</sup> Ley de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de México contenida en el Decreto N° 428 aprobado el 7 de mayo del 2015.

<sup>348</sup> Constitución de la República Dominicana proclamada el 13 de junio del 2015 mediante Gaceta Oficial N° 10561.

<sup>349</sup> Código para el Sistema de Protección y los Derechos Fundamentales de los Niños, Niñas y Adolescentes aprobado mediante Ley N° 136-03 el 22 de julio del 2003.

*“Los niños, niñas y adolescentes son sujetos plenos de derecho y estarán protegidos por la legislación, órganos y tribunales especializados, los cuales respetarán, garantizarán y desarrollarán los contenidos de esta Constitución, la Convención sobre los Derechos del Niño y demás tratados internacionales que en esta materia haya suscrito y ratificado la República. El Estado, las familias y la sociedad asegurarán, con prioridad absoluta, protección integral, para lo cual se tomará en cuenta su interés superior en las decisiones y acciones que les conciernan. El Estado promoverá su incorporación progresiva a la ciudadanía activa, y creará un sistema rector nacional para la protección integral de los niños, niñas y adolescentes” (art. 78)<sup>350</sup>.*

Y la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente<sup>351</sup> define que:

*“El Interés Superior del Niño es un principio de interpretación y aplicación de esta Ley, el cual es de obligatorio cumplimiento en la toma de todas las decisiones concernientes a los niños y adolescentes. Este principio está dirigido a asegurar el desarrollo integral de los niños y adolescentes, así como el disfrute pleno y efectivo de sus derechos y garantías”; definiendo además que “En aplicación del Interés Superior del Niño, cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de los niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros” (art. 8).*

### **1.8.6. Argentina**

El artículo 75° inciso 22 de la Constitución de la Nación Argentina<sup>352</sup> establece:

*“Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes”.*

---

<sup>350</sup> Constitución Política de la República Bolivariana de Venezuela promulgada el 20 de diciembre de 1999.

<sup>351</sup> Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente vigente desde el 20 de abril del 2000.

<sup>352</sup> Constitución de la Nación Argentina aprobada por la Asamblea Constituyente mediante Ley N° 24 430 el 15 de diciembre de 1994.

Entre estos se menciona explícitamente la CIDN. Por su parte, la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes<sup>353</sup> dispone en su artículo 3º:

*“A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley”, enfatizando el respeto por: a) Su condición de sujeto de derecho; b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; f) Su centro de vida (entendido como el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia). Adicionalmente, este artículo impone la prevalencia de los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, cuando exista conflicto entre ellos.*

### **1.8.7. Colombia**

El artículo 93 de la Constitución Política de Colombia<sup>354</sup> establece que

*“Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.”*

Y el artículo 6º del Código de la Infancia y la Adolescencia<sup>355</sup> define como regla de interpretación y aplicación que:

*“Las normas contenidas en la Constitución Política y en los Tratados o Convenios Internacionales de Derechos Humanos ratificados por Colombia, en*

---

<sup>353</sup> Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, Ley N° 26.061 promulgada el 21 de octubre del 2005.

<sup>354</sup> Constitución Política de Colombia de 1991.

<sup>355</sup> Ley N° 1098 del 8 de noviembre por el cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia.

*especial la Convención sobre los Derechos del Niño, harán parte integral de este Código, y servirán de guía para su interpretación y aplicación. En todo caso, se aplicará siempre la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente”.*

### **1.8.8. Guatemala**

Mediante el artículo 46° de la Constitución Política de la República de Guatemala<sup>356</sup> se otorga preeminencia al derecho internacional:

*“Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno”.*

Mientras que el artículo 5 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia<sup>357</sup> define que:

*“El interés superior del niño, es una garantía que se aplicará en toda decisión que se adopte con relación a la niñez y la adolescencia, que deberá asegurar el ejercicio y disfrute de sus derechos, respetando sus vínculos familiares, origen étnico, religioso, cultural y lingüístico, teniendo siempre en cuenta su opinión en función de su edad y madurez. En ningún caso su aplicación podrá disminuir, tergiversar o restringir los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Política de la República, tratados y convenios en materia de derechos humanos aceptados y ratificados por Guatemala y en esta Ley”.*

### **1.8.9. Costa Rica**

La Constitución Política de la República de Costa Rica<sup>358</sup> establece en su artículo 7°:

---

<sup>356</sup> Constitución Política de la República de Guatemala reformada por Acuerdo legislativo N° 18-93 del 17 de noviembre de 1993.

<sup>357</sup> Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia aprobado mediante Decreto N° 27-2003 el 4 de junio del 2003.

<sup>358</sup> Constitución Política de la República de Costa Rica dada el 7 de noviembre de 1949.

*“Los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos, debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes.”*

Por su parte, el Código de la Niñez y la Adolescencia<sup>359</sup> establece en su artículo 5:

*“Toda acción pública o privada concerniente a una persona menor de dieciocho años, deberá considerar su interés superior, el cual le garantiza el respeto de sus derechos en un ambiente físico y mental sano, en procura del pleno desarrollo personal, teniendo en cuenta a) Su condición de sujeto de derechos y responsabilidades; b) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; c) Las condiciones socioeconómicas en que se desenvuelve; d) La correspondencia entre el interés individual y el social.”*

#### **1.8.10. El Salvador**

La Constitución Política de la República de El Salvador<sup>360</sup> instaure mediante su artículo 44° la prevalencia de los tratados internacionales sobre la ley interna:

*“Los tratados internacionales celebrados por El Salvador con otros estados o con organismos internacionales, constituyen leyes de la República al entrar en vigencia, conforme a las disposiciones del mismo tratado y de esta Constitución. La ley no podrá modificar o derogar lo acordado en un tratado vigente para El Salvador. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalecerá el tratado”.*

Mientras que el artículo 12 ° de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia<sup>361</sup> consagra el interés superior del niño como principio de interpretación, aplicación e integración de la norma:

*“En la interpretación, aplicación e integración de toda norma; en la toma de decisiones judiciales y administrativas, así como en la implementación y evaluación de las políticas públicas, es de obligatorio cumplimiento el principio*

---

<sup>359</sup> Código de la Niñez y la Adolescencia aprobado mediante Ley N° 7739

<sup>360</sup> Constitución Política de la República de El Salvador de 1983 contenido en el Decreto N° 38.

<sup>361</sup> Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia publicada en Diario Oficial N° 68, Tomo N° 383, el 16 de abril del 2009.

*del interés superior de las niñas, niños y adolescentes, en lo relativo a asegurar su desarrollo integral y el disfrute de sus derechos y garantías”.*

#### **1.8.11. Paraguay**

La Constitución de la República de Paraguay<sup>362</sup>, en su artículo 137° indica que:

*“La ley suprema de la República es la Constitución. Esta, los tratados, convenios acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado”.*

El interés superior del niño es adoptado como principio mediante el artículo 3° del Código de la Niñez y la Adolescencia<sup>363</sup>:

*“Toda medida que se adopte respecto al niño o adolescente estará fundada en su interés superior. Este principio estará dirigido a asegurar el desarrollo integral del niño o adolescente, así como el ejercicio y disfrute pleno de sus derechos y garantías. Para determinar el interés superior o prevaleciente se respetarán sus vínculos familiares, su educación y su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico. Se atenderá además la opinión del mismo, el equilibrio entre sus derechos y deberes, así como su condición de persona en desarrollo”.*

#### **1.8.12. Nicaragua**

El artículo 9 del Código de la Niñez y la Adolescencia<sup>364</sup> fija:

*“En todas las medidas que tomen las Instituciones públicas y privadas de bienestar social, los Tribunales, las Autoridades nacionales, municipales y de las Regiones Autónomas que afecten a las niñas, niños y adolescentes, así como en la interpretación y aplicación de este Código, se deberá tomar en cuenta*

---

<sup>362</sup> Constitución de la República de Paraguay promulgada el 20 de junio de 1992.

<sup>363</sup> Código de la Niñez y la Adolescencia creado por la Ley N° 1680 del 2001.

<sup>364</sup> Código de la Niñez y la Adolescencia contenido en la Ley N° 287 del 12 de mayo de 1998.



*como principio primordial, el interés superior de la niña, el niño y el adolescente”.*

### **1.8.13. Panamá**

El artículo 488° del Código de la Familia<sup>365</sup> establece:

*“Las disposiciones del presente Libro deben interpretarse fundamentalmente en interés superior del menor, de acuerdo con los principios generales aquí establecidos y con los universalmente admitidos por el Derecho de Menores”.*

### **1.8.14. Uruguay**

El artículo 6 del Código de la Niñez y la Adolescencia<sup>366</sup> define el interés superior del niño y adolescente como criterio específico de interpretación e integración:

*“Para la interpretación e integración de este Código se deberá tener en cuenta el interés superior del niño y adolescente, que consiste en el reconocimiento y respeto de los derechos inherentes a su calidad de persona humana. En consecuencia, este principio no se podrá invocar para menoscabo de tales derechos”.*

Cabe destacar que la tipología presentada no ha sido construida a partir de un criterio de “énfasis”. Los países de cada uno de estos grupos han recorrido trayectos distintos en relación al reconocimiento explícito de las normas del Pacto en el ordenamiento jurídico interno.

---

<sup>365</sup> Código de la Familia de la República de Panamá.

<sup>366</sup> Código de la Niñez y la Adolescencia aprobado mediante Ley N° 17.823 publicada en el Diario Oficial el 14 de setiembre del 2004

### CAPÍTULO III

#### LA FILIACIÓN EN LOS SUPUESTOS GENERADOS COMO CONSECUENCIA DE LA APLICACIÓN DE LAS TRA.

##### 1. Conflictos generales ocasionados con la aplicación de las TRA

No obstante, los numerosos cambios provocados por las TRA la determinación de la filiación de las personas nacidas por el empleo de estas técnicas es, posiblemente, la cuestión más importante que plantea su utilización y en la que las normas hasta ahora vigentes se muestran más insuficientes.

Las TRA han introducido cambios sustanciales que inciden directamente sobre el sentido de la regulación de la filiación actualmente vigente<sup>367</sup>. La relación jurídica derivada de las TRA no es la filiación que hasta ahora se conocía ni la paternidad/maternidad predicable son las que el Derecho occidental de Roma hacia acá, y la cultura universal, habían elaborado. Por lo tanto, es necesario conceptualizar *ex novo* el orden familiar establecido<sup>368</sup>.

Las cuestiones jurídicas contenidas en una Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida son numerosas<sup>369</sup>, variadas y de sustancial calado, al afectar a temas no sólo íntimos y personales, sino cargados de implicaciones filosóficas. Sin ánimo exhaustivo: la capacidad reproductiva, de la mano del supuesto derecho a la reproducción; las relaciones de filiación, en su contenido, fundamento y determinación; el ámbito de la autonomía de la voluntad y sus límites, latente en los consentimientos requeridos para la aplicación de las técnicas y sus consecuencias, y en suma, cuanto plantea la intervención legislativa sobre el origen de la vida y, en general, sobre la investigación científica. La radical trascendencia de cada uno de ellos justifica la atención que la

---

<sup>367</sup> VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique; "Determinación...", p. 19.

<sup>368</sup> APARISI MIRALLES, A. *Ob. Cit.*, p. 29.

<sup>369</sup> Ídem.

doctrina jurídica española ha dispensado a la vigente Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, así como a sus precedentes<sup>370</sup>.

Es un tema crucial para el Derecho, en cuanto dirigido a la identificación de las partes de la relación de filiación, con todos sus efectos jurídicos. Se muestra, además, sumamente complejo, por la pluralidad de intereses en posible conflicto a atender. En España, la regulación a través de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida ha alterado sustancialmente las premisas sobre las que el Código Civil español construyó el Derecho de filiación en la Ley 11/1981, de 13 de mayo, según queda patente en decisiones tan llamativas como la de posibilitar la doble maternidad biológica, sin padre (art. 7.3 LTRHA). Ello obliga a revisar afirmaciones tan básicas o de partida como la de que la determinación de la filiación persigue la identificación del padre y de la madre de una persona. Como decía, tal decisión legislativa puede ser la más llamativa, pero en absoluto es la única discutible, ya no sólo desde consideraciones filosóficas, sino de mera técnica jurídica. Porque la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, plantea más problemas que los que resuelve<sup>371</sup>.

Durante los últimos años los avances que se han producido en el ámbito de las ciencias médicas han sido sorprendentes, y han logrado impactar de manera tal que su desarrollo ha permitido aceptar novedosas formas de *crear vida*<sup>372</sup>. Los beneficios de los avances científicos y tecnológicos son innegables, y definitivamente de gran ayuda; sin embargo cuando se sobrepasan algunos límites la situación merece particular atención y especial análisis.

En la actualidad, es bastante común escuchar referencias sobre el *proyecto genoma humano*, las *técnicas reproducción artificial*, *procedimientos de manipulación genética*,

---

<sup>370</sup> BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles; “Reproducción asistida y determinación de la filiación” en Revista REDUR N° 8, Madrid, 2010, pp. 25-37.

<sup>371</sup> BENÍTEZ ORTÚZAR, “Delitos relativos a la reproducción asistida”, en *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*, Editorial Comares y Ministerio de Sanidad y Consumo, Granada, 1998, p. 35.

<sup>372</sup> BERCOVITZ y RODRIGUEZ CANO, “La filiación inducida y las clasificaciones legales”. En *II Congreso Mundial Vasco: La Filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Editorial Trivium, Madrid, 1988.

entre otros; generándose a lo largo y ancho de los cinco continentes diferentes mesas de debate.

Posturas, hay muchas y de diversa índole. Por una parte, se hallan quienes consideran que estamos ante una ciencia limpia y bien intencionada que permitirá llevar a cabo auténticos milagros en favor del progreso humano; pero por otro lado hay quienes, aceptando o no las ventajas que este ámbito del conocimiento puede ofrecer al bienestar popular, critican y cuestionan ciertos temas, mostrándose contra la aceptación de estas experimentaciones.

Uno de los temas que mayor cuestionamiento ha suscitado para el mundo del derecho es la *Reproducción Asistida*, y de manera más concreta, *la filiación*.

Ello pone de manifiesto la necesidad de una profundización en el conocimiento de las consecuencias que estas nuevas técnicas van a tener para el ser humano y su entorno, imponiéndose, así, la necesidad de una reflexión que aborde aspectos científicos y éticos, asociados con el ámbito jurídico.

### **1.1. La determinación de la paternidad, tanto en los casos en los que los gametos proceden del padre, como cuando provienen de donante ajeno; a la luz de la legislación española.**

La filosofía de la Ley, y con ello comparte el criterio habitual del Derecho comparado, es que la voluntad de generar un nuevo ser humano a través de la aplicación de estas técnicas sustituye al dato biológico, convirtiendo en padre o madre legal a quien presta su consentimiento para aquéllas.

Ahora bien, en España, el legislador no reviste a dicha voluntad del carácter de título de determinación de la filiación, a sumar a los presentes en el Código civil (arts. 115 y 120) siguen aplicándose éstos, introduciendo dicho consentimiento sólo modulaciones en sus efectos. Con una salvedad: la manifestación de la mujer casada con otra ante el Encargado del Registro Civil, y previa al nacimiento del hijo de su cónyuge,

incorporada en el art. 7.3 LTRHA. Esta previsión legal no puede entenderse sino como un *nuevo* título de determinación de la filiación, ligado a la voluntad pero esencialmente distinto al reconocimiento<sup>373</sup>.

Bajo estas consideraciones, si nos enmarcamos únicamente dentro del primer supuesto de *técnicas de reproducción artificial de tipo homólogas* la filiación vendrá determinada por las normas que rigen la filiación civil, tal como si se tratase de una filiación natural.

En estos supuestos, el rol del consentimiento de ambos progenitores, aunque especialmente el del padre, cobran determinada vigencia.

Si se trata de una procreación asistida en la cual el marido no prestó su consentimiento, pero no obstante se encuentra vigente el *principio de presunción de paternidad*<sup>374</sup>, la filiación se determinará a favor del marido, aunque su voluntad no haya mediado. Esta situación se presenta con la intención de favorecer la filiación del menor, el cual se entenderá vigente sobre todo porque aun cuando el marido pretenda impugnar la paternidad<sup>375</sup>, ésta se acreditaría mediante una prueba biológica<sup>376</sup>.

---

<sup>373</sup> BIGLIARDI y ESTIVARIZ; "Determinación filial en las nuevas técnicas de reproducción asistida". En 1º Jornadas Nacionales de Bioética y Derecho, Buenos Aires, 2000, p. 23. "Esta introducción de la voluntad como criterio determinante para la atribución de la filiación es excepcional en nuestro sistema, y no cabe su aplicación analógica cuando entre los progenitores media relación sexual. Por ello afirmo en el texto que el consentimiento a la práctica de técnicas de reproducción asistida se equipara al dato biológico: mediando relación sexual, la existencia o no de consentimiento para la fecundación es irrelevante. Vid. en este sentido la SAP Palencia (Sección 1ª) 20 enero 2008 (JUR 2008\318329), que desestima la oposición del varón a la acción de reclamación de la filiación con semejante fundamento". Al respecto también puede consultarse BERCOVITZ y RODRIGUEZ CANO, *Ob. Cit.*, p. 52.

<sup>374</sup> Artículo 116º del Código Civil español. - Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges. Situación similar ocurre en Derecho peruano donde esta presunción también opera en el artículo 361º del Código Civil de 1984 en el cual se determina: "*El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido*". Y más todavía cuando en el artículo 362 del Código Civil peruano en el cual se determina: "*El hijo se presume matrimonial, aunque la madre declare que no es de su marido o sea condenada como adúltera*".

<sup>375</sup> Impugnación de paternidad

<sup>376</sup> El ADN del progenitor coincidiría plenamente con el ADN del nacido. Esta es la naturaleza de las técnicas homólogas.

Situación distinta ocurrirá si el niño nace luego de los trescientos días en los que se aplica la presunción, esto es, nace como resultado de que la mujer utilizó los gametos de su “ex marido” sin el consentimiento previo de éste. Esta situación llevaría a aceptar que la filiación será extra matrimonial, y sólo con respecto a la madre, aun cuando el ex marido reconozca al nacido o se declare su paternidad como consecuencia de una acción de filiación.<sup>377</sup> Esto sucederá debido a la coincidencia entre el titular de los gametos, y el padre del menor<sup>378</sup>.

Ahora bien, cuando una técnica de esta naturaleza es empleada al interior de una relación no matrimonial el panorama es diferente.

En este escenario podríamos plantear, por ejemplo, la aplicación del artículo 120.1 del Código Civil español en virtud del cual una vez producido el nacimiento, el varón puede proceder con el reconocimiento<sup>379</sup>. De no ser así, la paternidad podría ser determinada por sentencia que resuelva una posible acción de reclamación.<sup>380</sup> En este caso la acción sería aceptada en virtud de los resultados de una prueba biológica, o bien mediante el escrito del consentimiento para la realización de las técnicas junto al expediente médico que acredite la realización<sup>381</sup>.

---

<sup>377</sup>Artículo 127 y ss. del Código Civil español. - En los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas. El Juez no admitirá la demanda si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funde. (...)

<sup>378</sup> Los planteamientos de este supuesto pueden encontrarse en BUENO RINCÓN, Enrique Fabio; *La investigación de la filiación y las pruebas biológicas*, 2º Edición, Editorial Gustavo Ibáñez, Santa Fe de Bogotá, 1996, pp. 19 y ss.

<sup>379</sup>Artículo 120.1 del Código Civil español.- La filiación no matrimonial quedará determinada legalmente: 1.o Por el reconocimiento ante el encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público. (...)

<sup>380</sup>Artículo 131 y ss. del Código Civil español.- Cualquier persona con interés legítimo tiene acción para que se declare la filiación manifestada por la constante posesión de estado. Se exceptúa el supuesto en que la filiación que se reclame contradiga otra legalmente determinada.

<sup>381</sup> CABAÑAS F., LÓPEZ-AZORÍN M, PELLICER A. *Impacto de las técnicas de reproducción asistida en la salud del recién nacido*, An Pediatr (Barc), Barcelona, 2009, pp. 11 y ss. CASTELLANO ARROYO M; “Implicaciones médico-jurídicas de la reproducción asistida” en *Medicina Legal y Toxicología*, 4 Ed., Salvat Editores S.A., Barcelona, 1991; y también en CABALLERO PEREGRIN, Pedro; HERRERA CAMPOS, Ramón; “Determinación legal de la filiación”. En *Comentarios científico-jurídicos a Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*. Editorial Dykinson, 2007.

Sin embargo, situación distinta se presenta cuando la reproducción artificial se haya realizado sin el consentimiento del varón, siendo la única causa del nacimiento la voluntad de la mujer. Ante tal situación la filiación debe producirse, dado que finalmente lo que se pretende es la identidad del menor. En este caso, si bien se reconoce que el varón no consintió, con la finalidad de proteger la filiación, podría determinarse ésta a favor del varón aunque no se logren configurar los derechos ni las obligaciones<sup>382</sup>.

Esta última afirmación se produce porque resulta evidente que al extrapolar las normas de la filiación por reproducción natural a la filiación por reproducción artificial lo que se protege, o por lo menos lo que se pretende proteger, es el derecho de filiación del nacido; toda vez que la coincidencia entre la genética del nacido y la genética del cónyuge/varón se mantiene<sup>383</sup>.

Entonces, aun cuando no exista consentimiento del cónyuge/varón, (sea que se trate de una relación matrimonial o no matrimonial) cabe resaltar que en este tipo de técnicas la identidad entre los progenitores y los futuros padres se mantiene, toda vez que siempre que se analice la filiación existirá identificación plena entre la realidad genética y la posible realidad jurídica<sup>384</sup>.

En cambio ante el supuesto que se desconozca la filiación del padre sólo por no haber prestado el consentimiento se estaría dando mayor relevancia a un elemento de carácter meramente volitivo para determinar la filiación<sup>385</sup>. En tal caso, el menor quedaría únicamente reconocido por la madre y sin padre<sup>386</sup>.

---

<sup>382</sup> CABAÑAS F., LÓPEZ-AZORÍN M, PELLICER A., *Ob. Cit.*, p. 7.

<sup>383</sup> CASTELLANO ARROYO M; *Ob. Cit.*, p. 16.

<sup>384</sup> CABAÑAS F., LÓPEZ-AZORÍN M, PELLICER A., *Ob. Cit.*, p. 7.

<sup>385</sup> Ídem.

<sup>386</sup> CABALLERO PEREGRIN, Pedro; HERRERA CAMPOS, Ramón; *Ob. Cit.*, p. 29; y también CABAÑAS F., LÓPEZ-AZORÍN M, PELLICER A. *Impacto de las técnicas de reproducción asistida en la salud del recién nacido*, An Pediatr (Barc), Barcelona, 2009, pp. 11 y ss.; y CASTELLANO ARROYO M; *Ob. Cit.*, p. 36. y también en CABALLERO PEREGRIN, Pedro; HERRERA CAMPOS, Ramón; "Determinación legal de la filiación". En *Comentarios científico-jurídicos a Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*. Editorial Dykinson, 2007.

A diferencia de los supuestos anteriores, la Procreación Asistida Heteróloga plantea la presencia de un agente que resulta ajeno a la pareja que se somete a éstas técnicas, y cuya identidad, además, no es conocida.<sup>387</sup> Es decir, el desarrollo de esta técnica se realiza con la colaboración de un tercero llamado *donante*, en razón del aporte de gametos que realiza.

La primera inseminación con esperma previamente descongelado que desembocó en un embarazo y nacimiento tuvo lugar en 1952, en un laboratorio de Estados Unidos. En 1866 se relató en Estados Unidos, el primer caso de inseminación artificial homóloga exitosa y en 1890 Dickinon comenzó a practicar la heteróloga con semen fresco. En 1954 Shermón en Estados Unidos informa el primer nacimiento utilizando espermatozoides que habían sido congelados. Desde allí la aplicación de ésta técnica tuvo un crecimiento vertiginoso; en 1992 se informó de treinta mil nacimientos en Estados Unidos en ese mismo año. No obstante fue en Francia donde tuvieron lugar los primeros centros de crio-conservación que fueron autorizados por el Ministerio de Salud en 1973. En España, en 1988 con la aprobación de la Ley de Reproducción Asistida nacieron más de dos mil niños por inseminación artificial con semen de donante.<sup>388</sup>

En este supuesto la determinación de la filiación respecto del cónyuge/varón presentará algunos matices, dependiente si éste prestó o no su consentimiento.

Tal como sucedió con el análisis de las Técnicas Homólogas, en este escenario también analizaremos primero si se trata de una relación de carácter matrimonial<sup>389</sup>.

---

<sup>387</sup> Cfr. ALKORITA IDIAKEZ, Itziar. *Ob. cit.* p. 35. “Una de las grandes preocupaciones de los ginecólogos que practicaban las inseminaciones artificiales era el anonimato del donante. Los propios bancos de semen adoptaron la prohibición de revelar la identidad del donante, a no ser que fuera preciso hacer frente a un riesgo muy grave para la vida del nacido de semen donado que requiriese conocer la identidad del padre genético para poder tratar la enfermedad. Tanto los médicos como los centros tenían el mayor interés en preservar en secreto la identidad del titular de los gametos, dada la dificultad de reclutar donante (...) a los que además no se podía pagar. El anonimato del donante es, pues una costumbre proveniente de la praxis médica que acabó imponiéndose en el resto de los ámbitos y en la propia administración sanitaria. Sin embargo, es probable que si los médicos y los propios bancos no hubieran presionado, el legislador no habría dudado a la hora de privar al nacido del conocimiento de su origen genético.”

<sup>388</sup> Cfr. ALKORITA IDIAKEZ, Itziar. *Ob. cit.* pp. 34-35.

<sup>389</sup> Ídem.



En este caso, además, habrá que analizar si el cónyuge prestó o no prestó su consentimiento para la aplicación de las técnicas<sup>390</sup>. Si el cónyuge consintió la realización de éstas, entonces se nos plantea lo siguiente existe por parte del marido un elemento aunque no genético pero sí volitivo, siendo en este supuesto la prevalencia del elemento volitivo lo determinante para la filiación<sup>391</sup>. Pero además, cuando existe consentimiento, la ley añade que la filiación se revestirá del carácter de inimpugnable<sup>392</sup>.

De esta manera, el artículo 8.1 de la Ley 14/2006 del 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida regula este supuesto al determinar:

*“1. Ni la mujer progenitora ni el marido, cuando hayan prestado su consentimiento formal, previo y expreso a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación.*

En tal sentido, con los alcances de la ley en referencia cuando en el supuesto de no coincidencia entre el elemento volitivo y el elemento genético (biológico), la relación de filiación -en el extremo de paternidad<sup>393</sup> - se determina en razón del consentimiento unido a la existencia del matrimonio.

De este consentimiento la ley deduce una filiación matrimonial inimpugnable, siendo ésta una cobertura legal de un supuesto de discordancia entre la paternidad genética, la misma que además deviene en indemostrable por el anonimato del donante.<sup>394</sup>Esta

---

<sup>390</sup> CABALLERO PEREGRIN, Pedro; HERRERA CAMPOS, Ramón; *Ob. Cit.*, p. 29.

<sup>391</sup> ALKORITA IDIAKEZ, Itziar. *Ob. cit.* pp. 34-35 y CABAÑAS F., LÓPEZ-AZORÍN M, PELLICER A., *Ob. Cit.*, p. 7.

<sup>392</sup> CABALLERO PEREGRIN, Pedro; HERRERA CAMPOS, Ramón; *Ob. Cit.*, p. 29.

<sup>393</sup> La determinación de la filiación respecto de la madre cobra poca relevancia toda vez que la maternidad queda determinada por el parto, independientemente si hubo o no donación de óvulo.

<sup>394</sup> **Artículo 5.5 de la ley 14/2006 del 26 de noviembre.** - (...) La donación será anónima y deberá garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes por los bancos de gametos, así como, en su caso, por los registros de donantes y de actividad de los centros que se constituyan. Los hijos nacidos tienen derecho por sí o por sus representantes legales a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad. Igual derecho corresponde a las receptoras de los gametos y de los pre embriones. Sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las Leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad de los donantes, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el

procreación artificial, constituye una ficción o presunción *iuris et de iure* impuesta por la ley<sup>395</sup>.

Ahora, en los casos de procreación asistida heteróloga en las cuales el marido no prestó consentimiento la filiación dependerá del momento del nacimiento. En tal sentido, si el nacimiento se produce en el marco de los trescientos días de la presunción de paternidad, el menor se reputará como hijo del marido; en cambio si el nacimiento se produce fuera de ese plazo se aplicarán las normas de la filiación extramatrimonial determinándose sólo respecto de la madre.<sup>396</sup>

Ahora bien, si se trata de un supuesto en el cual existe una relación no matrimonial, nuevamente habrá que determinar la presencia del consentimiento, en este caso se hace referencia al consentimiento del varón<sup>397</sup>.

Si el varón prestó su consentimiento, aunque la presunción de la paternidad no sea aplicable en este caso, el niño se tendrá como hijo suyo, dado que si prestó el consentimiento es porque desea asumir los derechos y obligaciones que de la paternidad derivan<sup>398</sup>. En caso de negarse a aceptar esta filiación implicaría ir contra los propios actos, y principalmente contra el principio de buena fe.

En cambio si la procreación se realizó sin el consentimiento del varón la paternidad no podrá ser atribuida, y en razón de la no coincidencia entre el elemento biológico y el elemento volitivo prosperaría una acción de reclamación de paternidad<sup>399</sup>.

---

peligro o para conseguir el fin legal propuesto. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará en ningún caso publicidad de la identidad de los donantes.

<sup>395</sup> ALKORITA IDIAKEZ, Itziar. *Ob. cit.* pp. 34-35.

<sup>396</sup> En el primer caso, el marido puede impugnar la paternidad demostrando que el nacimiento se ha producido como consecuencia de una técnica de reproducción asistida heteróloga sin su consentimiento. Si la impugnación se ampara el menor quedará sin filiación respecto del padre. Al respecto puede verse CABAÑAS F., LÓPEZ-AZORÍN M, PELLICER A. *Ob. Cit.*, pp. 11 y ss.; y CASTELLANO ARROYO M; *Ob. Cit.*, p. 39 y p. 41; y también en CABALLERO PEREGRIN, Pedro; HERRERA CAMPOS, Ramón; *Ob. Cit.*, pp. 21 y ss.

<sup>397</sup> ALKORITA IDIAKEZ, Itziar. *Ob. cit.* p. 35; y también CABAÑAS F., LÓPEZ-AZORÍN M, PELLICER A. *Ob. Cit.*, pp. 11 y ss.

<sup>398</sup> CASTELLANO ARROYO M; *Ob. Cit.*, p. 39 y también en CABALLERO PEREGRIN, Pedro; HERRERA CAMPOS, Ramón; *Ob. Cit.*, pp. 21 y ss.

<sup>399</sup> CABALLERO PEREGRIN, Pedro; HERRERA CAMPOS, Ramón; *Ob. Cit.*, pp. 98 y ss.

En este último escenario el más perjudicado sería el menor, quien únicamente quedaría con filiación respecto de la madre. Esta situación no debería causar mayores sorpresas dado que la ley española permite que una mujer sola pueda acudir al empleo de estas técnicas<sup>400</sup>, caso en el que también el menor queda sin filiación respecto del padre.

La determinación de la filiación de los nacidos mediante técnicas de reproducción humana asistida responde a reglas especiales, contenidas en la Ley sobre la materia, que excepcionan el régimen del Código civil<sup>401</sup>.

Tales sustanciales diferencias muestran la diferente filosofía que subyace a dichas normas. En Derecho español, la LTRHA prioriza la voluntad del progenitor y el Código, el principio de verdad biológica. Pese a ello, la LTRHA se remite al Código para integrar sus numerosas lagunas legales, lo cual plantea difíciles problemas de aplicación e interpretación jurídica<sup>402</sup>.

Este trabajo ofrece una aproximación crítica a dicha Ley, y las traspone a la realidad peruana a fin de plantear - en nuestro escenario- algunas soluciones.

## **1.2. Las relaciones jurídicas que se entablan entre el hijo y el donante de gametos**

Históricamente, el anonimato ha desempeñado un papel significativo en la organización de los bancos de esperma que fueron pioneros en esta práctica. Los propios bancos de esperma adoptaron la norma de no revelar la identidad del donante, a menos que fuera absolutamente necesario para abordar una amenaza grave para la vida del niño concebido mediante esperma donado, que requiriera conocer la identidad del padre

---

<sup>400</sup> **Artículo 6.1 de la ley 14/2006 del 26 de noviembre.** -Toda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en esta Ley, siempre que haya prestado su consentimiento escrito a su utilización de manera libre, consciente. (...) y expresa. La mujer podrá ser usuaria o receptora de las técnicas reguladas en esta Ley con independencia de su estado civil y orientación sexual.

<sup>401</sup> CABALLERO PEREGRIN, Pedro; HERRERA CAMPOS, Ramón; *Ob. Cit.*, pp. 21 y ss.

<sup>402</sup> Ídem.

biológico para poder tratar la enfermedad. Tanto los médicos como los centros tenían un gran interés en mantener en secreto la identidad del donante de gametos, dado lo complicado que era reclutar donantes que, además, de acuerdo con las nuevas regulaciones que se estaban implementando en la mayoría de los países europeos (a diferencia de América), no podían recibir compensación financiera<sup>403</sup>.

La práctica del anonimato del donante se originó en el ámbito médico y, con el tiempo, se extendió a otros sectores y incluso a la gestión de la salud pública<sup>404</sup>. Esta situación plantea una reflexión profunda sobre quién se considera el padre legal y social de un individuo concebido mediante técnicas de reproducción asistida con la participación de un donante. Además, también es relevante considerar el papel que desempeña este donante como transmisor de la herencia genética, dado que su relación con la persona nacida a través de este proceso es el punto central de preocupación en este contexto<sup>405</sup>.

Aunque las leyes relacionadas con este tema varían en cuanto a los efectos y alcance del anonimato del donante, en todas ellas se ha excluido la posibilidad de considerar al donante anónimo como padre<sup>406</sup>.

La mayoría de la doctrina coincide en rechazar la idea de atribuir la paternidad al donante anónimo, aunque hay una minoría que considera que esto podría ser aplicable en ciertos casos. Por ejemplo, Pantaleón estaría dispuesto a admitirlo en situaciones en las que la mujer no esté casada o no conviva en una relación marital, o cuando esté casada o conviva en una relación marital sin el consentimiento efectivo de su esposo (quien impugna su paternidad) o compañero<sup>407</sup>. Parece que este autor, en ausencia de otra figura paterna, estaría inclinado a atribuir la paternidad al donante. Por esta razón,

---

<sup>403</sup> CABALLERO PEREGRIN, Pedro; HERRERA CAMPOS, Ramón; *Ob. Cit.*, pp. 21 y ss.

<sup>404</sup> ALKORTA IDIAKEZ, I. *Regulación...*, p. 44.

<sup>405</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, F. en “La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de fecundación artificial”. Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en “La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana”. Editorial Trivium. Madrid, 1988, p. 145

<sup>406</sup> Ídem.

<sup>407</sup> Véase PANTALEON PRIETO, F. “Procreación artificial y responsabilidad civil”. Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X- 1987), en “Filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana”, Editorial Trivium. Madrid, 1988, p. 290 y ss.

para una comprensión más completa del tema, es útil comenzar el análisis distinguiendo entre lo que se entiende por padre y progenitor<sup>408</sup>.

Hasta ahora, se consideraba inimaginable que la paternidad o maternidad legal o jurídica pudiera separarse de la base genética biológica. Sin embargo, en un futuro legislativo, es posible que la atribución de la paternidad o maternidad no necesariamente coincida con la relación genética.<sup>409</sup> En tal sentido la inseminación artificial y la fecundación in Vitro cuestionan las reglas clásicas de la paternidad y la maternidad<sup>410</sup>.

Como mencionamos anteriormente, la fertilización in vitro y la inseminación artificial en seres humanos pueden dar lugar a la separación entre el componente genético y el componente biológico en el nacimiento de un individuo. Esto se debe a que estas técnicas permiten que el nuevo ser tenga un patrimonio genético que proviene de diferentes progenitores, quienes no necesariamente son sus padres formales, es decir, aquellos que asumen esta función desde una perspectiva legal y social<sup>411</sup>.

Esto significa que es necesario distinguir entre el papel de padre y el papel de progenitor. El padre es aquel que, de manera voluntaria, asume la función social de ser el padre del niño, incluso si no comparte una conexión genética directa con el niño. En contraste, el progenitor es simplemente la persona que proporciona el material genético, ya sea espermatozoide u óvulo, sin tener la intención de establecer una relación legal de filiación con el niño que nace como resultado de la donación de gametos<sup>412</sup>.

Siguiendo esta línea de pensamiento, Lacruz Berdejo establece una distinción entre los conceptos de "padre" y "progenitor". Según él, el término "padre" lleva consigo una carga de significado sociocultural y jurídico que no posee el término "progenitor". La progenitura, argumenta, se refiere a la circunstancia de la ascendencia genética, que en algunos casos puede ser biológica, pero la ley no la considera por sí sola como determinante de la paternidad. La paternidad implica que una persona asume los deberes

---

<sup>408</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, F. *Ob. Cit.*, p. 146.

<sup>409</sup> PANTALEON PRIETO, F. *Ob. Cit.*, p. 289.

<sup>410</sup> MORO ALMARAZ, M. J. *Ob. Cit.* p. 110.

<sup>411</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, F. *Ob. Cit.*, p. 146.

<sup>412</sup> LLEDÓ YAGÜE, F. "Fecundación artificial... *Op. Cit.* p. 36 y ss.

de padre, junto con un conjunto de derechos, poderes y funciones, y esto se determina por diversas razones, incluyendo la responsabilidad por la concepción (no solo la procedencia del gameto), el matrimonio (presumiblemente), y la voluntad manifiesta de convertirse en padre a través de la adopción, que es el factor más relevante en este último caso.<sup>413</sup> La legislación española ha avanzado en la adopción al reconocer la paternidad basada en el afecto y la voluntad de ser padre, independientemente de la información biológica. Esta voluntad también es considerada en situaciones de fertilización in vitro y podría ser el fundamento detrás de las decisiones de varios códigos legales extranjeros que otorgan y establecen la paternidad al esposo que consintió la inseminación heteróloga de su esposa.<sup>414</sup>

Desde esta perspectiva, los conceptos de padre (y madre) e hijo no se consideran conceptos naturales, sino más bien culturales. Los conceptos naturales se refieren a progenitor y procreado, mientras que los conceptos jurídicos y culturales son los de padre y madre, y el de hijo<sup>415</sup>.

Precisamente, el uso de las Técnicas de Reproducción Asistida (TRA) ejemplifica claramente lo que se ha mencionado anteriormente, ya que nos lleva a separar ambos conceptos<sup>416</sup>. Cuando las TRA son heterólogas, es decir, cuando se utiliza el gameto de un donante, los roles de padre y progenitor ya no están vinculados a la misma persona<sup>417</sup>.

En estos casos, de acuerdo con el principio de verdad formal, el papel legalmente relevante es el de padre, no el de progenitor. Esto significa que cuando una pareja (ya sea casada o en una unión de hecho) utiliza técnicas de reproducción asistida y un hombre consiente y desea la inseminación o fecundación, manifestando su voluntad de asumir la paternidad, se convierte en "padre"<sup>418</sup>.

---

<sup>413</sup> LLEDÓ YAGÜE, F. "Fecundación artificial... *Op. Cit.* p. 36 y ss.

<sup>414</sup> LACRUZ BERDEJO, J. L., "La Constitución y los hijos artificiales", *Actualidad Civil*, 1987, 2, p. 2037

<sup>415</sup> BLASCO GASCO. *Derecho de familia*, Editorial Valencia. Tirant lo Blanch, 1991, p. 968.

<sup>416</sup> LLEDÓ YAGÜE, F. "Fecundación artificial... *Ob. Cit.*, p. 25.

<sup>417</sup> LACRUZ BERDEJO, J. L., "La Constitución... p. 2039.

<sup>418</sup> Ídem.

Por otro lado, la participación del donante, aunque es necesaria para la creación del nuevo individuo, generalmente no conlleva consecuencias legales. La intervención del donante se limita a la donación en sí y no genera implicaciones jurídicas adicionales<sup>419</sup>. La distinción entre progenitor y padre se realiza para resaltar que este último es el que tiene relevancia desde una perspectiva jurídica y social.

Las TRA tienen la ventaja de flexibilizar el concepto de parentesco biológico en beneficio de lo que se considera como una auténtica paternidad: una paternidad basada en el afecto, la educación y la adopción<sup>420</sup>.

Dicho de manera más sencilla, la pregunta que surge al distinguir entre "padre" y "progenitor" es si la paternidad que debe ser protegida es la que se asume voluntariamente de manera formal o si, por el contrario, la relación de filiación se basa en el componente genético<sup>421</sup>. Ante esta elección, debemos favorecer la paternidad formal debido a la relevancia de la relación socioafectiva. Esta situación familiar se fortalece a través de la constante asunción del rol de padre, de modo que la realidad genética debe ceder ante la verdad expresada por la asignación del papel de padre que ha sido asumido voluntariamente<sup>422</sup>.

Por lo tanto, aquel que desempeña el papel de padre lo hace no en función de una certeza biogenética, como en el caso de la concepción natural, sino en virtud de una convicción completamente voluntaria y basada en el aspecto institucional. Aunque puede que no exista una coincidencia genética, sí habrá una clara identidad familiar<sup>423</sup>.

Adoptar la postura extrema de considerar que la paternidad legal debe ser siempre basada en la biología, o viceversa, es pasar por alto una serie de factores complejos que se entrelazan en las relaciones humanas<sup>424</sup>.

---

<sup>419</sup> BLASCO GASCO, *Ob. Cit.*, p. 27.

<sup>420</sup> MORO ALMARAZ, M. J. "Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación "in vitro"". Bosch. Barcelona. 1988, p. 208.

<sup>421</sup> LACRUZ BERDEJO, J. L., "La Constitución... p. 2039.

<sup>422</sup> LLEDÓ YAGÜE, F. "Fecundación artificial... *Ob. Cit.*, p. 71.

<sup>423</sup> Ídem.

<sup>424</sup> LACRUZ BERDEJO, J. L., "La Constitución... p. 2038.

Podemos argumentar de manera válida que lo legal debe intentar reflejar lo que es real siempre que sea factible (una idea que ha sido defendida con frecuencia hasta el día de hoy).<sup>425</sup> No obstante, cuando consideramos las relaciones de paternidad que surgen con la asistencia de la ciencia, esa teoría no solo pierde validez, sino que se rechaza en favor de la autonomía de la voluntad, el deseo y la responsabilidad. Estos elementos se consideran fundamentales en el concepto de paternidad, que prevalece sobre cualquier vínculo biológico<sup>426</sup>.

De esta manera, se puede llegar a la conclusión de que la "filiación no siempre está vinculada a un hecho biológico, y padre y progenitor no son términos intercambiables"<sup>427</sup>. Padre conlleva una connotación de carácter sociocultural y legal que no posee el término progenitor"<sup>428</sup>.

A pesar de esto, podría ser coherente y acorde con un sistema que prioriza y protege el interés superior del niño permitir **el derecho a conocer la identidad del donante, incluso si esto no necesariamente establece la filiación.**

Esta teoría es respaldada por RIVERO HERNÁNDEZ, quien argumenta que el hijo debería tener el derecho de conocer la identidad del donante sin que esto implique necesariamente establecer la filiación en relación con él. Esto se basa en principios que buscan proteger el interés del menor<sup>429</sup>.

Estima el autor que:

*“el derecho a conocer el origen biológico del nacido por IAD, la investigación de esa relación genética, es un derecho inalienable innegable a quien tenga aquel origen, el primero y más natural por el mero hecho de haber nacido y uno de los derechos fundamentales de la persona.” (...) “Mas la determinación de*

---

<sup>425</sup> LLEDÓ YAGÜE, F. “Fecundación artificial... *Ob. Cit.*, p. 25.

<sup>426</sup> APARISI MIRALLES, A., *Ob. Cit.*, p. 31.

<sup>427</sup> MORO ALMARAZ, M. J. *Ob. Cit.*, p. 23.

<sup>428</sup> MONTES PENADES, “El consentimiento en las nuevas técnicas de reproducción humana”. Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en “Filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana”, Editorial Trivium. Madrid, 1988. P. 185.

<sup>429</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, F. *Ob. Cit.*, p. 146.



*esa relación genética, el conocimiento de la identidad – no sólo meros datos fenotípicos o genotípicos – del donante de gameto responsable de la herencia genética del hijo, no significará ninguna relación jurídica.*

*El donante de gameto identificado por este procedimiento, debe quedar desvinculado jurídicamente del ser que nazca de él, no sólo en el sentido de que no se le pueda hacer reclamación alguna de paternidad/maternidad formal, y sus consecuencias jurídicas (alimentos, derechos sucesorios y demás), sino de cualquier otra reclamación o indemnización (por ejemplo, por haber contribuido causal y biológicamente al nacimiento y a una vida desgraciada), ni responsabilidad, salvo por ocultación dolosa o culposa de datos sobre su propia herencia biológica o taras similares (en cuyo caso operarían las reglas generales de responsabilidad).<sup>430</sup>*

El autor argumenta a favor del derecho a conocer el propio origen, sosteniendo que este derecho se extiende a todas las personas y es especialmente relevante para aquellos nacidos por Inseminación Artificial Donante (IAD). Considera que este derecho es inherente al nacido por IAD porque le permite conocer una realidad que tiene un impacto significativo en su vida, y negárselo sería ocultarle la verdad. Asegura que este problema no es nuevo y se asemeja a la discusión sobre si los adoptados deben tener el derecho de conocer su origen y cuándo deberían hacerlo, especialmente si fueron concebidos por personas diferentes a quienes aparecen como sus padres legales<sup>431</sup>.

En conclusión, el autor enfatiza que,

*“con independencia de la filiación, que estimamos ya determinada y sometida a su propia normativa, y como relación diferente de ella, estimo que el derecho a conocer el origen biológico del nacido por IAD, la investigación de esa relación genética, es un derecho inalienable innegable a quien tenga aquel origen, el primero y más natural por el mero hecho de haber nacido y uno de los derechos fundamentales de la persona que protege la Constitución, y a ejercitar por él con total independencia de la acción de reclamación de filiación y su régimen jurídico.”<sup>432</sup>*

---

<sup>430</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, F. *Ob. Cit.*, p. 146.

<sup>431</sup> Ídem.

<sup>432</sup> Ídem.

La postura de ROCA coincide con la idea de que el derecho a conocer el propio origen genético debe basarse en la protección de los derechos de la personalidad, tal como se establece en la Constitución. Además, argumenta que esta búsqueda del origen genético no debe alterar las relaciones paterno-filiales que se establecieron de acuerdo con las disposiciones legales. En consecuencia, se propugna que la investigación de la paternidad/maternidad debería regularse como un medio para conocer el propio código genético en lugar de utilizarla como un medio para reclamar la paternidad/maternidad en los casos de reproducción asistida con donante<sup>433</sup>.

En resumen, se argumenta que no existe un derecho fundamental a que la paternidad/maternidad, constatadas mediante los sistemas legales establecidos, coincidan necesariamente con la realidad biológica. El anonimato en la donación de gametos puede dificultar el conocimiento de quién fue el donante y, en algunos casos, puede impedir la acción de reclamación de paternidad/maternidad. Sin embargo, esta dificultad es solo eso y, dado que los datos médicos deben ser conservados, no se puede negar el derecho a conocer el propio origen, aunque esto no tenga necesariamente implicaciones para la filiación legal<sup>434</sup>.

## **2. Reflexiones en torno a los conflictos respecto de la Filiación derivados de la aplicación de las TRA a la luz del análisis teórico realizado.**

La filiación es la relación de parentesco más importante que se da de hijo hacia sus padres. En estos términos, la *filiación* es una institución jurídica que establece la relación entre una persona y sus ancestros y descendientes, y en un sentido más específico, es la que conecta a los hijos con sus padres, estableciendo una relación tanto

---

<sup>433</sup> ROCA TRIAS, E. “La incidencia de la inseminación-fecundación artificial en los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional”. Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en “Filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana”, Editorial Trivium. Madrid, 1988. P. 43.

<sup>434</sup> Ídem.

de sangre como de derecho entre ellos. En otras palabras, la *condictio sine qua non* para determinar la condición de una persona como hijo de otra<sup>435</sup>.

La filiación se considera una forma de estado de familia y, en este contexto, se dice que involucra un triple estado. Este triple estado incluye un estado jurídico, que es otorgado por la ley a una persona en función de la relación natural de procreación que la une con otra persona.<sup>436</sup> "Estado social" se refiere a la posición que una persona tiene en relación con otras personas en términos sociales, mientras que "estado civil" implica la situación legal de un hijo en su familia y en la sociedad.<sup>437</sup>

En el ámbito de la filiación, los avances científicos han generado cambios significativos, y algunos de ellos son tan importantes que podríamos considerarlos como auténticas revoluciones<sup>438</sup>. Esta transformación se ha desencadenado debido a la utilización de las técnicas de reproducción asistida, cuya aplicación y evolución han ocasionado cambios cruciales y determinantes en lo que respecta a la filiación<sup>439</sup>.

De manera más concreta, es posible afirmar que la verdadera revolución tuvo lugar desde principios del siglo XX al practicarse la inseminación artificial con semen procedente de un tercero distinto del marido de la paciente; materializándose por vez primera la reproducción asistida heteróloga<sup>440</sup>.

Esta moderna conceptualización de la procreación, como una nueva forma de producir vida, se ha visto afectada por aquellas situaciones en las que se contraponen los

---

<sup>435</sup> ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIAS-SCHREIBER MONTERO, Ángela y PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. Tomo VII, Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 1997, p. 159.

<sup>436</sup> Desde Roma la filiación legítima era la derivada por efectos del matrimonio otorgando a los hijos *ex iusto* matrimonio la condición de libres con todos sus derechos civiles y políticos. Esta filiación se encuentra unida al matrimonio entre los progenitores, siendo su causa esencial. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. "Filiación de hijos extramatrimoniales" *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Tomo II, I Parte, Editorial Jurídica Grijley, Lima, pp. 694.

<sup>437</sup> Cfr. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique; SEVERINO BRAVO, Paula. "Determinación de la paternidad matrimonial" *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Tomo II, I Parte, Editorial Jurídica Grijley, Lima, pp. 602-617.

<sup>438</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, F. *Ob. Cit.*, p. 146.

<sup>439</sup> VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique; SEVERINO BRAVO, Paula. *Ob. Cit.*, p. 613.

<sup>440</sup> APARISI MIRALLES, A., *Ob. Cit.*, p. 31 y MORO ALMARAZ, M. J. *Ob. Cit.*, p. 23.

parámetros de la naturaleza con la misma biología<sup>441</sup>. En tal sentido, se producen un sinnúmero de variables respecto de la filiación de quienes nacen ante la implementación de técnicas como éstas, dependiendo de la naturaleza de cada una de ellas, y finalmente dependiendo del material genético en ellas utilizado.<sup>442</sup>

Con el desarrollo de las Técnicas de Reproducción Asistida (TRA) se plantea una problemática que desborda las estructuras jurídicas existentes. Estas técnicas si bien brindan una apariencia de solución a problemas concretos de la fertilidad humana, las consecuencias que su implementación acarrea y extralimitan dicho objetivo.

Esta situación plantea para el Derecho de Familia responder a nuevas interrogantes, cuyos presupuestos mediante los cuales se entendía que la paternidad y/o maternidad era una consecuencia que se infería necesariamente por la sangre, la genética y los cromosomas ya no son suficientes. Por el contrario, hoy se exige que la regulación para el derecho de familia diferencie en el mismo rol de la realidad fisiológica de ser progenitor con la realidad jurídica, de ser formalmente padre. Aunque dicha situación escapa de los límites que pueden plantear la concepción y defensa de la vida, así como de los valores que importa el reconocimiento de la dignidad humana, la realidad (sobre todo europea) plantea situaciones que requieren de la regulación.

En la actualidad, gracias a los avances en reproducción asistida, la concepción de la maternidad y la paternidad ya no se limita a una relación de filiación basada exclusivamente en consideraciones genéticas o biológicas. En su lugar, se ha vuelto más relevante el reconocimiento de una realidad basada en aspectos socio-afectivos. Esto implica que se reconoce que ser progenitor no es necesariamente lo mismo que ser padre o madre en términos de calidad y vínculo emocional.

---

<sup>441</sup> MORO ALMARAZ, M. J. *Ob. Cit.*, p. 24.

<sup>442</sup> Muchos Códigos civiles han tratado de dar solución a estos problemas entre los que tenemos los de Holanda, Québec, Francia, Bélgica, Bosnia-Herzegovina, Brasil, Bulgaria, Croacia, Checoslovaquia, Chile, Eslovenia, Francia, Grecia, Holanda, Hungría, Luxemburgo, Portugal, Suecia, Suiza, Kosovo, Macedonia, Montenegro, Serbia, y Voivodina, sin dejar de considerar el Proyecto de Código Civil argentino, asimismo Códigos de Familia como los de Bolivia, Cataluña, Costa Rica, entre otros tantos.

Como se ha visto en el caso español, para determinar la filiación cuando se trata de personas que han nacido como resultado de la implementación de TRA la ley de la materia ha indicado en el artículo 7º que “*la filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las Leyes civiles, a salvo de las especificaciones establecidas (...)*” Para tales fines, habrá que determinar de qué tipo de Técnica se trata, para luego determinar si nos encontramos ante el supuesto de una relación matrimonial, o una relación no matrimonial.<sup>443</sup>

Esto significa que, dependiendo del origen de los gametos, la técnica podrá ser de tipo homóloga o heteróloga. En el primer caso los gametos provendrán de la misma pareja que es sometida al tratamiento; a diferencia de este, en el segundo caso la técnica será heteróloga porque a menos uno de los gametos será de un tercero, llamado *donante*. En ambas situaciones habrá que verificar si la paciente que es sometida a la técnica pertenece a un matrimonio o a una unión de hecho.

En general, las leyes civiles distinguen entre filiación por naturaleza y por adopción; atribuyen la paternidad sobre la base del matrimonio con la madre, la prueba genética de que alguien es padre biológico o bien por medio de la forma más típica de la paternidad social, la adopción. Mas, como se pudo advertir a lo largo de este trabajo, los problemas que surgen con las TRA no se ajustan a ninguna de estas situaciones.

Como se vio, mientras que en la filiación por naturaleza la determinación de la filiación tiende a asegurar la identidad personal en referencia a la realidad biológica; las TRA provocan la disociación del elemento genético, biológico y volitivo en distintas personas, pasando a ser este último el decisivo en la determinación de la filiación.

Conforme se desprende de todo lo dicho, la filiación derivada de las TRA difiere de las otras dos, dando lugar a un tercer tipo de filiación que, como dije, es necesario que sea previsto y regulado por los Códigos Civiles.

---

<sup>443</sup> Esto resultará de vital importancia para validar la regla de la presunción de paternidad que opera en el sistema de filiación ordinaria, tal como lo prevé el Código Civil español.

Esta necesidad responde a que la filiación derivada de las TRA ha generado una problemática distinta a la de las otras dos filiaciones existentes, por lo que demanda soluciones propias. Se trata de situaciones nuevas que no pueden resolverse intentado imponer viejas reglas, como se pretende al remitir a las normas de las otras dos filiaciones, sino que se deben buscar y prever nuevas soluciones, acordes a las nuevas realidades y problemáticas que hoy existen y a las que en el futuro se presenten. El hecho de que la falta de regulación y especificidad lleve muchas veces a aplicar las normas de la filiación por naturaleza o por adopción, da lugar, en muchos casos, a soluciones injustas o poco claras, o a planteamientos abusivos o escrupulosos. Como se vio, la LTRHA española no sólo es poco clara y poco específica, sino también contradictoria. Además, en muchos casos confiere distinto tratamiento a situaciones iguales, por lo que también resulta discriminatoria. Si a esto se le suma la nueva situación generada por la ley del Registro Civil, la necesidad de modificar la LTRHA es indiscutida y urgente, siendo conveniente que directamente se regule en el CC.

Los nacimientos mediante TRA no son para nada excepcionales, y mucho menos luego de la admisión del matrimonio homosexual, dando lugar a nuevos modelos de familia. Son muchos los niños que han nacido y nacen producto de estas técnicas y esta importancia debe verse también traducida en el aspecto legal. Con el tiempo han emergido con claridad las notas propias de la filiación derivada de las TRA, por lo que no basta que esté prevista en unos pocos artículos de una ley, sino que, al igual que las otras dos filiaciones ya existentes, debe estar contemplada y expresamente regulada en el CC.

En definitiva, este tercer tipo de filiación, debe preverse de manera autónoma en el CC, mediante normas específicas que prevean claramente su determinación de manera uniforme para todos los casos, sus formalidades y requisitos, su régimen propio de impugnación, etc.

## **2.1. Técnicas de Reproducción Asistida (TRA) en pareja casada**

### **2.1.1. Con gametos del marido y con su consentimiento**

El fundamento de la regulación del consentimiento en el ámbito de las técnicas de reproducción asistida ha de buscarse en la libertad general, en el libre desarrollo de la personalidad y en la dignidad humana<sup>444</sup> del de los que cabe derivar un derecho a la autodeterminación del paciente en el ámbito sanitario<sup>445</sup>.

Sin embargo, en este contexto, la libertad reproductiva, considerada como una expresión del libre desarrollo de la personalidad y de la libertad en general, se erige como la principal base del consentimiento<sup>446</sup>. El derecho al consentimiento para someterse a una de las técnicas de reproducción asistida se basa en dos aspectos distintos del principio de libertad general o libre desarrollo de la personalidad: la autodeterminación del paciente sobre su propio cuerpo y la libertad reproductiva, que no siempre implica una disposición sobre el propio cuerpo, sino a veces sobre el material genético con fines reproductivos.<sup>447</sup>

En este caso, el marido aporta el gameto masculino y otorga su consentimiento para las técnicas de reproducción asistida. Por lo tanto, en lo que respecta a la paternidad, hay una coincidencia entre el elemento genético y la voluntad. Es decir, el papel de padre y el papel de progenitor se encuentran y se fusionan en la misma persona. Esto incluye la inseminación artificial con el gameto del marido y la fecundación in vitro con el gameto del marido, así como la transferencia del embrión con el gameto femenino de la esposa<sup>448</sup>.

En el caso de la existencia de matrimonio, estamos ante una filiación matrimonial<sup>449</sup>. El hijo concebido en matrimonio mediante fecundación artificial homóloga es ampliamente reconocido como legítimo. Esto se debe a la aplicación de la regla "pater is

---

<sup>444</sup> IGLESIAS PAIS, M. "Fundamentos jurídicos constitucionales y contenido de los derechos de consentimiento e información en la Ley de técnicas de reproducción asistida". En *Reproducción asistida: promesas, normas y realidad*. Trotta, Madrid, 2001, p. 141 y ss.

<sup>445</sup> MORO ALMARAZ, M. J. *Ob. Cit.*, p. 23.

<sup>446</sup> IGLESIAS PAIS, M. "Fundamentos jurídicos ..." op.cit. p. 142.

<sup>447</sup> ABELLÁN, F. "El consentimiento informado en las técnicas de reproducción humana asistida. análisis jurídico de los protocolos contenidos en la obra" en *Sociedad Española de Fertilidad.*, Madrid, 2005, p. 27.

<sup>448</sup> VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique; SEVERINO BRAVO, Paula. *Ob. Cit.*, p. 613.

<sup>449</sup> APARISI MIRALLES, A., *Ob. Cit.*, p. 31.

est", que establece que el esposo es el padre del hijo concebido durante el matrimonio. Esta regla se aplica sin discriminación en diferentes casos. El esposo se considera progenitor del hijo tanto desde el punto de vista fisiológico, ya que proporcionó el material genético que originó la vida del hijo, como desde el punto de vista voluntario, al dar su consentimiento para que el hijo nazca y para llevar a cabo el procedimiento de fecundación artificial homóloga<sup>450</sup>.

En este contexto, lo que sucede es que se reemplaza el acto de la copulación, pero el hijo que nace lleva sin duda el material genético que corresponde a sus padres biológicos<sup>451</sup>, en este caso, cuando la pareja está casada y el hijo es concebido y nacido durante el matrimonio, se considera que la filiación es matrimonial, ya que esta es la filiación que naturalmente le corresponde<sup>452</sup>.

En este caso se incluyen los siguientes supuestos<sup>453</sup>:

Aquellos en los que inseminación y parto se producen durante el matrimonio con situación de normalidad en ambos momentos: no hay separación legal ni de hecho. (matrimonio- inseminación artificial – parto sin separación legal ni de hecho). Casos en que, habiéndose producido la inseminación durante el matrimonio, en circunstancias normales del mismo, el parto o nacimiento tiene lugar DENTRO de los trescientos días siguientes a su disolución, o a la separación legal o de hecho de los cónyuges. (matrimonio - inseminación artificial – disolución o separación – parto en los trescientos días siguientes). Supuestos en que la inseminación se realiza antes de la celebración del matrimonio y el parto se produce DESPUÉS de los ciento ochenta siguientes a la celebración de aquel. (inseminación artificial – matrimonio – nacimiento después de ciento ochenta días desde celebración del matrimonio).

---

<sup>450</sup> RIVERO HERNANDEZ, F. *Ob. Cit.*, pp. 387 y ss.

<sup>451</sup> Ídem.

<sup>452</sup> LLEDÓ YAGÜE, F. *"Fecundación artificial y Derecho"*, Madrid, Tecnos, 1988, p. 35.

<sup>453</sup> APARISI MIRALLES, A., *Ob. Cit.*, p. 31, MORO ALMARAZ, M. J. *Ob. Cit.*, p. 23, IGLESIAS PAIS, M. "Fundamentos jurídicos ..." *Ob. Cit.* p. 142, ABELLÁN, F. *Ob. Cit.*, p. 27; VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique; SEVERINO BRAVO, Paula. *Ob. Cit.*, p. 613 y RIVERO HERNANDEZ, F. *Ob. Cit.*, pp. 387 y ss.



La doctrina entiende que, “de aplicar la presunción *pater is* al supuesto que enjuiciamos, quizás la única diferencia sustancial con la fecundación normal será que, en aquella, la certeza de la proveniencia de los gametos fecundantes, cuyos titulares resultan a la sazón ser ambos cónyuges, concurriendo la mentada identificación de las células germinales, convertirá prácticamente a la presunción de las que no admiten prueba en contrario. (*iuris et de iure*)”<sup>454</sup>.

Es importante destacar que esta filiación resulta aún más sólida que la filiación matrimonial convencional, ya que la presunción de paternidad puede respaldarse en cualquier momento con el historial clínico o expediente de la inseminación artificial realizada<sup>455</sup>.

Ahora bien, cuando no rige la presunción de paternidad, será significativo el consentimiento de los cónyuges a los efectos de considerar a la filiación como matrimonial. La pregunta consistirá entonces en discernir cual es el consentimiento relevante, el consentimiento para la inseminación, o el consentimiento para la inscripción<sup>456</sup>.

Sobre el particular, una parte de la doctrina entiende que el consentimiento para la inseminación artificial basta para que el nacido acceda al Registro Civil como hijo matrimonial por aplicación del Código Civil<sup>457</sup>.

Por otro lado, algunos expertos legales sostienen que el mero consentimiento para la inseminación artificial no es suficiente para aplicar este artículo<sup>458</sup>. Estos expertos

---

<sup>454</sup> LEDÓ YAGÜE, F. “Fecundación artificial... *Ob. Cit.*, p. 36

<sup>455</sup> BERCOVITZ Y RODRIGUEZ CANO, “La filiación inducida y las clasificaciones legales”. Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en “Filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana”, Editorial Trivium. Madrid, 1988, pp. 20, 22, 30.

<sup>456</sup> LLEDÓ YAGÜE, F. “Fecundación artificial y derecho”. Ed. Tecnos Madrid, 1988, p. 36

<sup>457</sup> APARISI MIRALLES, A., *Ob. Cit.*, p. 31, MORO ALMARAZ, M. J. *Ob. Cit.*, p. 23, IGLESIAS PAIS, M. “Fundamentos jurídicos ...” *Ob. Cit.* p. 142, ABELLÁN, F. *Ob. Cit.*, p. 27; VARSİ ROSPIGLIOSI, Enrique; SEVERINO BRAVO, Paula. *Ob. Cit.*, p. 613 y RIVERO HERNANDEZ, F. *Ob. Cit.*, pp. 387 y ss.

<sup>458</sup> BERCOVITZ Y RODRIGUEZ CANO, *Ob. Cit.*, p. 23. También PEREZ MONGE, Marina. “Limites a la utilización de las técnicas de reproducción asistida. Reflexión a propósito del auto del Juzgado de

argumentan que, en situaciones donde la presunción de paternidad del marido no aplique debido a una separación legal o de hecho de los cónyuges, la posibilidad de inscribir al hijo como matrimonial por consentimiento de ambos cónyuges solo se dará si existe consentimiento específico para la inscripción. En otras palabras, el consentimiento para la inseminación artificial en sí mismo no sería suficiente para establecer la filiación matrimonial en estos casos<sup>459</sup>.

### 2.1.2. Sin consentimiento del marido

En estos casos el marido sólo aporta el elemento genético, mas no aporta el elemento volitivo. Se pueden citar los siguientes ejemplos<sup>460</sup>:

En primer lugar, cuando el esposo nunca otorgó su consentimiento y la esposa se sometió a la inseminación artificial por sí misma. En segundo lugar, cuando el esposo inicialmente dio su consentimiento pero luego lo retiró antes de que se llevara a cabo el procedimiento de inseminación. En tercer lugar, cuando el esposo dio su consentimiento para una prueba médica, pero en su lugar se realizó una Inseminación Artificial con Consentimiento (IAC).

Sobre este tema, la mayoría de la doctrina considera irrelevante la falta de consentimiento a los efectos de considerar a la filiación como matrimonial. Se afirma que *“el consentimiento del marido para la inseminación artificial conyugal es irrelevante a efectos de la determinación de la filiación matrimonial en circunstancias ordinarias”*<sup>461</sup>.

En este sentido, BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO afirma en el análisis de la IAC con consentimiento que: *“si dicho consentimiento faltase, conviene precisar que ello es irrelevante para cuestionar el carácter matrimonial de la filiación en cuestión (...). Ciertamente que si no cuenta con el consentimiento de algún sujeto, ello puede repercutir a veces en la necesidad de conseguir la determinación legal de la filiación mediante*

---

Primera Instancia número 13 de Valencia de 13 de mayo de 2003”. En Estudios Jurisprudenciales, Valencia, p. 108.

<sup>459</sup> BERCOVITZ Y RODRIGUEZ CANO, *Ob. Cit.*, p. 23.

<sup>460</sup> PEREZ MONGE, Marina, *Ob. Cit.*, p. 107.

<sup>461</sup> DELGADO ECHEVERRÍA. “Los consentimientos relevantes... *Ob. Cit.*, p. 216.

*sentencia en vez de por la inscripción del nacimiento junto con la del matrimonio de los padres*<sup>462</sup>.

Entonces, la paternidad se regula por las reglas generales, es decir, por la procedencia de los gametos. En consecuencia, el nacido será hijo del marido. Ahora bien, el varón podrá reclamar indemnización a su mujer<sup>463</sup>.

La doctrina le atribuye el carácter de matrimonial, “*no sólo porque genéticamente es del marido, sino por ser el del hijo el interés preponderante, que puede ser atendido sin detrimento grave de otros intereses y principios*.”<sup>464</sup>

En el caso de una inseminación de la esposa con semen del marido pero sin el conocimiento ni el consentimiento de éste, resulta difícil argumentar en contra de la consideración de que el hijo sea matrimonial. En esta situación, el nacimiento del hijo no difiere significativamente de la hipótesis en la que la esposa tiene relaciones sexuales con su marido, le asegura que ha tomado precauciones y ha utilizado métodos anticonceptivos, cuando en realidad no lo ha hecho<sup>465</sup>.

En los casos de filiación por naturaleza, en caso de matrimonio, aunque el marido no consienta ni quiera tener un hijo, si la mujer, no obstante ello, e incluso engañando a su marido (por ejemplo afirma estar utilizando algún método anticonceptivo) queda embarazada y da a luz a un niño, el nacido tiene por padre al marido de la madre<sup>466</sup>. Así lo establece el Código Civil peruano, aunque el marido mantiene la posibilidad de plantear alguna acción para impugnar la paternidad.

---

<sup>462</sup> BERCOVITZ Y RODRIGUEZ CANO, “La filiación inducida... *Ob. Cit.*, p. 125.

<sup>463</sup> PÉREZ MONGE, M. “La filiación derivada... *Ob. Cit.*, p. 110.

<sup>464</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, F. en LACRUZ BERDEJO... *Op. cit.* pp. 155- 156

<sup>465</sup> APARISI MIRALLES, A., *Ob. Cit.*, p. 27.

<sup>466</sup> VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique; SEVERINO BRAVO, Paula. *Ob. Cit.*, p. 613 y RIVERO HERNANDEZ, F. *Ob. Cit.*, pp. 387 y ss.

En los casos de filiación derivada de TRA, se requiere, en principio, el consentimiento del marido. Cabe preguntarse, ¿Tiene ese consentimiento una relevancia tal, como para hacerlo preponderar por sobre el interés del nacido?<sup>467</sup>

En resumen, la pregunta es si la falta de consentimiento del esposo puede negarle la paternidad al niño nacido de esa situación. O si, como ocurre en los casos de filiación biológica, se puede considerar que el padre del niño es el esposo de la madre a pesar de la falta de consentimiento. Es importante recordar que la presunción de paternidad está en vigor y que, en última instancia, esta relación podría ser confirmada mediante pruebas biológicas<sup>468</sup>.

Tal como lo refiere PÉREZ MONGE<sup>469</sup> quien afirma que “la importancia atribuida a la voluntad en la filiación derivada de técnicas de reproducción asistida pierde su eficacia en favor de otros principios (por ejemplo *favor filii*). Si se opta por la relevancia de la voluntad, no podría atribuirse la paternidad a quien no prestó su consentimiento. Si se da preeminencia al *favor filii*, y teniendo en cuenta que aportó el elemento genético, sería deseable que se atribuyese la paternidad al marido. Citando al Código Civil español, dichas afirmaciones resultan importantes porque permiten la vigencia de la presunción de paternidad del Art. 116 del CC español<sup>470</sup>.

Es decir, aunque consideramos que el elemento volitivo es el determinante en las relaciones de filiación derivadas de las TRA, en este caso, en el que el marido aporta el elemento genético pero no su voluntad, ésta debe ceder ante otros principios fundamentales, como es el *favor filii*, sobre todo, si tenemos en cuenta que esa paternidad, de todas maneras quedaría acreditada por la prueba biológica. No obstante, el marido podría reclamar indemnización.

### **2.1.3. Con gametos de terceros: con consentimiento y sin consentimiento del marido**

---

<sup>467</sup> PÉREZ MONGE, M. “La filiación derivada... *Ob. Cit.*, p. 110.

<sup>468</sup> MORO ALMARAZ, M. J. *Ob. Cit.*, p. 23, IGLESIAS PAIS, M. “Fundamentos jurídicos ...” *Ob. Cit.* p. 142, ABELLÁN, F. *Ob. Cit.*, p. 27.

<sup>469</sup> PÉREZ MONGE, M. “La filiación derivada... *Ob. Cit.*, p. 110.

<sup>470</sup> Ídem.

El caso de la Reproducción Asistida heteróloga, resulta especialmente relevante el tema del consentimiento del marido, cuando se trata de parejas casadas<sup>471</sup>.

Como se vio anteriormente, el primer caso, se trataba del consentimiento del marido de un matrimonio en el que el gameto no lo aportaba éste, sino un tercero (donante), aunque si mediaba su consentimiento. Es decir, el marido no aporta el elemento genético, que es aportado por un donante, pero si el volitivo<sup>472</sup>.

En el derecho peruano no existe una norma que regule específicamente este supuesto<sup>473</sup>. Sin embargo, si atendemos la regulación española podemos prever que esta materia se regula en el Art. 8.1 de la LTRA, que establece:

*1. Ni la mujer progenitora ni el marido, cuando hayan prestado su consentimiento formal, previo y expreso a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación.*

Es decir, se protege, a simple vista, la filiación del nacido bajo este tipo de técnicas. Y en ese sentido, como puede apreciarse no coincide el elemento biológico y el volitivo, es el consentimiento unido al matrimonio el que determina la paternidad<sup>474</sup>. Como quiera que se haya establecido la regulación lo importante es la protección del concebido; y por ende se deja actuar la presunción de paternidad, blindándola a través de la prohibición de impugnar<sup>475</sup>.

De este consentimiento la ley deduce una filiación matrimonial inimpugnable, viniendo a ser la cobertura legal de un supuesto de discordancia entre la paternidad genética (indemostrable por el anonimato) y la nueva paternidad que debería ser creada por ley (una especie de adopción no sujeta a trámite)<sup>476</sup>. Será, con mucho, el supuesto normal de esta procreación artificial, y constituye una ficción o presunción *iuris et de iure* impuesta por la ley.

---

<sup>471</sup> IGLESIAS PAIS, M. "Fundamentos jurídicos ..." *Ob. Cit.* p. 140.

<sup>472</sup> MORO ALMARAZ, M. J. *Ob. Cit.*, p. 23.

<sup>473</sup> IGLESIAS PAIS, M. "Fundamentos jurídicos ..." *Ob. Cit.* p. 142.

<sup>474</sup> ABELLÁN, F. *Ob. Cit.*, p. 27.

<sup>475</sup> SEVERINO BRAVO, Paula. *Ob. Cit.*, pp. 613 y 615.

<sup>476</sup> Ídem.

Ahora, surge el supuesto de una mujer casada que se somete a IAD, pero sin el consentimiento de su marido, es decir, que éste, no aporta el elemento genético ni el elemento volitivo<sup>477</sup>.

Corresponde preguntarse sobre la calificación de la filiación. Ésta dependerá del momento del nacimiento<sup>478</sup>. Entonces, si el niño nace dentro de los límites de tiempo establecidos por la presunción de paternidad, generalmente se considerará como hijo matrimonial, y la paternidad se atribuirá al esposo, aunque aún sea posible impugnar esa paternidad en ciertas circunstancias<sup>479</sup>. Dado que la presunción de paternidad está en efecto debido al nacimiento del hijo durante el matrimonio, generalmente se debe considerar la filiación como matrimonial en principio<sup>480</sup>.

Ahora bien, inscrita la filiación como matrimonial del marido, pueden producirse las siguientes situaciones:

- Si el marido ignora la realización de IAD, el hijo nace en el matrimonio, y por tanto se le atribuye la paternidad al marido. Por tanto, el hijo se inscribe como matrimonial de los cónyuges. Sin embargo, el marido podrá en ese caso impugnar la paternidad si está dentro del plazo<sup>481</sup>.
- Si durante el embarazo, el marido conoce la realización de la IAD sin su consentimiento, puede optar por lo siguiente: 1- El marido puede impugnar la paternidad demostrando que se ha producido el nacimiento como consecuencia de dicha IAD, practicada a su mujer sin su consentimiento. 2- El marido puede hacer constar registralmente al nacido a sabiendas de que la mujer realizó IAD sin su previo consentimiento o sin dejar constancia del mismo. Sería un consentimiento tardío similar al reconocimiento de complacencia en filiación no matrimonial<sup>482</sup>.

---

<sup>477</sup> APARISI MIRALLES, A., *Ob. Cit.*, pp. 46 y ss.

<sup>478</sup> PÉREZ MONGE, M. "La filiación derivada..." *Ob. Cit.*, p. 110.

<sup>479</sup> Ídem.

<sup>480</sup> RIVERO HERNANDEZ, F. *Ob. Cit.*, pp. 387 y ss. y PÉREZ MONGE, M. "La filiación derivada..." *Ob. Cit.*, p. 110.

<sup>481</sup> PÉREZ MONGE, M. "La filiación derivada..." *Ob. Cit.*, pp. 111 y ss.

<sup>482</sup> RIVERO HERNANDEZ, F. *Ob. Cit.*, p. 387.

## 2.2. Técnicas de Reproducción Asistida (TRA) en pareja no casada

El uso de estas técnicas por parejas no casadas ha sido objeto de debate en la doctrina<sup>483</sup>. Por un lado, se ha discutido si estas técnicas deberían limitarse a parejas casadas, argumentando que solo ellas proporcionan un entorno familiar estable y condiciones éticas y sociales adecuadas para el desarrollo del hijo concebido mediante estas técnicas.

Se argumenta que en España y en muchos otros países se ha adoptado la postura de no discriminar y otorgar el mismo trato a las parejas heterosexuales, ya estén casadas o no. Esto se debe a la comprensión amplia de la noción de familia que prevalece en la sociedad y en la legislación, y también a la protección que las leyes brindan a las familias no matrimoniales. Además, se sostiene que un niño concebido mediante procreación asistida puede encontrar en una pareja no casada la misma estabilidad emocional y las condiciones materiales adecuadas para su desarrollo, al igual que en una pareja casada<sup>484</sup>. Sin embargo, se enfatiza la importancia de considerar el interés superior del niño en este contexto, como se discutió en detalle en secciones anteriores de este informe.

No obstante, existe un punto de vista que sostiene que las parejas no casadas no brindan la misma garantía de compromiso y fidelidad, y su identificación como una pareja decidida a vivir junta es más relativa, ya que al no haber un compromiso formal, la relación puede disolverse en cualquier momento<sup>485</sup>. En realidad, lo único que la ley exige para la pareja no casada es la afirmación de los dos de vivir juntos y la falta de matrimonio, de donde más que una asimilación de las parejas no casadas a las casadas habría en este caso una al contrario: cualquier pareja bisexual puede tener hijos por este

---

<sup>483</sup> Al respecto puede verse RIVERO HERNÁNDEZ, F. en LACRUZ BERDEJO... *Op. cit.* pp. 155- 156

<sup>483</sup> APARISI MIRALLES, A., *Ob. Cit.*, p. 45.; VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique; SEVERINO BRAVO, Paula. *Ob. Cit.*, p. 614 y RIVERO HERNANDEZ, F. *Ob. Cit.*, pp. 391 y ss., PÉREZ MONGE, M. “La filiación derivada... *Ob. Cit.*, p. 112; MORO ALMARAZ, M. J. *Ob. Cit.*, p. 31, IGLESIAS PAIS, M. “Fundamentos jurídicos ...” *Ob. Cit.* p. 146 y ABELLÁN, F. *Ob. Cit.*, p. 31.

<sup>484</sup> MORO ALMARAZ, M. J. *Ob. Cit.*, p. 31 e IGLESIAS PAIS, M. “Fundamentos jurídicos ...” *Ob. Cit.* p. 146.

<sup>485</sup> PÉREZ MONGE, M. “La filiación derivada... *Ob. Cit.*, p. 115.

procedimiento<sup>486</sup>. Este no es razonable, pues la evidente superioridad que crea el matrimonio, debería reflejarse en el texto legal, siendo la falta de reflejo un defecto de la ley<sup>487</sup>.

En este contexto, podría resultar relevante el concepto de familia, tal y como se lo conocía unas décadas atrás, ha evolucionado, de manera que ésta no es ya la que era. En los tiempos en que vivimos, en la sociedad actual, la familia no sólo es la derivada del matrimonio. Existen, hoy en día, muchos modelos de familia, en los cuales, en muchos casos, el matrimonio no está presente. Bien podría pensarse, entonces, que el niño, nacido como consecuencia del uso de estas técnicas, o por procreación natural, puede tener la misma suerte (felicidad, contención, educación, etc.) tanto si es fruto de una pareja casada como de una no casada.

Esta es la solución adoptada por la LTRA de España, la cual no sólo permite su utilización por parejas no casadas, sino que incluso también lo admite en mujeres solas, subrogando a un nivel inferior el interés superior del niño, el cual - por lo menos desde los diferentes instrumentos internacionales- debe tener preferencia ante cualquier circunstancia<sup>488</sup>.

### **2.2.1. Con gametos del compañero**

El primer supuesto que aparece es la procreación asistida homóloga con consentimiento del varón. En este supuesto, una mujer se somete a técnicas de reproducción asistida con el consentimiento de un varón que aporta los gametos masculinos, que puede convivir o no con la mujer<sup>489</sup>.

Desde una perspectiva registral, teniendo en cuenta que coincide el elemento biológico y el volitivo, en el momento de realizarse la técnica, una vez que se produzca el

---

<sup>486</sup> APARISI MIRALLES, A., *Ob. Cit.*, p. 45.

<sup>487</sup> Ídem.

<sup>488</sup> PÉREZ MONGE, M. "La filiación derivada... Op. cit. p. 170.

<sup>489</sup> IGLESIAS PAIS, M. "Fundamentos jurídicos ..." *Ob. Cit.* p. 150.



nacimiento, el varón puede reconocer según lo previsto en el Código Civil<sup>490</sup>. Si no realiza dicho reconocimiento, la paternidad se podrá determinar mediante sentencia que resuelva la acción de reclamación de paternidad. Se podrá probar solicitando prueba biológica, o bien mediante el escrito de consentimiento para la realización de las técnicas junto al expediente médico que acredita su realización<sup>491</sup>.

La conducta del varón que consiente inseminación artificial, y luego no reconoce probablemente iría contra el principio de la buena fe y de no contravenir los propios actos<sup>492</sup>.

Esto ha generado que una parte importante de la doctrina entienda que el consentimiento para someterse a las técnicas de reproducción asistida se asimile al reconocimiento<sup>493</sup>.

Mientras que otra parte de doctrina, sostiene que al consentimiento para la utilización de las técnicas debe seguir el reconocimiento. Se coincide con esta postura, pues resulta evidente que el reconocimiento actúa como una formalidad que otorga seguridad jurídica, debido a que, si el varón ha consentido y luego se niega a reconocer, ello implicaría actuar en contra de sus propios actos y del principio de la buena fe, pudiendo ejercerse contra él una acción de reclamación. Además, el éxito de esta acción, estaría avalado por la prueba biológica y el escrito de consentimiento.

Un segundo supuesto surge en el caso de la realización de las TRA pero sin el consentimiento del varón. En este supuesto, una mujer no casada, se somete a técnicas de reproducción asistida, y un varón, que puede convivir o no con la mujer, aporta los gametos masculinos, es decir el elemento biológico, pero no el elemento volitivo.

---

<sup>490</sup> MORO ALMARAZ, M. J. *Ob. Cit.*, p. 31.

<sup>491</sup> PÉREZ MONGE, M. "La filiación derivada..." *Op. cit.* p. 170.

<sup>492</sup> Ídem.

<sup>493</sup> Esta postura entiende, además, que "el consentimiento expreso por parte de los dos convivientes a la fecundación homóloga, con plena identificación del gameto fecundante proveniente del varón comitente, implica un reconocimiento expreso de paternidad, pero, para que valga como tal título de determinación legal de la filiación, tiene que ser formal. APARISI MIRALLES, A., *Ob. Cit.*, p. 45 y también PÉREZ MONGE, M. "La filiación derivada..." *Ob. Cit.* p. 173.

Desde un punto de vista práctico, el supuesto más habitual será aquel en el que se otorgó el consentimiento, y posteriormente se revocó. También se incluirán aquellos en que habiéndose obtenido el semen por métodos diversos, el varón no consintió la utilización del mismo para técnicas de reproducción asistida; por ejemplo en el supuesto de obtenerse para la realización de pruebas médicas, y sin embargo la mujer se sometió a técnicas de reproducción asistida con dicho material genético y posteriormente nació un niño que procede del varón<sup>494</sup>.

En general, los autores no analizan específicamente este supuesto, debido a que consideran al consentimiento prestado por el varón como un requisito indispensable.

Así, RIVERO HERNANDEZ afirma: “Si la inseminación se ha efectuado sin el consentimiento del varón, la solución es más discutible: cabe alegar que apenas se diferencia del mero donante anónimo (...) La decisión y responsabilidad única de ese nacimiento corresponde a la madre: atribuir el hijo a su compañero, que ni quiso ni sabía el destino que iba a darse a su material genético, puede parecer demasiado fuerte y quizás injusto.”<sup>495</sup>

En este supuesto parece quedar claro que la conducta de la mujer es la causa de que se produzca el nacimiento. Sin embargo, cabe plantearse si el hecho de que la mujer realice tal conducta debe tener como consecuencia la ausencia de filiación paterna en el nacido.

En este sentido PEREZ MONGE sostiene que: “Por ser el material genético suyo, y por el principio del *favor filii*, parece probable que el varón será declarado padre. A ello se añade la dificultad del varón de probar que no se trata de fecundación natural, y en su caso que no prestó consentimiento.”<sup>496</sup>

En definitiva, si el varón consigue probar que el hijo no nació como consecuencia de procreación natural, sino como consecuencia de la utilización de las técnicas por la

---

<sup>494</sup> PÉREZ MONGE, M. “La filiación derivada... *Ob. Cit.* p. 174.

<sup>495</sup> IGLESIAS PAIS, M. “Fundamentos jurídicos ...” *Ob. Cit.* p. 151.

<sup>496</sup> PÉREZ MONGE, M. “La filiación derivada... *Ob. Cit.* p. 174.

mujer sin su consentimiento es dudosa la solución de los Tribunales, teniendo en cuenta el *favor filii*<sup>497</sup>.

### 2.2.2. Con gametos de tercero

En los casos de procreación asistida heteróloga con consentimiento del varón, el objetivo del consentimiento del varón es que éste asuma la paternidad del hijo. Este es uno de los supuestos en los que se ve con mayor claridad la importancia del elemento volitivo<sup>498</sup>.

Se trata de una mujer soltera, pero un varón, que puede o no convivir con ella, (entiendo que generalmente será su pareja de hecho), consiente la fecundación de una mujer determinada, por lo que ese consentimiento, implica un reconocimiento<sup>499</sup>. Esto es así, porque de no haber pretendido o no haber querido ese niño, hubiera bastado con no prestar ese consentimiento, que, no es legalmente exigido<sup>500</sup>.

Es decir, si consiente, es porque está dispuesto a traer un hijo al mundo, y por el hecho de no estar casado (lo que implica que no pesará sobre él ninguna presunción de paternidad), no puede luego desdecirse, e ir en contra de los propios actos y principalmente en contra del principio de la buena fe<sup>501</sup>.

Una segunda situación aparece cuando una mujer no casada, pero que está en pareja, se somete a técnicas de reproducción asistida con semen de un tercero (donante), sin el consentimiento de su conviviente. Es decir, que no concurre el elemento biológico ni el volitivo<sup>502</sup>.

Si atendemos a lo antes señalado, los criterios que se han tenido en cuenta para determinar la paternidad son la procedencia biológica o la voluntad. En este caso, no

---

<sup>497</sup> Ídem.

<sup>498</sup> MORO ALMARAZ, M. J. *Ob. Cit.*, p. 33.

<sup>499</sup> Ídem.

<sup>500</sup> IGLESIAS PAIS, M. "Fundamentos jurídicos ..." *Ob. Cit.* p. 153.

<sup>501</sup> Así pude verse en RIVERO HERNÁNDEZ, F. en LACRUZ BERDEJO... *Op. cit.* pp. 154-155.

<sup>502</sup> IGLESIAS PAIS, M. "Fundamentos jurídicos ..." *Ob. Cit.* p. 153.

concorre ninguno de ellos<sup>503</sup>. Por ello en principio, no podrá atribuirse la paternidad ni prosperaría una acción de reclamación de paternidad frente a dicho conviviente<sup>504</sup>.

Ahora bien, puede suceder, que una vez producido el nacimiento, el conviviente reconozca al nacido. Se trataría en este caso, de un reconocimiento de complacencia, por lo que, lo más aconsejable, sería que el conviviente adopte al nacido, para evitar las impugnaciones que pueden plantear dichos reconocimientos<sup>505</sup>.

---

<sup>503</sup> PÉREZ MONGE, M. “La filiación derivada... *Ob. Cit.* p. 175.

<sup>504</sup> Ídem.

<sup>505</sup> Ídem.

## **TERCERA PARTE II: ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS**

### **LA NECESIDAD DEL RECONOCIMIENTO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO COMO MECANISMO DE TUTELA EN LA APLICACIÓN DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA (TRA) EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO**

## **1. El desarrollo fáctico y normativo de las Técnicas de Reproducción Asistida (TRA) en el Perú**

### **1.1. Descripción de la realidad nacional respecto de las prácticas Técnicas de Reproducción Asistida (TRA) en el Perú**

#### **1.1.1. Sector Público**

En el Perú de 10 a 15 por ciento de la población en edad fértil sufre de infertilidad; significa que un millón a un millón y medio de personas padece ese problema. La Organización Mundial de la Salud (OMS) considera a la infertilidad como una enfermedad del aparato reproductivo, concediéndoles de esa manera el derecho a las parejas infértiles a recibir tratamiento médico<sup>506</sup>.

La infertilidad es una enfermedad que no se ve, pero se siente y se ha demostrado científicamente que la padecen tanto hombres como mujeres. Las parejas que tienen ese problema experimentan sentimientos de sufrimiento, depresión y frustración, afectándoles su proyecto de vida<sup>507</sup>.

El Ministerio de Salud (MINSA) ha buscado que las parejas infértiles de escasos recursos económicos, también puedan tener derecho a recibir tratamientos especializados para lograr los hijos deseados, y para ello ha promovido el relanzamiento de la nueva Unidad de Medicina Reproductiva del Instituto Nacional Materno Perinatal (INMP), que se realizó el 4 de octubre del 2013<sup>508</sup>.

Con la puesta en marcha de esa moderna unidad, el Estado Peruano, a través del INMP,

---

<sup>506</sup> Cfr. ROA-MEGGO, Ysis; "La infertilidad como problema de salud pública en el Perú" en *Revista Peruana de Ginecología y Obstetricia*, Vol. 58, N° 2, Lima, 2012, pp. 79-85.

<sup>507</sup> Ídem.

<sup>508</sup> El sitio de web oficial de dicho establecimiento se encuentra en el siguiente enlace: <http://www.inmp.gob.pe>

ofrecerá tratamientos de Fertilización Asistida de Alta Complejidad, al alcance de la mayoría de la población, lo cual constituye un gran avance en la inclusión social<sup>509</sup>.

Esto será posible gracias al relanzamiento de la nueva Unidad de Medicina Reproductiva de dicha institución, que ahora cuenta con ambientes de consulta, sala de ecografía, laboratorio de andrología, sala de inseminación, laboratorio de gametos y embriones, sala de aspiración folicular y transferencia de embriones, todos equipados con tecnología de última generación y con un equipo multidisciplinario de profesionales capacitados en el extranjero en medicina reproductiva<sup>510</sup>.

En esta entidad se ofrecerán servicios en consulta médica especializada, ecografías, laparoscopia, histeroscopia, microcirugía, espermograma, capacitación espermática e inseminación intrauterina. Los laboratorios están equipados para realizar técnicas de reproducción asistida de alta complejidad como Fertilización In Vitro, Inyección Intracitoplasmática de espermatozoides, INVO, INVO ICSI, entre otros<sup>511</sup>.

Se empezará con el servicio de una técnica simplificada de alta complejidad de bajo costo y con aceptable efectividad, cuya característica principal es que la mujer actúa como incubadora de su futuro bebé, a través de un dispositivo denominado INVO<sup>512</sup>.

Con la implementación de esa remodelada Unidad de Medicina Reproductiva, se abre una nueva esperanza para lograr el sueño del hijo anhelado de muchos peruanos. La ceremonia contó con la presencia del Dr. Elkin Lucena, director del Centro Colombiano de Fertilidad y Esterilidad<sup>513</sup>.

La implementación de este servicio, permitió que el 8 de mayo del 2015 nacieran los primeros mellizos por fertilización in vitro. La madre de 33 años, acudió el año pasado al Servicio de Reproducción Humana tras una infección que afectó sus trompas de

---

<sup>509</sup> Nota de prensa del 4 de octubre del 2013 registrada en el website del INMP ubicado en el siguiente enlace: <http://www.inmp.gob.pe/noticia/parejas-podran-recibir-tratamiento-de-fertilizacion-asistida-de-alta-complejidad-en-el-inmp>

<sup>510</sup> Ídem.

<sup>511</sup> Ídem.

<sup>512</sup> Ídem.

<sup>513</sup> ANDINA "Ex Maternidad de Lima brinda tratamientos complejos de fertilidad a bajo costo" en *Diario Andina*, del 5 de octubre del 2015.

falopio, imposibilitando que pueda tener hijos de manera natural. Ante el deseo de la mujer por tener hijos, se optó por la fertilización in vitro, una técnica en la cual la fecundación se realiza fuera del cuerpo de la madre y se emplea cuando otros métodos de reproducción asistida resultan insuficientes<sup>514</sup>. Así lo explicó el jefe del citado servicio, Antonio Cipriano Bernuy, quien indicó que en estos casos el tratamiento es intenso durante tres semanas, porque se brinda medicamentos a la futura madre y hay un control riguroso de las hormonas y ecografías, todo esto mientras el estado emocional de la mujer es intenso<sup>515</sup>. El nacimiento de los dos bebés significaba que el instituto podía asumir este tratamiento especializado que, además, es de alto costo en clínicas"<sup>516</sup>.

### 1.1.2. Sector Privado

Para desarrollar este apartado se han consultado los diferentes portales web de las entidades especializadas las cuales ofrecen al público en general los servicios de fecundación artificial. Se han consignado un total de 9 centros especializados de los cuales se han consignado la siguiente información: Nombre, website oficial, filosofía de la empresa, misión o visión (si lo ha registrado), y los servicios que ofrece. La información consignada en este apartado es una reproducción fiel de lo publicado por cada uno de los centros.

#### — PROCREAR, CLÍNICA DE FERTILIDAD

Sitio Web : <http://www.procrear.com.pe/>

Visión :

Nuestra visión es fomentar una cultura de salud preventiva reproductiva, promoviendo el desarrollo de la biotecnología, investigación y docencia a través de programas que contribuyan a la generación y divulgación de conocimiento científico que impacten positivamente en la calidad de vida de

---

<sup>514</sup> SOCIEDAD, "Nacen los primeros mellizos por fertilización in vitro en Maternidad" en *Diario La República*, 8 de mayo del 2015, Lima, 2015.

<sup>515</sup> Ídem.

<sup>516</sup> Según la información, los costos en dicho establecimiento son 50% menos que en una clínica.



la población. Una visión que además permitirá a PROCREAR convertirse en el centro de referencia en fertilidad a nivel nacional e internacional.

Misión :

Brindar un tratamiento integral en técnicas de Medicina Reproductiva para ayudar a las parejas a lograr el embarazo, contando con profesionales especializados y de prestigio; además de la permanente incorporación de tecnología de avanzada.

Objetivos :

- Fomentar y propiciar la creación de un Centro de Investigación, Docencia y Desarrollo en Medicina Reproductiva y biotecnología.
- Contribuir a la investigación, docencia y desarrollo realizada por Centros Académicos del ámbito de salud, medicina reproductiva y biotecnología.
- Favorecer y propiciar la divulgación científica a través de seminarios, congresos, cursos así como mediante la difusión en distintos medios de comunicación.
- Realizar actividades de promoción en la temática mediante modalidades educativas y comunicativas a fines de abarcar a los diversos sectores de la población en especial a los más deprimidos en información y comunicación.
- Coparticipar en espacios comunes con otras instituciones afines con el propósito de instalar la temática tanto en la agenda social y científica como en la vida cotidiana de hombres y mujeres.

Logros :

- Creación, difusión e instalación del primer Chequeo de Fertilidad en el Perú.
- El Chequeo de Fertilidad, masculino y femenino, permite el diagnóstico de infertilidad con certeza en el 90% de casos.
- El Chequeo de Fertilidad permite un diagnóstico y tratamiento rápido, eficiente y económico.
- Primer Centro de Fertilidad en Latinoamérica en usar el Espermatograma Computarizado.
- Implementación del primer estudio de Fertilidad Masculina Integral: Espermatograma Computarizado, Cultivo del esperma y Estudio de la Fragmentación del ADN espermático.
- Creación e implementación de las Consejerías de Fertilidad en el Perú.
- Microcirugía de Fertilidad de rutina destinada a mejorar la salud reproductiva.
- Pionero en tratamiento de Infertilidad Masculina de manera sencilla y eficaz ahorrando al paciente, tiempo, entusiasmo y economía.
- Pionero en Prevención de Fertilidad en Perú evitando o tratando enfermedades femeninas de gran frecuencia (endometriosis, falla de ovulación, obstrucción de trompas).
- Procrear puso los tratamientos de fertilidad al alcance de todos disminuyendo el costo habitual de tratamientos como la FIV a menos del 50 % de su costo real.

Tratamientos :

- **Las relaciones sexuales dirigidas.-** Las relaciones sexuales dirigidas se refieren a trabajar en base de Ciclos de Estimulación Ovárica Controladas, es decir, que se estimulan a los ovarios con medicamentos para la fertilidad. Esta estimulación se realiza para producir un pequeño número de

óvulos (máximo cuatro) y permitir la fecundación mediante relaciones sexuales.

Con la ayuda del ecosonograma, el médico les indicará el mejor día para tener relaciones sexuales de manera que coincida con la ovulación. La evaluación de la respuesta al tratamiento es indispensable para llevar al máximo las probabilidades de un embarazo y minimizar los riesgos. La evaluación se realiza mediante ecosonogramas pélvicos (para seguir el crecimiento folicular y el grosor endometrial), el test post-coital (para valorar la calidad del moco cervical y el comportamiento de los espermatozoides en el mismo) y en caso de ser necesario, determinación de Estradiol en sangre.

Este tratamiento es indicado para pacientes que presentan un problema de fertilidad por causa inexplicada, mujeres que presentan trastornos hormonales o una condición conocida como síndrome de ovarios poliquísticos. La probabilidad de embarazo después de un ciclo de tratamiento es de 15 %.

- **Inseminación Artificial.**- La Inseminación Intrauterina (IA) es un proceso en el cual se deposita de forma no natural los espermatozoides previamente capacitados y se coloca dentro del útero de la mujer, con el objeto de conseguir un embarazo.

La mujer debe tener al menos una de las trompas de Falopio funcionando correctamente. El hombre presenta, tras la capacitación espermática, una REM (recuento de espermatozoides móviles) igual o superior a 3 millones de espermatozoides por mililitro de semen capacitado.

La serología de ambos miembros de la pareja verifica que no existe riesgo de hepatitis B, hepatitis C, VIH, rubéola, toxoplasmosis ni sífilis.

Se utiliza con la finalidad de lograr el depósito de los espermatozoides lo más cerca posible del lugar de ovulación evitando así los obstáculos que el ambiente “hostil” de la vagina produce sobre la concentración y movilidad espermática. Los espermatozoides previamente lavados y seleccionados son colocados en la cavidad uterina.

- **FIV - Fecundación In Vitro.-** La Fecundación In Vitro FIV o Bebé Probeta es la unión del óvulo con el espermatozoide en el laboratorio, con el fin de obtener un número apto de embriones disponibles para transferir al útero materno.

La fecundación in Vitro convencional es una técnica de reproducción asistida que se aplica en los siguientes tipos de problemas: i) Por infertilidad masculina, se utiliza cuando existe una alteración moderada del semen con un número suficiente de espermatozoides móviles progresivos y una REM superior a 1 millón de espermatozoides/ml de semen. ii) Por infertilidad femenina, se emplea cuando se halla endometriosis, obstrucción tubárica o falla de ovulación, un máximo de 6 veces la técnica de inseminación artificial. iii) Por infertilidad de origen desconocido. iv) Fracasos repetidos en diversos ciclos de inseminación artificial.

- **ICSI - Inyección Intracitoplasmática de Espermatorzoide en el Óvulo.-** Es una técnica de reproducción asistida (similar a la FIV convencional). Permite que el 95% de los varones con serios problemas de fertilidad pueden tener sus propios hijos. Mediante este proceder, un solo espermatozoide se deposita en el interior del ovocito (óvulo) para lograr la fecundación. Esta técnica es usada en los siguientes casos: 1) El número de espermatozoides es demasiado bajo, son muy

pocos móviles o presentan anomalías. 2) Se utiliza cuando existe azoospermia, oligozoospermia, criptoospermia, astenoospermia, teratoospermia, oligoastenoospermia, oligoastenoteratoospermia. 3) Varones que se han realizado una vasectomía. 4) Varones con alguna enfermedad infecciosa (VIH, hepatitis, etc.), varones con semen congelado previo sometimiento a radioterapia o quimioterapia o imposibilidad de obtener una eyaculación en condiciones normales. 5) Fracaso repetido de embarazo en diversos ciclos de fecundación in Vitro convencional. 6) Fallo de fecundación de los ovocitos con FIV convencional. 7) Microinyección de ovocitos no fecundados con FIV convencional. 8) Maduración in Vitro de ovocitos inmaduros. 9) Esterilidad inmunológica con anticuerpos anti-espermáticos y tras fracaso repetido de diversos ciclos de inseminación artificial. 10) El espermatozoide se forma adecuadamente en el testículo, pero no están presentes en el eyaculado por obstrucciones u otros motivos. 11) En ciertos casos de varones que carecen de espermatozoides en su eyaculado.

- **Transferencia de Blastocitos.-** Es una nueva estrategia que disminuye aún más el riesgo de embarazo múltiple y aumenta más probabilidades de implantación de cada embrión individual que se colocará en el útero. Esta técnica consiste en favorecer (usando medios de cultivo y sustancias especiales), y supervisar el desarrollo in vitro de los embriones hasta aproximadamente el sexto día en el laboratorio. Es decir, se favorece y controla el crecimiento de los mismos hasta etapas más avanzadas. Usando este nuevo procedimiento, se tiene la posibilidad de transferir en el útero embriones más desarrollados y más saludables, con el doble de capacidad de implante; es decir más viables.

Este procedimiento permite observar cómo, muchos embriones que se producen en la naturaleza, se detienen en su desarrollo (entre el 3er. y 6to. día) lo que reproduce los fenómenos que se aparecen en la mujer en cada ciclo natural. Es decir que los embriones son capaces de formarse naturalmente, pero pocos de ellos son capaces de llegar naturalmente a término.

La transferencia de blastocistos, tiene una expectativa de logro de embarazo de 50%, y adicionalmente mediante ella se anula el riesgo de embarazo múltiple (mellizos o trillizos). Si se transfiere uno o dos blastocistos de alta calidad. La posibilidad de criopreservar (congelar) embriones excedentes incrementará aún más las posibilidades de implantación disminuyendo la probabilidad de embarazo múltiple

- Congelación de embriones
- Inseminación y FIV con semen donante
- Donantes de óvulos
- Ruptura Asistida de la Zona Pelúcida (Assisted Hatching)
- Microcirugía de Trompas
- Tratamientos para la eyaculación inducida
- Diagnóstico genético preimplantacional
- Crioconservación de Espermatozoides
- Vitricación de óvulos
- IMSI
- Columnas de Anexina V (Separación de Espermatozoides con ADN no fragmentados)
- FISH en espermatozoides
- Hibridación Genómicas Comparada (CGH)

## — CLÍNICA CONCEBIR :

Website : <http://www.concebir.com>

**Presentación :** Concebir es una de las clínicas de fertilidad más grandes y exitosas de Latinoamérica. Realiza más de 1500 procedimientos de Fecundación In Vitro al año, con una tasa de éxito superior al 50%. Además, es un centro de referencia en Latinoamérica, el 15% de nuestras atenciones son pacientes extranjeras. La clínica de fertilidad Concebir se preocupa también por generar un lazo de confianza con sus pacientes, que se sientan tranquilos durante el tratamiento, por lo que contamos con asesoría psicológica y legal.

Esta clínica se encuentra acreditada por la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida, institución científica y educacional, que reúne más del 90% de los centros que realizan técnicas de reproducción asistida. El laboratorio cuenta con tecnología, que incluye cultivo en condiciones fisiológicas de oxígeno, diagnóstico genético, ICSI, PICSI, banco de gametos y Vitricificación.

**Tratamientos :**

- **Fertilización in Vitro.-** Consiste en extraer ovocitos de una paciente que previamente ha sido estimulada con hormonas y colocar estos ovocitos en contacto con espermatozoides, para lograr la fecundación. Luego, los embriones obtenidos, son colocados en el útero. Cuando hay un problema masculino, la fecundación se obtiene inyectando los espermatozoides, directamente en el ovocito (ICSI).

- **Inseminación Intrauterina.-** Consiste en depositar espermatozoides, previamente capacitados en el laboratorio, en el aparato reproductor femenino, con la finalidad de lograr una gestación. Es una técnica muy utilizada debido a su fácil acceso. Es un método sencillo de bajo costo, no demanda que la mujer se exponga a altas dosis de medicación ni deba concurrir a múltiples controles de la ovulación.
  
- **Criopreservación.-** La criopreservación es el método donde se utilizan bajas temperaturas con el fin de preservar las estructuras intactas de las células vivas. Esta técnica ofrece la posibilidad de postergar la maternidad a todas aquellas mujeres que así lo deseen debido a temas profesionales, personales y/o salud.

Sedes : Lima, Trujillo, Chiclayo, Piura, Chimbote, Huancayo

Logros : Diagnóstico genético pre-implantacional

Lo más moderno son las variantes del diagnóstico genético pre-implantacional, llegan a crear un blastocisto, que es un embrión con una zona de placenta, podemos hacer con un láser una biopsia a esa placenta, podemos conocer la composición cromosómica de ese embrión, este es un gran avance que tenemos en este país (Perú) y con ello superamos a todo Latinoamérica, con excepción de Brasil, que es como un continente aparte; es decir, estamos a la vanguardia en América Latina.

Estudios recientes en casi 1000 niños nacidos después de la congelación y descongelación de óvulos mostraron que no existía aumento de riesgo de padecer anomalías congénitas. Incluso se encontró que solo el 1.2% de niños nacidos tenían



malformaciones, valor muy por debajo del promedio que muestra la población general que embaraza sin tratamiento alguno (3%). Por lo cual se puede decir la congelación de óvulos es segura para el futuro bebe.

**Requisitos :**

Se requiere que la mujer ovule, al menos una trompa uterina permeable, una cavidad uterina adecuada y un semen que tenga al menos 1 millón de espermatozoides móviles, luego de la capacitación espermática.

**— CENTRO DE FERTILIDAD Y REPRODUCCIÓN ASISTIDA - CEFRA**

**Website :** <http://www.cefra.com.pe/quienes.html>

**Descripción :**

Desde sus inicios en el año 1998, el Centro de Fertilidad y Reproducción Asistida (CEFRA) se ha dedicado al estudio y tratamiento de las parejas con problemas de fertilidad, al cuidado de la salud reproductiva de la mujer y a desarrollar y perfeccionar las técnicas más avanzadas de reproducción asistida, realizando una gran variedad de tratamientos de acuerdo a la condición médica de nuestros pacientes. Por ello, poco a poco ha ido creciendo hasta llegar a ser uno de los mejores centros de fertilidad del País con tasas de éxito comparables a las reportadas mundialmente.

En el Perú, se estima que un 10 - 15% de parejas afrontan un problema de fertilidad a lo largo de su etapa reproductiva, por eso CEFRA se compromete a brindarle los cuidados médicos

con calidez y calidad para lograr su principal objetivo en el menor tiempo posible.

La página Web muestra lo que se necesita en relación a nuestro centro, diagnóstico, manejo y tratamiento de los problemas de reproducción; además de toda la información necesaria para despejar sus dudas y realizar el tratamiento en las mejores condiciones.

Tratamientos :

- De baja complejidad:

**Inducción a la ovulación.**-Este procedimiento se realiza gracias a la utilización de medicamentos con el objetivo de madurar un ovocito y, por tanto, aumentar la posibilidad de un embarazo; además, se puede controlar de forma bastante fiable, el momento de la ovulación.

Se inicia a partir del segundo o tercer día de la menstruación y se monitorea a través de ecografía; una vez que el folículo ha alcanzado un tamaño adecuado (18 a 20 m.m.), se induce la ovulación a través de un medicamento y se determina el momento aproximado de la ovulación

*Inseminación intrauterina.*- Es un procedimiento sencillo, rápido, no doloroso y que se realiza en consultorio. Consiste en introducir en la cavidad uterina de la mujer mediante un fino catéter, la muestra de espermatozoides seleccionados y capacitados previamente en el laboratorio. Para realizar una IIU se necesita monitorizar la ovulación mediante ecografías durante un ciclo natural o un ciclo estimulado.

La IIU puede ser de dos tipos:

**Inseminación intrauterina homóloga:** Es decir con el semen de la pareja. Se realiza cuando el conteo espermático está por debajo de los límites normales, cuando la infertilidad es de origen inmunológico, en los casos diagnosticados de endometriosis o cuando es inexplicada.

**Inseminación intrauterina heteróloga:** Es decir con semen de donante. Se realiza cuando el semen de la pareja no tiene espermatozoides o presenta baja calidad espermática. En estos casos, la muestra se seleccionará de nuestro Banco de Semen.

– De alta complejidad:

Está indicada en los siguientes casos: Cuando las trompas de Falopio están obstruidas, cuando existe una alteración de la calidad seminal, cuando existen trastornos inmunológicos, cuando se desconoce la causa de infertilidad, a pesar de haber realizado todas las pruebas diagnosticas disponibles y realizado cuatro (04), Inseminaciones Intrauterinas. En casos diagnosticados de endometriosis; y en otras causas determinadas por el médico.

**Fecundación In vitro:** Conocida también como bebe probeta, consiste en unir en el laboratorio los ovocitos obtenidos mediante la aspiración folicular y los espermatozoides capacitados previamente en el laboratorio. Una vez fecundados los ovocitos y formados los embriones se transfieren al útero de la mujer para que continúen su desarrollo de forma natural.

**Inyección Intracitoplasmática de espermatozoide.-** Esta técnica consiste en la microinyección de un espermatozoide

en el interior de un ovocito u óvulo que previamente se ha preparado.

Se realiza cuando no se puede realizar una FIV convencional debido a: Factor masculino grave, fallo de fecundación en FIV, azoospermia, muestras valiosas de semen, etc. Los pasos para el ICSI son los mismos que para una FIV

**Transferecia de gametos fecundados a la trompa.-** Consiste en la transferencia de los gametos masculino (espermatozoides) y femenino (ovocitos) a las trompas mediante laparoscopia con el objetivo de facilitar la inseminación en el sitio donde se produce la fecundación natural, teniendo en cuenta que las trompas de Falopio deben estar completamente permeables.

Actualmente esta técnica se realiza únicamente en pacientes que por motivos éticos y religiosos no pueden acceder a la FIV.

**Fertilización in Vitro con Donación de Ovocitos – Ovodonación.-** Consiste en realizar el procedimiento de Fertilización In Vitro con óvulos de una donante y el semen de la pareja. Una vez formados los embriones, serán transferidos al útero de la receptora para continuar el embarazo.

Esta técnica está reservada para aquellas pacientes que tienen problemas en sus ovarios (menopausia precoz, edad avanzada, etc.) o padece de alguna enfermedad genética transmisible de padres a hijos.

Las donantes son mujeres que tienen entre 18 y 30 años, que han sido sometidas a un proceso de evaluación completa para conocer su estado físico, mental, antecedentes familiares, raza, talla, contextura, color de piel, ojos y cabello para seleccionar aquellas que tengan parecido físico con la receptora.

### **Crioconservación**

Espermas.- Es una técnica que nos permite conservar los espermatozoides a bajas temperaturas (-196°C) y mantenerlos durante largos períodos sin llegar a perder su capacidad fecundante.

La criopreservación está indicada en pacientes que van a someterse a vasectomía, tratamientos con quimioterapia o radioterapia, así como en aquellos que por diversas razones presentan dificultades para obtener una eyaculación normal (disfunción eréctil, eyaculación retrógrada) o muy mala calidad espermática; ó en aquellos pacientes que por motivo de viaje o residencia fuera del país no estarán presentes durante la realización del procedimiento de fertilidad.

Embriones.-Se realiza a través del cultivo prolongado del embrión hasta blastocisto (5 días de vida) lo cual permite la “autoselección” embrionaria in Vitro, siendo los blastocistos finalmente obtenidos los que tienen mejor pronóstico. De esta forma, la paciente tendrá la opción de descongelar y transferirse sus embriones cuando lo desee, previa coordinación y preparación por parte de los especialistas.

Tejido ovárico.- Es una alternativa potencial y adicional a la criopreservación de embriones y ovocitos para sostener la

fertilidad en mujeres de riesgo de daño de tejido ovárico por motivos de enfermedades genéticas, después de quimioterapia o radioterapia para enfermedades malignas y quienes estén en riesgo de una menopausia prematura.

Vitrificación de ovocitos.- Es una nueva técnica que ofrece excelentes posibilidades para preservar la fertilidad de la mujer. Toda mujer en edad fértil puede congelar sus óvulos en el momento que ella lo decida y utilizarlos para su reproducción años más tarde.

La vitrificación de ovocitos está indicada para las mujeres que están en riesgo de perder su capacidad reproductiva por enfermedades oncológicas (cáncer), antecedentes de endometriosis, antecedentes familiares de menopausia prematura, desarrollo profesional antes de los 35 años, etc.

Maduración de In Vitro de óvulos.- Es una técnica que consiste en la obtención de los ovocitos en sus diferentes estadios de desarrollo para su posterior maduración in Vitro, utilizando medios de cultivo y condiciones adecuadas favorables para mejorar su calidad.

Banco de semen.- Se cuenta con muestras de semen congelada de varones donantes, quienes han sido previamente evaluados desde los aspectos psicológicos, físicos y descarte de infecciones.

Todas las muestras congeladas tienen un período de 6 meses de observación antes de ser empleadas.

Website : [www. http://fertilab.pe](http://fertilab.pe)

Descripción :

**FERTILAB** es un nuevo y moderno Laboratorio de Reproducción Asistida que surge como respuesta a la necesidad de médicos y parejas con problemas de fertilidad, que buscan un servicio de calidad, confiabilidad y garantía. Contamos con lo último en tecnología de punta y personal altamente calificado, de acuerdo a los estándares a nivel mundial para realizar los procesos de reproducción asistida actuales y adecuados a cada paciente.

La misión de esta clínica es mantener a **FERTILAB** como un Laboratorio de Reproducción Asistida eficiente, con un grupo humano altamente capacitado, desarrollando protocolos científicos estandarizados y, con el uso de tecnología de punta, fomentar el desarrollo de la investigación científica en beneficio de la sociedad.

**FERTILAB** se caracteriza por ofrecer una gama de servicios, que encierran un fuerte componente humano, lo cual lo diferencia de otros laboratorios. Estos servicios están dirigidos a todo tipo de pacientes con diferentes problemas de fertilidad, y para cada uno de ellos, se tiene el tratamiento adecuado.

FERTILAB Laboratorio de Reproducción Asistida es un equipo de profesionales cualificados en medicina reproductiva con la misión de ayudar a parejas con problemas de fertilidad a lograr su deseo de ser padres. Mediante el uso de tecnología de última generación, altos estándares de calidad, trabajo en equipo y un fuerte componente humano venimos logrando óptimos resultados clínicos para el beneficio de los pacientes.

Tratamientos :

**FECUNDACIÓN IN VITRO - ICSI.-** La Fecundación In Vitro (FIV) es una técnica en la cual óvulos recuperados por aspiración folicular son fecundados por espermatozoides seleccionados por técnicas de separación espermática, de manera que la interacción entre el óvulo y el espermatozoide, la fecundación y el desarrollo embrionario ocurren fuera del organismo materno, en el laboratorio bajo condiciones adecuadas.

De acuerdo a características de los espermatozoides tal como concentración, movilidad, morfología entre otros, la inseminación de los óvulos puede ser realizada por una FIV convencional o Inyección Intracitoplasmática de Espermatozoide (ICSI) en la cual cada óvulo recuperado es inyectado con un único espermatozoide seleccionado.

La FIV es aplicada como tratamiento de aquellas parejas en las cuales la mujer presenta ausencia u obstrucción de trompas de Falopio, infertilidad sin causa aparente e infertilidad masculina leve. Asimismo, es válida cuando han fallado tratamientos previos de inseminación intrauterina. La técnica de ICSI es indicada en casos de infertilidad masculina severa que no pueden ser resueltos por FIV convencional, casos en los cuales la tasa de fecundación en ciclos previos de FIV fue significativamente baja, inseminación de óvulos vitrificados, espermatozoides de biopsia testicular y cuando se utilizan espermatozoides seleccionados con ADN no fragmentado por columnas de Anexina V.

Los últimos avances científicos y mejoras de las condiciones en el laboratorio han permitido el incremento sustancial en las



tasas de éxito de la FIV - ICSI en los últimos años, beneficiando a cada vez más mujeres en lograr el tan ansiado embarazo.

**Inyección de Espermatozoides Morfológicamente Seleccionados - IMSI.-** Es un procedimiento para evaluar espermatozoides portadores de anormalidades que no pueden ser detectados durante el procedimiento convencional de ICSI, resultando importante en aquellos casos de pacientes con oligoastenozoospermia severa, pacientes con altos grados de fragmentación del ADN y parejas con repetidas fallas de implantación.

**PICSI.-** El PICSI es un método de selección de espermatozoides basado en las interacciones entre el espermatozoide y una cubierta de ácido hialurónico (compuesto constituyente de la zona pelúcida que rodea al óvulo) adosado en una cápsula de cultivo. Los espermatozoides maduros y fisiológicamente competentes se adherirán al ácido hialurónico y estos serán seleccionados para inyección mediante el ICSI convencional de los óvulos aspirados.

**DONACIÓN DE ESPERMATOZOIDES.-** La utilización de espermatozoides donados está indicado en:

- Pacientes con azoospermia tanto en eyaculado como en biopsia testicular.
- Casos de portación de enfermedades genéticas que no se puede evaluar en los embriones.
- Varones portadores de enfermedad de transmisión sexual y que no es posible eliminar el virus del semen.
- Casos de anomalías cromosómicas en espermatozoides.

- Cuando el semen de la pareja es patológico y se han obtenido malos resultados previos en fecundación in vitro.

**DONACIÓN DE ÓVULOS.-** La selección de las donantes incluye mujeres jóvenes con un buen estado de salud físico y mental, con estudio de enfermedades infecciosas negativo, cariotipo normal y sin antecedente de enfermedades hereditarias graves en su familia.

La utilización de óvulos donados está indicado para aquellas mujeres que han llegado a la menopausia de forma natural o prematura, se les ha extirpado los ovarios (ooforectomía) o tienen riesgos de transmitir enfermedades cromosómicas y/o genéticas a su descendencia.

Fecundación In Vitro (FIV) es una técnica en la cual óvulos recuperados por aspiración folicular son fecundados por espermatozoides seleccionados por técnicas de separación espermática, de manera que la interacción entre el óvulo y el espermatozoide, la fecundación y el desarrollo embrionario ocurren fuera del organismo materno, en el laboratorio bajo condiciones adecuadas.

De acuerdo a características de los espermatozoides tal como concentración, movilidad, morfología entre otros, la inseminación de los óvulos puede ser realizada por una FIV convencional o Inyección Intracitoplasmática de Espermatozoide (ICSI) en la cual cada óvulo recuperado es inyectado con un único espermatozoide seleccionado.

La FIV es aplicada como tratamiento de aquellas parejas en las cuales la mujer presenta ausencia u obstrucción de trompas de Falopio, infertilidad sin causa aparente e infertilidad

masculina leve. Asimismo, es válida cuando han fallado tratamientos previos de inseminación intrauterina. La técnica de ICSI es indicada en casos de infertilidad masculina severa que no pueden ser resueltos por FIV convencional, casos en los cuales la tasa de fecundación en ciclos previos de FIV fue significativamente baja, inseminación de óvulos vitrificados, espermatozoides de biopsia testicular y cuando se utilizan espermatozoides seleccionados con ADN no fragmentado por columnas de Anexina V.

Los últimos avances científicos y mejoras de las condiciones en el laboratorio han permitido el incremento sustancial en las tasas de éxito de la FIV - ICSI en los últimos años, beneficiando a cada vez más mujeres en lograr el tan ansiado embarazo.

### **DIAGNÓSTICO GENÉTICO PREIMPLANTACIONAL (DGP).-**

Cromosomas y Genes.- Cada célula del cuerpo humano lleva en su núcleo 46 cromosomas (23 del padre y 23 de la madre). Cada cromosoma está constituido de ADN o material genético que en pequeños fragmentos constituyen los Genes. Por tanto, cada persona tiene dos copias de cada gen; es decir, uno de cada progenitor.

El Diagnóstico Genético Preimplantacional (DGP) es la evaluación prenatal temprana que nos permite evaluar la condición genética de cada embrión resultante de la unión de los gametos femeninos y masculinos en el laboratorio de Reproducción Asistida. Se realiza la remoción de una célula (en embriones de día 3) y mediante técnicas genéticas de FISH se puede evaluar 5, 9 y 12 cromosomas en cada

embrión; o la remoción de pocas células (en embriones de día 5) y mediante el análisis de aCGH (arreglo de hibridación genómica comparativa) se evalúan cada uno de los cromosomas somáticos además del par sexual (24 cromosomas) y así evitar enfermedades cromosómicas que puede resultar viables pero no deseables para la pareja.

El DGP está indicado en:

- Parejas con riesgo de transmitir alteraciones cromosómicas o enfermedades monogénicas.
- Parejas con historia de aborto recurrente.
- Fallas de implantación luego de varios procedimientos de FIV – ICSI.
- Alteración de la meiosis de los espermatozoides.
- Mujeres de edad avanzada.

**FISH EN ESPERMATOZOIDES.-** FISH (Hibridación In Situ Fluorescente) es el análisis de las alteraciones numéricas y estructurales de los cromosomas que no son perceptibles en un cariotipo convencional. Útil en el estudio del varón infértil con oligozoospermias severas.

## **CRIOCONSERVACIÓN**

Vitrificación de óvulos.- La criopreservación espermatozoides es un procedimiento rutinario en los laboratorios de Reproducción Asistida que ha permitido el desarrollo de bancos de semen homólogo (pacientes) y heterólogo (donantes). Básicamente consiste en someter a los espermatozoides a un medio crioprotector, ser congelados a temperaturas bajo 0°C y luego almacenados en nitrógeno líquido a -196°C.

Indicación de vitrificación de óvulos:

- Previo a tratamientos de radioterapia y/o quimioterapia.
- Postergación de la maternidad.
- Antes de la extirpación de los ovarios (ooforectomía).
- Riesgo de síndrome de hiperestimulación ovárica.
- Para acumular óvulos en pacientes con baja respuesta a estimulación ovárica.
- Evitar problemas ético y religiosos de la congelación de embriones.
- Creación de banco de óvulos.

**CRIOPRESERVACIÓN DE EMBRIONES.-** La criopreservación embrionaria por vitrificación es un procedimiento importante dentro de los programas de reproducción asistida porque permite obtener el máximo provecho a un ciclo de estimulación ovárica contralada. La vitrificación consiste en someter a los embriones a un medio crioprotector, ser congelados a temperaturas bajo 0°C y luego almacenados en nitrógeno líquido a -196°C. La técnica permite criopreservar embriones excedentes de buena calidad dentro de un ciclo de estimulación, diferir la transferencia embrionaria en casos de hiperestimulación ovárica, mala receptividad endometrial y en aquellas pacientes que serán sometidas a tratamientos de radio o quimioterapia. Se pueden criopreservar cigotos (2PN) y embriones en estadio de desarrollo día 2 al día 5 en Blastocisto

**CRIOPRESERVACIÓN DE ESPERMATOZOIDES.-** La criopreservación de espermatozoides es un procedimiento rutinario en los laboratorios de Reproducción Asistida que ha permitido el desarrollo de bancos de semen homólogo (pacientes) y heterólogo (donantes). Básicamente consiste en

someter a los espermatozoides a un medio crioprotector, ser congelados a temperaturas bajo 0°C y luego almacenados en nitrógeno líquido a -196°C.

Indicación de la criopreservación:

- Pacientes que serán sometidos a radioterapia y/o quimioterapia.
- Previo a una vasectomía y Prostatectomía.
- Viajeros continuos.
- Pacientes azoospermicos que se obtienen espermatozoides de biopsia testicular.
- Trabajos que afecten la calidad seminal.
- Riesgo biológico.
- Donantes anónimos.

## **METODOS DE SELECCIÓN ESPERMÁTICA**

Capacitación espermática.- La capacitación espermática es un procedimiento que permite la separación de espermatozoides de acuerdo a parámetros de concentración, movilidad y morfología en una muestra seminal. La selección de espermatozoides de buena calidad se realiza para inseminaciones intrauterinas y en casos de inseminación en técnicas de FIV e ICSI.

Capacitación espermática con selección de sexo.- La capacitación espermática con selección de sexo es un procedimiento que permite la separación de espermatozoides de acuerdo a la carga genética del cromosomas sexual X o Y que portan incrementando la probabilidad de 60-70% de lograr el sexo del bebé solicitado. Esto se logra mediante una secuencia de gradientes de densidad que permiten separar los

espermatozoides por su “masa”. La capacitación de espermatozoides con selección de sexo se realiza para inseminaciones intrauterinas (IIU) y en casos de inseminación en técnicas de FIV.

La presencia de una elevada cantidad de espermatozoides con ADN fragmentado afecta tanto la fertilidad natural como en los resultados de reproducción asistida. Existen una serie de métodos que permiten seleccionar una población de espermatozoides con ADN sano; dentro de las cuales está la separación magnética por columnas de anexina V. Los espermatozoides apoptóticos, que presentan la membrana plasmática alterada, exponen la fosfatidilserina hacia la membrana de la célula la cual tiene la capacidad de unirse específicamente a la proteína anexina V. Luego a los espermatozoides se le acoplarán una esferas metálicas y serán pasados a través de un campo magnético y podremos recuperar únicamente aquellos espermatozoides con ADN sanos que podrán ser utilizados en procedimientos de ICSI

## — CLÍNICA DE GINECOLOGÍA Y FERTILIDAD MIRAFLORES

Website : <http://www.igf.com.pe>

Descripción :

La Clínica de Ginecología y Fertilidad Miraflores brinda los mejores servicios médicos en soluciones integrales para toda la familia, como Ginecología-obstetricia, Fertilidad asistida, Urología- andrología, Pediatría, Sicología, Ecografía en 6D-5D-4D y Cirugía plástica.

Ofrecemos atención médica de calidad, controles y exámenes preventivos en todas nuestras especialidades. Por ello,

contamos con los mejores especialistas y el mejor equipamiento.

Actualmente contamos con un moderno edificio de tres pisos y provisto de salas cirugía, de espera, cafetería y equipos de última tecnología para todas nuestras especialidades.

El nacimiento de un bebé es el milagro de la vida, es el sueño de toda pareja. Por ello, el Centro de Ginecología y Fertilidad (IGF) de la Clínica Miraflores es una de las prestigiosas a nivel nacional porque no solo estamos al cuidado de su salud, sino también, realizamos investigaciones en pro de nuevas técnicas de fertilidad. Como resultado de nuestras investigaciones logramos crear una nueva técnica Transferencia de ovocitos microinyectados (TOMI) para casos severos de infertilidad masculina.

« Lo que hicimos al inventar el TOMI fue copiarnos de la naturaleza. La mejor incubadora para un embrión es la trompa de Falopio, tiene calor y oxígeno natural y no se necesita antibióticos ni medios de cultivo. Nos fue muy bien desde el principio y hasta ahora lo seguimos haciendo. Tiene una vigencia total» (Dr. Álvaro Ascenzo: 2012). »

Gracias a nuestro equipo médico altamente calificado con ginecólogos clínicos expertos en fertilidad asistida, biólogos y genetistas especializados en reproducción humana, andrólogos-urólogos especializados en infertilidad masculina y patologías en el hombre, pediatras-neonatólogos capacitados para brindarle los mejores cuidados a su bebé. Además, contamos con el servicio de Ecografía 4D, donde la última tecnología en imágenes y el profesionalismo médico de nuestros especialistas, le permitirá visualizar en tiempo real al nuevo ser que yace en su vientre. Mediante esta tecnología



podremos prevenir y descartar cualquier posible problema en el desarrollo de su bebé.

**Misión :**  
Transformar la medicina reproductiva y brindar un tratamiento integral.

**Visión :**  
Ser la mejor clínica de fertilidad y reproducción asistida (o ginecología), reconocida a nivel nacional e internacional.

**Valores :**

- Ética ante todas las técnicas y diagnósticos realizados.
- Respetamos la vida de nuestros pacientes, así como la del neonato.
- Responsabilidad en nuestro trabajo.
- Vocación de servicio hacia nuestros pacientes para que se sientan satisfechos por nuestros servicios.
- Comunicación constante entre el médico y paciente.
- Compromiso para brindarle el mejor servicio gracias a nuestra experiencia.

**Procedimientos generales:**

- **Análisis de semen** para medir la calidad y cantidad de los espermatozoides.
- **Comprobación de ovulación** vía seguimiento ecográfico del ciclo y de la medición hormonal de progesterona.
- **Prueba de normalidad uterina y de las trompas de Falopio (histerosalpingografía).**
- **Laparoscopia e histeroscopia** para visualizar la cavidad abdominal, uterina y de los ovarios.
- **Exámenes de función ovárica** en caso de ausencia o disfunción de la ovulación.

Tratamientos :

### **DE BAJA COMPLEJIDAD**

**-Inseminación Intrauterina.-** Es una técnica sencilla que se realiza en el consultorio, mediante la introducción de una muestra espermática optimizada, dentro del útero por medio de una cánula. Esta inseminación se lleva a cabo durante los días de ovulación, previamente verificado por una ecografía. No es dolorosa y es muy sencilla de realizar, normalmente se lleva a cabo por tres ciclos, gracias a esto cuatro de cada 10 pacientes quedan embarazadas. Para quienes no resulte con éxito, se puede repetir el procedimiento por tres ciclos más; en este caso solo una de 10 pacientes logrará concebir. Pero aún hay esperanzas, ya que, después de tres o cuatro ciclos se podrá recurrir a técnicas de alta complejidad.

**- Transferencia Intrafalopiana de Gametos (GIFT).-** Es una de las técnicas de reproducción asistida más exitosas en pacientes que no tengan las trompas de Falopio dañadas, dilatadas u obstruidas, por lo que se recomienda cuando se desconocen las causas de infertilidad o cuando no es viable la transferencia de embriones vía vaginal, ya sea por estrechez o desviación del cuello uterino. Este procedimiento solo requiere de una pequeña incisión a la altura del abdomen que se lleva a cabo en la sala de operaciones bajo anestesia epidural o general durante 30 minutos. A diferencia de la fertilización in vitro, esta técnica se lleva a cabo sin que haya ocurrido algún encuentro sexual previo.

**-Transferencia de ovocitos microinyectados (TOMI).-** Debido a que no todas las técnicas podían resultar exitosas,

hace 18 años el Instituto de Ginecología y Fertilidad creó esta técnica para casos severos de infertilidad masculina y cuando no se podían transferir los óvulos. Con esta técnica se trata de imitar a la naturaleza, ya que, los óvulos fecundados se implantan en las trompas de Falopio, donde se desarrollarán los embriones, los que luego bajarán hacia el útero.

El procedimiento no dura más de 90 minutos. Previamente se extraen dos o más óvulos maduros y se toma una muestra de semen de la pareja, para escoger los mejores espermatozoides. Una vez en el quirófano se inicia la operación de laparoscopia y simultáneamente los óvulos son fecundados. Luego, estos son transferidos hacia las trompas de Falopio. Finalmente, en cinco o seis días se podrá verificar si el procedimiento tuvo éxito mediante una prueba de embarazo.

Gracias a la técnica, hasta el año 2012, se cuenta con más de 600 casos exitosos. Tal es el éxito que el procedimiento también se practica en países de la región como Chile, Colombia, Venezuela y Argentina. Estamos orgullosos de haber creado esta técnica, pero sobre todo de poder darle la oportunidad de realizar su tan anhelado sueño, ser padres.

### **DE ALTA COMPLEJIDAD**

**-Fertilización in vitro (IVF).**- Es un procedimiento que logra fecundar óvulos en el laboratorio. Inicialmente este método fue diseñado para solucionar problemas de obstrucción de las trompas de Falopio. Actualmente es uno de los principales tratamientos para solucionar problemas de fertilidad de origen masculino.

Consiste en fecundar un óvulo en una placa de laboratorio, luego se transfieren de 2 a 3 embriones formados en el útero.

Esta transferencia se puede realizar 48 horas después de la aspiración folicular, sin necesidad de utilizar anestesia.

**- Micro-inyección intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI).**- Es una técnica que se aplica a los casos más severos de infertilidad masculina, ya sea porque la cantidad o movilidad de los espermatozoides son muy bajas o, no existen. Una vez que se hayan extraído los espermatozoides y los óvulos, se procederá a la introducción del mejor espermatozoide, a través de una microaguja, en el óvulo. Luego de haberse formado los embriones, se transfieren al útero. De esta manera se deja de lado cualquier impedimento para la fecundación y posterior desarrollo de embriones.

#### — GRUPO PRANOR

Website : <http://www.pranor.com.pe>

Descripción :

Fundado en el año 1989, por los doctores Ladislao Prazak y Luis Noriega Hoces, actualmente la dirección ejecutiva está a cargo del Dr. Luis Noriega Hoces, cuenta con dos sedes principales ubicadas en San Isidro (Clinica Concebir) y Monterrico (Instituto de Ginecología y Reproducción), así como 2 sedes en diferentes distritos de la capital y 6 sucursales a nivel nacional.

Es una institución que brinda los servicios de medicina reproductiva con los más altos estándares y confiabilidad, contamos con personal altamente capacitado.

Su filosofía es ofrecer al paciente una atención de calidad y un trato personalizado, cuenta con un amplio staff de

profesionales calificados con amplia experiencia en el diagnóstico y manejo de problemas.

Procedimientos :

**Inseminación Intrauterina.-** La IIU es una técnica de reproducción asistida simple, que por lo general incluye una suave estimulación ovárica, la preparación de una muestra de espermatozoides seleccionados y su colocación al interior de la cavidad uterina. La estimulación ovárica se realiza para lograr la maduración de 2 o 3 folículos y la sincronización con el momento de la ovulación.

Los espermatozoides son seleccionados en el laboratorio, mediante centrifugación para separarlos del eyaculado. La inseminación, se realiza con un catéter fino que permite pasar la barrera del cuello uterino.

**Fecundación In Vitro.-** La FIV es la técnica básica en reproducción asistida de alta complejidad, que en términos simples tiene tres etapas. La primera etapa dura aproximadamente 10 días y consiste en la aplicación de una serie de hormonas gonadotróficas para lograr tener varios folículos pre-ovulatorios en los ovarios. Luego, el contenido de estos folículos se aspira por vía transvaginal, con una aguja ecográficamente guiada para recolectar los ovocitos. Esta aspiración dura entre 5 y 20 min., durante los cuales la paciente esta sedada, en un ambiente quirúrgico. Los ovocitos recolectados son inseminados con los espermatozoides de la pareja y los embriones obtenidos, son luego transferidos al útero de la madre.

**Microinyección intracitoplasmática.-** La microinyección intracitoplasmática de espermatozoides consiste en la

introducción, mediante una micro- aguja, de un espermatozoide en el citoplasma del ovocito.

La técnica está indicada: En los casos de factor masculino, que comprende las oligoastenoteratozoospermias severas, las criptozoospermias, las azoospermias de origen obstructivo no tratables y secretoras y los eyaculados con espermatozoides completamente inmóviles (astenozoospermias totales y necrozoospermias). También en los casos de muestras de semen valiosas (muestras criopreservadas de varones vasectomizados o tratados por radioterapia o quimioterapia). Cuando se obtiene una concentración final baja de espermatozoides móviles, en ciclos de FIV previos con baja tasa de fecundación o cuando los espermatozoides proceden del testículo.

**La Crioconservación.-** La criopreservación es una técnica asociada a los procedimientos de reproducción asistida y es utilizada para conservar gametos y embriones por periodos prolongados de tiempo. El principio de conservación consiste en reemplazar el agua intracelular por un crioprotector para que las células puedan ser almacenadas en nitrógeno líquido a una temperatura de  $-196^{\circ}\text{C}$ . Actualmente, se utiliza el método de vitrificación que deja a las células en estado de vidrio y así la sobrevida es cercana al 100 %.

Cuando se decide realizar el procedimiento de reproducción asistida, los gametos o embriones son entibiados para que recuperen sus características fisiológicas propias y puedan continuar con su desarrollo.

**Diagnóstico Genético prei-implantacional.-** Es la prueba más temprana para el diagnóstico de alteraciones

cromosómicas en embriones que se desarrollan in vitro. Se realiza en el momento que el embrión tiene entre 6 y 8 células, procediendo a la biopsia de una de ellas para el examen. De esta manera, es factible detectar alteraciones numéricas en 5, 9 o 12 pares cromosómicos. En los casos de portadores sanos de una alteración balanceada, también es posible identificar los embriones sanos, portadores sanos y afectados.

**Banco de Semen.-** Con más de 20 años de experiencia, en selección, mantención y preparación de espermatozoides, el banco de semen de PRANOR cumple con las más estrictas normas internacionales de seguridad. Estas incluyen: controles para Clamidia, Sífilis, HIV, gonorrea, HTLV-1, HTLV-2, hepatitis B y hepatitis C; evaluación psicológica; cariotipo y exámenes toxicológicos.

La selección de donantes, es estricta, quedando aceptados, menos del 10 % de los candidatos que se presentan. Así, hemos reclutado más de 50 donantes de diferentes características, para poder encontrar el apropiado a cada pareja.

#### — CREA

Website : <http://www.crea.pe/>

Descripción :

Es un Centro de Reproducción Asistida, El 1° en el distrito de LOS OLIVOS.”

Con el fin de poner a su disposición y comodidad todo tipo de tratamientos que requiera su problema de fertilidad; conscientes de la gran envergadura y diversidad que trae consigo el problema de la infertilidad, en CREA le

propondremos un tratamiento personalizado, con trato horizontal y amigable, de tal manera que entienda plenamente el porqué de su tratamiento, sus ventajas y probabilidades de Embarazo.”

Es el 1º Primer Centro de Reproducción Asistida en LOS OLIVOS. Conscientes de la gran envergadura y diversidad que trae consigo la infertilidad, en CREA te brindaremos un tratamiento personalizado, amigable, de tal manera que entienda plenamente el porqué de su tratamiento, sus ventajas y probabilidades de embarazo.

Liderada por el Dr. Miguel Arce y el Dr. Marco Garnique, ambos ginecólogos con estudios de postgrado en el extranjero en Reproducción Humana, laboran en unidades de Medicina Reproductiva en Instituciones de Lima. Los acompaña el Biólogo Víctor Benavides, dedicado y con vasta experiencia en Reproducción Humana, además de otros profesionales que dedicarán un valioso tiempo en hacer realidad sus sueños... ser PADRES.

#### Beneficios:

CREA, encontrarás el mejor tratamiento para tu Infertilidad, desde los tradicionales hasta las técnicas más innovadoras. El tratamiento personalizado asegurará tu éxito y lo pondremos en marcha ahora mismo, ya que todos los días encontrarás un Especialista para atenderte y aclarar todas tus dudas.

En CREA, encontrarás el mejor tratamiento para tu Infertilidad, desde los tradicionales hasta las técnicas más innovadoras. El tratamiento personalizado asegurará tu éxito y lo pondremos en marcha ahora mismo, ya que todos los días encontrarás un especialista para atenderte y aclarar todas tus dudas.



Actualmente casi todos los pacientes con problemas de infertilidad podrían llegar a ser padres con tratamientos personalizados y tecnología de última generación... decídete y cumple tu sueño.

Servicios :

**Evaluación de la pareja infértil.-** En este chequeo es importante la presencia de ambos cónyuges ya que la esterilidad es debida un 30% a la mujer, un 30% al varón y 25 a 30% a ambos y entre 10% al 15% no se encuentra causa alguna (infertilidad de causa inexplicada).

La convivencia con relaciones sexuales sin protección por más de un año sin gestación es la regla para el diagnóstico de pareja infértil. Sin embargo, si la Mujer tiene 35 años o más no se debe esperar este periodo, tampoco si presentara alguna patología relacionada con infertilidad como endometriosis, cirugía ovárica y otras, en estos casos basta con 6 meses.

En la actualidad la infertilidad es un problema que aqueja alrededor del 15% de parejas en edad reproductiva. Con el chequeo de Pareja Infértil se investigará de manera exhaustiva y en un primer momento todas las enfermedades no ginecológicas que la mujer pueda padecer y que están repercutiendo en su fertilidad como hiperprolactinemia, alteración de las hormonas tiroideas, obesidad, diabetes, etc. En un segundo momento nos abocaremos a las patologías ginecológicas que afectan directamente la fertilidad de la mujer, para ello contamos con una serie de exámenes de ayuda como la especuloscopia que nos permitirá evaluar la normalidad o no de la vagina y el cérvix, encontrando muchas

veces tabiques, infecciones crónicas, verrugas, pólipos o malformaciones congénitas entre otras.

Otro examen de vital ayuda es la ecografía transvaginal el cual es una ventana para evaluar a la paciente en el acto toda la anatomía ginecológica interna y poder diagnosticar rápidamente múltiples alteraciones en la misma que afecten su fertilidad, aquí podemos evaluar de manera clara el útero, el endometrio, los ovarios, no solamente su anatomía, sino además su funcionalidad en relación con el medio hormonal y también la reserva ovárica que es de vital importancia. Este examen es fundamental donde podemos diagnosticar fácilmente quistes ováricos como endometriomas, miomas submucosos, pólipos endometriales, baja reserva ovárica, entre otros que afectan directamente la fertilidad de la Mujer. Otros exámenes que además tenemos y no menos importantes son la Histerosonografía, Histerosalpingografía, Histeroscopia, Laparoscopia, etc. Mención aparte merecen análisis sanguíneos que se requerirán si ameritan.

Espermatograma (estudio de una muestra de semen de 2 a 7 días de abstinencia) que evaluará el Factor Masculino, es importante y prueba básica, ya que existen otras pruebas que evaluarán la funcionabilidad de los espermatozoides, como pobre fecundación o mala calidad al fecundar los ovocitos traducándose esto en mala calidad embrionaria; estas pruebas son la fragmentación espermática o FISH de espermatozoides por ejemplo, que se solicitarán de acuerdo a la evaluación por el especialista como en pacientes con infertilidad inexplicada, aborto recurrente, entre otras.

Es importante seguir las recomendaciones de la ESHRE (Sociedad Europea de Embriología y Reproducción Humana)

dadas el año 2000, de “evitar las pruebas innecesarias que demoran el diagnóstico y encarecen el proceso ”.

En esta consulta se orientará a la pareja con un lenguaje entendible, se harán las primeras pruebas de base que nos ayudaran a encaminar el diagnóstico y tratamiento.

Actualmente contamos con una gama de opciones para hacer posible la paternidad a las parejas que nos consultan; tenemos el Coito Programado, Estimulación Ovárica controlada sin y con Inseminación Intrauterina , INVO un procedimiento sencillo en la que la incubadora de los embriones es la vagina de la Mujer en un dispositivo llamado INVO cell, aquí se aprovecha el pH, la T°, la concentración de gases que es similar al de cavidad endouterina, para posteriormente transferirlos al útero y proseguir su crecimiento y desarrollo; es una nueva técnica costo efectiva que en casos seleccionados, Fertilización in Vitro (FIV), Inyección Intracitoplasmática de Espermatozoides (ICSI), Ovo donación y Espermodonación si es necesario y muchas otras que podrán ser discutidas en relación a cada caso en particular con el Especialista.

**Exámenes de la pareja infértil.-** Una vez realizado la entrevista con la pareja y haber realizado el examen físico general de la paciente, tenemos una gran presunción de las patologías probables que estarían repercutiendo la fertilidad de la mujer o de su pareja, para tener un mayor grado de certeza se realizan un set básico de pruebas, que inclusive algunos podrían prescindirse o agregarse de acuerdo a cada caso.

Es muy común que nuestros pacientes se sientan desorientados no sólo con los nombres de los exámenes que les solicitamos sino que además no conocen cómo y en qué momento realizarlos, aquí hacemos una descripción y orientación de los exámenes que solicitamos y así permitirles saber y entender con mejor claridad de todo este proceso que es estresante para la pareja y más aún para la mujer a quien con mayor frecuencia se le someten a varios exámenes.

Hormonales.- Una muestra de sangre que se debe realizar necesariamente entre el 2° a 4° día de iniciada la menstruación, en ella analizaremos al FSH, LH, Estradiol, THS, T4, Prolactina.

Ecografía Transvaginal.- Es un examen indoloro para la paciente, se realiza entre el 3° a 5° de iniciada la menstruación. Al momento es parte fundamental en la búsqueda de causas reales de infertilidad, y tendría que ser realizada por el propio médico del área, ya que la búsqueda de datos se abocan fundamentalmente a patologías tanto funcionales como orgánicas que tengan sustento científico de generar infertilidad, por ello la presencia por ejemplo de miomas, pasan a un segundo plano y lo que se busca en todo caso es si estos alteran o deforman la línea endometrial, si son submucosos, si miden más de 5 a 6 cm, entre otros y no la presencia de estos tumores que son frecuentes en la edad reproductiva de la mujer. Así la Ecografía nos ayudará a evaluar de manera exhaustiva el miometrio, el endometrio, los anexos, de ellos los ovarios y de éstos fundamentalmente la evaluación y conteo de folículos antrales, tumores funcionales y orgánicos.

Histerosalpingografía.- Se debe realizar finalizando la menstruación. Es un examen doloroso para las pacientes por ello siempre les recomendamos la toma de un analgésico y sedante suave 1 hora antes del procedimiento. La Histerosalpingografía es el examen de screening para evaluar la permeabilidad tubárica y evalúa también la morfología uterina y nos orienta en la formación de sinequias o adherencias en todo el tracto reproductor, aunque no es el examen con mayor sensibilidad y especificidad diagnóstica es el que primero pedimos por su costo y rápida orientación a patologías relacionadas con infertilidad.

Espermatograma.- Examen sencillo y de gran valor para evaluar el potencial fértil del varón. Se realiza mediante la entrega de una muestra de semen por masturbación (con una abstinencia de entre 2 a 7 días) en un tiempo no mayor a 30 minutos. El biólogo reportará el volumen de eyaculado, la cantidad de espermatozoides por mililitro, la movilidad, la morfología, el porcentaje de espermatozoides vivos, entre otros parámetros.

Inseminación Intrauterina.- El manejo de la pareja infértil pasa por hacer una minuciosa anamnesis y examen físico, para así poder acceder a un adecuado diagnóstico, aquí podremos evidenciar qué patologías están interviniendo en la limitación de la reproducción de la pareja. De acuerdo a esta evaluación muchas parejas podrían beneficiarse con la Inseminación Intrauterina.

La Técnicas de reproducción Asistida de Baja Complejidad trata de aproximar en forma artificial a los óvulos y espermatozoides con el objeto de favorecer el embarazo. Constan de: Inducción de Ovulación más coito programado

y/o la Inseminación Intrauterina (IIU). Ambas son técnicas poco costosas y de bajo riesgo para las parejas que las requieren.

Reproducción asistida de alta complejidad.- Las técnicas de reproducción asistida de alta complejidad son varias y han ido apareciendo en relación al advenimiento de nuevas tecnologías que permitieron mejorar las tasas de éxito de embarazo e hijo vivo en casa, así como sortear limitaciones con las técnicas ya establecidas. Los Drs. Edwards (fisiólogo) y Steptoe (ginecólogo) lograron el primer bebe fecundado en el laboratorio, éste transferido a la madre, progresó en un embarazo normal y dio a luz el 25 de Julio de 1978 a Louise Brown, una bebe sana con desenvolvimiento normal en la vida y que además tiene un hijo concebido y nacido de manera natural. Desde este primer acontecimiento se generalizó a nivel mundial la práctica de la Fertilización In Vitro desde 1980 y al momento hay casi cinco millones de bebes en el mundo nacidos mediante Fertilización in Vitro (FIV).

Las Técnicas de Reproducción Asistida de Alta Complejidad comprenden:

- Fertilización InVitro (FIV).
- Inyección Intra citoplasmática de Espermatozoides (ICSI).
- Eclosión Asistida del Blastocisto (Hatching).
- Transferencia Intra tubárica de Gametos (GIFT).
- Transferencia Intra Tubárica de Zigotos (ZIFT).
- Inyección Intracitoplasmática de Espermatozoides Morfológicamente seleccionados (IMSI).

Banco de Gametos.- Nos permite la posibilidad de disponer de gametos tanto femeninos como masculinos es decir Ovocitos

y Espermatozoides debidamente testeados para así dar la posibilidad a la pareja cuando exista imposibilidad de aportar uno o inclusive los dos gametos para la reproducción asistida.

La criopreservación hoy en día cada vez es más común ya que encontramos pacientes como en el caso de las damas que retrasan la maternidad por un sin número de factores a edades muy tardías en la se hace imposible brindarle en ese momento la oportunidad de descendencia propia. Una alternativa muy viable y favorable es que si la mujer vaya a retrasar mucho la maternidad o si se va a someter a radioterapia en el tratamiento de algún cáncer por ejemplo, vitrifique sus ovocitos así, cuando ella llega a los 40 0 más años y decida tener hijos los tenga de ovocitos vitrificados propios, de mejor calidad, y grandes posibilidades de embarazo, es importante recordar que la mejor etapa para vitrificar es por debajo de los 36 años. También los varones que serán sometidos a cirugía testicular o tratados por algún cáncer y sometidos a quimioterapia o radioterapia que afecte el área genital pueden criopreservar los espermatozoides y así poder tener la paternidad anhelada cuando se desee.

En CREA Centro de Reproducción Asistida, encontrarás el mejor tratamiento para tu Infertilidad, desde los tradicionales hasta las técnicas más innovadoras. Realiza tu consulta en el formulario de esta página.

Diagnóstico genético pre implantacional.- El PGD, es sin duda una evaluación que ha contribuido a mejorar los resultados del FIV. Ocurre que como van pasando los años en la mujer los ovocitos van envejeciendo y por lo tanto hay mayor probabilidad de gestar embriones con alteraciones

cromosómicas (aneuploidias) tanto en embarazos naturales como asistidos como es el FIV.

Por ejemplo la chance de los óvulos de producir embriones aneuploides se incrementa de menos de 25% en mujeres menores de 35 años hasta el 50% en mujeres de 41 años o más. Estos embriones aneuploides originan gestaciones anembrionadas, gestaciones no evolutivas, abortos o fetos con múltiples malformaciones, la mayoría incompatibles con la vida. Por ello se realiza una biopsia microquirúrgica al día 3 o 4 de embrión para someterlo a una técnicas como FISH que es la Hibridización in situ con fluorescencia o el llamado arreglo de hibridización genómica comparativa (aCGH) y todo esto ya que los embriólogos no pueden distinguir por microscopía qué embrión tiene alteraciones cromosómicas. Sin embargo esta evaluación no descarta todas las alteraciones cromosómicas, pero sí las que causan con más frecuencia aborto y los síndromes más frecuentes como síndrome de Down, Patau y Edwards. Es una técnica costosa, pero que aconsejamos en:

- Pacientes infértiles con historia previa de abortos espontáneos recurrentes.
- Portadores de translocaciones, inversiones u otras anomalías cromosómicas o monogénicas.
- Pacientes sometidas a FIV o ICSI sin éxito.
- Pacientes para Fertilización in vitro mayores de 37 años.
- Hombres con espermatozoides con FISH alterado.

En CREA podrá recibir asesoría y una explicación más detallada y acorde a su situación particular de infertilidad del uso de esta técnica.



\* El primer PGD fue realizado en Hammersmith Hospital, en Londres, Inglaterra en 1991

Selección de sexo.- El sexo del feto esta dado dependiendo del espermatozoide que fecunde el óvulo de la madre, Quiere decir que si el Espermatozoide que fecundó fue el que tenía el cromosoma sexual Y, va ser varón el resultado sexual del bebe. Pero si es fecundado por un espermatozoide con cromosoma sexual X, entonces el Producto de la gestación va ser de sexo Femenino. Como ven el sexo depende del espermatozoide que fecunde al óvulo Y es Varón, X va ser Mujer.

Existen varios procedimientos. Describiremos los dos que más se utilizan uno es el MÉTODO DE MICROSORT, este procedimiento se basa en la técnica citometría de flujo, en la que diferencia el espermatozoide con cromosoma X y Y, con técnica de fertilización in vitro (FIV), se completa el procedimiento, es costoso pero tiene una tasa de éxito de casi un 100%.

El otro es el MÉTODO POR SEPARACIÓN DEL SEMEN, patentado por el doctor Ericsson, se realiza por centrifugación del semen, en el que los espermatozoides con cromosoma Y quedarían en la parte superior ya que estos son los más livianos en relación a los espermatozoides con cromosoma X, que son más pesados. Estos pueden ser transferidos por Inseminación Intrauterina y la tasa de éxito puede llegar a 70%. Procedimiento que en CREA puede realizarse es indolora y ambulatoria.

Website : <http://www.nacer-perufiv.com/>

Presentación :

NACER, Centro de Reproducción Humana de Lima, es un centro especializado en técnicas de reproducción asistida; como tal, ofrece a sus pacientes un tratamiento integral a la pareja con dificultades reproductivas.

El laboratorio de NACER se encuentra equipado con la más alta tecnología dentro de un ambiente diseñado para su comodidad; así mismo cuenta con profesionales altamente calificados y con amplia experiencia en el campo de la reproducción humana, que lo despejaron de dudas y lo acompañaran durante todo el proceso hasta lograr el embarazo deseado.

Misión :

Brindarles el mejor servicio en reproducción asistida, integrando infraestructura, tecnología y profesionalismo, todo ello con el único objetivo de alcanzar el embarazo deseado.

Visión :

Lograr la satisfacción y reconocimiento, a través de nuestros estándares de calidad y la implementación de nuevas técnicas de reproducción asistida, de todas las parejas que busquen a través de nosotros realizar el sueño de ser padres.

Procedimientos:

**Fecundación in Vitro.-** Un procedimiento de Reproducción Asistida comienza con el **estímulo hormonal**, que consiste en administrar diariamente a la paciente una dosis determinada de hormonas, lo cual; y dependiendo de la **respuesta**

**ovárica** a estas, hará que se desarrollen un número determinado de folículos, los que contienen a los óvulos. El desarrollo folicular es evaluado periódicamente a través de un **seguimiento ecográfico**, con lo cual se mide el crecimiento de cada uno de estos folículos.

Cuando la mayoría de los folículos alcanzan un tamaño mayor a 18mm, se coloca la última dosis de hormonas acompañada de una dosis de hormona coriónica humana (HCG), la cual ayudará a dar el último paso en el desarrollo folicular. Dentro de las siguientes hora se realizará la **aspiración folicular**, donde el médico a través de una guía ecográfica punza cada uno de los folículos retirando de ellos el líquido folicular. Los óvulos son identificados y capturados por el biólogo dentro del laboratorio, a partir del líquido folicular obtenido por el médico. Todo el procedimiento de aspiración folicular se realiza teniendo a la paciente bajo una ligera sedación.

El mismo día de la aspiración folicular, el esposo debe de emitir una muestra de semen, el cual será capacitado en el laboratorio (Capacitación Espermática) y dependiendo de la calidad espermática (concentración, motilidad y morfología de los espermatozoides), se realizará un procedimiento de Fecundación In Vitro (FIV) o bien un procedimiento de Inyección intracitoplasmática de espermatozoide (ICSI).

La fecundación in Vitro, a diferencia del ICSI, es una técnica no invasiva que coloca al óvulo y al espermatozoide en una misma gota de cultivo. La técnica de ICSI, aunque es un técnica invasiva hacia el ovulo, ha revolucionado la reproducción asistida, ya que a partir de ella se pueden generar embriones seleccionando adecuadamente cada uno de los espermatozoides a inyectar, y si es el caso, se pueden

recuperar e inyectar espermatozoides obtenidos a partir de una **biopsia testicular**.

Sea la técnica usada para procurar la fecundación FIV o ICSI, los embriones generados son evaluados y seleccionados diariamente hasta el día 3 de su desarrollo; momento en el cual, y dependiendo del número y calidad de los embriones, se procede a realizar la **Transferencia embrionaria**, o a extender los días de cultivo hasta que el embrión alcance el estadio de **Blastocisto**, para recién ahí realizar la transferencia embrionaria.

Se llama Blastocisto al máximo desarrollo al que llega el embrión en su etapa pre implantacional. Dicho estadio se da alrededor del quinto día de cultivo embrionario en el laboratorio. Las ventajas de una transferencia embrionaria en esta etapa, se traduce en un mayor porcentaje de éxito y menor riesgo de embarazos múltiples; ya que se transfiere un máximo de 2 embriones, a diferencia de una transferencia en día 3 donde pueden llegar a ser de 3 embriones.

Llegado al quinto día y de tener más de 2 embriones en estadio de blastocisto, éstos son crió preservados; donde las técnicas de crió preservación de embriones aseguran a la paciente un ciclo de transferencia embrionaria, sin la necesidad de pasar nuevamente por un proceso de estimulación ovárica y aspiración folicular. La técnica en sí, permite mantener a los embriones en nitrógeno líquido ( $-197^{\circ}\text{C}$ ), por el periodo que defina la pareja, siendo la tasa de éxito al momento de realizar la transferencia embrionaria mayor al 35%.

La fecundación in Vitro, es una de las técnicas de reproducción asistida más comunes dentro de los tratamientos de la pareja infértil; está considerada dentro de las técnicas de alta complejidad, ya que requiere del uso de un laboratorio especializado.

Para realizarse un procedimiento de fecundación in Vitro se requiere un útero normal, al menos un ovario funcional y una muestra espermática aceptable. Este procedimiento consta de un estímulo hormonal seguida de una aspiración folicular, cultivo embrionario y la denominada transferencia embrionaria.

**Cultivo embrionario** El cultivo embrionario es parte de los procedimientos que se siguen dentro de una fecundación in Vitro; el cual comienza una vez obtenidos ambos gametos (ovulo y espermatozoide) y concluye en la transferencia embrionaria. Los gametos son mantenidos en medios especiales dentro de placas de cultivo y bajo condiciones controladas de temperatura y concentraciones de gases (oxígeno, CO<sub>2</sub> y N<sub>2</sub>), ofreciéndoles a éstos un ambiente adecuado para que se dé el proceso de fecundación con el subsiguiente desarrollo embrionario.

Desde los primeros embarazos logrados en 1992, este procedimiento se ha transformado en el tratamiento de elección para alteraciones espermáticas graves donde la FIV arroja resultados desalentadores. Es llamada la verdadera revolución en el tratamiento de la infertilidad masculina.

Esta técnica consiste esencialmente en introducir un espermatozoide dentro del ovocito, con la ayuda de agujas especiales controladas a través de un micromanipulador.

Luego del proceso mismo de inyección de espermatozoide el procedimiento de cultivo de embriones es el mismo que un procedimiento de Fecundación in vitro.

**ICSI - Inyección Intracitoplasmática de espermatozoide.-**

Desde los primeros embarazos logrados en 1992, este procedimiento se ha transformado en el tratamiento de elección para alteraciones espermáticas graves donde la FIV arroja resultados desalentadores. Es llamada la verdadera revolución en el tratamiento de la infertilidad masculina.

Esta técnica consiste esencialmente en introducir un espermatozoide dentro del ovocito, con la ayuda de agujas especiales controladas a través de un micromanipulador. Luego del proceso mismo de inyección de espermatozoide el procedimiento de cultivo de embriones es el mismo que un procedimiento de Fecundación in vitro.

**Cultivo hasta Blastocisto.-** El cultivo hasta blastocisto, es el cultivo de embriones extendido hasta que los embriones logran llegar al estadio de blastocisto (estadio embrionario previo al proceso de implantación) alrededor de día quinto pos aspiración folicular. Este procedimiento se recomienda en pacientes donde se han dado resultados previos negativos, y también en pacientes donde gracias al número y características de los embriones se requiere una evaluación y posterior selección de embriones a transferir.

El cultivo hasta blastocisto, ofrece como ventajas el poder realizar una mejor selección de embriones a transferir, una mayor tasa de implantación y por ende de embarazo, y una reducción en la tasa de embarazos múltiples, ya que llegado a este estadio se transfieren un máximo de dos embriones.

**Crio preservación de Embriones.-** El procedimiento de crio preservación de embriones se realiza cuando se tiene un número mayor de embriones de buena calidad, de los que se pueden transferir; es decir si es que al día 5 (estadio de blastocisto) tenemos más de dos embriones en estadio de blastocisto, se procede a congelar los embriones restantes.

El procedimiento en sí tiene por finalidad el mantener éstos embriones a una temperatura de  $-197^{\circ}\text{C}$  en nitrógeno líquido; para ello los embriones son expuestos a sustancias crio protectoras y a través de un equipo especial se reduce la temperatura poco a poco. El tiempo por el cual se pueden mantener crio preservados los embriones es ilimitado, solo dependerá del deseo de la pareja.

La crio preservación de embriones asegura a la pareja la posibilidad de realizar una nueva transferencia embrionaria sin realizar los pasos previos, como son la estimulación ovárica, aspiración folicular, y desarrollo embrionario; ya sea para lograr el primer o segundo embarazo.

**Criopreservación de Óvulos.-** Los ovocitos obtenidos mediante aspiración folicular, son evaluados para luego ser crio preservados a  $-197^{\circ}\text{C}$  en nitrógeno líquido. El procedimiento de crio preservación de ovocitos consiste en exponer a los óvulos a sustancias crio protectoras que disminuyen la cantidad de agua en el interior de la célula, con lo cual al momento de bajarle la temperatura se evita la formación de hielo en el interior del óvulo, y por lo tanto la degeneración de los mismos.

Esta técnica es útil en el caso de mujeres que por diferentes

motivos deciden posponer la maternidad; ejemplo, mujeres que van a ser sometidas a tratamientos contra el cáncer.

Los ovocitos crio preservados pueden ser mantenidos en estas condiciones por el tiempo en que la paciente crea conveniente. En el momento en que la paciente decide hacer uso de sus óvulos estos deben de ser descongelados y tratados mediante la técnica de Inyección Intracitoplasmática de espermatozoide (ICSI)

**IIU - Inseminación Intrauterina.-** Procedimiento que se realiza de manera ambulatoria, donde la paciente previamente recibe un estímulo hormonal menor al utilizado en un ciclo de reproducción asistida; el cual procura que la respuesta ovárica no desencadene en un desarrollo folicular masivo. Se realiza el seguimiento eco gráfico de estos folículos y al momento que estos alcanzan un tamaño superior a los 18mm se coloca la ampolla de HCG.

Luego de ello y dentro de las siguientes 36 horas se realiza la inseminación intrauterina; la cual consiste en colocar los espermatozoides seleccionados a través de la capacitación espermática, en la cavidad uterina con la ayuda de un catéter.

**Capacitación Espermática.-** Técnica que consiste en separar los espermatozoides con mejor motilidad, que luego son utilizados para una inseminación intrauterina, fecundación in Vitro o inyección intracitoplasmática de espermatozoide.

**Crio Preservación de Semen.-** A través de esta técnica se pueden crio preservar espermatozoides que provienen tanto de eyaculado como de una biopsia testicular. La técnica en sí consiste en exponer a los espermatozoides a sustancias crio



protectoras para luego descender la temperatura hasta alcanzar los  $-197^{\circ}\text{C}$  del nitrógeno líquido. Este procedimiento puede ser utilizado en casos como:

- \* Pacientes que van a ser sometidos a tratamientos contra el cáncer.
- \* Pacientes que por diferentes motivos no van a poder estar presentes al momento del tratamiento de reproducción asistida, ya sea este IIU, FIV o ICSI.

#### — NIU VIDA, Centro Especializado en Reproducción Asistida

Website : <http://niuvida.com/>

Ubicación: Lima. Calle Francisco Masías 2832, San Isidro.

Filosofía :

El compromiso de este centro es apoyar a todas las parejas que desean hacer realidad el sueño de tener un hijo. Para ello, cuentan con un staff de especialistas preparado para brindar tratamientos que se soportan en tecnologías reproductivas avanzadas y especialmente adecuadas para sus necesidades específicas. Para Niu Vida es importante que las parejas obtengan desde su primera consulta la información necesaria de una forma clara y sencilla, para que tengan la seguridad y tranquilidad de que estarán en las mejores manos.

Infraestructura :

Niu Vida cuenta con una infraestructura orientada a brindar a las parejas la mayor comodidad y calidad de servicio. Además, Niu Vida está equipada con tecnología de punta, lo que permite que les podamos brindar los tratamientos más modernos y efectivos.

Cuenta con estacionamiento, una amable recepción, confortables salas de espera, dos amplios quirófanos con sofisticado equipamiento, una linda sala de recuperación, laboratorio de Embriología y de Andrología, salas de Análisis Clínicos y de Ecografía, cuatro acogedores consultorios y una farmacia.

Servicios :

### **SERVICIOS INICIALES**

- **Estudio de la pareja.-** Realizamos una evaluación a la pareja, de forma paralela, para poder definir el diagnóstico adecuado, brindar el tratamiento específico y establecer el pronóstico para lograr un embarazo feliz.
- **Tipos de infertilidad.-** El diagnóstico brindado a la pareja ayudará a determinar el tipo de Infertilidad y así poder brindar el tratamiento preciso.
- **Selección del sexo.-** Contamos con las técnicas más modernas para determinar el sexo del futuro bebé, enfocadas con una mirada ética y social.

### **FERTILIZACIÓN ASISTIDA**

- **Relaciones sexuales programadas.-** Solicitamos a la pareja que tenga relaciones sexuales en los días fértiles de la mujer, los cuales son médicamente programados. Este proceso es debidamente monitoreado.
- **Inseminación intrauterina.-** Programamos médicamente los días fértiles de la paciente para luego realizar un proceso de introducción de los espermatozoides de su pareja, previamente preparados en su cavidad uterina, con un catéter de inseminación.
- **Fertilización in vitro.-** Técnica por la cual la fecundación de los ovocitos por los espermatozoides la realizamos fuera del cuerpo de la paciente. Este tratamiento es

realizado cuando otros métodos no han tenido éxito, o cuando la causa se debe a la obstrucción de las Trompas de Falopio.

- **ICSI.-** Procedimiento de alta complejidad, a través del cual inyectamos un espermatozoide directamente al óvulo. Este procedimiento lo empleamos comúnmente para resolver los problemas de infertilidad por factores masculinos severos.

### **LABORATORIO**

- **Vitrificación de óvulos.-** Se almacena el óvulo durante largos periodos de tiempo, de una forma muy segura. Este procedimiento es efectivo para propiciar la reproducción en un momento posterior y es ideal en el caso de aquellas mujeres que desean postergar su maternidad.
- **Congelación de embriones.-** Con esta técnica conservamos los embriones para el futuro, logrando la mejor probabilidad de conseguir un embarazo con un mínimo esfuerzo. Es ideal en caso de falla de un procedimiento de Fertilización In Vitro o ante el deseo de un nuevo hijo.
- **Diagnóstico genético pre-implantacional (PGD).-** Diagnosticamos a través de esta técnica las enfermedades genéticas más frecuentes en el embrión, antes de que se implante en el útero materno.
- **Biopsia testicular.-** Es una práctica que nos permite encontrar la causa de la Infertilidad Masculina cuando existen espermatozoides anormales o ausentes en el eyaculado, y recuperar algunos de ellos para un procedimiento de alta complejidad como el ICSI.
- **Criopreservación de semen (banco de semen).-** Procedimiento por el cual congelamos espermatozoides

del paciente o donante para su uso posterior, previas pruebas de laboratorio.

- **Espermatograma.-** Evaluamos la cantidad, la movilidad y la forma de los espermatozoides del paciente.
- **Fish en espermatozoides.-** Técnica Citogenética que nos permite estudiar el material genético de los espermatozoides mediante sondas fluorescentes.
- **Fragmentación de ADN en espermatozoides.-** A través de este test medimos el estado del ADN de los espermatozoides.
- **Cultivo de embriones.-** Nos permite llevar a los embriones desde el momento en que el óvulo fue fecundado hasta las etapas de desarrollo embrionario correspondientes a Blastocito, mediante técnicas de Cultivo Celular. Éste es un estadio embrionario que posee un alto potencial de implantación y de embarazo.

## 1.2. Regulación

### 1.2.1.1. Marco general sobre las "investigaciones en seres humanos"

En el Art. 1º de la Constitución Política del Estado se reconoce que la *persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado*<sup>517</sup>. Paralelo a ello, y como se ha señalado en el planteamiento del problema de estudio, el art. 2º, inc. 8 de la Constitución Política se reconoce que toda persona tiene derecho a la *libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica* por lo que el Estado, a través de sus políticas públicas debe promover la libertad de investigación y la promoción de la investigación científica y técnica, sin especificar cuáles deben ser los límites que debe tener esta investigación, sobre todo aquellas que tienen por objeto los seres humanos.

---

<sup>517</sup> Art. 1º Constitución Política del Perú

Dentro de las leyes especiales, el Artículo III del Título Preliminar de la Ley general de Salud, Ley N.º 26842, establece que: *“Toda persona tiene derecho a la protección de su salud en los términos y condiciones que establece la ley. El derecho a la protección de la salud es irrenunciable”*, afirmando de manera categórica que *“El concebido es sujeto de derecho en el campo de la salud”*.

De forma complementaria, en el artículo XV reconoce que *“El Estado promueve la investigación científica y tecnológica en el campo de la salud, así como la formación, capacitación y entrenamiento de recursos humanos para el cuidado de la salud.”*

Para el caso concreto del problema de investigación que se formula, el artículo 28º de la Ley especial afirma que *“La investigación experimental con personas debe ceñirse a la legislación especial sobre la materia y a los postulados éticos contenidos en la Declaración de Helsinki y sucesivas declaraciones que actualicen los referidos postulados”*.

Esta Ley nos remite a una regulación especial, la cual recién se inició en el año 2006, cuando el Ministerio de Salud, con la colaboración del Instituto Nacional de Salud (INS), promulga los Decretos Supremos N° 017-2006-S.A.<sup>518</sup>, N° 006-2007-S.A.<sup>519</sup> Y N° 011-2007-S.A.<sup>520</sup>, los cuales, entre otra cosas, abarcaban temas referentes a los ensayos clínicos, investigación, biomédica, comités de ética en investigación, proceso de aprobación de medicamentos, etc<sup>521</sup>.

En este documento se recoge en el Título II, bajo la denominación de *Del respeto a los postulados éticos*, algunas cuestiones de relevancia ética, no obstante, de la lectura integral del documento no se aprecia una limitación expresa en la que se considere por encima de cualquier afán científico, el respeto de la DIGNIDAD HUMANA, y a los

---

<sup>518</sup> Aprobación del Reglamento de Ensayos Clínicos del Perú

<sup>519</sup> Modificatoria del Reglamento de Ensayos Clínicos del Perú

<sup>520</sup> Ampliación del plazo establecido en la Segunda Disposición Complementaria del Reglamento de Ensayos Clínicos del Perú.

<sup>521</sup> Este documento contiene: Definiciones Operacionales, De los sujetos de investigación, De las personas y entidades que participan en la ejecución de los ensayos clínicos De la autorización del ensayo clínico, Del producto en investigación, Del expediente administrativo y la base de datos, De los informes y publicación de los ensayos clínicos, De la vigilancia de la seguridad del producto en investigación, Del uso compasivo, De la supervisión de los ensayos clínicos, De las medidas de seguridad, infracciones y sanciones.

derechos fundamentales que de ella emanan, resultando difícil garantizar el respeto de la dignidad humana en los avances y desarrollo de la ciencia, específicamente en las ciencias de la salud.

A nivel internacional existen dos documentos de vital importancia para el Ordenamiento peruano, estos son *La Declaración de Helsinki y la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos*, siendo la última de ellas la que mayor atención presta a la problemática planteada; no obstante, no se debe olvidar que se trata de una Declaración y por tanto su fuerza vinculante para los Estados es relativa. Es más, en el artículo 2º literal B de dicha Declaración se señala como uno de los objetivos de la declaración “(...) proporcionar un marco universal de principios y procedimientos que sirvan de guía a los Estados en la formulación de legislaciones, políticas u otros instrumentos en el ámbito de la bioética”, siendo que nuestro ordenamiento no cuenta con un instrumento de esta naturaleza, cuyo principal aporte se encuentra en el art. 3º<sup>522</sup> en el que se reconoce como principio de *Dignidad Humana y Derechos Humanos* y que señala “1. Se habrán de respetar plenamente la dignidad humana, los derechos humanos y las libertades fundamentales. 2. Los intereses y el bienestar de la persona deberían tener prioridad con respecto al interés exclusivo de la ciencia o la sociedad.”. Con todo esto y considerando que nuestro país es considerado como el quinto país en Sudamérica con avances en este tipo de investigaciones correspondiendo la gran mayoría a patrocinadores de la industria farmacéutica internacional, la solución al problema planteado se hace más necesaria.

### 1.2.2. Legislación Internacional

En lo que respecta a familia, como núcleo de la sociedad y pieza fundamental en la formación y desarrollo de la personalidad, se le ha protegido -al nivel de derecho humano- en los documentos internacionales. Así, la Declaración Universal de los Derechos Humanos – 1948, en su Artículo 16º expresa:

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

---

<sup>522</sup> Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos del 19 de octubre del 2005.

*fundar una familia; y disfrutarían de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. 2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.*

Se rescata de este articulado la mención hecha al matrimonio libre entre varón y mujer, de forma que marca como antecedente el reconocimiento del derecho a fundar una familia; considerando ambos como derechos por la importancia para la persona y en beneficio de la sociedad.

En el artículo 1º de la *Convención sobre el consentimiento para contraer matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de matrimonios* de 1962<sup>523</sup>, se determina:

*“1. No podrá contraerse legalmente matrimonio sin el pleno y libre consentimiento de ambos contrayentes, expresado por éstos en persona, después de la debida publicidad, ante la autoridad competente para formalizar al matrimonio y testigos, de acuerdo con la ley”*

De esta forma se resalta, la libertad -entendida como autonomía- con la que deben contar los contrayentes al momento de la celebración del matrimonio, necesaria para evocar la madurez suficiente que redunde en beneficio de la familia y de la sociedad.

En el artículo 23º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos – 1966, reconoce que:

*“1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello”.<sup>121</sup> De lo expuesto, se destaca la familia como sujeto de protección por parte de la sociedad y del Estado, y el reconocimiento del*

---

<sup>523</sup> Convención sobre el consentimiento para contraer matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de matrimonios de 1962 firmada y ratificada por Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución N° 1763 A (XVII), de 7 de noviembre de 1962. Entró en vigor el 9 de diciembre de 1964.

*derecho que tiene el hombre y la mujer a contraer libremente matrimonio y a fundar una familia, con edad para ello.*

En el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicas, Sociales y Culturales -1966, señala:

*“1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges”.*

Por ser la familia el elemento natural y fundamental de la sociedad, queda acentuada la concesión del nivel más alto de protección y asistencia posibles.

A nivel regional, en el artículo VI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre - 1948, se reconoce el derecho de toda persona a constituir una familia, y por la gran importancia que tiene para la sociedad y por su especial naturaleza, se le considera a la familia merecedora de protección por parte del Estado y de la sociedad. Es en el artículo 17° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos- 1969, que se destaca el papel de la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad, y por ende, la obligación estatal de protegerla desde sus inicios, con la garantía de celebración de un matrimonio libre y sin restricciones para el varón y la mujer. Asimismo, se extiende la protección a los hijos nacidos tanto dentro del matrimonio, como al margen de él.

Es en ese sentido, también el artículo 15° del Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Protocolo de San Salvador” – 1988, destaca a la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad, cuya propia naturaleza exige protección estatal para un conveniente mejoramiento de su situación moral y material: concediendo atención y ayuda especiales a la madre antes y después del parto, este último durante un lapso razonable; garantizando a los niños una adecuada alimentación, tanto en la época de lactancia como durante la edad escolar; adoptando medidas especiales de protección de los adolescentes, a fin de garantizar la plena maduración de sus capacidades física, intelectual y moral; ejecutando programas



especiales de formación familiar, a fin de contribuir en la creación de un ambiente estable y positivo en el que los niños perciban y desarrollen los valores de comprensión, solidaridad, respeto y responsabilidad.

De lo expuesto, es posible observar cómo la familia natural y el matrimonio, como base de ella, dada la importancia capital en relación a la persona, en primer lugar, y en relación a la sociedad, en segundo grado, ha sido fuertemente tutelada y motivo constante de preocupación por parte de la comunidad internacional, al punto de brindarle reconocimiento y protección desde los inicios del derecho internacional, con la finalidad de que se brinden las mismas garantías en los ordenamientos internos de cada Estado.

### **1.2.3. Constitución Política del Perú**

La CPP en su artículo art.2 inciso 1, reconoce al concebido como sujeto de derecho:

*"Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho:*

*1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece."*

### **1.2.4. Código Civil de 1984 y el Código de Niños y Adolescentes**

De la misma manera y con similar redacción la encontramos en el artículo 1° del CC:

*"Artículo 1.- La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo".*

Además, dicho precepto legal atribuye derechos patrimoniales a condición de que nazca vivo, así como también la posibilidad de proteger estos derechos mediante figuras como la curatela de bienes del hijo póstumo, así como también en el derecho sucesorio.

Asimismo, el Código de los Niños y Adolescentes en el artículo I y artículo II del Título preliminar reconoce al concebido como sujeto de derecho:

*"Artículo I.- Definición. - Se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad y adolescente desde los doce hasta cumplir los dieciocho años de edad.*

*El Estado protege al concebido para todo lo que le favorece. Si existiera duda acerca de la edad de una persona, se le considerará niño o adolescente mientras no se pruebe lo contrario.*

*Artículo II.- El niño y el adolescente son sujetos de derechos, libertades y de protección específica. Deben cumplir las obligaciones consagradas en esta norma."*

De la misma manera, en la parte final del artículo 1° del Código del Niño y Adolescentes manifiesta que —*garantiza la vida del concebido, protegiéndolo de experimentos o manipulaciones genéticas contrarias a su integridad y desarrollo físico o mental*<sup>524</sup>.

### **1.2.5. Código Penal**

En el ámbito penal el artículo 1° de la Ley 27716, de mayo del 2002, incorpora el artículo 124.A ° al Código Penal el cual, como consecuencia del reconocimiento del concebido como ser humano, establece que:

*"El que le causa daño en el cuerpo o en la salud del concebido, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de un año ni mayor de tres."*

---

<sup>524</sup> **Artículo 1° del Código del Niño y Adolescente.** - El niño y el adolescente tienen derecho a la vida desde el momento de la concepción. El presente Código garantiza la vida del concebido, protegiéndolo de experimentos o manipulaciones genéticas contrarias a su integridad y a su desarrollo físico o mental.

Así, a través de la figura del aborto se protege al concebido pero no nacido, a través de los artículos 114° - 120° y el de lesiones (124°- A), con penas privativas de libertad que oscilan hasta los 5 años.

### **1.2.6. Ley General de Salud**

Otras leyes que reconocen el status jurídico del concebido son el artículo III del título Preliminar de La Ley General de Salud:

*Artículo III: Toda persona tiene derecho a la protección de la salud... El concebido es sujeto de derechos en el campo de la salud.*

También, la Ley N° 28048, ley de Protección a favor de la Mujer Gestante señala:

*En los centros de trabajo las mujeres gestantes solicitarán al empleador no realizar labores que pongan en peligro su salud y/o la del desarrollo normal del embrión y el feto durante el periodo de gestación, el cual debe estar certificado por el médico tratante, el empleador después de tomar conocimiento de lo solicitado asignará a la mujer gestante labores que no pongan en riesgo la salud y/o el desarrollo normal del embrión y el feto durante el periodo de gestación, sin afectar sus derechos laborales.*

Así, el Estado protege a la madre trabajadora otorgándole descanso pre y post natal, lo cual no es más que otorgar cautela a la salud de la madre y el concebido. De esta manera, podemos dejar en claro que nuestro ordenamiento jurídico protege la vida del concebido desde el momento de la concepción y garantiza sus derechos, esto es, garantiza el derecho a la vida e integridad física desde la fecundación, el derecho de sucesión, etc. Esta protección se aprecia tanto en la norma fundamental (Constitución) como en leyes de menor rango.

En el Perú la LGS, Ley N° 26842, en su artículo 7° permite el uso de las TRA con excepción de la experimentación humana y la clonación.

Sin embargo, no se ha tomado en cuenta que estos procedimientos producen la creación de embriones en número superior a los nacimientos deseados por los futuros padres, por lo que, una vez conseguido el objetivo (tener un hijo) el resto de embriones no utilizados, son manipulados, congelados o simplemente desechados, olvidándose que, los mencionados embriones en su calidad de concebidos y persona poseen dignidad y protección jurídica.

Por otro lado, recordemos que la vida humana se inicia desde la concepción, es decir, desde la unión de espermatozoide y óvulo, tal y como es reconocida en la sentencia del Tribunal Constitucional N° 2005-2009 y por ende el concebido es titular del derecho a la vida desde ese momento, debido a su calidad de persona.

Con esta premisa, este referido artículo devendría en inconstitucional ya que las técnicas de reproducción asistida atentan contra la vida del concebido resultando no constitucional que se exponga a un riesgo desproporcionado de muerte a los embriones creados, debido a que muchos de ellos, no serán implantados.

### **1.3. Propuesta para la creación de una Ley que regule el uso y aplicación de las Técnicas de Reproducción asistida en el Perú.**

La realidad apremiante como el avance de las TRA y el posicionamiento de especialistas y clínicas especializadas en el Perú, nos permiten cuestionarnos si es necesaria una regulación mínima a pesar de que nuestro ordenamiento jurídico es proteccionista de la vida y de por sí, implícitamente, prohíbe estas técnicas; o sería mejor regularlas de manera abierta, permitiendo su uso sin límite alguno; o simplemente guardar silencio ante este nuevo panorama.

El Perú ha publicado recientemente la *Guía Técnica Nacional para la estandarización del procedimiento de la Atención Integral de la gestante en la Interrupción Voluntaria por Indicación Terapéutica del Embarazo menor de 22 semanas con consentimiento informado* en el marco de lo dispuesto en el artículo 119° del Código Penal cuya finalidad es asegurar la atención integral de la gestante en los casos de

interrupción voluntaria del embarazo con consentimiento informado cuando es el único medio para salvar la vida de la gestante o evitar en su salud un mal grave y permanente pudiendo realizarse hasta la semana veintidós en once causales estipuladas. Esta decisión es posible de ser revocada por la gestante en cualquier etapa del proceso.

Una vez que la gestante solicita la interrupción terapéutica de su embarazo, tras recibir la información adecuada por parte de su médico, una Junta Médica conformada por tres profesionales médicos (y al menos un gineco- obstetra) puede volver a examinar a la paciente y solicitar exámenes adicionales. Si concluyen que el aborto terapéutico es recomendable, solicitarán el consentimiento escrito de la gestante y designando al médico que llevará a cabo el procedimiento dentro de las siguientes 24 horas<sup>525</sup>. Todo el procedimiento, desde que la gestante solicita la interrupción de su embarazo hasta que la Junta Médica lo aprueba y la intervención se lleve a cabo, se debe hacer en un plazo máximo de seis días calendario. Si por el contrario, la Junta Médica concluye que no es recomendable interrumpir el embarazo, la gestante puede solicitar la conformación de otra Junta Médica con otros doctores.

Ahora bien, esta manera de tomar las decisiones sobre la vida de una persona está sujeto al error humano y lamentablemente a la posibilidad de corrupción, puesto que es sabido que en nuestro país existen profesionales que realizan abortos de manera clandestina e ilegal, y este protocolo no es más que una puerta abierta para pasar a la formalidad, generando un problema que vulnera la Constitución, a pesar que está considera como base de la parte legal de esta norma.

---

<sup>525</sup> Estas casuales son según apartado 6.1 de la Resolución Ministerial N° 486-2014/MINSA: 1. Embarazo ectópico tubárico, ovárico, cervical; 2. Mola hidatiforme parcial con hemorragia de riesgo materno; 3. Hiperemesis gravídica refractaria al tratamiento con deterioro grave hepático y/o renal; 4. Neoplasia maligna que requiera tratamiento quirúrgico, radioterapia y/o quimioterapia.; 5. Insuficiencia cardiaca congestiva clase funcional III-IV por cardiopatía congénita o adquirida (valvulares y no valvulares) con hipertensión arterial y cardiopatía isquémica refractaria a tratamiento.; 6. Hipertensión arterial crónica severa y evidencia de daño de órgano blanco.; 7. Lesión neurológica severa que empeora con el embarazo.; 8. Lupus Eritematoso Sistémico con daño renal severo refractario a tratamiento.; 9. Diabetes Mellitus avanzada con daño de órgano blanco.; 10. Insuficiencia respiratoria severa demostrada por la existencia de una presión parcial de oxígeno < 50 mm de Hg y saturación de oxígeno en sangre < 85%.y con patología grave; y 11. Cualquier otra patología materna que ponga en riesgo la vida de la gestante o genere en su salud un mal grave y permanente, debidamente fundamentada por la Junta Médica.

Por otro lado, generaría pacientes que queriendo aprovechar la circunstancia de la norma van a cumplir con ciertos requisitos y van a tener acceso a un aborto despenalizado. Un ejemplo lo representa el punto 11 de la norma detalla —cualquier otra patología interna que ponga en riesgo la vida de la gestante que representa una oportunidad para que la despenalización del aborto por cualquier otra motivación, hasta llegar a la despenalización por voluntad.

#### 1.4. Mínimos necesarios para la regulación de TRA

A continuación, se describirán una serie de presupuestos como directrices a tener presente ante una posible regulación de TRA. Para la elaboración de ellos, se tuvo en cuenta el respeto por las personas involucradas en la realización de la TRA abordándolo desde dos perspectivas: la dignidad de la persona y el Derecho<sup>526</sup>.

— **Respeto de la dignidad de la persona** (tanto del concebido como de la madre) La distinción entre lo justo y lo injusto, función principal del Derecho, implica la indagación dialéctica de lo que a cada uno corresponde según su propio estatuto ontológico y, en consecuencia, de acuerdo con su dignidad. Por ello, se presupone que existen ciertas verdades sobre el ser humano y el orden social que deben ser buscadas en común a través del debate y del diálogo. Entre esas verdades se encontraría la dignidad humana, entendida como el principio jurídico universal, —ésta entendida mejor como en clave de deberes que de derechos, solo se puede basar en la idea de que todo ser humano merece un respeto incondicionado. De esta manera, la dignidad de la persona que se le debe reconocer a todo ser humano, desde

---

<sup>526</sup> APARISI MILLARES, Angela. "En torno al principio de dignidad humana (A propósito de la investigación con células troncales embrionarias)" en *Cuadernos de Bioética*, 2004, pp. 257 -282. En el mismo sentido afirma Margarita Boladeras que la dignidad es "un principio ético fundamental sin la práctica del cual es imposible la convivencia ciudadana y el desarrollo de las instituciones políticas democráticas." Cfr. BOLADERAS, Margarita "Vida, vida humana, vida digna" en *LOGOS. Anales del Seminario de Metafísica*, Vol. 40, Madrid, 2007, pp. 91-116. También Ramón Córdoba Palacio afirma: "el ser humano es persona desde la concepción y que, por lo tanto, merece y exige el respeto sumo por su dignidad intrínseca e incondicional, dignidad que no sufre mengua ni puede desconocerse por las condiciones propias de la etapa de desarrollo que esté viviendo dicha persona, por su estado de salud, ni por ninguna otra condición externa, que, por importante que sea, no mengua, insistimos, su dignidad intrínseca. "era y soy siempre yo mismo". Cfr. CÓRDOBA PALACIO, Ramón. "Consideraciones biológicas y antropológicas acerca del embrión y la reproducción asistida" en *Persona y Bioética*, Vol. 11, Enero-Junio, Universidad de La Sabana, 2007, pp. 62

su concepción hasta su muerte natural, resulta ser un —principio fundamental que expresa un gran sí a la vida humana, la cual debe ocupar un lugar central en la reflexión ética sobre la investigación biomédica.

En la práctica, el uso de las técnicas de reproducción asistida son cada vez más frecuente, causando que el hombre se enfrente a serias cuestiones jurídicas, debido a que su aplicación ocasiona un impacto en el derecho de familia; tradicionalmente se manifestaba que la relación sexual de una pareja era la única vía que daba lugar a la fecundación de la mujer, produciéndose el embarazo y posteriormente el parto, determinándose por ello la filiación natural y sus efectos jurídicos en dos únicas personas: padres biológicos.

Sin embargo, en la actualidad el desarrollo obtenido por las técnicas de reproducción asistida, permiten que la concepción y el embarazo puedan disociarse, ocasionado muchas veces que la madre genética y la madre gestante no sea la misma persona, pues la madre que concibe no es la misma que dona los gametos; pudiéndose apreciar la existencia de los derechos vulnerados como el: derecho a la vida, el derecho a la identidad, el derecho a filiación y derecho a tener una familia. A pesar de ello y basándonos en nuestra jurisprudencia nuestro sistema jurídico no está preparado para afrontarlas; es por ello, que necesitamos unos presupuestos aunque sea mínimos para que limite su extensión, teniendo como principal interés el atentado que se comete contra tales derechos. Concretamente y de acorde a nuestro ordenamiento vigente, este respeto se traduciría en: prohibir cualquier tipo de manipulación con embriones; restringir el uso de las TRA a parejas (para evitar la maternidad subrogada y la donación de gametos y sus consecuencias); promover el uso previo de técnicas que busquen resolver el problema de la infertilidad, pues ya ha quedado claro que las TRA no son un tratamiento para combatir esta situación, por ejemplo el uso de nanotecnología, como requisito previo para someterse a las TRA.

— **“Ninguna persona puede ser un medio sino siempre un fin”, el hijo no es un derecho.** Como hemos señalado la dignidad humana es algo intrínseco al ser humano que debe ser respetado por todos y ante todo y no es raro pretender afirmar

que hasta el ser más frágil (concebido) posee dignidad. Es esta calidad de fragilidad la que nos permite acercarnos más al ser humano como el no nacido, el niño, el anciano, el pobre; y es que, por más deteriorado que esté un ser humano, nunca será una cosa, sino una persona con un valor imponderable e insustituible, no sólo para él sino también para todos los demás<sup>527</sup>.

La muerte de numerosos embriones a lo largo del desarrollo de la técnica de fecundación in vitro adquiere características peculiares. En efecto, es distinto que dicha muerte se derive de la acción de una persona cualquiera, a que esté realizada por alguien que tiene, por misión profesional, velar por la salud y la vida de los demás miembros de la sociedad.

Ahora, sobre el pretendido derecho al hijo, si bien puede defenderse la existencia de un derecho a la procreación (derecho que encontraría amplio apoyo normativo tanto en el derecho internacional, a través del artículo 16.1 de la Declaración Universal de Derechos humanos, establece que "*lo hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia*"; no es posible defender, un derecho al hijo entendido como derecho al resultado del acto procreativo, a "algo que se puede tener o no tener según los propios gustos" puesto que ello implica la cosificación, la desacralización del hijo y no podemos olvidar que el hijo es alguien, un ser humano al que no se puede instrumentalizar<sup>528</sup>.

Por ello, el hijo no es algo debido, precisamente por razón de su dignidad. La relación que se establece entre padres e hijos en la generación no puede ser equiparada a una relación por la que se adquiere un derecho sobre algo, sino, más bien, a una relación en la que sea coge un don. El hijo no puede ser considerado un objeto de propiedad porque simple y sencillamente no reconoceríamos su dignidad y estaríamos basando los pretendidos derechos de las personas en simples deseos<sup>529</sup>.

---

<sup>527</sup> Cfr. APARISI MILLARES, Angela. —El principio de la dignidad humana como un fundamento de un bioderecho global, En Cuadernos de Bioética, 2013, pp. 201-221.

<sup>528</sup> Cfr. GARIBO, Ana-Paz, Op. Cit., p. 494.

<sup>529</sup> Cfr. NORIEGA, José. Op. Cit., p. 267



Así, cuando los cuando los padres acuden a la fecundación artificial, lo hacen porque desean tener un hijo: previsiblemente, un hijo que tuviera una libertad propia y un destino propio.

Pero la dificultad es que ahora, movidos por este deseo, van elegir acudir al médico para que este produzca un hijo. De esta manera, el hijo existe porque alguien ha decidido que exista. Y lo ha decidido para satisfacer un noble deseo. De esta forma se inaugura una vida que ha dependido su existencia de la decisión directa de sus padres y de la técnica de un equipo médico olvidando por completo que el niño no es algo que venga a la existencia por su utilidad, porque no es una cosa, ni viene a la existencia para saciar ningún deseo, porque es una persona digna de ser amada por sí misma, incondicionalmente, corresponda o no a los deseos de sus padres; él viene a la existencia como un don, como un regalo maravilloso que sus padres han acogido en un acto de amor y no es el producto directo de la voluntad de sus padres, esto es, no es un simple proyecto humano<sup>530</sup>.

Cuestión incontrovertible es el derecho del niño a nacer y tener padres y a tener una familia. Este derecho es indiscutible en el ámbito internacional. Este derecho se puede complementar con el derecho del niño a los padres y a la familia, de tal manera se entiende como fundamental que se ha configurado como uno de los pilares que vertebra e informa la totalidad de la Convención de los derechos del niño. Cuando por cualquier circunstancia el niño se ve privado de padres, la convención responsabiliza al Estado de ese niño pero favoreciendo la búsqueda por parte de las instituciones y la legislación de cada Estado en concreto de padres y familias sustitutas<sup>531</sup>.

- **El cuerpo de la mujer debe ser respetado y no ser utilizado como instrumento para la medicina.** - Un problema serio que se presenta con estas técnicas es la posibilidad de embarazos múltiples. Con frecuencia, antes de inseminar artificialmente se dan drogas a la paciente para inducir la ovulación. Se produce la

---

<sup>530</sup> Cfr. Ídem., pp. 265-268.

<sup>531</sup> GARIBO, Ana-Paz. Op. Cit., 494.

posibilidad de superovulación, lo cual incrementa el riesgo de embarazos múltiples<sup>532</sup>.

Los embarazos múltiples de mellizos, trillizos, cuatrillizos o más no sólo plantean riesgos de salud a la madre (como, por ejemplo, preeclampsia, partos antes de término y diabetes gestacional), sino también a los niños gestados (la prematuridad cuenta para la morbilidad y mortalidad) así como también problemas sociales.

La falta de conciencia de este hecho parece deberse a ciertas actitudes sociales: ante el tan ansiado deseo de tener un hijo, un embarazo de mellizos o trillizos parece "duplicar o triplicar" la felicidad de la pareja y culminar la formación completa de la familia. No celebrar la ansiada gestación en estos casos múltiples, si bien un poco desmedida parece acercarse a la ingratitud y búsqueda egoísta de la perfección. Sin embargo, tal como se ha señalado estos embarazos conllevan numerosos trastornos y distan de ser tales éxitos. Las técnicas de reproducción asistida, afectan de modo decisivo a los profesionales de la sanidad y a los técnicos (muchos de ellos biólogos) que trabajan en las clínicas especializadas en estas técnicas. Por este motivo, parece conveniente ver las técnicas de reproducción asistida desde el punto de vista de los principios éticos que deben regir la atención clínica<sup>533</sup>. Los médicos tienen también, entre sus obligaciones, la de emplear solamente procedimientos técnicos que sean eficaces para conseguir la curación o el alivio de sus pacientes, puesto que ofrecer la reproducción asistida a las parejas estériles es una práctica médica que raya en el charlatanismo<sup>534</sup>, pues promete algo que difícilmente puede proporcionar.

Otra cuestión ética imprescindible en la relación médico-enfermo es la información adecuada sobre la técnica que se va a emplear y sus principales implicaciones. No es

---

<sup>532</sup> Cfr. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Reproducción asistida, género y derechos humanos en América Latina, Op. Cit. p. 36.

<sup>533</sup> Cfr. MARTÍ GUAL, Ana. Maternidad y técnicas de reproducción asistida: Un análisis desde la perspectiva de género, de los conflictos y experiencias de las mujeres usuarias, Tesis doctoral, Universidad Jaume, 2011.

<sup>534</sup> Cfr. CAMBRÓN INFANTE, Ascensión "Fecundación in vitro y agresiones al cuerpo de la mujer: Una aproximación desde la perspectiva de los derechos" Op. Cit. p. 6.

infrecuente, sin embargo, que se omitan informaciones muy relevantes a quienes acuden a las clínicas de fecundación in vitro. Así, muchas parejas no son informadas de la cuestión de los embriones sobrantes, de la selección embrionaria (con destrucción de los embriones enfermos) que se va a realizar<sup>535</sup>, de las serias molestias que implica la realización del procedimiento técnico en la mujer, etc. Así, ha resultado una sorpresa para muchas parejas el conocer que tienen hijos en un depósito de la clínica donde hace años intentaron la fecundación in vitro. Las técnicas de reproducción asistida son un procedimiento falsamente terapéutico, que no cura nada. Son, más bien, un procedimiento de fabricar un hijo para la pareja que lo desea y sumado a la falta de un verdadero control condiciona que se ofrezcan muchos procedimientos sin superar los niveles mínimos de calidad, seguridad, eficacia y atención integral<sup>536</sup>. Entonces para promover el respeto por la integridad corporal de la mujer y evitar sorpresas desagradables por parte las pacientes que, si se llegara el caso, optan por las TRA, proponemos que los centros de salud que brindan este servicio otorguen la información necesaria y más completa posible de manera clara, sencilla o tal vez didáctica para garantizar el completo entendimiento de los pacientes que se sometan a tales procedimientos. Así como también, las consecuencias de las TRA, la cantidad de embriones a implantar (recomendamos que sea como máximo tres), el posible destino de los embriones sobrantes, los mismos que no pueden ser objeto de donación con fines de investigación.

## **2. Comprobación de hipótesis y resultados de investigación**

### **2.1. Descripción de la hipótesis y variables de investigación**

#### **2.1.1. Formulación de hipótesis**

De acuerdo a las formulaciones de los problemas planteados, el desarrollo de esta investigación trabajará con la siguiente hipótesis:

---

<sup>535</sup> Cfr. Ídem. p. 4

<sup>536</sup> Cfr. ROA MEGGO, Ysis. "Infertilidad y nuevas tecnologías reproductivas en el Perú: un abordaje psicosocial" en *Revista Peruana de Obstetricia y Enfermería*, Volumen 3, N° 1, Universidad San Martín de Porres, 2007, p. 5

“El interés superior del niño en la determinación de la filiación de los nacidos por aplicación de las Técnicas de Reproducción Asistida puede garantizarse mediante instrumentos normativos que reconozcan objetivamente su contenido esencial”.

### 2.1.2. Análisis

Esta investigación se ha desarrollado en el marco de tres variables: 1) Interés superior del niño, 2) Técnicas de Reproducción Asistida y 3) Filiación. Estas tres variables han sido operacionalizadas de forma individual de la siguiente manera:

VARIABLES	INDICADORES	SUB INDICADORES	INDICES	Situación encontrada
Interés Superior del Niño	Posición en el sistema normativo peruano	División normativa contenida la Pirámide de Hans Kelsen	Alto	X
			Medio alto	X
			Medio	-
			Medio bajo	-
			Bajo	-
	Doctrina de la Protección Integral	Constitución Política del Perú de 1993	Reconocida	X
			No reconocida	-
		Código Civil de 1984	Reconocida	X
			No reconocida	-
		Código de Niños y Adolescentes	Reconocida	X
			No reconocida	-
		Leyes especiales	Reconocida	X
			No reconocida	-
		Propuestas legislativas	Reconocida	-
			No reconocida	X
	Participación	Personas jurídicas de derecho público	Con compromiso vigente	X
			Sin compromiso	X

			vigente	
		Personas jurídicas de derecho privado	Con compromiso vigente	X
			Sin compromiso vigente	X

De esto se pueden obtener tres afirmaciones comprobadas:

- El sistema jurídico peruano ha garantizado a través de sus instrumentos normativos el interés superior del niño, encargando a las normas jurídicas de los más altos rangos su reconocimiento, protección y tutela.
- La doctrina de la protección integral del menor, entendida como valor fundamental de un estado democrático que protege la dignidad de las personas y defiende y reconoce que la vida inicia con la concepción ha sido plasmada de forma directa e indirectamente desde el más importante documento normativo, como lo es la Constitución Política del Perú de 1993, y desarrollado por normas siguientes, tales como Código Civil de 1984, Código de Niños y Adolescentes, Leyes especiales. Sin embargo, en materia de TRA la propuesta legislativa que actualmente se encuentra pendiente de discusión en el Congreso de la República, no ha tomado dicha consideración.
- Desde un enfoque participativo, la realidad ha demostrado que con la defensa, promoción y protección del interés superior del niño se encuentran relacionadas personas de derecho público y personas de derecho privado. En materia de TRA las que iniciaron el desarrollo son las personas de derecho privado que vienen realizando éstas técnicas desde hace varios años. (Ver Gráficos del 2.2 y 2.3 del numeral siguiente) En cambio, las personas de derecho público se han preocupado por el tema, materia de esta investigación, desde finales del 2013<sup>537</sup>. En ambos casos, según los resultados de los instrumentos de estudio aplicados se

<sup>537</sup> Esto puede verificarse con la iniciativa que tuvo el Gobierno en crear el Instituto Materno Perinatal.

puede concluir que en ambos sectores de la población existe una preocupación por tutelar el interés superior del menor, pero al mismo tiempo existe una práctica continua que parece demostrar que se ha dejado de lado dicho reconocimiento. Aun cuando los instrumentos normativos sostienen lo contrario.

VARIABLE	INDICADORES	SUB INDICADORES	INDICES	VALORES	
				SI	NO
TRA	Tipo de TRA	TRA homólogas	Protección de la familia	X	
			Protección del menor		X
			Protección de las madres	X	
			Protección a terceros	X	
		TRA heteróloga	Protección de la familia		X
			Protección del menor		X
			Protección de las madres	X	
			Protección a terceros	X	
	Condiciones de los futuros padres para el	Estado civil	Solteros	X	
			Casado	X	
			Conviviente	X	
			Viudo	X	
			Parejas	X	

	acceso	Situación económica	homosexuales	
			Alto	X
			Medio alto	X
			Medio	X
			Medio bajo	-
			Bajo	-
	Instituciones para aplicación	Local	Existe	X
			No existe	
		Nacional	Existe	X
			No existe	
		Extranjera	Existe	-
			No existe	-
	Instituciones para control	Local	Existe	-
			No existe	X
		Nacional	Existe	-
			No existe	X
		Extranjera	Existe	-
			No existe	-

De los resultados obtenidos se pueden obtener tres afirmaciones comprobadas:

- En el marco de la diversidad y variedad de TRA que actualmente ofrecen las clínicas y/o los diferentes servicios de salud, las TRA homólogas resultan ser las que menos cuestiones éticas presentan, por tratarse de procedimientos en los que intervienen tanto la madre como el padre de quien será el futuro niño. Es decir existe coincidencia genética entre los progenitores y quienes desarrollarán los roles de la paternidad y maternidad. Sin embargo, el desarrollo de estas técnicas, al igual de lo que sucede con las TRA heterólogas dejan de lado la protección

del menor, sin mostrar preocupación alguna respecto de los intereses del menor concebido, especialmente en lo que respecta al desarrollo de su filiación.

- Las TRA heterólogas tienen un amplio marco de desprotección tanto de la familia como del menor concebido. Para el uso y aplicación de estas técnicas no es necesario que exista una estructura formada y consolidada de familia, pues a través de ellas "quien anhela con convertirse en madre", independiente de su condición civil, puede acceder fácilmente a un banco de semen para poder completar el procedimiento. No interesa, después, si la patria potestad, tenencia y/o manutención del menor concebido se encuentra asegurada; siendo lo más importante para estas clínicas hacer realidad el deseo de ser padres.
  
- La práctica y uso de estas técnicas no evalúa, bajo ninguna circunstancia las condiciones de los futuros padres. Es más, de las entrevistas realizadas a las clínicas que aplican las TRA, así como a los médicos que las ejecutan se desprende que ellos únicamente se limitan a evaluar las condiciones físicas de los futuros progenitores; incluyendo - en algunos casos incluso la posibilidad de realizar variaciones genéticas, selección de sexo, entre otros. Asimismo, cabe resaltar que para la práctica de estas técnicas tampoco se evalúa la situación económica de los padres, a fin de garantizar el cuidado y manutención del menor que va a ser concebido. Así lo demostraron las respuestas de los instrumentos de investigación aplicados, sosteniendo en todo momento que lo más importante era el desarrollo biológico, genético y físico de la madre, y cuando se dé el caso, del menor. Sin embargo, resulta conveniente señalar que existe un indicador indirecto que puede permitir concluir que el factor socioeconómico de los padres, como elemento importante en la garantía del interés superior del niño, queda satisfecho toda vez que quienes acceden a este tipo de tratamientos son personas que cuentan con los recursos económicos suficientes para atender los requerimientos de este tipo de procedimientos. Se ha verificado que las parejas que acceden a estas técnicas como alternativa de tratamiento contra la infertilidad son personas que se encuentran entre los sectores sociales alto y medio.



- Por otro lado, respecto de las instituciones para aplicación de las TRA se ha verificado que existe un interesante porcentaje, tanto a nivel local como nacional. No se ha incluido en este estudio el análisis de las instituciones internacionales pues es hartamente conocido que el uso de este procedimiento resulta una práctica común. Además, que el estudio de este grupo habría tenido importantes limitantes físicos especialmente para el trabajo de campo.
- Finalmente, de este análisis también se desprende que actualmente en nuestro país no existen instituciones para el control de este tipo de prácticas, ni en sede local, ni en sede nacional. Esto resulta especialmente importante, porque las TRA al tener efectos e impactos en esferas tan importantes para la sociedad como son la familia y los menores, resulta indispensable que el Estado se preocupe por garantizar que dichas prácticas sean exitosas, no solamente desde el punto de vista clínico, sino también desde el punto de vista jurídico y social; enfocándose fundamentalmente en proteger y garantizar el interés superior del niño, en uno de sus elementos más importantes como es la filiación.

VARIABLES	INDICADORES	SUB INDICADORES	INDICES	
Filiación	Verdad genética	Instrumentos legales	Reconocida	X
			No reconocida	-
		Instrumentos jurisprudenciales	Reconocida	X
			No reconocida	-
	Verdad biológica	Instrumentos legales	Reconocida	X
			No reconocida	-
		Instrumentos jurisprudenciales	Reconocida	X
			No reconocida	-
	Verdad jurídica	Instrumentos	Reconocida	X

		legales	No reconocida	-
		Instrumentos jurisprudenciales	Reconocida	X
			No reconocida	-

- Las TRA han introducido cambios sustanciales que inciden directamente sobre el sentido de la regulación de la filiación actualmente vigente. En ese sentido, es claro que la relación jurídica derivada de las TRA no es necesariamente la filiación que hasta ahora se conocía y que era predicable del Derecho occidental de Roma hacia acá, y la cultura universal elaborada. Por lo tanto, es necesario conceptualizar *ex novo* el orden familiar establecido. En ese sentido, cuando se trata de analizar la filiación de los menores, resulta importante analizar también la interacción de tres indicadores fundamentales, y que han sido analizados en esta investigación: la verdad genética, verdad biológica y la verdad jurídica. Antes de la aparición de las TRA, sólo existía la procreación por medios naturales, a través del coito.

Consecuentemente, aquel que dejaba embarazada a la mujer, era necesariamente el mismo que aportaba el material genético y la mujer que gestaba el niño en su vientre lo hacía siempre con propios óvulos. Es decir, lo biológico necesariamente comprendía lo genético, ante la imposibilidad de disociarlo. Entonces, si antes se distinguía entre biológico y voluntario, hoy se presentan tres criterios perfectamente diferenciados lo genético, lo biológico y lo voluntario.

- Ahora bien, como las TRA permiten que el aporte sea puramente genético, cuando se trata de filiación derivada de las TRA el aporte en general deja de ser biológico (como sucedía en la procreación natural), para comenzar a ser puramente genético. Precisamente un elemento importante en los procedimientos de las TRA radica en la voluntad de quienes acceden a ellas. Y esto puede resultar un factor trascendental al momento de garantizar la filiación. Precisamente, con la aplicación de las TRA lo biológico importa un plus

respecto de lo genético; y como lo genético carece de ese plus adquiere más importancia y relevancia lo volitivo. En definitiva, como garantía del interés superior del niño, respecto de su filiación - que con el avance de la ciencia y la genética parece ser tan abstracta - el elemento volitivo adquiere una importancia superlativa, de modo que cuando en una misma persona no coinciden el elemento genético, el biológico y el volitivo, se debe dar preponderancia al último. Debe prevalecer la paternidad consentida y querida, por sobre la genética; y ésta es la que debe garantizarse como verdad jurídica. Se está ante nuevas realidades que importan una “desbiologización y/o desgenetización de la filiación”, y en cuya virtud el concepto de filiación ganó nuevos contornos comenzándose a hablar de “parentalidad voluntaria” o “voluntad procreacional”.

- Las TRA han provocado una nueva vuelta a la *verdad voluntaria* en la que la filiación ya no se determina por el elemento genético o biológico, sino por el volitivo. Esta importancia del elemento volitivo en la filiación derivada de las TRA ha llevado a que muchas legislaciones, incluida la española, lo regulen como el determinante de ésta a través de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. (LTRA).
- En este marco, el factor más importante - y que no ha sido previsto ni por las clínicas, ni por los médicos- que utilizan estas técnicas radica en la filiación para el menor concebido. No obstante, si bien sería necesario que dicha situación sea reconocida a través de un instrumento jurídico (norma), también es importante que en la práctica los operadores clínicos la ejecuten. En ese sentido, sería útil consignar como parte del procedimiento la firma del consentimiento (no el consentimiento informado) para el acceso a cualquiera de las TRA, especialmente a las TRA heterólogas mediante las cuales los futuros padres que voluntariamente desean tener un hijo pueden garantizar su filiación.

## **2.2. Situación generada por la aplicación de las Técnicas de Reproducción Asistida (TRA) en relación con el Interés Superior del Niño, en el extremo de su filiación**

### 2.2.1. Metodología

Se seleccionaron las clínicas que prestan servicios de TRA a nivel Nacional y se verificó que el impacto y el desarrollo que esta técnica ha tenido durante los últimos años. Se analizaron en términos porcentuales el impacto y el desarrollo que tiene esta técnica en otras ciudades, especialmente de la costa del país.

Se aplicó un cuadro de entradas múltiples para conocer la preferencia y la preocupación de éstos centros en relación con el servicio que ofrecen. En este mismo cuadro se verificó el nivel del interés que existe respecto de la filiación de los menores nacidos como consecuencia de estas técnicas.

El esquema del cuadro general que se aplicó fue el siguiente:

CENTRO ESPECIALIZADO/ CLÍNICA	LUGAR DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS	SERVICIOS Y/O PRODUCTOS QUE OFRECE	INFORMACIÓN RELEVANTE PARA EL USUARIO RELACIONADA CON LA FILIACIÓN					
			Padre y/o Madre		Niño		Sobre el servicio y/o producto	
			SI	NO	SI	NO	SI	NO

### 2.2.2. Resultados

- Clínicas que aplica los procedimientos de TRA en el Perú:

Departamento	Capital	Aplica TRA		ID de la Clínica y/o Establecimiento
		SI	NO	
Tumbes	Tumbes		X	-
Piura	Piura	X		<b>Clínica Concebir</b>
Lambayeque	Chiclayo	X		<b>Clínica Concebir</b>
La Libertad	Trujillo	X		<b>Clínica Concebir</b>
Ancash	Huaraz		X	-
Lima	Lima	X		<b>Clínica Concebir</b>
Ica	Ica		X	-
Arequipa	Arequipa	X		<b>Clínica Concebir</b>
Moquegua	Moquegua		X	-
Tacna	Tacna		X	-
Cajamarca	Cajamarca		X	-
Pasco	Cerro de Pasco		X	-
Junín	Huancayo		X	-
Cuzco	Cuzco		X	-
Puno	Puno		X	-
Apurímac	Abancay		X	-
Huánuco	Huánuco		X	-
Huancavelica	Huancavelica		X	-

Ayacucho	Ayacucho		X	-
Loreto	Iquitos		X	-
Amazonas	Chachapoyas		X	-
San Martín	Moyobamba		X	-
Madre de Dios	Puerto Maldonado		X	-
Ucayali	Pucallpa		X	-
<b>RESULTADOS</b>		5	19	

CENTRO ESPECIALIZADO/ CLÍNICA	LUGAR DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS	SERVICIOS Y/O PRODUCTOS QUE OFRECE	INFORMACIÓN RELEVANTE PARA EL USUARIO RELACIONADA CON LA FILIACIÓN					
			Padre y/o Madre		Niño		Sobre el servicio y/o producto	
			SI	NO	SI	NO	SI	NO
<b>PROCREAR, CLÍNICA DE FERTILIDAD</b>	Lima (Av. Petit Thouars 4737)	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Las relaciones sexuales dirigidas</li> <li>• Inseminación Artificial</li> <li>• FIV</li> <li>• ICSI - Inyección Intracitoplasmática de Espermatozoide en el Óvulo</li> <li>• Transferencia de Blastocitos</li> <li>• Congelación de embriones</li> <li>• Inseminación y FIV con semen donante</li> <li>• Donantes de óvulos</li> <li>• Ruptura Asistida de la Zona Pelúcida (Assisted Hatching)</li> <li>• Microcirugía de Trompas</li> <li>• Tratamientos para la eyaculación inducida</li> <li>• Diagnóstico genético preimplantacional</li> <li>• Crioconservación de Espermatozoides</li> <li>• Vitricación de óvulos</li> </ul>	X			X	X	

		<ul style="list-style-type: none"> <li>• IMSI</li> <li>• Columnas de Anexina V (Separación de Espermatozoides con ADN no fragmentados)</li> <li>• FISH en espermatozoides</li> <li>• Hibridación Genómicas Comparada (CGH)</li> </ul>						
<b>CLÍNICA CONCEBIR</b>	<p>Lima (Calle Los Olivos 364)</p> <p>Trujillo (Av. Dean Saavedra 396 – 398 Urb. San Andrés I etapa)</p> <p>Chiclayo (Alfonso Ugarte 682 – 4to piso)</p> <p>Piura (Av. San Ramón N° 13 A – Urb. El Chipe)</p> <p>Arequipa (Av. Zamácola N° 214 Yanahuara)</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Fertilización in Vitro</li> <li>• Inseminación Intrauterina</li> <li>• Criopreservación</li> </ul>	X			X	X	
<b>CENTRO DE FERTILIDAD Y REPRODUCCIÓN ASISTIDA - CEFRA</b>	Lima (Av. Guardia Civil 715 - 721 Córpac, San Borja)	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Inducción a la ovulación Fecundación In vitro</li> <li>• Inyección Intracitoplasmática de espermatozoide</li> <li>• Transferecia de gametos fecundados a la trompa (*)</li> <li>• Fertilización in Vitro con Donación de</li> </ul>	X			X	X	



		Ovocitos – Ovodonación <ul style="list-style-type: none"> <li>• Crioconservación (</li> <li>• Espermatozoides, Embriones</li> <li>• Tejido ovárico, Vitricación de ovocitos, Maduración de In Vitro de óvulos, Banco de semen)</li> </ul>						
<b>CLÍNICA FERTLAB</b>	Lima (Av. San Felipe N° 1015)	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Fecundación in Vitro</li> <li>• Inyección de Espermatozoides Morfológicamente Seleccionados (IMSI)</li> <li>• Selección de espermatozoides (PICS)</li> <li>• Donación de espermatozoides</li> <li>• Donación de óvulos</li> <li>• Diagnóstico genético preimplantacional (DGP)</li> <li>• Crioconservación (Vitrificación de óvulos)</li> <li>• Criopreservación de embriones</li> <li>• Criopreservación de espermatozoides</li> <li>• Métodos de selección espermática</li> </ul>	X			X	X	
<b>CLÍNICA DE GINECOLOGÍA Y FERTILIDAD MIRAFLORES</b>	Lima (José Antonio Encinas 141, Miraflores)	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Inseminación Intrauterina</li> <li>• Transferencia Intrafalopiana de Gametos (GIFT)</li> <li>• Transferencia de ovocitos microinyectados (TOMI)</li> <li>• Fertilización in vitro (IVF)</li> <li>• Micro-inyección intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI)</li> </ul>	X			X	X	

<b>GRUPO PRANOR</b>	Lima (Calle Los Olivos 364, San Isidro)	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Inseminación Intrauterina</li> <li>• Fecundación In Vitro Microinyección intracitoplasmática</li> <li>• La Crioconservación</li> <li>• Diagnóstico Genético pre-implantacional</li> <li>• Banco de Semen</li> </ul>	X			X	X	
<b>CREA</b>	Lima (Av. Carlos Izaguirre N° 979, 2° piso - Los Olivos)	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Evaluación de la pareja infértil</li> <li>• Exámenes de la pareja infértil (Hormonales Ecografía Transvaginal Histerosalpingografía. Espermatograma. Inseminación Intrauterina. Reproducción asistida de alta complejidad Banco de Gametos. Diagnóstico genético pre implantacional Selección de sexo)</li> </ul>	X			X	X	
<b>NACER, Centro de Reproducción Humana</b>	Lima (Av. del Pinar 198 Chacarilla del Estanque - Surco)	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Fecundación in Vitro</li> <li>• Inyección Intracitoplasmática de espermatozoide (ICSI)</li> <li>• Cultivo hasta Blastocisto</li> <li>• Crio preservación de Embriones</li> <li>• Criopreservación de Óvulos</li> <li>• Inseminación Intrauterina (IIU)</li> <li>• Capacitación Espermática</li> <li>• Crio Preservación de Semen</li> </ul>	X			X	X	
<b>NIU VIDA, Centro Especializado en Reproducción Asistida</b>	Lima (Calle Francisco Masías 2832, San Isidro, Lima)	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Servicios iniciales_(Estudio de la pareja, Tipos de infertilidad, Selección del sexo)</li> </ul>	X			X	X	

		<ul style="list-style-type: none"><li>• Fertilización asistida (Relaciones sexuales programadas, Inseminación intrauterina, Fertilización in vitro, ICSI.)</li><li>• Laboratorio (Vitrificación de óvulos, Congelación de embriones, Diagnóstico genético pre-implantacional (PGD), Biopsia testicular, Criopreservación de semen (banco de semen), Espermatograma, Fish en espermatozoides, Fragmentación de ADN en espermatozoides, Cultivo de embriones)</li></ul>						
RESULTADO			9	0	0	9	0	9

2.2.3. Análisis

Como parte importante de los instrumentos de investigación, se aplicaron encuestas tanto para las clínicas que ofrecen este tipo de procedimientos, los médicos que aplican estas técnicas y las personas que han accedido a su uso para combatir su infertilidad y hacer realidad el deseo de convertirse en padres.

POBLACIÓN	MUESTRA
Clínicas que aplican las TRA en el Perú	25 clínicas
Médicos que aplican las TRA	50 médicos (algunos no pertenecen a las clínicas de la muestra anterior, pero realizan esta actividad de forma independiente)
Padres que han utilizado o están en tratamiento para aplicar las TRA	100 Padres (incluye madre y padre)

2.3. Descripción de la situación de las clínicas frente a la aplicación de las Técnicas de Reproducción Asistida (TRA) en el Perú.

2.3.1. Metodología

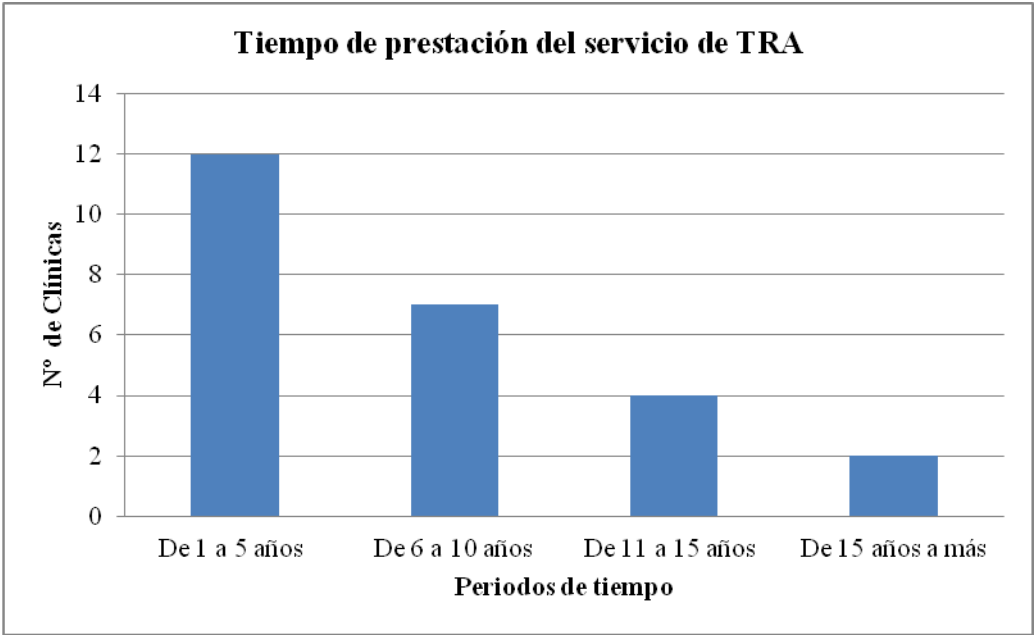
Se seleccionó una muestra de 25 clínicas que realizan aplicación de estas TRA, y a las cuales se les aplicó una encuesta/entrevista; además de una ficha de observación.

2.3.2. Resultados

Los resultados fueron los siguientes:

A la pregunta, ¿desde hace cuánto tiempo la entidad a la que Ud. representa realiza prácticas respecto de TRA?

Tiempo de prestación del servicio		
Parámetro	Valor numérico	Valor Porcentual
De 1 a 5 años	12	48%
De 6 a 10 años	7	28%
De 11 a 15 años	4	16%
De 15 años a más	2	8%
Total	25	100%



**Interpretación:** Como se trata de una práctica relativamente nueva, y que además se originó en países extranjeros, en nuestro país todavía son pocas las clínicas que efectúan este tipo de prácticas. Sin embargo existe un porcentaje significativo que realizan estas prácticas desde hace más de 15 años. De la muestra seleccionada a este grupo pertenece el 8%. Por otro lado hay quienes vienen desarrollándose en estas actividades durante un periodo de 11 a 15 años. De la muestra seleccionada a este grupo pertenece el 16%. Un grupo más considerable, señaló

que presta servicios de TRA desde hace 6 y 10 años. De la muestra seleccionada a este grupo pertenece el 28%. La mayoría de las clínicas de las muestra, el 48% señaló que lleva trabajando con esto entre 1 y 5 años.

Respecto de la pregunta, **¿los servicios que presta la clínica incluye evaluación psicológica?** Los resultados fueron los siguientes:

¿Los servicios que prestan incluyen evaluación psicológica?		
Parámetro	Valor numérico	Valor Porcentual
Si	3	12%
No	22	88%
Total	25	100%



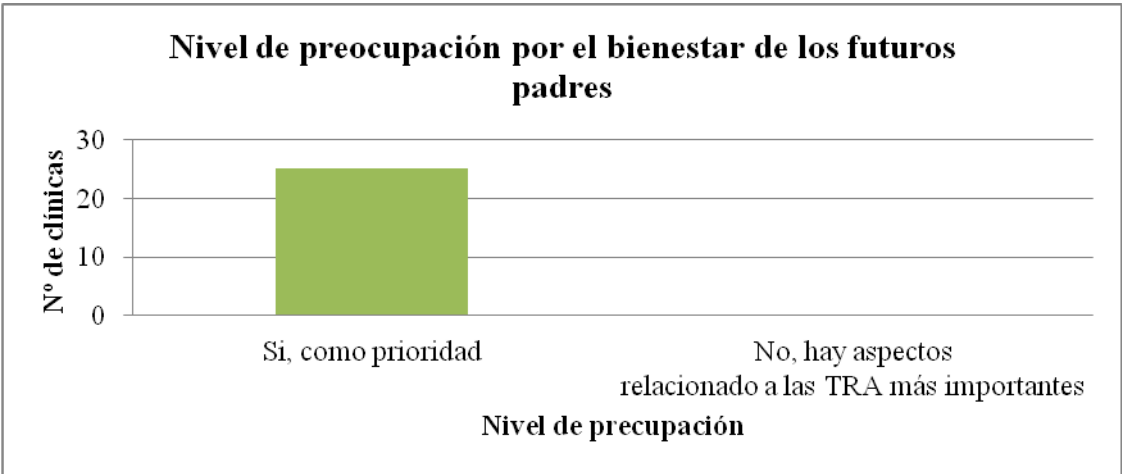
**Interpretación:** Del total de clínicas y/o centros especializados entrevistados únicamente el 12% señaló que efectivamente realiza este tipo de pruebas, frente a un elevado 88% que sostuvo la no realización de esta evaluación. Al ser preguntados sobre el motivo de una y otra decisión, se manifestó que la preocupación fundamental de las clínicas (aquellas que respondieron que no) radicaba en el estudio del bienestar físico, especialmente de quien anhela

ser madre o padre, siendo que la evaluación psicológica es objeto de estudio de otra área distinta y que tiene su propio campo de acción.

En el caso de quienes respondieron afirmativamente a esta pregunta, se solicitó mayor explicación respecto de la finalidad de esta evaluación a lo que se manifestó que dicho examen se realiza porque las TRA son experimentales, siendo que si bien existen resultados positivos respecto de su aplicación y éxito, también pueden fallar y es necesario que los futuros padres se sometan a este tipo de evaluaciones para poder afrontar los resultados de los procedimientos.

Respecto de la pregunta, en la clínica **¿se preocupan por el bienestar de los padres?**

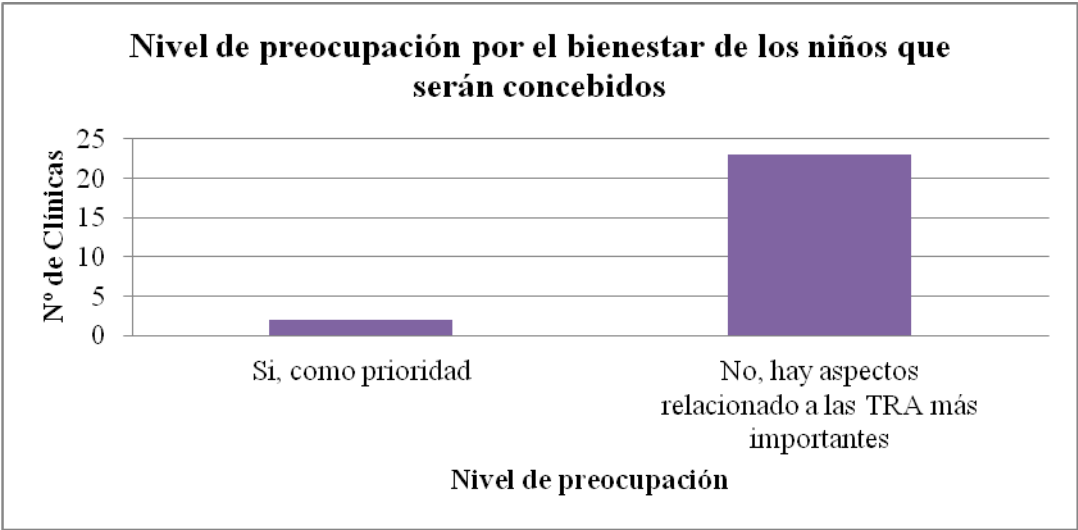
En la clínica, ¿se preocupan por el bienestar de los padres?		
Parámetro	Valor numérico	Valor Porcentual
Si, como prioridad	25	100%
No, hay aspectos relacionado a las TRA más importantes	0	0%
Total	25	100%



**Interpretación:** Del total de la muestra utilizada, el 100% manifestó que se preocupan por el bienestar de los progenitores, frente a un 0% que sostuvo que podrían haber aspectos relacionados a las TRA más importantes. Por cuestiones metodológicas, esta pregunta fue separada de aquella relacionada con el bienestar del menor que será concebido a través de estas técnicas, sin embargo, mientras se aplicaba esta pregunta, ninguna de los encuestados manifestó si quiera la posibilidad de preocupación respecto de los menores.

A la pregunta, de que si en la clínica **¿Se preocupan por el bienestar de los niños que serán concebidos?**

En la clínica, ¿se preocupan por el bienestar de los niños que serán concebidos?		
Parámetro	Valor numérico	Valor Porcentual
Si, como prioridad	2	8%
No, hay aspectos relacionado a las TRA más importantes	23	92%
Total	25	100%

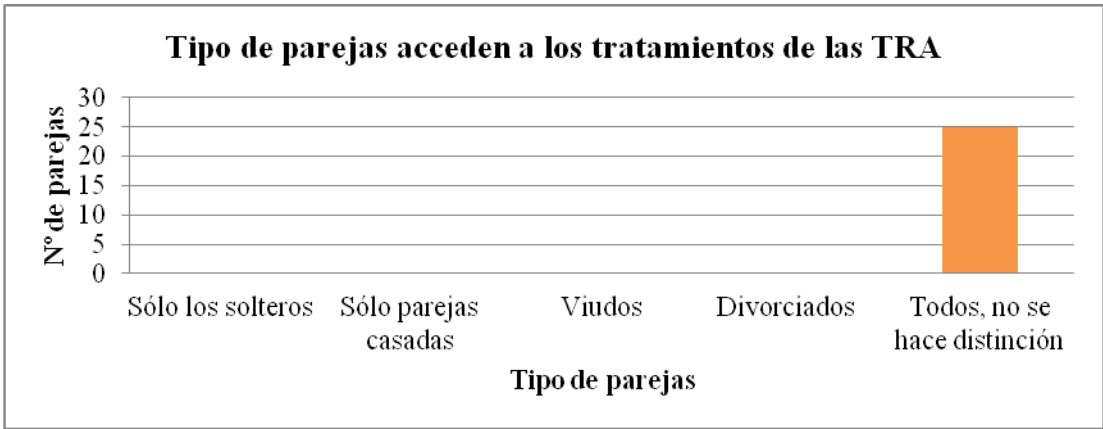




**Interpretación:** Ante esta pregunta, muchos de los encuestados manifestaron que como parte del proceso es posible que muchos "embriones" no sean clínicamente viables, por fallas genéticas y/o por otros motivos; por lo que una forma de preocuparse por ellos es a través de la garantía de que tras el procedimiento se obtengan niños genéticamente sanos. En ese sentido, frente a la pregunta planteada solo el 8% señaló que el bienestar de los niños era una prioridad, frente al 92% quienes sostuvieron que existen aspectos relacionados a las TRA más importantes que se tienen que evaluar. Este resultado puede tener varias lecturas. Si se entiende, tal como lo hace la legislación peruana, que la vida se inicia con la fecundación del óvulo, lo que se produce durante el proceso de las TRA con "embriones no viables" es que vidas humanas de seres indefensos sean descartados. En este sentido resulta de vital importancia definir con precisión el alcance del término " embriones no viables", pues este puede ser desde un embrión que no alcanza su desarrollo, un embrión con alguna falla genética, o simplemente un embrión cuyos padres se desanimaron del proceso. Si se reemplaza el término "embrión" con "vida humana", la aplicación de éstas técnicas estaría ocasionando graves y considerables perjuicios para la sociedad.

A la pregunta, en la clínica **¿Qué tipo de parejas acceden a los tratamientos que su clínica ofrece?**

¿Qué tipo de parejas acceden a los tratamientos que su clínica ofrece?		
Parámetro	Valor numérico	Valor Porcentual
Sólo los solteros	0	0%
Sólo parejas casadas	0	0%
Viudos	0	0%
Divorciados	0	0%
Todos, no se hace distinción	25	100%
Total	25	100%



**Interpretación:** Una de las variantes que integra el concepto del "interés superior del niño" radica en la garantía en el desarrollo de su vida al amparo de una familia, entendiéndose como tal un concepto nuclear que integra madre, padre, hijos.

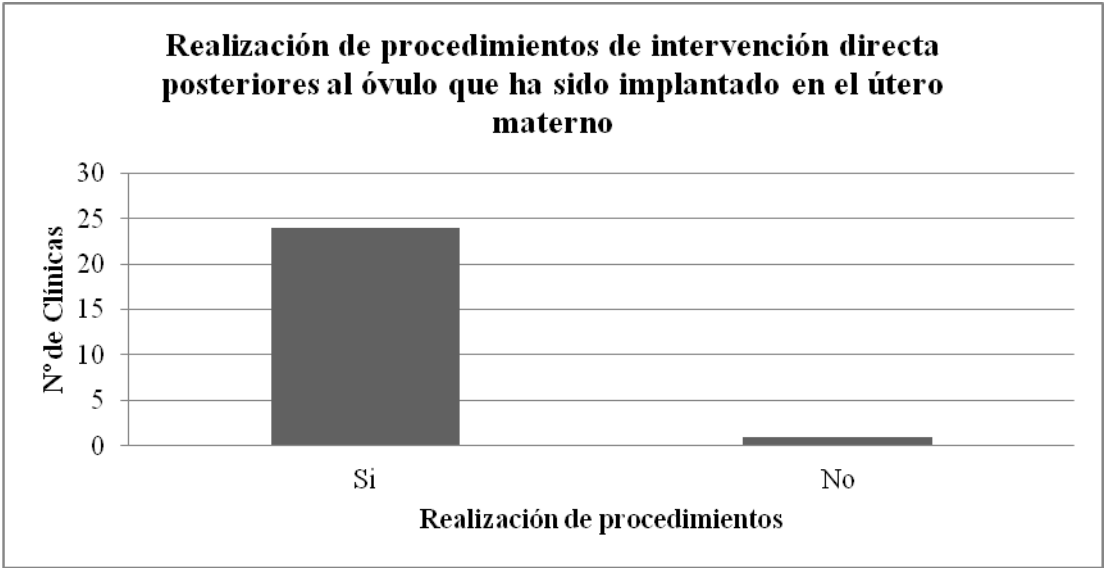
En este caso la pregunta tenía por finalidad determinar si las clínicas mostraban algún interés por el ambiente en el que se desarrollaría el menor concebido.

Lamentablemente el 100% de los encuestados manifestaron que no se realiza ninguna distinción para la aplicación de las TRA, siendo que a dichos procedimientos pueden acceder padres solteros, parejas casadas, viudos, divorciados, es decir no se realizaba ninguna distinción respecto del estado civil de los futuros progenitores. Esto resulta especialmente importante porque un aspecto directamente relacionado con este elemento es precisamente la filiación de los menores, situación que además de no estar regulada en nuestro país, presentaría diversas alteraciones cuando se trata, por ejemplo, de padres, solteros, viudos o divorciados.

En España, la situación legalmente se encuentra regulada por la ley de la materia y considera algunos aspectos relacionados con la paternidad del menor aplicando las reglas generales del Código Civil español.

A la pregunta, **sobre la realización de procedimientos de intervención directa posterior al óvulo fecundado, es decir, después de haber sido implantado en el útero materno** se contestó:

¿Se realizan procedimientos de intervención directa posteriores al óvulo fecundado, es decir, después de haber sido implantado en el útero materno?		
Parámetro	Valor numérico	Valor Porcentual
Si	24	96%
No	1	4%
Total	25	100%



**Interpretación:** Esta pregunta tuvo por la finalidad determinar el nivel de valoración de la "vida humana" que en términos legales se encuentra reconocido en nuestro ordenamiento jurídico, frente a la aplicación de las TRA; considerándolas además como elemento fundamental del concepto que abarca el "interés superior del niño".

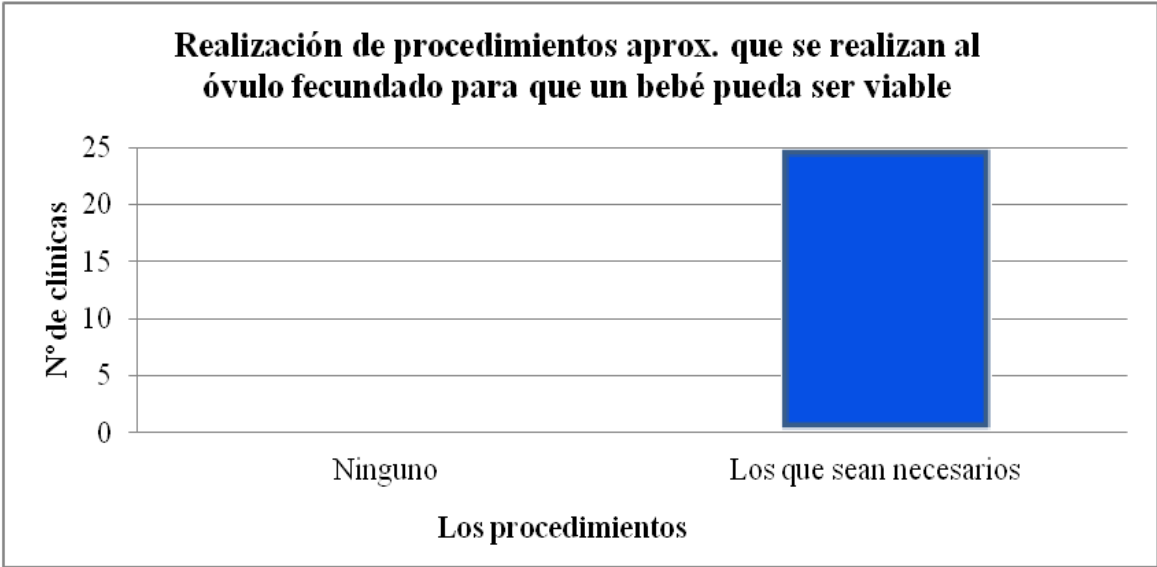
Ante la pregunta formulada, el 96% manifestó que efectivamente se realizan procedimientos posteriores a la colocación del óvulo fecundado en el útero materno, toda vez que al concluir el proceso se necesitan "embriones viables" y genéticamente buenos. En ese sentido, es necesario controlar e intervenir, si es necesario, los óvulos implantados.

Frente a ello, solo el 4% de los encuestados sostuvieron que no existe tal intervención, pero que dicha situación se debe a que todavía las TRA utilizadas y que se ofrecen a través de sus representadas no están en una etapa avanzada de desarrollo. Entonces, como resultado final de

esta pregunta resulta fácil entender que la conceptualización de la vida humana, independiente de la valoración ética, moral o religiosa de la que se parta, sino tomando como referencia el componente jurídico se encuentra seriamente relativizada.

¿A la pregunta, sobre cuántos procedimientos aproximadamente se realizan al óvulo fecundado para que un bebé pueda ser viable? se contestó:

¿Cuántos procedimientos aprox. se realizan al óvulo fecundado para que un bebé pueda ser viable?		
Parámetro	Valor numérico	Valor Porcentual
Ninguno	0	0%
Los que sean necesarios	25	100%
Total	25	100%

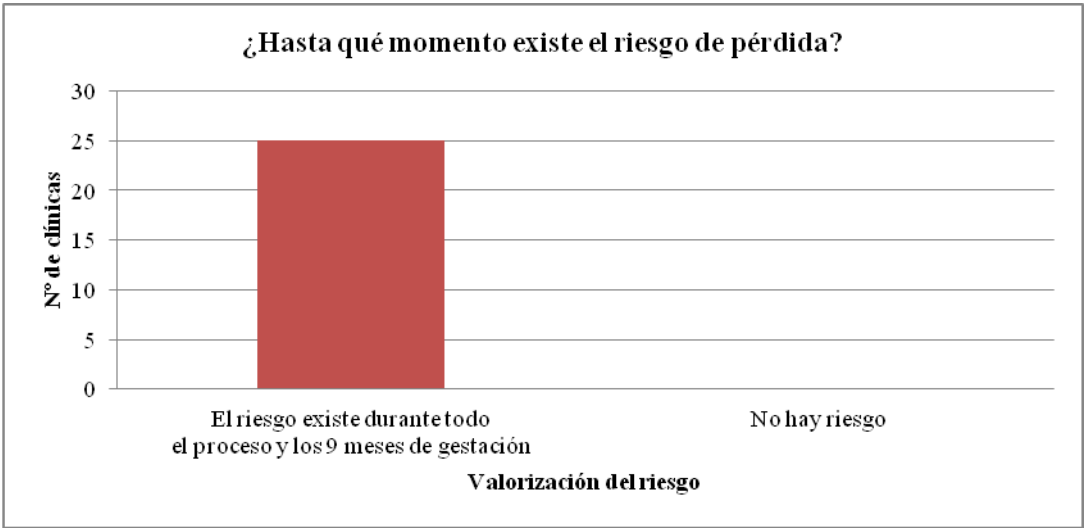


**Interpretación:** Esta pregunta se encuentra relacionada con la interrogante anterior, y tiene por finalidad determinar el nivel de valoración de la vida humana frente a la aplicación y defensa de las TRA. Nuevamente, los clínicas y/o centros de atención manifestaron que lo más importante es obtener bebés viables sin importar si su desarrollo llega a su fin con éxito; por lo que para lograr dicho objetivo a veces son necesarias

innumerables intervenciones, por lo que el 100% de los encuestados señaló que para lograr tal fin se realizan todos los procedimientos que sean necesarios.

A la pregunta, **hasta qué momento existe el riesgo de pérdida de un bebé**, se contestó:

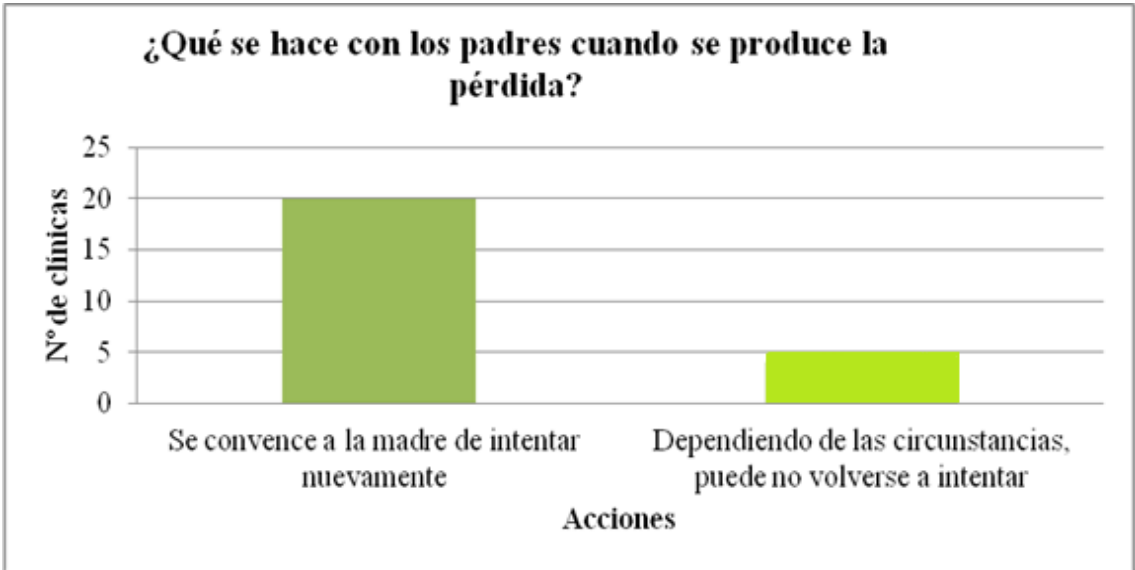
¿Hasta qué momento existe el riesgo de pérdida?		
Parámetro	Valor numérico	Valor Porcentual
El riesgo existe durante todo el proceso y los 9 meses de gestación	25	100%
No hay riesgo	0	0%
Total	25	100%



**Interpretación:** Este riesgo siempre existe, dado que es como si tratara de un embarazo normal, común u ordinario, por lo que el 100% contestó que el riesgo está presente durante todo el proceso y los 9 meses que dura la gestación. Esta pregunta resultaba de vital importancia para conocer cuál era el nivel de protección del menor concebido a través de estas técnicas. No se debe dejar de lado que el ordenamiento jurídico peruano protege al concebido en todos sus aspectos.

Respecto de la pregunta, **qué es lo que se hace con los padres cuando se produce una pérdida**, se manifestó:

¿Qué se hace con los padres cuando se produce la pérdida?		
Parámetro	Valor numérico	Valor Porcentual
Se convence a la madre de intentar nuevamente	20	80%
Dependiendo de las circunstancias, puede no volverse a intentar	5	20%
Total	25	100%



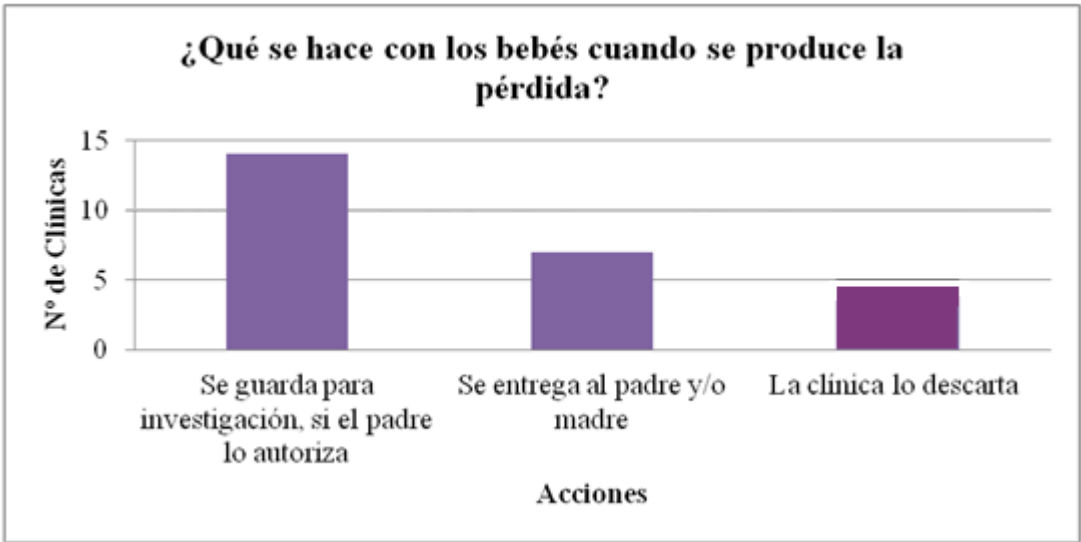
**Interpretación:** Como parte del instrumento de investigación esta pregunta tenía dos respuestas, aunque no excluyentes la preferencia de una sobre la otra permitía conocer el nivel de inclinación de quienes efectúan estos procedimientos respecto de la falla de una TRA. Esta inclinación podía evidenciar que frente a cualquier circunstancia lo que más importa para las clínicas y/o centros especializados es que se aplique la técnica, o que sean finalmente los padres que decidan no volver a intentar.

En este sentido, el 80% manifestó que cuando se trata de una primera o segunda falla, existe un procedimiento para convencer a la madre de intentar nuevamente, pues la infertilidad es una patología cuyo tratamiento además de ser complicado demanda de tiempo y paciencia. Frente a ello, el 20% sostuvo que dependiendo de las circunstancias

puede no volverse a intentar, esto puede deberse a un sin número de factores que pueden ser desde variantes económicas hasta variantes emocionales y/o físicas.

Respecto de la pregunta **¿cuál es el destino de los bebés cuando se produce la pérdida?** se manifestó:

¿Qué se hace con los bebés cuando se produce la pérdida?		
Parámetro	Valor numérico	Valor Porcentual
Se guarda para investigación, si el padre lo autoriza	14	56%
Se entrega al padre y/o madre	7	28%
La clínica lo descarta	4	16%
Total	25	100%



**Interpretación:** Esta es una de las preguntas que completó la determinación del nivel de valoración de la vida humana del concebido respecto de la aplicación de las TRA. Del total de entrevistados, el 56% manifestó que el "embrión no viable" se guarda en la clínica para realizar investigación, siempre que el padre lo autorice.

Entiéndase que se está asimilando la idea del "concebido" con la de un "producto fabricado por la clínica, que tuvo alguna falla y que necesita ser evaluado para conocer el origen del error. Por otro lado, un 28% señaló que el "embrión no viable" se entrega al padre/o madre para los fines que éstos establezcan. Y finalmente el 16% manifestó que la clínica se encarga de su descarte. Cuando a este último grupo se preguntó si existe algún procedimiento documentado respecto de cómo se realiza este proceso se manifestó que no existe nada al respecto, pero que tienen la intención de hacerlo, toda vez que como resultado de las TRA no es lo único que se descarta, sino que también puede suceder que queden óvulos fecundados y que como los primeros resultados exitosos no se conocen con exactitud qué hacer con los que quedan pendientes de implantación. En términos jurídicos dichos óvulos fecundados son vidas humanas, protegidos y defendidos constitucionalmente pero que están siendo seriamente afectados con el uso y aplicación de este tipo de técnicas.

A la pregunta **si han tenido conflictos respecto de la situación legal de los niños que han nacido como consecuencia de la aplicación de las TRA**, se manifestó lo siguiente:

¿Han tenido conflictos respecto de la situación legal de los niños que han nacido como consecuencia de la aplicación de las TRA?		
Parámetro	Valor numérico	Valor Porcentual
Si, algunos. Pero no se han generado conflictos legales	2	8%
No, ninguno	23	92%
Total	25	100%





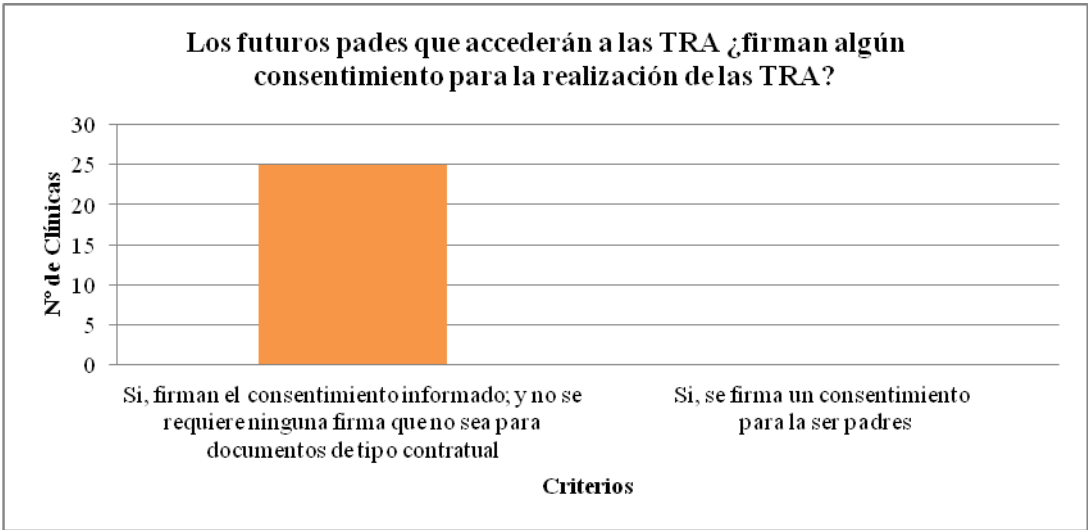
**Interpretación:** Considerando los valores de las respuestas anteriores, esta pregunta se formuló con la finalidad de conocer si de los diversos conflictos que se pueden advertir como consecuencia de la realización de estas técnicas, alguno de ellos habría impactado respecto de la situación legal de los niños que han nacido como consecuencia de las TRA. A ello, la mayoría (92%) manifestó que no han tenido ningún conflicto de esta naturaleza frente a un 8% que sostuvo que si han tenido algunos conflictos pero que no habrían generado conflictos legales.

Esta situación puede obedecer a que la aplicación de estas técnicas es aparentemente nueva en nuestro país, siendo que la mayoría de las clínicas y/o centros especializados que desarrollan el procedimiento llevan entre 1 y 5 años de funcionamiento, pues los resultados arrojados en los cuadros anteriores evidencian que pueden generarse problemas de índole jurídico, especialmente cuando en nuestro país se carece de una regulación especial al respecto.

Respecto de la pregunta, sobre **si los futuros padres que acceden a las TRA firman algún tipo de consentimiento para la intervención** se manifestó:

Los futuros padres que accederán a las TRA ¿firman algún consentimiento para la realización de las TRA?		
Parámetro	Valor numérico	Valor Porcentual

Si, firman el consentimiento informado; y no se requiere ninguna firma que no sea para documentos de tipo contractual	25	100%
Si, se firma un consentimiento para ser padres	0	0%
Total	25	100%



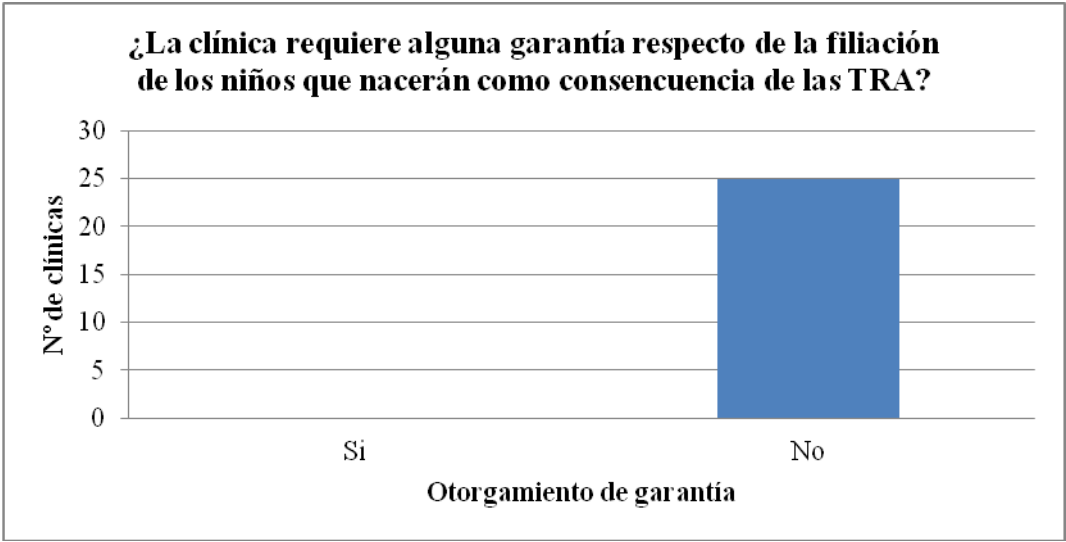
**Interpretación:** Frente a la pregunta formulada, el 100% de los encuestados señaló que en efecto los padres firman el consentimiento informado, especialmente la madre pues es ésta quien recibe la mayor intervención en su cuerpo por lo que - acogiéndose a la ley de salud- es necesario contar con autorización expresa para proceder al ejecutar la TRA. Además de ello, señalaron que no se requiere ninguna firma adicional, salvo que sea para documentos de tipo contractual relacionados con el desarrollo del procedimiento.

Esta pregunta fue formulada con la finalidad de conocer si alguna de las clínicas y/o centros especializados brindaba alguna protección especial respecto de la filiación de los menores que nacen como resultado de estas técnicas, tal como sucede en España donde legalmente se exige que los padres, además del consentimiento informado que exige la ley, deben firmar un consentimiento para la realización de este tipo de técnicas, de forma especial cuando se trata de técnicas heterólogas en las que se recurre a un banco de gametos para poder realizar el proceso. Esto que ya se encuentra regulado y que además ha entrado en vigencia desde hace varios años ha generado que actualmente los doctrinarios discutan sobre la **voluntad procreacional** como nueva categoría de filiación derivada de

las Técnicas de Reproducción Asistida (TRA), manifestándose un importante grupo mayoritario a favor de esta forma de regulación.

A la pregunta, **si la clínica requiere alguna garantía respecto de la filiación de los niños que nacerán como consecuencia de las TRA**, se señaló:

¿La clínica requiere alguna garantía respecto de la filiación de los niños que nacerán como consecuencia de las TRA?		
Parámetro	Valor numérico	Valor Porcentual
Si	0	0%
No	25	100%
Total	25	100%



**Interpretación:** A diferencia de lo señalando en la interpretación del cuadro anterior, en nuestro país ninguna de las clínicas ofrece garantías respecto de la filiación de los niños que nacerán como consecuencia de las TRA, que a pesar de ser una parte importante del concepto general del "interés superior del niño" ha sido relativizada poniendo por encima de cualquiera de sus componentes otros intereses.

**2.4. La importancia y el rol del médico tratante de las Técnicas de Reproducción Asistida (TRA) en defensa de los derechos de los niños nacidos como consecuencia de las TRA.**

**2.4.1. Metodología**

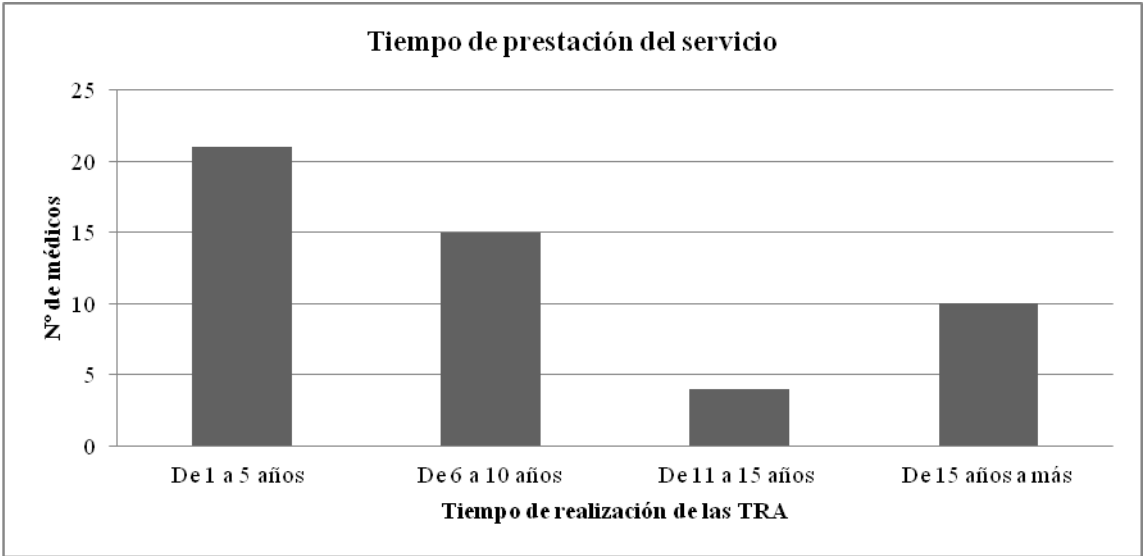
Se seleccionó una muestra de 50 médicos que realizan estas TRA, a quienes se les aplicó una encuesta/entrevista; además de una ficha de observación. Para el desarrollo de este apartado se incluyeron médicos que sin pertenecer o estar afiliados a una clínica y/o centro especializado realiza estas técnicas.

**2.4.2. Resultados y análisis**

Los resultados fueron los siguientes:

A la pregunta sobre **el tiempo de prestación de los servicios en la realización de este tipo de técnicas**, se manifestó:

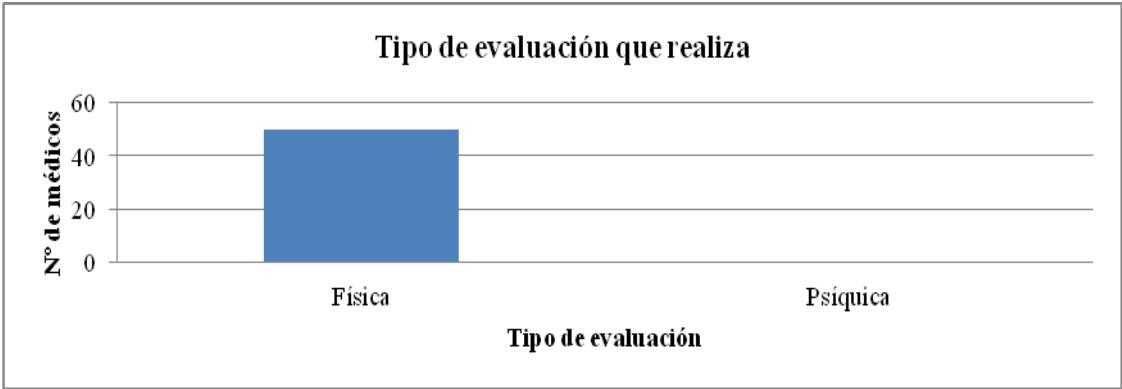
Tiempo de prestación del servicio		
Parámetro	Valor numérico	Valor Porcentual
De 1 a 5 años	21	42%
De 6 a 10 años	15	30%
De 11 a 15 años	4	8%
De 15 años a más	10	20%
Total	50	100%



**Interpretación:** De total de médicos encuestados, el 42% realiza esta técnica desde hace un periodo de tiempo comprendido entre 1 y 5 años; el 30% viene realizando esta práctica desde hace un periodo de 6 a 10 años; el 8% realiza esta práctica por un periodo de 11 a 15 años; y el 20% tiene más de quince años desarrollando este tipo de procedimientos.

Respecto de la pregunta sobre **el tipo de evaluación que realiza** se respondió:

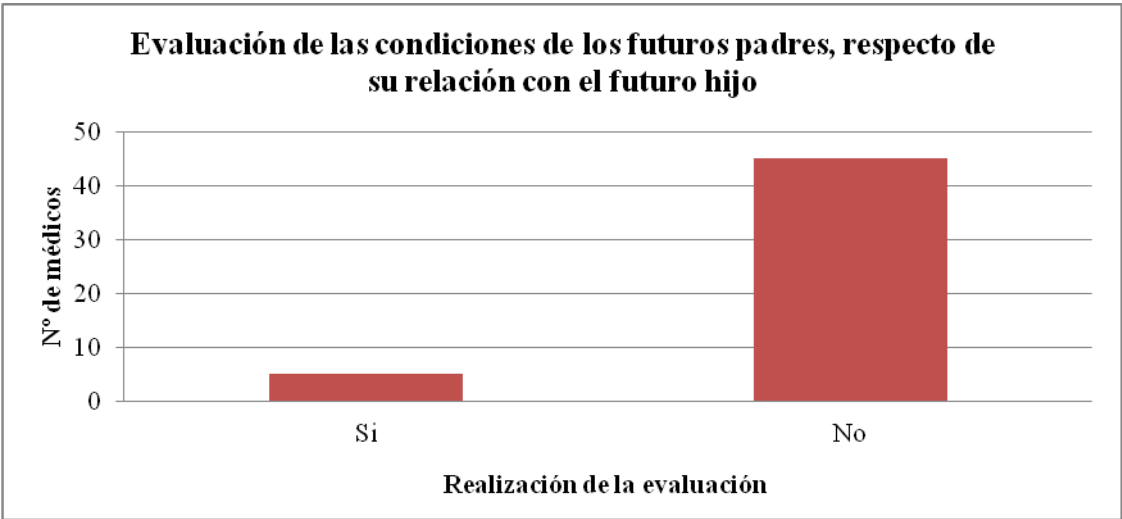
¿Qué tipo de evaluación que realiza?		
Parámetro	Valor numérico	Valor Porcentual
Física	50	100%
Psíquica	0	0%
Total	50	100%



A esta pregunta, el 100% de los encuestados contestaron que realizan evaluaciones físicas. Ninguno manifestó hacer evaluaciones psicológicas afirmando, en todo momento, que las evaluaciones de este tipo corresponden a otra especialidad y debe ser realizada por la persona competente.

Respecto de la pregunta, **si se realiza alguna evaluación sobre las condiciones de los futuros padres, respecto de la relación con el hijo**, contestaron:

¿Ud. evalúa las condiciones de los futuros padres, respecto de su relación con el futuro hijo?		
Parámetro	Valor numérico	Valor Porcentual
Si	5	10%
No	45	90%
Total	50	100%



**Interpretación:** A pesar que en la pregunta descrita en los párrafos anteriores y que está relacionada al tipo de evaluaciones que se realiza a los futuros padres, la totalidad de los entrevistados manifestó que sólo se efectúan evaluaciones físicas, en esta pregunta un pequeño porcentaje equivalente al 10% señaló que sí se preocupa por este aspecto sosteniendo que durante el inicio de los procedimientos realiza preguntas generales, aunque los resultados y/o respuestas no son documentados

Respecto de la pregunta **qué es lo más importante durante el desarrollo de una TRA**, se contestó:

¿Para Ud. como médico, qué es lo más importante durante el desarrollo de una TRA?		
Parámetro	Valor numérico	Valor Porcentual
Que el bebé tenga una vida saludable	3	6%
Que las personas se conviertan en padres	47	94%
Que los derechos de los futuros hijos estén garantizados	0	0%
Total	50	100%

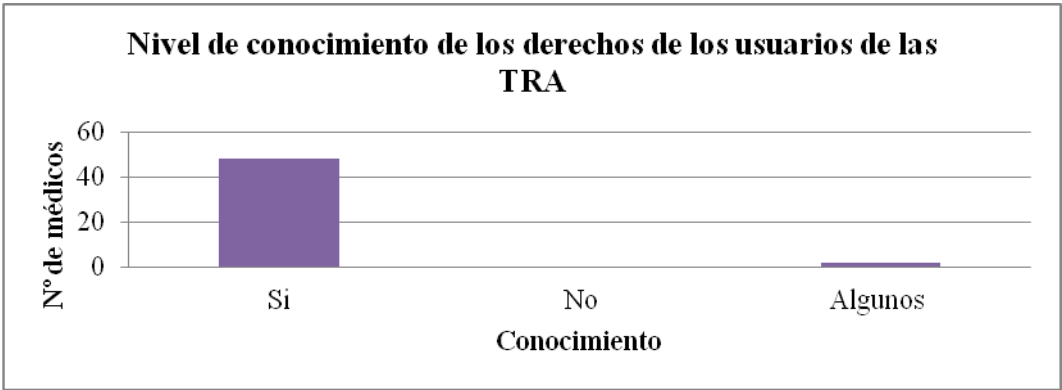


**Interpretación:** El 94%, con una respuesta muy similar a la que se obtuvo de los representantes de las clínicas y/o centros especializados, manifestó que lo más importante de este tipo de procedimientos radica en que las personas se conviertan en padres. Un reducido 6% sostuvo que también era importante que el bebé tenga una vida saludable, frente a un 0% que manifestaron interés por los derechos de los futuros bebés.

Respecto de la pregunta, sobre **el nivel de conocimiento de los derechos de los usuarios de las TRA**, se respondió:

¿Conoce los derechos de los usuarios de las TRA?

Parámetro	Valor numérico	Valor Porcentual
Si	48	96%
No	0	0%
Algunos	2	4%
Total	50	100%



**Interpretación:** Un alto porcentaje, en mayoría, sostuvo que tiene conocimiento de los derechos de los usuarios que acceden al uso de las TRA, frente a un grupo minoritario conformado por el 4% que manifestaron conocer solo algunos derechos de dichos usuarios. En el instrumento de investigación utilizados debe entenderse como usuarios a las madres y/o padres que contratan el servicio.

Respecto de la pregunta, **si se conoce los derechos de los niños que nacerán como consecuencia de las TRA**, se manifestó:

¿Conoce los derechos de los niños que nacerán como consecuencia de las TRA?		
Parámetro	Valor numérico	Valor Porcentual
Si	33	66%
No	0	0%
Algunos	17	34%
Total	50	100%





**Interpretación:** En orientación similar a la pregunta anterior se preguntó a los especialistas sobre su conocimiento relacionado con los derechos de los niños que nacerán como consecuencias de las TRA, obteniendo como resultado que el 66% afirma conocer dichos derechos, frente a un 34% que sostuvo que conoce solo algunos de los referidos derechos. El 0% desconoce estos derechos. Dicha pregunta resulta importante porque a pesar que quienes realizan este tipo de procedimientos conocen y reconocer los derechos más esenciales de los menores en la práctica se evidencia su desprotección.

Respecto de la pregunta, **si reconoce que el derecho a la vida es el derecho más importante de cualquier ser humano**, se contestó:

¿Reconoce que el derecho a la vida es el derecho más importante de cualquier ser humano?		
Parámetro	Valor numérico	Valor Porcentual
Si	50	100%
No	0	0%
Total	50	100%



**Interpretación:** Esta pregunta confirma las afirmaciones realizadas en la interpretación del gráfico precedente pues el 100% de los médicos entrevistados manifestaron que reconocen que el derecho a la vida es el derecho más importante de cualquier ser humano; sin embargo, cuando se trata de proteger el mismo derecho en los menores que son concebidos como consecuencia de las TRA dicho reconocimiento queda relegado a niveles mínimos de protección.

**2.5. El rol y la importancia de los padres que han concebido o que están intentando concebir hijos mediante el uso de las TRA.**

**2.5.1. Metodología**

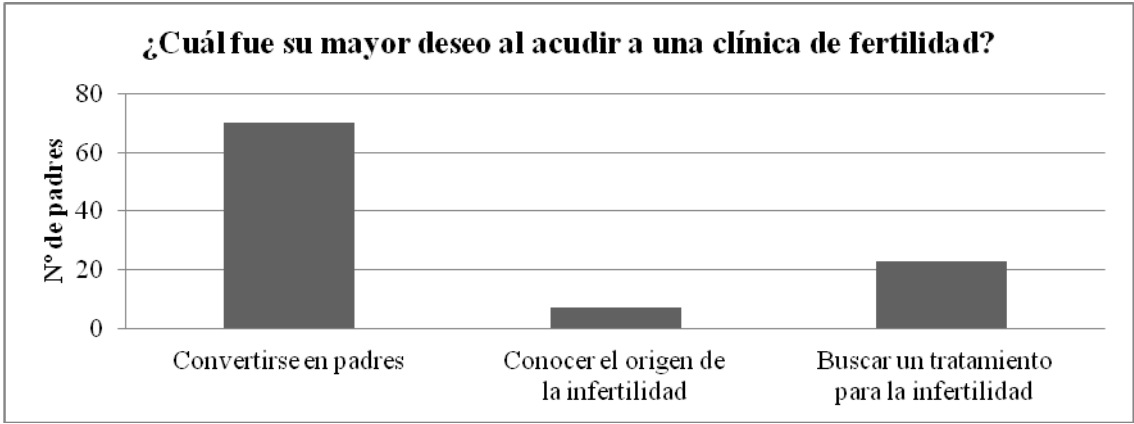
Se seleccionó una muestra de 100 padres que han concebido o que están intentando concebir hijos mediante el uso de las TRA, a quienes se les aplicó una encuesta/entrevista.

**2.5.2. Resultados y análisis**

Los resultados fueron los siguientes:

A la pregunta, cuál fue su mayor deseo al acudir a una clínica de fertilidad, los encuestados contestaron lo siguiente:

¿Cuál fue su mayor deseo al acudir a una clínica de fertilidad?		
Parámetro	Valor numérico	Valor Porcentual
Convertirse en padres	70	70%
Conocer el origen de la infertilidad	7	7%
Buscar un tratamiento para la infertilidad	23	23%
Total	100	100%

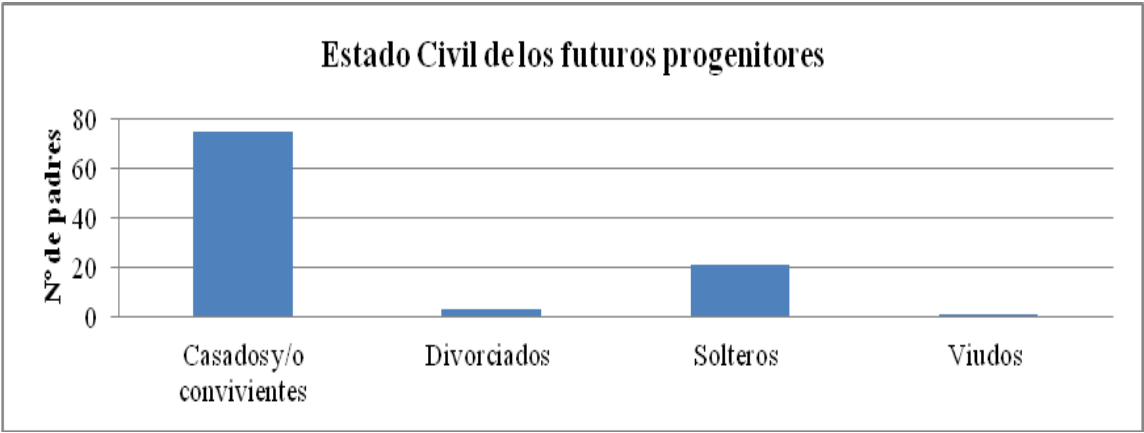


**Interpretación:** Del total de los encuestados, el 70% manifestó que el mayor de sus deseos al buscar una clínica de fertilidad era convertirse en padres, el 7% sostuvo como uno de los motivos principales conocer el origen de la infertilidad, y el 23% manifestó que su principal motivación fue buscar un tratamiento para la infertilidad. Estos resultados son especialmente importantes, porque las TRA originalmente nacen como un remedio para infertilidad, mas no como un mecanismo para hacer realidad el deseo de muchas personas que bajo cualquier circunstancia desean convertirse en padres.

En ese sentido es especialmente interesante considerar que las TRA son jurídica y moralmente válidas cuando actúan como una respuesta a quienes padeciendo clínicamente una patología, acuden a este tipo de tratamientos. Sin embargo, el avance de las ciencia y la tecnología, y muy especialmente los avances de la genética han hecho que los valores fundamentales de cualquier estado social y democrático de derecho que defienden la vida humana desde la concepción queden subordinados a otros intereses cuando se trata de la aplicación de las TRA.

Respecto de la pregunta sobre el estado civil de los padres que han concebido o que están intentando concebir hijos mediante el uso de las TRA se manifestó:

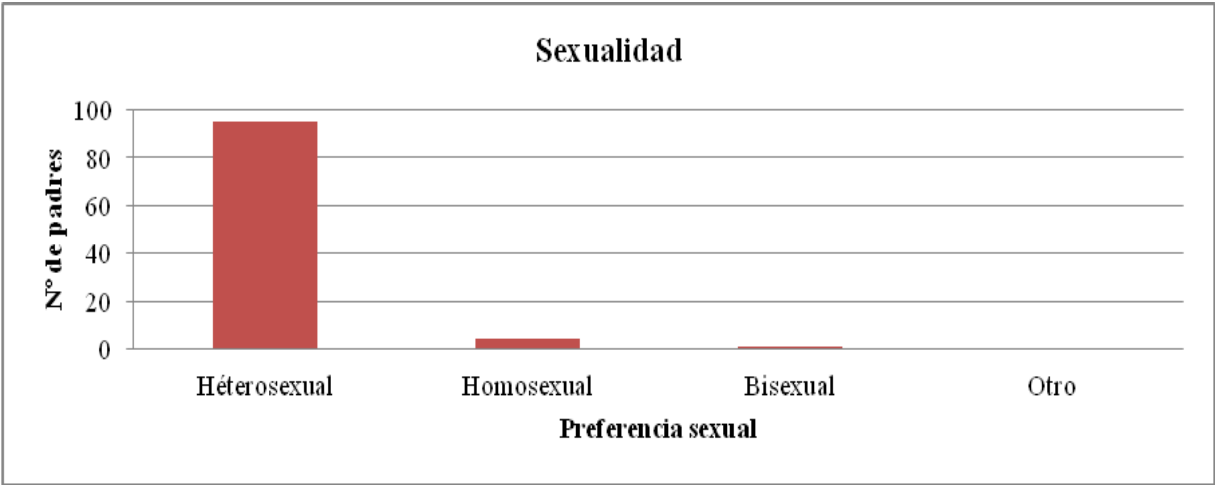
Estado Civil		
Parámetro	Valor numérico	Valor Porcentual
Casados y/o convivientes	75	75%
Divorciados	3	3%
Solteros	21	21%
Viudos	1	1%
Total	100	100%



**Interpretación:** Ante la formulación de esta pregunta, el 75% manifestaron estar casados o ser convivientes, el 3% ostentaban como estado civil la condición de divorciados, el 21% eran padres solteros sin pareja actual pero con el anhelo de ser padres, y el 1% eran viudos. En este último caso, se estaba aplicando una TRA homóloga pues el padre logró congelar sus gametos para cuando se decidieran convertirse en progenitores. En el momento de la aplicación de la técnica, esta última pareja estaba a la espera de mellizos.

Respecto de la pregunta sobre la sexualidad de los progenitores, los resultados obtenidos fueron los siguientes:

Sexualidad		
Parámetro	Valor numérico	Valor Porcentual
Heterosexual	95	95%
Homosexual	4	4%
Bisexual	1	1%
Otro	0	0%
Total	100	100%

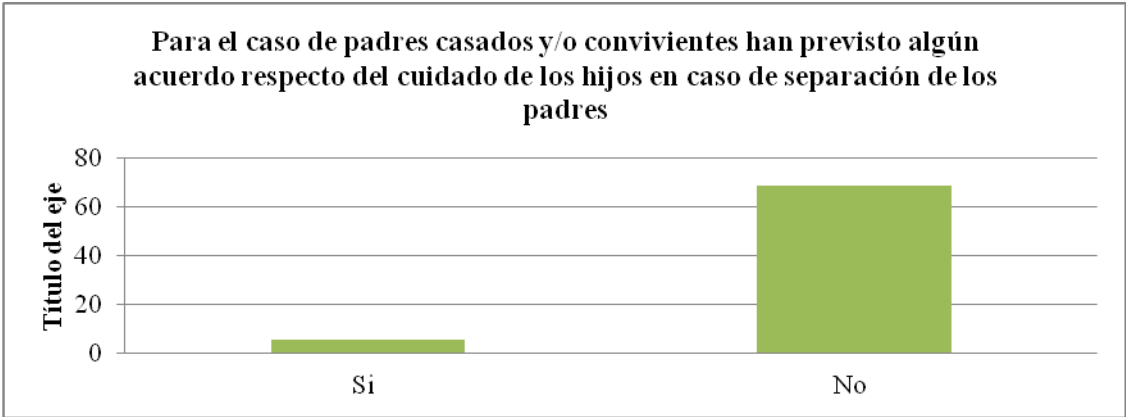


**Interpretación:** Del total de entrevistados, el 95% eran personas heterosexuales, un 4% eran personas homosexuales. Se resalta que esto último se refiere a mujeres lesbianas que desean concebir un hijo. Todo ello frente a un 1% que se manifestó como bisexual.

En estos resultados, llaman especialmente la atención el hecho de que parejas homosexuales puedan acudir a utilizar este tipo de técnicas, considerando que en nuestro país, la adopción de niños por parte de este tipo de parejas se encuentra prohibida. Sin embargo, los resultados evidencian, una vez más, que cuando se trata de las TRA, existe una clara subordinación de los derechos e intereses de los menores concebidos frente a los derechos e intereses de quienes desean convertirse en padres.

Para el grupo de padres casados y/o convivientes se formuló una pregunta respecto de la existencia de algún acuerdo respecto del cuidado de los hijos en caso de separación de los padres, y se manifestó lo siguiente:

Para el caso de padres casados y/o convivientes se ha previsto algún acuerdo respecto del cuidado de los hijos en caso de separación de los padres		
Parámetro	Valor numérico	Valor Porcentual
Si	6	8%
No	69	92%
Total	75	100%



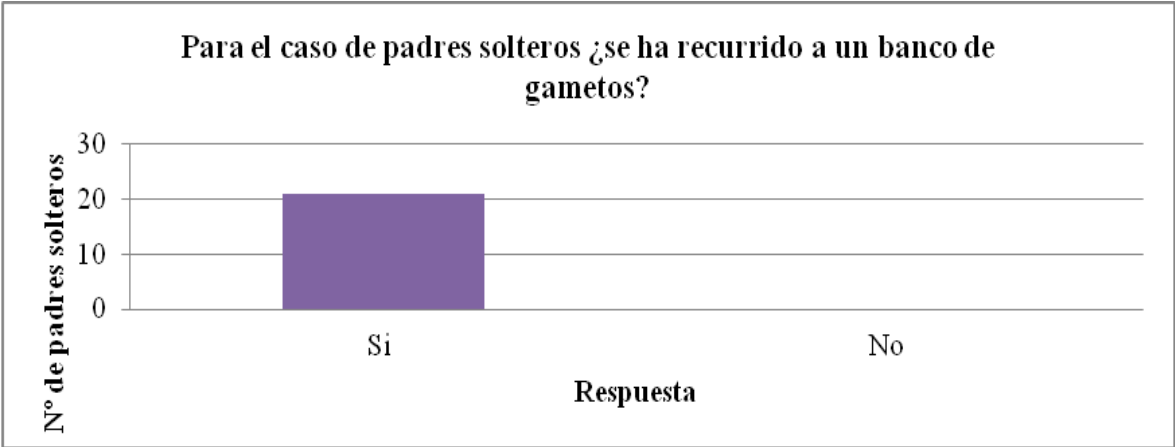
**Interpretación:** En este caso la pregunta fue aplicada para un total de 75 personas que en el porcentaje equivaldría al 100%. De este total el 8% manifestó que sí se ha previsto dicha situación, explicando que en caso de separación y/o divorcio se aplicará el régimen general de las leyes vigentes para los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio, es decir se aplicará la legislación civil. Por el contrario, el 92% señaló que no ha previsto nada al respecto.

En el caso de la legislación española, esta situación se ha resuelto en ley de TRA en la que señala los regímenes y responsabilidades que asumen los progenitores que tienen hijos bajo estos procedimientos.

Para el grupo de padres solteros, se preguntó sobre la posibilidad de recurrir al banco de gametos, manifestándose lo siguiente:

Para el caso de padres solteros ¿se ha recurrido a un banco de gametos?		
Parámetro	Valor	Valor

	numérico	Porcentual
Si	21	100%
No	0	0%
Total	21	100%



**Interpretación:** En esta pregunta, aplicada a quienes desean ser padres pero que están solteros. Del total de la muestra 21 personas se encontraban en esta condición. De este grupo el 100% manifestó que si recurriría a un banco de gametos para lograr su paternidad. En este caso se trataría de la aplicación de TRA heterólogas, que son las que mayores cuestionamientos presentan.

Cabe resaltar que en este caso no se incluyó a las personas casadas que debido a la naturaleza de su infertilidad tienen que recurrir a un banco de gametos, toda vez que su vínculo conyugal soluciona los problemas que puedan presentarse con la filiación del menor.

Para este mismo grupo, se formuló como última pregunta si se había resuelto el tema de la filiación del menor concebido obteniéndose las siguientes respuestas:

¿Tienen resuelto el tema de la filiación del menor que ha nacido de un banco de gametos?		
Parámetro	Valor	Valor

	numérico	Porcentual
Si, llevará los dos apellidos del padre y/o madre	21	100%
No	0	0%
Total	21	100%



**Interpretación:** Según lo manifestado por los encuestados, el 100% señaló que la solución respecto de la filiación del menor concebido a través de las TRA, cuando se trata de padres solteros es que el niño lleve los dos apellidos del padre y/o madre. En ningún caso se puso de manifiesto la existencia de algún tipo de conflicto.

**3. Discusión y consideraciones finales**

**3.1. Mecanismos para garantizar la vigencia efectiva del interés superior del niño en la aplicación de las Técnicas de Reproducción Asistida (TRA).**

Con el transcurrir de los años, el hombre se ha ido alejando cada vez más de las leyes naturales, y conducido por sus deseos materiales que le hacen creer sólo en aquello que ve y por su ser egoísta que lo lleva a actuar de acuerdo a su conveniencia, se ha vuelto prisionero de una ambición inmedible.



Los avances científicos se han desplegado a lo largo de las últimas décadas y han logrado impactar de manera tal, que su desarrollo se ha convertido en una forma fácil de aparente ‘calidad de vida’.

Hoy existe un sin número de formas de generación de vida en laboratorios, y esto se ha vuelto hoy un tema de trascendental importancia. Diferentes mesas de debate han surgido a lo largo y ancho de los cinco continentes y han puesto de manifiesto que los avances científicos son innegables y definitivamente de gran ayuda para la vida de las personas; sin embargo, cuando se trata de avances científicos que tienen por objeto ‘la vida del ser humano’ la situación merece particular atención. Es claro que la ciencia es la que debe estar al servicio del ser humano y no el ser humano al servicio de la ciencia, no se trata de simples instrumentos de uso o algún material de laboratorio, sino que se trata de *vidas humanas*.

En octubre de 2005, la Conferencia General de la UNESCO aprobó por aclamación la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos. Por primera vez en la historia de la bioética, los Estados Miembros se comprometían, y comprometían con ello a la comunidad internacional, a respetar y aplicar los principios fundamentales de la bioética reunidos en un único texto.

Al abordar los problemas éticos que plantean la medicina, las ciencias de la vida y las tecnologías conexas en sus vertientes relacionadas con el ser humano, la Declaración, como se infiere del propio título, fundamenta los principios en ella consagrados en las normas que rigen el respeto de la dignidad de la persona, los derechos humanos y las libertades fundamentales.

En ese sentido, recordando la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos aprobada por la Conferencia General de la UNESCO el 11 de noviembre de 1997 y la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos aprobada por la Conferencia General de la UNESCO el 16 de octubre de 2003; y asimismo tomando nota de los instrumentos internacionales y regionales relativos a la bioética, comprendida la Convención para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a la aplicación de la medicina y la biología – Convención sobre los derechos humanos y la biomedicina del Consejo de Europa, aprobada en 1997 y vigente desde 1999, junto con sus

protocolos adicionales, así como las legislaciones y reglamentaciones nacionales en materia de bioética, los códigos de conducta, directrices y otros textos internacionales y regionales sobre bioética<sup>538</sup>, es necesario que nuestro país adopte determinadas medidas para hacer frente a la realidad que es materia de estudio de esta investigación.

Por tanto, reconociendo que las decisiones relativas a las cuestiones éticas relacionadas con la medicina, las ciencias de la vida y las tecnologías conexas pueden tener repercusiones en los individuos y especialmente en las familias, es necesario tomar acciones concretas que permitan plantear soluciones eficientes.

En la investigación médica, es deber del médico proteger la vida, la salud, la intimidad y la dignidad del ser humano. La investigación médica en seres humanos debe conformarse con los principios científicos generalmente aceptados, y debe apoyarse en un profundo conocimiento de la bibliografía científica, en otras fuentes de información pertinentes, así como en experimentos de laboratorio correctamente realizados y en animales, cuando sea oportuno.

Una alternativa importante radica en el derecho positivo, entendido como las leyes que rigen nuestra sociedad en sentido material. Al ser la persona el principal sujeto protegido y tutelado por las leyes, este podría ser un importante camino a seguir al momento de hacer uso de las TRA.

De esta forma, los derechos de las personas, desde el momento de su concepción, momento en el que ya hay vida, estarán integralmente protegidos por las leyes. Según el estudio realizado en nuestro país, el reconocimiento y valía de la vida humana como valor fundamental de un estado social y democrático de derecho se encuentra expresamente reconocido; sin embargo cuando se busca en las leyes especiales no se encuentra regulación que evidencie dicha protección. Así sucede, por ejemplo con las TRA que a pesar de plantear un sin número de debates no cuenta con una ley específica. Sin duda alguna tanto la legislación, como la doctrina deben proteger la vida desde todas perspectivas y de todas formas.

---

<sup>538</sup> Instrumentos como la Declaración de Helsinki de la Asociación Médica Mundial relativa a los trabajos de investigación biomédica con sujetos humanos, aprobada en 1964 y enmendada sucesivamente en 1975, 1983, 1989, 1996 y 2000, y las Guías éticas internacionales para investigación biomédica que involucra a seres humanos del Consejo de Organizaciones Internacionales de Ciencias Médicas, aprobadas en 1982 y enmendadas en 1993 y 2002.

Durante el estudio se evidenciaron dificultades para definir el rol del niño artificialmente concebido como consecuencia de la aplicación de las Técnicas de Reproducción Asistida; por una parte porque constituyen el objetivo perseguido a través de ellas; y por otra porque en muchos casos la situación lleva a pensarlos como un «producto».

Entonces, aun cuando se trata de una parte fundamental dentro del funcionamiento de las TRA y dependen vitalmente de ellas, es necesario partir del presupuesto que su vida es independiente de los procedimientos, en este caso asistidos científicamente, que permitieron su existencia.

El avance científico ha determinado que la vida humana experimente cada vez mayores y radicales cambios. Hoy nos enfrentamos a situaciones cada vez más complicadas y que necesitan mayor atención.

Esta investigación planteó como problema la siguiente pregunta: *¿Cómo garantizar la vigencia del interés superior del niño en la determinación de la filiación de los hijos nacidos como consecuencia de la aplicación de técnicas de reproducción asistida en el Perú?*

El problema de la presente investigación estuvo orientado a determinar que la persona, por su condición de tal posee derechos inherentes a su naturaleza que nadie puede vulnerar; los cuales, en caso de practicarse la clonación en seres humanos se violarían cruelmente.

Que los imparables deseos de investigación y aventura de la mente humana tengan un límite ético y jurídico en el respeto a la persona humana, así como a su individualidad e identidad es uno de los grandes fines perseguidos por el ordenamiento jurídico.

### **3.2. Resultados y validación de hipótesis**

La manipulación de embriones, para fines pro-creativos, de experimentación e investigación, entre otros; así como la clonación de animales no es ya una utopía sino una realidad vivida.

Sin embargo, antes de analizar las interrogantes planteadas al inicio del trabajo, hay que tener presente las siguientes puntualidades que permitirán tener un mejor panorama del asunto:

- Tal como lo reconoce el ordenamiento jurídico peruano, la vida humana empieza con la concepción.
- El concebido es sujeto de derecho.
- Las teorías que explican el inicio de la vida son formulaciones teóricas que han dejado de ser discutidas, para atender a las exigencias normativas que presenta nuestra legislación nacional.
- Dos elementos importantes integran el concepto global «interés superior del niño»: el derecho a la vida y el derecho a la filiación.
- Las normativas especiales reconocen en sus formulaciones doctrinales este derecho aunque en la práctica se carece de un control eficiente.
- La selección de embriones y el descarte y/o eliminación de embriones no viables son formas que atentan contra la vida del concebido.

De acuerdo a las formulaciones del problema descrito y partiendo de los presupuestos planteados, esta investigación trabajó con la siguiente hipótesis: *“La vigencia del interés superior del niño concebido por aplicación de una Técnicas de Reproducción Asistida puede garantizarse mediante instrumentos normativos que reconozcan objetivamente su contenido esencia y a través de órganos de control que desarrollen una actividad permanente de vigilancia y de sanción”*.

En ese sentido, partiendo del uso y aplicación de las TRA y su impacto en la defensa y promoción del interés superior del niño en la determinación de la filiación se procedió a encontrar algunos mecanismos para su garantía.

Se distinguieron varios intereses en juego. Primero, los intereses de las personas que participan en ellas (el interés de la mujer de ser madre y el del hombre de ser padre) y si interviene un tercero ajeno a la pareja (por ejemplo, en el caso de la inseminación heteróloga o de la maternidad subrogada) existirá un nuevo interés en juego y que podrá ser concordante con el de la pareja que desea tener un hijo o, por el contrario, podrá devenir en opuesto si, en definitiva, el tercero deseara que se reconozca su relación biológica con el hijo. De esta forma se puso de manifiesto las numerosas cuestiones jurídicas derivadas de la aplicación de las

Técnicas de Reproducción Humana Asistida, variadas y de sustancial calado, al afectar a temas no sólo íntimos y personales, sino cargados de implicaciones filosóficas.

El objeto de este estudio se centró en la determinación de la filiación de los niños nacidos a través de las TRA, considerando que se trata de un tema crucial para el Derecho, en cuanto dirigido a la identificación de las partes de la relación de filiación, con todos sus efectos jurídicos.

En este sentido, la decisión legislativa resultó la más llamativa, aunque en absoluto la única discutible, ya no sólo desde consideraciones filosóficas, sino de mera técnica jurídica.

En general, para determinar la relación jurídica de filiación y establecer así el conjunto de efectos que comporta (patria potestad, obligaciones de vela y custodia, alimentos, apellidos, derechos sucesorios), el Derecho elige unos concretos hechos y actos a los que atribuye tal función. De ahí su nombre de títulos de determinación de la filiación, en cuanto sirven para establecerla. Estos títulos vienen a responder a la pregunta: «¿quién debe ser el padre/madre de un niño?». Pregunta que incorpora dos premisas obvias: una, la relación biológica de filiación y la jurídica son distintas, por lo que no siempre coinciden; y dos, ante el dato anterior, el Derecho debe decidir cómo articula tal disparidad, si en términos de excepción o de normalidad. En otras palabras el legislador debe decidir entre un sistema jurídico de filiación que tienda a la coincidencia entre la realidad fáctica y la jurídica, y otro que asuma, por razones diversas, la separación entre ambas. En esta elección, lógicamente, el legislador no tiene una plena libertad de configuración normativa, sino que se encuentra limitado por las previsiones constitucionales al efecto.

Hoy, sintetizar datos e hipótesis científicas, pensamientos filosóficos e instancias de las ciencias humanas, se ha convertido en una urgente necesidad para afrontar los graves problemas éticos, jurídicos y sociales sobrellevados por las intervenciones del hombre en muchos aspectos y fases de la vida.

No se trata sólo de una visión de lúcidos conocimientos biológicos, sino también de cuestiones éticas que coloquen muy por encima de cualquier situación el respeto por la vida humana; y además de cuestiones jurídicas, que puedan regular de forma suficiente los aspectos relacionados al tema en cuestión.

La problemática que subyace en torno a la manipulación genética del hombre y su protección, reclama un análisis que permita valorar este avance científico desde los diferentes enfoques que se puedan abordar.

Dado el tipo de investigación, el presente estudio optó por desarrollar el Diseño de contrastación de Hipótesis presentado por GOODE y HATO en su obra *Método de Investigación Social*, denominado “*Diseño de una sola casilla*”; en la cual se usa un sólo grupo de carácter “experimental”.

En este diseño el investigador observa y describe el comportamiento del grupo para luego informar. Se ha optado por este diseño, por ser el más apropiado para los problemas de cuya naturaleza es identificar el problema, describirlo y plantear la solución. Esto es cuando se trata de estudios de tipo descriptivos. Los resultados obtenidos en esta investigación serán válidos para formular nuevos planteamientos y a partir de ellos, nuevos problemas de tipo explicativo.

Con ello, en la presente investigación se identificó y describió las realidades que muestran las TRA, constituyéndose como un grupo experimental, en la cual se analizó la relevancia que cada técnica le asignó a la filiación de los menores, a los derechos fundamentales y las libertades que de ella emanan. Estas últimas variables no están bajo control del investigador, por lo que sólo se describió la relevancia de dicho concepto en la técnica aplicada y cuando fuera posible estadísticamente se caracterizó las variables en estudio.

## CONCLUSIONES

Luego de realizada la investigación que incluye el análisis de fuentes (primarias y secundarias) así como el trabajo de campo efectuado y la sistematización de la información obtenida, se han llegado a la siguiente conclusión principal:

1. La vigencia del interés superior del niño concebido por aplicación de Técnicas de Reproducción Asistida puede garantizarse mediante instrumentos normativos que reconozcan objetivamente su contenido esencia y a través de órganos de control que desarrollen una actividad permanente de vigilancia y de sanción. En ese sentido resulta de vital importancia que se adopte un rol protagónico en la supervisión de las clínicas que prestan este servicio a fin de impedir que se generen abusos en prácticas como ésta. Sobre todo, para que los derechos de los nacidos bajo la ejecución de estas técnicas sean efectivamente tutelados.

Asimismo, de acuerdo a los objetivos específicos trazados, esta investigación ha llegado a las siguientes conclusiones:

### **Sobre el objetivo específico 1 relacionado con la descripción del significado del “interés superior del niño” y sus componentes:**

1. El **interés superior del niño** implica el deber de proteger y privilegiar los derechos de los niños y debe ser absoluto, esto es, debe prevalecer sobre todos los demás derechos. El interés superior del niño no es lo que le conviene al niño, lo que el juez cree que es lo mejor para él, sino que se trata de la protección de su interés primordial lo cual significa simplemente decidir sobre los derechos humanos de los niños.
2. Uno de los principales componentes de lo que significa el “interés superior del niño” es el derecho a la vida. El ordenamiento jurídico peruano reconoce que la vida se inicia con la concepción, otorgándole al concebido la cualidad de sujeto de derecho en todo cuanto le favorece. Independientemente de las teorías que cuestionan el inicio de la vida humana, las leyes especiales peruanas que abordan esta situación reconocen que la vida se inicia con la unión del óvulo con el espermatozoide por lo cual la garantía de defensa y protección debe efectuarse desde este momento.

3. Otro elemento que integra, y que es parte importante del concepto “interés superior del niño” es la filiación, entendida como la relación de parentesco más importante que se da de hijo hacia sus padres. En estos términos, la filiación es aquella institución jurídica que une a una persona con todos sus ascendientes y descendientes y, en sentido estricto, es la que vincula a los hijos con sus padres y establece una relación de sangre y de derecho entre ambos. En tal sentido, la filiación se convierte en la *condictio sine qua non* para conocer la situación en que se encuentra una persona como hijo de otra.

**Sobre el objetivo específico 2 relacionado con la descripción y generación de conocimiento sobre las TRA:**

4. Las Técnicas de Reproducción Asistida son métodos científicos que permiten suplir la esterilidad y/o infertilidad de las personas. Este conjunto de técnicas implica la realización de tratamientos médicos o quirúrgicos destinados a conseguir un embarazo en los casos en los que por vía natural no es posible. Las TRA fueron pensadas para satisfacer la existencia de un aparente “derecho a la procreación”, pero nunca deben ser entendidas como una facultad individual de procrear con quien quiera, cuando quiera y como quiera. Los límites de dicha facultad y/o derecho deben ser impuestos por ley, al amparo de lo que regulan los Tratados internacionales, la Constitución Política vigente y las normas especiales como son el Código Civil y el Código del niño y del adolescente. Por ende, toda reflexión que se realiza en atención a las TRA debe hacerse a la luz de un determinado sistema de referencia (derecho, moral y ética), y por ello las críticas deben realizarse desde las características propias de la sexualidad humana y su relación con la procreación; y desde el estatuto ontológico del embrión humano.
5. En un sistema proteccionista del derecho a la vida, la legitimidad de las TRA debe contener algunos límites a su aplicación, que busque en lo posible el mayor respeto a la dignidad de la persona (madre e hijo). Cabe aclarar que no se trata de impedir el desarrollo científico, sino de reflexionar sobre el asunto y darnos cuenta que es mejor ponerle límites cuando se está en riesgo conceptos tan delicados que tienen repercusión no sólo científica, sino también social, moral, ético y legal. Estos límites son: el respeto de la dignidad de la persona, tanto del concebido como de la madre y el respeto por el cuerpo de la mujer evitando ser utilizado como instrumento para la medicina.



Estas directrices son complementarias con la idea de que ninguna persona puede ser un medio sino siempre un fin, dejando de lado el mal entendido del derecho al hijo.

**Sobre el objetivo específico 3 relacionado con la determinación del menoscabo que existe en los derechos de filiación de los niños concebidos bajo este tipo de técnicas:**

6. Hoy existe un sin número de formas de generación de vida en laboratorios, y esto se ha vuelto hoy un tema de trascendental importancia. Diferentes mesas de debate han surgido a lo largo y ancho de los cinco continentes y han puesto de manifiesto que los avances científicos son innegables y definitivamente de gran ayuda para la vida de las personas; sin embargo, cuando se trata de avances científicos que tienen por objeto ‘la vida del ser humano’ la situación merece particular atención. Es claro que la ciencia es la que debe estar al servicio del ser humano y no el ser humano al servicio de la ciencia, no se trata de simples instrumentos de uso o algún material de laboratorio, sino que se trata de vidas humanas. En la investigación médica, es deber del médico proteger la vida, la salud, la intimidad y la dignidad del ser humano. La investigación médica en seres humanos debe conformarse con los principios científicos generalmente aceptados, y debe apoyarse en un profundo conocimiento de la bibliografía científica, en otras fuentes de información pertinentes, así como en experimentos de laboratorio correctamente realizados y en animales, cuando sea oportuno. Por tanto, resulta necesario implementar mecanismos de protección jurídica que garanticen los elementos esenciales del interés superior del niño, como son el derecho a la vida - protegida desde el inicio de la concepción- y el derecho de filiación. De esta forma, los derechos de las personas, desde el momento de su concepción, momento en el que ya hay vida, estarán integralmente protegidos por las leyes. Según el estudio realizado en nuestro país, el reconocimiento y valía de la vida humana como valor fundamental de un estado social y democrático de derecho se encuentra expresamente reconocido; sin embargo, cuando se busca en las leyes especiales no se encuentra regulación que evidencie dicha protección. Así sucede, por ejemplo, con las TRA que a pesar de plantear un sin número de debates no cuenta con una ley específica. Sin duda alguna tanto la legislación, como la doctrina deben proteger la vida desde todas perspectivas y, de todas formas.
7. No obstante, los numerosos cambios provocados por las TRA para la determinación de la filiación de las personas nacidas por el empleo de estas técnicas, posiblemente es al

mismo tiempo la cuestión más importante que plantea su utilización y en la que las normas hasta ahora vigentes se muestran más insuficientes. Las TRA han introducido cambios sustanciales que inciden directamente sobre el sentido de la regulación de la filiación actualmente vigente. La relación jurídica derivada de las TRA no es la filiación que hasta ahora se conocía ni la paternidad/maternidad predicable son las que el Derecho occidental de Roma hacia acá, y la cultura universal, habían elaborado. Por lo tanto, es necesario conceptualizar *ex novo* el orden familiar establecido.

8. Hoy gracias a los avances en materia de reproducción asistida, tanto la maternidad como la paternidad dejan de considerarse como una relación de filiación basada en un puro reduccionismo genetista y/o biológico; sino que por el contrario (aunque no siempre) se impone el establecimiento de una realidad no genética sino socio-afectiva. Esto implica reconocer que la calidad de progenitores no es la misma que la realidad de padres.
9. No existe confrontación entre los derechos de los progenitores y los derechos de los menores. Hay que tener claro que los derechos jamás entrarán en conflicto, siendo que lo único que entra en conflicto son los intereses de los individuos. Los derechos buscan una compatibilidad armónica que rige entre unos y otros derechos. Sin embargo, de existir este conflicto entre los derechos del progenitor y los derechos de los menores nacidos por aplicación de estas técnicas, el Estado debe proteger los derechos de los menores y favorezca la vida y filiación de los niños en cualquiera de las situaciones.

**Sobre el objetivo específico 4 relacionado con la propuesta de alternativas de solución para garantizar la protección del menor nacido por aplicación de las TRA:**

10. Para garantizar la filiación de los niños concebidos y nacidos bajo la aplicación de las TRA, resulta de vital importancia el consentimiento de los padres, especialmente cuando se trata de una TRA heteróloga. Aunque es claro que las relaciones matrimoniales y las relaciones no matrimoniales son radicalmente diferentes, cabe regular la formalidad del consentimiento, toda vez que aquello puede proteger la filiación respecto del menor. En el caso de la mujer, se presta un consentimiento doble. Por un lado, consiente que se apliquen este tipo de técnicas para que pueda concebir, con todos los riesgos clínicos que de ello se derivan; y, por otro lado, consiente que, en caso de producirse un nacimiento, ella será la madre y se hará responsable de todas las consecuencias jurídicas que de dicho nacimiento se derivan.

El consentimiento que se presta debe ser acto personalísimo y no cabe la posibilidad que éste pueda prestarse a través de representante, ni tampoco que pueda ser suplido mediante autorización judicial. En este sentido, no es jurídicamente factible que la voluntad del cónyuge o varón, aunque exista un proceso de incapacitación de por medio, pueda ser suplida mediante autorización judicial puesto que el acto de consentir la aplicación de técnicas de reproducción asistida, sólo puede ser tomada en virtud del personal consentimiento o actuación del afectado, y nunca en vía sustitutoria. Otra de las características de este consentimiento es que sea una manifestación de voluntad libre lo cual implica que un consentimiento generado con violencia, error o intimidación del sujeto quedaría invalidado, e invalidaría por tanto la filiación que de éste resultase. Por último, se señala que el consentimiento debe ser formal, pero al no indicarse la forma expresa que se debe adoptar, podrían admitirse que el consentimiento se formalice mediante un documento privado, o un documento público. Esta última sería la forma más idónea, pero que además debería ser exigida en la misma norma. Otra posibilidad igualmente admitida y que además otorga un poco más de flexibilidad a los sujetos es que se exija documento de fecha cierta, bajo sanción de nulidad.

11. Resulta de vital importancia que se adopte un rol protagónico en la supervisión de las clínicas que prestan este servicio a fin de impedir que se generen abusos en prácticas como ésta. Sobre todo, para que los derechos de los nacidos bajo la ejecución de estas técnicas sean efectivamente tutelados.
12. Las clínicas y centros de salud autorizados para la práctica de este tipo de técnicas deben contar con un equipo multidisciplinario conformado no sólo por personal de la salud, sino también por personas vinculadas al mundo de lo jurídico a fin que puedan brindar toda la asesoría que sea necesaria. En este ámbito cobra especial relevancia la participación de un psicólogo quien sin necesidad de vulnerar el derecho de la intimidad de la pareja que pretende concebir puede orientarlos respecto de cómo afrontar mejor este tipo de decisiones. Si bien las clínicas que realizan la práctica de este tipo de técnicas son empresas cuyo fin lucrativo es uno de sus fines esenciales, sería de vital importancia que dichas clínicas recuerden que tienen una responsabilidad frente a la sociedad, por lo que deben contribuir con el cuidado de ésta. Por ejemplo, una práctica de responsabilidad social podría ser la implementación de mecanismos de información para aquellos interesados en hacerse de estas prácticas, orientándolos de

manera tal que se les permita tomar la mejor decisión, protegiendo no únicamente los intereses personales, sino los intereses de quien está por nacer.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, Manuel. *Manual de Derecho de Familia y Sucesiones*. Barcelona, Bosch, 1974
- ANDORNO, Roberto; *Bioética y dignidad de la persona*, Editorial Tecnos, Madrid, 1998
- APARISI MIRALLES Ángela “*Genoma Humano, dignidad y Derecho*” Conferencia impartida en el Seminario «Nuevas fronteras de los derechos humanos», celebrado en la Universidad Internacional Menéndez Pelayo, Santander, 9-13 de julio de 2001.
- ALSTON, PH., BRIDGET GILMOUR-WALSH. *El Interés Superior del Niño: Hacia una Síntesis de los derechos del niño y de los valores culturales*. Unicef, Argentina, 1996.
- ALKORTA IDIAZKEZ, I. “Nuevos límites del derecho de procrear”. En *Derecho Privado y constitución*, Núm. 20, Madrid, 2006.
- ALKORTA IDIAKEZ, I. *Regulación jurídica de la medicina reproductiva. Derecho español y comparado*. Editorial Thomson Aranzadi, Navarra, 2003.
- ÁLVAREZ, JUAN G.; DÍEZ SOTO, CARLOS MANUEL. “Artículo 5. Donantes y contratos de donación”. En *Comentarios científico-jurídicos a Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*. Editorial Dykinson, Madrid, 2007.
- ÁLVAREZ, José de Jesús. “El examen de los grupos sanguíneos como medio de prueba jurídica (Tesis doctoral de la Universidad Autónoma de Santo Domingo)” en *Revista de Derecho y ciencias políticas*. Editorial NQ 9, Trujillo, 1968.
- ALVAREZ- VÉZLEZ, M.I. *La Protección de los Derechos del Niño. En el marco de las Naciones Unidas y en el Derecho Constitucional Español*. Editorial de la Facultad de Derecho-ICADE de la Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1994.
- AMARAL E. SILVA, Antonio; “De la situación irregular a la protección integral: La nueva justificación de los Niños y Adolescentes” en *Materiales de lectura del Seminario: Taller Internacional "El principio del Interés superior del Niño en la Doctrina de las Naciones Unidas de Protección a la infancia"*, Consejo de Coordinación Judicial - Unicef, Lima, 1997.

- APARISI MIRALLES, A. “El permisivismo ante la FIV: a) la visión angloamericana”. En *La humanidad in vitro*. Editorial Comares, Granada, 2002.
- ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, ARIAS-SCHREIBER MONTERO, Ángela y PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. Tomo VII, Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 1997.
- ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max; ARIAS-SCHREIBER MONTERO, Ángela y VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. Tomo VIII. Derecho de Familia. Lima, Gaceta Jurídica, 2001.
- AULETTA. *Fecondazione artificiale: problemi e prospettive. Quadrimestre*, 1986.
- AAVV, *Historia de las Técnicas de Reproducción Asistida*, Ediciones Fertilab, Venezuela, s./f.
- BAEZA CONCHA, Gloria , “El interés superior del niño: Derecho de rango constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 28, núm. 2, 2001
- BANCHIO, Carlos Enrique. “El Proyecto Genoma Humano frente a la Ética y el Derecho” En *Estudios en honor de Pedro J. Frías*, Vol. III., El Copista, Córdova, 1994.
- BAOUEIRO, Edgar y BUEN ROSTRO, Rosalía. *Derecho de Familia y Sucesiones*. México DF, Harla, 1990.
- BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles; “Reproducción asistida y determinación de la filiación” en *Revista REDUR* N° 8, Madrid, 2010, pp. 25-37.
- BECKER, Gary S. *Tratado sobre la familia*. Madrid, Alianza Editorial, 1987.
- BELLVER CAPELLA, Vicente. “¿Clonar?: ética y derecho ante la clonación humana” Comares, Granada, 2000.
- BELLUSCIO, *Manual de derecho de familia*, 5ta. Buenos Aires, 1987.
- BELLUSCIO, A. C. *Manual de Derecho de Familia*, 7ma. Edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2011, pp. 74 y ss.
- BEL BRAVO, María Antonia, *La familia en la historia*, 2000, Editorial Encuentro, pp. 25 y ss.
- BENAVIDES VENTURA, Rolando; DAMIÁN PAREDES, Ulises; TORRES HUAMANCHUMO, Renán. “*Posición de la Iglesia Católica frente a la clonación*” Monografía de Pre Grado, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo – USAT, Chiclayo, 2005.

- BENÍTEZ ORTÚZAR, “Delitos relativos a la reproducción asistida”, en *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*, Editorial Comares y Ministerio de Sanidad y Consumo, Granada, 1998.
- BERCOVITZ y RODRIGUEZ CANO, “La filiación inducida y las clasificaciones legales”. En *II Congreso Mundial Vasco: La Filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*”, Editorial Trivium. Madrid, 1988.
- BICUDO, Helio y ALVAREZ, Ignacio; “Notas respecto a la relatoría de derechos del niño de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos” en *Revista IIDH*, num. 29, enero-junio, pp. 161-170.
- BIGLIARDI y ESTIVARIZ; “Determinación filial en las nuevas técnicas de reproducción asistida”. En 1º Jornadas Nacionales de Bioética y Derecho, Buenos Aires, 2000.
- BLASCO GASCO, *Derecho de familia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991.
- BORDA, Guillermo *Manual de Derecho de Familia* Editorial Perrot, Buenos Aires, 1972.
- BORDA, *Tratado de Derecho Civil, Derecho de familia*, 8va. ed., Buenos Aires, 1989.
- BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo. *Hijos legítimos*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1981.
- BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo. *Régimen legal de la filiación y de la patria potestad*, 2º Reimpresión, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1987.
- BOSSERT, Gustavo; *Manual de Derecho de Familia*, Editorial Astrea. Buenos Aires, 1989.
- BOSSERT, Gustavo y Eduardo ZANNONI. *Manual de Derecho de Familia*. 4º Edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1996
- BOSSERT, Gustavo A. y ZANNONI Eduardo A., *Manual de derecho de familia*. 4.<sup>a</sup>, ed., Astrea, Buenos Aires, 1998.
- BUENO RINCÓN, Enrique Fabio; *La investigación de la filiación y las pruebas biológicas*, 2º Edición, Editorial Gustavo Ibáñez, Santa Fe de Bogotá, 1996.
- CABALLERO PEREGRIN, Pedro; HERRERA CAMPOS, Ramón; “Determinación legal de la filiación”. En *Comentarios científico-jurídicos a Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*. Editorial Dykinson, 2007.

- CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, 28ª edición, Tomo N° 3, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 2003.
- CABAÑAS F., LÓPEZ-AZORÍN M, PELLICER A. *Impacto de las técnicas de reproducción asistida en la salud del recién nacido*, An Pediatr (Barc), Barcelona, 2009.
- CASTELLANO ARROYO M; “Implicaciones médico-jurídicas de la reproducción asistida” en *Medicina Legal y Toxicología*, 4 Ed., Salvat Editores S.A., Barcelona, 1991.
- CILLERO BRUÑOL, M. *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Ponencia presentada en el I Curso Latinoamericano “Derechos de la Niñez y la Adolescencia. Defensa Jurídica y Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”*. San José de Costa Rica, 1999.
- CHOZA J. *Antropología de la Sexualidad*, Ediciones Rialp, Madrid, 1991.
- COBACHO GÓMEZ, José Antonio “Objeto y ámbito de aplicación de la Ley” *Comentarios a la Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*. Editorial THOMSON, Madrid, 2007.
- CORNEJO CHÁVEZ, Héctor, *Derecho familiar peruano*, Tomo 11, 6º Edición, Librería Studium, Lima, 1987.
- CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho Familiar Peruano*. Décima edición actualizada. Lima, Gaceta Jurídica Editores, 1999.
- CORNEJO CHÁVEZ, Héctor, *Derecho Familiar Peruano*, Gaceta Jurídica, Lima, s./f.
- COTTA, Sergio; *¿Qué es el derecho?* 3º Ed., ediciones RIALP, Madrid, 2000.
- CORRAL DUEÑAS, FRANCISCO. “La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida, de Marina Pérez Monge” en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Madrid, 2006.
- DELGADO ECHEVERRÍA “Los consentimientos relevantes en la fecundación asistida. En especial el determinante de la asunción de una paternidad que biológicamente no corresponde”. En Congreso Mundial Vasco “*Filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*”, Editorial Trivium, Madrid, 1988.
- D. WATSON, James “LA DOBLE HÉLICE” Alianza Editorial, España, 2000.



- DI CASTRO STRINGHER, Paolo Marco; *Inseminación Artificial*, editorial del Instituto de Esterilidad y Salud Reproductiva, México, 1996.
- DIÉZ E. Marina, "Medicina de la reproducción. Inseminación artificial" en *Innovaciones científicas en la reproducción humana. Aspectos biológicos, psicosociales, antropológicos, éticos y jurídicos*, Editorial de la fundación Friederich Ebert, Salamanca, 1987, pp. 205-210.
- DIEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil. Derecho de Familia*, 71ª Edición, Editorial Tecnos, Vol. IV, Madrid, 1998
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho Civil de España*, T. I, 2.ª edición, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1949.
- DEFENSORIA DEL PUEBLO. *La afectación de los derechos a la identidad y a la igualdad de los hijos extramatrimoniales en la inscripción de nacimientos*, Lima, Defensoría del Pueblo, 2003.
- DÍAZ FLORES, Mercedes Alberruche "La clonación y selección de sexo: ¿derecho genético?" Dykinson, Madrid, 1998.
- DIEZ DEL CORRAL RIVAS, "La filiación de los nacidos con ayuda de las nuevas técnicas de procreación artificial humana" en *RDP*, Madrid, 1988.
- DOMENECH, Ernesto; "Adecuación de la Legislación Local a la Convención de los Derechos del Niño. El caso de la Provincia de Buenos Aires (Argentina)" en *Anuario de Justicia de Menores*, Nº I, 2001, Editorial Astigi S.L., Sevilla, 2001, pp. 882 y ss.
- DOMÍNGUEZ, Andrés Gil, et ál. *Derecho constitucional de familia*. 1ed. Tomo I, Buenos Aires, Ediar, 2006.
- ESPINOZA ESPINOZA; *Derecho de las personas*, 4ª Ed., Gaceta Jurídica Lima, 2004
- FÁBREGA RUIZ, C. F. *Biología y filiación. Aproximación al estudio jurídico de las pruebas biológicas de paternidad y de las técnicas de reproducción asistida*, Editorial Comares, Granada, 1999.
- FERNÁNDEZ PACHECO MARTINEZ, "La maternidad subrogada en Norteamérica: la sentencia de Baby M." en *RGLJ*, 1988.
- FERNANDEZ RUIZ-GALVEZ, E. "Mujeres y técnicas de reproducción artificial ¿Autonomía o sujeción?". En *La humanidad in vitro*, Comares, Granada, 2002.
- GATICA, Nora, y CHAIMOVIC, Claudia; "La justicia no entra a la escuela. Análisis de los principales principios contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño", en *La Semana Jurídica*, 2002.

- GAFO, J. *Nuevas formas de reproducción humana*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1986.
- GAFO, *Procreación humana asistida: aspectos técnicos, éticos y legales*, Editorial de la Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1998.
- GARCÍA SANCHO, Diccionario de Términos Médicos de la Real Academia Nacional de Medicina, Editorial Médica Panamericana, 2013.
- FINHEIRO, Paulo Sérgio: Informe del Experto independiente para el estudio de la violencia contra los niños de las Naciones Unidas, de fecha 29 de agosto de 2006, doc. A/61/299, par. 2.
- FLORES POLO Pedro, *Diccionario jurídico fundamental*, 2º edición, Editorial Grijley, Lima, s/f.
- GALLEGOS PÉREZ, Nidia del Carmen, *La teoría del hecho y acto jurídico aplicada al derecho familiar*, Universidad Autónoma de Tabasco, Tabasco, 2006, p. 248.
- GAMARRA RUBIO, Fernando; *Convención sobre los Derechos del Niño*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2001, p. 142.
- GANDULFO R., Eduardo, "La Filiación, el Nuevo Ordenamiento y los Criterios para Darle Origen, Factores de Determinación y Metacriterios de Decisión" en *Gaceta Jurídica* N° 314, Santiago de Chile, 2006, pp. 35-90.
- GANDULFO R., Eduardo, "La Paradoja de la Regla de Paternidad del Marido" en *La Semana Jurídica*, N° 364, pp. 6-7, Editorial Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2007, p. 5.
- GASTEIZ, Vitoria "Congreso de filiación: la filiación a finales del siglo XX: problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana" Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi, Madrid, 1988.
- GARCÍA CANTERO "La reforma de la filiación", En *RGLJ*, Madrid, 1983.
- GARCIA CANTERO "Derecho civil español, común y foral", Reus, Madrid, 1995.
- GARCÍA CANTERO, Gabriel, *La Filiación en el Caso de la Utilización de Técnicas de Reproducción Asistida*, 3era. Edición, S.E.1999.
- GARCÍA RUBIO, MARI PAZ. *La experiencia jurídica italiana en materia de fecundación asistida. Consideraciones respecto del derecho civil español*, Madrid, 1987.
- GATICA, Nora, y CHAIMOVIC, Claudia; "La justicia no entra a la escuela. Análisis de los principales principios contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño", en *La Semana Jurídica*, 2002.

- GARRO, AYALA, Sabino. *Metodología de la Investigación Científica*. Perú. 2009.
- GOMEZ SANCHEZ, *El derecho a la reproducción humana*, Marcial Pons, Madrid, 1994.
- GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Ana Marta; POSTIGO SOLANA, Elena; AULESTIARTE JIMÉNEZ, Susana. *Vivir y morir con dignidad: temas fundamentales de bioética en una sociedad plural*, Instituto de Ciencias para la Familia, Pamplona, 2002.
- GÓMEZ DUMM, César; *Embriología Humana – Atlas y texto*” Ed. El Ateneo, Argentina, 2003.
- GUIBOURG, G. y GUARINONI. *Introducción al conocimiento científico*. Editorial Eudeba, Argentina. 1988.
- GUTIÉRREZ CAMACHO Walter y REBAZA GONZALES Alfonso. “Definición de Matrimonio e igualdad de cónyuges” En *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Tomo II, I Parte, Gaceta Jurídica, Lima, 2000.
- GROBMAN TVERSQUI, Alexander. “La Biotecnología en el Perú” en *Conferencias magistrales – estudio sistemático de la realidad nacional en ciencia y tecnología*; Ed. CONCYTEC, Lima, 1998.
- GROSMAN, Cecilia. *El interés superior del niño en Los derechos del niño en la familia*. Discursos y realidad, editado por Grosman, Buenos Aires, Universidad, 1998, p. 25.
- GUTIERREZ DE LA CRUZ, Judyth. “El derecho a la identidad, modificación del proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial”, *Actualidad Jurídica*, N°212, julio 2011.
- HERNANDEZ IBÁÑEZ, “Nuevas técnicas de procreación artificial: consecuencias jurídicas”. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, n°4, Madrid, 1986.
- HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C. “La atribución de la maternidad en la gestación contratada.” En *Filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Editorial Trivium. Madrid, 1988.
- HERRANZ G.; *Comentarios al Código de Ética y Deontología Médica*, Ediciones Eunsa, Pamplona, 1992.
- HERVADA, Javier. *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, 4ta edición, Editorial EUNSA, Pamplona, 1992.

- HERVADA, Javier. “*Introducción crítica al derecho natural*”; Editorial UDEP, Piura, 1999.
- HIGUERA, G. “Maternidad subrogada”. En *Nuevas técnicas de reproducción Humana*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1986.
- HORTAL A. “Criterio de valoración moral de las nuevas técnicas de reproducción humana”. En *Dilemas éticos de la medicina actual*, Madrid, 1986.
- IGLESIAS PRADA, Juan Luis *La protección jurídica de los descubrimientos genéticos y el proyecto genoma humano* Civitas, Madrid, 1995.
- IGLESIAS PAIS, M. “Fundamentos jurídicos constitucionales y contenido de los derechos de consentimiento e información en la Ley de técnicas de reproducción asistida”. En *Reproducción asistida: promesas, normas y realidad*. Editorial Trotta, Madrid, 2001.
- IÑIGO DE QUIDIELLO-LEVY-WAGMAISTER: "Reproducción humana asistida" en Enciclopedia de *Derecho De familia*, 2010.
- JUNQUERA DE ESTEFANI, R.; “Los Derechos Humanos en la era de la Biotecnología”, en *Utopía y realidad de los Derechos Humanos en el cincuenta aniversario de su Declaración*, Ediciones UNED, Madrid, 1999.
- KAUFMANN A. E. "Tecnologías reproductivas, cambio social y pánico moral" en *Medicina de la Reproducción año 2000*, Editora Universidad Alcalá de Henares, Madrid, 1990, pp.135-139.
- LACRUZ BERDEJO, José y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís. *Derecho de Familia*, Editorial Bosch, Barcelona, 1982.
- LACRUZ, “La paternidad, la reforma de 1981 del código Civil y los progresos de la biología”. En *Revista Tapia*, Madrid, 1987.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., "La Constitución y los hijos artificiales" en *Actualidad Civil*, Madrid, 1987.
- LACRUZ BERDEJO en *Elementos de Derecho Civil*, José María Bosch editor, S.A. Barcelona, 1989.
- LARUMBE NANALEJO, Silvia "Educación en y para la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes en riesgo" en *Revista IIDH*, num. 36, julio-diciembre, pp. 249-290.

- LEMA AÑON, C. “El futuro de la regulación jurídica española sobre reproducción asistida y embriones: problemas pendientes y Constitución”. En *Reproducción asistida: promesas, normas y realidad*. Editorial Trotta, Madrid, 2001.
- LLEDÓ YAGÜE, F. “Fecundación artificial y derecho”. Ed. Tecnos Madrid, 1988.
- M. CARCABA, *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*, Editorial Bosch, Barcelona, 1995.
- MÁS DÍAZ, Jorge; GONZÁLES HERNÁNDEZ, Julio; COBAS COBIELLA, María Elena; GONZÁLES VILALTA, Patricia; PÉREZ RODRÍGUEZ, Alejandro; *Aspectos Éticos y Legales de la Reproducción Asistida*; ediciones del Portal Médico, Brasil, 2000.
- MAS DÍAZ, J.; GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, J.; COBAS COBILLA, M. E.; GONZÁLEZ VILALTA, P.; PÉREZ RODRÍGUEZ, A. "Aspectos éticos y legales de la reproducción asistida" en *Portal Médico*, Brasil, s/f.
- MONGE F.; *Persona Humana y Procreación Artificial*, Ediciones Palabra, Madrid, 1998.
- MONGE TALAVERA, Luz “Presunción de filiación matrimonial” en *Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas*, Tomo II, Primera Parte, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2000.
- MONTES PENADES, “El consentimiento en las nuevas técnicas de reproducción humana”. Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en “Filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana”, Editorial Trivium. Madrid, 1988.
- MORENO R., J.A. “*Derecho De Familia*” 3ra Edición, Tomo II, Editorial Intercontinental, Asunción, 2009, p. 519.
- MORO ALMARAZ, M. J. *Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación “in vitro”*, Editorial Bosch, Barcelona, 1988.
- NAVARRO MICHEL, MONICA. “Crisis de familia y embriones” en *Revista Jurídica de Catalunya*, Barcelona 2008.
- NIETO ALONSO, ANTONIA. “El principio de prevalencia de la verdad biológica en materia de filiación y su superación en el ámbito de la reproducción humana asistida”. En *Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España: el proceso legal de reformas*. Dykinson, Madrid, 2007.

- NORIEGA HOCES, Luis. “Fertilización Asistida. Una esperanza de vida”. *Estudios sobre los aspectos jurídicos de la biotecnología reproductiva humana en el Perú*, Editorial San Marcos, Lima, 1998.
- PADRÓN R. S.; MÁS J.; "Apuntes históricos sobre la reproducción humana" en Temas de reproducción femenina, La Habana, 1990, pp. 5-16.
- PALACIOS ALONSO, MARCELO. “Ley sobre técnicas de reproducción asistida (35/88): de 1988 a 2005”. En *Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina*. Editorial Dykinson, Madrid 2005.
- PANTALEON, “Contra la Ley sobre técnicas de reproducción asistida”. En *Jueces para la democracia*, Madrid 1988.
- PANTALEON PRIETO, F. “Procreación artificial y responsabilidad civil”. Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X- 1987), en “Filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana”, Editorial Trivium. Madrid, 1988.
- PAZ, Sonia, *Los derechos humanos en la reproducción asistida*, Madrid. Ed. Pirámide, 2005.
- PERALTA ANDÍA, Javier, *Derecho de Familia en el Código Civil*, 21º Edición, Editorial Idemsa, Lima, 1996.
- PEREA QUESADA R. *Curso de Educación para la Salud: Educación Sexual y Planificación Familiar*, Ediciones UNED, Madrid, 1996.
- PÉREZ ÁLVAREZ, *La nueva adopción*, Ed. Civitas. Madrid, 1989.
- PÉREZ MONGE, M. *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*. Editorial del Centro de estudios Registrales. Fundación Beneficencia et Peritia Iuris, Zaragoza, 2002.
- PEREZ MONGE, MARINA. “Limites a la utilización de las técnicas de reproducción asistida. Reflexión a propósito del auto del Juzgado de Primera Instancia número 13 de Valencia de 13 de mayo de 2003”. En estudios jurisprudenciales, Valencia, 2003.
- PLÁCIDO VILCACHAGUA Alex. “Regulación Jurídica de la Familia”. En *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Tomo II, I Parte, Gaceta Jurídica, Lima, 2000.
- PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. *Derecho Civil*, Editorial Pedagógica Latinoamericana, México, 1996.

- R. ORTIZ MOVILLA; ACEVEDO MARTÍN B. "Reproducción Asistida y Salud infantil" en *Revista de Pediatría de Atención Primaria*, Vol. 12, Nº 48, Madrid, 2010, pp. 651-671.
- RANDULFO R., Eduardo, "La Filiación, el Nuevo Ordenamiento y los Criterios para Darle Origen, Factores de Determinación y Metacriterios de Decisión" en *Gaceta Jurídica*, Nº 314, Lima, 2006, pp. 35-90
- RANDULFO R., Eduardo, "Reconocimiento de Paternidad: Tópicos y Cuestiones Civiles", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 34, Nº 2, Santiago de Chile, 2007, pp. 201-250.
- RAMIREZ NAVALON, "Problemas jurídicos de las nuevas formas de reproducción humana. Ámbito de aplicación y filiación de los nacidos mediante estas técnicas." En *Revista general de Derecho*, Madrid, 1987.
- RAMOS CABANELLAS, Beatriz. "Regulación legal de la denominada familia ensamblada" *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Uruguay, 2006.
- RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac; "El interés superior del niño: concepto y delimitación del término" en *Revista Infancia, Derechos y Educación*. Vol. 30, Núm. 2, Editorial Erein, Brasil, 2012.
- RATZINGER J., et al.; *El don de la vida. Instrucción y comentarios*, Ediciones Palabra, Madrid, 1992.
- REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, 22º Edición, España, 2001.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F. en "La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de fecundación artificial". Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Editorial Trivium, Madrid, 1988.
- ROCA SASTRE, E., "Embriones, Padres y Donantes. La Constitucionalidad dela Ley 35/1988, de reproducción asistida humana, según la STC 116/1999",En *RJC2000*.
- ROCA TRIAS, E. "La incidencia de la inseminación-fecundación artificial en los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional". Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en *Filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Editorial Trivium. Madrid, 1988.

- ROMEO CASABONA. *Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina*. Dykinson, Madrid, 2005.
- SALADO OSUNA, Ana. "Algunas Reflexiones sobre la Opinión Consultiva 17 (28 de Agosto de 2002) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Relativa a la "Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño" en *Anuario de Justicia de Menores*, N° II, 2002.
- SALINAS ARANEDA, Carlos *El matrimonio religioso ante el derecho chileno*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2009.
- SANCHO REBULLIDA "Los estudios y las líneas previsibles de la futura regulación española", en *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Editorial Trivium, Madrid, 1988.
- SANTAMARÍA L. *Curso de Educación para la Salud: Técnicas de Reproducción Asistida. Reproducción Sexual*, 2ª Edición, Editorial UNED, Madrid, 1997.
- SANTAMARÍA SOLÍS, Luis. *Manual de Bioética*. Editorial Ariel, Buenos Aires, 2001.
- SIVERINO-BAVIO, Paula; "Una mirada desde la bioética jurídica a las cuestiones legales sobre la infertilidad en el Perú" en *Revista Peruana de Ginecología y Obstetricia*, Vol. 58, N° 3, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, pp. 213-219.
- STRAUSS, C.; SPIRO, M. E. "Los Nayar y la definición del matrimonio" en *El origen de la familia. Polémica sobre el origen y la universalidad de la familia*, Editorial Anagrama, Barcelona.
- TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *Negocio Jurídico, Contrato y Responsabilidad Civil*. Editorial Jurídica Grijley, Lima, 1998.
- TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *Negocio Jurídico, Contrato y Responsabilidad Civil*. Editorial Jurídica Grijley, Lima, 2004.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Derecho Genético. Principios Generales*. Editora Normas Legales, Trujillo, 1995.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. "Filiación de hijos extramatrimoniales" *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Tomo II, I Parte, Editorial Jurídica Grijley, Lima, 2000.



- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique; SEVERINO BRAVO, Paula. “Determinación de la paternidad matrimonial” *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Tomo II, I Parte, Editorial Jurídica Grijley, Lima, 2000.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Derecho Genético*. 4º Ed. Editorial Jurídica Grijley, Lima, 2001.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique; "Determinación de la filiación en la procreación asistida" en *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, Vol. 11, N° 39, Puebla, 2017, pp. 9-23.
- VIDAL MARTÍNEZ, Jaime; *Las nuevas formas de Reproducción Humana*, Madrid, Civitas, 1988.
- VIDAL MARTINEZ, Jaime; “Las nuevas formas de reproducción humana ante el derecho civil: introducción y panorama general”. En *RGD*, Madrid, 1986.
- VIDAL MARTINEZ. “La figura legal del anonimato del donante en la regulación de las llamadas técnicas de reproducción asistida”. En *RGD*, Madrid, 1994.
- VIDAL MARTINEZ “Las nuevas formas de reproducción humana ante el derecho civil: introducción y panorama general” en *RGD*, 1986, p. 3620
- WARNOCK, Mary; *Fabricando bebés ¿existe un derecho a tener hijos?*, Editorial Gedisa, Barcelona, 2004.
- ZANNONI, E., “La genética actual y el derecho de familia” en *Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia*, Madrid, 1987.
- ZANNONI, EDUARDO. *Inseminación artificial y fecundación extrauterina*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1978.
- ZANNONI, E., BOSSERT, G. *Manual de Derecho de Familia*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1989.
- ZERMATTEN, Jean: “El interés Superior del Niño. Del Análisis literal al Alcance Filosófico” en *Informe de Trabajo*, 2003.
- ZURITA MARTÍN, ISABEL. “Reflexiones en torno a la determinación de la filiación derivada de la utilización de las técnicas de reproducción asistida por una pareja de mujeres” En *Diario La Ley*, Buenos Aires, 2006.

## DECLARACIONES, LEYES Y CÓDIGOS

- Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)

- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)
- Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (1989)
- Declaración y el Programa de Acción de Viena aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993, doc. A/CONF.157/23 12 de julio de 1993, párrafo 21.
- Declaración de los Derechos del Niño, Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución 1386 (XIV), de 20 de noviembre de 1959.
- Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos (1998)
- Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos (2003)
- Constitución Política del Perú de 1993
- Código Civil
- Código de los Niños y Adolescentes
- Ley General de Salud
- Decreto Supremo N° 001-2010-MIMDES que aprueba el Reglamento del Consejo de Adopciones.

## **JURISPRUDENCIA**

- STC N° 09332-2006-PA/TC.
- STC N.° 03605-2005-AA/TC.
- STC N° 02132-2008-PA/TC.
- Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004.
- CORTE IDH, Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC- 10/89 del 14 de julio de 1989. Serie A N° 10, par. 43, p. 14.
- CORTE IDH, Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C N° 110, par. 3, p. 2
- CORTE IDH, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A N° 17, par. 42

- CORTE IDH, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A N° 17, par. 60, p. 62.
- CORTE IDH, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A N° 17, par. 41, p. 57.
- CORTE IDH: Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros vs. Guatemala. Fondo. Sentencia 19 de noviembre de 1999. Serie C N° 63, pars. 146 y 191.
- CORTE IDH: Caso Bulacio vs. Argentina. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C N° 100, par. 134, p. 55.

### **OTROS VARIOS**

- Observación general N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, elaborada por el Comité de los Derechos del niño, 29 de mayo de 2013.

## ANEXOS

### Anexo N° 01: “Noticias sobre hechos Internacionales”

- **Un holandés tuvo 98 hijos en los últimos 12 años<sup>539</sup>**

Ed Houben, es un holandés de 45 años muy altruista. Actualmente tiene 98 hijos con diferentes mujeres y esto debido a que desde el 2002 se dedica a la desinteresada práctica de ser donante de esperma.

Al principio Houben, acudía a los bancos de esperma para depositar su muestra como donación. Luego, preocupado por no saber quién podía usar su muestra, colgó su propia página en la web y la donación fue de manera directa. Actualmente mantiene relaciones sexuales con las mujeres receptoras ya que de esa manera "asegura mayores probabilidades de concebir".

En su página web también cuenta con fotografías personales, en caso de que alguno de los niños quiera conocer sus raíces al crecer y con una lista de los infantes producto de su fertilización, todo esto para evitar de que lleguen a relacionarse entre ellos.

Houben, quien asegura que esto lo realiza por "la hermosa esperanza de crear una nueva vida que será amada y cuidada", es muy solicitado por parejas de lesbianas, madres solteras o parejas con problemas de fertilidad. Este holandés que ha sido calificado como "el hombre más viril de Europa" garantiza un éxito de concepción del 80%.

Sin embargo, y contrario a lo que cualquiera podría pensar, Ed no sostiene relaciones con la primera mujer que acude a solicitarlo. Primero mantiene conversaciones con las receptoras y evalúa a estas mujeres de una forma muy peculiar, deben lograr convencerlo de que él se sentiría bien con ellos si es que fuera un niño.

---

<sup>539</sup> Diario “El Comercio” de fecha 30 de marzo del 2014.

Además explica que al principio obligaba a las receptoras a firmar un acuerdo en el cuál se negaban a denunciarlo con fines económicos. Ahora sólo confía en la buena fe de estas mujeres que llegan con la esperanza de poder ser madres.

Hermana de Penélope Cruz confirmó que quedó embarazada por inseminación artificial<sup>540</sup>

El embarazo de Mónica Cruz ya se escribe por capítulos. Si hace dos meses la noticia fue toda una sorpresa, ayer se conocía que recurrió a la inseminación artificial y hoy enseña “barriguita” en el avance de la portada de edición española de la revista ‘Elle’.

La hermana de Penélope Cruz va de revelación en revelación: “Antes de saber que estaba embarazada ya lo sentía”, ha confesado la actriz en una entrevista exclusiva a la publicación de moda en su número de febrero, que llegará a los quioscos la próxima semana.

La publicación adelanta una imagen donde Mónica Cruz, vestida completamente en denim, destapa una de las “tripas” más protegidas hasta el momento por los flashes.

La propia protagonista despejó, en su blog en Smoda, las dudas surgidas acerca de quién podría ser el futuro padre del que será su primer hijo, al desvelar que es fruto de inseminación artificial.

- **Brasil: una mujer de 61 años dio a luz gemelos<sup>541</sup>**

El embarazo fue por inseminación artificial. La madre, quien negó tener problemas en gestación, dice tener la fuerza para criarlos.

Una mujer de 61 años que vive en la ciudad brasileña de Santos, a unos 100 kilómetros de Sao Paulo, dio a luz una pareja de gemelos, reveló hoy el portal de noticias G1, que agregó que el embarazo resultó de inseminación con embriones congelados.

Según el informe, los gemelos, que serán bautizados como Sofía y Roberto, nacieron en la noche el martes tras 31 semanas de gestación pesando cerca de 900 gramos cada uno, y se encuentran en buen estado de salud.

---

<sup>540</sup> Diario “El Comercio” de fecha 11 de enero del 2013.

<sup>541</sup> Diario “El Comercio” de fecha 26 de octubre del 2012.

La madre, a su vez, se recupera bien tras pasar 24 horas en la Unidad de Cuidados Intensivos (UCI) para estabilizar su tensión arterial.

El ginecólogo Orlando de Castro Neto, quien realizó el parto, dijo a G1 que la mujer y su esposo, de 55 años, recurrieron sin éxito por tres veces a la inseminación artificial en la última década, para realizar su sueño de tener hijos, y también vieron frustrado un intento de adoptar un niño.

“No obtuvimos resultado por el proceso natural, y por esto hace diez años empezamos a intentar una fertilización in vitro. Hubo tres intentos que no obtuvieron éxito. Entonces, ella intentó adoptar un niño, pero ello le fue negado, a raíz de su edad”, relató el médico.

“Estoy muy feliz. Pude realizar mi sueño de ser madre. Agradezco a Dios y al médico... En ningún momento se me ocurrió desistir”, dijo a su vez la madre, Antonia Leticia Asti, quien aseveró que la edad avanzada no será un obstáculo para cuidar a sus hijos.

“Me siento excelente. Tengo mucha fuerza para cuidar de ellos. No me siento con 61 años, creo que la fecha de mi nacimiento está equivocada”, bromeó.

Castro Neto aseguró por su parte que no hubo problemas serios durante la gestación: “La edad no tuvo peso alguno... Hasta el sexto mes, ella no causó preocupación alguna, tenía una hipertensión leve que fue controlada, pero llevó mucho menos trabajo que el que tenemos con mujeres embarazadas mucho más jóvenes”.

“Hemos roto algunos prejuicios sociales. Es una esperanza para las mujeres con más de 40 años... que todavía desean quedarse embarazadas”, agregó.

A su vez, el presidente de la Sociedad Brasileña de Reproducción Humana (SBRH), aseguró que no existe en la medicina un límite obligatorio de edad para la gestación: “La SBRH sugiere como límite los 55 años. La edad de 61 años es debatible, en razón de argumentos sociales, pero el proceso realizado no puede estar considerado como antiético”, expresó.

- **Estadounidense confiesa a su novia en TV que es padre de 70 niños<sup>542</sup>**

El estadounidense Ben Seisler, de 33 años, descubrió con sorpresa que es nada menos que el padre de 70 niños, quienes nacieron producto de la donación de esperma que el sujeto realizó durante tres años para pagar sus estudios de derecho.

Por si fuera poco, el ahora abogado, no tuvo mejor idea que confesarle el hecho a su prometida en un reality de televisión llamado, como era de imaginarse, “Donante de esperma”.

Durante el programa, también se ve el encuentro cara a cara de Seisler con dos de sus hijos biológicos, un niño y una niña, informó “Daily Mail”.

“Fue algo salvaje”, dijo después de reunirse con los niños. “Por un lado, estos niños son biológicamente mis hijos. Por otro lado no son mis hijos. Yo no los crío. No tengo ningún control sobre la forma en que han sido criados”.

El sujeto originalmente planeó mantener su identidad en anonimato, pero después de registrarse en una lista que contactaba a los hijos y hermanos entre sí con sus donantes, decidió revelar su secreto, indicó el Boston Globe.

**Brasileña dio a luz bebe concebido con esperma de su esposo muerto<sup>543</sup>**

Una mujer brasileña dio a luz a una niña concebida por inseminación artificial con el esperma congelado que conservaba de su marido, quien falleció el año pasado a causa de un cáncer de piel, informaron hoy medios brasileños.

Está previsto que la madre, Katia Lernerneier, abandone la maternidad hoy mismo, en la ciudad meridional de Curitiba, en compañía de su hija, quien se encuentra en perfecto estado de salud.

Lernerneier, de profesión maestra, calificó el nacimiento de la pequeña, que llevará el nombre de Luisa Roberta, como “un nuevo inicio” y aseguró que la pequeña se parece mucho a su progenitor, según el informativo matinal Bom Dia Brasil de la cadena Globo.

---

<sup>542</sup> Diario “El Comercio” de fecha 30 de setiembre del 2011.

<sup>543</sup> Diario “El Comercio” de fecha 22 de junio del 2011

“Ella es nuestra alegría, los rasgos son muy parecidos a los de su padre y eso nos deja todavía más contentos, es el recuerdo de él todavía más fuerte”, dijo la madre, quien agregó que el nacimiento de su hija supone un ejemplo de superación a la dolorosa muerte de su marido.

“Pasé por la muerte dolorosa de mi marido, sé el importante valor que damos a la vida”, apostilló.

La pareja había intentado sin éxito tener descendencia cuando el marido de Lernerneier todavía estaba vivo, por lo que el matrimonio decidió congelar una muestra de semen para intentar fertilizaciones artificiales.

Tras la muerte de su marido, la maestra recurrió a la justicia para poder utilizar el esperma congelado, ya que no había dejado por escrito una autorización que permitiera a su esposa continuar con el tratamiento en caso de fallecer.



## Anexo N° 02: “Noticias sobre hechos nacionales”

Peruanas ofrecen alquilar su vientre a S/.70 mil en internet<sup>544</sup>

“Han pasado seis años desde que María entregó al bebe que dio a luz a una pareja de españoles. Diez meses antes había llegado a un acuerdo con ellos para prestar su vientre a cambio de 15 mil dólares. La joven alumbró a un varón en una clínica de Surco, donde se registró con los nombres de la española que la había contratado. Legalmente, María no era madre del niño. Es más, ni siquiera hay registros de su paso por la clínica.

El niño le fue entregado a la pareja y luego inscrito con documentos falsos. Semanas después, los tres volaban de regreso a Madrid. Del pequeño no sabe nada, y de aquellos 15 mil dólares no queda ahora más que el recuerdo. “Trato de no pensar en él [bebe], ni sentir culpa. Yo ayudé a esa pareja y ellos me ayudaron a mí”, confiesa.

En nuestra normativa, el vientre de alquiler o la maternidad subrogada no está prohibido expresamente. La Ley General de Salud establece que toda persona tiene derecho a recurrir a un tratamiento de fertilidad, pero solo si la condición de madre genética y de madre gestante recae sobre la misma mujer. Es decir, se entiende que una tercera persona no podrá participar en la fecundación (donando su óvulo, por ejemplo) o gestar el embrión de una pareja. Sin embargo, el Código Penal no sanciona este tipo de prácticas.

Según varios especialistas, estos vacíos legales permitirían que en estos casos se cometan delitos como la falsificación de documentos, la estafa, el tráfico de menores o las extorsiones.

Pese a ello, decenas de peruanas ofrecen su vientre en alquiler en Internet por montos que van desde S/.40 mil hasta S/.70 mil. Además del pago, la pareja contratante acuerda correr con todos los gastos de la madre subrogada durante su gestación (exámenes, ecografías, vitaminas, parto, etc.) y pagarle una pensión durante el embarazo, que usualmente bordea los S/.1.200 al mes.”

---

<sup>544</sup> Diario “El Comercio” de fecha 22 de junio del 2014

María estableció contacto con la pareja de españoles por intermedio de su hermana, quien por esos años vivía en Madrid. **“Ellos no tenían impedimento para concebir a un bebe, pero la mujer tenía miedo de pasar por el proceso del embarazo. Mi hermana trabajó para ellos por un tiempo y les propuso que yo les prestara el vientre. Vinieron a Lima y se quedaron aquí como si estuvieran de vacaciones”**, revela a **El Comercio**. Dice que no hubo intermediarios y que los extranjeros hicieron los trámites por su cuenta.

Sin embargo, existen organizaciones dedicadas a esta actividad, que reclutan a las candidatas a alquilar su vientre, contactan a las clínicas y a los médicos que vigilarán la gestación y, finalmente, falsifican los documentos del recién nacido. Hace algunos años una de estas mafias, que suelen captar a parejas extranjeras, fue descubierta en un informe de la televisión española. La banda cobraba US\$30 mil por cada trabajo.

Para el doctor Julio Dueñas, del Centro de Fertilidad Procrear, “este fue uno de los tantos casos que se presentan en el país”. “Pero no todos salen a la luz. Algunas clínicas no cumplen irregularidades en la inscripción de los bebés”, denuncia a este Diario.

El Comercio se comunicó con tres de las mujeres que ofrecían en Internet su vientre en alquiler. Según dijeron, todas ya habían tenido al menos una vez un embarazo por encargo.

Además, afirmaron estar dispuestas a someterse a exámenes previos para descartar enfermedades genéticas. Eso sí, exigieron los 50% del pago al salir embarazadas, y la otra mitad del dinero un mes antes del parto. Todas se comprometían a renunciar al bebe inmediatamente después del nacimiento.

Aunque algunos anuncios fueron subidos en el 2010, las mujeres mantenían vigentes sus ofertas. Ninguna reveló la forma en que el niño sería inscrito por los contratantes.

“En el Perú la maternidad se determina con el parto. Quien da a luz es la madre, aunque los padres genéticamente sean otros”, explica Violeta Bermúdez, profesora de derecho de familia de la Pontificia Universidad Católica del Perú. La especialista subraya que tampoco hay garantía de que la madre de alquiler entregue al bebe a quienes la contratan. “Pueden darse casos de chantajes en los que se solicita más dinero del acordado en un comienzo”.

**Anuncio 1**

En la página web enfemenino.com, una pareja gay escribió un mensaje. Una mujer que se identificó como Rommy de Lima lo responde. Dejó su teléfono y nos comunicamos con ella. Dijo que tenía 34 años, una hija y que hace 10 años fue vientre de alquiler. Pidió S/.40 mil más una pensión de embarazo

**Anuncio 2**

En el mismo foro aparece otro anuncio del Perú. En este una mujer se identifica como Jazmín y dice ser una psicóloga, que ofrece su vientre en alquiler por un tema económico. Dice tener 22 años y un hijo. A través del correo la joven se describe y cuenta que estuvo negociando con una familia semanas antes. El precio: S/.70 mil.

**Anuncio 3**

Katherine es otra mujer contactada. Comenta que ya se sometió a estos tratamientos en dos oportunidades. Además, tiene dos hijos y dice que su esposo está de acuerdo con esto. El precio: S/.50 mil.

Al menos 80 mlls. de mujeres en el mundo tienen problemas de fertilidad, según reportes de la Organización Mundial de la Salud (OMS).

Cerca de 1,2 mlls. de parejas peruanas en edad reproductiva tienen problemas para tener hijos, según un estudio de la clínica de fertilidad Procrear. En promedio, en el 40% de casos el problema es de las mujeres.

Cada año se realizan en promedio 4.500 procedimientos de fertilización asistida, según datos proporcionados por la Sociedad Peruana de Fertilidad.

En su mayoría, son las mujeres mayores de 40 años las que acceden a estos tratamientos.

Solución a la infertilidad: nuevo sistema cuesta mucho menos que otros<sup>545</sup>

‘La incubadora’ permitirá que las mujeres se inseminen de forma práctica a un precio equivalente a la tercera parte

Hasta hace poco, los problemas de infertilidad también se convertían en un problema de dinero, por lo caro que es realizar una inseminación in vitro (alrededor de 5 mil dólares). Sin embargo, la ciencia se desarrolló y un nuevo sistema conocido como 'la incubadora' permitirá reducir a menos de la tercera parte el milagro de convertirse en padres.

Los médicos del Hospital de la Solidaridad demostraron cómo la misma mujer puede fertilizarse introduciendo en su vagina 'la incubadora', que es una cápsula donde previamente se han puestos los "óvulos y espermatozoides". De esta forma casi artesanal y práctica, la mujer puede ‘auto-fertilizarse’ sin muchos exámenes, y poco gasto. Los médicos afirmaron que en poco tiempo este sistema se masificará y beneficiará a las miles de parejas que tienen problemas para procrear<sup>546</sup>.

---

<sup>545</sup> Diario “El Comercio” de fecha 6 de noviembre del 2009

<sup>546</sup> <http://elcomercio.pe/noticia/361254/cientificos-crean-celulas-que-forman-ovulos-espermatozoides>.

## ANEXO 01

## CONSTANCIA DE VERIFICACIÓN DE ORIGINALIDAD

Yo GILYER ALARCON REQUEJO, usuario revisor del documento titulado:

“PROPUESTA PARA GARANTIZAR LA VIGENCIA DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN DE LOS HIJOS NACIDOS POR APLICACIÓN DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN EL PERÚ”

Cuyo autor es, MARIANA DEL PILAR VÁSQUEZ ZAGACETA

identificado con documento de identidad 16687377, declaro que la evaluación realizada por el Programa informático, ha arrojado un porcentaje de similitud de 19%, verificable en el Resumen de Reporte automatizado de similitudes que se acompaña

El suscrito analizó dicho reporte y concluyó que cada una de las coincidencias detectadas dentro del porcentaje de similitud permitido no constituyen plagio y que el documento cumple con la integridad científica y con las normas para el uso de citas y referencias establecidas en los protocolos respectivos.

Se cumple con adjuntar el Recibo Digital a efectos de la trazabilidad respectiva del proceso.

Lambayeque, 9 de OCTUBRE del 2023

  
GILYER ALARCON REQUESO (ASESOR)

NOMBRES Y APELLIDOS

DNI: 16436848

USUARIO

(Precisar si es docente, asesor, docente investigador, administrativo u otro)

Se adjunta

\*Resumen de Reporte automatizado de similitudes

\*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:	Mariana Del Pilar Vásquez Zagaceta
Título del ejercicio:	Quick Submit
Título de la entrega:	Propuestas para garantizar la vigencia del interés superior ...
Nombre del archivo:	051023informe_tesis_MARIANA_VASQUEZ_Doctorado.doc
Tamaño del archivo:	1.88M
Total páginas:	316
Total de palabras:	77,344
Total de caracteres:	411,390
Fecha de entrega:	09-oct.-2023 10:53a. m. (UTC-0500)
Identificador de la entrega:	2190430007

UNIVERSIDAD NACIONAL PEDRO RUIZ GALLO  
ESCUELA DE POST GRADO



INSTRUMENTAL DE TESIS

"Propuestas para garantizar la vigencia del interés superior del niño en la determinación de la filiación de los hijos nacidos por aplicación de las técnicas de reproducción asistida en el Perú"

PRESENTE DON PEDRO RUIZ GALLO, CUBIENDO LAS CONDICIONES ESTABLECIDAS EN EL INSTRUMENTAL DE TESIS Y LA LEY QUE LO REGULA.

FECHA Y LUGAR DE FIRMA DEL ASESOR

Y VERIFICADO POR:  
2023

Dr. Gilmer Alarcón Requejo

ASESOR

Propuestas para garantizar la vigencia del interés superior del niño en la determinación de la filiación de los hijos nacidos por aplicación de las técnicas de reproducción asistida en el Perú

INFORME DE ORIGINALIDAD

19%

INDICE DE SIMILITUD

18%

FUENTES DE INTERNET

7%

PUBLICACIONES

10%

TRABAJOS DEL ESTUDIANTE

FUENTES PRIMARIAS

1

hdl.handle.net

Fuente de Internet

4%

2

juristasfraternitas.files.wordpress.com

Fuente de Internet

3%

3

repositorio.uap.edu.pe

Fuente de Internet

2%

4

repositorio.unasam.edu.pe

Fuente de Internet

2%

5

Submitted to Universidad Peruana Los Andes

Trabajo del estudiante

1%

6

Submitted to Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo

Trabajo del estudiante

1%

7

documentop.com

Fuente de Internet

1%

tesis.usat.edu.pe



Dr. Gilmer Alarcón Requejo

ASESOR



# UNIVERSIDAD NACIONAL PEDRO RUIZ GALLO

## ESCUELA DE POSGRADO

*"M. Sc. Francis Villena Rodríguez"*



**RESOLUCIÓN N°788-2023-EPG**  
Lambayeque, 25 de agosto de 2023

### VISTO:

La Resolución N°1082-2022-R que encarga la Dirección de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, al docente principal Dr. Ivan Eduardo Salvador Briceño, desde el 07 de noviembre del 2022, hasta la elección del nuevo Director de la Escuela de Posgrado.

### CONSIDERANDO:

Que, mediante Resolución N° 022-2021-CD-EPG de fecha 16 de febrero de 2021, se aprueba la Directiva N° 09 que regula el Proceso de Firma de Empastado de Tesis en representación de Jurado y Asesor de Tesis de Maestría y Doctorado;

Que, mediante Resolución N° 106-2021-CU de fecha 11 de marzo de 2021 se ratifica la Resolución N° 022-2021-CD-EPG de fecha 16 de febrero de 2021;

Que, en la Directiva N° 09 que regula el Proceso de Firma de Empastado de Tesis en representación de Jurado y Asesor de Tesis de Maestría y Doctorado, en su Item 4, Procedimientos, incisos (d) y (e) dice:

d) El pedido es justificado cuando se debe a los siguientes motivos:

- Por Fallecimiento del miembro de jurado o asesor.
- Por impedimento de firmar del miembro del jurado o asesor.
- Por razones de salud del miembro de jurado o asesor.
- Por incumplimiento de esta obligación de jurado o asesor.

e) Basado en el presente acuerdo, la Directora de la EPG, emitirá una resolución autorizando la firma por el directivo o los directivos correspondientes para cada caso específico.

- En representación del asesor debe firmar el Coordinador del Programa.
- En representación de un miembro del jurado debe firmar el Director de la Unidad de Posgrado de la Facultad.
- En representación de un segundo miembro del jurado debe firmar el Jefe de la Unidad de Investigación de la Escuela de Posgrado;

Que, con expediente N°576-2023-EPG de fecha 15 de junio del 2023 la Sra. Mariana del Pilar Vásquez Zagaceta, del programa de Doctorado en Derecho y Ciencia Política, manifiesta que mediante RESOLUCION N°0182-2018-EPG se autorizó la sustentación de tesis de Doctorado titulada "PROPUESTA PARA GARANTIZAR LA VIGENCIA DEL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO EN DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN DE LOS HIJOS NACIDOS POR APLICACIÓN DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN EL PERÚ" para el día 08 de febrero de 2018, y manifiesta que el Dr. Luis Humberto Falla Lamadri - Vocal de su jurado, ha fallecido, y le Dr. Alejandro Lamadri Ubillus - Asesor de Tesis, ha fallecido y siendo uno de los requisitos para la obtención de su Grado Académico la presentación de sus tesis empastadas en la Biblioteca de la Escuela de Posgrado, solicita la autorización para la firma de tesis empastadas, en reemplazo del Vocal y el Asesor de tesis;

Que, mediante Oficio N° 508-D-2023-EPG de fecha 19 de junio de 2023, el Dr. Ivan Eduardo Salvador Briceño - Director EPG, solicita al Dr. Victor Anacleto Guerrero su opinión en calidad de Director de la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UNPRG,





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

*"M. Sc. Francis Villena Rodríguez"*



**RESOLUCIÓN N° 788-2023-EPG**

Lambayeque, 25 de agosto de 2023

Que, mediante Oficio N°024-2023-VRAG-DUPG-FDCP de fecha 21 de agosto de 2023 el Director de la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UNPRG manifiesta que corresponde autorizar la firma sustitutoria al Dr. Víctor Ruperto Anacleto Guerrero - Director de la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UNPRG en reemplazo del Dr. Luis Humberto Falla Lamadrid - Vocal de su jurado; y al Dr. Gilmer Alarcón Requejo - Coordinador del programa de Doctorado en Derecho y Ciencia Política en reemplazo del Dr. Alejandro Lamadrid Ubillus - Asesor de Tesis

Que, en base a los considerandos precedentes, debe emitirse la resolución pertinente;

En uso de las atribuciones que la Ley Universitaria 30220, el Estatuto de la UNPRG y el Reglamento de la Escuela de Posgrado, le confieren a la Directora de la Escuela de Postgrado de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo;

**SE RESUELVE:**

**ARTICULO PRIMERO.- AUTORIZAR** al Dr. Víctor Ruperto Anacleto Guerrero - Director de la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UNPRG, firmar los 04 empastados de la tesis titulada "PROPUESTA PARA GARANTIZAR LA VIGENCIA DEL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO EN DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN DE LOS HIJOS NACIDOS POR APLICACIÓN DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN EL PERÚ", de la Sra. Mariana del Pilar Vásquez Zagaceta, del programa de Doctorado en Derecho y Ciencia Política, en representación del Dr. Luis Humberto Falla Lamadrid - Vocal de su jurado.

**ARTICULO SEGUNDO.- AUTORIZAR** al Dr. Gilmer Alarcón Requejo - Coordinador del programa de Doctorado en Derecho y Ciencia Política, firmar los 04 empastados de la tesis titulada "PROPUESTA PARA GARANTIZAR LA VIGENCIA DEL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO EN DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN DE LOS HIJOS NACIDOS POR APLICACIÓN DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN EL PERÚ", de la Sra. Mariana del Pilar Vásquez Zagaceta, del programa de Doctorado en Derecho y Ciencia Política, en representación del Dr. Alejandro Lamadrid Ubillus - Asesor de Tesis.

**ARTICULO TERCERO.- HACER** conocer la presente resolución al Rectorado, Vicerectorado Académico, Vicerectorado de Investigación, Unidad de Coordinación EPG, Unidad de Investigación EPG, Unidad de Biblioteca EPG, Dr. Víctor Ruperto Anacleto Guerrero, Dr. Gilmer Alarcón Requejo, Sra. Mariana del Pilar Vásquez Zagaceta.

**REGÍSTRESE, COMUNIQUESE Y ARCHÍVESE.**

Dr. IVAN EDUARDO SALVADOR BRICEÑO  
 Director EPG

DCP

Lic. DALILA BENISSE CHÁVEZ PAZ  
 Secretaria EPG