



FACULTAD DE DERECHO

**LA REGULACIÓN DE LAS TÉCNICAS HETERÓLOGAS
DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA EN LA LEY
GENERAL DE SALUD N° 26842**

**PRESENTADA POR
ELLEN CLAUDIA DÁVILA SÁNCHEZ**

**ASESOR
CÉSAR WILLIAM BRAVO LLAQUE**

**TESIS
PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADA**

CHICLAYO – PERÚ

2021



CC BY-NC-ND

Reconocimiento – No comercial – Sin obra derivada

El autor sólo permite que se pueda descargar esta obra y compartirla con otras personas, siempre que se reconozca su autoría, pero no se puede cambiar de ninguna manera ni se puede utilizar comercialmente.

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>



USMP
UNIVERSIDAD DE
SAN MARTÍN DE PORRES

FACULTAD DE DERECHO

**LA REGULACIÓN DE LAS TÉCNICAS HETERÓLOGAS DE
REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA EN LA LEY GENERAL DE
SALUD N° 26842**

**PARA OPTAR
EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADA**

**PRESENTADO POR:
ELLEN CLAUDIA DÁVILA SÁNCHEZ**

**ASESOR:
MAG. CÉSAR WILLIAM BRAVO LLAQUE**

**CHICLAYO, PERÚ
2021**

DEDICATORIA:

A mis padres por su apoyo incondicional en el transcurso de la vida universitaria y
a María José por su compañía diaria durante el desarrollo de la investigación.

AGRADECIMIENTO:

A Dios padre omnipotente por haber otorgado los medios necesarios para la realización del presente trabajo de investigación, por haber puesto en mi camino a personas que colaboraron incondicionalmente conmigo en todo el proceso de investigación.

Al doctor César William Bravo Llaque por el tiempo dedicado en todas las reuniones de trabajo y el apoyo incondicional brindado para la elaboración de la presente.

A mis profesores y amigos por sus consejos que sirvieron mucho para seguir continuando con el desarrollo de la presente tesis y por sus conocimientos compartidos en su tiempo.

A la Universidad San Martín de Porres.

ÍNDICE

| | |
|--|----|
| INTRODUCCIÓN | ix |
| CAPÍTULO I: MARCO TEÓRICO | 12 |
| 1.1 Antecedentes de la investigación..... | 12 |
| 1.2 Bases teóricas..... | 13 |
| 1.2.1 Técnicas de reproducción humana asistida..... | 13 |
| 1.2.1.1 Técnicas heterólogas..... | 20 |
| 1.2.1.2 Técnicas homólogas..... | 24 |
| 1.2.1.3 Derecho humano a la procreación..... | 25 |
| 1.2.1.4 La familia en las técnicas de reproducción humana | 27 |
| 1.2.2 Derecho filiatorio..... | 30 |
| 1.2.2.1 Antecedentes históricos..... | 30 |
| 1.2.2.2 Definición de filiación | 32 |
| 1.2.2.3 Clases de filiación..... | 32 |
| 1.2.2.4 Filiación en técnicas heterólogas..... | 33 |
| 1.2.2.5 Filiación en técnicas homólogas..... | 39 |
| 1.2.2.6 El derecho a la Identidad..... | 40 |
| 1.2.3 Ley General de Salud | 44 |
| 1.2.3.1 Sobre el artículo 7..... | 51 |
| 1.2.4 Técnicas heterólogas de reproducción en el derecho comparado..... | 54 |
| 1.2.4.1 Regulación en España..... | 54 |
| 1.2.4.2 Regulación en Italia | 56 |
| 1.2.4.3 Regulación en Argentina | 58 |

| | |
|---|-----|
| 1.3. Definición de términos básicos..... | 60 |
| CAPÍTULO II: METODOLOGÍA..... | 62 |
| 2.1 Diseño metodológico..... | 62 |
| 2.2 Procedimiento de muestreo | 63 |
| 2.3 Aspectos éticos..... | 63 |
| CAPÍTULO III: RESULTADOS | 64 |
| CAPÍTULO IV: DISCUSIÓN | 96 |
| 4.1 Discusión de los resultados..... | 96 |
| 4.2. Fundamentos que sustentan la modificación legal del artículo 7 de la Ley general de Salud | 102 |
| 4.3 Proyecto lege ferenda | 105 |
| CONCLUSIONES..... | 107 |
| RECOMENDACIONES | 109 |
| ANEXOS | 110 |
| FUENTES DE INFORMACIÓN | 114 |

ÍNDICE DE TABLAS

| | |
|--|----|
| Tabla 1: Denominaciones de los casos judiciales..... | 64 |
| Tabla 2: Análisis legal de los hechos..... | 67 |
| Tabla 3: Participación de terceros | 76 |
| Tabla 4: Consideración de la ley general de salud | 79 |
| Tabla 5: Jurisprudencia extranjera..... | 81 |
| Tabla 6: Solución al problema | 83 |
| Tabla 7: Aspectos puntuales de Proyectos ley | 85 |
| Tabla 8: ¿Está usted de acuerdo con el concepto sobre técnicas heterólogas de reproducción humana asistida que se ha mencionado?..... | 92 |
| Tabla 9: ¿Considera usted que se deben incluir las técnicas heterólogas de reproducción humana asistida en la Ley General de Salud N°26842.De ser así qué aspectos deben regularse? | 93 |
| Tabla 10: ¿Considera usted si en la práctica o en la realidad se vienen aplicando las técnicas heterólogas de reproducción humana asistida, aún si no están normadas?..... | 94 |
| Tabla 11: ¿Considera ético la manipulación de células reproductivas en las técnicas heterólogas de reproducción humana? | 95 |

RESUMEN

En el tema de procrear con ayuda de la tecnología médica el Perú sigue contando con un vacío normativo en la Ley General de Salud N°26842. Este vacío con el que cuenta el ordenamiento jurídico peruano es sobre la falta de pronunciamiento respecto al uso de las técnicas heterólogas de reproducción humana asistida, el cual no ha sido óbice para que las personas sigan recurriendo a dichas técnicas pese a no cumplir con la condición establecida en el artículo 7 de la Ley General de Salud, el cual ha generado en el ámbito judicial posiciones contrarias derivadas de la interpretación de dicho artículo, ya que en razón al texto de este se hace entender como si solo se pudiera realizar técnicas homólogas, esto al establecer que la condición de madre genética y madre biológica recaiga sobre la misma persona. En la presente tesis se propone regular las técnicas heterólogas de reproducción humana asistida en la Ley General de Salud N° 26842 de manera expresa a fin de que en adelante las mujeres que se sometan a técnicas heterólogas puedan llevar una maternidad biológica legal, donde no se cuestione la legalidad del nacimiento del concebido y así próximamente pueda haber uniformidad en el pronunciamiento que se emita en sentencias relacionadas a temas que se vinculen a éstos casos, donde ya no se tenga que tener en cuenta distintas posturas relacionadas a si está prohibida o no dichas técnicas.

Palabras claves: Técnicas homólogas de reproducción humana asistida, técnicas heterólogas de reproducción humana asistida, maternidad biológica.

ABSTRACT

On the issue of procreating with the help of medical technology, Peru continues to have a regulatory gap in the General Health Law. This gap in the Peruvian legal system is about the lack of pronouncement regarding the use of heterologous techniques of assisted human reproduction, which has not been an obstacle for people to continue resorting to these techniques despite not complying with the condition established in article 7 of the General Health Law, which has generated contrary positions in the judicial sphere derived from the interpretation of said article, since by reason of the text of this it is understood as if only homologous techniques could be carried out, this by establishing that the condition of genetic mother and biological mother falls on the same person. In this thesis it is proposed to regulate the heterologous assisted human reproduction techniques in the General Health Law No. 26842 in an express way so that from now on women who undergo heterologous techniques can carry a legal biological maternity, where they are not question the legality of the birth of the conceived and thus soon there may be uniformity in the pronouncement that is issued in sentences related to issues that are linked to these cases, where it is no longer necessary to take into account different positions related to whether it is prohibited or not said techniques.

Key words: Homologous assisted human reproduction techniques, heterologous assisted human reproduction techniques, biological motherhood.

INTRODUCCIÓN

Resulta sorprendente que desde 1997 no se haya modificado el artículo 7 de la Ley General de Salud N°26842 en donde se incorporó de manera sucinta el derecho humano que tiene toda persona a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción humana asistida. Con los casos presentados y mostrados en CAS N°5003-2007 sobre impugnación de maternidad, CAS N°4323-2010 sobre nulidad de acto jurídico sobre Autorización de FIV Y Transferencia embrionaria mediante la modalidad de ovodonación y en el caso de la sentencia del expediente N°6374-2016 sobre rectificación de actas de nacimiento de dos menores nacidos por maternidad subrogada , se muestra que la falta de regulación expresa de las técnicas heterólogas de reproducción humana asistida son un problema real que perjudica no solo al recién nacido sino también a toda una familia, los que deben estar protegidos y respaldados siempre por el Derecho.

Debido a que en el artículo 7 de la Ley General de Salud N°26842 se expresa de manera ambigua sobre las técnicas de reproducción humana asistida, en el trabajo se ha descrito lo que se debe entender por técnicas heterólogas ya que en dicho artículo solo se ha regulado de manera expresa las técnicas homólogas.

Apostando por la unidad y conservación de la familia se ha creído conveniente que debe regularse la práctica de las técnicas heterólogas siempre que se respete la maternidad por el parto es decir la maternidad biológica, esto como limite a la voluntad procreacional de las personas que quieran o que por razones de salud no puedan concebir de manera natural , y de esta manera salvaguardar los derechos fundamentales del menor como el derecho a la identidad y a mantenerse dentro del seno materno desde el primer día del alumbramiento de la mujer.

En el presente trabajo de investigación se ha concluido que existe la necesidad de regular de manera expresa las técnicas heterólogas de reproducción humana asistida en el artículo 7 de la Ley General de Salud N°26842 en aras de proteger de proteger los derechos sexuales y reproductivos de las personas para que se puedan constituir familias legales, evitar que se ponga en juego el derecho fundamental de la identidad del menor y evitar futuras controversias jurídicas.

Es relevante destacar al objetivo general: Determinar la necesidad de regulación de técnicas heterólogas de reproducción humana asistida en la Ley General de Salud N°26842.

En cuanto a los objetivos específicos que se elaboraron fueron:

- a) Describir lo que se debe entender por técnicas heterólogas de reproducción humana a partir de la Ley General de Salud N°26842.
- b) Analizar la pertinencia de incluir expresamente las técnicas heterólogas de reproducción humana asistida heteróloga en el artículo 7 de la Ley General de salud N°26842.
- c) Proponer la incorporación de la regulación legal en el artículo 7 de la Ley General de salud sobre las técnicas heterólogas de reproducción humana asistida.
- d) Analizar la jurisprudencia que sobre efecto se ha propuesto como solución a estos casos.

Por lo que en cuanto al objetivo general, se ha determinado frente a lo que los tribunales peruanos han resuelto que existe la necesidad de una regulación expresa de las técnicas heterólogas de reproducción humana asistida para garantizar y dar seguridad jurídica entre los usuarios que acceden a dichas técnicas de reproducción. De este modo también se evitará que se ponga en riesgo el derecho a la identidad del recién nacido y la maternidad de la mujer que dio a luz a su hijo.

En cuanto al enfoque acogido en el presente trabajo es de tipo cualitativa ya que gracias a los criterios jurídicos en las sentencias sirvieron para evaluar la parte normativa y así poder determinar si es posible la incorporación de técnicas heterólogas como parte de la Ley General de Salud N°26842.

En cuanto a la importancia de este trabajo se tiene que permite conocer y determinar derechos que deben primar, como los derechos constitucionales que protegen el derecho a la identidad, integridad moral, psíquica y física del menor, en mérito al resguardo del principio garantista del interés superior del niño, niña y adolescente.

Socialmente tiene importancia ya que las personas que habían tenido un diagnóstico médico en el que se les daba a conocer que no podían procrear con su propio material genético, ahora pueden formar una familia bajo el fundamento del goce de sus derechos sexuales y reproductivos mediante los beneficios tecnológicos de la ciencia médica.

CAPÍTULO I: MARCO TEÓRICO

1.1 Antecedentes de la investigación

En la búsqueda de antecedentes para la investigación a desarrollar se ha ubicado tres trabajos relacionados con el objeto de estudio del trabajo, resultando útiles ya que comparten el estudio acerca del tratamiento de la técnica de reproducción heteróloga. Estas servirán como guía para la labor emprendida en el presente trabajo sobre la regulación de manera expresa de las técnicas heterólogas en el artículo 7 de la Ley General de Salud N°26842.

En su trabajo Gonzales (2017), observa que la ausencia legislativa del tratamiento de la ovodonación genera problemas en los lazos de filiación por lo que en su novena conclusión menciona que:

Conceptos como los de paternidad y maternidad deben ser reestructurados según las nuevas y plurales formas de establecer vinculaciones afectivas, de tal manera que puedan implicar una organización familiar distinta y compleja, en donde el criterio de paternidad y maternidad no se sustente sólo en lo genético.

La mencionada conclusión complementa el presente trabajo porque resalta la importancia de la familia unida por el vínculo afectivo, como en el caso de técnicas heterólogas donde los lazos de afecto de los padres se superponen sobre el vínculo genético, razón por la que debe ser considerada al momento de una posible regulación en el artículo 7 de la Ley General de Salud N°26842. Según lo referido por Correa (2017) en su trabajo de investigación, el problema de la inseminación artificial heteróloga está referido al derecho de la identidad del procreado mediante estas técnicas.

Mencionó como octava conclusión que la problemática descrita es resultado de la falta de previsión legal de las implicancias de la fecundación heteróloga, por lo que resulta necesario que el sistema jurídico regule aspectos relacionados a la filiación y el derecho a la identidad del menor.

Esta conclusión refleja algo diferente a lo que se quiere realizar ya que en el presente trabajo no se pretende regular aspectos de la filiación derivadas de las técnicas de reproducción humana, si no sobre la regulación expresa de las técnicas heterólogas de reproducción humana.

Fabián (2016) explica en su tercera conclusión que los pronunciamientos jurisprudenciales contenidos en sentencias sobre técnicas de reproducción asistida heterólogas, no denotan observación alguna sobre la normatividad contenida en la Convención Americana de Derechos Humanos.

El contenido de la mencionada conclusión es idéntica a lo que se observó en el presente trabajo en razón a uno de los resultados obtenidos de la muestra de estudio referida a la falta de observación sobre la normatividad convencional en las sentencias, por lo que se ratifica lo dicho por el autor en la conclusión de su trabajo de investigación.

1.2 Bases teóricas

1.2.1 Técnicas de reproducción humana asistida

El estudio de la ciencia médica han logrado crear nuevas formas de procrear a un ser humano, desplazando esa forma natural común y tradicional de concebir un hijo, la que se realizaba y se conservaba hace muchos años atrás pero ahora la nueva forma de procrear se impone mediante el uso de distintos tratamientos biomédicos, los cuales son denominados de manera general

como técnicas de reproducción humana asistida, en adelante (TRHA) (Santamaría, 2000,p.38).

En cuanto a su terminología se ha recogido del glosario¹ de la Organización Mundial de la Salud (OMS), la que ha definido a éstas como tratamientos o procedimientos que incluyen manipulación de gametos humanos, tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo.

Las TRHA en sus inicios sirvieron para ayudar a personas que presentaban diagnósticos de infertilidad y esterilidad, por eso se ha dicho que estas han surgido con el objetivo principal de maximizar las posibilidades de fertilización y de un embarazo viable (Jausoro, 2000, p.5).

Al hablar de infertilidad en el caso de la mujer se hace referencia a la imposibilidad de lograr un embarazo ² debido a que no se logra fecundar el óvulo dentro de su organismo³, lo que no hay que confundir con la presencia de esterilidad que es la incapacidad para llevar un embarazo o imposibilidad para gestar. En el caso del hombre la esterilidad se da cuando tiene dificultades para embarazar a una mujer después de haberlo intentado por lo menos un año⁴ por ejemplo debido a una baja producción de esperma ⁵,

¹ Recuperado de: https://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology_es.pdf?ua=1. Visto el 28/01/21.

² Recuperado de: <https://medlineplus.gov/spanish/ency/article/001191.htm>. Visto el 28/01/21.

³ Recuperado de: <https://www.fundacionmercksalud.com/blog/que-sabes-sobre-la-fertilidad-descubre-mas-con-nuestro-manual-de-avances-en-salud/>. Visto el 28/01/21.

⁴ Recuperado de <https://medlineplus.gov/spanish/maleinfertility.html>. Visto el 30/01/21.

⁵ Recuperado de: <https://www.mayoclinic.org/es-es/diseases-conditions/male-infertility/symptoms-causes/syc-20374773#:~:text=La%20infertilidad%20masculina%20se%20debe,contribuir%20a%20la%20infertilidad%20masculina>. Visto el 31/01/21.

diferente a la infertilidad la que es causada por distintas alteraciones en el aparato reproductor masculino⁶.

Por otro lado, se ha reconocido que el uso de las TRHA se ha visto incrementadas no solo por parejas que presentan los problemas antes mencionados (de fertilidad o esterilidad), sino también por personas que en su vida influyen factores económicos y culturales distintos que hacen que posterguen tanto la maternidad como paternidad. Por ejemplo ser madre a una determinada edad para algunas puede ser desventajoso para otras, sumado a esto se encuentra el exceso de trabajo, por eso según (Rodríguez, 2017, p.117) la postergación o procrastinación tanto de la maternidad como de la paternidad son otra causa de la existencia de una tasa alta de usuarios que acceden a las TRHA.

Estas técnicas han logrado ser una verdadera revolución en el ámbito de la procreación humana, razón por la que han sido llamados como “milagros” de la ciencia, dando una solución en la vida de muchas personas que se encontraban con problemas de fertilidad (Rodríguez, 2017, p.175).

De este párrafo se merece la opinión de que la ayuda de la ciencia ha permitido dar esperanzas a muchas parejas que se habían visto imposibilitadas de procrear naturalmente y que a consecuencia de eso no podían formar una familia, por lo que se afirma que el uso de las TRHA ha sido, es y seguirá siendo una solución, no específicamente para la vida de las personas, sino para las familias el cual ha servido para preservarla.

Dentro del grupo de las TRHA se encuentran: el diagnóstico genético preimplantacional (DGP), la inyección intracitoplasmática (ICSI), la

⁶ Recuperado de: <https://www.fivvalencia.com/blog/diferencias-entre-infertilidad-y-esterilidad>. Visto el 30/01/21.

fecundación in vitro en adelante (FIV), la inseminación artificial en adelante (IA) y la ovodonación. Estos tres últimos son las que serán desarrolladas y mencionadas a lo largo del presente trabajo, debido a que los tratamientos mencionados con anterioridad a estas tres han surgido como consecuencia del desarrollo de la FIV⁷, y el tratamiento de la ovodonación porque se puede realizar tanto en una FIV como en una IA.

La IA también llamada inseminación artificial intrauterina⁸ es sencilla y de bajo costo, para realizarla se tendrá que introducir espermatozoides en el útero de la mujer, con ayuda de aparatos tecnológicos con la intención de que se logre la finalidad de este tratamiento que es la fecundación, consiguiendo de esta manera un embarazo exitoso (Izquierdo et al., 2020, p.1).

Aunque este tratamiento busca que la fecundación ocurra de forma natural en el interior de las trompas de Falopio (Velit, 2019, p.1), un inconveniente asociado a este tratamiento es una posible alta tasa de embarazos múltiples (Jausoro, 2000, p.6).

Es de considerar por parte de las clínicas de fertilidad a la IA como un tratamiento de bajo costo en referencia a otras TRHA existentes, pero no han tomado en cuenta que para personas de bajos recursos económicos este tipo de tratamiento sería todo lo contrario.

En referencia a los posibles embarazos múltiples derivados de una IA⁹, se tiene que existe una tendencia a que clínicas fertilidad vengan realizando

⁷ Recuperado de : [https://embryocenter.es/que-son-tecnicas-reproduccion-asistida/#:~:text=Las%20T%C3%A9cnicas%20de%20Reproducci%C3%B3n%20Asistida%20\(TRA\)%20para%20el%20tratamiento%20de,llevar%20a%20cabo%20la%20inseminaci%C3%B3n](https://embryocenter.es/que-son-tecnicas-reproduccion-asistida/#:~:text=Las%20T%C3%A9cnicas%20de%20Reproducci%C3%B3n%20Asistida%20(TRA)%20para%20el%20tratamiento%20de,llevar%20a%20cabo%20la%20inseminaci%C3%B3n). Visto el 31/01/21.

⁸ Recuperado de:<https://www.marcelovelit.com.pe/fertilidad/tratamientos/inseminacion-intrauterina.php>. Visto el 31/01/21.

⁹ Recuperado de:https://www.sefertilidad.net/docs/pacientes/spr_sef_fertilidad.pdf. Visto el 31/01/21.

tratamientos de FIV porque en éste tratamiento solo se necesita transferir un único embrión de calidad, evitando así riesgos de embarazo múltiple como sucedía años anteriores el cual ponía en riesgo la salud de la madre (Velit, 2019,p.1), y además de esto la probabilidad de embarazo que existe es mayor al de una IA que es del 12 al 15 % tal como lo ha indicado el especialista Rafael Bernabeu.¹⁰

La FIV es un procedimiento en el que es necesario extraer óvulos de la mujer con la finalidad de que éstos sean fecundados en el laboratorio junto con los espermatozoides del varón y pasado un tiempo serán transferidos al útero de una mujer (Barrenet et al. 2020, p.2).

Aquí la tecnología no solo “juega un rol importante para acercar al máximo la posibilidad del embarazo” (Inmater, 2019,p.1),sino que su innovación dentro de las TRHA, ha logrado que cada vez más personas acceden a estas (Enguer & Ramón, 2018, p.106), incluso los que no quieren ser padres pero que acuden a clínicas de fertilidad para ceder sus propios gametos, es decir tanto óvulos como espermatozoides de donantes serán utilizados posteriormente por personas que si están interesados en procrear, pero para hacerlo posible necesitarán del material genético que ya ha sido depositado o donado por terceras personas, encontrando de esta manera una alternativa¹¹ a su esterilidad por medio del tratamiento de ovocesión conocida vulgarmente como ovodonación (Varsi, 2013,p.577).

¹⁰ Recuperado de:<https://www.institutobernabeu.com/es/foro/diferencias-fecundacion-in-vitro-fiv-e-inseminacion-artificial-ia/>. Visto el 31/01/21.

¹¹ Recuperado de:<https://andina.pe/agencia/noticia-afirman-ovodonacion-es-alternativa-a-infertilidad-262959.aspx>. Visto el 31/01/21.

Los indicios de la ovodonación datan desde que los doctores Patrick Steptoe y Robert Edwards lograron que una pareja estéril tuviera descendencia, a través del procedimiento de la FIV y posterior transferencia embrionaria (FIVET). Mientras que el doctor Edwards había logrado desarrollar una manera eficaz de fertilizar óvulos humanos en una probeta, su compañero Steptoe aportó el método para retirar los óvulos de los ovarios. (Rodríguez, 2017, p.176). Más adelante hubo la posibilidad de llevar a cabo una IA con semen de donante el cual originó la aparición de bancos o centros de recolección y conservación de gametos (Castellanos, 2006, p.16).

Dentro del grupo de personas que recurren a la ovodonación se encuentran mujeres que ante un diagnóstico médico toman conocimiento de no poder procrear por medios naturales, originado por causas como la deficiencia ovárica, el impedimento de generar óvulos es decir tienen problemas de infertilidad, pero sí puede gestar; dada esta situación la mujer se encuentra con la única posibilidad de recibir óvulos de otra mujer (Del Águila, 2014, p.228).

Como se dijo líneas arriba los hombres también pueden verse imposibilitados de procrear por tener en su organismo una mala calidad de espermatozoides o una deficiencia en los cromosomas¹², encontrando al igual que la mujer una salida en la donación de gametos, pero en su caso de espermatozoides para la cual acudirán a clínicas especializadas para poder procrear.

¹² Recuperado de: <https://www.elhospital.com/temas/Auge-de-fertilizacion-asistida-en-Peru+8067649?pagina=2>. Visto el 31/01/21.

El tratamiento de la ovodonación se puede realizar tanto en una FIV o una IA¹³, mayormente es utilizado en mujeres de edad avanzada ya que después de los 38 años de edad la calidad y cantidad de ovocitos se ve disminuida, pero este tratamiento también ha permitido a mujeres antes de los 38 con ausencia o mala calidad de óvulos, puedan ser madres (Velit, 2019, p.1).

En cuanto a los riesgos de este procedimiento se sabe que son mínimos y generalmente se presentan en la donante de óvulos, quien se va a someter a una estimulación ovárica la cual se realiza mediante inyecciones en el abdomen lo que puede generar pequeñas molestias¹⁴.

Por esa razón, no habría ningún inconveniente de salud para que las personas no cedan su material genético, por el contrario es una gran oportunidad para los receptores de gametos, ya que personas con células sexuales sanas son quienes van a realizar pequeñas donaciones para poder formar un ser humano¹⁵.

Cabe aclarar que, la ovodonación también la podemos presenciar en una maternidad subrogada, ya que la madre de intención quien recibirá la donación de óvulos también puede verse imposibilitada de gestar, por lo que acude a una mujer que pueda llevar a término el embarazo (Rodríguez, 2017, p.177).

Los procedimientos de la FIV, IA, ovodonación antes descritos cobran una real importancia en la creación de familias, en donde una persona que se encontraba resignada a procrear por distintas causas que se han mencionado

¹³ Recuperado de: <https://www.fundacionmercksalud.com/blog/que-sabes-sobre-la-fertilidad-descubre-mas-con-nuestro-manual-de-avances-en-salud/>. Visto el 31/01/21.

¹⁴ Recuperado de: <https://rpp.pe/vital/salud/la-donacion-de-ovulos-implica-algun-riesgo-noticia-449431>. Visto el 31/01/21.

¹⁵ Recuperado de: <https://hellocue.com/es/articulos/sexo/espermatozoides-y-ovulos-todo-sobre-las-celulas-sexuales-humanas>. Visto el 31/01/21.

líneas arriba, ahora tiene la posibilidad de cumplir ese anhelo de ser padre o madre, desarrollando así libremente el derecho a fundar o formar una familia. Los tratamientos que fueron brevemente desarrollados desde el punto de vista de la medicina en el numeral anterior, también han sido desarrollados y clasificados dentro del área del derecho según haya o no la participación de una tercera persona distinta a la relación de la pareja, que ceda sus gametos para hacer posible la realización de las TRHA. Estableciéndose dos grupos, las técnicas homólogas y técnicas heterólogas.

1.2.1.1 Técnicas heterólogas

Según el especialista Enrique Varsi esta técnica sirve para que personas con problemas para procrear lo puedan hacer mediante el uso de material genético de terceros, ejerciendo así su derecho a la procreación (Varsi,2013,p.572).La intervención de estos terceros o persona distinta a la relación de pareja es la razón por la que se han visto identificadas estas técnicas, resaltando que quienes asisten a estas técnicas son quienes en un futuro harán goce de su derecho a la paternidad o maternidad (Zanier et al., 2018,p.26).

Razón por la que cuando la pareja decida hacer un tratamiento mediante técnicas heterólogas, será indispensable que previamente dialoguen y analicen cómo se siente cada uno con la opción que les ha planteado el médico especialista, ya que en este tipo de técnicas no habrá la posibilidad de tener un hijo que lleve el cien por ciento del material biológico de ambos (Albornoz, 2014, p.56).

Si bien el tratamiento de la IA con semen de donante ha sido utilizado durante años como tratamiento para la esterilidad de origen masculino (Jausoro, 2000, p.26). Destacando la participación de la mujer en las TRHA, Alma (2006, p.98) afirma que dentro de las técnicas heterólogas también existe la posibilidad de que ese tratamiento también se puede llevar a cabo con óvulo donado y con semen del marido de la mujer que va a gestar.

Las donaciones de material genético que se realizan dentro de estas técnicas según (Visal et al., 2020, p.99) por ser actos de disposición deben ser a título gratuito, es decir, deben estar desprovistos de onerosidad, pues la naturaleza del ser humano impide que sus órganos, tejidos y sustancias tengan un valor económico.

Indistintamente del tratamiento médico a emplear lo importante de éstas técnicas heterólogas es que las parejas que acuden o que van a acudir a estas no lo hacen por ser la única manera en la que pueden procrear, sino porque consideran que tener un hijo de esta forma los hará felices y juntos podrán darle mucha felicidad al futuro hijo dentro de un ambiente familiar (Albornoz, 2014,p,57). También cabe resaltar que las parejas que han optado por este tipo de técnicas heterólogas son quienes en algún momento solo les ha importado formar una familia imponiendo su vínculo afectivo frente al vínculo genético de otros (Albornoz, 2014,p.59).

Como se dijo al inicio de este numeral, en las técnicas heterólogas va a ver la presencia de una tercera persona, y es importante resaltar que este tercero podrá intervenir distintamente de tres formas: mediante una ovodonación, donación de esperma o una maternidad subrogada.

En cuanto a la primera modalidad se dice que existen aspectos psicológicos que se ponen en juego, según (Pérez et al., 2011,p.67) da a conocer que en la etapa de procrear naturalmente y no poder lograrlo se genera estrés, angustia y en algunos casos, depresión .Por eso las clínicas de reproducción cuentan con profesionales especialistas en psicología de la reproducción, quienes guiarán y acompañarán a los pacientes en todo el proceso.

Si bien en este tratamiento la mujer accede a óvulos donados, este tratamiento se destaca porque la madre tendrá un vínculo afectivo, ya que el rol fundamental de madre es lo más importante para ellas (Albornoz, 2014,p.53).

En el segundo caso, sobre donación de espermatozoides o de gametos masculino se ha dicho que el paciente tiene que lidiar principalmente con sus emociones puesto que esto también genera un impacto en su pareja. El uso de este tratamiento es importante, ya que algunas veces la pareja propone a que ambos se separen y así cada quien pueda hacer su vida con otra persona con la que puedan tener hijos. Si bien esta situación resulta un poco más difícil cuando el que necesita ayuda es el hombre, para los especialistas no es importante quien es el del problema por el contrario es tomado como algo por el que la pareja afronta juntos. Aunque para algunos hombres esto al principio no es una buena opción, su amor por su familia y su futuro hijo(a) , superará ese “duelo genético”(Albornoz, 2014,p.56-57).

En cuanto a la tercera manera de intervenir un tercero es mediante la maternidad subrogada, este tratamiento o método ha recibido diferentes denominaciones de acuerdo a las situaciones en las que se encuentren las mujeres que intervienen en el proceso. Por lo que se ha de considerar: a) Maternidad tradicional, plena o total, aquí la mujer también puede aportar su

material genético b) La gestacional o parcial, donde la mujer que gesta lo va a hacer a partir del óvulo de una donante o de la mujer que ha proyectado ser madre. c) Maternidad altruista, cuando el procedimiento de gestación se lleva de manera gratuita d) la subrogación onerosa cuando la mujer gestadora recibe de los futuros padres una contraprestación por llevar todo el proceso del embarazo (Beetar Bechara, 2019,p.142).

La maternidad subrogada en las modalidades descritas en a), b) y c) no cuentan con un respaldo probatorio como el examen de ADN ante los posibles casos en que después de nacido el menor, la mujer gestadora no quiera entregarlo (Castro & Aguirre, 2016,p.51). Por lo que no existirían las garantías necesarias para que las personas con problemas de fertilidad y esterilidad puedan formar una familia, tampoco un respaldo a los derechos del menor.

En cuanto a la modalidad descrita en la letra d) , esta ha sido desaprobada por parte de un sector al considerar que esta tiene una finalidad lucrativa, desterrándola así de todo comportamiento ético, por ejemplo el profesor Corral Talciani, afirma que “no se trata de un tratamiento de infertilidad ni está presente en la finalidad terapéutica”, además la califica como ilícita y perjudicial para el orden público, el interés del niño y los valores propios de la dignidad de la mujer (De la Torre & Thomson, 2013,p.418).

Dentro del grupo que aprueban este tratamiento se encuentra el español Manuel Atienza quien al hacer una comparación de este tratamiento con la adopción afirma que si se trata de los derechos del niño estos no son vulnerados, por el contrario si las adopciones fueran actos crueles no se llevarían a cabo, por lo que la maternidad subrogada de no ser un acto cruel debería regularse pero de manera cuidadosa (Atienza, 2015,p.8)

1.2.1.2 Técnicas homólogas

Según (Varsi, 2016,p.110) las técnicas homólogas se llevarán a cabo con la intervención de los gametos de la mujer y de su esposo, con la finalidad de lograr una fecundación que sustituya a la concepción natural. Este medio artificial por el que se va a llevar a cabo la procreación resulta de la imposibilidad o de la deficiencia para engendrar de uno o de ambos cónyuges. Aquí las parejas dispuestas a someterse a los procedimientos o tratamientos médicos antes mencionados harán uso de su propios gametos, por lo que solo se reemplazaría la manera natural de concebir sin perder el historial genético de los padres en el futuro descendiente (Zanier et al., 2018,p.27).

Después de haber visto en lo que consiste estas técnicas homólogas veremos lo que dice la doctrina a cerca de éstas , por ejemplo según Alma (2006,p.93) afirma que las técnicas homólogas son mejores que las heterólogas ya que aquí existirá un vínculo biológico entre los futuros padres y el hijo, donde se puede encontrar una relación afectiva estable .Por otro lado, Castellanos (2006,p.21) refiere que los tratamientos de FIV e IA se pueden aplicar en la misma modalidad que en las técnicas homóloga, imponiéndose de esta manera el vínculo biológico al momento de concebir un hijo ya sea dentro o fuera del matrimonio.

A entendimiento de este último autor se puede afirmar que la aplicación de los tratamientos médicos de una FIV o una IA pueden darse tanto en una técnica homóloga como en una heteróloga, en razón a que esta última técnica se diferencia de la homóloga porque hay la intervención de un (a) donante. Pero como se describió en el numeral anterior 1.2.1.2, la ovodonación y maternidad

subrogada también marcarían la distinción entre técnica homóloga y heteróloga.

1.2.1.3 Derecho humano a la procreación

El comienzo de este derecho data desde el año 94 cuando se llevó a cabo en Egipto la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo de El Cairo, donde los derechos a la plena Salud Sexual y Reproductiva (SS y R) fueron reconocidos como parte de derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales e instrumentos internacionales (Bregaglio & Iván, 2011,p.5).

Estos derechos de salud sexual y reproductiva que se mencionan deben ser plenos por tratarse de decisiones de seres humanos que van a originar la existencia de otros seres humanos mediante el uso de la libertad inherente que posee toda persona como para determinar un cierto número de hijos(as) que procrear, en un tiempo y espacio determinado, pero siempre mediante información necesaria incluyendo también todos los medios necesarios para llevarse a cabo , de tal manera que se goce verdaderamente del derecho a la salud sexual y reproductiva . También debe ser pleno ya que las decisiones que se tomen en torno a la procreación deben estar libres de toda violencia, coacción y discriminación (Bregaglio & Iván, 2011,p.5)

El derecho a la procreación también ha sido reconocido por la doctrina peruana, como (Siverino, 2010, p.24) quien afirma que el derecho a la procreación no solo es un derecho básico sino también humano por estar comprendido dentro del derecho a la salud sexual y reproductiva, y es el derecho a la procreación el que debe conceder tanto accesos como

atenciones para la orientación efectiva de un tratamiento adecuado de fertilidad sin presentar discriminación alguna.

También estos derechos ha sido invocados por el jurista Agurto Gonzales en su definición de TRHA, al afirmar que las técnicas son procedimientos válidos, que permiten el ejercicio tanto del derecho a la reproducción como de derechos sexuales (Fernández et al., 2019, p.107).

Internacionalmente la salud reproductiva es considerada como un estado general de bienestar físico, mental y social, y no solo como un estado de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones (ONU, 2014,p.64).

Y en lo concerniente a salud sexual, la realización de este se da gracias a la existencia de derechos fundamentales como son el derecho a la vida, la libertad, la autonomía, el derecho a la igualdad y la no discriminación, el derecho a la privacidad, el derecho al matrimonio y a formar una familia con el libre y completo consentimiento de ambos esposos (OMS, 2018,p.3).Por lo que según (Pabón et al., 2016,p.182) la imposibilidad de acceder a las TRHA constituiría una negación a todos esos derechos y también los derechos de libertad, ya que la maternidad y paternidad están plenamente protegidos en libertades fundamentales.

La Conferencia Internacional de Población y Desarrollo de El Cairo explicada al inicio de este numeral es importante, porque mediante este acuerdo internacional se ha intentado que los Estados promuevan servicios de salud sexual y reproductiva para que de esa manera se pueda concretar el ejercicio mismo de dichos derechos y así poder protegerlos¹⁶.

¹⁶ Recuperado de: http://clae-la.org/wp-content/uploads/FICHA_07102014132851.pdf. Visto el 31/01/21.

Por esta razón los estados deben respetar los derechos sexuales y reproductivos de la mujer , ya que estos son importantes no solo porque forman parte del derecho a gozar una buena salud tanto física como mental (NACIONES UNIDAS DERECHOS HUMANOS, 2014,p.53-54), sino también porque este derecho ha permitido cambiar una realidad histórica sobre el modelo tradicional de familia y es que gracias a decisiones diferentes como la donación de gametos, se ha logrado la existencia de otros modelos de familia fundamentados y reforzados en el afecto (Zanier et al., 2018,p.27).

1.2.1.4 La familia en las técnicas de reproducción humana

Históricamente, la familia fue para el Derecho una cuestión de orden público, por ser la célula social en la que debía intervenir el Estado, reflejándose un importante repliegue en la autonomía de la voluntad de sus integrantes. Ya en el siglo XX, la familia matrimonial era un valor en sí misma, esta daba respuestas a la necesidad de proteger el honor de una mujer casada, el sosiego del marido al presumir su paternidad de los hijos nacidos durante el matrimonio, y el respeto a la religiosidad en las relaciones familiares (Zanier et al., 2018,p.27).

Actualmente se puede hablar de familia pero no solo bajo la consideración de un matrimonio o una unión de hecho, ya que por los diferentes planes de vida que han optado las personas y por algunas conductas dirigidas a construir un modelo de familia diferente, ahora encontramos modelos actuales de familia diferentes como menciona (Plácido, 2013,p.77) existen familias constituidas mayormente por un solo padre quien puede ser un progenitor soltero, divorciado o viudo, familias reconstituidos surgidas a partir de personas

solteras, divorciados o viudos con hijos que deciden unirse ya sea en matrimonio o fuera de él, las uniones de hecho de personas que sin poder procrear continúan su proyecto de vida en compañía, afecto y el socorro mutuo.

Es por esta razón que en la actualidad se ha ampliado considerablemente la noción de familia, en vez del término tradicional usado en singular se ha reafirmado el uso del vocablo “familias” más aún con la aparición de las TRHA como un modo para ejercer el derecho humano a formar una familia.

Según (Tarducci, 2008, SP) las técnicas heterólogas son las causas de un nuevo modelo de familia donde se ven involucradas el afecto y la voluntad, que son los que se sobreponen al vínculo biológico. También (Bladilo et al., 2017, pp.11-12) expresa que las TRHA han sido la única vía para que muchos formen una familia.

El modelo de familia en la actualidad es producto de un cambio social y tecnológico donde se deja de lado la idea que se tenía anteriormente sobre cómo se formaba una familia, es decir mediante un matrimonio el cual estaba enfocado en tener descendencia biológica (Plácido, 2013,p.77).

La aparición de un nuevo modelo de familia es muestra de los cambios que se han dado en cuanto a las decisiones y conductas que han adoptado las personas para creer que es posible traer a la vida un hijo de una manera distinta a la natural (Zanier et al., 2018, p.26).

Pero esos cambios que se vienen dando en el comportamiento de las personas interfieren algunas veces en la forma de traer un nuevo ser a la vida de manera que alteran la esencia misma de la familia, donde aparecen posturas a favor de que la procreación se puede llevar a cabo mediante la

gestación de una tercera persona distinta a la madre. Referente a estas posturas (A. Plácido, 2013,p.81) alude que son “replanteamientos teóricos tendentes a desfigurar esenciales de la familia, buscando una aceptación moral, social e incluso jurídica”

Por otro lado en el ámbito internacional el derecho que tienen las personas a crear familia, en especial las que necesitan ayuda de la tecnología ha sido respaldada por la Corte IDH, quien reconoce de manera expresa : a) que el derecho humano a gozar de los beneficios del progreso de la ciencia y tecnología interactúa con el derecho a la libertad y «la posibilidad de todo ser humano de auto determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones» (párrafo 142), b) que la protección a la vida privada «abarca una serie de factores relacionados con la dignidad del individuo, incluyendo, por ejemplo, la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir sus propias relaciones personales», concepto que también se integra por el derecho de acceder a formar una familia o en palabras de la Corte IDH «que la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres» (párrafo 143), c) que del derecho de acceso al más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar una familia se deriva el derecho a acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva, y, en consecuencia, la prohibición de restricciones desproporcionadas e innecesarias de iure o de facto para ejercer las decisiones reproductivas que correspondan en cada persona (párrafo 150); d) 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» y en esta línea argumental, se asevera que ello involucra el derecho a formar una familia (párrafo 145) y e) que el derecho a la vida privada se relaciona con la autonomía reproductiva, el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra, a la par, el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho (párrafo 146)¹⁷.

También la Corte IDH “reconoce la existencia de un derecho humano a formar una familia, siendo este uno de los derechos humanos directamente involucrados en el campo de las TRHA” (Herrera, 2017, pp.83-84). En este contexto la argentina manifiesta que es pertinente referirse al derecho humano a formar una familia, advirtiendo que dichas técnicas son una vía para satisfacer este derecho humano.

1.2.2 Derecho filiatorio

1.2.2.1 Antecedentes históricos

En el derecho Romano se consagra que el hijo nacido dentro del matrimonio tenía como padre al marido, presumiendo que “pater is est quem nuptiae demonstrant”. Esta certeza fue la base para proteger al matrimonio como algo sagrado ya que era la única forma legítima de formar familia, por eso no cabía, ni por asomo, que la mujer casada pudiera rehusarse a inscribir a su hijo con apellido distinto al de su marido, ni que un tercero pretendiera reconocerlo cuando la mujer declarase que se trataba del padre. Por lo que, los hijos nacidos de una tercera persona, podían ser registrados sólo por la madre,

¹⁷ Recuperado de: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf. Visto el 31/01/21.

pero por ser casados se les inscribía como hijo del cónyuge, aun cuando su identidad biológica fuera otra (Del Águila, 2014, p.228).

Es así que se llega a distinguir dentro del derecho familiar romano a los hijos en dos grupos: a los conformados dentro del matrimonio y los habidos fuera de él, criterio éste que prevalece hasta nuestros días para efectos de la determinación, más no para la jerarquía filial, la cual ha sido desplazada por el principio de igualdad (Varsi, 1999, p.41)

En cuanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio tenían una situación complicada en materia de filiación biológica debido a que la madre se presentaba con su hijo como madre soltera, ya que por su misma condición se encontraba impedida de mencionar el nombre del padre cuando este no acudiera con ella a registrarlo. En este supuesto, el hijo llevaba los dos apellidos de la madre y se limitaba cualquier posibilidad de anotar algún dato del padre, lo que haría parecer, ser el hermano de la madre. Pero si el padre estaba casado, el hijo era registrado como ilegítimo y si era de un padre soltero, como natural, lo que lo discriminaba en relación a los nacidos dentro de un matrimonio (Del Águila, 2014, p.228).

El Código Civil de 1984, la Constitución de 1993 y las leyes han modificado sustancialmente la forma tradicional de reconocer a la familia, dándole prioridad al vínculo natural sin discriminación alguna. De tal manera que, ahora las madres solteras pueden declarar el nombre del padre biológico y aun cuando ella no pruebe la relación filial del menor, hará uso del derecho a usar el nombre que refleje su verdad genética (Roxana Del Águila Tuesta, 2014, p.228), sin discriminación alguna ya que el solo hecho de que una

persona haya sido engendrada lleva consigo una filiación tradicionalmente reconocida como filiación biológica (Varsi, 1999, p.32).

Desde esta perspectiva, la evolución en materia de filiación puede sintetizarse de la siguiente manera: del inicial favor legitimitatis se pasó al favor veritatis, mientras hoy se asiste al predominio del favor affectionis como criterio prevalente de constitución de la relación paterno filial (Varsi, 2016, p.113).

1.2.2.2 Definición de filiación

Según (Varsi, 1999, p.38), para hablar de filiación es necesario recordar que el parentesco reposa sobre la filiación, siendo ésta su fuente, ya que esta es la que une a una persona con todos sus ascendientes y descendientes.

En sentido estricto, la filiación es la que vincula tanto a hijos como padres por existir una relación de sangre y de derecho entre ambos (Varsi, 1999, p.31).

La filiación es aquélla que configura el núcleo paterno-materno-filial, esto es la relación del hijo con su padre y/o madre (también llamada familia nuclear) donde el estado tiene interés en que ni la sombra ni la confusión se proyecten a tan trascendental relación debiendo dictar medidas de protección para asegurar el cumplimiento de la filiación y de los deberes familiares (Varsi, 1999, p.61).

1.2.2.3 Clases de filiación

La filiación biológica, la filiación es consustancial e innata al ser humano en el sentido de que el status filii es un atributo natural, siendo aceptado y fomentado actualmente que toda persona debe conocer su filiación (derecho a conocer su propio origen biológico) no sólo para generar consecuencias

legales sino para permitir la concreción y goce de su derecho a la identidad (Varsi, 1999, p.34).

En cuanto a la filiación legal esta va a ser determinada por ley (presunción matrimonial de paternidad o declaración judicial) o la voluntad procreacional del hombre (reconocimiento, adopción o posesión constante de estado), adquiriendo la calidad de padre o madre (Varsi, 1999, p.33).

En el sistema de filiación común tradicional, la paternidad se sustentaba en la verdad genética y la maternidad en la verdad biológica. En el hombre la atribución radica en el aporte de material genético y en la mujer el hecho de parir. La filiación socioafectiva no se basa en el nacimiento (hecho biológico) sino en el acto de la voluntad de afecto a diario. La filiación socioafectiva se construye desde el respeto mutuo, de un tratamiento recíproco –de ida y vuelta– como padre e hijo, firmes y conscientes ambos en el conocimiento de que realmente son parientes en primer grado entre sí (Varsi & Chaves, 2010, p.59).

De esta manera la filiación por técnicas de reproducción asistida se afianza en la socioafectividad y debe apreciarse como un reconocimiento del derecho fundamental a la felicidad (Varsi, 2016, p.114).

1.2.2.4 Filiación en técnicas heterólogas

Las relaciones familiares que no siguen el patrón típico paterno-filial basado en el vínculo biológico, no son nuevas porque existían desde el pasado con la institución de la adopción, donde se creaba una relación familiar no basada en la descendencia genética (Notaro, 2020,p.61), lo mismo sucede con la práctica de las TRHA que no son nada nuevas y ante el silencio legislativo en

la materia han logrado manifestarse como una nueva manera de alcanzar el vínculo filial, consiguiendo ser causa fuente independiente que la hace ser un tercer tipo filial (Rodríguez, 2015,p.145).

Este tercer tipo filial es de tipo rupturista ya que, según (Herrera, 2017, p.80) en las TRHA especialmente en las técnicas heterólogas se encuentra la disociación entre maternidad paternidad biológica y la genética al igual que en una adopción donde el niño aunque no tenga lazos consanguíneos con sus padres finalmente logra ser aceptado en voluntad y afecto.

En cuanto a esta nueva manera de alcanzar el vínculo filial es importante resaltar que se “deja de lado lo biológico para crear un tipo de filiación por socioafectividad” (Varsi, 2016, p.112), esta filiación derivada del uso de las TRHA, la que ha sido conceptualizada por el autor como el deseo y la intención de los partícipes, que anhelaron ser padres fundamentándose en la voluntad y no en la génesis.

Este deseo de maternidad y paternidad es legítimo, mereciendo sustento y apoyo por parte de las instituciones, en razón de que el nacimiento de nuevos ciudadanos posibilita la conservación del Estado mismo” (Corn, 2015, p.27). Como aquí no necesariamente va a ver un vínculo de sangre entre padres y niños nacidos de éstas procreaciones asistidas, la filiación que se deriva de éstas ha sido comparada con el régimen filiatorio de la adopción, encontrándose a la voluntad como elemento básico y común, fundamentando de esta manera la relación paterno filial de padres e hijos (Varsi, 2016, p.120). Esta voluntad ha sido catalogada como primigenia ya que la voluntad de los futuros padres desempeñan un rol fundamental, al decidir y consentir que se

realice la fecundación asistida con material genético de un tercero que no forma parte de su relación matrimonial o de pareja (Varsi, 2016,p.114-117).

La voluntad de la que se habla en TRHA es señalada como voluntad procreacional donde, según (Rodríguez, 2015, p.154) esta debe ser entendida como “un acto jurídico conformado por elementos volitivos, sociales y afectivos, y no exclusivamente de características genéticas”. Por otro lado, se ha pronunciado (Ramos, 1992, p.37) quien entiende a ésta como el acto volitivo de querer convertirse en padre o madre, sin perjuicio de si existe o no la presencia de componentes propios, esta voluntad la que algunas veces puede incluirse junto al componente genético aportado por uno de la pareja, como en el caso de técnicas heterólogas, serán elementos que se debe tener en cuenta al momento de querer legislar sobre estos temas.

En cuanto a relación del donante y el hijo nacido de estas técnicas (Numa, 2018, p.113) nos dice que los niños nacidos de técnicas de reproducción médicamente asistida no generan vínculo jurídico alguno con el donante, pero sí el correspondiente a la voluntad procreacional. Por lo que se ha inducido la existencia de un principio dominado favor affectionis, cuya aplicación se haría extensible a la determinación de la filiación de los nacidos en virtud de estas técnicas (Varsi, 2016, p.121).

Por eso se ha dicho que la relación entre padre e hijo derivada de las técnicas heterólogas ha sido considerada con un carácter intermedio entre la biológica y la adoptiva, construida sobre la bases de factores sociales y psicológicos (Varsi, 2016, p.117).

Un sector importante de la doctrina estima que el consentimiento juega un papel preponderante en la determinación de la filiación sobre el presupuesto

biológico, por eso según (Cárdenas, 2014,p.75) afirma que la voluntad procreacional desarrolla un rol fundamental, pero en especial el consentimiento ya que los padres antes de consentir , tienen que haber sido informados necesariamente sobre la aplicación de alguna de las TRHA a la que se van a someter para que dicha técnica pueda ser efectiva, ya que se trata de traer una nueva vida al mundo .

Dicho de otra manera el consentimiento por parte de los padres es importante no solo para la efectividad de los resultados a la aplicación de las TRHA, sobre todo por la creación de un nuevo ser el que tendrá que tener una filiación determinada como consecuencia de la voluntad procreacional y el consentimiento de sus padres para procrear.

El asentimiento como lo ha nombrado la doctrina en el Ante Proyecto de Reforma del Código Civil, es un requisito necesario para establecer la filiación derivada de las TRHA heterólogas, de lo contrario procedería la impugnación de la maternidad como se ha detallado en la propuesta del art.415 B (Fernández et al., 2019, p.108).

La tesista opina, para ser posible la realización de TRHA heterólogas, el consentimiento es importante desde el momento en que los donantes deciden realizar la donación de su material genético, puesto que estos son parte del cuerpo humano y tiene protección por el derecho, por lo que en razón a la protección de los terceros donantes en las TRHA, y a las personas que vayan a llevar a cabo algún tratamiento donde incluya técnicas de reproducción, éstas se garanticen que se realiza con material genético proveniente de terceros pero de manera cómo lo dispone la norma y sin vulnerar los derechos de libertad e integridad física de otras personas.

Según lo establecido en el Código Civil cuando se traten de actos de disposición del propio cuerpo el consentimiento debe ser de la siguiente manera:

Artículo 7 °.- La donación de partes del cuerpo o de órganos o tejidos que no se regeneran no debe perjudicar gravemente la salud o reducir sensiblemente el tiempo de vida del donante. Tal disposición está sujeta a consentimiento expreso y escrito del donante.

Al comentar este artículo Clara Mosquera considera, que en el caso de donaciones la persona para poder dar su consentimiento no solo lo debe hacer de manera expresa y por escrito tal como reza dicho artículo. Si no que para garantizar el derecho a la libertad de las personas será necesario que previamente reciban toda información necesaria que le permita tomar la decisión adecuada. Para la autora esa información que se brinde debe ser muy específica, y cumplir ciertas cualidades: sobre la naturaleza del acto, sus consecuencias, riesgos, en lenguaje accesible y comprensible para las personas. El consentimiento además debe ser libre, sin coacción ni fraude (Visal et al., 2020,p.103).

La tesista opina que los requisitos establecidos en el mencionado artículo y los que aporta la autora son indispensables, para garantizar que las TRHA heterólogas que se llevan cabo en clínicas de fertilidad provengan de manera legal, es decir donde no haya habido vulneración alguna a los derechos de las personas para conseguir muestras de gametos. Por lo que las donaciones se deben dar en estricto cumplimiento a lo establecido en el artículo 7 del Código Civil.

Por otro lado en el primer párrafo de ese artículo se ha dispuesto que la donación de partes del cuerpo que no se regeneran no deben perjudicar gravemente la salud, y en relación al tema del presente trabajo sobre las técnicas heterólogas donde necesariamente se requiere la donación de gametos humanos, los que pueden disponerse libremente por quien lo desee ya que estudios médicos han demostrado que el aparato reproductor masculino produce varios millones de espermatozoides por día, alrededor de 1,500 por segundo¹⁸, por lo que no habría algún problema que perjudique la salud del hombre a causa de una donación. En el caso de la mujer es distinto porque nace con una determinada cantidad de ovocitos¹⁹ y si bien sus células germinales no se van a regenerar (Pérez et al., 2011), tampoco se pone en riesgo la vida de la donante.

De lo expuesto en el párrafo anterior, se puede afirmar que las donaciones de gametos humanos para el uso de TRHA heterólogas no contraviene lo estipulado en el mencionado artículo del Código Civil.

El consentimiento regulado en el artículo 7 del Código Civil ha sido reafirmado por el Tribunal Constitucional:

(...)El consentimiento del donante debe ser expreso y por escrito, además de ser libre, sin coacción ni fraude. Añádase que la autorización debe sustentarse en la previa y adecuada información acerca de la naturaleza del acto quirúrgico a practicarse sobre él, sus consecuencias y riesgos. (Resolución del Tribunal Constitucional en el Ex. N° 2333-2004-HC/TC).

¹⁸ Recuperado de : <https://redsocialesolidaria.org/cuanto-tiempo-tarda-el-esperma-en-regenerarse-consejos-para-la-produccion/>.Visto el 31/01/21

¹⁹Recuperado de : <https://institutomarques.com/glosario/ovocito/>.Visto el 31/01/21

De lo pronunciado por la doctrina y el TC se ve que hay un consenso en que la práctica de donaciones se lleve a cabo respetando los derechos fundamentales de las personas.

Después de haber hablado sobre la relevancia que tiene el consentimiento y la voluntad procreacional para la determinación de las técnicas heterólogas, es importante resaltar que la maternidad regida por el parto es también uno de los elementos importantes para garantizar y respaldar el derecho de filiación del menor derivada de éste tipo de técnicas.

1.2.2.5 Filiación en técnicas homólogas

Al igual que en la filiación por técnicas heterólogas, aquí se rige por la voluntad propia de los padres quienes se someterán a los procedimientos médicos necesarios para procrear un nuevo ser. Aunque los tratamientos médicos a realizar será única y exclusivamente con gametos de los futuros padres, no habrá necesidad de acudir al banco de semen o a un tercero que aporte sus gametos (Varsi, 2016, p.122).

Por eso el citado autor destaca que la práctica de TRHA homólogas no crea mayor problema en la determinación de la filiación, puesto que existe un vínculo matrimonial que le otorga seguridad jurídica a la descendencia en base a la presunción pater est y a la determinación de la maternidad por el parto.

Producto del grupo de trabajo para la revisión y mejora del Código Civil Peruano de 1984, fue el Anteproyecto de Reforma del Código Civil integrado por juristas destacados entre ellos Carlos Agurto Gonzales, quien propone que al emplearse TRHA con material genético de los cónyuges, los hijos

también se consideraran matrimoniales. Destacando la responsabilidad que tienen la parejas dentro del matrimonio al momento de decidir ceder el material genético de cada uno de ellos para procrear (Fernández et al., 2019,p.108).

De esto en comentario se tiene que, el autor en su exposición de motivos trata de persuadir que pese a que el niño(a) haya sido procreado con ayuda de técnicas de reproducción pero con elementos biológicos de sus propios padres, no pierda la cualidad de hijo matrimonial. Es decir trata de que la tecnología médica empleada para la procreación de un hijo(a) no interfiera en la cualidad de familia matrimonial.

En cuanto al punto de filiación por técnicas homólogas se merece la opinión: el hecho que una pareja deje de lado el método natural de procreación para someterse a una técnica de reproducción con su propio material genético, no implica la liberación alguna de responsabilidad paternal, ya que nadie asiste a una clínica de fertilidad con una finalidad distinta a la de traer un nuevo ser humano a esta vida.

1.2.2.6 El derecho a la Identidad

En el Perú, no existe una norma expresa que consagre el derecho de las personas a conocer su identidad biológica, por lo que debemos aproximarnos al tema desde otra óptica, como la Constitución (Cárdenas, 2015,p.48).

En el artículo 1 de la Constitución Política del Perú se establece además del derecho a la vida, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar, también se establece el derecho a la identidad.

Según (Numa, 2018,p.110) es muy común asociar el derecho a la identidad con la verdad de la definición biológica, es decir, con la identificación de los

progenitores. Si bien no es esto lo único que podemos encontrar en ella, tampoco es lo menos importante ya que el punto de partida es justamente ese: el aspecto biológico, saber de dónde provengo y quiénes son mis progenitores. El cual es importante porque permite tener un punto de partida sobre su existencia y proyectar durante su vida un desarrollo de su identidad dinámica.

Según (Á. Plácido, 2003,p.23) el elemento dinámico en el derecho a la identidad se ve conformado por aspecto espirituales, psicológicos, ideológicos, culturales y políticos, lo que sin duda son importantes porque forman un solo yo de la persona .

La Corte Interamericana de Derecho Humanos ha expresado que: “El derecho a la identidad es un derecho humano fundamental oponible erga omnes, del cual debe gozar todo individuo sin discriminación y el Estado debe garantizarlo, a través de todos los medios que disponga para hacerlo efectivo”²⁰

Una de las discusiones en torno a las TRHA es acerca del derecho que tiene todo niño(a) a conocer su identidad de origen, como se sabe las TRHA heterólogas se vienen llevando a cabo mediante el requisito de anonimidad en los datos de él o la donante, encontrando una justificación para no relacionar a los donantes en el ámbito filial , en razón a que el hecho de cubrir la identidad del donante no se podría vincular al niño nacido como su hijo , también para que posteriormente el niño que recibió aporte genético del donante no pueda tener derechos sucesorios (Moadie, 2020,p.42).

²⁰ Recuperado de: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf. Visto el 31/01/21.

Los argumentos que dicen fundamentar el anonimato de los donantes y prohibir la investigación de la paternidad son: a) Estimular la donación de gametos: En este argumento se encuentra la idea que la identidad conocida de los donantes traería como consecuencia un desinterés por parte de las personas en querer donar, aparejada con la idea de que los donantes tienen temor a que se les relacione con algún tipo de responsabilidad filial. b) Protección del derecho a la intimidad: Para que no se dé a conocer que tal persona dio vida a un nuevo ser a través de la donación de sus gametos y que tal usuario recibió gametos de donante por el hecho de que presentara una imposibilidad de poder procrear de manera natural²¹.

Según (Novales, 2017, p.69) los mencionados razonamientos son insuficientes para fundamentar el tema del anonimato de los donantes de gametos, porque lo que se debe resguardar es el derecho fundamental de todo niño a conocer su origen.

Según (Notaro, 2020,p.169), una cosa es tener derecho a conocer el origen del dato genético y otra diferente la pretensión de querer tener vínculos jurídicos fundados en datos genéticos, resaltando que en la actualidad la identidad filiatoria no va a ser siempre el correlato con el dato cien por ciento genético.

Según (Cárdenas, 2015,p.48) en los procedimientos de fecundación asistida con intervención de un tercero, suele ser un principio fundamental el anonimato del dador. Frente a ello, postulamos que toda persona tiene derecho a conocer su origen biológico, al amparo del derecho a la salud, el derecho a la identidad, el derecho a saber, el principio de no discriminación,

²¹ Recuperado de: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122010000200003. Visto el 31/01/21.

el derecho a la verdad, el principio del interés superior del niño, el derecho al acceso a los datos personales, el derecho a la información y el derecho a la dignidad.

Sin embargo, (Numa, 2018,p.107) cualquiera sea la postura en la disciplina científica involucrada en la discusión , es coincidente en que el punto de partida es el mismo: existe el derecho a la identidad como un derecho humano y personalísimo. Es por eso que más profundamente la identidad personal supone “ser uno mismo” y no otra persona y este hecho implican un concepto complejo y un entramado especial para los distintos campos del conocimiento. Por otro lado la práctica de las TRHA ha originado la concepción de que estas se realizan como reflejo del deseo que tienen algunos adultos para procrear sobre el interés superior que tiene niño y su derecho a la información de conocer su origen por TRHA heteróloga (Herrera, 2017, p.77).

Aquí la citada autora argentina menciona que el deseo de los adultos de ser padres no es negativo, ya que la filiación por naturaleza o biológica, han sido parte de un deseo o una decisión que siempre va a estar presente en los adultos incluso si deciden adoptar, y que con mayor razón la decisión de procrear mediante TRHA no están libres de la voluntad o el deseo de los adultos ya que la idea central es tener hijos para formar una familia.

Esa voluntad mencionada en el párrafo anterior según es un elemento que no podría sustituirse porque solo los únicos adre podrán manifestarla, ya que si no hubieran tenido la intención procreacional, el hijo ni siquiera hubiera sido concebido por esos medios(Cárdenas, 2015,p.58).

Por esta razón Cárdenas afirma que la identidad de una persona implica no solo una verdad biológica, sino también una verdad sociológica, cultural y social (Cárdenas, 2015, p.61).

1.2.3 Ley General de Salud

En Perú no hay una ley específica que regule las técnicas heterólogas de reproducción humana asistida, la única norma en la que se encuentran temas sobre reproducción humana asistida es en la mencionada Ley General de Salud (en adelante LG) N°26842, del año 1997, la que en uno de sus artículos autoriza a recurrir a técnicas para solucionar problemas de infertilidad.

Lo que hace dicho artículo es imponer una condición específica dirigida a los usuarios de las técnicas de reproducción especialmente a las mujeres que presentan problema de salud reproductiva (Cárdenas, 2015, p.61).

Reconociendo de esa manera el uso solo de las TRHA en el texto:

Artículo 7 °.-Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos.

Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos (Ley General de Salud Ley N ° 26842, Art.7, 1997).

Desde el punto de la bioética es importante analizar este artículo ya que al relacionarse con el ser humano y su fertilidad se preocupa por el respeto del ser humano y sus derechos fundamentales (Bladilo et al., 2017, p.9), esta será importante porque hace reflexión de principios como: el derecho a la autonomía llamada voluntad procreacional y el principio de beneficencia en referencia al futuro ser (Zanier et al., 2018, p.26).

En relación al principio bioético de autonomía: el cual exige que todo ser humano dé su consentimiento previo a cualquier tratamiento médico o experimento que se realice en su organismo (Visal et al., 2020, p.103), por lo que según este principio si da cumplimiento a lo establecido en el artículo 7 al mencionar que “Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos”.

En cuanto al aspecto ético se han resaltado dos pendientes por los que debe pasar las TRHA, una de ella es el acceso igualitario que tienen que tener los pacientes a dichas técnicas y también a toda tecnología moderna. El segundo aspecto se encuentra focalizado en el reforzamiento o preparación que deben tener los profesionales de las clínicas especialistas en fertilidad con herramientas necesarias para realizar los mejores tratamientos a los usuarios²².

En este ámbito es muy importante la información que recibe el paciente sobre el tratamiento por parte del personal médico, ya que el dar la información necesaria a los usuarios forma parte de la responsabilidad médica en el tema de las TRHA²³.

²² Recuperado de: <https://www.fundacionmercksalud.com/blog/que-sabes-sobre-la-fertilidad-descubre-mas-con-nuestro-manual-de-avances-en-salud>. Visto el 02/02/21.

²³ Recuperado de: <https://www.fundacionmercksalud.com/blog/que-sabes-sobre-la-fertilidad-descubre-mas-con-nuestro-manual-de-avances-en-salud>. Visto el 02/02/21.

En este numeral sobre la LGS será importante mencionar algunos artículos contenidos en dicha ley, ya que complementan el artículo 7 del mismo cuerpo normativo, y porque a través de estos artículos se verá como se cubre el acceso de algunos derechos para que las personas, puedan recurrir al tratamiento de su infertilidad como se ha dispuesto en la primera línea del artículo 7, pero hay que resaltar que hay otros artículos en los que no se cubre el acceso de las TRHA a todas las personas por igual.

En cuanto al artículo 1 del título primero se establece que toda persona tiene el derecho al “libre acceso a prestaciones de salud”²⁴, pues esto no concuerda con la realidad ya que al no haber centros de salud donde el Estado brinde los tratamientos en TRHA, los peruanos de bajos recursos que tienen problemas para procrear ya sea por infertilidad y esterilidad se ven impedidos de formar una familia, no cubriéndose de esta manera lo dispuesto en el mencionado artículo 1 de la Ley General de Salud N°26842.

Cabe resaltar el artículo 5 de la ley General de Salud²⁵ ya que el contenido de este es necesario para llevar a cabo las TRHA en especial las heterólogas de manera confiable para los usuarios, ya que desde el momento en que las personas asisten a los centros o clínicas de fertilidad no solo tienen derecho a un buen trato, sino también el derecho a un buen servicio médico asistencial, por lo que antes de cualquier intervención médica el especialista o los médicos intervinientes tendrán la obligación de dar toda la información necesaria y útil relacionados a la salud reproductiva del o de los pacientes . Esto en

²⁴ Recuperado de: <http://www.essalud.gob.pe/transparencia/pdf/publicacion/ley26842.pdf> .Visto el 02/02/21.

²⁵ Recuperado de: <http://www.essalud.gob.pe/transparencia/pdf/publicacion/ley26842.pdf> .Visto el 02/02/21.

cumplimiento del derecho establecido en este artículo 5 el cual establece el derecho a recibir información sobre la salud reproductiva.

También hay que resaltar la importancia del artículo 1526 de la LGS el cual contiene el derecho de todos los usuarios a que reciban los servicios de salud, incluyendo la asistencia de fertilidad, por lo que se les debe brindar información completa del servicio, la que es aplicable en la práctica médica de las TRHA heterólogas por parte de las clínicas de fertilidad.

De este mismo artículo 15 es importante el literal f el que contiene el derecho de los usuarios a que se les brinde la información completa sobre el servicio de salud, también el literal h en donde se resalta el derecho de todo usuario a que se le brinde la información necesaria²⁷ para que de esta manera el paciente pueda dar su consentimiento antes de la aplicación de cualquier tratamiento de fertilidad.

Por otro lado en el artículo 27 de la LGS se encuentran dos aspectos que son importantes antes que el personal médico lleve a cabo las TRHA, como son la información y el consentimiento informado, en cuanto a la información se tiene que dar en relación al tratamiento que se va a realizar, los riesgos de este y lo más importante a que el paciente sepa las consecuencias de dicho tratamiento a aplicar por parte del médico. En cuanto al consentimiento que deben brindar el pacientes se tiene que este debe ser por escrito²⁸ tal como se señalado de manera expresa en el mismo artículo 27.

Después de ver los artículos de la LGS que complementan al artículo 7 de la misma ley, en razón al tema de investigación hay que destacar un artículo del

²⁶ Recuperado de: <http://www.essalud.gob.pe/transparencia/pdf/publicacion/ley26842.pdf>. Visto el 02/02/21.

²⁷ Recuperado de: <http://www.essalud.gob.pe/transparencia/pdf/publicacion/ley26842.pdf>. Visto el 02/02/21

²⁸ Recuperado de: <http://www.essalud.gob.pe/transparencia/pdf/publicacion/ley26842.pdf>. Visto el 02/02/21.

Código Civil Peruano, el cual es importante porque se materializa al momento de realizar las técnicas heterólogas de reproducción humana asistida, artículo con el cual nos permite afirmar que el uso de las donaciones de material genético humano que se hacen para llevar a cabo dichas técnicas, es válido según:

Artículo 6: Prohibición de actos de disposición del cuerpo

Los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física o cuando de alguna manera sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres. Empero, son válidos si su exigencia corresponde a un estado de necesidad, de orden médico o quirúrgico o si están inspirados por motivos humanitarios (...)

En referencia a los actos de disposición del propio cuerpo mencionados en el artículo citado se encuentran inmersas decisiones que toman las personas de donar material genético, el cual forma parte del cuerpo humano, para lo cual la persona tendrá que ser sometido a pequeñas intervenciones médicas necesarias para concretizar dicho fin, como en el caso de la ovodonación cuyo fin es la extracción de óvulos para posteriormente ser congelados y donados , razón por la que el Estado como un ente garante debe de proteger los derechos de salud e integridad física de las personas mediante el control y fiscalización de los centro de fertilidad.

En razón a que la salud es un servicio público donde el Estado es y debe ser responsable de supervisar los servicios que se prestan en las clínicas privadas (Bregaglio & Iván, 2011,p.10)

Lo establecido en el artículo 6 del Código Civil Peruano ha sido reafirmado por el Tribunal Constitucional mediante su jurisprudencia recaída en el Ex. N° 2333-2004-HC/TC, donde afirma que:

En virtud de ello, la persona sólo puede disponer de aquellas partes de su cuerpo que, al ser despojadas o separadas, no ocasionen una disminución permanente de su integridad física. Por ende, cabe la posibilidad de que la persona pueda ceder todas aquellas partes, sustancias o tejidos que se regeneren, siempre que ello no atente gravemente contra su salud o ponga en peligro su vida; tales los casos del corte del cabello, la donación de sangre, etc.

Como se sabe de acuerdo a la información recopilada en el presente trabajo se necesita la extracción de óvulos y de espermatozoides de terceras personas distintas a la relación de pareja para proceder a la donación y posteriormente la realización de las técnicas heterólogas por lo que esto no genera contradicción alguna a lo dispuesto en el citado artículo 6 del Código Civil y ni contradicción en la jurisprudencia antes citada, ya que de los procedimientos médicos antes mencionados como la donación de óvulos, se ha corroborado que no genera peligro a la integridad física por el contrario, se generan unas pequeñas molestias que no implican peligro en la vida de los donantes como se ha señalado en el punto 1.2.1 de nuestro trabajo donde se menciona lo explicado por un especialista peruano en la materia.

Por otro lado se sabe que en el Perú hay numerosos centros privados que ofrecen tratamientos de alta y baja complejidad, rigiéndose básicamente mediante autorregulación, ofreciendo distintos tratamientos dentro de los cuales

incluye a la técnicas heterólogas, atendiendo a parejas casadas, unidas de hecho o a mujeres solas pero imponiendo sus costos (Siverino, 2010, p.30-31). Ante esto se puede afirmar que los pacientes que utilizan las TRHA como recurso para superar su infertilidad o los problemas para concebir, logran hacerlo gracias a un nivel alto de economía, a diferencia de otras parejas que necesitan estos tratamiento para poder procrear pero se ven impedidas por los costos elevados que imponen las clínica de fertilidad, ya como se dijo líneas arriba éstas se autorregulan por lo que les permite imponer sus propios costos, lo que para algunos puede estar fuera del alcance de su economía (Pabón et al., 2016,p.172).

Por lo que no contar con una legislación específica sobre TRHA y mucho menos no encontrar un artículo donde se regule expresamente las técnicas heterólogas de reproducción humana asistida genera a parte de la discriminación, también limitaciones con relación al seguimiento y control de los procedimientos utilizados por parte de los centros médicos o clínicas privadas (Neciosup, 2018,p.14), y aunque no existen cifras oficiales, se sabe que las clínicas de fertilidad que ofrecen sus servicios de fertilidad siguen superando largamente la decena de pacientes atendidos , sumando a esto a que cada vez son más los consultorios particulares que también empiezan a abrir sus puertas al uso de TRHA, lo cual es algo que no se ve en centros estatales que ofrezca tales servicios (Rodríguez, 2017,p.177).

Ya que en materia de salud reproductiva, el único servicio Estatal totalmente gratuito y que es garantizado por la ley, es el suministro de la más amplia gama de anticonceptivos²⁹, mas no se ha visto según la búsqueda hecha en este

²⁹ Recuperado de: http://bvs.minsa.gob.pe/local/DGSP/268_DGSP23.pdf. Visto el 02/02/21.

trabajo de investigación la existencia de programas que hagan seguimientos a problemas relacionados con la infertilidad y esterilidad de los peruanos, encontrándose de la búsqueda hecha que dentro de la salud sexual y reproductiva existen iniciativas en el ámbito de planificación familiar relacionadas a la capacidad de decidir cuántos hijos tener, cuándo tenerlos, entre otros, tal como se viene promoviendo en el Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA) en nuestro país³⁰ .

1.2.3.1 Sobre el artículo 7

Contenido en una Ley General la cual es definida como aquella que se encuentra dirigida a todos los ciudadanos por el hecho de ser general, la que no debe ser entendida a modo particular o específico para un grupo de personas³¹.

Del concepto antes mencionado sobre una ley general se desprende que el artículo 7 de la LGS se encuentra dirigido a un grupo de personas en específico, es decir solo aquellas personas que puede concebir con su propio material genético pero que de todas maneras necesitan recurrir a las TRHA para llevar a cabo la procreación.

Pero qué es lo que se debe entender por técnicas heterólogas si en el artículo 7 se ha dispuesto que:

Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona (...)

³⁰ Recuperado de: <https://peru.unfpa.org/es/temas/salud-sexual-y-reproductiva-5>. Visto el 02/02/21.

³¹ Recuperado de: <https://dpej.rae.es/lema/ley-general>. Visto el 02/02/21.

Dicho artículo al mencionar que la condición de madre genética y madre gestante recaigan sobre la misma mujer se está condicionando a que: cuando una mujer se someta a TRHA lo haga con el aporte de su propio material genético es decir con sus mismos óvulos, quien después de haberse sometido al tratamiento médico necesario para procrear ya sea una FIV o una IA, será quien lleve a cabo la gestación. Como bien se sabe este tipo de técnicas se les ha denominado por la doctrina como técnicas homólogas, por lo que se puede afirmar que el artículo 7 permite el tipo de técnicas homólogas.

Siguiendo con el análisis, se tiene que la condición descrita en el artículo 7 de la mencionada ley hace entender que el uso señalado para las TRHA se encuentra condicionado a que éstas se realicen sólo por medio de la aplicación de las técnicas homólogas.

Pero de presentarse una situación contraria, es decir donde la mujer no pueda aportar su propio material genético pero si pueda llevar a cabo la gestación(posición que se defiende) no podrá recurrir al tratamiento de su infertilidad, también de presentarse la situación de una mujer donde sí esté en condiciones de aportar su material genético pero no puede llevar a cabo la gestación, tendría que recurrir a una maternidad subrogada para poder procrear, en consecuencia para estas dos situaciones antes descritas se necesita de la intervención de una tercera persona, por lo que estas dos situaciones no estarían reguladas.

Por lo mencionado en el párrafo anterior y según el artículo 7 de la Ley General de salud se debe entender por técnica heteróloga de reproducción humana como aquel tratamiento médico al que recurre una persona para

poder procrear a pesar que la condición de madre genética vaya a ser distinta a la de la madre biológica.

Dicho esto, queda demostrado el objetivo específico a) de la presente investigación el cual consiste en describir lo que se debe entender por técnicas heterólogas de reproducción humana a partir de la Ley General de Salud N°26842.

También del texto citado se puede observar que en el artículo 7 no se menciona específicamente los tratamientos que incluyen las TRHA, pero como las técnicas heterólogas son de interés en el presente trabajo de investigación, nos referiremos a las dos situaciones antes descritas que se pueden encontrar en dichas técnicas heterólogas.

En referencia a la primera, cuando la mujer no pueda aportar su propio material genético pero si pueda llevar a cabo la gestación, se sabe que en una clínica de fertilidad puede recurrir a la ovodonación, donde al recibir material genético de otra mujer podrá someterse a cualquier tratamiento médico que haga posible llevar a término su embarazo.

La tesista mantiene la postura de conservar el enfoque de una familia tradicional donde se respete la maternidad biológica, sin importar si el hijo de una pareja o de una madre soltera no es genéticamente compatible con ellos, ya que los padres sin importarles que el hijo que traerán al mundo tenga parte de material genético de un tercero, lo cuidarán y velarán por él.

En cuanto a la segunda situación, se presenta cuando una mujer puede aportar su material genético para procrear sin embargo no puede llevar a cabo la gestación, pero podría recurrir a la maternidad subrogada.

En esta segunda situación la tesista no defiende el caso de los hombres ni el de las mujeres que tengan que acudir a la maternidad subrogada, solo se defiende en el presente trabajo la postura en cuanto a la admisión de que mujer soltera o pareja (hombre y mujer) pueda acudir a las TRHA Heterólogas siempre que vaya a gestar como un proyecto de vida para ella misma o para la pareja que son los que tienen todo el deseo y voluntad procreacional. Prohibir la maternidad subrogada a los hombres solteros no incurriría en discriminación alguna puesto que por su propia naturaleza biológica no pueden gestar y en cuanto a ejercer su derecho de formar una familia este no se vería restringido ni afectado, al existir la posibilidad de que puedan adoptar .

Por otro lado, el artículo 7 de la Ley General de Salud ha sido cuestionado por ser discriminatoria tal como señala (Siverino, 2010, p.31) por el solo hecho de mencionar aquella condición a la que debe someterse la mujer y no mencionar nada respecto al uso de material genético masculino del futuro padre de intención, especificando solo en el caso de la mujer.

1.2.4 Técnicas heterólogas de reproducción en el derecho comparado

1.2.4.1 Regulación en España

Se ha optado por incluir a este país ya que es un referente a nivel europeo, por incluir y flexibilizar el uso de TRHA para que los usuarios que necesiten utilizar gametos de donantes puedan llevar a cabo un embarazo³².

³² Recuperado de: <https://www.fundacionmercksalud.com/blog/que-sabes-sobre-la-fertilidad-descubre-mas-con-nuestro-manual-de-avances-en-salud/>. Visto el 02/02/21.

España es uno de los primeros países que promulgan una ley sobre TRHA, donde se encuentran cambios normativos desde el año 98 con su ley N°35 hasta el año 2006 que se emite la ley N°14 la que actualmente rige para la práctica de estas técnicas (BOE, 2006,P.4).

Para el tema que compete en este trabajo de investigación es necesario resaltar la Ley 35/1988 del 22 de noviembre que aunque impuso como límite una lista cerrada de las TRHA, es la que dio paso para que años después hayan podido tener un cambio que contenga un número abierto de las técnicas que se puedan aplicar, tal como se ve en el anexo de la misma ley donde se reconoce a la IA, La FIV con gametos propios o de donante, con transferencia de preembriones y Transferencia intratubárica de gametos (BOE, 2006,P.5).

Si bien en la ley española no se define a las TRHA heterólogas y tampoco tiene un artículo en el que se mencionan a éstas de manera literal, se puede decir que en este país si se regula a las técnicas heterólogas porque en el numeral 3 del artículo 3 de la ley 14/2006 se garantiza el uso de las técnicas no solo a personas que recurren a éstas de manera directa sino también a las (os) donantes a quienes también se les ha reconocido el derecho de recibir toda información necesaria en el asesoramiento que se da por encargo de todos los profesionales de salud que se desempeñen en las clínicas de fertilidad³³.

Así mismo se reconoce en el artículo 1 numeral 1 literal c de su ley que el ámbito de aplicación de la mencionada ley es sobre los requisitos que se necesitan para la utilización de gametos³⁴.

³³ Recuperado de: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-9292>. Visto el 03/03/21.

³⁴ Recuperado de: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-9292>. Visto el 03/03/21.

También han quedado establecidas en el artículo 5 numeral 7 las condiciones en las que debe darse la donación de gametos en una TRHA, es decir mediante un contrato gratuito formal entre donante y el centro autorizado quien al realizar estas prácticas médicas deben llevar un control para dar cumplimiento al número máximo de donaciones permitidas por cada persona que es 635.

Para aplicar las técnicas heterólogas, previamente al realizar la mencionada donación será necesario que la persona mayor de edad pueda prestar su consentimiento, también de la mujer y de su marido, en cuanto a la donación posteriormente serán utilizadas por el centro de salud sin opción a que la receptora escoja el material genético de un donante específico tal como se ve en el numeral 2 del artículo 5 de la ley 14/200636.

1.2.4.2 Regulación en Italia

Las TRHA fueron reguladas en Italia por primera vez en el año 2004 con la Ley N°40, aunque esta regula intervenciones terapéuticas encaminadas a resolver los problemas reproductivos únicamente ocasionados por la esterilidad o infertilidad humana mediante el tratamiento clínico de los gametos masculinos y femeninos³⁷, esta ley también es conocida por las muchas prohibiciones y restricciones que ha tenido y tiene para el acceso de TRHA(Corn, 2015), por el hecho de que solo pueden gozar de las TRHA las

³⁵ Recuperado de: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-9292>. Visto el 03/03/21.

³⁶ Recuperado de: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-9292>. Visto el 03/03/21.

³⁷ Recuperado de: <https://idibe.org/cuestiones-de-interes-juridico/la-jurisprudencia-italiana-en-materia-de-reproduccion-asistida/>. Visto el 03/03/21.

parejas unidas en matrimonio o unidas en unión de hecho como se ha señalado en el artículo 5 su ley³⁸.

El artículo 4.3 de la ley no permitía la donación de gametos, ni masculinos ni femeninos, bajo ninguna circunstancia³⁹, atentando contra la libertad personal y el derecho de procreación, obligando a que la parejas con infertilidad absoluta tengan que marcharse a otros países para encontrar las técnicas de reproducción que les son negadas en el suyo. El autor también considera que dicha prohibición atenta contra el derecho a tener un hijo sano, manifestación que también forma parte de la libertad de procreación (Molero, 2018, p.323).

Pero la corte Constitucional Italiana mediante el fallo N°162 del año 2014 declaró la ilegitimidad constitucional de la prohibición de fecundación heteróloga. Gracias a este fallo pueden recurrir a técnicas heterólogas solo parejas declaradas infértiles o estériles, la corte se pronunció de la prohibición absoluta que había para acceder a las TRHA heterólogas, catalogando a esta como irracional, debido a que la prohibición absoluta de una conducta en un Estado liberal es admitida cuando sea el único medio para garantizar otros valores constitucionales involucrados. La corte también agrega que para tutelar los derechos del niño nacido de TRHA heterólogas se debe tomar como ejemplo a la adopción ya que en ésta se pone de manifiesto la paternidad no biológica (Corn, 2015, pp.20-23).

³⁸ Recuperado de: <https://vlex.es/vid/ta-humana-asistida-usuarias-comparado-460774166>. Visto el 03/03/21.

³⁹ Recuperado de: <https://vlex.es/vid/ta-humana-asistida-usuarias-comparado-460774166>. Visto el 03/03/21

1.2.4.3 Regulación en Argentina

La Ley N° 26.862 conocida como ley de cobertura sobre TRHA contiene aspectos relacionados al el uso y empleo de estas técnicas. Y reglamenta la manera en que una persona podrá acceder a los tratamientos. Uno de los aspectos principales de la regulación argentina en materia de TRHA es que regula el acceso integral de estas bajo la guarda del derecho Internacional y los principios internacionales de derechos humanos y la guía de lo establecido en el caso “Artavia Murillo y otros c Costa Rica” (M. Rodríguez, 2015, pp.148-151).

Si bien la ley argentina no define a las técnicas heterólogas al igual que la ley española, esta ha definido a las TRHA como aquellas técnicas que se realizan con asistencia médica para poder llevar a cabo un embarazo con donación de gametos y embriones, admitiendo de esta manera el uso de técnicas heterólogas, tal como lo señala el artículo 2 de su ley N° 26.86240.

En dicha ley no solo se recoge todas las técnicas reconocidas por la OMS y mencionadas al inicio de este trabajo, también en la ley argentina se agrega la donación de gametos para hacer posible las técnicas heterólogas, tal como se ha establecido en el artículo 8 de la ley.

Por otro lado en el artículo 7 de la ley se prescribe que los ciudadanos argentinos mayores de edad podrán gozar el derecho de acceder a procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida prestando previamente su consentimiento como requisito⁴¹.

⁴⁰ Recuperado de: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-26862-216700/texto>. Visto el 03/03/21.

⁴¹ Recuperado de: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-26862-216700/texto>. Visto el 03/03/21.

Del párrafo anterior se desprende que la regulación argentina “permite que toda persona (esté o no en pareja) acceda a las TRHA para hacer satisfecho su derecho a formar una familia” (Bladilo et al., 2017, p. 13).

En cuanto a otros países como Chile en donde se presenta una situación igual a la de Perú en la que se han presentado varios proyectos para regular las TRHA pero al parecer han quedado en el olvido, pese a que la comunidad médica ha reconocido la incertidumbre respecto a las TRHA que se vienen desarrollando en Chile, y por lo visto ha prevalecido dicha incertidumbre frente a la posibilidad de que se realicen bajo un marco legal establecido las técnicas (Espada, 2017,p.3).

Igual es el caso de Colombia donde a pesar de existir aproximadamente unos 25 centros especializados en TRHA no cuentan con un marco legal expreso en donde se establezcan reglas claras para aplicar dichos tratamientos (Beetar, 2019,p.137).

En Ecuador a pesar de también existir centros especializados en reproducción asistida concentrados en diferentes zonas del país , carecen de un marco jurídico que regule expresamente la reproducción asistida, contando solo con normas generales que se relacionan con la materia como la constitución (Serrano & Jara, 2018).

1.3. Definición de términos básicos

- Clínica de fertilidad: Clínicas dedicadas a brindar servicios en medicina reproductiva a personas con problemas de fertilidad, mediante técnicas especiales para el tratamiento⁴².
- Derecho a la identidad: derecho humano y fundamental que tienen todas las personas el cual debe ser gozado siempre con igualdad y de justicia (Varsi, 2016).
- Donación de gametos: Acto mediante el cual una persona se somete para da óvulos u espermatozoides a otras personas⁴³.
- Filiación: es el vínculo jurídico como consecuencia de la procreación humana ya sea natural o asistida (Varsi, 2016).
- Gametos humanos: Son células sexuales tanto de hombres como de mujeres las que juegan un papel fundamental a la hora de procrear⁴⁴.
- Interés Superior del Niño: conjunto de acciones y procesos tendientes a garantizar plenamente el desarrollo integral en la vida del niño, junto con los derechos que lo protegen⁴⁵.
- Maternidad biológica: Hecho por el cual una mujer ha tenido un parto⁴⁶.
- Maternidad genética: Cuando una mujer aporta su material genético para procrear⁴⁷.

⁴² Recuperado de: <http://medicinareproductivacr.com/>. Visto el 03/03/21.

⁴³ Recuperado de: <https://inmater.com/ufaq/en-que-consiste-la-donacion-de-gametos/>. Visto el 03/03/21.

⁴⁴ Recuperado de: <https://www.reproduccionasistida.org/gameto/>. Visto el 03/03/21.

⁴⁵ Recuperado de: http://www.derechosinfancia.org.mx/Derechos/conv_3.htm. Visto el 03/03/21.

⁴⁶ Recuperado de: <http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2004/fjd812e/pdf/fjd812e-TH.2.pdf>. Visto el 03/03/21.

⁴⁷ Recuperado de:

https://www.bbc.com/mundo/noticias/2014/08/140807_madres_sustitutas_subrogacion_preguntas_ch. Visto el 03/03/21.

- Técnicas de Reproducción Humana Asistida: procedimientos médicos a los que las parejas se someten para llevar a cabo la concepción de su futuro hijo.
- Técnicas heterólogas de reproducción humana: Son aquellos procedimientos médicos a los que los futuros padres se someterán mediante el uso de material genético de otras personas (Pabón et al., 2016, p.182).

CAPÍTULO II: METODOLOGÍA

2.1 Diseño metodológico

La presente investigación es cualitativa en la medida en la que con criterios jurídicos se va a evaluar la parte normativa que pueda hacer posible incorporar técnicas heteróloga como parte de la Ley General de Salud N°26842.

Es de tipo descriptiva ya que del contenido de la jurisprudencia se va a describir una realidad que está presente, y que no puede ser desconocida por la norma jurídica, la que se debe positivizar para delimitar el uso de la ciencia en procura del bienestar de las personas que quieren formar una familia.

También, mediante la descripción y valorización de algunos proyectos de ley los que han servido para conocer los criterios que se han tenido al momento de realizar dichas propuestas legislativas en materia de procreación asistida. Y si bien en el método cualitativo no se utilizan datos estadísticos será necesario tener en cuenta que se utilizaron entrevistas las que nos permitió arribar con el objetivo general de la presente investigación.

M.....O

Donde:

M: Muestra compuesta por la serie de sentencias que se han emitido sobre el uso de técnicas heteróloga, los proyectos de ley donde se propusieron regular las técnicas heterólogas y las entrevistas como herramienta de análisis

O: Observación que se hará a las muestras de estudio, a partir de un análisis como guía para elaborar.

2.2 Procedimiento de muestreo

En esta etapa se recopiló una serie de sentencias que se han emitido en sede nacional sobre el uso de técnicas heterólogas de reproducción humana asistida.

Se hizo la búsqueda de proyectos de ley los que fueron ubicados en una tabla para posteriormente describirlos en los resultados. Así mismo se elaboró una entrevista anónima conformada por 4 preguntas dirigidas a docentes universitarios de Chiclayo.

2.3 Aspectos éticos

Yo, Ellen Claudia Dávila Sánchez identificada con DNI N° 70825405 declaro bajo juramento que las fuentes, hemerográficas y/o electrónicas consultadas, han sido citadas conforme al MANUAL PARA LA ELABORACIÓN DE LA TESIS Y LOS TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN para obtener el título profesional de abogada por la Universidad San Martín de Porres, aprobado por Resolución Rectoral N° 093-2017-CU-R-USMP del veintisiete de enero del año 2017; y que el presente plan de tesis es de mi autoría, asumiendo plena responsabilidad ante la universidad y las autoridades respectivas.

CAPÍTULO III: RESULTADOS

3.1. En este capítulo se presentan los resultados luego de haber procedido a analizar los datos recogidos a través de la aplicación de los instrumentos de investigación a la muestra de estudio, siendo los siguientes:

3.1.1 Resultados de los casos

En este aspecto se presentan los resultados obtenidos a partir de la aplicación de las tablas de análisis de datos sobre las jurisprudencias que formaron parte de la muestra de estudio, de tal forma que los estados de la información se procedieron a elaborar en las siguientes:

Tabla 1: Denominaciones de los casos judiciales

| Aspecto | Frecuencia | Porcentaje |
|------------------------------|------------|------------|
| a) Nulidad de Acto Jurídico | 1 | 33.3 |
| b) Impugnación de maternidad | 1 | 33.3 |
| c) Maternidad subrogada | 1 | 33.3 |
| Total | 3 | 100 |

Año: 2021

Fuente: Creación propia

De los tres temas estudiados en la tabla N°01 se advierte que los hechos sobre los cuales se pronuncia la Sala en la CAS N° 4323-2010 son que:

La señora M.A.A.D con problemas de infertilidad decide acudir a la clínica PRANOR S.R.L junto a su pareja C.O.Q.C para someterse a una ovodonación a través del tratamiento de FIV TE (fecundación in vitro con transferencia embrionaria), el que resultó exitoso al procrear a su hija de iniciales A.B.A.D. Posterior a la separación el señor C. O. Q. C. interpone demanda nulidad de acto jurídico de los documentos de Autorización de FIV TE y del Convenio de realización de TRHA contra la señora M.A.A. D y PRANOR S.R.L.

Si bien este caso trata sobre nulidad de acto jurídico es importante porque se hace mención a documentos de FIVTE y de TRHA, los que son discutibles dentro del artículo 7 de la ley General de Salud N°26842 ,el cual es objeto de estudio del presente trabajo.

Por otro lado, de la tabla N°01 también se advierte que los hechos sobre los cuales se pronuncia la Sala en la CAS N° 5003-2007 son que:

La señora M.A.A.D y su pareja C. O. Q.C deciden hacer un tratamiento de FIV TE mediante ovodonación, posteriormente a la separación, el señor C.O.Q.C inicia una nueva relación sentimental con Mónica Oblitas Chicoma a quien decide contarle que él y su ex pareja M.A.A.D (María Alicia Alfaro Dávila) habían concebido a su menor hija de iniciales A.B.A.D mediante el tratamiento de ovodonación, por lo que Mónica Oblitas Chicoma en representación de su menor hijo O.F.Q.O interpone demanda de impugnación de maternidad contra M.A.A.D.

Esta sentencia es importante porque se da a conocer cómo es que a partir de la falta de regulación expresa de las técnicas heterólogas en el artículo 7 de la ley General de Salud N°26842, una mujer que no participó en el tratamiento de

ovodonación de la madre biológica, puede cuestionar la maternidad de aquella que decidió voluntariamente someterse a una TRHA para convertirse en mamá pese a que su hija no iba a llevar su carga genética, llegando así a impugnar la maternidad de esta última.

Finalmente de la tabla N°01 se advierte que de los hechos sobre los cuales se pronuncia la Sala en la sentencia del Exp.6374-2016 se expone:

La sociedad conyugal conformada por Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau recurrieron a TRHA heterólogas, mediante ovodonación y útero subrogado, en razón a que la Sra. Ballesteros anteriormente se había sometido a una FIV con ovodonación, obteniendo como resultado desfavorable un aborto, por lo que recurre a Evelyn Rojas Urco para que realice únicamente la gestación de dos embriones fecundados a partir de una FIV con óvulo de una donante anónima, naciendo los menores de iniciales L.N.N.R. y C.D.N.R

Posteriormente al nacimiento de los menores, el médico tratante inscribió en el Certificado de Nacido Vivo a la Sra. Rojas como madre de los menores, pese a que le había comentado al médico que ella no era la madre por tratarse de una maternidad subrogada y que el Sr Nieves era el padre biológico.

Por los hechos antes descritos se iniciaron dos procedimientos de rectificación de acta de nacimiento donde, el Sr. Lázaro (esposo de la señora que decidió llevar a cabo la gestación) solicitó se declare al Sr. Nieves Reyes como padre de los menores, procediéndose al respectivo reconocimiento; mientras que la Sra. Ballesteros (madre de intención) solicitó se declare como la madre de los menores. Luego el RENIEC declaró improcedentes ambas solicitudes a través de las

resoluciones registrales N° 29 9-2016-OSBORJ-JR10LIM- GOR/RENIEC y la Resolución Registral N° 299-2016-OSBORJ-JR10LIM-GOR/RENIEC, las que fueron impugnadas mediante proceso de amparo.

La sentencia emitida en el caso antes descrito cobra importancia porque a pesar del vacío presente en el artículo 7 de la ley General de Salud N°26842 se ve cómo el juez resuelve en base a la jurisprudencia convencional, para salvaguardar el derecho a la identidad de los menores nacidos a partir del uso de TRHA heterólogas, el cual se había visto afectado en sede administrativa por RENIEC.

Tabla 2: Análisis legal de los hechos

| Aspecto | Frecuencia | Porcentaje |
|--|------------|------------|
| a) Análisis social | 3 | 100 |
| b) Análisis jurídico | 3 | 100 |
| c) Análisis de jurisprudencia nacional | 0 | 0 |
| Total | 3 | 100 |

Año: 2021

Fuente: Creación propia

De la tabla N°02 se advierte que el cien por ciento de los casos estudiados analizan socialmente los hechos .Así en CAS N°4323-2010 la Sala expone:

Tercero: (...) la fecundación se realiza mediante técnica denominada FIV TE, que consiste en que el semen extraído y capacitado del esposo, se combina con el óvulo donado (técnica de ovodonación), llevándose a cabo la

fecundación en un plato de laboratorio; (...) los gametos a utilizar son provenientes de terceros (...).

Del considerando anterior se aprecia que la pareja tenía un problema de salud reproductiva hecho por el cual recurre a TRHA con gametos de donantes, por lo que se puede concluir que dicha práctica de las TRHA heterólogas, es conocida y usada por quienes padecen dificultades para procrear naturalmente, ya que nadie en su sano juicio iría a concebir con material genético de terceras personas pudiendo procrear con sus propios medios, por lo que dicho problema social es parte del desarrollo del presente trabajo.

Sexto: (...) resulta oportuno indicar que existen dos tipos de TERAS: a) inseminación artificial y b) fecundación in vitro, siendo que en el primer caso, el semen es introducido en la vagina de la mujer, siendo homóloga cuando el donante del material es el cónyuge o concubino y heteróloga cuando el donante es un tercero cuyas células reproductivas han sido obtenidas de un banco, mientras que en la fecundación in vitro, el espermatozoide y óvulo son unidos en un laboratorio y luego implantado en las entrañas de la madre para dar lugar a la gestación, siendo este último supuesto el caso de autos.

Del análisis hecho por la Sala Suprema se muestra el conocimiento que se tiene sobre la práctica de las TRHA, pero al hacer una diferenciación entre TRHA homóloga y TRHA heteróloga lo hace de una manera confusa de tal manera que diera a entender que las técnicas homólogas y heterólogas estuvieran presentes solo en una inseminación artificial y no en una FIV , por otro lado advierte que el

estudio de dicho caso se centra en la práctica de la ovodonación la cual no tiene un reconocimiento legal en el Perú, tratándose de un vacío.

Séptimo: debemos observar que la inseminación artificial permite la posibilidad de la maternidad subrogada o vientre en alquiler, lo cual no es nuestro caso y que además no se encuentra reconocida legalmente en nuestro país, sin embargo, los hechos acaecidos tienen sustento en la técnica de reproducción asistida, denominada ovodonación (...).

Su análisis cobra importancia en este trabajo ya que muestra la realidad de algunas mujeres sobre los problemas que tienen para procrear con sus propios óvulos teniendo que recurrir a la ovodonación y que pese a que no está regulado dicho tratamiento, de igual forma las parejas siguen recurriendo a dicho tratamiento de reproducción humana porque se sienten confiados en la información brindada por el médico y con la certeza que todo va a salir bien después del parto ya que serán ellos mismos quienes inscriban al recién nacido.

Siguiendo con la tabla N°02 del análisis social hecho en la CAS N°5003-2007 se expone:

Séptimo: Que el menor hijo de la demandante, y en cuyo nombre actúa, O.F.Q.O, es hermano paterno de la menor, que la demandada ha reconocido como su hija, conforme al resultado del examen de ADN (...) del que se colige que el padre de ambos menores es Custodio Olsen Quispe Condori, por lo que impugna dicho reconocimiento (...) sosteniendo interés legítimo, pues

este no concuerda con realidad biológica, existiendo a ese efecto el parentesco consanguíneo.

En virtud de lo dicho por la Sala, y del examen de ADN se ve que en una TRHA heteróloga el vínculo genético no va a coincidir con el biológico, poniendo en juego el derecho fundamental de la identidad de la menor, al permitir que se impugne la maternidad de una mujer que recurrió a óvulo donado pero que alumbró y cuidó de su hija como si verdaderamente compartiera su carga genética.

De este considerando se toma conocimiento de que los derechos de las personas que asisten por medio de TRHA heterólogas no se encuentran garantizados, ya que de este caso se advierte que en cualquier momento terceras personas pueden poner en riesgo el interés superior del niño por demandas como estas donde pone en duda la maternidad y el derecho a la identidad del menor.

En el tercer caso también se analiza socialmente. Así en la sentencia del Ex. 6374-2016-0-1801-JR-CI-05 se ha expresado:

Décimo primero: (...) los demandantes Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau efectivamente tienen el derecho a fundar una familia, acudiendo a los métodos científicos y legales que permite el ordenamiento jurídico peruano, por lo que el RENIEC no puede cuestionar u obstruir la manera en que se constituye y estructura esta familia, debiendo, por el contrario, facilitar los medios para que esa familia sea precisamente instituida como tal, junto con sus hijos (...) la postura del RENIEC, de no inscribir a los menores de iniciales L.N.N.R y C.D.N.R., tiene como resultado

atentar contra el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los demandantes (en especial, contra su derecho a fundar una familia que es una manifestación del primero) frustrando así el desarrollo de un proyecto de vida familiar como consecuencia de su elección reproductiva.

De este considerando se aprecia que el pronunciamiento de la Sala tiene un enfoque constitucional al no permitir que el cuestionamiento de RENIEC que tuvo para inscribir a los menores con apellidos de los padres de intención interfiera en una familia que recién había sido constituida. Pese a que es cuestionable la manera en que nacieron los menores, es decir mediante maternidad subrogada, aquí se resalta el respeto que se ha tenido al derecho constitucional de protección a la familia. Ya que de lo contrario estos niños tendrían apellidos que nos les correspondería.

De la tabla N°02 se advierte que el cien por ciento de los casos estudiados se analiza jurídicamente sobre las normas que se invocan. Así en CAS N°4323-2010:

Tercero: Que, en el presente caso, se advierte que la sentencia recurrida revoca la sentencia apelada y reformando declara fundada la demanda por considerar que (...) en dicha técnica los gametos a utilizar son provenientes de terceros, donados (...) lo cual configura un procedimiento contrario a lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley de Salud.

Lo mencionado por la Sala Civil a partir del artículo 7 de la Ley General de Salud es importante para este trabajo ya que al no haber una regulación expresa sobre

las TRHA heterólogas , ha originado una interpretación de la norma de manera desfavorable para quienes buscan ejercer el derecho a formar una familia especialmente en el caso de las personas que necesitan procrear mediante TRHA, el cual no altera el orden público por tratarse de un derecho humano a la procreación el cual ha sido reconocido internacionalmente , según la información recopilada para este trabajo.

Octavo: Que, habiendo quedado establecido que el proceso de fecundación cuestionado no deviene ilegal (...) no debe dejar de mencionarse que como consecuencia del proceso de fecundación se produjo el nacimiento de una niña, quien resulta protegida en virtud a lo dispuesto en el artículo 1 del Código Civil, artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y artículos 2, 3, 6 y 12 de la Convención sobre los derechos del niño, que regulan los principios rectores sobre el interés superior del niño (...).

Se invocan los artículos sobre los derechos del niño, en razón a que después que los padres se someten a técnicas heterólogas consecuentemente vendrá el nacimiento de una niña, quien es y debe ser protegida no solo por los artículos antes mencionados, también por el artículo 2 de la Constitución Peruana donde se detallan derechos fundamentales como al libre desarrollo y bienestar en este caso con los padres que decidieron traerla al mundo.

Esos derechos citados por la Sala son de suma importancia porque muestran que todo niño que haya sido procreado con o sin la ayuda de la aplicación de TRHA heterólogas debe gozar los mismos derechos y lo cuales deben ser garantizados.

De la tabla N°02 se advierte del análisis jurídico en CAS N°5003-2007:

Octavo: (...) en la necesidad de que el órgano jurisdiccional decida, respecto al reconocimiento efectuado por la demandada, que se señala transgrede lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley General de Salud, y porque se vulnerarían derechos fundamentales de la citada menor, como su derecho a la propia identidad.

De este considerando se observa que se cuestiona sobre el derecho a la identidad, y aunque no se ha podido conocer la postura de la Sala respecto de si se vulneró o no dicho derecho del menor, es importante resaltar que pese a que todos tienen derecho a conocer su origen biológico, el derecho a la identidad del menor nacido mediante técnicas heterólogas no se ve vulnerado ya que llevará los apellidos y será criado por los padres que tomaron la decisión de procrear, esto podría inclusive compararse con lo que sucede en la adopción, es decir el hecho que unos padres decidan adoptar y que el niño(a) adoptado lleve los apellido de ambos, no querrá decir que se han vulnerado los derechos de identidad del menor.

De la tabla N°02 también se advierte un análisis jurídico sobre el Exp.6374-2016:

Sexto: Los derechos fundamentales a la salud reproductiva de acuerdo con el artículo 7° de la Constitución Política: "Todos tienen derecho a la protección de su salud "(...).Significa que toda persona que tuviera problemas en su salud reproductiva tiene derecho a tomar el tratamiento

médico adecuado para su padecimiento y, además, a tomar otras acciones informadas y libres vinculadas a ese ámbito de su salud.

De este apartado se observa que al haber un vacío en la ley general de salud, la Sala sustenta su pronunciamiento en base al derecho de salud contenido en la Constitución, respecto de la postura de la Sala a que todos tienen derecho a tomar el tratamiento más adecuado es amplia y no se comparte ya deja la posibilidad de que se admita a la maternidad subrogada, por el contrario esta debe ser el límite para que se respeten los derechos del recién nacido, ya que mediante esta técnica podrían verse afectados como es del presente caso, como el derecho a la identidad el cual se puso en peligro.

Octavo: (...) a partir de la norma contenida en el artículo 7 de la Ley General de Salud (...) puede tener una lectura que limita el ejercicio del derecho de acudir a TRHA solo para los casos en donde sirva para una procreación en donde el elemento genético de la madre coincida con su condición de gestante.

Si bien el artículo 7 limita el derecho de acudir a otras TRHA como la maternidad subrogada y ovodonación, lo cierto es que estas se vienen dando en la práctica, con dificultad porque una de estas como la maternidad subrogada no garantiza el derecho a la identidad del menor a diferencia de la ovodonación, por lo que en cuanto ésta última técnica no se estaría limitando solo el derecho de acceder a las TRHA de manera plena, también derechos fundamentales al recién nacido.

Noveno: En efecto, de un lado podría decirse que el supuesto de hecho previsto en el artículo 7 de la Ley General de Salud que habilita el uso de TERAs, tácitamente quiso proscribir los otros supuestos que no menciona o, de otro lado, también podría afirmarse que la omisión de aquella norma significa que simplemente no quiso regular otros supuestos. (...).

De este considerando se comparte la segunda posibilidad sobre la omisión de dicho artículo, es que se no se quiso regular otro supuesto, como lo es con la maternidad subrogada.

De la tabla N°02 se advierte que el cero por ciento de los casos estudiados no hacen un análisis jurisprudencial por lo que:

De la Cas N°4323-2010, Cas N°5003-2007 y de la sentencia del exp.6374-2016 se ha observado que ninguna de estas se apoya en alguna jurisprudencia nacional para solucionar el problema. Mediante Cas N°4323-2010 pronuncian que:

Séptimo: (...) por consiguiente el aludido procedimiento de “ovodonocación” no es ilícito ni constituye delito, constituyendo más bien un vacío normativo y jurisprudencial.

De este considerando se evidencia que es la misma Sala la que reconoce que no existe jurisprudencia el cual pueda respaldar ese tema, para poder al menos consolidar una futura base normativa.

Tabla 3: Participación de terceros

| Aspecto | Frecuencia | Porcentaje |
|---------------------------------|------------|------------|
| a) Participan terceras personas | 3 | 100 |
| b) No participa | 0 | 0 |
| c) No se puede determinar | 0 | 0 |
| Total | 3 | 100 |

Año: 2021

Fuente: Creación propia

De la tabla N°03 se advierte que el cien por ciento de los casos estudiados existe participación de terceras personas en las TRHA heterólogas realizadas. Así en la CAS N° 4323-2010 se tiene que:

Octavo: “Que tal fecundación se realizará mediante la técnica de reproducción asistida denominada FIV TE la cual consiste en que el semen extraído y capacitado de EL ESPOSO, se combina con el óvulo donado, (...).Los gametos a utilizar son provenientes de terceros donados de manera anónima, y sin ánimo de lucro. (...)”

Habiendo corroborado la participación de terceros, es preciso indicar que las personas que se someten a TRHA heterólogas, previamente son informados por los médicos acerca de lo que consiste el tratamiento médico y explicarles sobre todo la especial particularidad que tienen las técnicas heteróloga, como es la participación de donante de gametos. Aunque todavía no se hayan incluido

expresamente en el artículo 7 las técnicas heterólogas, estas se encuentran respaldadas antes de ser practicadas, ya que dicho artículo de la Ley General de Salud N°26842 exige el consentimiento previo de los padres biológicos, esto en aras de proteger el derecho a la integridad física y la salud de los pacientes.

También para la tabla N°03 se advierte que actúan terceras personas independientemente de la pareja que se somete a TRHA y la donante. Así en el considerando de la CAS N°5003-2007 se tiene que:

Segundo: (...) Mónica Cedelinda Oblitas Chicoma actúa en representación de su menor hijo O.F.Q.O, (...) impugna el reconocimiento de maternidad efectuado por María Alicia Alfaro Dávila respecto de la menor A.B.A.D, argumentando que la demandada no es la madre biológica de dicha menor, pues ella fue inseminada artificialmente con el óvulo de una mujer distinta y se utilizó los espermatozoides del esposo de la recurrente, Custodio Olsen Quispe Condori, (...) mediante la técnica de reproducción asistida denominada "ovodonación",(...).

Con el considerando segundo de La Sala Suprema se da cuenta que, en la práctica de las técnicas heterólogas no solo va a ver la intervención de un tercero antes de realizar éstas, sino que también es posible la participación de una tercera persona posterior a la aplicación de TRHA, como es del caso comentado donde se evidencia la intervención de la nueva pareja del padre de la menor.

Finalmente para la tabla N°3 se advierte de la sentencia del Exp. 6374-2016 el siguiente considerando:

Segundo:(...), se determinó que los demandantes únicamente podían optar por el método de vientre subrogado, (...) encontraron la ayuda de los demandantes Evelyn Betzabe Rojas Urco y Fausto César Lázaro Salecio, (...) la primera de las nombradas aceptó someterse a la técnica de vientre subrogado (...) por óvulos donados y espermatozoides del demandante Nieves Reyes. (...) nacieron en el Instituto Nacional Materno Perinatal los menores (...) pese a la declaración expresa de Evelyn Betzabe Rojas Urco, quién habría señalado que no sería la madre sino el vientre de alquiler, el médico tratante, al momento de efectuar el Certificado de Nacido Vivo inscribió como madre a ésta última y como padre a Francisco David Nieves Reyes. Tomando como base esos mismos datos, el RENIEC, realizó el registro en las Actas de Nacimiento (...).

De este último considerando se ve la presencia de dos participantes la que es fundamental para los casos donde la mujer tiene un doble problema como el de fertilidad y esterilidad, también se demuestra que después de realizada la técnica heteróloga mediante ovodonación, es posible no sólo la intervención de facilitadoras como la madre que va a gestar para otra, sino también la participación de terceros independientes a la de la pareja como los médicos y el funcionario de RENIEC.

Tabla 4: Consideración de la ley general de salud

| Aspecto | Frecuencia | Porcentaje |
|------------------------------------|------------|------------|
| a) Solución judicial en base a ley | 0 | 0 |
| b) No se toma en cuenta la ley | 3 | 100 |
| Total | 3 | 100 |

Año: 2021

Fuente: Creación propia

De la tabla N°04 se advierte que el cien por ciento de los casos estudiados no toman en cuenta la ley General de Salud. Sólo respecto del artículo 7 se ha dicho en CAS N°4323-2010 que:

Séptimo: (...) si bien dicho procedimiento no se encuentra legislado, sin embargo en virtud al axioma jurídico de que “todo lo que no está prohibido está permitido”, reconocido por el Tribunal Constitucional: “En el ámbito del derecho constitucional opera el apotegma jurídico que dice que “sólo le está permitido al Estado aquello que expresamente le ha sido conferido” ello a diferencia de lo dispuesto para la ciudadanía, la que se rige por el principio de que “aquello que no está prohibido, está permitido”,(...).

De este considerando se aprecia que el fundamento tomado por la Sala sobre: “aquello que no está prohibido, está permitido” es una salida rápida en respuesta a este vacío normativo que la misma Sala ha reconocido.

En cuanto a la CAS N°5003-2007 tampoco se ve que toma en cuenta la Ley General de Salud, identificando únicamente mediante el siguiente fundamento que:

Octavo: (...), en la necesidad de que el órgano jurisdiccional decida, respecto al reconocimiento efectuado por la demandada, que se señala transgrede lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley General de Salud, y porque se vulnerarían derechos fundamentales de la citada menor, como su derecho a la propia identidad.

Según este considerando la tesista opina que de acuerdo a lo señalado no se transgrede el mencionado artículo ya que no se puede transgredir algo que no está regulado y más aún si es un derecho que está respaldado por el derecho a la salud dentro del cual se encuentra inmerso los derechos sexuales y reproductivos de las personas.

Continuando con la tabla N°04 se advierte que el cien por ciento de los casos estudiados no toman en cuenta la ley, respecto del artículo 7 de la ley General de Salud también se ha dicho en sentencia del Ex.6374-2016 que:

Noveno:(...) Entretanto que no exista una clara y expresa prohibición de celebrar contratos acuerdos de maternidad subrogada o de aplicar TERAs a supuestos distintos a los previstos en el artículo 7 de la Ley General de la Salud, se entiende que se trata del ejercicio legítimo de los derechos a la salud reproductiva y otros vinculados (...)

Como se sabe mediante los hechos contenidos en la tabla N°01, el caso en comento no solo se trataba solo de una maternidad subrogada, también de una ovodonación la cual es considerada dentro de las técnicas heterólogas, pero es claro que la Sala se ha centrado en su pronunciamiento solo sobre la maternidad subrogada, ya que esta es la que dio origen a la discrepancia entre RENIEC y los padres en la rectificación de actas de nacimiento de los menores.

Tabla 5: Jurisprudencia extranjera

| Aspecto | Frecuencia | Porcentaje |
|----------------|------------|------------|
| a) Si se alude | 1 | 33.33 |
| b) No se alude | 2 | 66.66 |
| Total | 3 | 100 |

Año: 2021

Fuente: Creación propia

En esta tabla N°5 se hace alusión a un 66.66% ya que en CAS N°4323-2010 y CAS N° 5003-2010 no se cita jurisprudencia extranjera alguna, lo que significa que no se hace uso del derecho comparado en estos temas de reproducción humana asistida, para ver como a partir de experiencias en otras partes del mundo se da solución a estos conflictos que son parte de la sociedad. Esto implica que muchas veces la solución que se confiere a un caso puede encontrar un camino a partir de experiencias anteriores de diferentes lugares, como Ecuador, Colombia, Chile, etc, lo que implica dejar de lado el avance del derecho, frente a estos temas que son actuales.

De esta tabla N°5 con la sentencia del Exp. 6374-2016 se ha obtenido el treinta y tres punto por ciento en referencia a jurisprudencia convencional:

(...) La Corte Interamericana de Derechos Humanos resalta que:(...) la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres...” (Caso Artavia Murillo contra Costa Rica, Sentencia del 28 de noviembre de 2012, párrafo 143).

Séptimo: (...) Por tanto, si al amparo del sistema convencional que vincula al Estado peruano, una persona (...) con el apoyo de la tecnología y de una tercera persona- alcanza la situación de madre, sería un contrasentido que luego de que tal técnica alcanzó un resultado favorable (dio lugar a la concepción, gestación y nacimiento de un bebé) se perturbe o desconozca la condición de madre de la mujer o de la pareja que acudió a dicho método. (...) si la normativa del Estado peruano no proscribe el uso de técnicas médicas para la concepción (...) más bien la normativa convencional sí reconoce tal alternativa como una manera legítima de ejercer los derechos a la salud reproductiva, autodeterminación y privacidad, entonces, no existen razones para que el Estado peruano desconozca la validez o el resultado del ejercicio del uso de métodos de reproducción asistida.

(...) no existen razones para que el Estado, actuando a través de este Juzgado constitucional, niegue la protección que el ordenamiento convencional reconoce, tanto más, si no existe legislación que prohíba expresamente la técnica de reproducción utilizada por los actores.

Si bien la Corte Interamericana respalda la maternidad especialmente la derivada de TRHA, es importante resaltar que el estado Peruano es responsable de garantizar a sus ciudadanos que el ejercicio del derecho a la maternidad y a la asistencia en salud reproductiva se venga desarrollando sin transgredir la integridad del menor.

Tabla 6: Solución al problema

| Aspecto | Frecuencia | Porcentaje |
|--------------------|------------|------------|
| a) Se soluciona | 0 | 0 |
| b) No se soluciona | 3 | 100 |
| Total | 3 | 100 |

Año: 2021

Fuente: Creación propia

El uso de las TRHA heterólogas supone la utilización del conocimiento tecnológico en relación a facilitar la vida en familia que supone el establecimiento de relaciones a partir de padres e hijos. Más allá de las limitaciones biológicas que se puedan encontrar, la ciencia permite corregir algunas falencias genéticas que puedan imposibilitar la formación de familias nucleares, siendo esto una posibilidad de realización y de la prolongación de la vida humana.

Por esta razón, corresponde analizar la manera o forma como es que a través de las casaciones estudiadas se marca una posible solución, las limitaciones biológicas que tienen muchas personas para tener familia, a partir del nacimiento de sus hijos.

Así con la tabla N°06 se puede apreciar que de las soluciones que aportan las casaciones estudiadas ninguna de ellas permite dar encontrar una solución viable a la luz de las TRHA heterólogas, como camino para facilitar un aprovechamiento mejor de la ciencia en favor del derechos y la familia a tener hijos dentro del matrimonio.

Al respecto debemos señalar que puede resultar aprovechable lo advertido en la Cas N°4323-2010, que refiere:

Séptimo: (...) en virtud al axioma jurídico de que “todo lo que no está prohibido está permitido”, (...) por consiguiente el aludido procedimiento de “ovodonación” no es ilícito ni constituye delito, constituyendo más bien un vacío normativo y jurisprudencial.

Octavo: (...) quedado establecido que el proceso de fecundación cuestionada no deviene ilegal (...)

Por lo que se establece que existe alguna posibilidad no regulada ,que sea viables la regulación de las TRHA heterólogas, fundamentalmente por cuanto no se sanciona la utilización de las mismas , si no que se reconoce los derechos de las familias implícito de la familias a procurar que los hijos nazcan dentro del seno de las misma , pero a partir de la propia decisión de los cónyuges para utilizar las técnicas mencionadas, sin afectar las normas constitucionales , la naturaleza del derecho de familia recogido en el código del niño y del adolescente, y el respeto irrestricto a la dignidad humana que se recoge en el artículo 1 de la Constitución política del estado.

3.2 Proyectos de ley

Por otro lado se describirán de manera didáctica en tablas los proyectos de ley emitidos por el Congreso de la República, los cuales fueron recopilados como muestras de estudio, para luego enunciar algunos aspectos que permita cumplir con los objetivos de la presente investigación.

Tabla 7: Aspectos puntuales de Proyectos ley

| Aspecto | Frecuencia | Porcentaje |
|--------------------------------|------------|------------|
| a) Modificar artículo 7(LGS) | 3 | 60 |
| b) Propuesta de ley sobre TRHA | 2 | 40 |
| Total | 5 | 100 |

Año: 2021

Fuente de investigación

De la tabla N°07 se advierte que el proyecto N°1722-2012 además de tener por objeto una regulación sobre las TRHA, también propone regular el tratamiento y prevención de enfermedades genéticas, por lo que se afirma que dicho proyecto de ley es diferente a la propuesta del presente trabajo, ya que lo que se pretende proponer mediante el presente trabajo es regular un tipo de TRHA que no está recogido de manera expresa en el artículo 7 de LGS, puesto que en este artículo ya se reconoce el uso de las TRHA, pero de manera general.

En este proyecto de ley N°1722-2012 se reconoce que en la actualidad las TRHA vienen siendo utilizadas por parejas con imposibilidad de procrear o que buscan en estas técnicas una alternativa que evite la probable transmisión de una enfermedad genética, lo cual nos lleva a afirmar que el enfoque de este proyecto se encuentra dirigido a un problema de familia.

Este proyecto de ley es importante para el presente trabajo de investigación porque tiene un aporte sobre las TRHA, el cual es recomendar que antes de regular dichas técnicas se haga un estudio biomédico necesario donde se definan los procesos reproductivos.

En este proyecto cita al artículo 7 de la LGS y afirma que de presentarse un caso diferente a la condición que establece , es decir si las condiciones de madre genética y madre gestante recaiga sobre diferentes personas no se estaría haciendo algo prohibido por la ley, invocando el artículo 2º, numeral 24, inciso a), de la Constitución Política del Estado en el que se encuentra contenido el Principio de Reserva, el cual dice que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni prohibido de hacer lo que ella no prohíbe.

Pese a no definir lo que debe entenderse por técnicas heterólogas, en este proyecto ley se reconoce tres tipos de madre a la genética, a la madre gestacional y a la madre social, lo que evidencia que su propuesta de estudio va dirigida a la maternidad subrogada, observando que no establece los fundamentos ni las condiciones en que las futuras madres puedan realizar las TRHA⁴⁸, por lo que se advierte que es algo diferente a lo que se quiere proponer en este trabajo.

⁴⁸ Recuperado de [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/comisiones/2011/com2011jusderhum.nsf/746aabb1ed76b49a05257a6900618267/d0e75694414894cb05257cdb000272f1/\\$FILE/PL-1722Predictamen.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/comisiones/2011/com2011jusderhum.nsf/746aabb1ed76b49a05257a6900618267/d0e75694414894cb05257cdb000272f1/$FILE/PL-1722Predictamen.pdf). Visto el 14/04/21.

Este proyecto ley es de carácter muy general ya que solo se menciona la intención de regular la aplicación de las TRHA , observándose que en ninguna de sus líneas se ha especificado ni ha aclarado que técnicas se admiten, ni tampoco las condiciones en la que se deben desarrollar, como condiciones y autorizaciones.

Después de analizar el proyecto N°1722-2012 en la tabla N°7, se acredita como uno de los objetivos con relación a la regulación positiva de las TRHA heterólogas.

De la tabla N°07 se advierte que el Proyecto N°2839-2013, tiene una propuesta diferente al anterior proyecto analizado, en cuanto a su objetivo pretende la modificación del artículo de 7 de la LGS, teniendo como propósito específico regular la maternidad subrogada, siendo diferente al objetivo del presente trabajo como se ha especificado en la letra c) sobre proponer la incorporación de la regulación legal en el artículo 7 de la Ley General de salud sobre las técnicas heterólogas de reproducción humana asistida.

El presente proyecto ley tiene un aporte en nuestro trabajo acerca de la ovodonación, ya que por lo investigado este tratamiento forma parte de las técnicas heterólogas. También aporta al presente trabajo porque detalla una lista de las TRHA en la que se reconoce que estas pueden ser con intervención de material genético de cedentes⁴⁹, con lo que se podrá poner en práctica las técnicas heterólogas.

Por otro lado no se ha establecido el presupuesto o gastos que podría asumir el estado, por el contrario se deja que sean las parejas quienes costean los gastos, por lo que de aplicarse dicho proyecto ley se estaría discriminando a la personas de bajos recursos para acceder a la tecnología. Después de analizar el proyecto

⁴⁹ Recuperado de:

[https://www2.congreso.gob.pe/sicr/comisiones/2013/com2013salud.nsf/0/5bc11be1fcd74d3405257c3600675b79/\\$FILE/PL_2839.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/comisiones/2013/com2013salud.nsf/0/5bc11be1fcd74d3405257c3600675b79/$FILE/PL_2839.pdf). Visto el 14/04/21.

N°2839-2013 en esta tabla, se acredita la justificación de regulación expresa de las TRHA heterólogas.

Continuando con la tabla N°07 también se advierte que el Proyecto ley N°3404-2018 tiene puntuación en el aspecto a) de la tabla sobre modificar el artículo 7, pero tienen un objeto distinto ya que la postura de la tesista es que las TRHA heterólogas sean admitidas solo con intervención de los padres, en cuanto a la presencia de una tercera persona como el donante de gametos sería una excepción, ya que la madre que ha recibido el óvulo donado es quien finalmente va a alumbrar al hijo, por lo que no se comparte la idea de que la maternidad subrogada sea regulada dentro del artículo 7 de la LGS.

Este proyecto ley tiene un importante aporte ya que una de sus características es ser inclusiva, al hacer referencia que la técnica se podrá realizar con el material genético tanto de la mujer como del varón lo que no genera discriminación alguna, y además establece que en dichas técnicas de reproducción tiene que haber la intervención del material genético de al menos un miembro de la pareja, lo cual se comparte dicha postura, ya que se conservaría una parte del elemento biológico de los padres, preservando así la herencia genética de uno de los padres hacia los hijos.

Otro aporte del proyecto ley al presente trabajo es que este pretende que la aplicación de las TRHA se de en los hospitales y centros o servicios de salud debidamente, lo cual cumpliría con la finalidad de la LGS, la que es una ley para todos y no para un sector de la sociedad en específico.

Además este proyecto en comento establece los requisitos legales que debe cumplir todo ciudadano que se quiera someter a una de las TRHA⁵⁰, lo cual es sumamente importante para garantizar los efectos del uso de dichas técnicas. También es de resaltar que este proyecto considera que quienes quieran acceder a las TRHA podrán recurrir a donantes voluntarios lo que llama la atención debido a que en la práctica y en la actualidad clínicas de fertilidad al momento de aplicar las TRHA especialmente las heterólogas, ya tienen un banco de gametos o material genético crio conservado por lo que los pacientes no necesitan buscar al donante, y tampoco se sabe la identidad de dichos donantes

A diferencia de los proyecto de ley anteriormente analizados, en este se observa que el estado asume los gastos para ser aplicado y ejecutado, afirmando que se hará con los recursos que el Presupuesto General de la República asignado habitualmente para el sector Salud.

Después de analizar el proyecto ley N°3404-2018 en la tabla N°09, se puede acreditar uno de los objetivos con relación a la regulación expresa de las TRHA heterólogas.

Continuando con el análisis de la tabla N°07 el Proyecto N°3313-2018 al igual que el anterior proyecto este tiene como propósito modificar el artículo 7 de la LGS.

El aporte de este proyecto es que se proponen campañas de difusión y comunicación para facilitar el acceso de los ciudadanos a las TRHA, establece garantías de confidencialidad respecto de la identidad de los beneficiarios, y los datos de donantes.

⁵⁰ Recuperado de:

https://www.congreso.gob.pe/Docs/comisiones2018/Salud/files/proyecto/preyecto_ley_3404.pdf. Visto el 22/04/21.

Hay que resaltar que en este proyecto se ha establecido un número máximo de donaciones que puede hacer el donante que es tres veces al año, para lo cual propone el “Registro Nacional de Donantes”⁵¹, adscrito al Ministerio de Salud, para poder brindar las garantías de confidencialidad de los datos de aquéllos. También se pretende brindar el servicio de asistencia médica para aplicar las TRHA mediante el Seguro Integral de Salud (SIS), el Seguro Social de Salud (ESSALUD) y las empresas privadas quienes deberán brindar cobertura integral, también se menciona como se ha hecho al inicio del presente trabajo que las TRHA son la Inseminación artificial (IA), LA Fecundación in Vitro (FIV) con gametos propios o de donante y con transferencia de embriones.

Llama la atención que se establezcan los Límites de los intentos anuales de TRHA a la que una persona pueda recurrir, incluyendo el número de intervalos mínimos que es de tres meses entre cada uno de ellos, el número máximo de un intento anual para las dichas técnicas, pero no se establece el número de ovocitos fecundados para evitar la existencia de un gran número de embriones fecundados. Y el último punto importante de este proyecto es que se hace mención a una de las consecuencias al no regular las TRHA, señalando que no existiría ningún tipo de seguridad para las parejas a la hora de llevar a cabo dichos procedimientos médicos, quienes posteriormente se pueden ver afectados incluyendo al menor en procesos judiciales.

Después de analizar el proyecto N°3313-2018 también, se estaría acreditando el objetivo del presente trabajo con relación a la regulación expresa de las TRHA heterólogas.

⁵¹ Recuperado de:https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL0331320180907.pdf. Visto el 23/04/21.

Finalmente de la tabla N°07 se advierte que en el proyecto N°3542-2018 se tiene como propósito hacer una ley sobre TRHA.

Al igual que en el proyecto anterior aquí el Estado asume la responsabilidad de promover las TRHA para que se incluyan dentro de la asistencia del Seguro Integral de Salud (SIS), del Seguro Social de Salud (ESSALUD) y de las empresas privadas de seguros, como también asume el deber de financiar los gastos⁵².

Este proyecto tiene la característica de estar enfocado en lo referente a gametos humanos, ya que en su mayoría de artículos se observa sobre la donación de Gametos y Embriones, sobre la crioconservación de Gametos y Embriones, De las Transferencias de Gametos y/o Embriones, también sobre Maternidad Subrogada o Uso Solidario del Vientre. Incluyendo a un Banco de Gametos y/o Embriones como es el Registro Único de Centros y/o Servicios Médicos Autorizados, Donantes y Gestantes Subrogadas, lo que a tenor del autor es importante para llevar un control de la labor que realizan las clínicas o centros de fertilidad.

Este proyecto es el que más se asemeja a lo que se quiere plantear en el presente trabajo, al proponer expresamente los tratamientos involucrados dentro de las técnicas heterólogas, afirmando que: “el uso de técnicas de reproducción asistida, como la maternidad subrogada, ovodonación, donación de espermatozoides u otras reconocidas por el Ministerio de Salud”.

Después de analizar este proyecto N°3542-2018, se acredita uno de los objetivos del trabajo referente a la regulación expresa de las TRHA heterólogas.

⁵²Recuperadode:https://www.congreso.gob.pe/Docs/comisiones2018/Salud/files/proyecto/proyecto_ley_3542.pdf. Visto el 22/04/21.

3.3 Entrevista realizada a docentes universitarios

Tabla 8: ¿Está usted de acuerdo con el concepto sobre técnicas heterólogas de reproducción humana asistida que se ha mencionado?

| Aspecto | Frecuencia | Porcentaje |
|----------------------|------------|------------|
| a) Tienen referencia | 3 | 30 |
| b) No tienen | 2 | 20 |
| c) No respondieron | 5 | 50 |
| Total | 10 | 100 |

Año: 2021

Fuente: Creación propia

De los encuestados el 30% de estos tiene conocimiento acerca del concepto de técnicas heterólogas, por otro lado, solo un 20% establece que no tienen referencia alguna sobre el concepto dado, de tal manera que respondieron sobre otros aspectos y, un 50% no respondieron, lo que significa que de este promedio de personas no tienen una noción de lo que son las técnicas heterólogas, desconociendo las causas. También se pone en evidencia que pocas personas se encuentran familiarizadas con el concepto dado sobre técnicas heterólogas de reproducción humana. En términos generales, con el resultado de la pregunta realizada en las entrevistas se acredita el objetivo a) de la investigación sobre describir lo que se debe entender por técnicas heterólogas de reproducción humana a partir de la Ley General de Salud N°26842.

Tabla 9: ¿Considera usted que se deben incluir las técnicas heterólogas de reproducción humana asistida en la Ley General de Salud N°26842. De ser así qué aspectos deben regularse?

| Aspecto | Frecuencia | Porcentaje |
|------------------------|------------|------------|
| a) Si se deben incluir | 4 | 40 |
| b) No se deben incluir | 2 | 20 |
| c) No respondieron | 4 | 40 |
| Total | 10 | 100 |

Año: 2021

Fuente: Creación propia

De los encuestados el 40% establecen que sí se deben incluir las técnicas heterólogas de reproducción humana asistida en la Ley General de Salud N°26842, por otro lado solo un 20% establece que no se debe incluir las técnicas heterólogas en la Ley General de Salud N°26842, por lo que es posible que tengan una postura conservacionista en el ámbito del derecho de familia y, un 40% no respondieron por lo que se puede entender que el tema en discusión es de interés mayormente entre los miembros de una familia que no puede procrear de manera natural y que necesitan la protección de sus derechos sexuales y reproductivos. Por lo que en términos generales, con el resultado de esta segunda pregunta se acredita el objetivo general de la investigación sobre, determinar la necesidad de regulación de técnicas heterólogas de reproducción humana asistida en el artículo 7 de la Ley General de salud N°26842.

Tabla 10: ¿Considera usted si en la práctica o en la realidad se vienen aplicando las técnicas heterólogas de reproducción humana asistida, aún si no están normadas?

| Aspecto | Frecuencia | Porcentaje |
|--------------------|------------|------------|
| a) Considera | 1 | 10 |
| b) No considera | 5 | 50 |
| c) No respondieron | 4 | 40 |
| Total | 10 | 100 |

Año: 2021

Fuente: Creación propia

De los encuestados el 10% de estos establece que en la práctica si se vienen aplicando las técnicas heterólogas de reproducción humana asistida, por otro lado, solo un 50% establece que las técnicas heterólogas no se vienen aplicando en la realidad, de tal manera que se demuestra que la mitad no tienen información de que el uso de éstas técnicas de reproducción se vienen dando y, un 40% no respondieron por lo que se puede entender que los casos que se vienen dando de familias con problemas para procrear son poco conocidos, y se mantienen en reserva más aún por el hecho de participar terceras personas como donantes de gametos dentro del proceso de aplicación de las TRHA, en el que las parejas tienen que afrontar el duelo genético por no procrear con sus propios gametos , tal como han indicado especialistas y que ha sido recogido en el punto 1.2.1.1 del presente. Por lo que , del resultado de dicha pregunta se acredita el objetivo general de la investigación que consiste en determinar la necesidad de regulación humana asistida en el artículo 7 de la Ley General de salud N°26842.

Tabla 11: ¿Considera ético la manipulación de células reproductivas en las técnicas heterólogas de reproducción humana?

| Aspecto | Frecuencia | Porcentaje |
|--------------------|------------|------------|
| a) Considera | 1 | 10 |
| b) No considera | 5 | 50 |
| c) No respondieron | 4 | 40 |
| Total | 10 | 100 |

Año: 2021

Fuente: Creación propia

De los encuestados solo el 10% considera ético la manipulación de células en el uso de las técnicas heterólogas de reproducción humana asistida, por otro lado un 50% establece que no, lo que evidencia el respeto por la vida desde el inicio de la etapa celular y, un 40% no respondieron. En términos generales, al no tener un conocimiento pleno respecto del tema no pueden inclinarse sobre una postura ética, la postura de la tesista es que es ético mientras la mujer vaya a gestar para ella misma y así el concebido pueda desarrollarse desde sus inicios en el vientre de su madre, con esto se acredita el objetivo de la investigación sobre analizar la pertinencia de incluir expresamente las técnicas heterólogas de reproducción humana asistida heteróloga en el artículo 7 de la Ley General de salud N°26842.

CAPÍTULO IV: DISCUSIÓN

4.1 Discusión de los resultados

De los resultados obtenidos en el capítulo anterior se tiene al respecto que del primer caso denominado en la letra a de la tabla N°1 nulidad de acto jurídico.

Aquí el juez fundamenta su razonamiento en base a que la FIV TE se llevó a cabo con gametos de una tercera persona de manera anónima por lo que sería contrario a lo dispuesto en el artículo 7 de la LGS. Luego la Sala Suprema al sentenciar precisa que la sala no ha justificado los motivos que llevan a determinar que la técnica de FIV TE en modalidad de ovodonación resulta ser un acto contrario al ordenamiento jurídico.

No podría ser del caso señalado donde se realizó la técnica de ovodonación un acto contrario al ordenamiento cunado no en realidad no es algo que se ha prohibido expresamente en la norma.

Por esta razón en la presente tesis se pretende proponer una posible solución a la realidad presentada mediante esta demanda de nulidad de Autorización de FIV Y Transferencia embrionaria mediante ovodonación, debido a que las técnicas heterólogas no están reguladas expresamente en el artículo 7 de la ley General de Salud, lo cual genera o podría seguir generando pronunciamientos dispares en las instancias tal como es del presente caso.

En este caso si el demandante alegaba que no tenía conocimiento de que la técnica de FIV TE se realizaría con óvulo donado, pudo haberse pedido que se demuestre la veracidad de su firma, contenida en el Convenio de realización de TRHA ya que en dicho documento se admitía expresamente que tal fecundación se iba a realizar mediante la técnica de reproducción asistida denominada FIV TE la que consistía en que el semen extraído y capacitado de

“el esposo interviniente” se combinaría con el óvulo donado. También se debió acreditar si previamente a la firma de la Autorización de FIV Y Transferencia embrionaria, el demandante recibió la información completa sobre el tratamiento la cual era necesario para que posteriormente el demandante pueda dar su consentimiento conforme al literal f y h del artículo 15 de la LGS, ya que de esta manera se hubiera generado mayor certeza en el juez sobre si el demandante tenía o no previo conocimiento de lo que él consentía en dicha Autorización de FIV Y Transferencia embrionaria.

De esta manera queda demostrado el objetivo específico contenido en la letra d establecido en el presente trabajo, que consiste en analizar la jurisprudencia y la solución que se han propuesto a estos casos, ya como fue demostrado en los resultados de las tablas que no se viene aplicando un criterio adecuado para solucionar el problema, ni se toma en cuenta por parte del órgano jurisdiccional el contenido de la Ley General de Salud, solo se invoca el artículo 7 y se reconoce el acceso a las TRHA de manera general pero no dan una solución ni se pronuncian al respecto de si se puede o no hacer técnicas heterólogas de manera legal. Tampoco se habido algún pronunciamiento si existe o no la necesidad de regular este tipo de técnicas

Del segundo caso denominado impugnación de maternidad, se tiene que la demanda es declarada improcedente por considerar que la demandante no había acreditado interés económico o moral para ejercer la acción, al no demostrar que con el reconocimiento de la menor A.B.A.D se haya afectado directa o indirectamente a su hijo, careciendo interés para obrar. El argumento del juez de Sala también fue el mismo que versa sobre la falta de interés para obrar y por no haber acreditado el interés económico, en este caso la Sala

Suprema finalmente funda el recurso interpuesto por la demandante para que su demanda de impugnación de maternidad sea declarada procedente.

En este caso la situación es diferente ya que si bien se discute sobre un elemento de procedencia de la pretensión jurídica demandada, se vulnera el derecho de identidad del menor especialmente al nacido como consecuencia de la aplicación de técnicas que no están reguladas expresamente como las heteróloga.

Según en la sentencia la juez interpretó que si bien en principio la accionante no estaría legitimada, en la medida que la impugnación de maternidad está prevista para los casos en que el padre o la madre no participan en el reconocimiento, considerando en razón a la aplicación de la técnica heteróloga de ovodonación, estos casos no deberían cuestionarse acerca del vínculo genético de la madre con la hija, y tratar de verse si es que este se encuentra presente en ambas, ya que la madre va a tener vínculo con su hijo desde que este es concebido y gestado desde el primer día hasta finalizar dicha etapa.

Esta distinción que se viene haciendo sobre los términos de madre biológica y madre genética surgen por los casos de maternidad subrogada ya que aquí, la madre no gesta ni aporta en algunos casos su carga genética, y al no estar regulada esta técnica la única vía es la adopción, en el que a través del transcurso de éste puede surgir el arrepentimiento de la mujer que decidió gestar para otra, por lo que se emplea términos identificatoria en estos casos como el de madre gestante o biológica y madre genética, lo cual no pasaría lo mismo con el caso de la ovodonación ya que en esta pasa desapercibido el hecho de que hay la presencia de una madre genética y una madre biológica, lo que amerita como comentario que es un tanto absurdo denominar madre

genética a una mujer que no quiso ser madre pero decidió donar sus óvulo para convertir en madre a otra mujer que si quería serlo.

Por lo que se considera en este trabajo que de haber estado regulada las técnicas heterólogas como el de la ovodonación, quizá dicho proceso no hubiera llegado hasta casación, ya que la verdadera intención de la demandante era como ella misma lo sostenía en el recurso presentado, con la finalidad de anular el reconocimiento de maternidad realizada, por ser ilegal, amparándose en el cuestionado artículo 7 de la ley general de salud. Con mayor razón si se aplicase el objetivo específico contenido en la letra c de la presente investigación sobre la incorporación de la regulación legal en el artículo 7 de la ley General de Salud sobre técnicas heterólogas de reproducción humana, no se hubiese cuestionado la legalidad de la maternidad de la señora que acudió a FIV con ovodonación y más aún poner en cuestionamiento el derecho fundamental de la menor quien en ese entonces llevaba los apellidos de la madre, quien a pesar de haber recurrido a óvulo donado había sido quien había gestado y por ende compartían de un ambiente familiar propio. La importancia de la propuesta se muestra en el caso concreto. De acuerdo al caso, sobre acción de amparo se tiene que si bien esta tercera sentencia analiza sobre dejar sin efecto las resoluciones registrales emitidas por el RENIEC y se declare formalmente nuevas actas de nacimiento donde declare a los Sres. Reyes Ballesteros (Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros) como padres de los menores, el juez al amparo del sistema convencional que vincula al Estado peruano, afirma que si una persona ha acudido a las técnicas de reproducción asistida para alcanzar la situación de madre, sería un contrasentido que después de un resultado favorable se

desconozca la condición de madre de la mujer o de la pareja que acudió a dicho método”. (Fundamento Séptimo).

Lo citado marca un ejemplo de interpretación a seguir por otros juzgadores, ya que de haber tenido conocimiento el RENIEC sobre estos casos que ocurren en la actualidad no se hubiera puesto en peligro el interés superior de niño ni tampoco se hubiera restringido el goce a su verdadera identidad filiatoria durante el tiempo que duró el proceso de amparo y en la vía administrativa.

Por lo que este caso también corrobora el objetivo específico letra d del presente trabajo sobre analizar la jurisprudencia.

De los cinco proyectos analizados N° 1722-2012, N°2839-2013, N°3404-2018, N°3313-2018 y el N°3542-2018, se tiene que:

Se muestra que de sus intentos de regulación de todos ellos se obtuvo un sesenta por ciento de los que se intenta la creación una ley donde contenga aspectos generales a las TRHA, pero ninguno toma en cuenta el contenido de la LGS, ni advierten que ya existen algunos artículos en dicha ley, que establecen requisitos esenciales para efectuar tratamientos a los que los usuarios se quieran someter como el consentimientos, el derecho a la información y el acceso a esta.

Por lo que se puede arribar que no hay consenso de los que pretenden regular mediante ley las TRHA y de los que pretenden solo modificar el artículo 7 de la LGS el cual es un cuarenta por ciento, en base a sus objetivos y características analizados en el capítulo de resultados, se vio que un solo proyecto pretende regular en cuanto a la maternidad subrogada, y el otro trata

sobre las técnicas heterólogas incluyendo a la maternidad subrogada, al contrario de los otros tres proyectos que proponen la regulación de TRHA de manera general, que quizá pueda ser un buen comienzo para regular los distintos aspectos que se presentan producto de la aplicación de las mismas técnicas, pero que sin duda se requiere de un estudio más amplio, detallado y el consenso de estudiosos de distintas disciplinas que puedan aportar para que se puedan obtener un buen resultado que garantice la protección de los derechos de toda las personas que intervienen en el uso de TRHA.

Pero por el momento la regulación solo de las técnicas heterólogas es un buen comienzo para aplacar los casos complejos que se han visto en las tres casaciones estudiadas, ya que no hay que olvidar que el centro de estos problemas originados por el vacío normativo es la protección del menor, sin dejar de mencionar a la familia a la que se debe garantizar su consolidación como una sola unidad al momento de generar su propia descendencia.

De esta manera se cumple con el objetivo específico b del presente trabajo sobre analizar la pertinencia de incluir expresamente las técnicas heterólogas de reproducción humana asistida en el artículo 7 de la ley general de Salud N°26842.

En cuanto a las entrevistas , se tiene que mediante la observación de los resultados de las cuatro preguntas realizadas a docentes universitarios, se puede afirmar según los datos estadísticos, que la mayoría no se encuentran familiarizados con temas relacionados a la procreática asistida, por lo que se deben incluir éstos temas como parte de la maya curricular de los estudiantes, de manera que ya teniendo conocimiento amplio sobre el tema se pueda dilucidar algunos temas en controversia y sacar a relucir algunas propuestas.

4.2. Fundamentos que sustentan la modificación legal del artículo 7 de la Ley general de Salud

En cuanto al objetivo general del presente trabajo se ha logrado determinar que existe la necesidad de regulación de técnicas heterólogas de reproducción humana asistida en la Ley General de Salud N°26842, en cuanto a los intentos fallidos de regular las técnicas heterólogas reflejados en proyectos de ley , donde se ven posturas distintas en cuanto a los tratamientos que incluyen las técnicas heterólogas como la maternidad subrogada en dicho ámbito , lo que demuestra que no existe una noción clara de que se quiera poner límites a la aplicación de las TRHA en razón de proteger los derechos fundamentales de la persona, especialmente del recién nacido. En cuanto a la propuesta que se plantea en el presente trabajo a cerca de regular las técnicas heterólogas solo se incluyen a los tratamientos de ovodonación y donación de gametos masculinos, ya que mediante estos tratamientos si se respetaría la maternidad biológica.

Se ha cumplido con el objetivo específico a) Describir lo que se debe entender por técnicas heterólogas de reproducción humana a partir de la Ley General de Salud N°26842 en el punto 1.2.3.1 del presente trabajo.

En relación al objetivo b) se ha logrado analizar la pertinencia de incluir expresamente las TRHA heteróloga en el artículo 7 de la LGS N°26842, debido a que se observó que los jueces en las sentencias estudiadas no advierten de manera expresa la necesidad de regular este tipo de técnicas y así evitar la desprotección del recién nacido quien es el más vulnerable en el uso de la procreación asistida. Como se pudo ver en la Cas N°5003-2007 la niña que nació como consecuencia del tratamiento de ovodonación llevaba el apellido

de la madre, un derecho tan fundamental que no se debe ver restringido a consecuencia de la realización de un tratamiento de fertilidad por parte de su madre, más aún si ella es la madre biológica.

También se observó en las sentencias que hay inclinación por parte de la maternidad subrogada, postura reforzada en el derecho a la autonomía de la libertad y los derechos sexuales y reproductivos, pero mediante el presente trabajo se pretende regular las técnicas heterólogas cuya propuesta en principio tiende a conservar la maternidad biológica como un límite a esos derechos de autonomía y derechos sexuales y reproductivos, que ponen y podrían poner en peligro derechos del recién nacido como gozar al nombre.

Se ha cumplido con proponer la incorporación de la regulación legal en el artículo 7 de la Ley General de salud sobre las técnicas heterólogas de reproducción humana asistida como se señala en el objetivo específico c del presente trabajo.

En razón a que la regulación expresa de las técnicas heterólogas sirva para constituir familias legales, que cuando estas surjan de la práctica de dichos procedimientos médicos se constituya de manera sólida desde sus primeros inicios, y también sea una garantía para quienes necesiten acudir a estas, para que en el futuro no haya controversia alguna como la impugnación de la maternidad o rectificación de nombre por someterse a dichos tratamientos, es decir se busca la seguridad jurídica no solo de los usuarios sino también de la familia.

En cuanto al último objetivo específico d) analizar la jurisprudencia que sobre efecto se ha propuesto como solución a estos casos.

En cuanto a dicha jurisprudencia se ha observado que no proponen una solución para los casos, de los documentos contenidos en la jurisprudencia se ha descrito una realidad presente en la sociedad especialmente en las familia, razón por la que no puede ser desconocida por la norma jurídica, de esta manera se debe positivizar para de esta manera delimitar el uso de la ciencia en bienestar de las personas.

Finalmente en razón al artículo 107 de la Constitución Política del Perú, se ejerce el derecho de iniciativa en la formación de ley, por lo que se presenta una propuesta de modificatoria al artículo 7° de la LGS N°26842 concerniente al uso de manera expresa de las técnicas de reproducción humana asistida heterólogas.

4.3 Proyecto lege ferenda

Según el texto original del artículo establecido en la Ley General de Salud:

Artículo 7o.- Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos.

Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos.

Como se puede advertir en el texto no se ha incluido las técnicas heterólogas de reproducción humana asistida, dado que a lo largo del trabajo hemos venido proponiendo la viabilidad de la aplicación de las técnicas heterólogas de reproducción humana asistida, se propone la siguiente modificación en el siguiente artículo:

Artículo 7°.- Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona, a excepción de las técnicas heterólogas . Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos.

Sin perjuicio de lo anterior las personas pueden hacer uso de técnicas heteróloga de reproducción humana asistida, en el caso de la mujer cuando vaya a tener la condición de madre gestante, siempre que se observe el contenido del artículo 1 de las Constitución Política del Perú.

Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos.

CONCLUSIONES



1. Existe la necesidad de regular las técnicas heterólogas de reproducción humana asistida en el artículo 7 de la Ley General de Salud N°26842 en aras de proteger de proteger los derechos sexuales y reproductivos de las personas para que se puedan constituir familias legales y evitar futuras controversias jurídicas.
2. partir del artículo 7 de la Ley General de salud se debe entender por técnica heteróloga de reproducción humana como aquel tratamiento médico al que recurre una persona para poder procrear a pesar que su condición de madre biológica no vaya a coincidir con la de la madre genética.
3. Es pertinente regular las técnicas heterólogas de reproducción humana de manera expresa en el artículo 7 de la Ley General de Salud ya que los intentos por regular dichas técnicas en proyecto ley no consideran un límite para aplicarlas que es a cerca de conservar la maternidad biológica.
4. La incorporación expresa de las técnicas heterólogas de reproducción humana asistida en el artículo 7 de la Ley General de salud servirá para que en adelante las personas que requieran realizar este tipo de técnicas, lo vayan a hacer conforme a los procedimientos necesarios que ya la ciencia médica ha determinado, como la ovodonación en el caso de la mujer y en el caso del hombre para que sea heteróloga podrá recurrir sin problema a la donación de gametos masculinos.






5. Los pronunciamientos emitidos por los jueces en las instancias del proceso según los casos estudiados son dispares, respecto a la aplicación del artículo 7 de la Ley General de Salud, por lo que lejos de proponer una solución para evitar que se ponga en juego el derecho fundamental de la identidad del menor, solo intentan cubrir el vacío legal de las técnicas heterólogas mediante interpretación legal de las técnicas de reproducción de manera general.

RECOMENDACIONES

1. Se debe tomar en cuenta lo propuesto en el Ante Proyecto de Reforma del Código Civil en donde participan destacados juristas, quienes dentro de un estudio proponen como un requisito necesario para establecer la filiación derivada de las TRHA heterólogas el consentimiento, de lo contrario procedería la impugnación de la maternidad por incumplimiento de dicho requisito. Por lo que dicha regulación protegerá a las personas que vayan a llevar a cabo algún tratamiento donde incluya las técnicas de reproducción heterólogas como lo dispone la norma y sin vulnerar los derechos de libertad de las personas.
2. Se debe incluir dentro de la Ley N°29472 que promueve la obtención, la donación y el trasplante de órganos o tejidos humanos, también a la donación de gametos humanos ya que son parte del cuerpo humano que si bien no se regeneran no deben perjudicar la salud, tomando en cuenta que dicha donación de gametos humanos garantiza que se siga conservando ese acto de solidaridad que tienen las personas de querer ceder sus gametos, los que deben de disponerse libremente por quien lo desee.

ANEXOS

4:33 PM  VoLTE 4G  93%

Cuestionario para la obtención de resultados

Preguntas **Respuestas** 7 Total de puntos: 0

Las técnicas heterólogas son aquellos procedimientos médicos que se llevan a cabo con gametos distintos a los de los futuros padres que van a procrear. Según lo mencionado, ¿está usted de acuerdo con el concepto sobre técnicas heterólogas de reproducción humana asistida, que se ha mencionado?

7 respuestas

- Sí
- Es jugar con la naturaleza humana. Si los gametos serán distintos no habría diferencia con la adopción de un recién nacido.
- Conforme, en efecto ese es el concepto de TERAS heterólogas
- No
- Si, claro es una opción para procrear



Cuestionario para la obtención de resulta

Preguntas

Respuestas 7

Total de puntos: 0

¿Considera usted que se deben incluir las técnicas heterólogas de reproducción humana asistida en la Ley General de Salud N°26842. De ser así qué aspectos deben regularse?

7 respuestas

No debería regularse.

Sí

Sí. La prohibición de negarse a la entrega y la obligación de recibir y garantiza un hogar pleno para quien nace con deficiencias congénitas

Considero que si, pues es un vacío legal que debe ser llenado

No

Si, sin nuevos mecanismos de reproducción los cuales no podemos ignorar



Cuestionario para la obtención de resultados

Preguntas

Respuestas 7

Total de puntos: 0

¿Considera usted si en la práctica o en la realidad se vienen aplicando las técnicas heterólogas de reproducción humana asistida, aún si no están normadas?

7 respuestas

Es posible que se estén dando pero no lo puedo asegurar.

Sí

Es un hecho social que debe ser juridizado

En efecto, justo ese vacío es la puerta abierta para su uso indiscriminado

Desconozco

No, por eso algunas personas optan por viajar a los países que si lo permiten, generando problemas en la inscripción de los niños



Cuestionario para la obtención de resultados

Preguntas

Respuestas 7

Total de puntos: 0

¿Considera ético la manipulación de células reproductivas en las técnicas heterólogas de reproducción humana?

7 respuestas

No, solo en el caso de que por lo menos 1 de los gametos sea de los padres.

Sí

La ética contemporánea así lo amerita

De ninguna manera, la vida es un don natural y no debe ser manipulada, mas aun cuando se sacrifica embriones que constituyen vida humana

No

Depende, la manipulación esta prohibida, pero hay casos particulares, que necesitan recurrir a ese procedimiento, por lo cual, esas personas tendrán la vía judicial para solucionar su controversia

FUENTES DE INFORMACIÓN

- Albornoz, C. (2014). Una mirada psicológica a la ovodonación y la alternativa de revelar o no la historia de concepción al futuro hijo. *Vox Juris*, 28(28), 51–66.
[file:///C:/Users/Ellen/Downloads/Dialnet-UnaMiradaPsicologicaALaOvodonacionYLaAlternativaDe-5171090 \(3\).pdf](file:///C:/Users/Ellen/Downloads/Dialnet-UnaMiradaPsicologicaALaOvodonacionYLaAlternativaDe-5171090%20(3).pdf).
- Atienza, M. (2015). Sobre la nueva ley de Reproducción humana. *Revista de Bioética y Derecho*, 3-11.
<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=78343122002>.
- Barrenet, G., Barranquero, M., & Salvador, Z. (2020). *Reproducción Asistida ORG*. Reproducción Asistida ORGA.
<https://www.reproduccionasistida.org/fecundacion-in-vitro-fiv/>.
- Beetar, B. (2019). La maternidad subrogada en Colombia: hacia un marco jurídico integral e incluyente. *Estudios Socio jurídicos*, 21(2).
- Bladilo, A., De la Torre, N., & Herrera, M. (2017). Las técnicas de reproducción humana asistida desde los derechos humanos como perspectiva obligada de análisis. *Revista Ius*, 11(39), 1–29.
<https://www.revistaius.com/index.php/ius/article/view/293>.
- Bregaglio, R., Iván. (2011). Documento Técnico Médico Jurídico sobre derechos sexuales y reproductivos dirigido a Comisionados y Jueces del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *Federación Latinoamericana de Sociedades de Obstetricia y Ginecología*.
- BOE. (2006). *Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*. Agencia Estatal Boletín Oficial Del Estado.
<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-9292>.

- Cárdenas, R. (2014). Autonomía de la voluntad y reproducción asistida. *Consensus*, 19(2), 73–90.
https://repositorio.ulima.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12724/3187/Cardenas_Krenz_Ronald.pdf?sequence=1&isAllowed=y.
- 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: Revista Del Instituto de Familia*, 1(4), 47–65.
<http://revistas.unife.edu.pe/index.php/personayfamilia/article/view/447/255>.
- CAS N°4323. (2010).
<http://www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm?muestra&aplicacion=APP003&cnl=3&opc=8&codcontenido=4166&plcontampl=3>.
- Castellanos, V., Pérez, F., Alma, Z. (2006). *Derecho de familia en el siglo XXI: Fecundación Humana Asistida y Filiación adoptiva*.
<http://www.poderjudicial.gob.do/consultas/biblioteca/Textos/001569DOC.pdf>.
- Corn, E. (2015). La reproducción humana asistida en Italia. Presente y futuro después de la derogación de la prohibición de fecundación heteróloga. *Revista de Bioética y Derecho*, 0(35), 18–31.
http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872015000300003.
- Correa, M. (2017). *La inseminación artificial heteróloga implicancias en el derecho de familia*. [Tesis de maestría, Universidad Nacional Pedro Ruíz Gallo].
<http://renati.sunedu.gob.pe/handle/sunedu/1187371>.
- Del Águila, F. (2014). Identidad Genética y Filiación. *Vox Juris*, 28(2), 225–249.
<https://www.aulavirtualusmp.pe/ojs/index.php/VJ/article/view/16/17>.
- Enguer, P., Ramón, F. (2018). Dilemas bioéticos y jurídicos de la reproducción

asistida en la sociedad actual en España. *Revista Latinoamericana de Bioética*, 18(1), 104–135.

<https://search.scielo.org/?lang=es&count=15&from=0&output=site&sort=&format=summary&fb=&page=1&q=Dilemas+bioéticos+y+jurídicos+de+la+reproducción+asistida+en+la+sociedad+actual+en+España>.

Espada, S. (2017). Las principales tensiones de una futura regulación de las técnicas de reproducción asistida en Chile: especial referencia a la filiación. *Revista Ius*, 11(19). DOI: 10.35487/rius.v11i39.2017.298

Fabián, A. (2016). *La necesaria regulación de las técnicas de reproducción asistida heterólogas a fin de establecer la filiación en el ordenamiento jurídico peruano*. [Tesis para obtener título de abogada, universidad César Vallejo]. <http://renati.sunedu.gob.pe/handle/sunedu/1450613%0Ahttp://repositorio.ucv.edu.pe/handle/20.500.12692/46251>.

Fernández, G., Espinoza, J., Barchi, L., Cárdenas, C., Varsi, E., Montero, G., Campos, H., Huanco, H., & Agurto, C. (2019). *Anteproyecto de Reforma del Código Civil Peruano*. La Ley. <https://laley.pe/art/8446/este-es-el-anteproyecto-de-reforma-del-codigo-civil-descargue-el-texto>.

Herrera, M. (2017). ¿Existe un derecho al hijo? El lugar y los límites de las técnicas de reproducción humana asistida. *Revista Jurídica de La Universidad Autónoma de Madrid*, 35, 73–113. <https://ri.conicet.gov.ar/handle/11336/73196>.

Inmater. (2019). *Inmater*. https://www.inmater.pe/madre/fecundacion-in-vitro-fiv/?cat_id=4.

Izquierdo, H., Barranquero, M., Recuerda, P., Reus, R., & Gómez, R. (2020). *Reproducción Asistida ORG*. Reproducción Asistida.

<https://www.reproduccionasistida.org/inseminacion-artificial-ia/>.

Jausoro, A. (2000). Técnicas en reproducción humana asistida. *Gobierno Vasco*.

https://www.euskadi.eus/contenidos/informacion/2000_osteba_publicacion/es_def/adjuntos/2000/e_00_05_reproduccion_humana.pdf%0A%0A.

Ley General de Salud Ley N ° 26842. (1997).

<http://www.essalud.gob.pe/transparencia/pdf/publicacion/ley26842.pdf>.

Moadie, V. (2020). Reflexión crítica sobre el principio de anonimidad en los datos del donante en procedimientos de técnicas de reproducción humana asistida heteróloga. *Saber, Ciencia y Libertad*, 15(1).

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7511951>.

Molero, M. del P. (2018). La reproducción asistida en Italia: una regulación

(inacabada) a golpe de sentencia. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 112, 315–344.

<https://recyt.fecyt.es/index.php/REDCons/article/view/64475>.

NACIONES UNIDAS DERECHOS HUMANOS. (2014). *Los derechos de la mujer son derechos humanos*. Naciones Unidas.

https://www.ohchr.org/documents/publications/hr-pub-14-2_sp.pdf.

Neciosup, V. (2018). Problemas de Política Pública y Estado Situacional de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en el Perú. *Departamento de Investigación y Documentación Parlamentaria*, 20.

http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/25ADE7B6962521CC0525834A00726952/%24FILE/reproduccion_asistida_N20.pdf.

Notaro, P. A. (2020). Derecho a la identidad de origen y técnicas de reproducción humana asistida en Argentina. *Derecho Global. Estudios Sobre Derecho y*

Justicia, 5(14), 151–187.

Novales, A. (2017). Las técnicas de reproducción asistida y el derecho del niño a conocer su propio origen biológico en el Tribunal Europeo de Derechos

Humanos. *IOSR Journal of Humanities and Social Science*, 22(01), 56–65.

[Http: //iosrjournals.org/iosr-jhss/papers/Vol. 22 Issue 1/Version-2/J2201025665.pdf](http://iosrjournals.org/iosr-jhss/papers/Vol. 22 Issue 1/Version-2/J2201025665.pdf).

Numa, E. (2018). *Del “Deseo De Un Hijo” a La “Pasión Por Un Hijo.”* 1, 93–155.

<https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/9076>.

OMS. (2018). La salud sexual y su relación con la salud reproductiva: un enfoque operativo. *Human Reproduction Programme*, 1–12.

<https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/274656/9789243512884-spa.pdf>.

ONU. (2014). *Declaración y Plataforma de Acción de Beijing*.

<https://www2.unwomen.org/->

[/media/headquarters/attachments/sections/csw/bpa_s_final_web.pdf?la=es&vs=755](https://www2.unwomen.org/-/media/headquarters/attachments/sections/csw/bpa_s_final_web.pdf?la=es&vs=755).

Pabón, A. P., Upegui, O., Archila, J., & Otero, M. A. (2016). El acceso a las

técnicas de reproducción asistida como una garantía de los derechos sexuales y reproductivos: la jurisprudencia de la Corte Constitucional a la luz

del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. *Justicia*, 22(31), 171–187. <http://www.scielo.org.co/pdf/just/n31/0124-7441-just-31-00171.pdf>.

Plácido, Á. (2013). El modelo constitucional de familia, la orientación sexual de los padres y los derechos del hijo. *Vox Juris*, 25(1), 45–80.

<http://www.aulavirtualusmp.pe/ojs/index.php/VJ/article/view/46/47>

Rámoz, R. (1992). *Fecundación asistida y derecho*.

- Rodríguez, M. (2015). La regulación de las técnicas de reproducción humana asistida en la actualidad. *Reproducción*, 30(4), 143–160.
http://www.samer.org.ar/revista/numeros/2015/Numero_4/4-ITURBURU.pdf.
- Rodríguez, R. (2017). Los retos del derecho frente al avance de las nuevas tecnologías en reproducción humana asistida: Un caso de vientre subrogado. *Ius Inkarrí*, 175–188.
<https://revistas.urp.edu.pe/index.php/Inkarri/article/view/1235/1127>.
- Roxana Del Águila Tuesta, F. (2014). Identidad genética y filiación. *In VOX JURIS*, 28(2).
- Serrano, M., Jara, S. (2018). Apuntes sobre la reproducción asistida: una mirada desde la bioética a la situación normativa en Ecuador.90-125.
- Siverino, P. (2010). ¿Quién llamó a la cigüeña ? Maternidad impugnada e identidad genética, reflexiones a propósito de dos sentencias peruanas. *Uces*, 19–42.
http://dspace.uces.edu.ar:8180/jspui/bitstream/123456789/906/1/Quien_llamo_cig_Silverino.pdf.
- Tarducci, M. (2008). *Maternidades en el siglo XXI*.
- Varsi, E. (1999). *Filiación, Derecho y Genética*. Fondo de desarrollo editorial Universidad de Lima.
<https://repositorio.ulima.edu.pe/handle/20.500.12724/7707>.
- Varsi, E. (2013). *Tratado de derecho de familia. Derecho de la filiación*. Gaceta Jurídica.
https://repositorio.ulima.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12724/5257/Varsi_de_recho_filiacion.pdf?sequence=3&isAllowed=y.
- Varsi, E. (2016). Determinación de la filiación en la procreación asistida. *Ius*,

11(39), 109–137. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=s1870-21472017000100006&script=sci_arttext.

Varsi, E., & Chaves, M. (2010). Paternidad socioafectiva: La evolución de las relaciones paterno-filiales del imperio del biologismo a la consagración del afecto. *Actualidad Jurídica*, 200, 57–64.

https://repositorio.ulima.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12724/3289/Varsi_Rospigliosi_Enrique_paternidad_socioafectiva.pdf?sequence=3&isAllowed=y.

Velit, M. (2019). *Dr. Marcelo Velit*. <https://www.marcelovelit.com.pe/portal.php>

Visal, F., Adrián, S., Rubio, M., Ledesma, M., Monge, L., Torres, A., & Mosquera, C. (2020). *Código Civil comentado* (4ta ed.). Gaceta Jurídica.

Zanier, J., Iudica, C., Poli, M., Colacci, R., Carina, J., San Martín, V., Morgavi, V.

(2018). Familias formadas a partir de técnicas de reproducción humana asistida heterólogas: Un aporte interdisciplinario. *Perspectivas En Psicología*, 15(1), 25–33. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6535808>.