

FACULTAD DE DERECHO

Escuela Académico Profesional de Derecho

Tesis

**Regulación de la voluntad procreacional desde la defensa de
los derechos del niño nacido de una fertilización in vitro
heteróloga en la legislación peruana vigente**

Milena Valentina Santos Sanchez
Ilyam Zachari Estares Salas

Para optar el Título Profesional de
Abogado

Huancayo, 2024

Repositorio Institucional Continental
Tesis digital



Esta obra está bajo una Licencia "Creative Commons Atribución 4.0 Internacional" .

INFORME DE CONFORMIDAD DE ORIGINALIDAD DE TRABAJO DE INVESTIGACIÓN

A : Decana de la Facultad de Derecho
DE : Julio Cesar Escobar Andia
Asesor de trabajo de investigación
ASUNTO : Remito resultado de evaluación de originalidad de trabajo de investigación
FECHA : 20 de Setiembre de 2024

Con sumo agrado me dirijo a vuestro despacho para informar que, en mi condición de asesor del trabajo de investigación:

Título:

REGULACIÓN DE LA VOLUNTAD PROCREACIONAL DESDE LA DEFENSA DE LOS DERECHOS DEL NIÑO NACIDO DE UNA FERTILIZACIÓN IN VITRO HETERÓLOGA EN LA LEGISLACIÓN PERUANA VIGENTE.

Autor:

Milena Valentina Santos Sanchez – EAP. Derecho
Ilyam Zachari Estares Salas – EAP. Derecho

Se procedió con la carga del documento a la plataforma "Turnitin" y se realizó la verificación completa de las coincidencias resaltadas por el software dando por resultado 17 % de similitud sin encontrarse hallazgos relacionados a plagio. Se utilizaron los siguientes filtros:

- Filtro de exclusión de bibliografía SI NO
- Filtro de exclusión de grupos de palabras menores
Número palabras excluidas: 30. SI NO
- Exclusión de fuente por trabajo anterior del mismo estudiante SI NO

En consecuencia, se determina que el trabajo de investigación constituye un documento original al presentar similitud de otros autores (citas) por debajo del porcentaje establecido por la Universidad Continental.

Recae toda responsabilidad del contenido del trabajo de investigación sobre el autor y asesor, en concordancia a los principios expresados en el Reglamento del Registro Nacional de Trabajos conducentes a Grados y Títulos – RENATI y en la normativa de la Universidad Continental.

Atentamente,

La firma del asesor obra en el archivo original
(No se muestra en este documento por estar expuesto a publicación)

Dedicatoria

Esta tesis, se encuentra dedicada a Dios y a nuestra santísima Virgen del Carmen, quienes nos han guiado de inicio a fin en esta travesía, que por medio de su intercesión, el apoyo y aliento de nuestros padres, hermanos y grandes amistades; hemos logrado culminar una etapa importante de nuestra vida y formación académica, que se convertirá en el origen de nuevas aspiraciones.

Agradecimientos

En primer lugar, nos gustaría agradecer a nuestro Padre Celestial y a nuestra amada Virgen del Carmen, por las gracias y oportunidades concedidas para la gestación y realización del presente trabajo de investigación.

En segundo lugar, agradecemos también a nuestros padres: Adolfo, Patricia Geovanna, Wilfredo Alberto, Libia; por ser quienes nos inspiran a ser mejores personas y profesionales día con día. Así como también a nuestros hermanos: Ciro Adolfo, Luciana Patricia, Lyha; por ser la motivación y soporte que nos ha permitido culminar este anhelo.

En tercer lugar, nos gustaría reconocer a don Francisco Sánchez Quispe y doña Georgina Regina Rodríguez de Santos, por ser las personas que han propendido la indagación y discusión de un tema que aún tiene muchas vertientes por explorar.

Finalmente, y no menos importante, expresamos nuestra infinita gratitud a nuestro asesor de tesis y a todos nuestros maestros, quienes al participarnos de sus conocimientos se han convertido en parte esencial de nuestra formación profesional.

RESUMEN

Título: “Regulación de la voluntad procreacional desde la defensa de los derechos del niño nacido de una fertilización in vitro heteróloga en la legislación peruana vigente”.

En la presente investigación, la motivación reside principalmente en analizar cómo se realizaría la regulación de la voluntad procreacional considerando derechos como el interés superior del niño y derecho a la identidad estática en el caso de niños nacidos mediante la fertilización in vitro heteróloga en la legislación peruana vigente, tomando en consideración el impacto que tiene respecto a la identidad estática del niño nacido por medio de esta técnica, y en las personas que intervienen en el proceso. Como método de investigación, se ha empleado el de carácter deductivo, siendo una investigación de tipo teórica de nivel básico, desarrollado a nivel exploratorio, en la cual se utilizó la ficha documental como instrumento. A nivel de resultados, se indica que en la actualidad no existe una regulación sobre la voluntad procreacional en el caso de niños nacidos mediante la fertilización in vitro heteróloga. Como conclusión se plantea que la regulación de la voluntad procreacional debe considerar un análisis del caso en específico, debiendo considerar derechos del niño, tales como el interés superior del niño y derecho a la identidad estática para no afectar el desarrollo de este ser humano.

Palabras claves: filiación, fertilización in vitro heteróloga, voluntad procreacional, derecho a la identidad estática, consentimiento informado.

ABSTRACT

Title: “Regulation of the procreative will from the defense of the rights of the child born from heterologous in vitro fertilization in current Peruvian legislation”.

In the present research, the motivation lies mainly in analyzing how the regulation of procreational will would be carried out, considering rights such as the best interest of the child and the right to static identity in the case of children born through heterologous in vitro fertilization under current Peruvian legislation. The study takes into account the impact on the static identity of the child born through this technique, as well as on the individuals involved in the process. The research method employed is of a deductive nature, being a theoretical investigation at a basic level, developed at an exploratory level, in which the documentary file was used as an instrument. In terms of results, it is indicated that there is currently no regulation on procreational will in the case of children born through heterologous in vitro fertilization. As a conclusion, it is suggested that the regulation of procreational will must consider a specific case analysis, taking into account children's rights, such as the best interest of the child and the right to static identity, in order not to affect the development of this human being.

Keywords: Filiation, heterologous in vitro fertilization, procreative will, right to static identity, informed consent

LISTA DE CONTENIDO

RESUMEN	6
ABSTRACT.....	7
INTRODUCCIÓN	10
CAPÍTULO I: PLANTEAMIENTO DEL ESTUDIO.....	12
I. Planteamiento del problema	12
1.1 Descripción del problema	12
1.2 Delimitación del Problema	14
1.2.1 Delimitación espacial.....	14
1.2.2. Delimitación temporal	15
1.2.3. Delimitación Conceptual	15
1.3 Formulación del problema.....	15
1.3.1. Problema general	15
1.3.2 Problemas específicos.....	15
1.4 Objetivos.....	16
1.4.1 Objetivo General.....	16
1.4.2 Objetivos Específicos.....	16
1.5 Justificación de la Investigación	16
1.5.1. Justificación teórica	16
1.5.2. Justificación práctica.....	17
1.5.3. Justificación social.....	17
CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO	18
2.1. Antecedentes del estudio	18
2.1.1 Antecedentes Internacionales.....	18
2.1.2 Antecedentes Nacionales	25
2.2. Teorías.....	27
2.2.1. Teoría Contractual	27
2.2.2. Teoría del Acto Condicionado	28
2.2.3. Teoría Institucional	28
2.2.4. Teoría de la Ética de la Responsabilidad Parental	29
2.3. Bases Teóricas	30

2.3.1. técnicas de reproducción humana asistida	30
2.3.2. Fertilización In Vitro.....	34
2.3.3. Derecho a la Reproducción.....	35
2.3.4 El Derecho a la Reproducción en el Perú	38
2.3.5. Regulación de la Filiación	40
2.3.6. Voluntad Procreacional.....	51
2.3.7. Derechos del niño	68
CAPÍTULO III: CATEGORIAS Y SUBCATEGORÍAS	76
3.1. Categorías	76
3.2.1. Identificación de categorías	76
3.2.2. Matriz de categorización.....	76
CAPÍTULO IV: METODOLOGÍA.....	78
4.1. Método de Investigación.....	78
4.1.1. Tipo de Investigación.....	78
4.1.2. Nivel de Investigación	79
4.1.3. Diseño de Investigación	79
4.2. Técnicas e Instrumentos de Recolección de Datos	79
4.2.1. Técnica de Recolección de Datos	79
4.2.2. Instrumento de Recolección de Datos.....	80
CAPÍTULO V: RESULTADOS Y DISCUSIÓN.....	81
5.1. Resultados.....	81
5.2. Discusión	86
CAPÍTULO VI: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	92
6.1. Conclusiones.....	92
6.2. Recomendaciones	94
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	98
ANEXOS	103
ANEXO I: MATRIZ DE CONSISTENCIA.....	103

INTRODUCCIÓN

El desarrollo y avance de las técnicas de reproducción humana asistida ha ocasionado un gran impacto tanto a nivel social como jurídico, pues si bien han permitido que a través de su aplicación se logre el acceso y desenvolvimiento de la maternidad o paternidad de aquellas personas que no podían hacerlo de manera natural, debido al padecimiento de problemas médicos o a razones sociales, no es menos cierto que su tratamiento legal no va a la par del progreso biotecnológico.

Esta disparidad ha ocasionado la existencia de vacíos legales, que impiden una real actuación por parte del Estado en la garantía y protección de los derechos humanos de los niños que nacen por la aplicación de las TRHA y de las personas que intervienen en su puesta en práctica como lo son los siguientes: los profesionales que realizan el procedimiento médico, la pareja que recurre a la fertilización in vitro, y los terceros (donantes de gametos).

La concepción y nacimiento de una nueva vida humana trae consigo a la filiación, institución jurídica de suma importancia que otorga una serie de derechos y obligaciones caracterizados por la reciprocidad entre los padres e hijos; sin embargo, a raíz de las TRHA su concepción y tratamiento se ha visto ajeno a la realidad, originando la disociación de los padres biológicos con los volitivos por sobre los niños nacidos por medio de dichos procedimientos.

Dicho problema se agudiza aún más en el caso de aquellos niños que se han concebido y nacido por medio de la utilización de la fertilización in vitro heteróloga, escenario en el cual surgen las mayores interrogantes referentes a la filiación, por cuanto el material genético del niño puede ser parcial o totalmente diferente al de uno o ambos progenitores, poniendo en tela de juicio el vínculo paterno filial existente; así como el derecho a la identidad del menor.

Lo que se pretende con la investigación, es que la institución de la filiación dentro del derecho de familia sea repensada, a fin de que la voluntad procreacional se convierta en el factor preponderante para el reconocimiento de la relación paterno filial en los niños nacidos mediante la fertilización in vitro heteróloga a fin de que se preserve tanto los derechos de las personas intervinientes como el derecho a la identidad del niño que nacen producto de su práctica; permitiendo una real actuación por parte del Estado.

En torno al contenido de la presente tesis, esta se encuentra dividida en cuatro capítulos, siendo la estructura empleada la siguiente: en el capítulo I, se sustenta el planteamiento del problema, la formulación del problema, la justificación del problema y la delimitación de la investigación; en el capítulo II (marco teórico), se expone los antecedentes de la investigación, bases teóricas de la investigación y su definición conceptual; en el capítulo III, se detalla la metodología empleada para la elaboración del presente trabajo de investigación; en el capítulo IV, se encuentra la discusión del análisis efectuado; y, finalmente se encuentran las conclusiones y recomendaciones así como también las referencias bibliográficas y anexos.

Los autores

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO DEL ESTUDIO

I. Planteamiento del Problema

1.1 Descripción del problema

El derecho es una ciencia social que al ser parte de la vida del hombre se encuentra presente antes de su nacimiento e incluso va más allá de su muerte, pues su esencia gira entorno a las problemáticas sociales que presiden las relaciones que entabla el ser humano tanto con la sociedad como con el Estado, debiendo cumplir en ese entendido una función progresiva o evolucionada conforme a la realidad en la que se presenta, con miras a contribuir a la preservación de una vida en común tomando en cuenta las transformaciones culturales, económicas, políticas, antropológicas, etc.

En tal virtud, han aparecido nuevas ramas de estudio frente al progreso de la ciencia y la tecnología como es la bioética y el bioderecho, las cuales han permitido el desarrollo de diferentes técnicas biotecnológicas que han surtido repercusión en la vida cotidiana de la población en general, y ha generado un cambio de 360° en la percepción del concepto de reproducción humana que ante los problemas de infertilidad y la imposibilidad de muchas parejas de procrear, se ha erigido como una propuesta de solución ante dichos obstáculos que se presentan.

Ahora bien, el índice de parejas que presentan problemas reproductivos que conllevan a problemas de fertilidad acorde a los datos señalados en la página oficial de la Organización Mundial de la Salud son de 48 millones de parejas y 186 millones de personas (Organización Mundial de la Salud, 2020); asimismo, las Guías Nacionales de Atención Integral de la Salud Sexual y Reproductiva del Perú, señalan que alrededor del 10 % al 15 % de la población

padecen de este problema en nuestro Estado, no existiendo reportes más actualizados en cuanto a estadísticas (Ministerio de Salud, 2004) .

Dichos datos se corroboran con el incremento de los centros de fertilidad y especialistas que ofrecen tratamientos de reproducción humana asistida, cuya aparición se encuentra de manera proporcional con el padecimiento de las parejas y su deseo de ser padres; es así, como tan solo la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida cuenta con 200 centros adscritos, los cuales además reportan los resultados que obtienen a fin de contribuir y promover los avances en la comunidad científica.

Es, entonces, que a partir de la utilización de las diversas técnicas de reproducción humana asistida (en adelante TRHA) que se hace factible la concepción y el nacimiento de una nueva vida frente a los diversos problemas reproductivos de las parejas, ofreciéndoles además una alternativa de solución que les permita ejercer su paternidad y maternidad de manera libre, consciente y voluntaria. Las TRHA pueden ser clasificadas dependiendo de la complejidad del tratamiento (alta o baja) así como dependiendo del material genético a ser utilizado (homóloga o heteróloga).

Si bien las TRHA comprenden una infinidad de métodos, para el presente estudio, la fertilización in vitro (en adelante FIV), será la técnica bajo la cual se estructurará el análisis respectivo en función a la utilización del material genético de un tercero, es decir, la investigación centrará su estudio en la fertilización in vitro heteróloga. Es preciso considerar que la FIV, es uno de los métodos más populares que es aplicado de manera independiente o conjunta con otras TRHA, pues tan solo para el 2015 se realizaron 5000 tratamientos de alta complejidad que involucraron su aplicación (Salas, 2016).

Es así que contemplando las situaciones tan amplias que involucra el uso de la biotecnología y los conflictos jurídicos que han surgido en relación a la determinación de la filiación de los niños nacidos por medio de la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida, es que es innegable la creciente incertidumbre respecto al tratamiento de los derechos del padre o los padres que no aportan su material genético, dependiendo del caso en concreto y más aún cuando nos encontramos frente a la FIV heteróloga como TRHA.

Por otro lado, tomando en cuenta que el reconocimiento de las relaciones paterno-filiales tienen como premisa el análisis del vínculo biológico o consanguíneo existente entre los padres y sus hijos; es que al encontrarnos frente a un caso de FIV heteróloga, la filiación y la identidad del niño nacido por medio de esta técnica actualmente queda supeditado a la voluntad y comportamiento de un tercero, que se instituye como cedente; lo que podría constituirse en un peligro para el desarrollo psicosocial del niño que a su vez vea perjudicado el proyecto familiar contemplado por sus padres.

En tal sentido, al constatar que la continuidad de la preservación de la raza humana ya no depende exclusivamente de las relaciones sexuales sostenidas entre un hombre y una mujer, dado a la existencia de las TRHA, es necesario evaluar la posibilidad de incorporación la voluntad procreacional en la legislación peruana vigente, para los niños nacidos producto de su aplicación, con el análisis de cada caso en particular, sobre todo cuando se trata de la FIV heteróloga en relación con el cedente del material genético.

1.2 Delimitación del Problema

1.2.1 Delimitación espacial

La presente investigación tiene como ámbito espacial su tratamiento en la legislación peruana.

1.2.2. Delimitación temporal

La investigación se desarrolla considerando como ámbito temporal de estudio, el 2024.

1.2.3. Delimitación conceptual

- Derecho a la reproducción
- Fertilización in vitro heteróloga
- Voluntad procreacional
- Autonomía personal
- Consentimiento informado
- Interés superior del niño y adolescente
- Derecho a la identidad estática

1.3 Formulación del Problema

1.3.1. Problema general

¿De qué manera se debería realizar la regulación de la voluntad procreacional desde la defensa de los derechos del niño nacido de una fertilización in vitro heteróloga en la legislación peruana vigente?

1.3.2 Problemas específicos

- ¿Cómo se debería considerar el interés superior del niño al realizar la regulación de la voluntad procreacional desde la defensa de los derechos del niño nacido de una fertilización in vitro heteróloga en la legislación peruana vigente?
- ¿Cómo se debería considerar la identidad estática al realizar la regulación de la voluntad procreacional desde la defensa de los derechos del niño nacido de una fertilización in vitro heteróloga en la legislación peruana vigente?

1.4 Objetivos

1.4.1 Objetivo general

Analizar de qué manera se debería realizar la regulación de la voluntad procreacional desde la defensa de los derechos del niño nacido de una fertilización in vitro heteróloga en la legislación peruana vigente.

1.4.2 Objetivos específicos

- Analizar cómo se debería considerar el interés superior del niño al realizar la regulación de la voluntad procreacional desde la defensa de los derechos del niño nacido de una fertilización in vitro heteróloga en la legislación peruana vigente.
- Analizar cómo se debería considerar la identidad estática al realizar la regulación de la voluntad procreacional desde la defensa de los derechos del niño nacido de una fertilización in vitro heteróloga en la legislación peruana vigente.

1.5 Justificación de la Investigación

1.5.1. Justificación teórica

Ante el vacío normativo existente en la legislación peruana referente al tratamiento de la regulación paterno filial de los niños nacidos mediante TRHA, especialmente de la FIV heteróloga, la presente investigación aportará conocimientos nuevos al derecho de familia, enfocados en la institución de la familia como en el interés superior del niño; que partirá desde el reconocimiento del derecho de reproducción, la voluntad procreacional, la autonomía de la voluntad, el consentimiento informado y el derecho de identidad. Asimismo, expondrá la necesidad que tiene la legislación peruana vigente de adoptar medidas a nivel de políticas

públicas entorno a la salud (implementación y ejecución estandariza para la consecución de las TRHA) y el manejo de la información del cedente, padres volitivos y el nacido por medio de su aplicación en pro de la protección a su derecho a la identidad.

1.5.2. Justificación práctica

La investigación a nivel práctico, aportará conocimientos a los legisladores y operadores jurídicos a fin de que puedan garantizar y propender a una real protección a la institución de la familia y al interés superior del niño nacido por medio de las TRHA (enfocado en su derecho a la identidad), en específico de la FIV heteróloga, sin dejar de lado a las personas intervinientes para su realización (padres volitivos, cedentes, centros de salud); a fin de lograr una mayor prospección en el tratamiento del derecho de familia desde una perspectiva constitucionalizada, tomando en cuenta el impacto primario generado por el derecho internacional de los derechos humanos, que conlleve a la renovación del concepto tradicional de paternidad.

1.5.3. Justificación social

El aporte social de la presente investigación radica en que a través de su desarrollo se pretende otorgar un mayor grado de protección al niño nacido por medio de una TRHA, en específico de una FIV heteróloga, sin dejar de lado los derechos que revisten a los padres y cedentes; permitiendo ampliar la concepción de las relaciones familiares que van evolucionando con los avances de la tecnología y el tiempo, requiriendo de un tratamiento legal que se encuentre acorde al desarrollo social que permita al Estado velar por el interés superior del niño, el derecho reproductivo de los padres, el manejo de la información de los cedentes en casos de TRHA, contemplando parámetros generales para la puesta en práctica de la FIV heteróloga a nivel de la salud y del registro civil.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes del Estudio

El tratamiento de las TRHA es un tema relativamente reciente en diversos ámbitos como lo son la medicina, la ciencia, la ética, y a ello no es ajeno el ámbito jurídico, pues a partir de su sola existencia se han suscitado un sin número de interrogantes y respuestas respecto a la licitud de su práctica, la filiación del nacido por medio de ellas, el derecho a la identidad, la afectación del derecho a la intimidad del cedente, la libre disposición del cuerpo humano; es entonces, que a raíz de todo ello se han desarrollado investigaciones tanto a nivel nacional e internacional que se pasará a detallar.

2.1.1 Antecedentes internacionales

En primera instancia, como parte del contexto internacional de estudio, se tiene la investigación formulada por Guridi y Hevia (2023), quienes plantean como objetivo la identificación de la diversidad de legislaciones que involucran los casos de la reproducción humana asistida en Chile; plasmando así por metodología la conjugación de diversos momentos en función al resguardo y protección de los derechos que avalan a los niños (as) y adolescentes, tomando como eje principal a su derecho de identidad como seres humanos. En este sentido, tras los resultados, se tomó por conclusión que por parte de la filiación multiparental que se traduce como el reconocimiento de al menos dos vínculos de orden filial, se debe tener en cuenta requerimientos mínimos para optar por este procedimiento, puesto que no es suficiente la sola existencia de una relación socioafectiva, ya que se debe comprobar situaciones como la voluntad de procreación, los estatutos internacionales, y toda la gama de preceptos que el ordenamiento jurídico pueda regular la idiosincrasia de cada país. En este caso

como parte del objetivo de estudio, en Chile existen regulaciones que velan por la seguridad de los niños, mismos que por medio de la Corte Suprema, por ejemplo, evitan la inscripción irregular de dos madres o padres a la vez para la partida de nacimiento de un niño, teniendo así medidas indirectas que apoyan la coherencia en estas técnicas de reproducción, por lo que se insta a formular reformas que se dediquen directamente a complementar los estatutos filiales para concretar una regulación de procedimientos legales coherentes, ya que deben englobar las técnicas de reproducción humana asistida, la biotecnología reproductiva y los diversos aspectos secundarios entorno a ello para la integración de la ley en la legislación chilena.

A su vez, Zaldívar (2022) como parte de su investigación, formuló como objetivo el análisis de las TRHA, tomando un contexto de estudio a nivel latinoamericano, que describe el empleo de la reproducción asistida como método cada vez más utilizado, siendo cada vez más efectivo. En este caso como parte de la metodología se toma la recopilación de procedimientos que son regulados por la norma jurídica, tomando en cuenta entonces procesos de aprehensión sobre la base de las posturas legislativas sobre el impacto biocientífico que tiene la reproducción asistida sobre el desarrollo de los derechos internacionales. A partir de los resultados de estudio, se tiene por conclusión y análisis que este tipo de métodos han revolucionado y conmocionado el área médica, teniendo como su principal punto la ética que como consecuencia trae los aspectos de derechos humanos; pues se ha de considerar cuestiones como la regulación, las técnicas, las formas, la aplicación, manifestando así interrogantes jurídicas que no pueden soslayarse frente a la gran relevancia del crecimiento científico y la gran magnitud que representa para la humanidad. Finalmente, se debe entender que de no existir un balance las restricciones pueden limitar el avance de este tipo de biotecnologías, pues las restricciones jurídicas deben ser las justas y necesarias para ser amigables con la sociedad y sus propios derechos humanos, sin dejar de lado entonces los valores jurídicos.

Por su parte, Cadenas (2022) como parte de su investigación, vio por conveniente estudiar la problemática existente sobre la filiación existente para la segunda maternidad de parejas que optan por método de reproducción asistida, tomando en cuenta que este tipo de métodos no viene siendo regulado por las leyes civiles internacionales, pues no es autónoma, ya que se muestra en el artículo 7.1 de la LTRDHA 2006. De esta manera como parte de los resultados se determinó que para este tipo de métodos que involucran la reproducción humana se debe respetar el mismo estatuto tomando en cuenta los artículos 8, 9 y 10, en materia de filiación, además de aplicar correctamente las normas Código Civil español; no obstante, si bien se puede tener una forma de tratar esta problemática, la misma generan incoherencias o bien las denominadas distorsiones, en donde existen incongruencias por la bivalencia de situaciones para la maternidad desde diferentes orígenes tanto en la primera como en la segunda maternidad, pues ya responden a cuestiones de orden biológico en la estructura del ser humano. Tomando así por conclusión que según el autor, solo existiría la maternidad por una de las involucradas, respetando la definición del término, ya que la biología solo le pertenecería a una de ellas, pues la progenitora encaja en la definición de filiación artificial por naturaleza, siendo este el punto de partida para establecer un nuevo formato de ley que permita instaurar este tipo de maternidad doble, ya que se debe tener en cuenta el principio base de apostar por un proyecto en conjunto de dos personas que quieren formar una familia, en este sentido, se deben ligar aspectos de régimen jurídico que den soporte a esta filiación con fundamentos claros que expliquen el aspecto volitivo que involucra la posibilidad de acceder a un método como la reproducción asistida.

Mientras que Ferreira et al. (2021), para su investigación, buscaron comprobar los efectos que tenía la ectogénesis sobre las áreas de filiación que comprende la legislación brasileña. En este sentido, como parte de los resultados obtenidos se supo que es posible

emplear técnicas de reproducción a partir de métodos extracorpóreos (siendo el FIV la técnica) que en consecuencia puede llevar su proceso de formación en incubadores para bebés prematuros, a partir de ello, se llegó a la conclusión de que en función a la diversidad de estudios que indican a esta como la base del desarrollo futuro, como herramienta fundamental, la ectogénesis vendrían a ser una forma alternativa de controlar los nacimientos y miembros para familias que dispongan de recursos y proyectos parentales que afiancen mejor los vínculos paternales y filiales con sus hijos producto de tal procedimiento, no obstante, este concepto atentaría con los derechos humanos fundamentales y el manejo de las futuras descendencias; siendo esta la situación, se sabe que deben implementarse con mayor razón normativas de naturaleza jurídico-legislativa, velando por aspectos como la voluntad procreacional, partiendo de la definición que trae consigo la ectogénesis. En este sentido, si se consideran a la par los aspectos humanos, sociales y jurídicos de las personas en un solo dirección, se respetará y concretará estas nuevas formas de filiación, que complementarán a lo ya conocido y potenciarán la regulación del futuro en las sociedades.

A su turno, Reguera (2021), sobre la base de su estudio, buscó analizar los riesgos que conlleva la reproducción humana, tomando como punto las posibilidades de existir mutaciones o enfermedades en los recién nacidos, que pueden ser controladas o bien exterminadas cuando existen métodos como los de reproducción asistida. Por parte de la metodología de análisis en la investigación se toma una perspectiva de orientación ético-jurídica, que busca regular este tipo de técnicas, ya que si bien eliminan riesgos potenciales, toman partido en otro tipo de situaciones que el cribado genético no contempla del todo (tomando como ejemplo el ámbito psicosocial). Como parte de los resultados se determinó entonces que el cribado no debe reflejar algún tipo de discriminación o impedimento étnico, pues este tipo de metodologías no deben estigmatizarse en la sociedad, tomando en cuenta que este tipo de avances científicos se dan en

pro del desarrollo mundial. En este sentido se toma por conclusión que si bien el cribado es un avance tecnológico para la sociedad, este mismo debe respetar elementos tales como la regulación jurídica y el requisito ético, pues se debe cuidar del manejo de la genética de nuestra especie, por tanto, este control debe ser tomado con un propósito conjunto, mas no individual. Además, cabe resaltar detalles como la discreción y manejo confidencial de información, en donde cada involucrada tengo el cuidado de su información, misma que por ejemplo, no debe ser utilizada con fines de comercio para donantes.

Asimismo, Suárez y Pérez (2021), en su estudio, buscaron analizar la filiación que tiene origen en métodos como la fertilización in vitro heteróloga. En este caso, como parte de los resultados se observó que esta metodología de reproducción tiene una tipicidad novedosa, misma que tiene un gran apogeo pero que modifica los aspectos jurídicos en relación con el derecho de familia, ya que cambia el modelo de la proyección parental, teniendo como eje los efectos jurídicos, todo ello con origen en la capacidad y sobre todo la voluntad por tener hijos (procreacional). En el caso de Cuba, este tipo de métodos se viene implementado en el campo de la medicina, pero aún no ha trascendido en torno a una correcta normativa con realidad legislativa, para este caso entonces se evidenció una carencia en el sistema de leyes para procedimientos médicos novedosos. Por lo que, los autores concluyen que las regulaciones por métodos de fertilización in vitro no se encuentran protegidos por ámbitos de filiación, no existiendo una estructura adecuada de las leyes cubanas que permitan una regulación de elementos que hagan posible, sin impedimentos, la voluntad procreacional como proyectos parentales de las parejas que da la fertilización in vitro heteróloga.

A su vez, Esparza (2020) desarrolló un artículo de investigación científica con el objetivo de evidenciar la necesidad de una regulación a nivel de los estados federales de México que contemple aspectos generales en cuanto a la puesta en práctica de las TRHA, tanto a nivel

de procedimientos médicos como a nivel sanitario, destacando la incidencia de la voluntad procreacional en materia filiatoria donde el consentimiento informado juega un rol importante; la metodología utilizada fue la investigación descriptiva. La conclusión a la que arribó fue que existe una necesidad imperante de reforma en la Ley General de Salud de México a fin de que a nivel estandarizado, se contemple aspectos generales de los servicios de la reproducción humana asistida en los cuales se ha de considerar el consentimiento de los usuarios para la intervención sobre sus cuerpos o utilización de sus células germinales, así como, la manifestación de voluntad para asumir las obligaciones parentales respecto a la nueva vida generada a partir de dichos procedimientos. Este antecedente nos es útil, pues también nos ayuda a replantearnos los alcances que deban abarcar las políticas públicas a nivel de salud en el Perú, así como, la incidencia que debe tener el consentimiento informado en el tratamiento legal peruano de las TRHA y más aún cuando estamos ante la FIV heteróloga.

A su turno, en el artículo científico elaborado por Espinoza et al. (2020), se tuvo por objetivo proponer los alcances para la elaboración de una nueva ley referente al uso de la gestación por sustitución que garantice el derecho a la libertad sexual y el derecho a la familia. La metodología utilizada fue basada en un enfoque cualitativo, mediante la recolección y análisis en una tipología documental-bibliográfica; los métodos aplicados fueron el inductivo-deductivo, analítico-sintético, e histórico-lógico. La conclusión arribada por los autores en el presente trabajo versa sobre la regulación de la maternidad subrogada altruista como fuente para el respeto del derecho a la libertad sexual y el derecho de familia, en el cual consideran la asesoría médica brindada a la mujer que presta su vientre para el engendramiento de una nueva vida tanto de manera física como mental; cuyo contrato a título gratuito y acorde a la propuesta de los autores ha de ser celebrado con la intervención de un juez a fin de proteger el interés del nuevo ser. Este trabajo, si bien presenta un enfoque que va más allá del interés de los padres

por ejercer su maternidad o paternidad, abarcando a la par el cuidado a la integridad de la tercera persona que interviene como madre gestante, únicamente versa de manera somera el tema sobre el interés superior del niño, por lo que no se enfoca siquiera en las posibles repercusiones a las que se expondría al niño concebido de dicha manera.

Por su parte, Beetar (2019) tuvo por objetivo proponer un marco de legislación referente a la maternidad subrogada en dicho país, considerando una interrelación entre el enfoque del derecho de familia y el derecho penal que reconoce a la intención procreacional como factor relevante para determinar la filiación en los casos de la maternidad subrogada, para que al momento de tipificar una conducta punible el bien jurídico tutelado sea la filiación y no la libertad individual, lo cual conllevaría a la creación de tipos penales referidos a la ocultación y entrega de un hijo vinculados a la suposición de un embarazo o parto. La metodología empleada en el presente artículo se centra en un enfoque cualitativo, siendo una investigación descriptivo-prescriptivo, por medio de la cual el autor concluye que se ha de adoptar un tipo de maternidad subrogada altruista en Colombia para no tergiversar la finalidad de esta figura y permita contemplar la idea de establecer un marco legal intermedio que permita la práctica de esta TRHA pero con limitaciones, en donde el comportamiento de ambas partes se encuentre bajo la supervisión del derecho de familia y el derecho penal a fin de tutelar el bienestar integral del nacido fruto de la celebración del convenio de maternidad subrogada.

Por su lado, Baldessari (2017) realizó una investigación con el objetivo de analizar cómo la nueva categoría de la filiación basada en la voluntad procreacional contenida en la actual normativa argentina, ha sido regulada tomando en cuenta las necesidades del adulto que se somete a la práctica de las TRHA; utilizando una metodología cualitativa, de tipo de investigación básico y de diseño no experimental. La investigadora concluye que la protección estatal debe priorizar los intereses del niño por sobre los de cualquier adulto, lo cual

lamentablemente no se ha reflejado en la regulación de la nueva categoría de filiación en la normativa argentina que limita su derecho a la identidad y su crecimiento tanto con una figura paterna o materna. Esta investigación es importante para nuestra investigación puesto que nos permitirá enfocarnos en el niño alejándonos de una visión adultocentrista, que tendrá como eje central al interés superior del niño para su análisis y elaboración, dejando de lado las necesidades parentales y del cedente que intervienen en la práctica de la FIV heterológica, pero que no por ello serán olvidadas.

2.1.2 Antecedentes nacionales

Considerando entonces un contexto nacional, se tiene el estudio formulado por López y Breña (2024), ya que buscaron examinar los casos y el accionar sobre la fecundación artificial asistida en el Perú. Ahora bien, tras los resultados, se llegó a la conclusión de que hay una serie de requisitos fundamentales que sirven como medio para optar por este tipo de fecundación, en la ciudad de Arequipa, por lo que primero se debe tener la certeza de la impotencia o bien la infertilidad de la pareja que requiera del procedimiento, asimismo, como segundo requerimiento se debe contar con la aceptación por medio de un documento firmado de la pareja, como tercer requerimiento tener en cuenta la edad y el estado civil de los involucrados, para finalmente como cuarto requerimiento presentar un examen psicológico y un informe económico de la pareja; en este sentido, se debe entender que los problemas jurídicos que surgen por parte de estas situaciones vienen por no reglamentar y estructurar correctamente los procedimientos en las clínicas de fertilidad de dicha ciudad, por ello, proponen un decreto de ley, como norma que se deba seguir para los procesos de fecundación artificial en las clínicas ya mencionadas, para que así las parejas tenga conocimiento de que hacer y presentar su documentación en tanto a su edad, estado civil, informe económico y examen psicológico; además como una de las medidas propuestas también se menciona la posibilidad de que los

padres biológicos tengan la oportunidad de conocer a sus hijos producto de este procedimiento, haciendo valer entonces el derecho fundamental de la identidad.

A su vez, Chapa (2022) expuso el carente tratamiento legislativo de las TRHA en el Perú, por lo cual tiene como objetivo demostrar la necesidad de una variación en el sentido filiatorio reconocido en el ordenamiento civil peruano, más aún cuando nos encontremos frente a la figura de la maternidad subrogada como procedimiento por el cual se gesta una nueva vida. La metodología que usa es una investigación descriptivo-exploratoria. La conclusión a la que arriba radica en la necesidad de un cambio legislativo que permita evitar la ambigüedad de la norma, la confrontación de derechos fundamentales y el abuso de derecho entre los participantes de la maternidad subrogada; así como, normar la identidad del niño nacido a través de este procedimiento por medio de la voluntad procreacional, sin embargo, olvida hondar en las otras TRHA que han de intervenir para poder lograr el nacimiento del niño a través de la gestación por sustitución y por ende de las personas intervinientes en el proceso como lo es el cedente. Dicha investigación es de suma importancia para la tesis pues aporta conocimientos referentes a la voluntad procreacional, que se convierten en aspectos relevantes a tener en consideración a fin de que no exista un uso abusivo del derecho, proteger derechos fundamentales tanto de los padres como del niño nacido de las TRHA.

Mientras que Saavedra (2018) desarrolló su estudio teniendo por objetivo analizar desde una perspectiva jurídica los límites respecto a la intervención del hombre en su búsqueda para lograr tener descendencia, la cual fue analizada desde una perspectiva metodológica de una investigación explicativa. La presente investigación arriba a la conclusión de que el aparato legal debe proteger en primera instancia la vida del ser humano en todas sus etapas, tanto intra- como extrauterinas (hace referencia a los embriones), no concibiendo la idea que en atención al derecho reproductivo se vulneren derechos fundamentales del *nasciturus*, y más si dichas

afectaciones tienen sustento en la aplicación de las TERAS. Y, aunque esta investigación ofrece algunos aspectos a ser considerados para una póstuma legislación, esta solo contempla aspectos referidos a la integridad de los embriones, sin siquiera hondar en el concepto de voluntad procreacional, el tratamiento psicológico ligado a la identidad de los embriones o incluso de los padres, e incluso deja de lado, las reglas básicas a tener en consideración para su puesta en práctica a nivel de salud. Sin embargo, sí nos brinda un gran aporte en el tratamiento de los derechos humanos, centrándose especialmente en el derecho de reproducción, el uso de las TRHA y el proyecto familiar de quienes recurren a su aplicación.

2.2. Teorías

2.2.1. Teoría contractual

En principio, encontramos a la teoría contractual, en la que la autonomía de la voluntad juega un rol sumamente importante, que sostiene que la adopción se establece mediante un contrato que crea lazos puramente ficticios y civiles en referencia al parentesco y la filiación. Esta teoría llega a ser objetada por la intervención estatal, tanto administrativa como judicialmente, que puntualiza las condiciones y los efectos de su constitución, ya que en una relación contractual lo que prima es la voluntad de las partes y que excluye al Estado.

Bajo la óptica de esta teoría se entiende que no existía un verdadero estado familiar entre los integrantes que la componen, relegando así la importancia de la generación de vínculos socioafectivos, toda vez que lo único que traía consigo era la constitución de derechos alimentarios, sucesorios y la patria potestad; que no hacía más que evidenciar el desinterés por el cuidado o protección del niño adoptado y que se integraba a un nuevo seno familiar.

2.2.2. Teoría del acto condicionado

La segunda teoría es la del acto condicionado, la cual considera la manifestación de la voluntad tanto del adoptante como del adoptado, pero que la circunscribe a un acto jurídico que se encuentra supeditado a las solemnidades y requisitos exigidos por ley, que se apoya en el derecho de constituir una familia; no obstante, bajo dicha noción no es posible revelar la verdadera finalidad jurídica de la adopción, al no tomar con especificidad al niño y las necesidades que trae consigo y que son recogidas por instrumentos internacionales como la Convención sobre los Derechos del Niño, lo que da paso a la tercera corriente.

2.2.3. Teoría institucional

Por último, tenemos a la teoría institucional que concibe a la adopción como una institución del derecho del niño y adolescente, pero que es analizada bajo la óptica de dos perspectivas distintas ofrecidas por la doctrina de la situación irregular y la que considera al niño como sujeto de derecho.

2.2.3.1 Doctrina de la situación irregular

En cuanto a la primera, debemos mencionar que si bien aparentemente prioriza las necesidades del niño en el contexto de la adopción, no es menos cierto que las acciones del Estado se encuentran orientadas a lograr una paz social (estabilidad y seguridad) en función a las necesidades de la sociedad adulta; ya que esta doctrina no traza una distinción clara entre los niños que necesitan de protección y cuidado, con aquellos que se encuentran en conflicto con la ley penal, pues a ambos casos los ve como objetos de compasión y no delimita su accionar bajo el marco del respeto de sus derechos humanos, lo que se corrobora además con lo mencionado con el Dr. Rafael Sajón:

Se atendía igualmente a razones de orden público, la prevención general y especial del abandono, **del delito mediante una razonable política de seguridad v defensa social, colocando a los menores, huérfanos, abandonados en un medio familiar normal** y permitiendo su bienestar material y su desarrollo espiritual, al otorgársele un estatuto jurídico que los equiparaba a los hijos legítimos (citado por Salazar, 2004, p. 237).

2.2.3.2. Doctrina de la protección integral

En cambio, visto desde la perspectiva del niño como sujeto de derecho que hace referencia a la doctrina de la protección integral, la misma que se encuentra en concordancia con lo establecido por la Convención de Derechos del Niño, se puede decir que el principio del interés superior del niño regula las actuaciones del Estado, que será el ente encargado de brindar la asistencia necesaria y protección especial a los niños, más aún cuando nos encontremos frente a casos en que estos no puedan permanecer en su entorno familiar.

A partir de ello, dentro de la adopción aun cuando la manifestación de la voluntad desempeñe un rol importante, el niño será el elemento esencial y la justificación primordial sobre la cual se erija, constituyéndose como el mecanismo de protección para la infancia desprovista de un hogar, por medio del cual se salvaguardará el derecho del niño al desarrollo físico, espiritual, moral y social; para lo cual además, no solo se tendrá en cuenta la opinión del niño, sino que además el derecho a la identidad y nacionalidad del mismo, encontrando como limitante el respeto y la garantía de derechos de los niños.

2.2.4. Teoría de la ética de la responsabilidad parental

Se enfoca en los deberes morales y éticos que los padres tienen hacia sus hijos, especialmente en contextos donde se discute la determinación y el reconocimiento de la relación filial. Este enfoque ético subraya la importancia de que los progenitores actúen en

beneficio del bienestar integral de sus hijos, no limitándose únicamente a proporcionar cuidado físico y material, sino también garantizando un entorno emocional y afectivo estable y seguro.

Desde esta óptica, autores como Feinberg (1974) abogan por la idea de que los padres tienen la responsabilidad moral de criar a sus hijos de manera que promueva su desarrollo personal y moral. Esto implica tomar decisiones informadas que consideren el interés superior del niño como principio rector, incluso cuando estas decisiones puedan implicar sacrificios personales por parte de los adultos. En contextos donde se debaten aspectos éticos y legales de la filiación, como en situaciones de reproducción asistida, gestación subrogada o adopción, la ética de la responsabilidad parental también juega un papel crucial al evaluar la idoneidad de los futuros padres y su capacidad para cumplir con las obligaciones morales y legales hacia el niño que será integrado en su familia.

2.3. Bases Teóricas

2.3.1. Técnicas de reproducción humana asistida

El proceso reproductivo resulta ser parte de uno de los procedimientos más fascinantes y complejos existentes en la naturaleza, que ha sido merecedor de estudio por diversos campos de la ciencia al constituirse como una de las bases de la vida y la concepción que permiten que la raza humana se perpetúe a través del tiempo, convirtiéndose en uno de los mandatos sociales por medio del cual las personas consideran lograr la conformación de su propia unidad familiar y desarrollo personal.

Ante el notorio avance de la biomedicina como de la biotecnología es que se han desarrollado las técnicas de reproducción humana asistida mayormente conocidas por sus siglas TRHA o TERAS, que según las define la Organización Mundial de la Salud, engloba a todos los tratamientos y procedimientos que contemplen la manipulación de ovocitos y

espermatozoides y que como finalidad tienen el lograr un embarazo (Neciosup Santa Cruz, 2018); asimismo, reconoce que su uso no significa un tratamiento de la infertilidad o la esterilidad, noción que comparte la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia y que esboza en la Casación N.º 4323-2010.

Cabe precisar que a pesar de que la esterilidad y la infertilidad engloban conceptos ciertamente similares, existe un pequeño rasgo diferenciador entre ambos que se encuentra supeditado al momento en que no se puede lograr la germinación de una nueva vida; la esterilidad se presenta cuando existe dificultad en lograr un embarazo al cabo de un tiempo de haber mantenido relaciones sexuales sin protección, en cambio, el término infertilidad se usa cuando por más que el embarazo se ha logrado desarrollar no se consigue finalizar con la gestación de manera satisfactoria (Brugo-Olmedo et al., 2003).

Sin embargo, y aunque existe un rasgo distintivo entre ambos conceptos, es innegable que en ocasiones son usados como sinónimos dado a que en ambas situaciones se denota la imposibilidad de alcanzar una gestación satisfactoria, razón por la cual tanto la OMS como la Sociedad Europea de Reproducción y Embriología Humana (ESHRE), utilizan el término de la infertilidad para reconocer la condición médica de aquellas personas que luego de intentar lograr un embarazo durante un periodo de 12 meses sin investigaciones o tratamientos, no lo consiguen (ESHRE & Fertility Europe, 2017).

Es así, que entendiendo que la procreación humana asistida y la inserción de las técnicas de reproducción han respondido frente a la necesidad que representa el padecimiento de la infertilidad en las personas aunado a los avances médicos, el progreso biotecnológico y el deseo de concretar una familiar, es que cabe describir que las TRHA que se encuentran a disposición de la sociedad, se clasifican según su complejidad: técnicas de baja complejidad y técnicas de

alta complejidad; según el material genético: homólogas y heterólogas; y, según dónde se produce la fecundación: intracorpóreas y extracorpóreas.

De acuerdo con Rossi (2017), citado en Viera (2019), para determinar la clasificación de alta o baja complejidad de las TRHA se requiere tomar en cuenta ciertos criterios como la utilización de instrumentos de alta tecnología, el desempeño de un equipo de trabajo especializado y el riesgo, al cual se expone a los pacientes que se someten a ellas, los cuales son factores determinantes para su diferenciación. Es así que las técnicas de baja complejidad se caracterizan por no suponer ningún tipo de riesgo ni grandes molestias para las personas que se someten a ellas al ser menos invasivas, dentro de ella encontramos a tratamientos como las siguientes: las relaciones sexuales dirigidas y la estimulación ovárica.

En cambio, las técnicas de alta complejidad contemplan procedimientos médicos más invasivos y de mayor riesgo, que necesita de ambientes e instrumentos sumamente esterilizados, además de equipos de alta tecnología y sofisticados que sean operados por un personal capacitado y a la vanguardia de la carrera médica; estas características naturalmente implican mayor gasto, pero proveen una mayor probabilidad de éxito con relación a las TRHA de baja complejidad. Dentro de las técnicas de alta complejidad, encontramos a la inyección intraplasmática de espermatozoides (ICSI), transferencia intratubárica de gametos, transferencia de los embriones, el diagnóstico genético preimplantacional (DGP), y la Fertilización In Vitro (FIV); de los cuales se hará mayor hincapié en la FIV puesto que los demás procedimientos no son materia de estudio en la presente investigación.

Ahora, en cuanto a la segunda manera de catalogación por el uso del material genético encontramos a las TRHA homólogas o autónomas, en la cual “los mismos sujetos comitentes de la prosecución de la técnica, son quienes aportan el material biológico” (Lombardi, 2013, p.

24); así como a las TRHA heterólogas o heterónomas, en la cual “se incluye para la concepción, material genético de una persona extra-vincular, la cual puede aportar óvulos o espermias” (Lombardi, 2013, p. 8). En cuanto a lo último, es necesario considerar que en el caso que se descarte totalmente la utilización de los gametos de ambos padres se requerirá de cedentes para cada caso.

Estando a la tercera categoría de clasificación, las técnicas intracorpóreas de reproducción asistida son los siguientes: “(...) 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” (Santamaría, 2000, p. 38); así como, las técnicas extracorpóreas son los siguientes: “(...) todas aquellas modalidades de reproducción asistida en las que la fecundación se produce en el exterior del tracto reproductor femenino, es decir, todas aquellas en las que se efectúa la fertilización **In-Vitro**” (Santamaría, 2000, p. 42).

Es importante entender que las TRHA no tienen una incidencia terapéutica en el tratamiento de la infertilidad por cuanto no la curan, es decir, lo único que se logra mediante ellas es substituir o asistir en un proceso generativo que por diversas circunstancias patológicas no puede completarse o llevarse a cabo a fin de que se dé origen a la existencia de una nueva vida. Asimismo, ha de considerarse el impacto social que ha tenido las TRHA, pues su campo de acción se ha visto expandido al permitir que hoy en día no sean solo las personas que padecen de infertilidad las que puedan acceder a ella, concediéndoles la oportunidad y el anhelo de ejercer su maternidad y paternidad tanto a varones como mujeres solteras, casadas, viudas o divorciadas a ejercer su maternidad o paternidad de manera conjunta o independiente.

2.3.2. Fertilización in vitro

Técnica revolucionaria del siglo XX diseñada con la finalidad de contribuir con la reproducción humana, cuyo desarrollo tuvo como base el estudio de trabajos previos relacionados a la biología reproductiva que se concretó en 1978, gracias al trabajo de Patrick Steptoe y Robert Edwards, con el nacimiento de la primera niña probeta, Louise Brown; momento desde el cual la FIV ha ido evolucionando considerablemente en atención al avance tecnológico y a las necesidades de las personas que se someten a su práctica.

Como destaca Bagnarello (2013), la FIV es una técnica de reproducción asistida que involucra la fecundación extracorpórea y que comprende cuatro procedimientos para su realización los cuales son los siguientes: 1) hiperestimulación ovárica controlada, 2) aspiración del folículo y obtención muestra seminal, 3) clasificación de ovocitos y fertilización y 4) transferencia embrionaria; es importante resaltar que esta técnica admite su práctica de manera conjunta con otras TRHA como las siguientes: la inyección intraplasmática de espermatozoides (ICSI), la transferencia embrionaria (TE), la ovodonación, la donación de espermatozoides, la maternidad subrogada, entre otras.

A raíz de ello, la ejecución de este tipo de procedimiento puede llegar a ser incluso más compleja dependiendo del material genético a utilizarse en el proceso de fertilización, pues ello definirá si estamos ante una fertilización in vitro homóloga u heteróloga sobre las cuales en el plano del derecho surgen múltiples dilemas; sin embargo, al estar la presente investigación centrada en el estudio de la FIV heteróloga, como requisito preliminar indispensable se requerirá de la donación de esperma u ovodonación que permitirá el nacimiento de un hijo cuyo estatus no se encuentra previsto en nuestra legislación peruana.

Al respecto, sobre la ovodonación la Corte Suprema del Perú, en la *Casación N.º 4323 – 2010*, ha señalado lo siguiente: “[...] el aludido procedimiento de “ovodonación” no es ilícito ni constituye delito, constituyendo más bien un vacío normativo y jurisprudencial.” (Corte Suprema del Perú, 2010, p. 18), ello basado en el axioma jurídico “todo lo que no está prohibido está permitido”; lo que implica que su práctica al igual que la donación de espermias, en suma, a la FIV y transferencia embrionaria sean consideradas lícitas, lo que conlleva a cuestionarnos cómo debería ser el manejo de la identidad del cedente a fin de no afectar el derecho a la identidad del niño nacido por este tipo de técnica de reproducción y evitar su ejercicio abusivo por parte de uno de los cónyuges o de la pareja que se somete a su práctica.

Incertidumbres y vacíos legales que deben ser analizados desde una óptica constitucional que permita no solo el goce sino también la protección de los derechos fundamentales de todos los participantes de la fertilización in vitro heteróloga, así como de la nueva vida a la que da paso su realización, y que se encuentre acorde a los avances médicos, tecnológicos y a la realidad social a fin de que no exista una disparidad entre lo que se estudia y plantea.

2.3.3. Derecho a la reproducción

El tratamiento de las TRHA ha trascendido el plano de la ciencia y la medicina, exigiendo un pronunciamiento legal al respecto por las incidencias que han surgido a nivel social en cuanto a su aplicación, y, es que desde una postura garantista de los derechos fundamentales, es innegable actualmente se pueda hacer mención a la existencia del derecho a la reproducción o procreación, el cual no ha tenido un desarrollo progresivo y estandarizado lo que ha dado lugar a de dos posturas que si bien reconocen su existencia la catalogan de manera diferente como un derecho autónomo y como un derecho derivado respectivamente.

2.3.3.1 El derecho a la reproducción como derecho autónomo

El derecho a la reproducción fue acuñado por primera vez en 1979 en Estados Unidos, conforme señalan Sonia Correa y Rosalind Petchesky (Villanueva Flores, 2006), por la Fundación de la Red Nacional de Derechos Reproductivos (R2N2) que comenzó con los movimientos activistas de las mujeres que propendían el reconocimiento de sus derechos reproductivos y los concernientes a su salud sexual desde una perspectiva de género; siendo innegable su incidencia en el marco del reconocimiento de los derechos y el manejo de los mismos, ya que mediante ello se habría logrado obtener el reconocimiento del derecho a la reproducción e incluso que se le dote de una acepción en un evento mundial organizado por las Naciones Unidas como lo es la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (en adelante CIPD).

Es así que Zarraluqui sugiere que el derecho a la reproducción, como tal habría tenido su génesis en el CIPD, lo que habría conllevado su reconocimiento como Derecho Autónomo; esta conferencia se celebró por primera vez en El Cairo en 1994, y en ella se hizo hincapié en el cuidado de la salud reproductiva y se dotó de contenido propio al Derecho de Procreación, que según el Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA, 1994) es definido como:

“[...] **derecho básico** de todas las parejas e individuos **a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos y a disponer de la información y de los medios para ello (...)**. También incluye su derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos” (énfasis propio).

Concepto compartido por la Plataforma de Acción de la Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer que se llevó a cabo en Beijing en 1995, en el que se recalcó que la base primordial de las políticas y programas estatales deben ser la promoción del ejercicio responsable de los derechos reproductivos; ya que en torno a ellos se encuentra descrita la paternidad responsable, pues como bien señala el Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA, 1994): “En ejercicio de este derecho, **las parejas y los individuos deben tener en cuenta las necesidades de sus hijos nacidos y futuros y sus obligaciones con la comunidad**” (p. 37) (énfasis propio).

2.3.3.2 El Derecho a la reproducción como derecho derivado

Se podría decir que esta postura tiene origen en la Primera Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1968, que se realizó del 22 de abril al 13 de mayo en Teherán, y que acorde al artículo 16° de la Proclamación de Teherán esbozada por la Organización de las Naciones Unidas (1968) contempla lo siguiente: “La comunidad internacional debe seguir velando por la familia y el niño. **Los padres tienen el derecho humano fundamental de determinar libremente el número de sus hijos y los intervalos entre los nacimientos**” (p. 5) (énfasis propio); dado que a pesar de que no se encuentra expresamente reconocido el derecho a la reproducción, sí se aprecia que se considera a la procreación como una suerte de manifiesto del derecho a la libertad o autonomía de los padres.

Lógica acogida y utilizada por el Tribunal de Derechos Humanos (en adelante TEDH), que aunque no reconoce manifiestamente al derecho a la reproducción o el uso de las TRHA, sí se ha pronunciado al respecto teniendo como directrices al artículo 8° y 12° de la Convención Europea de Derechos Humanos, que recogen el derecho a la intimidad, el derecho a contraer matrimonio y fundar una familia, reforzando el criterio que manejan entorno a ellos con sentencias como la de *Evans vs The United Kingdom* y *Dickson vs The United Kingdom*; que demuestra el interés del ámbito europeo en cuanto al desarrollo tecnológico y sus repercusiones

en la reproducción, inquietudes que plasman según lo expone Moreno (1991) en: el proyecto del Consejo de Europa de 1979, la Recomendación N.º 934 y la Recomendación del Consejo de Europa de 1986, para la garantía de derechos y libertades de la persona humana.

Acorde (The Center for Reproductive Rights,2022), en Estados Unidos el derecho de la autonomía reproductiva se encuentra arraigado en la garantía del derecho a la libertad que se encuentra recogido en la décimo cuarta Enmienda, perspectiva que ha sido ampliamente discutida por la Supreme Court of the United States resaltando casos como el Stenberg v. Carhat Hat y Roe v. Wade, que propiciaron la discusión en torno a en qué momento la mujer debería poder interrumpir su embarazo; sin embargo (Griffin, s.f.) indica que los argumentos perfilados en dichas sentencias tienen implicaciones trascendentales en quienes buscan los beneficios que trae consigo el uso de las TRHA como la FIV.

2.3.4 El derecho a la reproducción en el Perú

En el caso del Estado peruano, así como la mayoría de los países que forman parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y reconocen la intervención de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), si bien no validan el derecho a la procreación como un derecho autónomo, sí lo hacen asumiendo la segunda postura, esto es, como un derecho derivado; ya que atendiendo el carácter vinculante de las resoluciones dictadas por este organismo autónomo, es imprescindible tener en cuenta lo resuelto en el caso Artavia Murillo vs Costa Rica.

En dicha sentencia, la CIDH nos ofrece un acercamiento al derecho a la procreación al señalar su vinculación con el derecho a fundar una familia, ya que dicha decisión radica en una manifiesta libertad, autonomía e identidad de una persona que va desde su dimensión individual hasta cuando asume el rol de pareja, lo cual puede incluir el uso de la tecnología médica

necesaria para su ejercicio tal como se señala en su fundamento 77, que indica lo siguiente: “Igualmente, manifestaron que las “[t]écnicas de [r]eproducción [a]sistida [...] se ofrecen como un medio para ejercer el legítimo ejercicio del derecho a la reproducción humana, que aunque no está expresamente reconocido en [la] Constitución Política, se deriva del derecho a la libertad y la autodeterminación, el derecho a la intimidad personal y familiar y a la libertad para fundar una familia” (Artavia Murillo vs Costa Rica, 2012).

Asimismo, la Defensoría del Pueblo (2021), en el Informe de Adjuntía N.º 013-2021-DP/ADM, señala que el derecho reproductivo se encuentra contemplado implícitamente en los artículos 2º, 4º, 6º y 7º de la Constitución Política del Perú, que nos hacen una reseña referente el derecho a la vida, integridad, libre desarrollo y bienestar, igualdad y no discriminación por razón de sexo y género; así como, con la promoción de la paternidad y maternidad responsable que se encuentran vinculados con el deseo a decidir formar una familia y la salud.

Noción que además se encuentra acorde con el inciso e) del artículo 16º de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra la Mujer (en adelante CEDAW), que establece: “Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a **tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos**” (énfasis propio). (CEDAW, 1979), disposición que debe ser tomada en cuenta por los Estados Parte que la conforman a fin de que elaboren medidas que aseguren condiciones de igualdad entre hombres y mujeres.

Es entonces que en cumplimiento de lo estipulado por el artículo 55º de la Constitución Política del Perú y de los argumentos expuestos, que aun cuando el Estado peruano no reconoce taxativamente el derecho a la procreación o derecho a la reproducción, sí admite su existencia,

lo que nos colige deducir que ha adoptado la segunda postura, lo que a su vez pone de manifiesto la interconexión con la paternidad responsable y el derecho a fundar una familia, siendo el Estado el garante de proteger y garantizar los derechos fundamentales del más débil, figura que en el presente estudio recae en el niño o niña que nazca a raíz de las Fertilización In Vitro Heteróloga.

2.3.5. Regulación de la filiación

Institución jurídica de suma importancia que forma parte de la vida del ser humano desde el momento de su procreación, y que en palabras de Sokolich (2012) es “en “sentido genérico” la relación de una persona con todos sus antepasados, en tanto que en “sentido estricto” es la relación que vincula a padres con los hijos” (p. 59). A entender de Hinostroza (1997), el término correcto para referirnos a esta relación parental entre padres a hijos es la “filiación”; mientras que desde la perspectiva de los padres la expresión más adecuada sería el de “paternidad” o “maternidad” según sea el caso.

Ahora en la legislación peruana esta figura legal carece de una definición expresa a diferencia de otras regulaciones como por ejemplo la mexicana, que en su artículo 338° del Código Civil para el distrito Federal de la Ciudad de México establece lo siguiente: “La filiación es la relación que existe entre el padre o la madre y su hijo, formando el núcleo social primario de la familia; por lo tanto, no puede ser materia de convenio entre partes, ni de transacción, o sujetarse a compromiso en árbitros” (Congreso de la Ciudad de México et al., 2021); lo cual no implica que su tratamiento carezca de significancia en el plano legal, pero que sería un aspecto importante por mencionar debido a los derechos y deberes que despliega y que lo han hecho merecedor de estudio por parte del derecho de familia.

Es necesario tener en cuenta que a raíz de la transición de un Estado de derecho a un Estado constitucional de derecho, el derecho de familia ha sufrido notables cambios, lo que ha permitido que la noción de familia pueda ampliarse en función a la existencia de nuevos modelos en su constitución y que van más acorde de la realidad actual que se vive y aprecia día con día; y, que a entender de (Gil, Fama y Herrera, 2006) son transformaciones que han significado todo un proceso de resignificación de todos aquellos conceptos, relaciones y modelos tradicionales que fueron construidos a la luz de viejos paradigmas, donde los derechos humanos han tenido un aspecto fundamental que se convierten en el motor de esta rama del derecho.

Es así que históricamente la determinación de la relación paterno-filial solo se circunscribía a la relación matrimonial o extramatrimonial que habría sostenido una determinada pareja, por lo que de existir alguna incertidumbre respecto a ella esta se lograba establecer acorde al análisis de las circunstancias en que se había suscitado el embarazo; lo cual fue cambiando posteriormente con el avance de la ciencia, a través del análisis biológico del material genético tanto de los padres como del hijo. Sin embargo, a raíz de los cambios que ha conllevado el devenir del tiempo se generaron nuevas formas de filiación, las cuales merecen ser estudiadas a fin de tener un mayor entendimiento.

2.3.5.1. Tipos de filiación en el Código Civil vigente

Existen diversas clases de filiación de las cuales se va a pasar a detallar sus características y elementos, para posteriormente describir las diferencias entre ellas y lo que vendría a ser la filiación por voluntad procreacional; de ese modo, se podrá definir más adelante las acciones de filiación con respecto a las TRHA y su vinculación con el derecho a la identidad del niño nacido a través de estas.

A) Filiación por naturaleza o biológica

Este tipo de filiación parte de la premisa que establece que las normas jurídicas en materia de familia han sido pensadas y estructuradas tomando como eje la reproducción natural, que en palabras de Varsi (2013) es producto de la procreación que deriva del acto sexual sin destacar los medios procreáticos, que da paso a la generación de un vínculo biológico entre los generantes (padre y madre) y generados (hijos) estableciendo así una relación justa de reciprocidad que contempla tanto derechos como deberes, asegurando así el cumplimiento de los deberes asistenciales familiares y la construcción de las relaciones personales; es decir, según (Azpiri, 2005), “el parentesco es la juridicidad de lo biológico”. (p. 517)

Entonces, considerando lo que señala Rivera (2018), “la filiación es la aseveración jurídica de una realidad biológica presunta” (p. 239), es que su análisis merece ser visto desde dos vertientes: la matrimonial y la extramatrimonial, pues es a partir del contexto en que se suscita y del análisis del nexo biológico es que se determina la paternidad y maternidad en cada uno de esos casos, aunque vale aclarar que las presunciones juegan un rol primordial en el contexto de una relación matrimonial

Determinación de la paternidad matrimonial

En el caso de la filiación matrimonial, la presunción o principio *Pater est quem nuptiae demonstrant*, cuya acepción es: “quien las nupcias lo demuestran”, adquiere suma importancia; pues es a raíz de dicho latinazgo que la paternidad le es reconocida al marido de la mujer casada sin que sea necesario su consentimiento o reconocimiento de manera expresa, teniendo carácter de *iuris tantum* por admitir prueba en contrario. Presunción acogida por la legislación de varios

países de Latinoamérica entre los que encontramos a Chile, Colombia, Argentina e incluso a nuestro país, que en el Código Civil Peruano (LP, 2024), artículo 361° establece lo siguiente: “*Artículo 361.* El hijo o hija nacido/a durante el matrimonio o dentro de los trescientos (300) días calendario siguientes a su disolución tiene como padre al marido, salvo que la madre declare expresamente lo contrario.”.

Es preciso mencionar que a pesar de que la aplicación de esta presunción tenía un trasfondo que buscaba brindar una plena protección al niño en mérito a su interés superior evitando un posible escenario de abandono, lamentablemente no fue la forma más eficaz de hacerlo, pues como bien indica Rivera (2018) “permitía una arbitrariedad privada y un abuso público debido a la indiferencia de los órganos estatales” (p. 236); lógica que encuentra su fundamento en la existencia de las relaciones adúlteras que no eran hechos ajenos a la realidad y a pesar de las cuales dicha presunción se seguía aplicando aun cuando la madre sostuviera que el padre del niño nacido dentro del matrimonio era de un hombre distinto a su marido o era declarada adúltera, lo cual no repercutía en la determinación del infante, pero que ha ido cambiado con el devenir del tiempo.

Escenarios que consecuentemente traían consigo cuestionamientos en cuanto a la incidencia de la presunción de paternidad *pater is est* en la identidad del niño, lo cual nos conlleva a analizar la Casación N.º2726-2012- Del Santa; en la que es el padre biológico, quien respaldado con una muestra de ADN de la niña existente, interpone una demanda de impugnación de paternidad contra los padres, ya que mientras que el accionante demostraba tener una filiación natural con la niña en cuestión, no era menos cierto que el demandado poseía una filiación legal con la misma.

Es así que si bien aparentemente el pedido realizado por el demandante no tenía asidero legal por cuanto pretendía la inaplicación de ciertas disposiciones del Código Civil como lo es el artículo 396° que mencionaba: “el hijo de mujer casada no puede ser reconocido sino después de que el marido lo hubiese negado y obtenido una sentencia favorable”, y el artículo 404° que disponía: “si la madre estaba casada en la época de la concepción, solo puede admitirse la acción en caso que el marido hubiera contestado su paternidad y obtenido sentencia favorable”, la Corte Suprema en su falló recordó la facultad constitucional concedida a los órganos revestidos de potestad jurisdiccional para aplicar el Control Difuso, que permite hacer prevalecer la Constitución por sobre la ley y cualquier otra norma de rango inferior

Es por dicha razón, que la Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Civil Transitoria (2013), Casación 276-2012 Del Santa, Lima dicta sentencia declarando lo siguiente el diecisiete de julio del dos mil trece:

“FUNDADO el recurso de casación interpuesto por Nolberto Hugo Roca Maza, de fojas doscientos treinta y ocho; **CASARON** la resolución impugnada; en consecuencia **NULA** la resolución de vista obrante a folios doscientos once, expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia Del Santa; y actuando en sede de instancia: **CONFIRMARON** la resolución apelada contenida en la resolución número once de fecha veintiocho de diciembre de dos mil nueve, que declara fundada la demanda de impugnación de reconocimiento de paternidad interpuesta por Norberto Hugo Roca Meza contra Eva Elvira Cárdenas Rosales y Teodoro Arturo Guerrero Alvarado” (Corte Suprema de Justicia de la República, 2013, p. 9).

Del caso práctico y materia de análisis, anteriormente tan solo el marido de la mujer casada era quien podía cuestionar su paternidad, sin embargo, tomando como punto de partida

la sentencia anteriormente expuesta, actualmente existen notables cambios que aunque no muestran un avance radical, sí resultan ser significativos a las luces de las modificaciones introducidas por el Decreto Legislativo N.º 1377 al (Código Civil Peruano, artículo 362º) que esboza lo siguiente: “Artículo 362. El hijo o hija se presume matrimonial, **salvo que la madre declare expresamente que no es del marido**” (énfasis propio); lo que en puridad no hace más que admitir que la declaración vertida de la madre ahora surte efecto y desestima la presunción de derecho pater is est, cambio notable que plantea una nueva incógnita respecto a cuán supeditado puede encontrarse el interés del niño respecto a la voluntad de la madre, pues hemos de entender que su identidad se pone en juego.

- Determinación de la Paternidad Extramatrimonial

Respecto de la determinación de la filiación extramatrimonial debemos entender que nos encontramos frente a la concepción y nacimiento de un niño fuera del matrimonio y en el que según Fernández (2020), no importa la condición legal de sus progenitores (casados, divorciados, solteros, convivientes, etc.), puesto que la filiación paterna no operará automáticamente como en el caso del niño que nace o es concebido dentro de una relación marital. Es así como, su establecimiento se podrá dar de dos formas: la primera, engloba el acto de voluntad para el reconocimiento del niño que es divisible, es decir, que es realizada por cada uno de los padres de manera independiente; y, la segunda, en la cual el vínculo jurídico de parentesco es declarado mediante sentencia judicial.

Ahora, como bien señala Varsi (2013): “La declaración judicial de filiación opera a falta de reconocimiento voluntario del padre o la madre respecto de un hijo extramatrimonial”, voluntad que puede verse afectada por diversas razones que atentan contra el derecho de identidad del niño extramatrimonial al no permitirle conocer el vínculo biológico con su

progenitor de manera cierta según advierte Velásquez (2005); y, que aunque actualmente la resolución de este tipo de casos involucra el estudio del ADN, cuyo proceso se encuentra regulado en la Ley N.º 28457 e incluye su análisis, no es menos cierto indicar que a pesar de ello no existe una real protección para la identidad del niño, pues el mismo no siempre se aplica por un tema de costos y desinformación de las partes, lo que da paso a la prevalencia de la ley en la determinación de la filiación aun cuando se desconozca la verdad biológica de manera integral.

En cuanto a lo concerniente al estudio realizado del ácido desoxirribonucleico (ADN), este ha permitido que se pueda contrastar la verdad biológica, yendo en muchas ocasiones en contra de la filiación legal establecida en atención al *pater is est* y permitiendo el establecimiento del vínculo paterno filial en los casos de las relaciones extramaritales. Además, acorde al estudio realizado por Celeste Cecilia Mels Siningen, la información genética es transmitida de los padres a hijos de generación en generación que componen cada uno de los órganos existentes en el cuerpo de cada persona; por lo que a través de esa prueba se puede obtener un resultado con un grado de confiabilidad 99,99 % para la inclusión de paternidad y del 100 % para el grado de exclusión Sokolich (2012).

La determinación de la paternidad extramatrimonial aún presenta retos por superar pues si bien con la entrada en vigor del Código Civil de 1984, compilación normativa que tuvo gran influencia de la Constitución Política de 1979, se logró introducir como pilar del derecho de familia el Principio de Igualdad de los hijos a fin de erradicar el trato desigual que el Código Civil de 1936 confería a los hijos extramatrimoniales, a quienes en su propia regulación denominaba como hijos legítimos e ilegítimos, llegando a clasificarlos incluso como hijos naturales (aquellos reconocidos por uno o ambos padres) o hijos no naturales (aquellos no reconocidos por ningún progenitor); aún existen vestigios de discriminación prácticamente

imperceptibles que se esconden en el manejo de la presunción *pater is est* por parte de nuestro ordenamiento jurídico.

Pues este principio recogido en el artículo 6° de nuestra Constitución Política vigente, podría propiciar un trato más garantista para los niños, niñas y adolescentes si la presunción *pater is est* dejara de ser consecuencia única y exclusiva del matrimonio, es decir, si su ámbito de aplicación se ampliará a las uniones de hecho debidamente reconocidas, lo que consecuentemente se traduciría en un real trato de igualdad de los hijos independientemente del status civil que puedan tener sus padres, y que iría más acorde a la constitucionalización del derecho de familia protegiendo el derecho de identidad de los niños en un sentido más estricto.

- Determinación de la maternidad

El estudio de la maternidad ha quedado relegado en comparación con la figura paterna, pues como bien señala Velásquez (2005) resulta ilógico que se establezca dos tipos de reconocimiento para la maternidad, y es que la facilidad de su determinación precisamente se encuentra estrechamente ligada al nexo biológico que se crea entre la madre y su hijo desde la concepción, lazo que se refuerza con cada etapa que contempla la gestación, situación de hecho que dio origen al principio jurídico "*mater semper certa est*", acepción acogida por un gran número de legislaciones y que como refiere Varsi (2013) encuentra su equiparación en el adagio anglosajón "*maternity is a matter of fact, paternity is a matter of opinion*".

Dicho principio atribuye de pleno derecho la maternidad a aquella mujer que gesta y alumbró al niño, pues la ley presume que la mujer da a luz al hijo que concibió y se desarrolló en su vientre, lo que conlleva a que en un sentido biológico la madre sea siempre cierta. Ante esto Velásquez (2005) señala que el certificado de nacido vivo se constituye en el documento

que prueba el parto y atribuye la identidad al niño respecto de su madre, siendo ello documento suficiente en el caso de una relación matrimonial; sin embargo, para acreditar dicho vínculo filial en el caso de una relación extramatrimonial se necesita además el reconocimiento expreso de su progenitora.

Noción que se refuerza por lo señalado por los juristas Varsi Rospigliosi y Siverino Bavio (2003), quienes indican lo siguiente:

“El axioma tomado por Paulo del *DIGESTO*, *mater semper certa est etiam si vulgo conceperit* (Lib. 11, tít. IV, ley 4, § 3) nos decía que **la maternidad era siempre indubitable y que su prueba era sencilla, directa y demostraba un hecho simple y común**: el solo ver en estado gestante a una mujer, el hijo que luego viéramos llevara en sus brazos entendíamos que era de ella (*partus séquiturventrem*, *INSTITUTA*: 2, 1, 19). **El sustento es que tanto la gestación como el nacimiento son hechos biológicos que pueden ser probados de manera más segura a través del parto, no así la concepción**” (énfasis propio) (p. 183).

En ese entender no hasta hace mucho era inconcebible considerar si quiera que la figura materna no se encontrara vinculada a aquel supuesto biológico y tampoco al matrimonio como en el caso de la paternidad. No obstante, actualmente con motivo de los avances en la ciencia más específicamente en el área de la biomedicina y su trascendencia en las técnicas de reproducción humana asistida, existe la posibilidad de disociar el concepto de biología y maternidad, dando paso a la existencia de distintas modalidades en que se expresa la figura materna rompiendo con los esquemas bajo los cuales antes se le conceptualizaba.

Pues es en vista de que la unión sexual ya no resulta indispensable para la aportación genética (gametos) y la gestación, que se han originado a merced de la ovodonación, la FIV, la

transferencia embrionaria y la gestación por sustitución; es que podemos distinguir diversas modalidades de maternidad. Frente a ello, Turner (2003) señala lo siguiente: “la situación de la paternidad, en que cabe distinguir a lo más entre dos padres, el genético y el de deseo o comitente, en **la maternidad las posibilidades aumentan a tres: madre genética, madre gestante y madre de deseo o comitente**” (énfasis propio); siendo por ello necesario pasar a detallar cada una de ellas.

Cabe mencionar que la mujer en cada “tipo” de maternidad juega un rol distinto, en la maternidad genética, la figura recae en la mujer que aporta el óvulo y es parte de la ovodonación; la maternidad gestante, es representada por la mujer que lleva a culmen todo el proceso del embarazo sin importar si a ella pertenece o no el óvulo fecundado; y, la maternidad comitente, se ve plasmada en aquella mujer que desea tener un hijo. Sin embargo, todas estas figuras también pueden comulgar en una misma, dando lugar a la maternidad plena, que es el concepto común bajo el cual se ha estructurado los ordenamientos jurídicos e incluso las acepciones legales, pues en ella se conserva plenamente el vínculo biológico entre lo genético y la gestación, que permite un desempeño conjunto de todos los derechos y obligaciones que ello traiga consigo.

Aunque a criterio de Varsi (2017) puede incluso llegar a existir hasta cinco clases de madres, siempre y cuando participen indistintamente en el proceso biosociojurídico, las cuales son los siguientes: “a) genatrix, madre genética que aporta el óvulo; b) gestatrix madre biológica o gestacional; c) madre biogenética, que enriquece su material genético; d) madre legal, quien adopta; d) madre social quien cría”(Varsi , 2017, p. 23). Siendo precisamente este escenario el que ha traslucido las problemáticas sociales e incertidumbres jurídicas, pues es crucial destacar que la legislación de un país deba adoptar bajo qué criterio se instaurará el instituto de la filiación, ya sea según el aporte genético, el suceso del alumbramiento o acorde

a la voluntad que expresa la mujer que desea ser madre; lo que podría transformar el derecho y adecuarlo a una realidad más actual.

B) Filiación legal por adopción

La filiación por adopción de un tiempo a esta parte era considerada como la única opción a la que podían recurrir aquellas personas que padecían de problemas de fertilidad para poder conformar una familia y poder lograr a su vez ejercer la paternidad o maternidad indistintamente, figura que dentro del derecho ha tenido una evolución significativa a través del tiempo y la historia, llegando a manejar hoy en día una perspectiva más garantista en la protección y promoción de los derechos de los niños y adolescentes.

El vínculo jurídico de la filiación en la adopción tiene como fuente a la Ley, pero su razón de ser se encuentra en la relación socioafectiva que se genera entre el adoptante y el adoptado, la cual puede llegar a establecer lazos incluso más fuertes que el establecido biológicamente; y, aunque en sus inicios la finalidad que perseguía era la de preservar la continuidad de la unidad familiar ante la imposibilidad de contar con descendencia, esta ha cambiado notablemente a raíz de los acontecimientos sociales que se produjeron en el mundo, siendo el más significativo el que se desató con motivo de la Primera Guerra Mundial y su consiguiente efecto en la niñez.

Como bien señala Salazar Blanco, (2004) como consecuencia de dicho acontecimiento la legislación francesa incorporó en su legislación la “legitimación adoptiva”, institución de orden público, que concedía el status de hijo legítimo al adoptado por medio de una sentencia constitutiva de derechos y a su vez establecía la irrevocabilidad del nexo generado por la adopción; dicho acto tuvo una influencia directa en la legislación peruana, la cual acogió el concepto de adopción plena, la cual a entender de Beltrán Cebreros (2013) los vínculos

familiares naturales quedan irremediabilmente rotos y se instauran conexiones nuevas entre el niño adoptado y los miembros de la familia adoptante.

La influencia que recibió nuestra legislación surtió efecto el 15 de julio de 1978, cuando mediante Decreto Legislativo N.º 22209 se modificaron tres artículos del Código de los Menores, que acogieron el concepto de irrevocabilidad en la figura de la adopción, que posteriormente repercutió en el Código Civil actual y en el Código de los Niños y Adolescentes; quebrando la tratativa anterior del Código Civil de 1852, en el que se contemplaba que la adopción dejaba de surtir sus efectos cuando el adoptante llegaba a tener hijos legítimo o cuando reconociera a un hijo natural; y, lo estipulado por el Código Civil de 1936, que si bien ya reconocía la calidad de hijo legítimo al adoptado, aún contemplaban supuestos en el artículo 342º que podían revocar dicho status.

Entorno a la filiación por adopción existen teorías que han servido de cimentación para su concepción y estructuramiento legal como se ha detallado anteriormente, por lo que en el caso peruano si bien en un principio pareciese que se adopta la teoría del acto condicionado por cuanto la adopción se implementa mediante un acto jurídico que intima el cumplimiento de ciertas solemnidades que son establecidas por el Estado, con devenir del tiempo y gracias a la conversión del derecho de familia a un Estado constitucional de derecho, es más que claro que la teoría que asimila es la teoría Institucional de la doctrina de protección integral, que considera al niño como sujeto de derecho, y por lo cual dicha institución tiene como propósito garantizar el bienestar del niño a vivir en familia.

2.3.6. Voluntad procreacional

Atendiendo a que el instituto de la filiación sentó su desarrollo en el nexos biológico, admitiendo como única excepción a la regla a la figura de la adopción, cuya cimentación se

encuentra en la conexión psicosocial del adoptante y adoptado; es que con el devenir del tiempo y los cambios sociales que lo acompaña estos dos tipos de filiación (filiación biológica y legal) han quedado relegadas, lo cual ha suscitado el surgimiento de un nuevo tipo de filiación que como esencia tiene a la “voluntad procreacional”, la cual se presenta como la respuesta más idónea a las nuevas realidades bio-socio-jurídicas.

Siendo entonces el aporte de la ciencia genética una tendencia actual en la reproducción asistida, Guzmán & Valdés (2017) señalan que la voluntad es el elemento fundamental para la constitución del concepto actual del derecho de filiación, que permite atribuir la maternidad o paternidad respectivamente, previo consentimiento de los interesados. Respecto al tema para Minyersky de Menasse (2012) diferencia entre la voluntad procreacional y la voluntad parental, distinguiéndolos por la finalidad que persiguen; en el primer caso, la finalidad que persigue es la procreación con la ayuda de las ciencias biológicas; mientras que en el segundo caso, lo que se busca es el ahijar que contempla aspectos como la decisión de convertirse o no en madre o padre, en el cómo y cuándo lograrlo o evitarlo.

Para poder entender de manera más concreta lo que persigue la voluntad procreacional, en principio será relevante comprender de manera somera los principios que engloba el instituto de la filiación y que como señala Varsi (2017) son los siguientes: el **principio biológico o favor veritatis**, el cual encuentra sustento en el presupuesto genético entre progenitores y generados; el **principio de la filiación matrimonial o favor legitimitatis**, el cual se concatena con el principio de protección a la familia matrimonial, concatenándose así con las presunciones de legitimidad que se manejan entorno a ella en el derecho (*Pater est* y *Mater Semper certa est*); y, por último el favor el **principio voluntarista o favor affectionis**, que se apoya en la verdad social representada en la posesión del estado, es decir, en el vínculo socioafectivo que se genera

tras la conjunción del consentimiento, del deseo y afecto, que enmarcan la obligación y responsabilidad de quien o quienes se someten a la FIV heteróloga o cualquier otra TRHA.

Entonces teniendo como vértices los principios descritos, Varsi (2017) nos permite entender que existe un confrontamiento entre el *favor affectiones* y el *favor veritatis* en la determinación de la filiación por voluntad procreacional, siendo el principio voluntarista el cual se sobrepone a la verdad biológica, conclusión a la que se debe arribar una vez se haya evaluado las relaciones fácticas y el deseo de las partes, para así poder establecer la calidad jurídica de padre. Es así que siguiendo la línea de dicho pensamiento que Krasnow (2017) sostiene que aunque se quisiera considerar la concurrencia conjunta del principio biológico y el principio voluntarista, dicha alianza no resultaría posible en los supuestos de TRHA donde el elemento biológico se encuentre total, parcial o ausente (TRHA heterólogas).

Por consiguiente y acorde a la situación actual frente a la cual nos encontramos con la implementación de las TRHA en los procesos de procreación, según Varsi (2010) este tipo de filiación desplaza la típica paternidad, ya que el pater queda relegado por el afecto, el amor y comprensión; primando en ese sentido las categorías sociológicas y culturales sobre los conceptos cargados de biologismo. “La paternidad es un concepto social que trasciende a lo biológico representado por el progenitor. La descendencia corresponde a aquellos que la desearon” (Varsi, 2010, p. 80); perspectiva ideológica que ofrece y sigue una visión más humana, tolerante y respetuosa que trae consigo la Constitucionalización del derecho de familia en atención a la pluralidad de modelos familiares existentes.

Razonamiento que la CIDH plasma en la sentencia Atala Riffo y niña vs. Chile, el cual amplía el concepto de familia y encomia la importancia del *favor affectionis*, tal como se distingue de sus siguientes fundamentos:

“158. [...] interferencia ilegítima y arbitraria en el derecho a la vida privada y familiar, el cual se extiende al desarrollo de las relaciones entre los miembros de una familia y al rol de las relaciones afectivas en el proyecto de vida de cada integrante”. [...]” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012, p. 52)

“172. Respecto al concepto de familia, diversos órganos de derechos humanos creados por tratados, han indicado que no existe un modelo único de familia, por cuanto éste puede variar. [...]” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012, p. 55)

En virtud de ello, y sopesando que las relaciones socioafectivas que se forjan en la interacción familiar se encuentran en un contexto constante de transformación que responde tanto a las trayectorias particulares de sus integrantes en combinación con las dinámicas externas como es la coyuntura social o cultural, tal como lo expone el Plan Nacional de Fortalecimiento a las Familias 2016-2021, el cual fue aprobado por el Decreto Supremo 003-2016-MIMP; la nueva propuesta llamada filiación por voluntad procreacional, conocida también como filiación civil o tecnológica, adquiere mayor relevancia en la actualidad.

Krasnow (2017) nos menciona que existen tres aspectos que se vinculan en el acto procreacional, siendo estos: 1) la voluntad de la unión sexual, referido a la libertad de mantener relaciones sexuales; 2) la voluntad procreacional, referido al deseo o intención de engendrar una nueva vida y su libertad de decidir con plena libertad tener o no un hijo; y, 3) la responsabilidad procreacional, la cual se deriva de la procreación (natural o asistida) que abarca un conjunto de deberes y derechos que tienen los padres respecto a su hijo y los bienes del mismo mientras sean menores edad. Sin embargo, precisa que en la filiación por TRHA dichos elementos deben ser analizados sin considerar el factor biológico, valorando que la

manifestación de la voluntad y responsabilidad procreacional se expresan mediante el consentimiento informado.

Entonces, ante la posibilidad que el proyecto parental puede realizarse individualmente, en pareja o con la concurrencia de una tercera persona, como sucede en el caso de una FIV heteróloga, y evidenciando que la “intención” es el elemento protagónico de este nuevo tipo de filiación; se debe contemplar la concurrencia de dos puntos de suma importancia en la voluntad procreacional: la primera, que la “voluntad” se deba ver reflejada en un consentimiento informado, el cual permita colegir una ratificación en el ánimo de asumir las consecuencias jurídicas que conlleva la filiación; y, el segundo, el *favor filii* o interés superior del niño, el cual responde a los intereses y necesidades del niño concebido y nacido por la FIV heteróloga, con la finalidad de que se preserven, procuren y aseguren sus derechos fundamentales que requieren de un mayor cuidado y protección por ostentar la sola calidad de niño, niña o adolescente.

Componentes cruciales que evitarían que la voluntad procreacional sea contemplada tan solo desde una de sus vertientes, distorsionando su finalidad y centrándose en un enfoque adultocentrista, que por ejemplo adopta Mendoza Cárdenas (2017) el cual indica que la voluntad procreacional se encuentra centrada en los intereses de los adultos, siendo por ello el elemento fundamental para derivar las consecuencias jurídicas la voluntad de procrear o no. Adepto que si bien engloba parte de lo que persigue este nuevo tipo de filiación, se olvida de lo más importante, que es el niño y consecuentemente de lo que conlleva el ejercicio de una maternidad o paternidad responsable respecto de él, que resulta ser a entender de Krasnow (2017) la responsabilidad procreativa; pues es imprescindible reconocer que para la conformación de una familia es necesario que confluyan tanto el deseo como el compromiso por parte de los padres de afrontar el crecimiento y procurar el mejor desenvolvimiento del

infante en la sociedad, proporcionándoles los bienes materiales y una formación espiritual que vaya acorde a ello.

2.3.6.1 Voluntad procreacional en la legislación peruana

Para tener una mejor comprensión referente a la Voluntad Procreacional en la legislación peruana, es indispensable realizar un recuento del manejo del instituto de la filiación, el cual se desarrolla de la siguiente manera: en principio, encontramos la existencia del *favor legitimitatis*, el cual se concatena con las presunciones de legitimidad filial que se maneja en el derecho (*Pater est* y *Mater semper certa est*); luego, ante el avance de la ciencia y la posibilidad de análisis del ADN, aparece el *favor veritatis* que se superpone al *favor legitimitatis*; y, por último, asimilando la importancia de las repercusiones de las relaciones familiares en el desarrollo de la personalidad de cada integrante de la unidad familiar, surge el predominio del *favor affectionis* frente a los demás.

Es así que atendiendo a lo manifestado, y de la revisión de la legislación peruana se colige que el instituto de la filiación ha sufrido reformas que han permitido un mejor manejo y desenvolvimiento de esta figura, no es menos cierto que su crecimiento ha quedado relegado únicamente a la superación del *favor legitimitatis*, enmarcada en las presunciones legales referentes a la maternidad y paternidad esbozadas en el Código Civil de 1984; pues aun valorando la existencia de la Ley N.º 28457, que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial, es notorio los esfuerzos de la norma por confluir la imagen paterna con la del progenitor biológico, no apreciándose un desarrollo del *favor affectionis* por encima del *favor veritatis*.

De ello se desprende que la voluntad procreacional no haya sido objeto de indagación de manera propiamente dicha por parte de nuestros órganos jurisdiccionales no existiendo

alguna jurisprudencia que le otorgue contenido de en sentido estricto; a pesar de ello, sí se puede decir que en la Casación N.º563-2011, sentencia esgrimida por la Sala Civil Permanente de Lima de la Corte Suprema de Justicia de la República, se encuentran ciertas nociones de este concepto, que se desarrollan a la par del interés superior del niño, imponiéndose la prevalencia de las relaciones socioafectivas y el deseo de concepción de la niña Vittoria, por sobre los lazos biológicos en cuanto al análisis y determinación de la filiación de maternidad.

Conforme lo expone la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de la República, (2011) en la Casación N.º563-2011, los hechos sobre los que se pronuncia recaen en Giovanni Sansone y Dina Felicitas Palomino Quicaño (en adelante Giovanni y Dina), quienes deseaban conformar una familia, razón por la que acudieron a una clínica de fertilidad ubicada en Miraflores; y, ante la imposibilidad de Diana para conllevar el embarazo recurren a la figura de la adopción por excepción para soslayar la incorporación de una niña nacida a su familia, requiriendo para ello la participación de la pareja integrada por Paul Frank Palomino Cordero (sobrino de Dina) y Zenaida Castro Muñoz. En consecuencia, en la clínica mencionada se lleva a cabo un procedimiento de inseminación artificial heteróloga en combinación con la maternidad subrogada, ya que se utiliza el esperma de Giovanni y el óvulo y útero de Zenaida, naciendo de dicho procedimiento Vittoria.

El análisis de fondo de dicha sentencia se centra en la adopción por excepción, pues es bajo esta figura jurídica que se pretendía la incorporación de la niña Vittoria en el seno familiar de Giovanni y Dina, caso que se complicó debido a los intereses de la pareja a la que recurrieron para simular la adopción, ya que fue dicha pareja quienes terminaron extorsionándolos por cuantiosas sumas de dinero a fin de que Zenaida no aborte a la niña concebida, se oponga o frustre el proceso de adopción de la misma. Sin embargo, lo que además se evidencia de análisis y resulta preocupante, son las figuras a las que recurren los padres comitentes, quienes en busca

de alcanzar o materializar su proyecto familiar se ven supeditados a los intereses de los cedentes o terceros intervinientes, pues si bien resulta inverosímil pensar en que el cedente pueda efectuar un reclamo sobre la paternidad o maternidad del niño concebido por TRHA, el caso descrito no hace más que evidenciar que dicho supuesto se presenta en la realidad.

A raíz de ello, resulta angustiante el manejo constitucional y político que tiene nuestra legislación peruana en atención a los derechos humanos, pues la falta de regulación de la filiación tecnológica no hace más que evidenciar la carente intervención del Estado en el comportamiento del cedente en la concesión y nacimiento de los niños nacidos por FIV heteróloga, que pueden generar un sinnúmero de inconvenientes que tendrán mayor repercusión en la vida que se gestó, poniendo en peligro su “autonomía progresiva”, el mismo que ha de ser entendido como el principio por el cual se le habilita al niño, niña y adolescente a la toma de sus propias decisiones en función de su grado de madurez y desarrollo (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2020).

Por último, cabe mencionar que existe un Anteproyecto de Reforma del Código Civil Peruano, que estuvo a cargo de un grupo de renombrados juristas (Grupo de Trabajo constituido en cumplimiento de la Resolución Ministerial 0300-2016-JUS), quienes tuvieron a bien reconocer que la práctica de las TRHA ha sobrepasado ampliamente la normatividad vigente, por cuanto en las propuestas que se presentan se resalta la inclusión de la voluntad procreacional, lo que concuerda con una visión tolerante y respetuosa de la diversidad como bien manifiesta Krasnow (2017); sin embargo, es menester precisar que lo hace de manera somera y poco específica, ya que no hace incidencia en el consentimiento informado y refiriéndose tan solo a un asentimiento en un documento de fecha cierta, sin contemplar mayores requisitos ni formalidades.

Tengamos en cuenta, que si bien queda un largo camino por recorrer en torno al tema no debemos olvidar que bajo la influencia de la teoría institucionalista en la actuación por parte del Estado, se debe considerar a los niños como sujetos de derecho, por lo que se ha de exigir una actuación tutelar que por parte de todos los organismos institucionales que lo componen, precepto que concuerda con el inciso 2 del artículo 18° de la Convención sobre los Derechos del Niño, que sostiene lo siguiente:

[...] A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Parte prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños. [...] (UNICEF Comité Español, 2006).

2.3.6.2 Autonomía personal

La autonomía personal es concebida como uno de los cuatro principios rectores de la bioética que ha adquirido mayor relevancia en los últimos años debido al desarrollo de la biomedicina y demás especialidades que han tenido un avance significativo en el área de la salud y ha generado un gran impacto a nivel social, Siruana (2010) refiere que el término “autonomía” en principio fue acuñado para referirse a la capacidad de auto gobierno de las ciudades-estado griegas independientemente, connotación que se trasladó a la persona, pues como indica Mazo (2011) cada una de ellas es digna y posee la facultad de autogobierno, por lo que cada una de las decisiones que tome entorno así misma deba ser respetada.

Este principio se sustenta en el reconocimiento de la libertad, la cual se asocia con la capacidad de autodeterminación que tiene cada persona; noción que a consideración de (Díaz, 2009, p. 24) resulta ser: “[...] el mayor don que puede poseer un ser humano: la libertad.

Libertad para pensar, para dudar, para disentir, para entender y comprender para crear y construir, para actuar, para ser sí mismo, pero con un pequeño detalle: en relación con los demás, quienes también tienen libertad y son sujetos de derechos” (citado por Mazo, 2012); es por dicha razón que a consideración de Borges, García, Leyva, Pérez (2021), la autonomía personal se constituye en el fundamento para la obligación del consentimiento informado, elemento esencial entre médico y paciente.

El devenir del tiempo ha permitido que este principio, que se encontraba ausente, cobre mayor importancia y vigencia en el mundo moderno, pues gracias a hechos históricos como la Declaración de los Derechos del Hombre en el siglo XVII y la Segunda Guerra Mundial, se logró adquirir una nueva visión de los derechos humanos, derechos civiles y políticos, que se asocian con la libertad y el respeto por la dignidad humana; razón por la cual hoy en día rige los procedimientos de la ciencia moderna. Siruana (2010) precisa que, en mérito a la autonomía personal del paciente, se obliga a los profesionales a revelar información, a asegurar la comprensión, voluntariedad y su participación en la toma de decisiones que le conciernen. Además, cabe resaltar que los sucesos ocurridos en la Segunda Guerra Mundial dieron paso a la creación del Código de Ética Médica de Nuremberg y la Declaración de Helsinki.

Sin embargo, el caso de Tuskegee, referido al significativo grupo de la población afroamericana que se sometió por medio de argucias, engaños y promesas falsas, al servicio de salud pública de Estados Unidos para el tratamiento de una enfermedad denominada “mala sangre”, mal inventado usado como fachada para la realización de un experimento sobre la sífilis, en el que se infectó intencionalmente a noventa y nueve personas que no recibieron ningún tipo de tratamiento médico aun cuando se descubrió que la penicilina la contrarrestaba; y, lo sucedido con la Talidomida, medicamento recomendado para las náuseas en el embarazo que causó malformaciones graves en aproximadamente doce mil niños; demostraron que las

regulaciones éticas no habían sido suficientes para salvaguardar la vida, salud, integridad, dignidad y autodeterminación de las personas que se sometían a tratamientos o investigaciones médicas.

Lo que dio mérito al nacimiento de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, en el cual se recopiló y se instó al respeto de los principios de la bioética, el cual en su artículo 5° hace referencia al principio de autonomía y a su vez al consentimiento informado: “Se habrá de respetar la autonomía de la persona en lo que se refiere a la facultad de adoptar decisiones, asumiendo la responsabilidad de éstas y respetando la autonomía de los demás. [...]” (UNESCO, 2005).

De ese modo, atendiendo a que la realización de la Fertilización In Vitro es una Técnica de reproducción humana asistida que se encuentra inmersa en el desarrollo de la biogenética en conjunción con la biomedicina, es que es necesario considerar con mayor énfasis al principio de autonomía en la presente investigación, pues es a partir de ella que se irán elaborando las pautas que le darán mayor soporte a la voluntad procreacional en el tema de la filiación y permitirá que surta los efectos jurídicos deseados, cumpliendo con las particularidades que traen consigo las TRHA y cumpliendo con el deber del Estado para con las personas que opten por ellas así como con los niños y niñas que se conciban y nazcan de su aplicación.

2.3.6.3 Consentimiento informado

El consentimiento informado (en adelante CI), resulta ser el reflejo del principio de autonomía en una sociedad contemporánea, por lo que juega un rol sumamente importante para la determinación de la filiación tecnológica, pues como refieren Guzmán & Valdés (2017), el CI se convierte en el elemento integrador de la filiación de quienes nacen por medio del uso de la FIV heteróloga y otras TRHA, ya que se ajusta a las características especiales y particulares,

que demandan una regulación que se adapte a las nuevas necesidades y escenarios que .nacen como consecuencia de su puesta en práctica. Ahora, Krasnow (2017) precisa que al CI se le incorpora el derecho-deber de información, lo cual promueve una participación más activa del paciente para que haga gala de su autodeterminación.

Siruana (2010) indica que para los autores del libro *Principles of Biomedical Ethics*, existen tres factores a evaluar para considerar una acción autónoma, siendo estos: 1) La intencionalidad de quien va a actuar, 2) la comprensión de a qué se va a someter y las posibles consecuencias de dicho acto, y 3) que el acto se realice sin influencia de factores externos (coacciones), visión que concuerda con lo mencionado por Krasnow.

[...] consentimiento debe contener una información explícita y adecuada de la técnica a utilizar, donde se explique a los pacientes, el tratamiento o intervención quirúrgica requerida, indicando las posibilidades reales de éxito así como los riesgos que las técnicas traen consigo; sus bondades y desventajas; no sólo desde el punto de vista médico, sino también jurídicos y psicológicos (Guzmán & Valdés, 2017, p. 78).

De ese modo, se puede decir que el CI en el tratamiento de las TRHA, en especial en el de la FIV heteróloga, cumplirá con dos objetivos específicos: el primero, vinculado al respeto de la autodeterminación del hombre frente a los procedimientos médicos en concordancia a su derecho de salud; y, el segundo, respecto a las consecuencias jurídicas al constituirse como factor relevante para establecer la presencia de *animus* en la voluntad procreacional y permitir su consideración como tercera fuente filiatoria. Herrera (2018) sostiene que la filiación derivada de las TRHA presenta dos facetas que sirven para su estructuración normativa y que deben confluir de manera conjunta e inseparable, esto es la **faz interna o dimensión dinámica**, la cual contempla propiamente a la voluntad procreacional (*animus*); y, la **faz externa o**

dimensión estática, referida al consentimiento informado, pues sería precisamente este instrumento que generaría la filiación.

Comprendiendo así que el consentimiento informado en la filiación civil se constituye en la faz externa del *animus* (faz interna), y comprendiendo los fines que persigue, no solo debe cumplir con informar al o los pacientes que opten por una FIV de manera clara, precisa y con un lenguaje sencillo no solo desde el punto médico, es decir, acerca de la complejidad, riesgo, consecuencias y beneficios de la realización del procedimiento; sino que al ser la finalidad del mismo el engendramiento de una nueva vida, deberá también hacer hincapié en la responsabilidad parental que les atañe a los intervinientes, para así evitar perpetuar una visión adultocentrista que vaya en contra de los derechos fundamentales que le conciernen al niño o niña como también a la paternidad o maternidad responsable que ostentarán en calidad de padres.

Es importante reconocer que la regulación del CI debe perseguir una protección integral de los derechos humanos, por lo que estando a los cambios del derecho de familia a raíz de su constitucionalización, así como a lo desarrollado en las sentencias de CIDH en los casos de *Artavia Murillo vs. Costa Rica* y *Atala Riffo y niñas vs Chile*, es que consideramos que los requisitos y limitantes que se han de establecer deberán responder a un criterio objetivo que no restrinjan la aplicación de las TRHA por motivo del estado civil u orientación sexual, que deba ir de la mano con un Plan de Salud Pública Integral.

Por otro lado, otros aspectos a considerar del CI que nos refleja la legislación argentina llegan a ser la renovación y revocación, que deberán reflejar la permanencia o ausencia de la manifestación de voluntad procreacional de las personas que se encuentran inmersas en la TRHA desde el inicio, durante y culminación del procedimiento médico que se haya

emprendido; que en el caso de la FIV heteróloga involucra no solo al o los padres comitentes, sino al cedente y el niño que nace por su aplicación. Cabe resaltar que el estudio de estos aspectos del CI trae consigo discusiones en torno a su tratamiento legislativo, pues se deberá adaptar a cada caso en concreto, es decir no deberá existir un solo formato para cada situación sino que deberá respetar y contemplar sus propias particularidades, razón por la cual Herrera, (2018) menciona que deberá ser el Estado quien otorgue una normativa que brinde las directrices a tomar en cuenta por todos los centros de salud, y se evitar así que cada uno elabore un modelo que responda a intereses particulares y criterios discrecionales.

2.3.6.4 El consentimiento informado en la FIV heteróloga

Para analizar este apartado, en principio es necesario hacer hincapié en que tanto la cesión como la donación son expresiones diferentes, siendo el elemento distintivo el alcance patrimonial que supone la palabra donación por sobre la cesión; y, debido a que para la situación que se plantea es indispensable la discusión sobre los componentes biológicos del ser humano que han de intervenir en las TRHA, la terminología más adecuada a usarse para ello es la de cesión; sin embargo, para fines prácticos se utilizaran ambos términos como sinónimos.

Ahora bien, la FIV heteróloga se ha de realizar acorde a los parámetros que ha establecido la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, que además se encuentra en concordancia con el artículo 7° e incisos a), b), g), h), y, f) del artículo 15° de la Ley General de Salud del Perú; es decir, sin dejar de lado al CI. Por lo que entendiendo que en ella necesariamente concurrirá una cesión de gametos, ya sea del esperma o de los óvulos, será necesario comprender el rol que desempeñará el CI; y, es que es por medio de dicho instrumento que se puede otorgar o excluir la paternidad de los comitentes frente a los cedentes, y ha generado una suerte de seguridad jurídica que impide cuestionamientos.

Según Varsi (2017), para la determinación de la filiación existente tres teorías que se han discutido, las cuales son los siguientes:

“1. El consentimiento del marido determina la paternidad con carácter inimpugnable y sin posibilidad de establecer la de los cedentes, 2. Con base en el interés del menor, el consentimiento es similar al reconocimiento y se descarta la investigación de la paternidad del cedente pues este no se responsabilizó de la paternidad y, 3. El consentimiento del marido es ineficaz para la determinación de la filiación pudiendo determinarse la filiación del cedente.” (Varsi , 2017, p. 19).

Es así que este autor no supone mayor problema para la determinación de la paternidad en el caso de las parejas matrimoniales o convivenciales que hayan vertido su consentimiento; ya que refiere que incluso en el supuesto de que la FIV heteróloga resultará ser un error en la práctica médica, su determinación no variaría pues existiría un CI de por medio, con ello Varsi (2017) precisa que se evitaría que se configure el *parentless*, es decir, el nacimiento de un hijo de nadie; aunque considera dejar expedito su derecho para interponer una acción por daños. Sin embargo, plantea la posibilidad de que quien utilice indebidamente el material genético sea comprometido, situación que tendría asidero cuando no haya consentimiento del marido por incapacidad.

Sin embargo, en el caso de que la mujer casada o conviviente recurriera a la FIV heteróloga sin consentimiento de su marido o pareja, cabe indicar que el autor manifiesta lo siguiente: “En caso de que no haya **consentimiento del conviviente**, al no existir título de estado y falta de consentimiento, la paternidad estaría negada” (Varsi, 2017, p. 21). Caso contrario, sucedería en el supuesto de que no existiera consentimiento del marido, pues en ese supuesto la presunción *pater est*, seguiría operando.

Varsi (2017) precisa que la determinación de la maternidad se presenta ante la disociación entre la maternidad genética, maternidad gestacional y social; sin embargo, precisa que la tendencia es que esta sea establecida a favor de la mujer que gesta y da a luz, aun cuando se demuestre que le fue implantado el óvulo fecundado de otra; encontrando como ejemplo de ello el artículo 562° del Código Civil y Comercial Argentino que estipula: “Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida **son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre[...]**” (Código Civil y Comercial de la Nación, 2014, p. 100) (énfasis propio).

Sin embargo, de lo que se puede apreciar y en mérito a la voluntad procreacional la maternidad también puede determinarse a favor de aquella mujer quien haya brindado su consentimiento previo, informado y libre; es decir, ante la existencia previa de un CI con independencia del vínculo genético entre la mujer y el hijo. A consideración de Turner (2003) puede existir distintos escenarios que contemplen la ovocesión u ovodonación y la maternidad subrogada, que se puede presentar como gestacional o genética (temas que no son materia de estudio para el presente trabajo); sin embargo, refiere que cada caso debe ser analizado según sus particularidades y que en tal caso la determinación más beneficiosa para el hijo es aquella que establece un vínculo con aquella mujer que dio origen a su nacimiento, admitiendo cuestionamiento alguno siempre y cuando no exista el CI por parte de alguno de los intervinientes.

2.3.6.5 Anonimato del cedente

Las TRHA, sobre todo aquellas que contemplan a la FIV heteróloga (intervienen gametos de un cedente o mal llamado donante), han construido sus cimientos de estudio y tratamiento legislativo sobre la base de lo que se invoca como “anonimato”, mismo que busca se le atañe a los progenitores como dadores en mérito al derecho de a la intimidad y privacidad;

ya que como refiere Varsi (2017) en torno a ella existe una postura avalada por autores que sindicán que el develar la identidad del cedente no sería más que una fuente de litigios que crearía incertidumbre en las parejas o personas que recurren a su puesta en práctica; por lo que incluso refiere que en la práctica médica este es considerado como un requisito *sine qua non* para la donación de gametos.

Boladeras (2023) nos precisa que el modelo que se acogió para la donación de órganos y tejidos era procedente de la donación de sangre, donde precisamente el anonimato y el sentido altruista contribuyeron a un logro extraordinario en beneficio de la humanidad. A pesar de ello, el anonimato como tal supone una barrera infranqueable cuando nos encontramos ante un niño nacido por TRHA, que al pretender conocer su identidad reclama a la par conocer la identidad del donante. Lo que ha originado, a consideración de Cárdenas (2015), que autores de la talla de Gonzáles de Castro, consideren dicha figura como inconstitucional, al generar situaciones de discriminación y limitación de derechos.

Ciaccio (2019) menciona que entorno al anonimato del cedente existen posturas que avalan completamente el manejo del anonimato del cedente como lo hace España, país en el que incluso el Tribunal Supremo ha indicado que el donante es un elemento clave para las TRHA, pues sin él o hay técnicas. Por otro lado, se encuentra Reino Unido, quien ha eliminado la figura del donante anónimo y ha previsto la posibilidad de que el hijo en merito a su derecho a la identidad conozca la de su padre. Cabe mencionar que ambos supuestos no se establece ninguna obligación legal entorno al cedente y el hijo nacido por la TRHA. Aunque existe una tercera postura, llamada “anonimato relativo”, la cual ha sido adoptada a consideración de dicho autor en el Código Civil y Comercial argentino, que contempla excepciones que relativizan el anonimato del cedente.

Ante ello Varsi (2017) refiere que la reserva de la información no se trata de un límite total, sino solo parcial; por lo que la interrupción del anonimato debe responder a tres fines los cuales son los siguientes: “a) impedimentos matrimoniales, b) para satisfacer una necesidad psicológica de conocer su ascendencia genética; c) preservar y salvaguardar la vida y la salud del niños, y sus padres, en caso de enfermedad genética o hereditaria” (Varsi, 2017, p. 15). Es menester tener en cuenta, que el acto de cesión de gametos no implica una responsabilidad parental lo que debe quedar expresamente consignado en el CI a fin de evitar inconvenientes a futuros que lejos de contribuir con el desarrollo del niño concebido mediante su aplicación se convierta en un desmedro en su formación.

2.3.7 Derechos del niño

2.3.7.1 Interés superior del Niño

Noción definida por Chunga La Monja, jurista peruano: “El desarrollo integral del niño y adolescente en el seno de una familia que reúna las tres características: amor, comprensión, felicidad, pudiendo interpretarse como darle bienestar” (citado por Nevado, 2017, p. 140).

El interés superior del niño es un concepto que se reviste de una triple identidad, ya que es considerado como un principio, un derecho y una regla de procedimiento; que se constituye como parámetros para la actuación del Estado desde todas las vertientes en el ejercicio de su poder tanto dentro de la esfera pública como privada, en salvaguarda de los intereses de los niños, niñas y adolescentes de conformidad con la Observancia General 14 del Comité de los Derechos del Niño, que permita su desarrollo holístico. Por lo que para Sokolich (2013) resulta ineludible la obligación que tiene el Estado entorno a dicho principio para proteger especialmente al niño, niña y adolescente al ser parte integrante del bloque constitucional,

razón por lo cual en todo proceso se ha de verificar la afectación de sus derechos fundamentales teniendo como premisa un trato especial y prioritario.

Hoy en día, entorno a su conceptualización surge una suerte de discrepancia, pues se cree que llega a ser una directriz vaga e indeterminada, que es invocada a pesar de no otorgarle mayor contenido o interpretación; lo cual lejos de proveer mayor seguridad jurídica deja un margen de discrecionalidad amplio que podría incluso dar paso a la arbitrariedad en la resolución de varios conflictos judiciales que se desarrollen en torno a los niños, niñas y adolescentes; sin embargo, es precisamente sobre ese punto que la apreciación razonada de los operadores de justicia entra a tallar para que luego de un detallado análisis del acervo probatorio se promueva una resolución judicial debidamente motivada.

El interés superior del niño responde a directrices planteadas a partir de la concepción del Niño como sujeto de derecho, que permite entender su universalidad, indivisibilidad, interrelación e interdependencia con los demás derechos que le conciernen; y que en suma al alcance de la Convención sobre los Derechos del Niño, del cual nuestro país es parte, ha buscado diseñar y elaborar estrategias que tomen en cuenta la consideración primordial y especial que ostentan, con la finalidad de que las medidas adoptadas no sean contraproducentes en el desarrollo integral que se busca alcanzar.

El Perú no solo recoge, en su artículo 4° de la Constitución Política del Perú, el estatus especial del niño y el adolescente que exige una protección más exhaustiva de sus derechos, sino que además forma parte tanto de la Convención sobre los Derechos del Niño como de la Convención Americana de Derechos Humanos, los cuales le brindan más luces para el entendimiento frente a sus obligaciones como Estado y la elaboración de las políticas públicas y sus repercusiones.

Además de ello, y en atención al control de convencionalidad que ejerce la CIDH, vale hacer mención al llamado caso los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, que alude a la atención que se le ha de brindar a los niños como sujetos de derechos y la razón de ser del artículo 19° del CADH; y, es que de ellos se desprende que la vulnerabilidad de los niños y la incapacidad de asegurar el respeto de sus derechos, quienes no pueden actuar por sí mismos ante su inmadurez, lo cual a su vez motiva una protección por parte de sus familias y que en caso de riesgos, la responsabilidad se redirecciona al Estado.

Ahora para la determinación del interés superior del niño existen elementos que se ha de tomar en consideración en concordancia con la Observancia General N.º14 del Comité de los Derechos del Niño, cuya intervención e influencia se irán determinando acorde a las particularidades de cada situación, siendo los factores para considerar:

- a. La opinión del niño**, que le permite expresarse y ser escuchado en todas las decisiones que le afectan, misma que debe valorarse para la emisión de una decisión final acorde a su edad y madurez.
- b. La identidad del niño**, que hace alusión a su diversidad y su repercusión en su comportamiento frente a la sociedad, aspecto que se desarrollará en el siguiente acápite.
- c. La preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones**, por medio del cual se entiende a la familia como el eje fundamental en el que se promueve el crecimiento y bienestar de sus integrantes.
- d. El cuidado, protección y seguridad del niño**, referido al rol que desempeña el Estado frente al niño que contemple sus necesidades físicas, educativas, materiales y emocionales.

e. **La situación de vulnerabilidad**, estudio de las condiciones especiales que pueden afectar su desarrollo, así como también, las situaciones de riesgo a las que se encuentran expuestos.

2.3.7.2 Derecho a la identidad estática

El derecho a la identidad es definido como el “[...] atributo innato del nuevo ser, el mismo que irá desarrollándose y enriqueciéndose a través de toda una vida, pasando por la infancia, adolescencia, juventud y edad adulta, hasta la muerte” (Posadas, 2017, p. 129); razón por la cual es entendido como un derecho fundamental que es protegido y garantizado por el Estado y que abarca dimensiones biológicas, psicológicas, sociales, culturales y espirituales; conforme también se reconoce en el preámbulo de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos.

Asimismo, como bien refiere González (2011), el derecho a la identidad suele asociarse al derecho a la personalidad y a los derechos que devienen de la filiación, premisa que guarda mucha verdad, pues es por medio de dicho vínculo del que se derivan el derecho a una nacionalidad, a un nombre, a la vida en un entorno familiar, entre otros; ya que es entendible que frente al nacimiento de una nueva vida sean los padres los que en ejercicio de su paternidad responsable velen por los derechos relativos al niño, al ser este un titular de derechos. Sin embargo, es evidente que tal perspectiva responde a una concepción antigua que guarda relación con la verdad biológica que precisamente propende la filiación por naturaleza; óptica que hoy por hoy no se adecua a la realidad que se vive gracias a la implementación de los avances de la ciencia y tecnología en la medicina, el derecho y demás campos.

Es así como, debido a la influencia generada por las TRHA, es que actualmente se puede dar paso a la disociación de la identidad tal como sucede en el caso de la maternidad, más aún cuando estamos frente a técnicas heterólogas, pues es en dichos casos cuando no hay una

coincidencia entre los progenitores y los padres. La identidad propiamente dicha cuenta con dos dimensiones, la estática que guarda conexidad con la identidad genética (ADN), la cual no se presenta en la aplicación de la FIV u otra TRHA heteróloga; y, la dinámica, que es aquella que tiene una estrecha relación con el desarrollo de su personalidad y proyecto de vida, en la cual claramente existe trascendencia de las conexiones intrafamiliares que han surgido en el medio en el que se desenvuelve.

La identidad como derecho es asociado con la dignidad que posee toda persona por el simple hecho de serlo, y que concuerda con el precepto de que el hombre es un fin en sí mismo, por lo cual requiere de la conjunción de más derechos y principios como el de igualdad y no discriminación, que posibiliten su expresión en toda su magnitud; lo cual repercutirá en la obligación del Estado frente al ciudadano, pues es precisamente dicha cualidad la que individualiza a cada ser repercutiendo en su permanencia e integración a una determinada comunidad en la cual adquiere tanto derechos como obligaciones en pro de alcanzar la paz social.

Es entonces que tomando en cuenta que la presente investigación tiene como materia de estudio la intervención de los gametos pertenecientes a un tercero en la FIV heteróloga, sobre todo en la FIV la que facilita su aplicación, es que al evaluar el desenvolvimiento del derecho a la identidad ante esta situación se aprecia que se afecta su dimensión estática, lo que conlleva a analizar la identidad genética por sí misma para ver cuál es el impacto que se genera en este derecho concerniente específicamente en los niños nacidos por reproducción asistida.

Según Del Águila, la identidad genética llega a ser la primera riqueza del hombre, pues es en específico la autenticidad de su genoma humano, cuyo código es irrepetible, el elemento que le otorga una individualidad por excelencia a la persona, fundamento por lo cual

reconocerla salvaguarda la integridad humana y dignidad del ser humano (Del Águila, 2014); noción que concuerda con lo esgrimido en el artículo 1° de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, que sostiene lo siguiente:

Artículo 1. El genoma humano es la base de la unidad fundamental de todos los miembros de la familia humana y del reconocimiento de su dignidad y diversidad intrínsecas. En sentido simbólico, el genoma humano es el patrimonio de la humanidad (Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, 2017).

Frente a tal situación, lo cierto es que nace la necesidad del hombre de conocer su origen, su verdad genética hereditaria, que se erige como el fundamento de su existir y afecta la construcción de su identidad dinámica entorno a su desarrollo de la personalidad. Empero, debido a que algunos autores como Gonzales y Herrera creen que la única vertiente que se afecta en el caso de los niños nacidos por FEIV heteróloga es la estática, no abordan este asunto desde la perspectiva del derecho a la identidad, sino más bien lo manejan como derecho a la información.

En la actualidad, en el marco de la evolución de los derechos humanos entre ellos los del niño, niña y adolescente se ha visto que la protección a la familia como principio constitucional colisionaría con el derecho a la identidad de la persona menor de edad y a ser integrado a su familia biológica, el mismo que tiene sustento en la Convención sobre los derechos del niño y en nuestra Constitución Política del Estado. El niño, niña y adolescente, conforme al artículo 6° del Código de los Niños y Adolescentes tienen derecho a su identidad biológica, a conocer a sus padres y llevar sus apellidos. Varsi (2017) considera que la identidad biológica implica el derecho a conocer la fuente de donde proviene la vida, la dotación cromosómica y genética particular, así como los transmisores de ella-los progenitores o padres-

y el entorno del medio en que se expresan los genes, lo cual importa la definición del contexto histórico y cultural del nacimiento o aparición de la persona en el mundo externo y social.

Esta concepción, refleja una suerte de disparidad frente a los niños concebidos por medio de reproducción asistida con material genético perteneciente a un tercero, con aquellos concebidos de manera natural e incluso frente a los que se integran a una unidad familiar por adopción, pues según lo esbozado por las autoras en estas dos últimas situaciones sí se podría discutir el acceso a su identidad biológica mientras que en el caso de los nacidos por TRHA heterólogas sería el acceso a la información; y sobre este punto cabría hacer una distinción frente a los tipos de información a los que se lograría obtener, pudiendo ser identificatoria (nombre, apellido, entre otros datos que índole personal que permitan individualiza al cedente) y no identificatoria (datos genéticos o de salud del cedente).

Recordemos que en razón al principio de igualdad y no discriminación, todos los hijos son iguales ante la ley independientemente del modo por el cual hayan sido concebidos, entonces sosteniendo dicha idea como proposición inicial para el respeto de los derechos de los niños y el logro de una convivencia armónica, cabe preguntarnos porque hacer esa diferenciación en cuanto a la denominación del acceso al derecho a la información y al derecho a la identidad como si el tema que se abarcará por medio de ambos respondiera a temas totalmente diferentes y distantes; y si bien en la aplicación de las TRHA se toma en cuenta la presencia del cedente se ha dejado claro que por medio de la voluntad procreacional y en atención a las características de la cesión, no se establecerá lazo filial alguno entre el cedente ni el niño que nazca producto de la utilización de su gameto.

Consecuentemente, el meollo del asunto frente a cualquier tipo de conformación familiar (por naturaleza, adopción, y por aplicación de TRHA heterólogas) será el

establecimiento de la identidad estática, claro está que para que ello se logre se tendrá que avizorar una clara posición respecto del anonimato del cedente, pues como se indicó en el apartado pertinente a su CI, por medio de ella se establecerá el carácter absoluto o relativo en cuanto a su manejo lo que tiene incidencia en el Derecho de identidad del niño concebido de manera heteróloga.

Si se adopta una política restringida frente al anonimato del cedente, no admitiéndose bajo ningún motivo el levantamiento de ese secreto, entonces probablemente se estará adoptando un criterio adulcentrista, ya que dicha decisión se basaría en factores subjetivos con capacidad de influencia en los padres comitentes como bien señala González (2016); no obstante, si se acoge un tratamiento relativo del anonimato del cedente, se estaría preservando la protección del niño, quien se reviste de una cualidad especial, posibilitando que existan circunstancias bajo las que se dé una interrupción del anonimato del cedente, que podrá abarcar información no identificatoria como identificatoria dependiendo de cada situación en específico.

De acuerdo con el principio del interés superior del niño y adolescente, y tomando en consideración que el derecho es una ciencia multidisciplinaria, cabe precisar que la psicología destaca como buena práctica la narrativa de su origen a los niños que hayan sido concebidos mediante la utilización de gametos pertenecientes a terceros, siempre y cuando se cuente con el apoyo de un profesional que los acompañe en el proceso; lo cual validaría aún más la relación socioafectiva que se pueda crear entre el niño concebido y nacido en aplicación de la FIV heteróloga con sus padres volitivos en atención al *favor affectionis*, procurando que el niño genere una identidad dinámica y estática a la vez.

CAPÍTULO III

CATEGORÍAS Y SUBCATEGORÍAS

3.1. Categorías

3.2.1. Identificación de categorías

A) Categoría 1

La voluntad procreacional.

Subcategorías

- Dimensión estática.
- Dimensión dinámica.

B) Categoría 2

Derechos del niño.

Subcategorías

- Interés superior del niño.
- Identidad estática.

3.2.2. Matriz de categorización

Tabla 1*Matriz de categorización*

Categoría	Definición conceptual	Subcategoría	Indicadores	Instrumento
Voluntad Procreacional	La voluntad procreacional, en tanto elemento que legitima el acto procreativo asistido y que determina la filiación resultante, posee una dimensión estática y una dimensión dinámica (Geri, 2022).	Dimensión Estática (cedente)	Consentimiento informado.	Fichas de análisis documental
		Dimensión Dinámica (padres volitivos)	Realización del proyecto parental. Ejercicio efectivo de paternidad y/o maternidad.	
Derechos del Niño	Los derechos del niño comprenden un amplio entramado de normas jurídicas de diferente valor normativo que protegen los derechos de los niños, niñas y adolescentes y garantizan una respuesta de los Estados diferentes a las personas adultas (Saravia, 2018).	Interés Superior del Niño	Manifestación del niño. Entorno familiar y social del niño. Predictibilidad de las condiciones futuras del niño.	
		Identidad Estática	Derecho a un nombre. Derecho a conocer a los cedentes, la dotación cromosómica y genética particular. Restricciones.	

Nota. Elaboración propia.

CAPÍTULO IV

METODOLOGÍA

4.1. Método de Investigación

En la presente investigación de enfoque cualitativo, el método que se utilizó fue el inductivo-deductivo, dado a que este es un tema escasamente abordado por parte de la doctrina e incluso de la jurisprudencia nacional e internacional que se han originado a partir de casos particulares, los cuales tienen como directrices el respeto del principio del interés superior del niño, niña y adolescentes y los derechos humanos de los padres volitivos y terceros intervinientes (cedentes).

El método inductivo, en definición de Palmett (2020) comienza con la observación de casos específicos, la cual tiene por objeto establecer principalmente generalizaciones, tratando de ver si estas generalizaciones se aplican a casos específicos; en pocas palabras el razonamiento que utiliza este método, parte de lo particular a lo general.

En el caso del método deductivo, de acuerdo con Gómez (2012) a diferencia del inductivo, es el procedimiento racional que va de lo general a lo particular. Posee la característica de que las conclusiones de la deducción son verdaderas, si las premisas de las que se originan también lo son. Por lo tanto, todo pensamiento deductivo nos conduce de lo general a lo particular.

4.1.1. Tipo de investigación

La investigación fue de tipo básica, según Muntané (2020), se denomina investigación pura, teórica o dogmática. Se caracteriza porque se origina en un marco teórico y permanece en él. El objetivo es incrementar los conocimientos científicos, pero sin contrastarlos con ningún aspecto práctico.

4.1.2. Nivel de investigación

La investigación fue de nivel exploratorio, que tiene por objetivo examinar o explorar un problema de investigación poco estudiado que no ha sido analizado antes (Abreu, 2012), motivo por el cual no se establece una hipótesis preliminar del estudio, ya que su finalidad es obtener y presentar una comprensión preliminar sobre un determinado tema donde no existe mucha información y existen una gran variedad de conceptos emergentes.

4.1.3. Diseño de investigación

El diseño que se utilizó en el presente trabajo fue el no experimental, en atención a lo señalado por Agudelo et al. (2008), quienes afirman que “no se construye ninguna situación, sino que se observan situaciones ya existentes, no provocadas intencionalmente por el investigador. En la investigación no experimental las variables independientes ya han ocurrido y no pueden ser manipuladas, el investigador no tiene control directo sobre dichas variables, no puede influir sobre ellas porque ya sucedieron, al igual que sus efectos” (p. 39).

4.2. Técnicas e Instrumentos de Recolección de Datos

4.2.1. Técnica de Recolección de Datos

En el presente estudio, la técnica de investigación que se empleará es el análisis documental, que es definida como la exploración exhaustiva de textos y documentos sobre un tema en particular. Se usa esta técnica para seleccionar y extraer información sobre las categorías de análisis, desde diferentes ópticas abordadas, permitiendo profundizar sus conocimientos sobre el tema y las categorías en términos de integración, corroboración y crítica (Useche et al., 2019).

4.2.2. Instrumento de recolección de datos

El instrumento de recolección de datos idóneo para el análisis documental estuvo constituido por las fichas de análisis documental, que nos permiten recopilar y procesar de manera más sencilla la información recabada de los artículos científicos, tesis, así como los casos materia de jurisprudencia de alcance nacional e internacional, de fuentes confiables como Dialnet, Scielo, repositorios de universidades nacionales (Universidad Femenina del Sagrado Corazón de Jesús, La Universidad de Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, Universidad de Piura, etc.).

CAPÍTULO V

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

5.1. Resultados

A nivel mundial y nacional se tuvieron diferentes manifestaciones jurídicas sobre las TRHA y la fertilización in vitro en distintas circunstancias.

Tabla 2*Casos sobre TRHA*

Caso	Juzgado a cargo	Hechos ocurridos	Temas en debate	Decisión final	Comentario
CAS. N.º 4323-2010-Lima	CSJR-Sala Civil Permanente	Se realizó una técnica asistida de ovodonación, donde se le extrajo el material genético al esposo y se combinó con un óvulo donado, realizándose la fecundación en un plato de laboratorio, entonces, los gametos fueron donados de manera anónima sin ánimo de lucro del donante y sin derecho de las partes a indagar más sobre la donante. Se defiende la demandante diciendo que de ninguna manera hubo vientre subrogado, que la donación fue del óvulo y sin intercambio oneroso de por medio con la donante. Fue así, ya que la esposa podría gestar más no ovular.	Ovodonación. Vulneración del artículo 7 de la Ley General de la Salud sobre reproducción asistida: “(...) la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona (...)”	FUNDADO el recurso de casación interpuesto a fojas mil sesenta y nueve por PRANOR SRL (Instituto de Ginecología y Reproducción-Clínica de Fertilidad Asistida y Ginecología Concebir), por consiguiente, NULA la sentencia de vista expedida por la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima. Entonces, declararon que no había prohibición en realizar ovodonación y ser declarada esta técnica como válida a nivel legal en el Perú.	Se evidencia un tipo de reproducción asistida con donación de gametos y con anonimato de la donante de los óvulos, es decir, fertilización in vitro heteróloga, circunstancia donde se le otorgó. Entonces, a nivel legal, el Perú declaró válida ovodonación y se consideraría una técnica de reproducción asistida válida que no atenta contra el ordenamiento legal.
CAS. N.º 563-2011	CSJR-Sala Civil Permanente	Los padres volitivos escogieron realizar una TRHA con maternidad subrogada, acudiendo a una pareja cercana, existiendo un vínculo familiar de tercer grado de consanguinidad, a quienes se les ofreció beneficio económico. Este vínculo familiar fue aprovechado con el nacimiento de la niña, puesto que se estaba realizando una adopción por excepción de la niña, ya que en el Perú no se encuentra	Adopción por excepción, grado de parentesco, interés superior del niño, maternidad subrogada, TRHA.	No procedía la adopción por excepción, puesto que uno de los dos solicitantes era el padre biológico de la niña, entonces, por más que la pareja alegaba tener grado de consanguinidad, primaba la verdad biológica y no procedía la figura de adopción por excepción que estaba siendo desnaturalizada para fines personales. Se consideró que en el Perú una TRHA está permitida siempre y cuando la	Se destaca que el proceso judicial se llevó a cabo considerando el interés superior del niño desde su triple identidad, haciendo énfasis en su dimensión como derecho, lo que conlleva a la valoración de que la niña pueda tener una familia estable y afectuosa. Considera el interés superior del niño, que es un principio fundamental que busca proteger y garantizar los derechos y el

	<p>regulada la maternidad subrogada. Considerar que el papá que quería adoptar era genéticamente el papa de la niña, puesto que había insertado su material genético en la madre sustituta para engendrar a la niña. Siendo así, no aplicaría la figura de adopción por excepción, puesto que uno de los demandantes si era el padre biológico. Estaban desnaturalizando la figura de adopción por excepción.</p>		<p>misma madre que usará la reproducción asistida sea la madre gestante.</p>	<p>bienestar de los niños y adolescentes. Brinda ciertas nociones de la voluntad procreacional aunque no propiamente dicha, pues encomia la prevalencia la voluntad de los padres volitivos en atención al desarrollo de vínculos socio afectivos por sobre los biológicos en concordancia del interés superior del niño. Demuestra el uso de figuras legales, como la adopción por excepción, para poder arribar a un plan de vida familiar por medio del uso de las TRHA, que en atención a sus propias particularidades (intervención de un tercero), no cubre las necesidades ni garantiza una real protección a los niños nacida de ella, ni a los padres que recurren a ella, lo que distorsiona su figura y análisis.</p>
<p>Artavia Murillo y otros vs Costa Rica</p>	<p>CIDH</p> <p>La Sala Constitucional de Costa Rica consideró que la Convención Americana exigía prohibir la FIV tal como se encontraba regulada en su normativa. Por otro lado, la CIDH establece que los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho. Asimismo, exige que los Estados adopten todas las medidas apropiadas para proteger y</p>	<p>El inicio de la protección del derecho a la vida, la afectación del derecho a la integridad personal, libertad personal, vida privada, la intimidad, la autonomía reproductiva, el acceso a servicios de salud reproductiva y a fundar una familia</p>	<p>Se le ordeno al Estado de Costa Rica adoptar de manera rápida medidas para dejar sin efecto la prohibición de las prácticas FIV y que quienes desean utilizar técnicas de reproducción asistida puedan tener acceso a estos procesos. Asimismo, deberían incluir las FIV dentro de sus programas y tratamientos de infertilidad en su atención de salud, de conformidad con el deber de garantía respecto al principio de no discriminación.</p>	<p>Deja de considerar a la infertilidad como una enfermedad para reconocerla como una discapacidad, que exige una respuesta por parte del Estado para su tratamiento tanto legislativo, social y médico. Presenta la vinculación del derecho a la procreación y el derecho a fundar una familia que se compagina con derechos como la libertad, autonomía e identidad de</p>

		<p>preservar el derecho a la vida (obligación positiva) de todos quienes se encuentren bajo su jurisdicción, ello incluye adoptar las medidas necesarias para crear un marco normativo adecuado que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida y salvaguardar el derecho a que no se impida el acceso a las condiciones que garanticen una vida digna.</p>		<p>una persona que involucra el acceso a tecnología médica.</p> <p>La Corte ya ha indicado que el derecho de protección a la familia conlleva, entre otras obligaciones, a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar.</p> <p>Dentro de las recomendaciones que brinda a Costa Rica, tenemos: ii) El Estado deberá, a la brevedad, regular los aspectos que considere necesarios para su implementación y establecer sistemas de inspección y control de calidad de las instituciones o profesionales calificados que desarrollen este tipo de técnica de reproducción asistida, y iii) la Caja Costarricense de Seguro Social deberá incluir gradualmente la disponibilidad de la Fecundación in Vitro dentro de sus programas y tratamientos de infertilidad en su atención de salud, de conformidad con el deber de garantía respecto al principio de no discriminación.</p>	
Paradiso y Campanelli	TEDH	<p>Los padres intencionales manifestaban tener vínculo genético con el niño procreado, sin embargo, se demostró con una prueba de ADN que no era así, entonces, se presumía una gestación por sustitución, lo que originó que anularan acta de nacimiento del niño y lo dieran en adopción.</p>	<p>La regulación de la adopción, las técnicas de reproducción humana asistida, la gestación por sustitución, la protección del niño, derecho a la identidad el niño, ausencia de vínculo genético.</p>	<p>Sala del TEDH que se pronunció sobre el caso Paradiso y Campanelli entendió que los demandantes no estaban legitimados para representar los intereses del niño procreado, subrayando que no existía vínculo genético entre ellos, que nunca se les reconoció como padres de este</p>	<p>Se evidenció las dificultades al momento de resolver asuntos relacionados con las técnicas de reproducción asistidas, ya que este tribunal toma decisiones disidentes en los extremos a pesar de ser casuísticas similares. No hay consenso en la materia.</p>

y que no representaron al niño en
los procesos judiciales internos.

5.2. Discusión

Ante lo expuesto en los resultados queda manifiesto que se necesita regular las TRHA, en sus diferentes formas de ejecución del proceso, en cuyo caso se debe tener en cuenta de manera primordial los derechos del niño y principalmente el interés superior del niño, que actúa desde su triple identidad como las siguientes: principio, derecho y regla de procedimiento. Asimismo, se expone que aunque se debe respetar el planteamiento normativo existente sobre la reproducción asistida, vale precisar que no se puede prohibir lo que la ley no tiene expresamente establecido como no permitido, como se plasma en el caso de la ovodonación.

Por otro lado, y en atención a lo esbozado por la CIDH, que considera la infertilidad como discapacidad y ya no como enfermedad, se evidencia que desde el punto de vista que ofrece el control de convencionalidad, la normatividad debe ir avanzando a la par de la realidad lo que por ende exige una respuesta acorde por parte del Estado en cuanto a su tratamiento a nivel legislativo, médico y social. Queda claro también que la voluntad procreacional es un factor importante en la regulación de las TRHA y sobre todo cuando contemplan la aplicación de la fertilización in vitro heteróloga, puesto que debe definirse de forma clara la confidencialidad de los cedentes del material genético (dimensión estática) y la necesidad de los padres volitivos para acceder a la filiación de los niños procreados mediante FIV heteróloga.

En la investigación, el punto principal de discusión radica en un vacío normativo evidente a nivel nacional en cuanto a las TRHA y más aún cuando involucran a la FIV heteróloga, puesto que ello produce incertidumbre cuando se trata de la develación del anonimato de los cedentes del material genético que intervienen en el proceso y su incidencia en la identidad del niño; ante ello, el manejo de la voluntad procreacional y el anonimato del cedente del material genético deben centrarse en proteger primordialmente al niño procreado

mediante FIV heteróloga, que a consideración de los investigadores se logra mediante el respeto del interés superior del niño.

Es entonces, que entorno a dicho principio nuestra legislación debe rechazar categóricamente la idea de regular y adoptar el anonimato absoluto del cedente, pues caso contrario lo que se ocasionaría sería la vulneración del derecho del niño nacido mediante FIV heteróloga a acceder a su identidad estática lo que consecuentemente se traduce en una transgresión a su dignidad; recordemos que lo que se propende con el reconocimiento del Interés Superior del Niño desde su triple identidad, es asegurar el bienestar del niño en todos los aspectos de su vida al ser un sujeto de especial protección (por su sola condición).

De tal modo, la postura más adecuada que nuestro Estado podría acoger sería la del anonimato relativo, posición que se encontraría mucho más acorde a lo establecido por la Convención de los Derechos del Niño, y no daría paso a ningún matiz de discriminación con respecto a los niños concebidos de manera natural o por medio de las TRHA homólogas; perspectiva que además fomentaría el respeto por el derecho a la intimidad del cedente y coadyuvaría a la preservación de la intimidad del seno familiar.

Ahora, cabe precisar que en la situación propuesta, los cedentes no tendrán acceso a los derechos y obligaciones con respecto a los niños procreados mediante este tipo de técnica de reproducción asistida, es decir, que no existiría filiación de ningún tipo entre el niño y el o los cedentes del material genético; de ese modo, no se desnaturalizaría la figura del cedente y su intervención en la puesta en práctica de la FIV heteróloga, lo que aunado a la propuesta de voluntad procreacional como fuente filiatoria, ofrece una protección integral a los niños y una respuesta adecuada por parte del Estado ante el vacío normativo señalado.

Estos hallazgos se concretan aún más con lo manifestado por la teoría institucional que desde la perspectiva de la doctrina de la protección integral tendrá al niño como el elemento esencial y primordial del planteamiento y reforma de las instituciones legales del derecho de familia, pues acorde con ello el principio del interés superior del niño regulará las actuaciones del Estado, y, en ese entender el niño dejará de ser visto como objeto de derecho para pasar a ser considerado sujeto de derecho, lo que guarda concordancia con los preceptos legales de los instrumentos internacionales.

Sin embargo, ello no desmerece los mejores aportes que ha traído consigo el desarrollo de las teorías mencionadas, ya que en el caso de la teoría contractual puso de manifiesto el reconocimiento de la voluntad de las partes; en el caso de teoría del acto condicionado, se destaca la intervención estatal como parámetro a la voluntad de las partes sobre todo en cuanto a las instituciones del derecho de familia; lo que permitieron que se arribe a la teoría institucional, y que de entre sus dos vertientes de estudio se prefiera a la doctrina de la protección integral por sobre la doctrina de la situación irregular.

Es importante considerar que la voluntad es el eje en el cual se erige la voluntad procreacional como fuente filiatoria, por lo que el respeto de esta y del consentimiento informado se evidencian mediante la firma del contrato como supone la teoría contractual, especificando de manera clara y precisa el rol que cada parte va a desempeñar al momento de efectuarse la FIV heteróloga como TRHA. En el caso del o los cedentes del material genético, quedará establecido la inexistencia de cualquier vínculo legal con el niño procreado aun cuando compartan información genética; y, en el caso del padre o padres comitentes su deseo por ejercer su paternidad o maternidad se verá reflejado expresamente en el CI, así como, su compromiso por ejercer la filiación del niño procreado mediante FIV heteróloga, siendo

entonces quienes por identidad dinámica y estática (si es que uno de los padres también otorgo material genético) serán sus padres de forma absoluta.

Situación en la que queda claro que el Estado deba intervenir para proveer tanto de una seguridad jurídica a los padres, cedentes intervinientes en la FIV heteróloga y los niños nacidos mediante su práctica; ya que en el caso de los padres se asegurará de que solo se le otorgue aquel status a quien o a quienes establezcan su consentimiento informado de manera previa, donde la manifestación de su voluntad le o les atribuya su maternidad o paternidad respectivamente. En el contexto del cedente, por medio de la exigencia del consentimiento informado que contemple la renuncia al reclamo de su maternidad o paternidad, preservará el desligamiento de este tercero dentro de la conformación e intimidad de la vida familiar además de preservar la esencia de la cesión de gametos; y, por último, en el caso de los niños que nacen a través de esta TRHA, les permitirá acceder a una real construcción de su ser y por ende de su autonomía progresiva en el desempeño de la sociedad.

Por otro lado, rescatamos que los esfuerzos realizados en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil Peruano, quienes dentro de sus propuestas de reforma hacen una somera referencia al principio de identidad genética como es de verse en el artículo 415-D, que dice:

Artículo 415-D. Determinación de la maternidad.

1. El parto determina la maternidad.
2. La regla establecida en el numeral 1 no se aplica al concebido con el uso de material genético proveniente de otra mujer o pareja, o, en su caso, de un embrión de la pareja o de terceros.
3. En los supuestos descritos en el numeral 2 se deberá tener en cuenta la voluntad procreacional de la mujer o pareja que solicitó la procreación, o gestación por cuenta

de otro, el **interés superior del niño o el principio de identidad genética**. Estos **criterios no son excluyentes entre sí**. (...) (énfasis propio) (Anteproyecto de Reforma al Código Civil Peruano, s.f., art. 415-D)

Sin embargo, debemos tener en cuenta que se limita a utilizar dicho concepto a efectos de determinar la maternidad en los supuestos de TRHA, y no hace mención la postura y manejo que se toma en cuanto a él para su regulación, y si el niño podrá conocer toda la información que representa tomar conocimiento de su identidad estática que le amerita el interés superior del niño, que claramente involucra su información genética. Además, respecto al asentimiento no establece aspectos importantes respecto a su renovación o revocación o las formalidades a tener en consideración para ello, ni mucho menos los registros donde deberían obrar a efectos de no crear situaciones de incertidumbre.

Es así que tendiendo a los conceptos manifestados por los estudios previos, que establecen la necesidad de regular las diferentes TRHA, con consideraciones especiales de acuerdo con cada caso, Guridi y Hevia (2023) instan a formular reformas que se dediquen directamente a complementar los estatutos filiales para concretar una regulación de procedimientos legales coherentes, que engloben las técnicas de reproducción humana asistida, biotecnología reproductiva y los diversos aspectos secundarios; y, que entorno a ello se permita su integración en la legislación chilena, lo cual nos debe de servir como reflejo para nuestro país que atraviesa una situación similar.

Zaldívar (2022) establece que debe existir un balance en las restricciones en cuanto a las TRHA que ayude a limitar el avance de este tipo de biotecnologías, para que las restricciones jurídicas puedan ser las justas y necesarias para ser amigables con la sociedad y sus propios derechos humanos, sin dejar de lado entonces los valores jurídicos. Asimismo,

Reguera (2021) deja claro que, si bien el cribado es un avance tecnológico para la sociedad, este mismo debe respetar elementos tales como la regulación jurídica y el requisito ético, pues se debe cuidar del manejo de la genética de nuestra especie, por tanto, este control debe ser tomado con un propósito conjunto, mas no individual. Además, cabe resaltar detalles como la discreción y manejo confidencial de información, en donde cada involucrada tengo el cuidado de su información, misma que por ejemplo, no debe ser utilizada con fines de comercio para donantes.

Entonces, tras el análisis de los casos considerados en los resultados, teorías y antecedentes, se puede manifestar que sería importante establecer una regulación normativa de la voluntad procreacional desde la defensa de los derechos del niño nacido de una fertilización in vitro heteróloga en la legislación peruana vigente. Estos derechos a ser considerados serían el interés superior del niño y la identidad estática, los cuales han de ser tomados como referentes para establecer una normativa referente al status filial de los niños nacidos mediante FIV heteróloga; así como también para que, en mérito de ambos y del derecho a la reproducción se elaboren políticas públicas que respondan a las necesidades de todos los intervinientes.

Puesto que, de ese modo los que deseen ser padres puedan serlo en el marco de su derecho a la reproducción, sin desnaturalizar la intervención del donante de la FIV heteróloga, es decir, la esencia de la cesión del material genético, pero procurando el bienestar integral del niño, tanto físico como psicológico que le permita desarrollarse de manera integral en todos los aspectos de su vida.

CAPÍTULO VI

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

6.1. Conclusiones

1. La regulación de la voluntad procreacional en la legislación peruana vigente se deberá realizar teniendo en cuenta la perspectiva que ofrece la constitucionalización del derecho de familia, proceso que ha conllevado a reconocer y proteger los derechos fundamentales desde una perspectiva más integral por medio de la incorporación de diversos instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, a los que se les ha reconocido jerarquía constitucional, lo que en suma ha permitido abordar con mayor énfasis las instituciones que regulan el ámbito familiar y la tratativa de los derechos del niño.

Lo cual ha conducido no solo al reconocimiento de los diversos modelos familiares, sino que también ha propiciado que el principio del interés superior del niño se constituya en una nueva ruta a seguir en el enfoque del derecho de familia, considerándolo como la principal referencia a tener en cuenta en todas las decisiones que afecten a los niños; lo cual ha propiciado que el derecho que tiene todo niño nacido mediante FIV heteróloga a conocer su identidad estática cobre mayor relevancia, y por tanto se tienda a la adopción del anonimato relativo como postura para la regulación de la voluntad procreacional; ya que solo así, se podrá proteger la construcción de su autonomía progresiva y la percepción que tiene de sí mismo, todo ello en el marco de su dignidad.

2. El interés superior del niño debe ser considerado desde su triple identidad, es decir, como principio, derecho y norma de procedimiento, al momento de regularse la voluntad procreacional en la legislación peruana vigente, más aún cuando se trate del nacimiento de niños concebidos mediante fertilización in vitro heteróloga; pues de ese modo, se convertirá en la pauta ineludible que el Estado deberá sopesar para atender de manera

efectiva sus necesidades desde todo ámbito: legislativo, administrativo, judicial e incluso social.

Vale la pena destacar que el Interés Superior del niño, sirve de fundamento para que el niño nacido de FIV heteróloga pueda acceder al conocimiento de su identidad estática y a una real protección de sus derechos, brindando una respuesta al vacío normativo existente que lo pone en una situación de desprotección. Lo que implica un estímulo para que las relaciones socioafectivas con su familia “volitiva” se afiancen más al conocer la forma en que fue concebido y su información biológica – genética que proviene del cedente, sin que ello afecte su intimidad familiar, contribuyendo muy por el contrario a su formación personal y desenvolvimiento ante la sociedad.

3. La identidad estática debe considerarse como derecho fundamental al momento de regular la voluntad procreacional en la legislación peruana vigente, pues solo así se ampararán los derechos de los niños nacidos mediante fertilización in vitro heteróloga; así como además, se conseguirá que las disposiciones legales de nuestro país concuerden con lo esbozado por los instrumentos internacionales, evidencien la repercusión de la constitucionalización del derecho de familia, y ofrezcan una perspectiva más garantista que demuestre la primacía de los derechos fundamentales y la protección especial que se tiene para con los niños. Tengamos presente que el conocimiento de la identidad estática se encuentra intrínsecamente ligado a la dignidad humana, por lo que conjuntamente con la identidad dinámica, contribuyen a la formación del sentido de pertenencia y autoconocimiento de toda persona.

6.2. Recomendaciones

1. El Estado debe incorporar el reconocimiento taxativo del derecho a la procreación, independientemente a que sea tratado como un derecho derivado, pues ello va a permitir que se estructure una normatividad que defina el rumbo de la utilización de las TRHA, determinando la injerencia que adoptará el Estado frente a las decisiones que sean adoptadas por los particulares y si será o no en función al carácter terapéutico que ostentan estas técnicas, tomando en cuenta que su aplicación ahora abarcan no solo tomados como procedimientos paliativos que confrontan a la infertilidad o esterilidad, sino que ahora además permiten tanto la independencia de la mujer como del hombre en temas reproductivos.
2. Se debe tomar en cuenta además que el derecho a la procreación no se encuentra ligado únicamente a la libertad humana, sino que además involucra la paternidad responsable al estar vinculado al derecho de fundar una familia; y que es el Estado el garante de proteger y garantizar los derechos fundamentales del más débil, que en este caso tal figura se encontraría plasmada en el niño o niña que nazca a raíz de las TRHA.
3. Por otro lado, entorno a la filiación por naturaleza y al principio de igualdad reconocido en nuestra Constitución vigente, que ha propiciado un trato más garantista para los niños, niñas y adolescentes; consideramos que si bien la presunción de paternidad opera como consecuencia intrínseca del matrimonio creemos que de igual forma dicho supuesto podría aplicarse en los casos en que nos encontremos ante una unión de hecho debidamente reconocida, lo que no haría más que consagrar las bases de un real trato igualitario entre los hijos independientemente de su concepción, lo que además iría más acorde respecto a la constitucionalización del derecho de familia.

4. Consideramos que el manejo de la voluntad procreacional si bien comprende el derecho a la procreación y atiende a las necesidades de los padres y las personas en general de poder planificar la conformación de su vida familiar, no se debe olvidar que esta va de la mano con la paternidad responsable; lo que debe conllevar a que en el análisis de su aplicación y los lineamientos básicos que el Estado maneje entorno a ella se evalúe no solo la evaluación física, sino también la salud mental, el estado civil del o los participantes; a fin de que los niños nacidos por la FIV heteróloga se vean afectados en un futuro; lo cual podría conllevar a plantear un plan de salud que contemple la asistencia psicológica a todos sus intervinientes.
5. El Estado deberá concientizar la noción y perspectiva que ofrece el interés superior del niño a fin de que todos los funcionarios y servidores públicos puedan brindar una respuesta efectiva y oportuna, a todas las situaciones en las que se contemple la afectación de los niños, para que así no haya dilación en la respuesta que brindan las instituciones públicas y se proteja verdaderamente los derechos fundamentales que les atañe.
6. El Estado debe contemplar la adopción del anonimato relativo al momento de regular sobre la voluntad procreacional, lo cual debe incluirse en un plan de salud público que abarque el acompañamiento psicológico de los padres volitivos y su hijo nacido mediante FIV heteróloga en el proceso de revelación del modo de su concepción y los datos biológicos de su progenitor. Este plan deberá atender a estudios previos que permitan identificar la edad más favorable para que el niño pueda comprender e interiorizar la información brindada de la manera más adecuada, permitiéndole forjar su identidad y afianzar los lazos socio afectivos creados con la familia en la que fue concebido.
7. En el caso del Consentimiento informado, sugerimos que será pertinente que se establezca a nivel legislativo la formalidad y la temporalidad que habrán de tener la revocación y la

renovación de la manifestación de la voluntad, para que no se suscite situación alguna que pueda poner en peligro la identidad del nuevo ser que ha de nacer mediante la puesta en práctica de la FIV heteróloga, con lo cual se logrará crear mayor seguridad tanto a los usuarios que recurren a centros públicos como privados, estandarizando su exigencia y verificación como condición esencial para la continuación y culminación del procedimiento médico.

- 8.** Se deberá pretender la creación de Registro Nacional de Cedentes a fin de que el consentimiento de los cedentes no solo se almacene en el Banco de semen, óvulos y embriones de los centros médicos privados; sino también a nivel estatal que permita un mayor control en cuanto al manejo de la información de los mismos, y salvaguarde los intereses de los niños, niñas y adolescentes; en merito a su derecho a la identidad.
- 9.** Ahora, para una adecuada protección tanto de los derechos de los padres comitentes, así como de los niños nacidos no solo por medio de la FIV heteróloga aconsejamos que se propicie una real cooperación entre las entidades públicas como privadas, sobre todo del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil con los centros médicos a nivel nacional, que tendría que considerarse para la elaboración de una Política de Salud Integral.
- 10.** En el caso del CI para personas solteras que desean acceder a la FIV heteróloga independientemente de la TRHA con la que la pueda combinar, se recomienda que el CI deberá en principio contener un apartado referido a la aceptación de la verificación de sus datos personales y su estado civil, el cual se corroboraría por medio de una Constancia Negativa de Matrimonio o el comúnmente llamado certificado de soltería o viudez emitido por la RENIEC, o el Certificado Negativo de Unión de Hecho a cargo de la Superintendencia Nacional de Registros Públicos (en adelante SUNARP); documentos

que permitirán corroborar que la aplicación de la TRHA heteróloga requerirá únicamente de la manifestación de voluntad de una persona, quien ejercerá como padre o madre y dará paso a la constitución de una familia monoparental.

- 11.** Respecto al CI de las personas que conviven o se encuentran casadas, se recomienda que exista un apartado referido al tratamiento de sus datos personales y verificación de su estado civil, cuya comprobación es sumamente importante pues a efectos de los resultados se requerirá la manifestación de dos voluntades; ello se conseguirá mediante la revisión del Acta o Partida de Matrimonio o el Certificado de la Unión de Hecho, cabe aclarar que ambas deberán ser emitidas por autoridad y entidad correspondiente; en el caso del Acta o Partida de matrimonio, dicha función estará a cargo de la Municipalidad Distrital correspondiente o RENIEC, mientras que será la SUNARP el ente encargado de emitir el Certificado Positivo de Unión de Hecho. Asimismo, contendrá la información completa correspondiente al procedimiento médico y al asentimiento del uso de material heterólogo, lo que evitará un abuso de derecho por parte de un integrante de la pareja.
- 12.** Se sugiere que a efectos de que el CI pueda ser usado como un elemento que límite la impugnación de paternidad y sea usado como un documento que pruebe fehacientemente el animus de los padres comitentes, sopesamos que su inscripción no puede encontrarse limitado a su resguardo en la historia clínica de los intervinientes ni del niño nacido por TRHA, sino que por lo contrario, a efectos de que exista una suerte de legalidad y seguridad jurídica se incorpore un área en el RENIEC que permita el resguardo de dichos datos; cabe precisar que la renovación y la revocación de la voluntad han de correr con la misma suerte. El registro del CI que se plantea ante la RENIEC deberá ser exigido para ambos supuestos, es decir, tanto en el caso de la persona sola como de la pareja que se acoja a la aplicación de una TRHA heteróloga.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abreu, J. L. (2012). Hipótesis, método & diseño de investigación (hypothesis, method & research design). *Daena* 7, 7(2), 187–197.
- Agudelo, G., Aignerren, J. M., & Ruiz, J. (2008). Diseños de investigación experimental y no-experimental. *La Sociología en sus Escenarios*, (18), 1–46.
- Bagnarello, F. (2015). Fertilización in vitro: Conceptualización. *Revista Parlamentaria*, 21, (1), 205-247. <http://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/r34626.pdf>
- Boladeras, M. (2023). El anonimato de la donación de gametos. ¿hay que mejorar la situación actual? *MUSAS. Revista de Investigación en Mujer, Salud y Sociedad*, 8(1), 4–20. <https://doi.org/10.1344/musas2023.vol8.num1.1>
- Borges, T.; García, Y.; Leyva, Y.; Pérez, M. (2021). Conocimientos sobre la aplicación de los principios de la Bioética en Licenciados en Enfermería. *EDUMECENTRO*, 13(3), 237–252.
- Brugo-Olmedo, S., Chillik, C., & Kopelman, S. (2003). Definición y causas de la infertilidad. *Revista Colombiana de Obstetricia y Ginecología*, 54(4), 227–248. <https://doi.org/10.18597/rcog.567>
- Cadenas, D. (2022). *La determinación de la segunda maternidad por naturaleza en el artículo 7.3 de la Ley de técnicas de reproducción humana asistida: requisitos para la aplicación del precepto y problemática que plantea*. *ADC*, LXXV(1), 69-114.
- Cárdenas, R. (2015). El derecho a la identidad biológica de las personas nacidas mediante reproducción asistida en la doctrina, jurisprudencia y legislación peruana. *Persona y Familia*, 1(4), 47–65. <https://doi.org/10.33539/perfyfa.2015.n4.447>
- Ciaccio, R. (2019). *Identidad biológica y paternidad, la puja de dos derechos que llama a la reflexión*. Trabajo final integrador para la obtención de la especialidad en Medicina Legal, Universidad Nacional del Litoral, Facultad de Ciencias Médicas.
- Congreso de la Ciudad de México, Reformas, D. D. E., & Federal, C. civil para el distrito. (2021). *Artículo 363 del Código Civil para el Distrito Federal*. 366.
- Corte Suprema de Justicia de la República. (2013). *Resolución Casación 2726-2012: Impugnación de reconocimiento de paternidad*. https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/9c16fa004a480496a500f57f091476ed/Resolucion_002726-2012-.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=9c16fa004a480496a500f57f091476ed
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2012). Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile (Fondo, Reparaciones y Costas). *Caso Atala Riffo Y Niñas vs. Chile, 2012*, 103.

- Del Águila, F. R. (2014). Identidad Genética Y Filiación Genetic Identity and Affiliation. *Vox Juris*, 28(2), 225–249.
- ESHRE, & Fertility Europe. (2017). A policy audit on Fertility. Analysis of 9 EU countries. *European Policy Audit on Fertility*, March, 76.
- Fernández Yábar, R. I. (2020). El proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial y su evolución en el tiempo. *Ius Vocatio*, 3(3), 37–48.
<https://doi.org/10.35292/iusvocatio.v3i3.428>
- Ferreira, J., Silva, A., & Rodrigues, L. (2021). La determinación de la segunda maternidad por naturaleza en el artículo 7.3 de la Ley de técnicas de reproducción humana asistida: Requisitos para la aplicación del precepto y problemática que plantea. *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, 45(2), 123-145.
- Gómez, S. (2012). Metodología de la investigación. In *Red Tercer Milenio S.C.*
- González, A. C. (2016). Técnicas de reproducción humana asistida heterólogas: el derecho a conocer los orígenes. ¿legislación versus subjetividad? *Acta Bioethica*, 22(2), 221–227.
<https://doi.org/10.4067/S1726-569X2016000200009>
- González, M. (2011). Reflexiones sobre el derecho a la identidad de niñas, niños y adolescentes en México. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 130, 107–133.
- Guridi, M. del R., & Hevia, F. B. (2023). Avances en materia filiativa: La multiparentalidad y la relación con los derechos de niños, niñas y adolescentes. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, 17(52), 197-216.
- Guzmán, A., & Valdés, M. del C. (2017). Voluntad procreacional. *Oñati Socio-Legal Series*, 7(1), 75–96.
- Herrera, M. (2018). Conflictos contemporáneos en Técnicas de Reproducción Asistida: la experiencia en el derecho argentino. *Revista de Antropología Social*, 27(2), 353–380.
<https://doi.org/10.5209/raso.61856>
- Krasnow, A. N. (2017). La filiación por técnicas de reproducción humana asistida en el Código Civil y Comercial argentino. Un avance que permite armonizar la norma con la realidad. *Revista de Derecho Privado*, 32, 175–217.
<https://doi.org/10.18601/01234366.n32.07>
- LP. (2024). *Código Civil peruano [actualizado]*. <https://lpderecho.pe/codigo-civil-peruano-realmente-actualizado/>
- Legis.pe. (s.f.). *Anteproyecto de Reforma al Código Civil Peruano*. [https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/08/Anteproyecto-de-Reforma-al-C %C3 %B3digo-Civil-Peruano-Legis.pe_.pdf](https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/08/Anteproyecto-de-Reforma-al-C%C3%B3digo-Civil-Peruano-Legis.pe_.pdf)
- Lombardi, A. (2013). *técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) y la vulneración del*

derecho a la identidad de los niños nacidos de dichas técnicas.

- López, A., & Breña, C. (2024). Problemática en la fecundación artificial asistida respecto de requisitos necesarios y ha generado incertidumbre jurídica en las clínicas de fertilidad Arequipa-2021. Tesis para optar el título profesional de abogado, Universidad José Carlos Mariátegui.
- Mazo, H. M. (2011). La autonomía: principio ético contemporáneo. *Revista de Ciencias Sociales*, 3(1), 115–132.
- Mendoza, H. A. (2017). La voluntad procreacional: un caso de inseminación artificial casera atípico. *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 35(1), 345–361.
- Ministerio de Salud. (2004). *Guías Nacionales de Atención Integral de la Salud Sexual y Reproductiva*. Dirección General de Salud de las Personas, Dirección Ejecutiva de Atención Integral de Salud. https://bvs.minsa.gob.pe/local/dgsp/63_guiasnac.pdf.
- Minyersky, N. (2012). El impacto del Proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación en instituciones del derecho de familia. *Revista Pensar en Derecho, Facultad de Derecho (UBA)*, 0, 69–116.
- Moreno, G. (1991). Algunos aspectos en torno a las nuevas técnicas de reproducción asistida. *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, (7), 79 -132.
- Muntané Relat, J. (2020). *BÁSICA*. May.
- Neciosup, V. H. (2018). *Problemas de Política Pública y Estado Situacional de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en el Perú* (Informe de investigación N.º 20, pp 1-23). Departamento de Investigación y Documentación Parlamentaria, Congreso de la República del Perú.
- Organización de las Naciones Unidas. (1968). *Acta final de la Conferencia Internacional de Derechos Humanos, Teherán, 22 de abril a 13 de mayo de 1968*. Naciones Unidas.
- Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, U. (2017). Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos (1997) y Declaración Internacional sobre los datos genéticos humanos. Unesco.
- Palmett, A. M. (2020). Métodos Inductivo, Deductivo y Teoría de la Pedagogía Crítica. *Petroglifos Revista Crítica Transdisciplinar*, 3(1), 1–7.
- Posadas, R. M. (2017). El Derecho a la identidad y el Registro Nacional de Cedentes de gametos y embriones. *Persona y Familia*, 6, 123–144. <https://doi.org/10.33539/perfyfa.2017.n6.473>
- Reguera, M. (2021). Aspectos éticos y legales de los test de portadores de mutaciones recesivas en tratamientos de reproducción humana asistida con gametos donados. *Revista de Bioética y Derecho*, 51, 243-259. <https://doi.org/10.1344/rbd2021.51.33349>

- Rivera, K. (2018). La afectación del principio del interés superior del niño a partir de la presunción pater is est. *Derecho & Sociedad*, 50(2726), 235–248.
- Salazar, G. (2004). La Naturaleza Jurídica de la Adopción y Reflexiones Acerca de su Irrevocabilidad: Una Visión desde los Derechos Humanos Específicos del Niño. *Foro Jurídico*, 03(2414–1720), 234–243.
- Santamaría, L. (2000). Técnicas de reproducción asistida. Aspectos Bioéticos. *Cuadernos de Bioética*, 1, 37–47.
- Siruana, J. C. (2010). Los principios de la bioética y el surgimiento de una bioética intercultural. *Veritas*, 22, 121–157.
- Sokolich, M. I. (2012). Reflexiones sobre el tratamiento de la filiación en el Perú. *Persona y Familia*, 1, 59–68). <https://doi.org/10.33539/perya.2012.n1.421>
- Sokolich, M. I. (2013). La aplicación del principio del interés superior del niño por el sistema judicial peruano. *Vox Juris*, 25(25), 81–90.
- Suárez, L., & Pérez, L. (2021). La fertilización in vitro heteróloga en Cuba. Valoraciones en el ámbito de la filiación. *Revista Boliviana de Derecho*, 29, 430-453.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, M. (2020). ¿Qué es el principio de autonomía progresiva? *Centro Estudios Cervantinos*.
- Turner, S. (2010). La maternidad disociada. *Pro Jure Revista De Derecho - Pontificia Universidad Católica De Valparaíso*, (24). <https://www.projurepucv.cl/index.php/rderecho/article/view/542>
- UNESCO. (2005). *Declaración universal sobre Bioética y Derechos Humanos*.
- UNFPA. (1994). Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (ICPD). https://www.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/icpd_spa.pdf
- UNICEF COMITÉ ESPAÑOL. (2006). *Convención sobre los derechos del niño*. 8–12. <https://doi.org/10.18356/51f8034c-es>
- Useche, M. C., Artigas, W., Queipo, B., & Perozo, É. (2019). *Técnicas e Instrumentos de recolección de datos cuali-cuantitativos* (Universidad de La Guajira (ed.); Primera).
- Varsi, E. (2010). Filiación y reproducción asistida. *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, (10), 78-87. https://works.bepress.com/enrique_varsi/20/
- Varsi, E. (2013). *Tratado de derecho de familia: Derecho de filiación* (t. 4). Lima: Gaceta Jurídica.
- Varsi, E. (2017). Determinación de la filiación en la procreación asistida. *Revista IUS*, 11(39), 109-137. <http://revistaius.com/index.php/ius/article/view/300/296>

- Varsi, E., & Siverino Bavio, P. (2003). Declaración Judicial de Maternidad Extramatrimonial. *Código Civil Comentado por los Cien Mejores Especialistas, III*, 47–55.
- Velásquez, T. (2005). ¿Se protege el derecho a la identidad del hijo extramatrimonial? *Derecho & Sociedad*, 25, 378–386.
- Veronica, C. (2017). El interés superior del menor maduro. In *Estudio Legislativos: Vol. LXX* (Issue IV, p. 138).
- Viera, A. (2019). *Reproducción asistida y subjetividad: Un abordaje desde el psicoanálisis*. Buenos Aires: Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET).
- Villanueva, R. (2006). Protección constitucional de los derechos sexuales y reproductivos. *Revista IIDH*, 43, 391-414.
- Zaldívar, S. (2022). Análisis teórico jurídico de las técnicas de reproducción asistida: Especial referencia al contexto latinoamericano. *Revista Latinoamericana de Bioética*, 22(2), 149-163. <https://doi.org/10.18359/rlbi.5940>

ANEXOS

ANEXO I: MATRIZ DE CONSISTENCIA

Problemas	Objetivos	Categoría	Subcategorías	Metodología
<p>General: ¿De qué manera se debería realizar la regulación de la voluntad procreacional desde la defensa de los derechos del niño nacido de una fertilización in vitro heteróloga en la legislación peruana vigente?</p> <p>Específicos: - ¿Cómo se debería considerar el interés superior del niño al realizar la regulación de la voluntad procreacional desde la defensa de los derechos del niño nacido de una fertilización in vitro heteróloga en la legislación peruana vigente? - ¿Cómo se debería considerar la identidad estática al realizar la regulación de la voluntad procreacional desde la defensa de los derechos del niño nacido de una fertilización in vitro heteróloga en la legislación peruana vigente?</p>	<p>General: Analizar qué manera se debería realizar la regulación de la voluntad procreacional desde la defensa de los derechos del niño nacido de una fertilización in vitro heteróloga en la legislación peruana vigente.</p> <p>Específicos: - Analizar cómo se debería considerar el interés superior del niño al realizar la regulación de la voluntad procreacional desde la defensa de los derechos del niño nacido de una fertilización in vitro heteróloga en la legislación peruana vigente? - Analizar cómo se debería considerar la identidad estática al realizar la regulación de los derechos del niño nacido de una fertilización in vitro heteróloga en la legislación peruana vigente?</p>	<p>Categoría 1: Voluntad Procreacional</p> <p>Categoría 2: Derechos del Niño</p>	<p>- Dimensión estática.</p> <p>- Dimensión dinámica.</p> <p>- Interés superior del niño</p> <p>- Identidad estática</p>	<p>Método de investigación: Inducción y deducción</p> <p>Tipo de investigación: Investigación básica.</p> <p>Nivel de investigación: Nivel exploratorio.</p> <p>Diseño de la investigación: No experimental.</p> <p>Técnicas de recopilación de datos: Análisis Documental</p> <p>Instrumento de investigación: Ficha de análisis documental.</p>