

# **UNIVERSIDAD RICARDO PALMA**

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA**



**“SITUACIÓN JURÍDICA Y JURISPRUDENCIAL DE LAS  
TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA EN EL  
PERÚ: EL CASO DE LA OVODONACIÓN”**

**TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE ABOGADO**

**AUTORA**

**STEPHANIE LIZETH GONZALES MUCHA**

**LIMA – PERÚ**

**2017**

*A mis padres, que lo dieron todo por mí. Son la bendición más grande que tengo, y gracias a ellos soy lo que soy. Gracias por enseñarme a ser valiente y a nunca rendirme por mis sueños, esto es para ustedes. Los amo*

*Deseo expresar mi más sincero agradecimiento a la Dra. Roxana Rodríguez-Cadilla, quien además de ser una gran abogada y excelente persona, me orientó y ayudó en todos los aspectos de mi tesis. Agradecerle la dedicación, atención y seguridad que en todo momento me ha ofrecido. Fue como un ángel que llegó a ordenar mi tesis, gracias Doctora.*

*Mira que te mando que te esfuerces y seas  
valiente; no temas ni desmayes, porque Jehová  
tu Dios estará contigo en dondequiera que  
vayas.*

*Josué 1:9*

## **RESUMEN**

La ciencia y la tecnología han ido de la mano trayendo innumerables avances en distintas áreas, haciendo posibles situaciones que antes eran impensables. Situaciones que han generado nuevos conflictos a nivel jurídico y que deben ser resueltos por el Derecho. Es así que en el presente trabajo se analizará una de las Técnicas de Reproducción Asistida, que es la ovodonación o cesión de óvulos, su regulación o ausencia de ella y su implicancia en nuestra sociedad.

# ÍNDICE

RESUMEN.....	5
ÍNDICE.....	6
INTRODUCCIÓN.....	8
CAPÍTULO I: <u>Aspectos metodológicos de la investigación</u>	
1.1. Generalidades.....	9
1.2. Planteamiento del problema.....	10
1.3. Justificación de la investigación.....	12
1.4. Objetivos de la investigación.....	13
1.5. Hipótesis.....	13
1.6. Metodología.....	14
1.6.1. Diseño de la investigación.....	14
1.6.2. Técnicas e instrumentos de recolección de datos.....	14
CAPÍTULO II: <u>TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA: LA OVODONACIÓN</u>	
2.1. Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida.....	16
2.1.1. Concepto, antecedentes y evolución.....	16
2.1.2. Causas por las que se conllevan a usar las Técnicas de Reproducción Humana Asistida.....	20
2.1.3. Clases de Técnicas de Reproducción Humana Asistida.....	22
2.2. La Ovodonación.....	32
2.2.1. Concepto y antecedentes.....	32
2.2.2. Causas por las que se conllevan a usar la ovodonación como Técnica de Reproducción Humana Asistida.....	36

2.2.3.	La donante y madre receptora.....	39
2.2.4.	Tratamiento de la Ovodonación.....	45
2.3.	Definición de términos básicos.....	51

**CAPÍTULO III: EL DERECHO COMPARADO Y LA REGULACIÓN LEGAL EN EL PERÙ DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISITIDA**

3.1.	Derecho Comparado.....	52
3.2.	Tratados Internacionales.....	57
3.3.	La Constitución Política del Perú de 1993 y las Técnicas de Reproducción Humana Asistida.....	61
3.3.1.	Derechos de los progenitores.....	61
3.3.2.	Derecho de los menores.....	71
3.4.	Ley General de Salud: art. 7º.....	74
3.5.	Proyecto Ley N° 1722-2012-CR.....	79

**CAPÍTULO IV: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL Y PROPUESTA NORMATIVA DE LOS CASOS DE OVODONACION EN EL PERÙ**

4.1.	Primer Caso – Casación.....	86
4.2.	Segundo Caso – Impugnación de Maternidad.....	90
4.3.	Tercer Caso – Proceso de Amparo.....	93

**CAPÍTULO V: PROPUESTA NORMATIVA PARA LA REGULACIÓN DE LA DONACIÓN DE GAMETOS**

5.1.	Propuesta Normativa.....	96
5.2.	Exposición de motivos.....	101

CONCLUSIONES.....	102
-------------------	-----

RECOMENDACIONES.....	106
----------------------	-----

BIBLIOGRAFÍA

ANEXOS

## INTRODUCCIÓN

Las técnicas de Reproducción Asistida (también denominados TERAS) son procedimientos que tienen por objetivo lograr que las parejas que tienen algún problema de infertilidad puedan procrear. Estas técnicas tuvieron un gran alcance en 1978, año en que se logró el nacimiento de la primera bebe probeta en Inglaterra y en el cual se citaron increíbles avances; de tal forma que son miles los niños que han nacido por estos medios.

Este avance tan rápido e ilimitado, ha obligado a una regulación normativa en países extranjeros, por lo que han emitido recomendaciones y leyes, que permitan aplicaciones adecuadas de estos procedimientos pues no se debe permitir un uso indiscriminado y que atente contra la ética, así como el respeto de la vida.

Es sobre una de estas técnicas sobre las cuales se desarrolla el presente trabajo de investigación, que es la ovodonación o cesión de óvulos, procedimiento que ha traído controversias jurídicas que han sido analizadas a nivel judicial.

Entonces, se puede advertir que pese a que en nuestro país dichas técnicas se aplican desde hace más de una década no existe una regulación actual sobre las mismas y sólo nos regimos bajo un artículo contenido en la Ley General de Salud (7°), situación que no permite un desarrollo jurisprudencial uniforme y

una adecuada interpretación de la norma y que debe ser resuelta de manera urgente.

Por tanto, el presente trabajo de investigación busca constituir un aporte en el área del Derecho Genético, desarrollando el procedimiento de la ovodonación, realizando un análisis a nivel teórico y jurisprudencial.

## **CAPÍTULO I**

### **ASPECTOS METODOLÓGICOS DE LA INVESTIGACIÓN**

#### **1.1. Generalidades**

La problemática generada en torno a la infertilidad es vasta y compleja, pues se estima que en promedio entre el 16% y el 20% de las parejas en el mundo se verán afectadas<sup>1</sup>; las razones son diversas: postergación de la maternidad, diversas alteraciones en la calidad del semen debido a factores como el alcohol, tabaco, o factores ambientales, malas condiciones de salud sexual y reproductiva, etc.

Frente a ello, se presentan como una opción para las parejas las denominadas Técnicas de Reproducción Asistida, que conllevan una serie de procedimientos con la finalidad de reemplazar o contribuir con los pasos naturales en el proceso de la concepción y reproducción, tales como la inseminación artificial o la fecundación extrauterina; en ambos casos la técnica puede ser homóloga si los gametos proceden de la misma pareja, o heteróloga si proceden de algún tercero ajeno a esta.

---

<sup>1</sup> ROA MEGGO, Ysis. “La infertilidad en el Perú: nuevos criterios para un enfoque preventivo en salud pública. Fondo Editorial de la USMP, Lima, 2009, p. 54.

Uno de estos procedimientos, de naturaleza heteróloga, es la ovodonación o también denominada cesión de óvulos, a través de la cual se utiliza el óvulo de una mujer ajena a la pareja, la misma que debe renunciar a cualquier derecho sobre el óvulo. Esta figura es relativamente nueva en nuestro país; sin embargo sí se está llevando a cabo, figura que no encuentra una adecuada regulación en nuestra legislación actual, por lo que es indispensable un análisis integral del mismo.

## **1.2. Planteamiento del Problema**

Los grandes avances científicos que se han dado en la ciencia durante los últimos años buscan dar solución a los diversos problemas biológicos que puede tener una pareja al tratar de concebir un hijo, tal es así que, como mecanismo de solución, se han implementado diversos métodos conocidos como las Técnicas de Reproducción Asistida. Estas técnicas a su vez han traído consigo una serie de problemas jurídicos, tales como determinar, en muchos casos, la paternidad o maternidad del menor, ello debido a la ausencia de reglas claras al respecto.

Distintos son los tratamientos de reproducción asistida, dentro de los cuales encontramos el procedimiento de cesión de óvulos u ovodonación, el mismo que se constituye como un tratamiento de reproducción asistida, a través de la cual las mujeres que por distintas razones no generan óvulos capaces de dar lugar a un embrión evolutivo y sano, pueden con los óvulos de una donante y el semen del varón, transferir los embriones a la paciente receptora.

Al respecto señala Varsi: “es un caso de maternidad parcial, no integral. Se produce un caso de trigeneración humana: 1) espermatozoides del marido, 2) óvulo de una mujer cedente y 3) gestación de la mujer. La madre procreante no es la misma que la gestante”<sup>2</sup>

Bajo este contexto en el presente trabajo de investigación se buscará realizar un desarrollo respecto a la figura de la ovodonación o cesión de óvulos, la cual encuentra su regulación en el artículo 7° de la Ley General de Salud, la que refiere de manera textual:

*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.*

Este artículo determina que la madre genética y la madre gestante deben recaer sobre la misma persona, supuesto que no se configura en la ovodonación, razón por la cual no estaría permitida en nuestra legislación actual. Sin embargo, no se toma en cuenta que en la realidad esta práctica sí se lleva a cabo, como un mecanismo de solución a los problemas de infertilidad que se han visto incrementados en los últimos años. Esta ausencia legislativa respecto a la regulación de la ovodonación genera en la

---

<sup>2</sup> VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique Antonio. *Derecho genético*. 4ª Edición, Editorial Grijley, Lima, 2001, p. 247.

práctica diversos problemas como los de filiación y que ya se están empezando a ver en el Poder Judicial, tal como ocurrió en el expediente Exp. N° 1310-2010-Lima, sobre nulidad de acto jurídico, en la que la Sala Superior revocando la sentencia de primera instancia que declaró infundada la demanda, la declara fundada y por consiguiente nulos los actos jurídicos constituidos por la autorización de fertilización in vitro y transferencia embrionaria del 5 de agosto de 2004 y el Convenio de Técnicas de Reproducción Asistida del 18 de agosto de 2004.

Si bien pueden existir válidos argumentos éticos en contra de la regulación de la ovodonación, no podemos negar la situación que en la práctica se está produciendo y es función del Derecho, brindar una adecuada protección legislativa que permita aplicar herramientas al Juez, a fin de solucionar este tipo de controversias jurídicas.

De tal forma, planteo como problema principal de investigación lo siguiente:

¿Cuál es la situación o estatus jurídico de la técnica de ovodonación en el Perú?

Asimismo, el problema específico sería:

¿Cómo debería regularse la ovodonación para que sea compatible con el orden constitucional y los tratados internacionales ratificados por el Perú?

### **1.3. Justificación de la Investigación**

Considero el desarrollo del presente trabajo de suma importancia a fin de analizar un tema actual, que se está presentando como una forma de solución a las dificultades que tiene una pareja para

concebir. Sin embargo, es innegable que este procedimiento ha traído y traerá diversos problemas jurídicos, problemas que deben ser afrontados con una adecuada regulación normativa que permitan al Juez resolverlos de manera idónea.

Así también, la presente investigación es viable por cuanto busca dar respuesta y solución a los problemas prácticos que se han presentado, y mientras no existe una regulación adecuada seguirán presentándose. La normativa actual sustentada en la Ley General de Salud es insuficiente para regular la problemática que se viene generando.

#### **1.4. Objetivos de la Investigación**

Los objetivos que se buscan desarrollar en el presente trabajo de investigación son:

- Determinar cuál es la situación o status jurídico de la ovodonación en el Perú.
- Realizar un análisis integral de la figura de la ovodonación y sus implicancias jurídicas.
- Elaborar una propuesta de regulación legal para la ovodonación que sea acorde con el orden constitucional y los tratados internacionales de los que el Perú forma parte

#### **1.5. Hipótesis**

Es así que determina la problemática de la investigación, señalamos como hipótesis principal lo siguiente:

- ✓ Nuestra legislación actual no proporciona una adecuada regulación normativa de la figura de la ovodonación

Esta hipótesis se plantea por cuanto la Ley General de Salud es una norma insuficiente para la regulación de Técnicas de Reproducción Asistida, pues pese al tiempo en el cual dichas técnicas se vienen aplicando en nuestro país, sólo en un artículo (7° LGdeS) se viene concentrando la regulación de la misma, artículo totalmente insuficiente para solucionar las controversias jurídicas que se vienen dando y que posiblemente se van a seguir presentando, mientras no exista una adecuada protección legislativa o una posición uniforme por parte de los juzgadores.

Asimismo, se plantea como hipótesis secundaria del trabajo:

- ✓ En la actualidad el artículo 7° de la Ley General de Salud no prohíbe el procedimiento de la ovodonación.

Respecto a este punto no existe en la actualidad un criterio uniforme para los juzgadores ni para la administración pública, pues la deficiente redacción de la norma lleva a que no se tenga clara su correcta interpretación, lo que hace que muchas entidades del Estado la vengán aplicando como prohibitiva de esta técnica. La posición del presente trabajo es que dicho procedimiento en la actualidad está permitido, pero sí debería existir una regulación más exhaustiva que contemple que no se generen más embriones de los que vayan a ser transferidos al útero materno, ya que los embriones excedentes pasan a ser criopreservados y con ello podría estarse afectando el derecho a la vida de los concebidos por medio de estas técnicas

## **1.6. Metodología**

El método de investigación partirá de un enfoque cualitativo, a través de dos formas de investigación:

- Investigación aplicada.- Se pretende resolver problemas prácticos por lo tanto el propósito de esta tesis es de Investigación aplicada.
  
- Investigación explicativa.- Además dado que tiene relación causal, ya que además de describir a cercarse a un problema, se intenta encontrar las causas del mismo se está ante una investigación explicativa.

### **1.6.1. Diseño de Investigación**

No experimental: Estudio descriptivo y correlacional.

### **1.6.2. Técnicas e Instrumentos de Recolección de datos**

En el presente trabajo de investigación se empleara material bibliográfico especializado, así como artículos de revistas de contenido de jurídico, nacional e internacional.

## **CAPÍTULO II**

### **Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida: La Ovodonación**

#### **2.1. Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida**

##### **2.1.1. Concepto, antecedentes y evolución**

De acuerdo con Varsi (2001):

Las técnicas de reproducción asistida son aquellos métodos técnicos que sirven para suplir la infertilidad en la persona, brindándole la posibilidad de tener descendencia. En ningún caso podemos decir que representan una terapia puesto que nada curan, solamente palián los efectos de la esterilidad.

De esta manera se dice que las TERAS [técnicas de reproducción asistida] son métodos supletorios, no alternativos. *Supletorios* pues buscan superar una deficiencia biológica o síquica que impide tener descendencia cuando otros métodos han fracasado o resultado ineficaces de manera tal que, como acto médico, robustecen el derecho a la salud reproductiva positiva (poder tener descendencia). No es alternativo, pues siendo la finalidad directa la

procreación ésta no puede estar supeditada a la mera voluntad de la persona. (pp. 253 – 254)

Por su parte, Rafael Junquera (2013) afirma: “Entiendo por Reproducción Asistida todas las técnicas biomédicas empleadas en favorecer directa o indirectamente la fecundación de los óvulos” (p. 18); mientras que la Organización Mundial de la Salud (OMS) (2009) sostiene en el Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA) que las técnicas de reproducción asistida se definen como:

Todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo. Esto incluye, pero no está limitado sólo a, la fecundación in vitro y la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos, la transferencia intratubárica de cigotos, la transferencia intratubárica de embriones, la criopreservación de ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y embriones, y el útero subrogado. TRA no incluye inseminación asistida (inseminación artificial) usando espermatozoides ni de la pareja ni de un donante. (p.10)

Como se puede apreciar, existe consenso entre las diversas asunciones sobre el concepto de las técnicas de reproducción asistida, al entenderlo como el conjunto de medios que facilitan la fecundación humana a través de la manipulación de los gametos o embriones. No obstante, resulta pertinente resaltar que Varsi, en tanto reconoce que no se tratan de medios terapéuticos porque no curan, sino que suplen a la infertilidad. Según el Glosario de Terminología en TRA, la infertilidad es “la enfermedad del sistema reproductivo definida como la incapacidad de lograr un embarazo

clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegidas”. Por su parte, Junquera (2010) sostiene que: la esterilidad es aquella situación en la que dicha incapacidad es irreversible, aunque otros autores afirman que esta se da cuando la paciente no alcanza ni siquiera la gestación, a diferencia de la infertilidad en la que la paciente no alcanza el parto (p. 16). Esto sirve para enfatizar que no existe, hasta ahora, una cura para la esterilidad sino medios que ayudan a paliar los efectos de la misma. Así, las técnicas de reproducción asistida tienen como objetivo lograr la fecundación del óvulo y el espermatozoide (sea in vitro o in vivo) y su implantación en el útero de la mujer (sea de la mujer de la pareja, donante o tercera), para que se desarrolle el embrión adecuadamente hasta su nacimiento.

No cabe duda de que la reproducción humana asistida se ha consolidado hoy en día, a pesar de los cuestionamientos éticos y filosóficos que ha tenido que atravesar, como un recurso científico de gran utilidad para dar solución a un problema que ha aquejado a la humanidad desde sus albores: la esterilidad. La importancia de la procreación en los seres humanos no solo radica en la conservación de la especie y el crecimiento del número de individuos a fin de aumentar la productividad de la sociedad, ampliar el mercado de consumidores o crear numerosos ejércitos para conquistar nuevos territorios, como se ha podido comprobar a lo largo de la historia universal; sino que también se ha visto inmersa en las concepciones ideológicas, filosóficas y culturales propias de la idiosincrasia y cosmovisión de cada una de las civilizaciones del mundo. Esto ha llevado a que el ser humano se encuentre en una búsqueda constante de superar la esterilidad, por lo que, con el progreso de la ciencia ha logrado grandes avances

en la solución a la esterilidad a través del desarrollo de las técnicas de reproducción humana asistida.

El siglo XX ha sido, hasta ahora, en el que más avances en reproducción asistida se han logrado, especialmente a partir de la década de 1930. En 1944 se realizó la primera fecundación *in vitro* de ovocitos humanos, y en 1953 los primeros embarazos con espermatozoides criopreservados. En 1966 se logra la extracción de ovocitos humanos mediante la técnica de la laparoscopia, y en 1978 uno de los hitos más importantes de la medicina reproductiva: el nacimiento de la primera niña cuyo embrión fue fecundado *in vitro* y luego reimplantado en el útero de su madre<sup>3</sup>. En 1983 se logró concretar los primeros embarazos por ovodonación, luego de que se le inyectara a la donante el esperma y se le retire el embrión fecundado *in vivo* para luego ser implantado en el útero de otra mujer. Posteriormente se logró lo mismo pero con fecundación *in vitro*. En 1992 se logra otro hito sin precedentes: la inyección de un único espermatozoide en el óvulo a través de la técnica de la microinyección intracitoplasmática, sumamente popular en la actualidad en los varones con deficiencias espermáticas. Finalmente, a partir de la década de 1990, se logran importantes avances en el diagnóstico genético preimplantacional (DGP), por el cual es posible detectar las enfermedades que puede desarrollar el embrión en el futuro así como sus rasgos fenotípicos<sup>4</sup>.

Durante la última década del siglo XX se explicita un concepto de salud sexual y reproductiva basada en la definición de salud aceptada por la Organización Mundial de la Salud (OMS). Esto es, la salud es un estado completo de bienestar físico y mental y social

---

<sup>3</sup> Louise Brown, mundialmente reconocida como la primera bebe probeta de la historia de la humanidad.

<sup>4</sup> Jaime Mendiola Olivares. (2005). Reproducción Asistida. Revista Iberoamericana de Fertilidad, 22, 9.

y no la mera ausencia de enfermedad o dolencias<sup>5</sup>. La Conferencia Internacional de Naciones Unidas sobre Población y Desarrollo, realizada en El Cairo en 1994 y la Cuarta Conferencia Mundial de Naciones Unidas sobre la Mujer, en Beijing en 1995, adopta un concepto integral de salud sexual y reproductiva<sup>6</sup>.

Aproximadamente entre el 15 y el 20% de las parejas en edad fértil padecen algún problema de infertilidad, lo que equivale a que una de cada cinco parejas tiene problemas para lograr el embarazo<sup>7</sup>. En el 2003 se calculaba que más de 186 millones de parejas de países en desarrollo (excluyendo China) padecían problemas de fertilidad. Un 40% de los casos de infertilidad tiene causa masculina, otro 40% es de origen femenino y el 20% restante tiene causas desconocidas. Es decir que, pese a que generalmente se asocian los problemas de infertilidad con la mujer, ya que ésta es la que “pone” el cuerpo, éstos no son problemas únicamente femeninos.

Desde 1998, y luego en el 2004 y 2007 la Sociedad Internacional de Fertilidad y Esterilidad publica un estudio que tabula las prácticas respecto de las técnicas de reproducción asistida. En la última versión, la de 2007 brinda datos de 57 países, calculando que éstos cubren dos tercios de la población mundial<sup>8</sup>. Así reporta si los países tienen regulaciones o leyes, o guías establecidas por sociedades médicas, si hay o no métodos de supervisión, cuántos embriones se transfieren, si hay anonimato, etc. Brinda un

---

<sup>5</sup> El Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales no se basa en la definición de la OMS, sino que hace referencia al nivel más alto de salud física y mental, lo cual permite claramente abarcar la salud sexual y reproductiva.

<sup>6</sup> Cook R., Dickens B., Fathalla M. Salud reproductiva y derechos humanos, Bogotá, Profamilia, Oxford, p. 74. 2003.

<sup>7</sup> Chillik C. ¿Por qué no podemos tener un hijo? Buenos Aires, Editorial Atlántida, p. 19. 2000.

<sup>8</sup> Reproducción Asistida, género y derechos humanos en América Latina. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2008.

panorama del estado de la cuestión en términos de prácticas e implementación desde la perspectiva médica.

### **2.1.2. Causas por las que se conllevan a usar las Técnicas de Reproducción Humana Asistida**

De acuerdo con Varsi (2001), son dos los problemas que determinan a una persona emplear las técnicas de reproducción humana asistida: la esterilidad y la procreación de descendencia con taras (p. 250).

De acuerdo con el informe de la OMS *National, regional, and global trends in infertility: a systematic analysis of 277 health surveys*, llevado a cabo en el 2010, se identificó que entre la población femenina entre los veinte y cuarenta años de edad que se encuentra expuesta a riesgo de embarazo, el 1.9% no es capaz de dar a luz a un bebé con vida por primera vez (infertilidad primaria); mientras que, de la población femenina que ya había dado a luz anteriormente el porcentaje aumenta a 10.5% (infertilidad secundaria).<sup>9</sup> Es decir, existe un aproximado en el mundo de 48.5 millones de mujeres con problemas de infertilidad. Esto, sin considerar que la OMS no toma en consideración en sus estudios a las personas que sufren esterilidad, es decir, que ni siquiera logran concebir. Por lo tanto, el universo de personas con algún tipo de problema que le impide reproducirse es bastante amplio.

Según Brugo-Olmedo, Chillik y Kopelman (2003), dentro de las causas de infertilidad en parejas, el 20% de casos se debe a un problema relativo al factor ovulatorio que implica el desarrollo,

---

<sup>9</sup> De acuerdo con el informe elaborado por la OMS, si bien es cierto que la infertilidad puede tener su origen tanto en el hombre como en la mujer, las estimaciones se encuentran indexadas en la mujer de cada pareja.

maduración y la ruptura adecuada del folículo. El 30%, en cambio, se debe al factor útero-tubárico-peritoneal; es decir, a cuestiones relacionadas a la anatomía del aparato genital femenino, como la integridad y adecuado estado de los órganos que lo componen. Un tercer factor es la migración espermática, que abarcan cuestiones como la motilidad y desplazamiento de los espermatozoides en el moco cervical y representa el 10% de los casos. Otro 30% es por causa del denominado factor masculino, que implica alteraciones en el semen debido a infecciones como varicocele, infecciones genitales, traumatismos, cirugías, disfunciones genéticas, sustancias tóxicas, entre otras que afectan en cantidad y calidad. Finalmente, el 10% restante no presenta ninguna alteración que se identifique con los factores ya desarrollados anteriormente, por lo que se considera como una infertilidad inexplicada al momento del diagnóstico (pp. 231-232).

El segundo motivo, que incentiva a las parejas a optar por una técnica de reproducción asistida, es la posibilidad de que se desarrollen enfermedades o malformaciones debido a anomalías cromosómicas. Si bien es cierto que el objetivo principal de la reproducción asistida es la concepción de un nuevo ser humano y su posterior nacimiento, pues durante este proceso es posible que se pueda manipular el material genético de los gametos o del embrión. En ese sentido, existen técnicas que, dependiendo de la etapa de reproducción, se pueden practicar para llevar a cabo la manipulación genética: el tratamiento de gametos mediante ciertos experimentos, la mezcla de componentes genéticos y la transgénesis; todos estos antes de la fecundación. La fusión o entrecruzamiento de genes y la modificación artificial del genoma humano, que puede llevarse a cabo durante la etapa embrionaria

para corregir las anomalías que puedan devenir en enfermedades o malformaciones.

### **2.1.3. Clases de Técnicas de Reproducción Humana Asistida**

#### **A. Inseminación Artificial**

La inseminación artificial es una técnica de reproducción humana asistida que consiste en la introducción del semen de un varón, cuyos espermatozoides han sido previamente preparados, dentro de las cavidades genitales de una mujer de manera artificial y sin contacto sexual a fin de lograr la fecundación de un ser humano. En palabras de Buxareas y Coroleu (2009): “[es] el procedimiento que tiene como fin depositar el semen en el aparato genital femenino para facilitar el encuentro entre los espermatozoides y el ovocito sin que exista contacto sexual” (p. 211).

El elemento central de esta técnica es la no utilización de medios naturales (coito) para lograr el ingreso de los espermatozoides al cuerpo de la mujer, adoptando así el uso de medios artificiales como puede ser: el empleo de jeringas, canetas o cualquier otro instrumento. Asimismo, para llevarla a cabo es necesario tomar en consideración una serie de elementos para lograr el objetivo deseado, que es la reproducción humana. En ese sentido, se debe preparar en el lugar donde se van a depositar los espermatozoides, que podría ser la vagina, el útero o las trompas de Falopio, dependiendo de si la mujer presenta alguna anomalía en alguno de sus órganos reproductores. Del mismo modo, podría eventualmente emplearse no todo el semen, sino solo

espermatozoides sin plasma seminal, o bien semen congelado o fresco.

Cabe aclarar que cuando se haga referencia a la congelación del semen se está hablando de la criopreservación, método auxiliar que coadyuva a la realización de la fecundación extrauterina y que, según Gafo (1994):

*“(...) consiste en recurrir a embriones de 4 a 8 células que, tras ser introducidos en el medio crioprotector, se someten a una reducción de temperatura progresiva a razón de 2° C por minuto, hasta alcanzas -6° C. En este punto se mantienen durante veinte a treinta minutos y a partir del mismo puede optarse por el procedimiento de congelación rápida o lenta.” (p. 36)*

Por otro lado, con respecto a otras técnicas auxiliares que suelen emplearse ante problemas específicos que ayudan a concretar la fecundación. Señala Junquera (2013) que:

*“(...) se pueden utilizar unas técnicas complementarias de la IA (inseminación artificial) que dan lugar a otras tres clases: transferencia del ovocito a la trompa (TOT) (cuando se toma el ovocito del ovario y se transfiere a la trompa, para hacerlo más accesible a los espermatozoides), recuperación de esperma (gracias a un proceso de microcirugía mediante el cual se toma el esperma de los canales situados en la parte superior de los testes del varón; supone la única opción que tienen aquellos que padecen la obstrucción de los conductos que llevan el semen desde los testículos), inseminación intraperitoneal dicta (DIPI) (el esperma se encuentra con el*

*óvulo a través de una incisión en la cavidad abdominal).”*  
(pp. 21-22)

No obstante, existe una serie de supuestos en los que el procedimiento de la inseminación artificial podría resultar contraproducente. Javier Gafo (1986) identifica hasta cuatro de ellas:

- “La falta de colaboración, o incluso negación, del marido para llevar a cabo los estudios necesarios que permitan establecer su patología.
- Alteraciones psicológicas o psiquiátricas del marido para que se insemine a su esposa.
- La esterilidad femenina irreversible, e incluso la endometriosis avanzada sin respuesta al tratamiento (Pous y Marina, 1980).
- El que la mujer sea portadora de enfermedad hereditaria con herencia dominante.

Como contraindicaciones relativas pueden considerarse, por ejemplo, la edad de la mujer, la presencia de procesos que disminuyen la fertilidad femenina, etc.” (p. 18)

Ahora bien, la inseminación artificial puede diferenciarse en dos tipos, dependiendo de si el semen introducido en el aparato reproductor de la mujer pertenece a la pareja o cónyuge de la mujer receptora (inseminación homóloga) o a un donante (inseminación heteróloga). A continuación, se ahondará en ambas clasificaciones.

#### **a. Inseminación Homóloga**

La inseminación homóloga es la que se lleva a cabo con el semen de la pareja o cónyuge de la mujer receptora y se pueden identificar hasta seis factores que permitirán que se realice la inseminación mediante esta técnica. En caso contrario, será necesaria la participación de un donante de semen.

De acuerdo a Junquera (2013), el primer factor a considerar es el masculino, el cual se refiere a alteraciones del semen, ya sea en el volumen del eyaculado (el cual puede causar oligospermia y factores tóxicos para los espermatozoides si es excesivo o provocar que el espermatozoide nunca llegue al ovocito si es escaso) o en la viscosidad. También se incluye en este factor casos de oligoastenospermia, que consiste en el escaso número de espermatozoides y la poca movilidad de los mismos que impide su tránsito por el moco cervical. Frente a esto, se procede a preparar el semen mediante la selección de los espermatozoides de mejor motilidad, los cuáles son introducidos lo más cerca posible al ovocito para aumentar las probabilidades de fecundación. El segundo factor es el cervical, y encuentra su origen en causas de infertilidad o esterilidad de fuente femenina, como alteraciones del cuello uterino, moco de mala calidad, anomalías orgánicas del cuello uterino, entre otros. Por este motivo, se busca inseminar el semen lo más cerca posible al ovocito a fin de evitar el cuello uterino. Luego, se encuentra el factor relativo a la esterilidad de origen desconocido y lo que se busca en la inseminación es tratar de conseguir las condiciones más favorables, de manera tal que se evite cualquier impedimento que evite la fecundación.

Así, se estimulan los ovarios, se selecciona el espermatozoide con las mejores condiciones de motilidad y este se coloca cerca a las trompas de Falopio. El cuarto factor es el inmunológico, este se da

debido a la presencia de anticuerpos anti-espermáticos en el semen o en el moco cervical, lo que provoca dificultades a los espermatozoides para desplazarse hacia el útero y las trompas de Falopio. Por ello, al momento de la inseminación, se insertan los espermatozoides en las zonas en las que ya no hay la presencia de moco. Otro factor tiene que ver con el hecho de que el varón sea VIH+. En estos casos, para evitar que el nuevo ser humano sufra la transmisión del virus se recoge una muestra de semen del varón para realizar un lavado a los espermatozoides y determinar, a través de una serie de exámenes, si efectivamente el virus ya no se encuentra presente en los mismos. Finalmente, el sexto factor se refiere a trastornos ovulatorios, endometriosis no severa con trompas normales o pacientes con factor tubárico unilateral. (pp. 22-23)

## **b. Inseminación Heteróloga**

En la inseminación heteróloga el hecho característico es que se lleva a cabo con el semen de un donante debido a la presencia de alguno o varios de estos supuestos que imposibilitarían el empleo del semen de la pareja o cónyuge de la mujer receptora. Según la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia, en el estudio publicado por los doctores Caballero y Núñez, citado en Junquera (2013) estos supuestos son: azoospermia secretora, mujer con RH negativo sensibilizada, enfermedad hereditaria del varón, cuando no se ha encontrado ninguna causa de esterilidad y aun así la

pareja no logra concebir y cuando la mujer no tiene una pareja varón y quiere ser madre (p. 26).

Según este mismo autor, el donante debe cumplir con algunas condiciones previas:

- ✓ voluntariedad;
- ✓ mayoría de edad (sin superar los 30 años);
- ✓ ser informado de que el destino del semen es un programa e Inseminación Artificial;
- ✓ colaborar en el historial que le realice el andrólogo no ocultando ningún dato;
- ✓ tener clara conciencia de que no tendrá ningún derecho ni obligación sobre el niño concebido con su semen;
- ✓ guardar parecido con el varón de la pareja;
- ✓ permanecer en el anonimato para evitar posibles problemas;
- ✓ someterse a un estudio andrológico completo. (*Ídem*).

Del mismo modo, resulta imprescindible que el semen del donante sea fértil, no sea portador de ninguna enfermedad genética ni infecciosa y pueda sobrevivir al procedimiento de crioconservación (*Ibidem*, p. 27). Para determinar estos requisitos, es necesario que se realicen los estudios pertinentes, siempre con el consentimiento del donante.

## **B. Fecundación “*In Vitro*”**

De acuerdo con Barri (1990), la fecundación in vitro (FIV) consigue que: “la fusión entre óvulo y espermatozoide tenga lugar en el laboratorio en lugar de hacerlo en la porción externa de la Trompa de Falopio de la mujer” (p. 27). Una vez lograda la fertilización del

óvulo, se procede a implantar el embrión en el útero de la mujer para que continúe con su desarrollo hasta que se complete el proceso de reproducción humana con el nacimiento.

Durante la fecundación in vitro se pueden apreciar cuatro fases o etapas: primero se estimulan los ovarios de la mujer para lograr la producción de los ovocitos; luego estos son extraídos y conservados en la laboratorio; a continuación se seleccionan y preparan los espermatozoides extraídos de la muestra de semen y se ponen en contacto con los ovocitos para que se dé la fertilización; y, finalmente, se implanta el embrión en el útero de la mujer.

Al igual que en el caso de la inseminación artificial, la fecundación in vitro puede llevarse a cabo de manera homóloga o heteróloga, dependiendo de la calidad de los gametos.

#### **a. Fecundación “*In Vitro*” Homóloga**

En la fecundación in vitro homóloga el ovocito de la mujer a la que se le implantará el embrión y será la madre del embrión fecundado es fertilizado por un espermatozoide de su pareja o cónyuge. Esta técnica se puede emplear cuando el semen eyaculado tiene una baja concentración de espermatozoides, lo que dificulta la fecundación luego del coito o cuando existe alguna malformación o anomalía en las trompas de Falopio que dificultan la llegada de los espermatozoides al ovocito. Asimismo, es un método alternativo en caso otras técnicas como la inseminación artificial no tengan resultado. De esta manera, la fecundación in vitro garantiza la fertilización del óvulo por el espermatozoide, por lo que solo bastaría implantar el embrión en el útero de la mujer para que este continúe con su proceso de desarrollo.

## **b. Fecundación “*In Vitro*” heteróloga**

En la fecundación in vitro heteróloga uno de los gametos de la pareja es donado por un tercero, sin perjuicio de que una vez lograda la fecundación el embrión sea implantado a la mujer para que se continúe con el proceso de reproducción. Esta variante de la fecundación in vitro se lleva a cabo cuando la mujer presenta un problema en la producción de ovocitos, específicamente, una mala calidad ovocitaria. Esta situación es muy común en las mujeres a partir de los 35 años de edad, ya que los ovocitos producidos suelen presentar anomalías cromosómicas, poca capacidad para combinar su carga genética con la del espermatozoide o para dividirse posteriormente a la fertilización. Esto provoca que el embarazo no siga su curso normal y termine en un aborto espontáneo. Del mismo modo, esta técnica también se usa cuando los ovarios no tienen la capacidad de producir ovocitos.

## **C. Maternidad Subrogada (vientre de alquiler)**

La maternidad subrogada parte del supuesto en el que la mujer de la pareja presenta una deficiencia uterina o física que la imposibilita de albergar en su cuerpo el proceso de desarrollo del embrión y reproducción en general (mas no necesariamente la fecundación), por lo que resulta necesario que este se lleve a cabo en el cuerpo de otra mujer. Estos casos son denominados coloquialmente como “vientre de alquiler”, ya que se lleva a cabo la fecundación con los

gametos de la pareja, pero el posterior desarrollo embrionario en el vientre de otra mujer.

Podría darse el caso de que la mujer de la pareja, además de esto, tampoco tenga la capacidad de producir ovocitos aptos para la fertilización por el espermatozoide del padre, por lo que la tercera, además de ofrecer su cuerpo para el embarazo, podría también ser donante del ovocito. En estos casos se habla de “madre sustituta”, ya que la gestante no solo cede su vientre para el desarrollo del embrión, sino que este tiene, además, su carga genética al haber hecho entrega de su óvulo.

Frente a una situación idéntica, la pareja podría también, como segunda opción, conseguir una donación de ovocito de otra persona, realizar una fecundación in vitro heteróloga con este ovocito y el espermatozoide del varón de la pareja, y luego implantar el embrión en el vientre de la gestante. En situaciones como la aquí descrita se habla de una “maternidad fragmentada”, pues el niño o niña tiene la carga genética de una mujer, su desarrollo durante el embarazo se llevó a cabo en el vientre de una segunda y la crianza por una tercera.

Podemos mencionar que, esta técnica, también puede llevarse a cabo con espermatozoides de un donante, en tanto los del varón de la pareja no se encuentren en condiciones óptimas.

Cabe resaltar, que existe un profundo debate sobre el carácter oneroso o gratuito que pueda tener el contrato que se celebre, además de la obligación que tiene la gestante de hacer entrega del niño o niña una vez se concrete el nacimiento y su exigibilidad frente al ordenamiento jurídico.

## **D. Ovodonación (donación de óvulos)**

La ovodonación es una técnica de reproducción humana asistida que, según afirma Varsi (2001), parte del siguiente presupuesto: “La mujer tiene una *deficiencia ovárica*, no genera óvulos pero sí puede gestar por lo que necesita una mujer que sólo le ceda óvulos” (p.265). Esto no quiere decir que la mujer con deficiencia ovárica no esté en condiciones de sostener un embarazo, sino que su capacidad de producción de ovocitos es deficiente. En ese sentido, una vez recibido el ovocito donado, este se fertiliza con el esperma del padre a través de la técnica de fecundación in vitro heteróloga para luego ser implantado el embrión en el vientre de la mujer de la pareja.

No obstante, como ya se señaló respecto a la maternidad subrogada, podría darse el caso en el que la mujer de la pareja, además de no tener la capacidad de producir ovocitos adecuados, tampoco podrá sostener el embarazo en su propio cuerpo debido a alguna anomalía física o enfermedad en la cavidad uterina, por lo que se producirá una “maternidad fragmentada” en tanto el embarazo se lleve a cabo en el vientre de otra mujer.

### **2.2. La Ovodonación**

#### **2.2.1. Concepto y antecedentes**

Enrique Varsi (2001), refiriéndose a la técnica de la ovodonación, señala que:

La mujer tiene una *deficiencia ovárica*, no genera óvulos pero sí puede gestar por lo que necesita una mujer que sólo le ceda óvulos. Es un caso de maternidad parcial. Se produce un caso de trigeneración humana: 1) espermatozoides del

marido; 2) óvulo de una mujer cedente; y 3) gestación de la mujer. La madre procreante no es la misma que la gestante. (p. 265)

En el mismo sentido, Aramburú y Ciani (2012) afirman que:  
*La ovodonación, es una técnica relativamente nueva, aparecida a mediados de la década del '80 como una variante de fertilización in Vitro. Es definida como la aportación de gametos femeninos por una mujer distinta de la que los recibe. De esta manera se utilizan óvulos de una mujer donante, y se transfieren embriones obtenidos al útero de la mujer receptora. Así, aparece como una de las posibilidades más simples, dado que los pasos a seguir son mucho más fáciles que otras técnicas ya que, por ejemplo, no es la mujer embarazada la que recibe medicación sino la donante. (p. 1)*

Tomando en consideración las definiciones aportadas, se llega a la conclusión de que el elemento esencial de la ovodonación es la provisión del óvulo que será fecundado por una donante.

Sin embargo, es posible que se den una serie de supuestos que también involucren la donación del óvulo, como una embriodonación (donación de óvulo y espermatozoide), inseminación artificial con óvulos de la mujer gestante, donación de óvulo e implantación del embrión en un vientre de alquiler, entre otros. Es por ello que, para efectos de esta tesis, y en base a las definiciones planteadas por la doctrina especializada, se considerará como ovodonación a aquella técnica de reproducción humana asistida que consiste en la donación del óvulo, la fecundación de este con un espermatozoide del varón de la mujer y

la implantación del embrión fecundado en el útero de la mujer de la pareja.

Esta técnica se emplea cuando la mujer, ya sea por su edad o una enfermedad o anomalía que produzca un fallo ovárico, no tenga la capacidad de producir ovocitos, o bien producirlos pero en condiciones no aptas para llevar a cabo la fecundación y posterior desarrollo embrionario. Es por ello, que ninguna otra técnica de reproducción humana asistida podría lograr que se lleve a cabo el embarazo, pues tanto la inseminación artificial como la fecundación *in vitro* y la maternidad subrogada (en su variante de vientre de alquiler) requieren del óvulo de la mujer de la pareja. La ovodonación, además, es la técnica con la tasa de probabilidad de éxito más alta, alcanzando entre el 60% y 70% de embarazos llevados a buen término.

Ya se adelantó en el capítulo anterior que la ovodonación consiste en la entrega voluntaria de los ovocitos de una mujer para que una pareja, en la cual la mujer tiene dificultades para la producción adecuada de ovocitos, pueda mediante una fecundación *in vitro* con los espermatozoides del varón de la pareja y la posterior implantación del embrión fecundado en el vientre de la mujer de la pareja o una tercera, lograr culminar el proceso de desarrollo embrionario y posterior nacimiento. En ese sentido, para tratar de explicar los antecedentes de esta técnica de reproducción humana asistida será pertinente referirse a otras técnicas sin las cuales puede llevarse a cabo la ovodonación, como la fecundación *in vitro* y la implantación embrionaria.

El primer antecedente de la ovodonación se remonta a finales del siglo XIX, en el año de 1890, cuando el doctor Walter Heape de la

Universidad de Cambridge logró extraer de una coneja dos embriones mediante un lavado de las trompas y, posteriormente, implantarlos en otra coneja de raza diferente. Tiempo después nacerían seis conejos sanos de la raza de la madre.

Varios años después, en la década de 1950 se dio un gran impulso en este ámbito de la reproducción asistida. Así, en 1951 algunos científicos, siendo Willett el más destacado, lograron replicar la implantación embrionaria, pero esta vez en bovinos y vacunos. Asimismo, se logró implantar un embrión producto de la fecundación de los gametos de primates en una mona que no podía producir óvulos para que se continúe con el proceso embrionario. De esta manera se llegó a la conclusión que, con un tratamiento adecuado, una hembra estéril podía llevar un embarazo de manera exitosa.

Será algunos años después, en 1983, cuando un equipo liderado por Buster lograría llevar a cabo el primer embarazo por ovodonación en humanos, luego de que inyectara, a través de una inseminación artificial, el semen del varón de una pareja en la cavidad uterina de una voluntaria, precisamente en el día de su ciclo menstrual en el que se iba registrar el pico más alto de la hormona LH (importantísima para garantizar la idoneidad del óvulo). Luego de comprobar la fertilización, el embrión fue extraído mediante un lavado uterino e implantado en el útero de la mujer de la pareja para continuar con el proceso de desarrollo embrionario.

No obstante, esta técnica presentaba una serie de riesgos y dificultades técnicas, por lo que Lutjen, junto a sus colaboradores, logró desarrollar, en 1984, una nueva modalidad de ovodonación. Esta consistía en la fecundación *in vitro* de un espermatozoide del

varón de la pareja y un ovocito proveniente de una donante y la posterior implantación del embrión en el útero de la mujer de la pareja, quien padecía de un fallo ovárico que le impedía la producción de óvulos, por lo que tuvo que estimularse el endometrio con hormonas como estrógenos y progesterona a fin de que pueda sostener el embarazo en su cuerpo. Esta modalidad es, hasta la actualidad, la más popular entre las parejas que deciden llevar a cabo un embarazo por medio de una ovodonación. Al año siguiente, en 1985, el doctor belga Andre van Steirteghem lograría implantar en la mujer de una pareja un embrión criopreservado, logrado gracias a una ovodonación.

### **2.2.2. Causas por las que se conllevan a usar la Ovodonación como Técnica de Reproducción Humana Asistida**

La ovodonación, en tanto implica la recepción del gameto femenino a ser usado en la fecundación por parte de una donante, parte de un presupuesto, que es la imposibilidad del uso de los gametos de la mujer de la pareja. Esto puede ser debido a la imposibilidad de producirlos o porque los produce pero estos no cumplen con las condiciones necesarias para llevar a cabo el embarazo. A continuación, se desarrollarán las causas más comunes que obligan a las parejas a recurrir a la técnica de la ovodonación.

Una de las principales causas es la menopausia. De acuerdo con Lima-Couy, Caballero, Moreno, Casañ, Moreno, Ferrer, Raga, Dolz y Bonilla-Musoles (2002):

*Diversas condiciones sociales - tales como la incorporación de la mujer al campo laboral, retraso de la edad al matrimonio, descendencia programada muy tardía, mejores condiciones de vida y más larga expectativa de vida - han motivado que sean muchas las mujeres que lo soliciten. (p. 322)*

Estas circunstancias de origen social y motivadas por el nuevo rol de la mujer en la sociedad provocan el retraso de la edad deseada para tener hijos, mientras se priorizan otras actividades como la formación profesional o conseguir un trabajo estable. Así, suele suceder que muchas mujeres se vean sorprendidas con la llegada de la menopausia y, por consiguiente, la imposibilidad de seguir produciendo óvulos. Es por ello que ante esta situación la única técnica de reproducción humana asistida viable será la ovodonación.

También es posible que la mujer sufra de un fallo o insuficiencia ovárica primaria, que provocan que los ovarios no produzcan cantidades normales de estrógeno ni liberen óvulos una vez al mes. Esta anomalía provoca que el ciclo menstrual se altere considerablemente, produciéndose de manera irregular e intermitente, y hasta suspendiéndose por algunos meses. La insuficiencia ovárica primaria puede darse debido a alguna alteración en los cromosomas, como el síndrome de Turner o el síndrome de Swyer, o por haberse expuesto a radiación o quimioterapias. Si bien es cierto que puede tratarse mediante la administración de estrógenos y progesterona, muchas veces los óvulos producidos nunca llegarán a estar lo suficientemente preparados para que se dé un embarazo, por lo que será necesario en muchos casos recurrir a la ovodonación.

Otra causa, aunque no tan común, es el fallo ovárico precoz. Este se da en mujeres menores de 40 años de edad y provocan en los ovarios una reducción en la producción de hormonas y alteración en la periodicidad de la liberación de los óvulos. De acuerdo a Lima-Couy *et al.* (2002):

Se sabe que del 1 al 3% de la población femenina experimentará una menopausia precoz. (...) Las principales causas del fallo ovárico precoz son:

- 1- Idiopática: en la mayoría de casos no llega a establecerse una etiología
- 2- Genética: cromosomas en anillo, etc.
- 3- Trastornos inmunológicos: Síndrome de Di George, etc.
- 4- Síndromes autoinmunes
- 5- Trastornos enzimáticos: galactosemia, déficit de 17 (-hidroxilasa y defecto en la secreción de gonadotropinas.
- 6- Factores infecciosos: parotiditis, rubeola, etc.
- 7- Factores ambientales: tabaquismo, exceso de ejercicio
- 8- Factores iatrogénicos: cirugía ovárica, quimio y la radioterapia. (pp. 322-323)

La ovodonación también es empleada en casos en los que la mujer de la pareja es portadora de alguna enfermedad genética o anomalía cromosómica que pueda ser transmitida al concebido. Según Lima-Couy *et al.* (2002): “Este grupo se beneficia con las nuevas técnicas de diagnóstico preimplantatorio, con transferencia sólo de aquellos pre-embriónes que muestran cariotipo normal” (p. 323).

De esta manera, podrían excluirse del proceso de fecundación aquellos embriones que tengan en sus genes la enfermedad o anomalía. No obstante, esta tecnología no es de fácil acceso en todos los centros donde se llevan a cabo las técnicas de reproducción asistida, por lo que muchas veces se suele recurrir a la ovodonación en estos casos.

Las fallas repetidas en la práctica de la fecundación *in vitro* también pueden llevar a la pareja a optar por otra técnica de reproducción humana asistida más eficaz como lo es la ovodonación. Estas pueden causarse debido a problemas en la respuesta a la estimulación de los ovarios para la producción de ovocitos o un fallo en la recepción de los mismos. Otros casos se relacionan con fallas en la calidad del ovocito que provocan que no se logre la fecundación, incluso con el uso de medios como la inyección citoplasmática del espermatozoide y fallos repetidos en la implantación del embrión.

Otra causa es la recurrencia de abortos luego de la implantación del embrión en el útero de la mujer de la pareja luego de haberse realizado la fecundación *in vitro*. Esto puede darse por problemas en la calidad de los ovocitos, ya sea por cuestiones de edad o producción hormonal.

Finalmente, cabe hacer mención de otras causas que también requieren que se recurra a la ovodonación como la edad (la probabilidad de éxito de todas las técnicas de reproducción humana, sea asistida o natural, siempre es menor conforme avanza la edad de la mujer), ausencia de gónadas congénita o por extirpación, tumores, endometriosis, entre otras.

### **2.2.3. La Donante y Madre Receptora**

El papel de la donante del ovocito en la ovodonación es primordial. Sin ella, esta técnica no podría llevarse a cabo. Hoy en día existe una alta oferta de donantes de ovocitos y ya no solo se encuentran donantes en las clínicas, bancos o centros especializados en reproducción asistida, sino también en páginas web y hasta en redes sociales. Sin embargo, es de suma importancia para los intereses de la mujer receptora que la donante cumpla con ciertos requisitos indispensables que garantizarán la consecución del embarazo. Para identificarlos, se tomará como referencia la legislación española, por ser aquella que más ha desarrollado este tema; de manera más específica, la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida del 2006 (Ley 14/2006) y el Real Decreto 412 de 1996.

El primer requisito es que la mujer donante sea mayor de edad pero que no exceda de los 35 años. Lo primero se entiende en tanto la sociedad considera que a cierta edad una persona es lo suficientemente capaz para tomar decisiones que afecten su esfera jurídica y personal en virtud del ejercicio de su libertad, plasmada en la autonomía privada. Por otro lado, el límite de 35 años tiene como finalidad que la mujer donante haga entrega de sus óvulos en el mejor estado posible, y no cuando tenga una baja capacidad ovárica debido a la disminución de los niveles de producción de hormonas como estrógenos o progesterona, lo que provoca óvulos de mala calidad y no aptos para poder lograr un embarazo. Así, como señalan Matorras y Hernández (2007), citando los estudios de Rosenwaks:

*(...) el aumento de la edad materna condiciona un aumento de pérdidas fetales (4,95% en mujeres de < 30 años, frente a*

*un 21,3% cuando se superan los 40 años), y lo más relevante de las pérdidas fetales en mujeres de 40 años o más, es que el 91,3% se deben a anomalías cromosómicas.*  
(p. 349)

Otro elemento a considerar en la donante es que tenga un estado de salud psicofísico óptimo, por lo que deberá cumplir con un protocolo obligatorio en el que se incluirán sus características fenotípicas y psicológicas y se descartará cualquier tipo de enfermedad genética, hereditaria o infecciosa que pueda ser transmitida al futuro embrión. Del mismo modo, se descartará cualquier antecedente familiar de alguna de enfermedad relacionada a cromosopatías, genopatías o metabolopatías. Por su parte, Matorras y Hernández (2007) afirman sobre este protocolo que: “Se debe comprobar (...) ausencia de historial familiar o personal de enfermedades genéticas o antecedentes personales de enfermedades cardiovasculares, ceguera, artritis severa, diabetes juvenil, alcoholismo, esquizofrenia, depresión, epilepsia, enfermedad de Alzheimer, etc.” (p. 353).

También señala la legislación española en el Decreto Real 412/1996, artículo 4º, que los centros especializados en reproducción asistida deberán realizar a los donantes de gametos, tanto masculinos como femeninos, una serie de estudios mínimos que son: grupo sanguíneo; factor Rh; VDRL o prueba similar para detectar sífilis; *screening* de hepatitis; test de detección de marcadores de VIH, estudio clínico para la detección de fases clínicas infectivas de toxoplasmosis, rubeola, herpes virus y citomegalovirus; y Estudio clínico para la detección de *neisseria gonorrhoeae* y *chlamydia trachomatis*.

Además de la regulación relativa al estado de salud psicofísico de la donante, la legislación ha establecido que los donantes de gametos, sea masculino o femenino, no podrán tener más de seis hijos nacidos con su carga genética producto de una donación. Por su parte, y basándose en la Ley 35/1988, Matorras y Hernández (2007) señalan que: “(...) se deberá garantizar que el donante tiene la máxima similitud fenotípica e inmunológica y las máximas posibilidades de compatibilidad con la mujer receptora y su entorno familiar” (*idem*).

Finalmente, resulta importante hacer énfasis en dos aspectos importantes ajenos al aspecto fisiológico. En primer lugar, y según el artículo 5º del Real Decreto 412/1996, la donación de gametos y pre-embriónes no conllevan una retribución económica ni precio en tanto son actos voluntarios, altruistas, gratuitos y desinteresados; mientras que el artículo 3º de la Ley 14/2006 establece que es posible entregarle al donante una compensación económica resarcitoria por las molestias físicas y gastos de desplazamiento y laborales, pero que esto no podrá representar un incentivo económico.

En segundo lugar, las donaciones siempre serán de carácter anónimo, por lo que los bancos de donantes y centros especializados en técnicas de reproducción humana asistida deberán proteger la identidad del donante, aunque sí se podrá brindar información general como sus rasgos fenotípicos y datos relativos a su estado de salud. Solo se podrá revelar la identidad de los donantes en caso de que esto sea necesario cuando exista un peligro cierto para la vida o salud del hijo o por razones contempladas en las leyes procesales penales españolas. Esta regulación se encuentra en el artículo 5º de la Ley 14/2006.

No obstante, existen otras formas de donación de gametos, que, dependiendo del país y su ordenamiento, no necesariamente serán anónimas o altruistas. Así, hay casos, como en los Estados Unidos de América, en los que la mujer donante puede recibir entre 1000 y 2000 dólares, además de medicación gratuita, a cambio de todos los ovocitos que se le puedan extraer, según señala Lima-Couy *et al.* (2002, p.34). También, en algunas legislaciones, se contempla la posibilidad de que la donante pueda ser conocida por la receptora, pudiéndose dar el caso de que la primera sea familiar o amiga de la segunda. Esta es la llamada ovodonación conocida.

El otro sujeto relevante para los fines de la ovodonación es la madre receptora, quien será a la que se le implante el embrión que se ha originado por la fecundación del óvulo donado con un espermatozoide del varón de la pareja. Como ya se ha señalado, las mujeres que recurren a esta técnica de reproducción humana asistida suelen hacerlo por una serie de motivos fisiológicos, los cuáles con resumidos por Matorras y Hernández (2007) de la siguiente manera:

*Las principales indicaciones para donación de ovocitos son fallo ovárico precoz, menopausia, fallo ovárico tras quimioterapia o radioterapia, disgenesias gonadales, alteraciones genéticas, fallo repetido de FIV C de causa ovocitaria, factor edad (> 40 años), baja respuesta y ovarios inaccesibles. (Ídem)*

Casi todas estas indicaciones no solo implican una alteración en la producción de ovocitos, ya sea que provoquen que los ovarios no

los produzcan o que los produzcan en condiciones no aptas para llevar a cabo un embarazo, sino que también afectan la capacidad del útero y la producción ovárica de hormonas, lo que dificulta la posibilidad de que se implante un embrión en la madre receptora para que éste continúe con el proceso de gestación hasta el nacimiento dentro de su cuerpo. Es por ello que la legislación española prevé ciertas regulaciones relativas a los riesgos del tratamiento de la ovodonación. Igualmente, será pertinente que la receptora se someta a una serie de tratamientos que mitiguen dichos riesgos y aumenten las probabilidades de éxito del embarazo.

En ese sentido, en la legislación española podemos advertir el Real Decreto 412/1996, el cual establece en su artículo 7º que los centros especializados en técnicas de reproducción humana asistida deberán realizar a los usuarios y usuarias los estudios clínicos y anatomofisiológicos necesarios a fin de determinar cuáles son las causas que han provocado su esterilidad. Asimismo, añade que se deberán valorar las técnicas que, en base a estos estudios, sean las más eficaces para los usuarios; proporcionar información completa a través de personal capacitado sobre las diversas opciones técnicas de reproducción asistida, posibilidades y servicios a su alcance, beneficios y efectos secundarios, posibles estadísticas disponibles y resultados de investigaciones, así como cualquier otro dato relevante para tomar una decisión adecuadamente informada y responsable; e informar a la receptora de la donación sobre la limitación del estudio de la donante que la imposibilidad de conservación del gameto femenino comporta.

Por otro lado, la Ley 14/2006 establece una serie de presupuestos que deben cumplir las receptoras de la donación. Así, deberán ser mayores de 18 años (mayoría de edad) y gozar de plena capacidad para obrar, además de haber brindado su previo consentimiento para ser usuaria de la técnica de reproducción humana asistida a ser utilizada, de manera libre, consciente y expresa, independientemente de su estado civil u orientación sexual. En caso de que se trate de una mujer casada, se requerirá que el esposo también brinde su consentimiento en los mismos términos señalados anteriormente, salvo que se encuentren separados legalmente o de hecho y así conste fehacientemente. Asimismo, se le deberá entregar a la mujer, de manera previa a la firma de su consentimiento, toda la información respectiva sobre los posibles riesgos que pueda sufrir ella o su descendencia derivados de una edad clínicamente inadecuada para llevar a cabo la técnica.

Las circunstancias que conllevan a la madre receptora a optar por la técnica de la ovodonación, como ya se ha señalado, provoca una disminución en la capacidad del útero de poder sostener el periodo de gestación debido a que se ve afectada la producción ovárica de las hormonas necesarias para este fin. Por ello, resulta necesario que la madre receptora reciba un tratamiento de preparación endometrial, el cual permitirá reducir riesgos y aumentar la probabilidad de un embarazo exitoso. En ese sentido, Matorras y Hernández (2007) afirman que:

*El objetivo del tratamiento sustitutivo en la receptora de ovocitos es preparar el endometrio para recibir al embrión, permitir la implantación, y mantener los estadios iniciales de*

*la gestación, hasta que la placenta asume su propia autonomía, hacia los 50-60 días de gestación.*

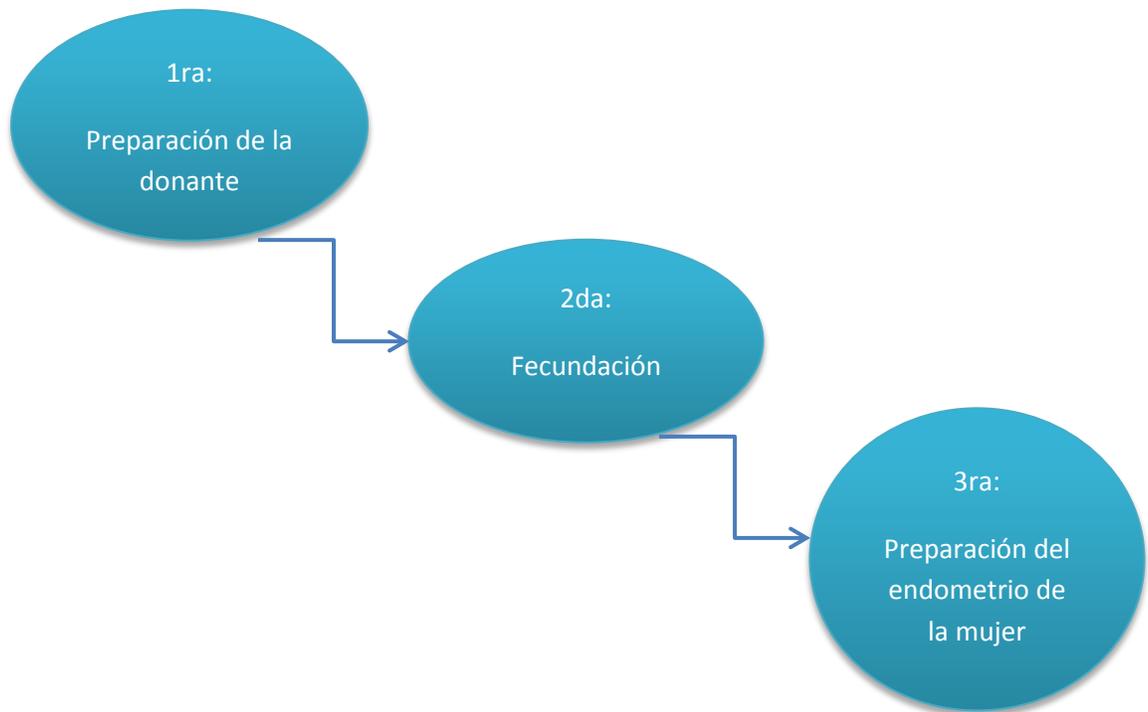
*Para ello es necesario administrar estrógenos para conseguir la proliferación endometrial, y a continuación añadir gestágenos para producir la transformación secretora del endometrio. (p. 355)*

Así, la administración de las hormonas necesarias para la preparación endometrial (principalmente los estrógenos), se puede realizar por vía oral, mediante la ingesta de tabletas de valerianato de estradiol; vía transdérmica, a través de parches que se colocan en la piel; vía vaginal, mediante tabletas vaginales de estradiol y progesterona; o vía subcutánea, por medio de implantes de estradiol.

#### **2.2.4. Tratamiento de la Ovodonación**

En el tratamiento de la ovodonación puede identificarse claramente tres etapas bien diferenciadas: la primera es la preparación de la donante para la extracción de los ovocitos que serán donados, la segunda es la fecundación de uno de los ovocitos por un espermatozoide del varón de la pareja mediante la técnica de fecundación *in vitro* o por inyección intracitoplasmática y la tercera es la preparación del endometrio de la mujer receptora para la implantación del embrión fecundado y la continuación del proceso de gestación.

## ETAPAS DE LA OVODONACION<sup>10</sup>



La primera etapa no consiste de un procedimiento único, sino que muchas veces varía dependiendo del establecimiento al que acuda la donante. Lo que sí es invariable, según el país, es los protocolos obligatorios que puedan estar establecidos por la legislación nacional. Así, como ya se ha señalado en el apartado anterior sobre el caso español, la donante deberá, en primer lugar, brindar su consentimiento de manera expresa y, posteriormente, pasar por una serie de exámenes médicos para descartar cualquier tipo de enfermedad genética, hereditaria o infecciosa, así

---

<sup>10</sup> Cuadro de elaboración propia, como medio de ayuda.

como los antecedentes familiares de alguno de estos tipos de enfermedades.

Una vez cumplido a cabalidad el protocolo, la gran mayoría de clínicas procede a iniciar un tratamiento de estimulación ovárica en la donante para asegurar que los ovarios produzcan varios ovocitos y que estos sean de buena calidad. Para ello, se suelen administrar dosis de un agonista de la hormona GnRH para provocar que los ovarios se encuentren en estado de reposo por un periodo de entre 10 a 14 días.

Al finalizar esta fase, se suelen realizar análisis de sangre o ecografías para comprobar que el tratamiento está funcionando y si los ovarios están basales. Luego, se procede propiamente a llevar a cabo la estimulación ovárica mediante inyecciones de gonadotropinas como FSH, estradiol y HCG, que provocarán el desarrollo de los folículos. Finalmente, se procede a realizar la aspiración folicular para extraer los ovocitos del cuerpo de la donante, los cuales pasan a ser preservados en el laboratorio a bajas temperaturas.

Luego de la extracción de los ovocitos, se da inicio a la segunda etapa de la ovodonación, que es la fecundación de uno de estos por el gameto del varón de la pareja. Esto puede lograrse por dos vías: fecundación *in vitro* o inyección intracitoplasmática de espermatozoides. En la primera, el procedimiento consiste en exponer a los espermatozoides extraídos de la muestra de semen del varón frente a los ovocitos extraídos de la donante hasta que uno de los primeros logre fertilizar a uno de los segundos. En otros casos, solo se selecciona un espermatozoide y se deja que este fertilice a uno de los ovocitos por sus propios medios.

No obstante, cuando la calidad de los espermatozoides no es la mejor debido a la falta de motilidad de los mismos o alguna otra anomalía, se procede a aplicar la inyección intracitoplasmática de espermatozoides, una variante de la fecundación *in vitro* en la que se selecciona uno de los espermatozoides, el cual se inserta en una micropipeta que penetrará en el óvulo para liberarlo y así lograr la fertilización de manera artificial.

Una vez lograda la fecundación, el embrión puede pasar hasta cinco días fuera del vientre materno. Por ello, es necesario que, apenas se fertilice el óvulo, se inicie con la tercera etapa de la ovodonación: la preparación del endometrio de la mujer receptora. Para esto, el tratamiento a seguir dependerá mucho de cuál es la causa de la nula o mala producción de ovocitos de la mujer receptora.

Así, si se trata de una causa por función ovárica, se administran agonistas de GnRH para que los ovarios entren en estado de reposo para que estos no produzcan gonadotropinas que interfieran con la implantación de embrión. Comprobado el reposo ovárico, se inicia con la sustitución hormonal mediante parches de estradiol por un periodo de ocho días. La GnRH se administra hasta la aspiración folicular de los ovocitos de la donante. Luego de producida la fecundación, se procede a implantar el embrión en el endometrio de la mujer receptora, el cual deberá estar compuesto por tres capas, con un espesor de 6 mm. y un nivel de estradiol de 200 pg/ml.

Mientras tanto, en las mujeres cuya infertilidad se debe a causas sin función ovárica, se comienza la preparación endometrial con la

sustitución hormonal a través de parches de estradiol o valerianato de estradiol si es por vía oral; mientras que, periódicamente, se van realizando ecografías transvaginales para comprobar la eficacia del tratamiento hormonal. Así, se va aplicando este tratamiento hasta que el endometrio llegué a cumplir con las características adecuadas. Finalmente, una vez extraídos los ovocitos de la donante, se procede a administrar progesterona por vía intravaginal o intramuscular durante dos o tres días y, transcurrido este tiempo, se implanta el embrión.

La transferencia del embrión es la última fase de la tercera etapa de la ovodonación. Esta puede darse de manera sincrónica (cuando la fecundación se lleva a cabo en paralelo a la preparación endometrial) o asincrónica (cuando primero se realiza la fecundación y el embrión es criopreservado debido a que aún no se ha completado el proceso de preparación endometrial de la receptora). Existen dos mecanismos mediante los cuales se puede lograr la transferencia embrionaria.

El primero de ellos es la transferencia intrafalopiana de cigotos por laparoscopia. Esta se realiza mediante una pequeña cirugía invasiva, que consiste en un pequeño corte en la zona abdominal de la mujer receptora y la introducción de un tubo que llegue hasta las trompas de Falopio, a través del cual se insertarán los cigotos (óvulos fecundados) para que se ubiquen en esta sección del aparato reproductor femenino y luego, por sus propios medios, se dirijan al útero para implantarse en el endometrio y continuar con el desarrollo normal de la gestación.

El segundo mecanismo es mucho más simple y consiste en la inserción de un catéter unido a una jeringa por la vagina de la mujer receptora hasta que este llegue a la cavidad uterina.

Cuando se encuentra correctamente ubicado, se procede a introducir los embriones que se encuentran en la jeringa para que se implanten en las paredes uterinas. Esta técnica suele estar acompañada de una ecografía, ya que el ultrasonido permitirá guiar al médico de manera más acertada para ubicar el catéter en la zona exacta del útero en la que se busca liberar los embriones.

De esta manera, como se ha podido ver en el presente capítulo, la ovodonación es una técnica de reproducción humana asistida relativamente reciente y popularizada a partir de la década de 1980 a raíz del éxito de las primeras pruebas realizadas en humanos, principalmente en mujeres infértiles con o sin función ovárica. Esta consiste en la fecundación *in vitro* del ovocito de una donante y el espermatozoide del varón de la pareja que recurre a esta técnica, para la posterior transferencia del embrión a la mujer receptora, previo proceso de preparación endometrial para garantizar la continuación del proceso de gestación en condiciones óptimas.

Entre las indicaciones que llevan a la mujer infértil a optar por la ovodonación se encuentra por lo general factores de edad, menopausia, fallo ovárico primario o prematuro, abortos por repetición o fracaso en otras técnicas de reproducción humana asistida, como fecundación *in vitro* o inseminación artificial<sup>11</sup>. Asimismo, antes de recibir la transferencia embrionaria, la mujer receptora deberá atravesar por un periodo de preparación endometrial, el cual consiste en la administración de una serie de hormonas para estimular el endometrio y garantizar la correcta implantación del embrión en las paredes uterina.

---

<sup>11</sup> Causas de infertilidad y/o esterilidad que conllevan al uso de la ovodonación.

Del mismo modo, en muchos casos la donante también recibe un tratamiento hormonal a fin de que sus ovarios logren producir ovocitos con todas las características necesarias para que se lleve a cabo la fecundación<sup>12</sup> de manera óptima. Además, deberá de cumplir con una serie de requisitos, como tener entre 18 y 35 años de edad, brindar su consentimiento de manera libre, voluntaria y consciente<sup>13</sup> y pasar por los exámenes médicos correspondientes que descarten cualquier tipo de enfermedad genética, hereditaria o infecciosa que pueda ser transmitida al embrión y así perjudicar el curso normal del tratamiento.

### **2.3. Definición de términos básicos**

- ✓ Las Técnicas de Reproducción Asistida: son todas las técnicas biomédicas empleadas a favorecer directa o indirectamente la fecundación de óvulos.
- ✓ La Ovodonación: esta técnica se emplea cuando la mujer, ya sea por su edad o una enfermedad o una anomalía que produzca un fallo ovárico, no tenga la capacidad de producir ovocitos, o bien producirlos pero en condiciones no aptas para llevar a cabo la fecundación y posterior desarrollo embrionario.

---

<sup>12</sup> Fecundación *In Vitro*.

<sup>13</sup> Capacidad de ejercicio

### **CAPÍTULO III**

## **EL DERECHO COMPARADO Y LA REGULACIÓN LEGAL EN EL PERÚ DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA**

### **3.1. Derecho Comparado**

En el presente capítulo, empezamos a realizar un análisis legal con respecto a la legislación extranjera sobre las técnicas de reproducción humana asistida, debido a que la regulación peruana y, específicamente, la ovodonación, es sumamente escasa y no permite establecer criterios uniformes en su aplicación. Es por ello que resulta pertinente analizar la regulación que se ha dado en otros ordenamientos jurídicos sobre estos mismos asuntos. De esta manera, los legisladores podrán tomar de las normas extranjeras como inspiración para la regulación en el Perú siempre que lo establecido por ellas también pueda ser aplicable en nuestra sociedad; los autores y la doctrina en general podrá estudiar el tratamiento de situaciones similares en el extranjero a fin de elaborar nuevas propuestas que puedan ser tomadas en cuenta por las autoridades o aplicadas en la resolución de casos suscitados en su propio país; y finalmente, los jueces quienes

muchas veces justifican sus resoluciones y sentencias tomando como referencia el marco de la normativa comparada.

De acuerdo con el Instituto Bernabéu, respecto a los países europeos más importantes que tienen un desarrollo considerable en la regulación de las técnicas de reproducción humana asistida, solo España permite este tipo de tratamientos en mujeres solteras y la llamada fecundación *post mortem*; Francia, Inglaterra y España permiten la donación de óvulos y la adopción de embriones; Francia y España garantizan el anonimato del donante; e Italia, Inglaterra y España contemplan la selección del sexo cuando el embrión corra el riesgo de contraer enfermedades hereditarias relacionadas a este factor.

De todas ellas, la legislación más completa es la española. Destaca principalmente la Ley 14/2006 (en la cual el legislador peruano se inspiró para la creación del Proyecto de Ley N°. 1722-2012-CR casi de manera íntegra) y el Real Decreto – Ley 9/2014, que, en lo relativo a las células reproductoras, se aplica de manera supletoria respecto a la ley mencionada anteriormente y que establece parámetros de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos, así como la aprobación de normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos. Además, regula la publicidad de los donantes y centros especializados, enfatizando la prohibición de todo ánimo lucrativo; la fecundación de los gametos de donantes muertos; y los requisitos y procedimientos a realizar para la extracción de células y tejidos del cuerpo humano.

Cabe hacer mención también, finalmente, del Real Decreto 412/1996, mediante el cual se establece la obligatoriedad de las clínicas y servicios especializados en la aplicación de estas técnicas de brindar toda la información relevante a los donantes de gametos que deseen someterse a la extracción de los mismos, así como las pruebas y exámenes médicos que deberán realizarse los donantes (y también los receptores) para garantizar que los gametos donados no serán pasibles de sufrir alguna enfermedad hereditaria, genética o infecciosa. Además, se dispone la creación del Registro Nacional de Donantes de Gametos y Pre-embryones y se garantiza el secreto de toda la información recibida por las clínicas, salvo causales de emergencia en los que la vida del concebido por estas técnicas se vea en peligro y requiera conocer la identidad de sus padres genéticos.

El Reino Unido también ha desarrollado esta materia en su normativa, principalmente en la Ley de Fertilización Humana y Embriología de 1990. En dicha norma se establece, entre otras cosas, las prohibiciones respecto a la manipulación de gametos y embryones; los permisos que deben ser aceptados por los donantes y receptores; las presunciones legales respectivas a la filiación de los hijos concebidos por estas técnicas; la creación del Consejo de Fertilización Humana y Embriología, sus funciones y el manejo de la información recibida; las medidas de inspección y control a los centros que realizan las prácticas; y el tratamiento de la responsabilidad civil cuando el hijo nace con taras.

En Francia, por su parte, el desarrollo legislativo de esta materia no está completo y no existe una norma que albergue en su conjunto las disposiciones normativas más importantes de aplicación en este país. No obstante, cabe hacer mención de un

órgano que ha jugado un papel muy importante en este tema: el Comité Nacional de Ética, el cual, ante la falta de normas, no ha escatimado en la emisión de opiniones y comentarios sobre estos temas y a pesar la no vinculatoriedad de lo señalado por este órgano, muchas instituciones han optado por cumplirlas debido a la relevancia ética y moral que tienen y la urgencia de una regulación pronta en la sociedad francesa. Además, aunque existen varios proyectos de ley que datan a partir de los mediados de la década de 1990, la discusión sobre estos en los órganos legislativos franceses no ha llegado a buen puerto.

Entre otros ordenamientos europeos, cabe hacer mención de los siguientes casos. A diferencia del resto, en Dinamarca se promulgó una ley en 1987 (Ley sobre el establecimiento de un Consejo Ético y la regulación de algunos experimentos biomédicos) en la cual se reguló las técnicas de reproducción asistida en humanos y se establecieron procedimientos para la realización de algunos experimentos que impliquen la manipulación de embriones humanos. Por otro lado, otros países nórdicos como Suecia y Noruega, también ha desarrollado legislación sobre esta materia (leyes sobre inseminación artificial, fecundación *in vitro* y medidas con fines destinados a la investigación y tratamiento de embriones humanos; y leyes sobre inseminación artificial y aplicaciones biotecnológicas en el ámbito médico; respectivamente).

En Australia, la primera regulación data de 1984, en el Estado de Victoria. Esto se dio mediante la Primera Ley General sobre Reproducción Artificial, compuesta por 54 recomendaciones. De acuerdo con Clara Mosquera (1994): “Estas leyes continuaron con la prohibición de venta de tejidos humanos incluyendo espermatozoides,

óvulos y espermatozoides, clonación, fertilización de óvulos humanos con un gameto animal y todas las formas comerciales de maternidad subrogada” (p. 31).

Finalmente, y para llevar el análisis de los marcos normativos referentes a las técnicas de reproducción humana asistida a tierras del continente americano, cabe hacer mención del caso de los Estados Unidos de México. En este país, la regulación relativa a los servicios de salud corresponde a los órganos legislativos federales. Asimismo, la Constitución mexicana en su artículo 73°, esto debe estar contemplado en la Ley General de Salud. Dicho artículo, a diferencia del caso peruano, ni siquiera hace mención expresa a las técnicas de reproducción asistida. Solo hace referencia al control sanitario en la disposición de órganos, tejidos y células. Es por ello que, ante esta situación, se han presentado diversas iniciativas legislativas a fin de modificar dicho artículo o crear una nueva ley que regule exclusivamente esta materia; sin embargo, como señala el Grupo de Información en Reproducción Elegida (GIRE):

*“Algunos aspectos preocupantes de estas iniciativas son: el uso de conceptos contrarios a la ciencia médica y a la regulación vigente, tales como concepción y fertilización, indistintamente. En materia de regulación, la remisión a lineamientos y/o protocolos para normar procesos específicos, cuando deberían hacerlo a normas oficiales mexicanas. Además, preocupa que se pretenda dotar de personalidad jurídica a los embriones, prohibiendo la criopreservación de óvulos fecundados, así como excluir del acceso a estas técnicas a las personas solteras y a las parejas del mismo sexo, situaciones que implican la violación*

*de ciertos derechos humanos de las mujeres y de las personas que no cumplen con el prototipo de familia tradicional.” (2013, p. 169).*

### **3.2. Tratados Internacionales**

Consideramos tomar, como precedente internacional, el caso llevado por Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica. El caso versa sobre la responsabilidad internacional del Estado por las afectaciones generadas a un grupo de personas a partir de la prohibición general de practicar la Fecundación in vitro.

Los hechos del presente caso se relacionan con la aprobación del Decreto Ejecutivo No. 24029-S de 3 de febrero de 1995, emitido por el Ministerio de Salud, el cual autorizaba la práctica de la fecundación in vitro (FIV) para parejas conyugales y regulaba su ejecución. La FIV fue practicada en Costa Rica entre 1995 y 2000. El 7 de abril de 1995 se presentó una acción de inconstitucionalidad contra dicho Decreto Ejecutivo, utilizando diversos alegatos sobre violación del derecho a la vida. El 15 de marzo de 2000, la Sala Constitucional de la Corte Suprema anuló por inconstitucional el Decreto Ejecutivo. El resultado de esa decisión judicial fue la prohibición de la práctica. En 2001, un grupo de personas se presentó ante la Comisión Interamericana

de Derechos Humanos. La Comisión sostuvo que la prohibición costarricense constituía una injerencia arbitraria en los derechos a la vida privada, a la vida familiar, al derecho a conformar una familia, y una violación al derecho de igualdad. Por lo tanto, recomendó a Costa Rica levantar la prohibición de la FIV y asegurar que la futura regulación sea acorde con la Convención. Ante el incumplimiento de la recomendación, luego de tres prórrogas, el 29/07/2011, la Comisión sometió el caso a la jurisdicción de la Corte. El 28/11/2012, ese tribunal condenó a Costa Rica; dijo que prohibir la fertilización in vitro viola el derecho a la privacidad, a la libertad, a la integridad personal, a la no discriminación y el derecho a formar una familia.

La Corte ratificó, pues, que el acceso a la reproducción humana asistida debe estar garantizado legalmente, pero fue más allá, ya que al analizar el art. 4.1 de la Convención y la naturaleza del embrión, ingresó en un terreno sensible y necesario para América Latina, como es la interrupción del embarazo.

1. Expresó enfáticamente que los derechos reproductivos integran los derechos humanos: hay un derecho a procrear y un derecho a no procrear.

2. Interpretó el término «concepción», contenido en el art. 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos y lo asimiló a «anidación». Reconoció que un óvulo fecundado da paso a una célula diferente, con la consecuente información genética suficiente para el posible desarrollo de un «ser humano»; pero si ese embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer, sus posibilidades de desarrollo son nulas, pues no recibe los nutrientes necesarios, ni está en un ambiente adecuado. «Concepción» presupone, pues, existencia dentro del cuerpo de

una mujer. Prueba de esta conclusión es que solo es posible establecer si se ha producido o no un embarazo una vez que el óvulo fecundado se ha implantado en el útero y se produce una hormona detectable únicamente en una mujer que tiene un embrión anidado. En definitiva, elocuentemente, la Corte afirma que el término «concepción» al que alude la Convención Americana se refiere al momento en que se produce la anidación.

Esta afirmación es importante no solo en el campo de la reproducción humana asistida sino también en el de los derechos sexuales y reproductivos, ya que legitima los métodos anticonceptivos, en especial, los hormonales de emergencia, tales como la pastilla del día después. La sentencia permite afirmar que tales métodos no atentan contra el derecho a la vida consagrado en la Convención Americana de Derechos Humanos ni son abortivos, debido a que no hay embarazo mientras no hay anidación, proceso que esos métodos impiden.

3. Afirmó que un embrión no implantado, o sea, un embrión in vitro, no es persona y agregó que las tendencias en el derecho internacional y comparado no conducen a considerar que el embrión deba ser tratado de igual manera que una persona nacida, ni que titularice un derecho a la vida. El embrión y el feto gozan de una protección gradual e incremental, no absoluta. Es decir, la protección del derecho a la vida «desde la concepción», mencionado en el art. 4 de la Convención, se vincula al mayor o menor desarrollo de ese embrión.

Esta afirmación es crucial, atento a que, al reconocer condicionalidad, relatividad y gradualidad a la protección del embrión y del feto, las leyes que regulan la interrupción del embarazo tienen que ser coherentes con la regla de que el embrión no tiene derechos absolutos; de allí que una prohibición

total y absoluta de la interrupción del embarazo que no atendiese a otros derechos en conflicto violaría la Convención. Así, por ejemplo, Nicaragua, con apoyo de los sectores más conservadores de la sociedad latinoamericana, eliminó del Código Penal la eximente de «grave riesgo para la vida o la salud de la madre»; o sea, en Nicaragua, de acuerdo a la legislación vigente, estaría penado el aborto practicado por el médico, aun para salvar la vida de la madre, con su consentimiento. Semejante absurdo no es tolerado por la Convención, conforme la sentencia que se analiza.

4. Enfatizó la necesidad de proteger los derechos humanos, en especial, los derechos de las mujeres y, por eso, el legislador debe permitir, según corresponda, un adecuado balance entre derechos e intereses en conflicto. Al respecto, la Corte recurre a algunos ejemplos jurisprudenciales en los que se reconoce un legítimo interés en proteger la vida prenatal, pero en los que se diferencia dicho interés de la titularidad del derecho a la vida, recalcando que todo intento por proteger dicho interés debe ser armonizado con los derechos fundamentales de otras personas, especialmente de la madre. Entre las decisiones judiciales citadas, la Corte destaca lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación de la Argentina, que ha señalado que ni de la Declaración Americana ni de la Convención Americana se deriva algún mandato por el que corresponda interpretar, de modo restrictivo, el alcance de las normas penales que permiten el aborto en ciertas circunstancias (Corte Suprema de Justicia de Argentina, “F. A. L. s/ medida autosatisfactiva”, 13 de marzo de 2012, F. 259. XLVI, consid. 10.).

Por lo tanto, la Corte Interamericana concluye que el objeto y fin de la cláusula «en general» del art. 4.1 de la Convención es la de

permitir, según corresponda, un adecuado balance entre derechos e intereses en conflicto. Por eso, no puede alegarse la protección absoluta del embrión, anulando otros derechos, en especial, los derechos de la mujer.

Esta afirmación también es de suma relevancia en tanto pone énfasis en el respeto y la consideración de los derechos de la mujer, que también son privilegiados. En suma, una prohibición del aborto que no respete los derechos de las mujeres violaría la Convención.

Una vez más, la máxima instancia judicial de la región en materia de derechos humanos ha hablado. Por primera vez, la Corte Interamericana se enfrenta a un tema por demás sensible, como es la naturaleza jurídica del embrión y su clara incidencia en dos temas que hacen a los derechos sexuales y reproductivos: (a) el derecho a procrear y a no procrear; más precisamente, el derecho a la reproducción humana asistida in vitro y (b) la interrupción del embarazo. La Corte ha dado pasos gigantes, ya que no solo ha legitimado la reproducción humana asistida, sino que también ha avanzado hacia una ampliación en el acceso a anticonceptivos y al aborto. Puede pensarse, entonces, que la máxima instancia judicial en la región ha dado luz verde para legalizar la interrupción del embarazo en América en un abanico mucho más amplio de casos.<sup>14</sup>

### **3.3. La Constitución Política del Perú de 1993 y las Técnicas de Reproducción Humana Asistida**

---

<sup>14</sup> <https://aldiaargentina.microjuris.com/2013/02/06/la-decision-de-la-corte-interamericana-de-derechos-humanos-del-28112012-y-la-interrupcion-del-embarazo/>

### 3.3.1. Derechos de los progenitores

El concepto de derechos reproductivos es relativamente moderno y hasta la actualidad se encuentra en desarrollo constante. De acuerdo con Alda Facio (2008):

*“(...) no fue hasta finales del siglo pasado, en la Conferencia Mundial Sobre la Población y el Desarrollo, celebrado en El Cairo, en 1994, que se acuñó el término “derechos reproductivos” para designar al conjunto de derechos humanos que tienen que ver con la salud reproductiva y más ampliamente con todos los derechos humanos que inciden sobre la reproducción humana así como aquellos que afectan el binomio población-desarrollo sostenible”. (p. 25)*

Así, desde la Constitución pueden interpretarse algunas consideraciones especiales hacia las mujeres infértiles que dan paso al desarrollo de derechos reproductivos para así garantizar su protección y su libre desarrollo. En esa línea, autoras como la citada Facio reconocen hasta doce derechos reproductivos esenciales: el derecho a la vida; el derecho a la salud; el derecho a la libertad, seguridad e integridad personales; el derecho a decidir el número e intervalo de hijos; el derecho a la intimidad; el derecho a la igualdad y a la no discriminación; el derecho al matrimonio y a fundar una familia; el derecho al empleo y la seguridad social; el derecho a la educación; el derecho a la información adecuada y oportuna; el derecho a modificar las costumbres discriminatorias contra la mujer; y, finalmente, el derecho a disfrutar del progreso científico y a dar su consentimiento para ser objeto de experimentación (*ibídem*, pp. 26-28).

Ante el presente tema, vale la pena mencionar los llamados “derechos implícitos”, que tal vez no están expresos en la Constitución, pero que si están protegidos como todos los derechos reconocidos en la norma suprema.

Según el Tribunal Constitucional (2005) en la sentencia recaída en el EXP. N.º 1417-2005-AA/TC:

*De esta manera, la enumeración de los derechos fundamentales previstos en la Constitución, y la cláusula de los derechos implícitos o no enumerados, da lugar a que en nuestro ordenamiento todos los derechos fundamentales sean a su vez derechos constitucionales, en tanto es la propia Constitución la que incorpora en el orden constitucional no sólo a los derechos expresamente contemplados en su texto, sino a todos aquellos que, de manera implícita, se deriven de los mismos principios y valores que sirvieron de base histórica y dogmática para el reconocimiento de los derechos fundamentales. (Fundamento jurídico 4)*

*“[n]uestra Constitución Política reconoce, en su artículo 3º, una `enumeración abierta´ de derechos fundamentales (...)*

*[E]l Tribunal Constitucional considera que, en una medida razonablemente posible y en casos especiales y novísimos, deben desarrollarse los derechos constitucionales implícitos, permitiendo así una mejor garantía y respeto a los derechos del hombre, pues ello contribuirá a fortalecer la democracia y el Estado, tal como lo ordena la Constitución vigente. (Fundamento jurídico 5)*

Si bien la Constitución Política del Perú no tiene un reconocimiento expreso de los derechos reproductivos, existen varios derechos fundamentales establecidos en la norma suprema que constituyen

la base de la regulación normativa del ámbito reproductivo, por lo que vale la pena empezar por desarrollarlos.

✓ **Derecho a la libertad**

Perú es un país que no goza de una completa regulación respecto a las técnicas de reproducción humana asistida. La única mención sobre este tema se hace presente en la Ley General de la Salud (Ley N° 26842), en cuyo artículo 7° se establece 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 madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida se requiere el consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos. Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos.”*

El principal problema que se puede encontrar en la norma citada es la condición establecida por el legislador de que la madre genética sea la madre gestante. Esto, mediante una interpretación extensiva, implicaría el no reconocimiento de algunas de las técnicas de reproducción humana asistida explicadas en el segundo capítulo de esta tesis en las que la condición de madre genética no recae en la de madre gestante, como la ovodonación (en tanto la madre receptora recibe un embrión fecundado con el gameto femenino de una donante).

No obstante, es un principio general del derecho y contenido esencial del derecho a la libertad que todo lo que no está prohibido está permitido y esto, además, goza de reconocimiento constitucional en el artículo 2º, numeral 24, literal a) de la Constitución Política del Perú. En ese sentido, al no existir una prohibición expresa de la ovodonación o cualquier otra técnica en la que no recaiga la condición de madre gestante y madre genética en la misma persona, sino que se llega a esta conclusión por medio de una interpretación analógica, no es posible afirmar que éstas se encuentren proscritas por el ordenamiento jurídico peruano. Este mismo razonamiento ha sido recogido por la Corte Suprema en la Casación Nº. 4323-2010, resuelta el 11 de agosto de 2012.

Según el Tribunal Constitucional (2006) en la sentencia recaída en el EXP Nº 9068-2005-PHC/TC:

*El derecho fundamental a la libertad personal tiene un doble carácter. Es un derecho subjetivo, pero también una institución objetiva valorativa. (...) Como derecho objetivo, es uno de los valores fundamentales de nuestro Estado social y democrático de Derecho, por cuanto informa nuestro sistema democrático y el ejercicio de los demás derechos fundamentales; a la vez que justifica la propia organización constitucional. (Fundamento jurídico 1)*

Así, la libertad debe entenderse como aquel derecho fundamental que permite a la persona, además del despliegue de su energía y motricidad física, el ejercicio del resto de los derechos, por lo que este derecho se concibe desde varias perspectivas: libertad política, religiosa, de expresión, de información, sexual, reproductiva, etc. Como ya se explicó, existen derechos reproductivos que poseen las

mujeres infértiles y que se desprenden del desarrollo de otros derechos como el libre desarrollo de la personalidad (otra dimensión del derecho a la libertad) y que el ejercicio de los mismos implica el ejercicio de la libertad. El empleo de las técnicas de reproducción humana asistida se relaciona con estos derechos en tanto toda mujer (y toda pareja) tiene el derecho de elegir tener una descendencia, cuántos hijos tener y cuándo tenerlos. Hasta hace algunas décadas, la infertilidad era una limitación de la naturaleza a este derecho, pero hoy en día las ciencias médicas han superado estos problemas; y, que un Estado niegue el acceso a estas técnicas asumiendo que los problemas relativos son insuperables es parte de una política paternalista, una concepción meramente biológica de la maternidad, dejando de lado el componente emocional y afectivo (“es más madre la que cría que la concibe”), y una práctica limitante de la libertad de las mujeres infértiles de valerse del desarrollo científico para lograr la procreación, lo que constituye un derecho reconocido por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 15º y la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 27º.

#### ✓ **Derecho a la dignidad**

Otro derecho inherente a todo ser humano es la dignidad, que se encuentra reconocida en el artículo 1º de la Constitución Política del Perú, en donde se señala que: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”. El Tribunal Constitucional, por su parte, ha reconocido el derecho a la dignidad en múltiples sentencias; no obstante, no ha logrado aportar una definición clara de este derecho y su contenido. En la sentencia recaída en el EXP N.º 2016-2004-AA/TC, el supremo intérprete constitucional (2004)

toma como referencia la concepción kantiana de dignidad y la afirma sobre este derecho que:

*“(...) supone el respeto del hombre como fin en sí mismo, premisa que debe estar presente en todas las planes de acción social del Estado suministrando una base constitucional a sus políticas, pues en el Estado social el respeto a la dignidad se refiere esencialmente a lograr una mejor calidad de vida de las personas”. (Fundamento jurídico 16).*

En la misma línea, el Tribunal (2007) reconoce en la sentencia recaída en el EXP N° 10087-2005-PA/TC la concepción kantiana de la dignidad, pero añade que: “(...) es un dínamo de los derechos fundamentales; por ello es parámetro fundamental de la actividad del Estado y de la sociedad, así como la fuente de los derechos fundamentales” (fundamento jurídico 5).

Sin embargo, ninguna de estas definiciones da una definición en sentido estricto, sino que explican la naturaleza de la dignidad como el cúmulo o fuente de todos los derechos fundamentales o brindan una definición negativa como la prohibición de la instrumentalización del ser humano. Por su parte, Fernández Segado (1996) señala que uno de los sentidos de la dignidad implica: “(...) una calidad que se predica de toda persona, con independencia y de cual sea su específica forma de comportamiento, pues ni tan siquiera una actuación indigna priva a la persona de su dignidad” (p. 23); y que, además, “exige, pues, dar a todo ser humano lo que es adecuado a su naturaleza misma de hombre como ser personal distinto y superior a todo ser animal,

en cuanto dotado de razón, de libertad y de responsabilidad” (pp. 23 – 24)

### ✓ **Derecho a la integridad**

La integridad, es un derecho presente en los derechos reproductivos de la mujer, y definiremos bajo una sentencia del TC las dos dimensiones que presenta este derecho. De acuerdo con el Tribunal Constitucional (2004), en la resolución recaída en el EXP N°. 2333-2004-HC/TC: “La integridad física presupone el derecho a conservar la estructura orgánica del ser humano; y, por ende, a preservar la forma, disposición y funcionamiento de los órganos del cuerpo humano y, en general, la salud del cuerpo” (fundamento jurídico 2.1), mientras que sobre la integridad psíquica se afirma que:

*“El derecho a la integridad psíquica se expresa en la preservación de las habilidades motrices, emocionales e intelectuales. Por consiguiente, asegura el respeto de los componentes psicológicos y discursivos de una persona, tales como su forma de ser, su personalidad, su carácter, así como su temperamento y lucidez para conocer y enjuiciar el mundo interior y exterior del ser humano”. (Fundamento jurídico 2.3)*

Dicho esto, se debe considerar que la infertilidad ha sido considerada por la Organización Mundial de la Salud como una enfermedad, según el Glosario de Terminología en Técnicas de Reproducción Asistida. Así, la infertilidad puede considerarse como una afectación a la integridad física de las mujeres, en tanto, si bien las técnicas de reproducción asistida no son tratamientos en tanto no curan la

enfermedad, coadyuvan a paliar sus efectos al permitir la posibilidad de llevar a cabo un embarazo. Además, como señala la Sociedad Española de Fertilidad (2012) en el estudio sobre frecuencia de ansiedad y depresión en mujeres en tratamiento de estimulación ovárica, el 10,1 % de mujeres que recurre a las técnicas de reproducción asistida sufre de depresión, mientras que el 22,2 % padece ansiedad. De esta manera, la infertilidad es una enfermedad que, entre sus efectos, produce un daño a la integridad psíquica de las mujeres infértiles, por lo que las técnicas de reproducción humana asistida sí serían tratamientos para estos efectos.

#### ✓ **Derecho al libre desarrollo de la personalidad**

Sobre el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el Tribunal (2009) ha establecido en la sentencia recaída en el EXP N.º 3901-2007-PA/TC lo siguiente:

*“El derecho al libre desarrollo garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad. Es decir, de parcelas de libertad natural en determinados ámbitos de la vida, cuyo ejercicio y reconocimiento se vinculan con el concepto constitucional de persona como ser espiritual, dotada de autonomía y dignidad, y en su condición de miembro de una comunidad de seres libres.” (Fundamento jurídico 8)*

Por otro lado, el libre desarrollo de la personalidad, como ha señalado el Tribunal Constitucional, consiste en la libre actuación de las personas a fin de lograr su realización personal en todos los

ámbitos de su vida. Formar una familia es, sin duda alguna, parte del desarrollo de la personalidad, en tanto la gran mayoría de las culturas y sociedades del mundo conciben la procreación de la especie como un hecho muy importante en el proceso de realización y desarrollo personal. Por ello, es menester que se proteja y regule este interés de aquellas personas que, aunque no puedan concebir de forma natural, pueden valerse de otras técnicas que cumplan con el mismo fin.

#### ✓ **Paternidad y maternidad responsable**

Por su parte, el artículo 6° de la Constitución establece que:

*“La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir. En tal sentido, el Estado asegura los programas de educación y la información adecuados y el acceso a los medios, que no afecten la vida o la salud.”*

De esta manera, la Constitución manifiesta un interés del Estado, que debe verse plasmado en sus políticas, de promover la paternidad y maternidad responsables. En ese sentido, si una pareja busca procrear y no puede hacerlo debido a la infertilidad del hombre o de la mujer, debería asegurarse el acceso a los medios existentes que le permitan tener descendencia. Concebir

un hijo o hija mediante una técnica de reproducción asistida implica un nivel de responsabilidad mayor porque la voluntad de lograr ello se mantiene a pesar de la imposibilidad física. Por ello se recurre a estas técnicas, que implican una inversión, tiempo y esfuerzo en seguir el tratamiento prescrito por los médicos, además de los estudios físicos y psicológicos que suelen realizarse en los centros especializados en reproducción asistida. Por todo ello, si nada hace pensar que la pareja no será responsable, debería brindársele la información pertinente y el acceso a estas técnicas para poder así tener descendencia.

Particular importancia para los derechos reproductivos de las mujeres estériles tiene el último de ellos en la lista anterior; sobre todo la parte referente al disfrute del progreso científico por tener incidencia directa en lo relativo a las técnicas de reproducción asistida. Normas internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconocen el derecho al goce de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones en su artículo 15°; mientras que el artículo 27° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que: “Toda persona tiene derecho (...) a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten”. Según estas, el ser humano puede aprovechar el desarrollo de la ciencia y la tecnología para el beneficio de la humanidad y la solución de sus problemas cotidianos, siempre en el marco del respeto irrestricto a los derechos humanos. Así, si hoy en día la ciencia permite, mediante las técnicas de reproducción humana asistida, que las parejas infértiles, ya sea con sus gametos o donados, puedan tener hijos, los Estados deberían permitir el empleo de estas técnicas y garantizar el acceso a las mismas pues esto protege a las mujeres infértiles, principalmente, en tanto se ven propensas a

sufrir enfermedades y trastornos psicológicos como ansiedad y depresión.

### **3.3.2. Derecho de los menores**

#### **✓ Derecho a la dignidad**

El reconocimiento sobre el derecho a la dignidad en nuestro ordenamiento, hacen que sea necesaria la protección de este derecho que no pertenece solo a las personas, sino también al concebido. Esto debe considerarse, más aun, en el caso de los embriones concebidos mediante la técnica de la ovodonación. Como en todas las técnicas de reproducción humana asistida en las que la concepción se logra fuera del útero, se conciben varios embriones, de los cuales solo uno será transferido al útero materno para continuar con su desarrollo; mientras que el resto corre el riesgo de ser criopreservados o empleados en experimentos. Esto se encuentra proscrito en muchos ordenamientos, incluyendo el peruano, según lo establecido en el artículo 7° de la Ley General de Salud, debido a que la experimentación con embriones (y con seres humanos en general) consiste en el uso del ser humano como un medio. Por más que se trate de un fin legítimo y que pueda beneficiar a la humanidad como lo es el desarrollo científico en el ámbito genético, el derecho ha ponderado este beneficio con el derecho a la dignidad y le ha dado preferencia a este último.

#### **✓ Derecho a la integridad**

Otro derecho que se estudiará en el presente acápite es el derecho a la integridad, el cual se encuentra reconocido en el

artículo 2°, inciso 1 de la Constitución. También se hace mención de este derecho en el artículo 5° del Código Civil peruano en tanto es un derecho fundamental irrenunciable. Como ya se señaló, la integridad se entiende desde tres dimensiones: una dimensión física, que busca proteger al ser humano de cualquier daño que afecte el funcionamiento de su cuerpo y su salud en general; una dimensión moral, relativa a la protección de los fundamentos y valoraciones que llevan a las personas a actuar de una manera determinada; y una dimensión psíquica, referida al respeto a los componentes psicológicos de las personas que configuran su personalidad y su forma de percibir la realidad, además de una protección adecuada a la salud mental.

Una vez entendido el concepto de la integridad, no resulta difícil deducir que alguna de sus dimensiones, o las tres, resultan particularmente relevantes para el concebido o nacido por ovodonación. Así, por ejemplo, la manipulación de embriones concebidos por ovodonación para fines experimentales como clonación, modificación genética o cualquier otro tipo podría devenir en algún tipo de malformación que afecte gravemente su salud, pudiendo causar incluso la muerte a futuro. Del mismo modo, la integridad moral también puede vulnerarse por actos como estos o por el simple hecho de haber nacido con una carga genética diferente a la de su madre, pues enterarse de esto a cierta edad puede provocar fuertes cuestionamientos a sus convicciones personales sobre su procedencia y su familia, lo que definitivamente altera su desarrollo. La integridad psíquica también se ve en juego en supuestos como los descritos, puesto que la persona puede sufrir alguna alteración en el ámbito emocional que altere su personalidad, su conducta o temperamento; situación,

hasta cierto punto, similar a la del niño que se entera que es adoptado.

Por lo tanto, derechos como la vida y la integridad deben ser reconocidos, de acuerdo con lo dicho anteriormente, tanto a concebidos como nacidos, sin importar la forma en la que se haya logrado el inicio de su vida. Cabe hacer la precisión, además, de que estos derechos y todos aquellos que sean inherentes a la condición de persona son indisponibles e irrenunciables según el artículo 5° del Código Civil, poniéndose de manifiesto un interés protector del Estado frente a la libertad de las personas, limitando la disposición y libre uso de sus derechos.

### **3.4. Artículo 7° de la Ley General de Salud**

La única norma que hace mención expresa de las técnicas de reproducción humana asistida en el Perú es el artículo 7° de la Ley General de Salud (Ley N° 26842), el cual establece 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. 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.*

Mediante esta disposición normativa, el legislador ha expresado su punto de vista sobre una serie de factores importantes que no se deben dejar de tomar en cuenta en el análisis de las técnicas de reproducción humana asistida. En primer lugar, se señala que toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad. De acuerdo con la Real Academia de la Lengua Española, y como lo ha reconocido casi la totalidad de la doctrina médica, el término “tratamiento” debe entenderse como “conjunto de medios que se emplean para curar o aliviar una enfermedad”. También es reconocido como sinónimo de “terapia”. Así pues, según la ley, si la infertilidad se le puede someter a tratamiento, entonces se trata de una enfermedad. Esta concepción va en concordancia con la definición de infertilidad brindada por la OMS (2009), en el Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA), según el cual esta debe entenderse como: “enfermedad del sistema reproductivo definida como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegidas”.

Así pues, debe entenderse que el principal efecto de padecer de infertilidad es la incapacidad de procrear luego de haberlo intentado por un año o más. Por lo tanto, las técnicas de reproducción asistida serían, según la norma, serían el medio idóneo para tratar esta enfermedad, en tanto eliminará sus efectos; es decir, permitirá que la pareja pueda procrear.

De la definición brindada por la OMS se debe entender que este embarazo debe darse mediante la unión de los gametos masculinos y femeninos de la pareja debido a la referencia a las relaciones sexuales. Así pues, como es evidente, la pareja tiene

relaciones sexuales para procrear hijos con su carga genética; y, en caso de que esto no de resultado, lo lógico es que se espere que mediante la cura de la enfermedad se logre el mismo resultado; es decir, procrear hijos con su misma carga genética. En ese sentido, cuando el gameto, sea masculino o femenino, no sea apto bajo ningún supuesto para poder lograr la fecundación y ni siquiera se pueda corregir esta falta mediante algún tratamiento, siempre se aplican técnicas de reproducción humana asistida que requerirán de un donante, sea de semen o de óvulos. De esta manera, las técnicas de reproducción que recurren a esta medida, incluyendo la ovodonación, no se constituyen como tratamientos de la infertilidad, pues al lograr la concepción de un hijo con un porcentaje de carga genética diferente al de la pareja, no están eliminando los efectos de la enfermedad. Por lo tanto, no se deben considerar como una terapia o tratamiento, pues no curan, sino como una forma de paliar los efectos de la infertilidad.

Aunque la infertilidad sea una enfermedad, propiamente no genera un daño en el cuerpo (nadie ha muerto por no procrear en su vida). El principal daño que genera la infertilidad es psicológico, provocando en la pareja stress, ansiedad, depresión, entre otras alteraciones. Así pues, limitar la comprensión de la infertilidad a sus consecuencias físicas es parte de un análisis incompleto de la enfermedad. En ese sentido, si la pareja puede procrear, aunque sea con un gameto donado, se puede lograr un resultado igualmente óptimo que podría eliminar el daño psicológico provocado por la infertilidad, considerando que hoy en día existe una mayor tolerancia y aceptación a este tipo de situaciones. Lo mismo se podrá afirmar de la adopción civil. Todo esto, evidentemente, dependerá de las características psicológicas de cada pareja.

¿Cuál de las dos concepciones asume el artículo 7° de la Ley General de Salud? Aunque no de manera expresa, el legislador optó por una postura ecléctica, pues, como se puede apreciar, la norma dispone que la condición de madre genética siempre deberá recaer en la madre gestante; mientras que no se hace referencia alguna al varón de la pareja, por lo que se debe entender que sí será posible que se logre la concepción mediante semen proveniente de un donante. Esta decisión resulta discriminatoria a todas luces, pues se permite la donación de gametos masculinos pero no la de gametos femeninos, sin ninguna justificación que demuestre que se trata de una medida razonable, vulnerándose así el derecho a la igualdad por razones de sexo<sup>15</sup>.

Por otro lado, como ha reconocido la Sala Civil de la Corte Suprema en la casación N°. 4323-2010, no es posible que se establezcan prohibiciones mediante interpretación analógica, sino que estas deberán de estar señaladas expresamente en la disposición normativa. Así pues, como la norma no prohíbe expresamente la ovodonación, sino los métodos en los que no coincide el carácter de madre genética con el de madre gestante, esto último debe entenderse como una exhortación y no como obligación. De ser así, se estaría vulnerando el derecho a la libertad en tanto no se estaría cumpliendo el principio de que “todo lo que no está prohibido está permitido”. Este se encuentra reconocido en el fundamento jurídico 10.6 de la resolución del Tribunal Constitucional recaída en el EXP N.º 0013-2003-CC/TC, emitida el 29 de diciembre de 2003.

---

<sup>15</sup> Esta misma postura es sostenida en: Espinoza, Juan (2012). Derecho de las personas. Tomo I. Lima, Grijley, p. 152.

Otros dos elementos a desarrollar en la regulación de las técnicas de reproducción humana asistida plasmada en el artículo 7° de la Ley General de Salud son el requerimiento del consentimiento previo y escrito de los padres biológicos y la fecundación para fines distintos a la procreación.

El primer punto resulta de suma importancia pues uno de los miembros de la pareja no debería disponer de los gametos del otro, más aún cuando el resultado será la procreación de un hijo respecto al cual ambos tendrán una serie de deberes que cumplir. Este mandato del legislador resulta aparentemente innecesario, en tanto la regla general es que los dos miembros de la pareja acudan a la clínica o centro especializado en técnicas de reproducción porque ambos se han puesto de acuerdo en optar por este medio para lograr la procreación. Sin embargo, si el consentimiento no consta en un medio físico, alguno de los padres podría rechazar en el futuro la paternidad o maternidad sobre el hijo.

No obstante, resulta problemático que la ley no se manifieste sobre el consentimiento previo y escrito del donante, por lo menos del varón donante, pues, como ya se explicó, la norma incurre en discriminación al no permitir la donación de gametos a las mujeres. Es más que necesario que el donante de gametos tenga conocimiento de cuál será el destino de los mismos, por lo que la clínica o centro receptor deberá brindarle toda la información pertinente de manera oportuna pues, de no ser así, se genera una situación de desventaja informativa para el donante que podría llevarlo a tomar una decisión de la cual podría arrepentirse posteriormente.

Finalmente, cabe hacer énfasis y reconocer el acierto del legislador en establecer taxativamente la prohibición de emplear los embriones humanos para cualquier fin distinto a la procreación. Así pues, los concebidos gozan de todos los derechos que les benefician, entre ellos la dignidad, por lo que cualquier uso que implique la instrumentalización de los mismos y su uso como medios se configuran como una violación a este derecho.

### **3.5. Proyecto de Ley N° 1722-2012-CR**

A pesar de la escasa regulación de las técnicas de reproducción humana asistida en el ordenamiento peruano, esto no significa que el tema no haya sido motivo de discusión y debate. Es por ello que, en virtud del aumento de la práctica de estas técnicas por las clínicas y centros especializados y las limitaciones del artículo 7° de la Ley General de Salud, señaladas en el acápite anterior, se vio necesaria la presentación de un proyecto de ley, el cual, si bien no fue aprobado por el Congreso, puso sobre el tapete una serie de cuestiones muy importantes, incluso en materia de ovodonación, que sin lugar a dudas serán tomadas como referencia en las futuras regulaciones sobre este tema. Así pues, son nueve los artículos que tratan exclusivamente sobre las técnicas de reproducción humana asistida, los cuáles serán desarrollados a continuación.

Así pues, en el artículo 1° del proyecto de ley el legislador busca explicar el objeto y ámbito de aplicación de la ley. Para ello, establece tres objetivos: regular las técnicas de reproducción humana asistida, regular su aplicación en el tratamiento de enfermedades de origen genético y regular los supuestos y requisitos para el uso de gametos y pre-embiones criopreservados. Además, añade el legislador una definición de lo que se entiende por pre-embrión y prohíbe taxativamente la clonación en seres humanos con fines reproductivos. En primer lugar, llama la atención que se vea a las técnicas de reproducción humana asistida como un medio, no solo para lograr la procreación, sino también para la prevención y tratamiento de enfermedades genéticas. Según se entiende, el legislador se ha referido a las enfermedades de este tipo que puedan afectar al concebido (evidentemente, la aplicación de las técnicas no podrá prevenir o tratar la enfermedad de los padres o algún tercero). Esta disposición resulta de por sí interesante pues no solo cabría la posibilidad de que el médico elija los gametos con las mejores condiciones y que no presenten ninguna anomalía, son que también se admita la manipulación genética a fin de evitar cualquier tara en el concebido. En segundo lugar, cabe hacer mención del término “pre-embrión”, por el cual el legislador llama a aquel embrión no mayor de 14 días que ha sido fecundado *in vitro*. La creación de un nuevo término complica aún más al aplicador del derecho, más aún cuando se requiere cierto nivel de conocimiento de los tecnicismos para interpretar la norma de manera adecuada. En ese sentido y para evitar mayores confusiones, debería aplicarse el término “concebido”, que es empleado por el Código Civil o bien “embrión”, entendiéndose como el producto de la concepción del óvulo por el

espermatozoide. Afirmar que el pre-embrión es un embrión menor a 14 días es caer en una contradicción léxica.

En el artículo 2° el legislador menciona entre las técnicas que reúnen las condiciones de acreditación científica y clínica la inseminación artificial; la fecundación *in vitro* e inyección citoplasmática de espermatozoides con gametos propios o de donante y con transferencia de pre-embriones; y la transferencia intratubárica de gametos. Como ya se ha señalado en el segundo capítulo de esta tesis, la inseminación artificial consiste en la introducción del semen en el aparato reproductor de la mujer a fin de lograr la reproducción. En cuanto al segundo supuesto, es posible reconocer más de una técnica. En ese sentido, el legislador admite la fecundación *in vitro* homóloga y heteróloga, lo que incluye también a la ovodonación pues, al fin y al cabo, es un supuesto de fecundación *in vitro* heteróloga, además de la inyección citoplasmática de espermatozoide, que es una variante de la fecundación *in vitro* en la que se selecciona un espermatozoide, el cual es introducido al óvulo mediante una micropipeta. Finalmente, reconoce el legislador la transferencia intratubárica de gametos, que consiste en la introducción de óvulos y espermatozoides a la zona de las trompas de Falopio de la receptora, realizándose la fecundación *in vivo*.

Sin embargo, a pesar del positivo reconocimiento de esta variedad de técnicas, lo más resaltante es lo estipulado en el inciso 2) de dicho artículo, pues el legislador señala que cualquier otra técnica no contemplada en el primer inciso podrá ser practicada, previo informe favorable de una Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida. De esta manera, no se cierran las puertas a futuras técnicas que aún no hayan sido desarrolladas por la

ciencia o a aquellas que no hayan sido contempladas por el legislador, estableciéndose un *numerus apertus*, lo que facilita la aplicación de la norma ante cualquier avance científico.

En el artículo 3° del proyecto de ley se especifican las condiciones personales para la aplicación de las técnicas. Aquí, el legislador prevé que solo se practiquen cuando haya posibilidades razonables de éxito y no implique un riesgo para la salud de la mujer o su descendencia. Además, se establece la obligatoriedad de que la mujer brinde su consentimiento previo y habiendo tenido conocimiento de las posibilidades de éxito y riesgos. También se establece el número máximo de tres embriones en las transferencias en los casos de fecundación *in vitro* a fin de evitar embarazos múltiples y la obligatoriedad de brindar toda la información y asesoramiento relevante, tanto en el ámbito biológico, jurídico, ético y económico a los beneficiados de las técnicas como a las donantes. Destaca también la posibilidad de suspender la aplicación de las técnicas siempre y cuando aún no se haya transferido el embrión a la receptora, mas no se hace mención de hasta cuando se podrá realizar la suspensión en los casos en los que no haya transferencia embrionaria (como en la inseminación artificial o en la transferencia intratubárica de gametos). Finalmente, el legislador busca proteger la confidencialidad de los donantes, usuarios y de las circunstancias relativas al origen de los hijos, sin perjuicio de que se almacene la información relativa a la aplicación de la técnica en historias clínicas.

En el último artículo relativo a las disposiciones generales del proyecto de ley, artículo 4°, se establecen como requisitos de los centros y servicios de reproducción asistida la autorización de la

autoridad sanitaria correspondiente en la que se especificaría qué técnicas se podrán realizar y el cumplimiento de cualquier otro requisito establecido en el reglamento de la ley y demás normas vigentes relacionadas.

En el segundo capítulo de la norma, que abarca desde el artículo 5° hasta el artículo 10°, se regula todo lo relativo los contratos de donación, donantes, receptores y filiación. En el artículo 5° se establece una serie de lineamientos a seguir en los contratos de donación de gametos. Así pues, el contrato deberá ser gratuito, formal y confidencial y será celebrado entre el donante y el centro autorizado. Este podrá ser revocado siempre que aún sea posible y cuando el donante precise para sí los gametos, sin perjuicio de que responda por los gastos incurridos por el centro especializado. Se rechaza el carácter lucrativo o comercial y se autoriza al Ministerio de Salud y a la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida que vele por el respeto del carácter gratuito de la donación. Sin perjuicio de ello, el donante podrá recibir una compensación económica que cubra las molestias generadas y los gastos por desplazamiento y laborales que hayan podido afectarlo. Sobre la formalización del contrato, se establece que este conste por escrito, para lo cual previamente el donante deberá haber recibido toda la información pertinente sobre el fin que tendrá la donación de sus gametos y los posibles riesgos. Por otro lado, se protege la confidencialidad de los donantes de gametos, incluso frente a los hijos nacidos con su material genético. Esta decisión del legislador es controversial en tanto, según lo detallado en el capítulo anterior de esta tesis, se vulneraría el derecho a la identidad de los nacidos mediante donación de gametos. Asimismo, se establece que los donantes sean mayores de 18 años y que gocen de un buen estado de salud psicofísica y de

plena capacidad para obrar. Para garantizar lo segundo, se deberán de cumplir con protocolos relativos a sus características fenotípicas y psicológicas y exámenes que permitan determinar si padece de alguna enfermedad genética, hereditaria o infecciosa que pueda ser transmitida a la descendencia. También sobre los donantes, el legislador establece que solo podrán tener un máximo de seis hijos como producto de la donación de sus gametos, por lo que deberán declarar el número de veces que se han sometido a esta práctica y las clínicas deberán verificar su identidad. Finalmente, se establece que las disposiciones de este artículo también se aplicarán cuando se donen los gametos sobrantes en la aplicación de una técnica de reproducción para la reproducción de otra pareja.

En el artículo 6° el legislador establece los parámetros relativos a los usuarios de las técnicas. Aquí, pareciera que la reacción del artículo solo toma en consideración a las mujeres como usuarias, cuando realmente es la pareja la involucrada en toda la aplicación de la técnica. En ese sentido, el artículo reconoce como usuarios de las técnicas de reproducción humana asistida a las mujeres mayores de 18 años con plena capacidad para obrar y que hayan brindado su consentimiento por escrito, sin perjuicio de su estado civil u orientación sexual. Este último punto es muy importante y puede generar un profundo debate, pues contemplaría la posibilidad de que solo se reconozca la maternidad del hijo y no la paternidad, además de que abriría la puerta de que una pareja de lesbiana pueda criar y custodiar a menores, situación que hoy en día es muy cuestionada en la sociedad peruana. Además, solo si la mujer está casada entonces el marido deberá también brindar su consentimiento. Por otro lado, se hace expresa una vez más la obligación de los centros de brindar toda la información sobre los

posibles riesgos. Finalmente, el legislador establece que en la donación de semen en ningún caso la pareja podrá elegir el donante, sino que esto deberá ser realizado por los médicos tratantes. Resulta curioso que el legislador solo mencione el caso de donación de semen y no de óvulos. Así, se entendería que en la donación de óvulos la pareja podría elegir a la donante, lo que, al igual que en el artículo 7° de la Ley General de Salud, constituye una práctica discriminatoria.

Los siguientes tres artículos se refieren a la filiación de los hijos nacidos producto de las técnicas de reproducción humana asistida. Según el artículo 7° esta se determinará según las leyes civiles y se prohíbe que en los registros civiles se consigne información que pueda vulnerar la privacidad de los donantes de gametos. Por su parte, el artículo 8° establece que los esposos que hayan brindado su consentimiento para la aplicación de una técnica de reproducción humana asistida a fin de que puedan procrear no podrán impugnar la filiación matrimonial del menor nacido producto de la técnica bajo ningún supuesto. Por último, sobre este tema, el artículo 9° señala que si el marido muere antes de la transferencia de su material genético al útero de la mujer, no se podrá determinar su filiación con respecto al hijo concebido producto de la reproducción asistida, salvo que el difunto haya dejado por escrito su consentimiento para el empleo de su material genético en los siguientes 12 meses posteriores a su muerte. Además, se presume el consentimiento cuando la muerte se produce habiendo ya iniciado el tratamiento.

Por último, se encuentra en esta sección del proyecto de ley relativo a las técnicas de reproducción asistida el artículo 10°, relativo a la gestación por sustitución o maternidad subrogada.

Este artículo declara nulo de pleno derecho cualquier contrato que, de manera gratuita u onerosa, prevea la gestación de una mujer para luego renunciar a la filiación y entregar el hijo a otra. Además, establece de manera expresa que, en estos casos, la filiación corresponderá a la madre gestante en todos los supuestos; sin perjuicio de que el padre pueda ejercer la acción de reclamación de paternidad.

## **CAPITULO IV**

### **ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL Y PROPUESTA NORMATIVA DE LOS CASOS DE OVODONACION EN EL PERÙ**

A nivel jurisprudencial, he considerado relevante el análisis de los siguientes casos que se exponen a continuación

#### **4.1. PRIMER CASO – Casación**

**Materia** : Nulidad de Acto Jurídico  
**Demandante** : Custodio Olsen Quispe  
**Demandada** : María Alfaro Dávila

### **Hechos**

En este caso el señor Olsen Quispe interpone una demanda de Nulidad de Acto Jurídico contra María Alfaro Dávila, su ex pareja, con la finalidad de que se declare nulo el acto jurídico consistente en la Autorización de fertilización in vitro y transferencia embrionaria del 5 de agosto de 2004 y el Convenio de Técnicas de Reproducción Asistida de fecha 18 de agosto de 2004. Sustenta su pretensión en que la ley expresamente sanciona a aquellos actos jurídicos realizados contra el orden público y las buenas costumbres (artículo V del Título Preliminar del Código Civil), y lo dispuesto por el numeral 4 del artículo 219 del Código Civil. Igualmente, señala que los actos jurídicos son nulos debido a que transgreden la norma de orden público contenido en el artículo 7 de la Ley General de Salud.

Los fundamentos de la demanda se sustentan en que a pedido de Doña María Alfaro Dávila accedió a las técnicas de reproducción asistida para lo que contrató los servicios de PRANOR S.R.L., precisando que la condición siempre fue concebir con sus propios gametos, sin embargo, refiere que la codemandada Doña María Alicia Alfaro Dávila le ocultó su infertilidad y en consecuencia su condición de no ser la madre de la niña nacida producto de sus espermatozoides y del óvulo de una mujer que desconoce, precisa que dicha técnica nunca fue autorizada, que su interés ha sido procrear con María Alicia Alfaro y no con tercera persona, precisa

que dicho procedimiento no está autorizado por nuestra legislación nacional vigente, en tal sentido solicita se declare la nulidad de los actos cuestionados por ser actos jurídicos nulos por ser sus fines ilícitos, por haberse pactado contra lo dispuesto del artículo 7 de la Ley General de Salud y por ser contrarios al orden público y las buenas costumbres toda vez que las normas contenidas en la Ley General de Salud son expresamente dispuestas como norma de orden público.

### **Sentencia del Juez**

En Primera Instancia, el Juez Especializado en lo Civil resolvió declarar INFUNDADA en todos los extremos la demanda.

### **Sentencia de la Sala Superior**

La Sala Superior, cambia la posición del juzgador y resuelve: REVOCAR la sentencia apelada y REFORMÁNDOLA declararon FUNDADA la demanda; en consecuencia NULOS los actos jurídico siguientes:

1. Autorización de fertilización in vitro y Transferencia Embrionaria del 5 de agosto de 2004.
2. Convenio de Técnicas de Reproducción Asistida de fecha 18 de agosto de 2004.

### **Resolución de la Sala Civil de la Corte Suprema**

Vía recurso de casación interpuesto por la demandada, la Sala Civil de la Corte Suprema resuelve declarar FUNDADO el recurso de casación; en consecuencia, NULA la sentencia de vista y actuando en sede instancia CONFIRMAN la sentencia apelada que declara INFUNDADA la demanda, con voto en discordia.

### **Análisis**

En este caso se advierte de la sentencia de la Sala Superior, que se declara la nulidad de los actos jurídicos de Autorización de fertilización in vitro y Transferencia Embrionaria, así como del Convenio de Técnicas de Reproducción, sin tomar en cuenta las consecuencias que dichos actos ya han traído, tal como el nacimiento de una menor. Asimismo, se desconoce los derechos reproductivos de la demanda (que son derechos naturales) que accedió libremente a las técnicas de reproducción asistida usando el óvulo de una cedente anónima, situación que considero no atenta contra el orden público y las buenas costumbres, sino que permite el ejercicio de su libertad reproductiva.

De igual forma, se puede advertir la falta de uniformidad de criterio interpretativo existente respecto al artículo 7° de la Ley General de Salud, pues la Corte Superior es de la posición de dicha práctica está prohibida, tal como se advierte del considerando cuarto:

*En cuanto al acto jurídico denominado Autorización de Fertilización in vitro y Transferencia Embrionaria debe relevarse que, igualmente, contiene una autorización para que en el procedimiento de reproducción asistida puedan utilizarse gametos provenientes de terceros o del Banco de Gametos, los que luego de ser fecundados serían transferidos al útero de la mujer.*

*Por consiguiente, también este acto jurídico transgrede una norma de orden público como resulta ser el artículo 7 de la Ley General de Salud.*

Mientras que la posición de la Corte Suprema en este extremo es distinta tal como se advierte del considerando tercero, que señala:

*Que, debemos observar que la inseminación artificial permite la posibilidad de la maternidad subrogada o vientre en alquiler, lo cual no es nuestro caso y que además no se encuentra*

*reconocida legalmente en nuestro país, sin embargo, los hechos acaecidos tienen sustento en la técnica de reproducción asistida, denominada ovodonación en virtud de la cual la mujer puede gestar, pero es incapaz de ovular, por lo que se requiere de una donante para que le ceda el óvulo necesitado, al respecto se debe señalar que si bien dicho procedimiento no se encuentra legislado, sin embargo en virtud del 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 ‘solo 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’”, por consiguiente el aludido procedimiento de “ovodonación” no es ilícito ni constituye delito, constituyendo más bien un vacío normativo y jurisprudencial.*

Considero que en este caso, la Sala Superior debió considerar que la manifestación de voluntad que ejerció libremente la pareja, pues considero que no se acreditó el engaño en el que supuestamente se indujo al demandante ya que el mismo convenio constaba de manera expresa el procedimiento a realizarse y en el que se hacía referencia a la cesión de óvulos. Por tanto, no es congruente ni válido que posteriormente se retracte de los mismos, sobre todo teniendo en cuenta la naturaleza de los mismos y las consecuencias que de ella se derivan. Es preocupante el criterio realizado por la Sala Superior pues puede dar lugar a acciones judiciales de la misma naturaleza que cuestionen no solo la cesión de óvulos sino también de espermatozoides. Es por ello que es importante establecer un criterio interpretativo sobre el artículo 7° pues tal como lo reconoce

la propia Corte Suprema existe un vacío normativo y jurisprudencial.

#### **4.2.SEGUNDO CASO – Impugnación de maternidad**

**Materia** : Impugnación de maternidad

**Demandante** : Mónica Oblitas Chicoma en representación de su menor hijo Olsen Fabrizio Quispe.

**Demandada** : María Alicia Alfaro Dávila

#### **Hechos**

De la demanda de fojas cuarenta se aprecia que la recurrente Mónica Cedelinda Oblitas Chicoma actúa en representación de su menor hijo Olsen Fabrizio Quispe Oblitas, e invocando los artículos 45 y 399 del Código Civil impugna el reconocimiento de maternidad efectuado por María Alicia Alfaro Dávila respecto de la menor Alicia Beatriz Alfaro Dávila, argumentando que la demandada no es la madre biológica de dicha menor, pues ella fue inseminada artificialmente con el óvulo de una mujer distinta y se utilizó los espermatozoides del esposo de la recurrente, Custodio Olsen Quispe Condori, sin el consentimiento de este, mediante la técnica de reproducción asistida denominada “ovodonación”, la que no está permitida en nuestro país conforme se colige de lo previsto en el artículo 7 de la Ley General de Salud.

#### **Sentencia del Juez**

El Juez Especializado resuelve declarar IMPROCEDENTE la demanda, ello por carecer de legitimación procesal

### **Sala Superior**

La Sala Superior resuelve CONFIRMAR la sentencia que declara improcedente la demanda.

### **Sala Civil de la Corte Suprema**

La Sala Civil de la Corte Suprema resuelve declarar FUNDADO el recurso de casación; en consecuencia NULA la sentencia de la Sala Superior e insubsistente la del Juez, ordenando que se expida nuevo fallo conforme a ley.

### **Análisis**

De este caso se advierte que la posición de la Corte Suprema no es sobre el fondo de la pretensión en sí pues es con reenvío. La misma considera que el demandante (representado por su madre) y hermano de la menor sí tiene legitimidad para impugnar la maternidad de la misma, sustentando ello en:

*Por lo tanto, no se trata de acreditar solamente la afectación al recurrente por el reconocimiento, sino el legítimo interés en el pronunciamiento, por su condición de hermanos del menor hijo de la demandante y la menor Alicia Beatriz Alfaro Dávila, en la necesidad de que el órgano jurisdiccional decida, respecto al reconocimiento efectuado por la demandada, que se señala transgrede lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley General de Salud, y porque se vulnerarían derechos fundamentales de la citada menor, como su derecho a la propia identidad.*

Es criticable la posición de la Corte Suprema en este caso, teniendo en cuenta la delicadeza del tema que se ventila, puesto que al parecer no advierte las consecuencias que de dicha decisión se pueden generar ¿sería acaso correcto que se impugne

la maternidad de la menor cuando ella no lo ha solicitado? ¿Debería buscarse a la donante del óvulo y vincularla a la menor cuando nunca han tenido contacto?, bajo este contexto se desvincularía a la menor de la persona que ella considera su madre y se la obligaría a vivir con su padre biológico y la esposa de este, aun cuando supuestamente él ni siquiera estuvo de acuerdo con el tratamiento, considero que en este caso lo más importante es determinar el Interés Superior del Menor, lo que no necesariamente implica vinculación con los padres genéticos, tal como ocurre con la adopción.

#### **4.3. TERCER CASO – Proceso de Amparo**

**Materia** : Proceso de Amparo  
**Demandante** : Francisco David Nieves Reyes  
Aurora Nancy Ballesteros Verau  
Fausto César Lázaro Salecio  
Evelyn Betzabé Rojas Urco  
**Demandada** : RENIEC

## **Hechos**

Con fecha 21 de enero de 2005, los Señores Nieves-Ballesteros contrajeron matrimonio y, ante la reiterada imposibilidad de quedar embarazada por parte de la señora Ballesteros, decidieron recurrir a las TERAS, concretamente, a la técnica del útero subrogado. Para ello, se procedió a la fecundación in vitro, con el óvulo de una donante anónima, y con el consentimiento de los Sres. Lázaro-Rojas, se transfirieron los únicos dos embriones fecundados al útero de la Sra. Rojas. Para ello, suscribieron el acuerdo privado de útero subrogado, manifestando su acuerdo de voluntades.

Con fecha 19 de noviembre de 2015 nacieron los menores de iniciales L.N.N.R. y C.D.N.R. Al momento del nacimiento, los menores fueron consignados como hijos de la Sra. Rojas (por ser esta quién los alumbró) y del Sr. Nieves, dado que se aceptó la declaración de la Sra. Rojas en el sentido de que el padre no era el Sr. Lázaro, su esposo. Posteriormente, iniciaron dos procedimientos de rectificación de acta de nacimiento, en donde el Sr. Nieves solicitó que se declare al primero como padre de los menores, procediéndose al respectivo reconocimiento; mientras que la Sra. Ballesteros solicitó se declare que es la madre de los menores, procediéndose a la respectiva rectificación. Tras ello, el RENIEC declaró improcedentes ambas solicitudes a través de las resoluciones registrales impugnadas mediante el presente proceso de amparo.

La parte demandante fundamenta jurídicamente su demanda principalmente en el derecho a la identidad de los menores y en el principio del interés superior del niño. Por ello, los Sres. Nieves-Ballesteros, los Sres. Lázaro-Rojas y los menores solicitan que se reconozca la paternidad y maternidad de los primeros respecto de los últimos.

## **Sentencia del Juez**

El Juez del Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional, DECIDE: DECLARAR FUNDADA la demanda de amparo, interpuesta por la sociedad conyugal conformada por Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau; la sociedad conyugal conformada por Fausto César Lázaro Salecio y Evelyn Betzabé Rojas Urco.

## **Análisis**

El objeto de la demanda es que se declare sin efecto las resoluciones impugnadas y se reconozca plenamente el derecho a la identidad de los menores procediéndose a rectificar las Actas de nacimiento en cuestión bajo los apellidos de la sociedad conyugal conformada por FRANCISCO DAVID NIEVES REYES Y AURORA NANCY BALLESTEROS VERAU.

En el presente caso, si bien la madre solicitante no ha proporcionado el material genético (óvulo de donante anónima), es la persona que demuestra, claramente, la voluntad procreacional. Se trató de un proceso en donde el espermatozoide (aportado por el señor Nieves) y el óvulo (donado anónimamente) son unidos en un laboratorio y luego implantado en las entrañas de la mujer (la señora Rojas) para dar lugar a la gestación, este proceso se denomina homólogo cuando los donantes genéticos son los mismos padres y heterólogo cuando se hace uso de una donación de gametos (óvulo o espermatozoides) de manera anónima, siendo este último supuesto el caso de autos. Es por esto que nos encontramos también ante un caso de ovodonación, la cual, a su vez, se encuentra permitida por el ordenamiento jurídico.

El Poder Judicial ha reconocido la existencia de un claro vacío legal en este aspecto, el mismo que debe ser corregido, sea a

través de la norma o a través de la jurisprudencia, como ha venido ocurriendo. Es así que, una interpretación conforme a la constitución del artículo 7º antes citado, debe conducir a considerar que, en el caso concreto, se trató de una práctica lícita realizada con el fin de procrear y fundar una familia propia.

## **CAPITULO V**

### **PROPUESTA NORMATIVA PARA LA REGULACIÓN DE LA DONACIÓN DE GAMETOS**

#### **5.1. Propuesta Normativa**

Ley que Regula la Donación de Gametos (Ovodonación)

#### **CAPÍTULO I.- Disposiciones generales**

Artículo 1

La presente Ley tiene por objeto la regulación de la donación de gametos en los casos en que una pareja casada o de hecho, por motivo de infertilidad de la mujer o del hombre, requiera los gametos de un(a) donante para dar inicio a la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida a fin de lograr la procreación.

## Artículo 2

La donación solo se llevará a cabo por intermediación de los centros de salud debidamente autorizados por el Ministerio de Salud. Durante todo el procedimiento se garantiza el respeto al derecho a la vida, dignidad, integridad y cualquier otro derecho que sea de beneficio para los concebidos. Queda proscrita para cualquier otro fin que no sea la procreación de una pareja infértil.

## Artículo 3

1. La donación de gametos se realizará solamente cuando se tenga posibilidades razonables de éxito, no cuando se presente riesgo grave para la salud física o psíquica de la donante como para la pareja receptora. A su vez, la posible descendencia y previa aceptación libre y consciente de su aplicación por parte de la pareja.
2. Sólo se podrá autorizar la transferencia de un máximo de tres pre-embrión en cada pareja en cada ciclo reproductivo.
3. La información y ayuda que se brinda a los participantes deberá versar sobre aspectos biológicos, jurídicos y éticos; las posibilidades de éxito; posibles riesgos; procedimientos; costos del tratamiento; y cualquier otra información relevante sobre la donación de gametos. Deberá ser brindada de manera previa,

oportuna y de fácil comprensión, tanto a las donantes como a la pareja receptora.

4. Toda información que se utilice para esta técnica deberá recogerse en historias clínicas individuales, que deberá ser protegida con las debidas garantías de confidencialidad con respecto a la identidad de los donantes, los datos y condiciones de los usuarios y de las circunstancias que concurren en el origen de los hijos así nacidos. No obstante, se tratará de mantener la máxima seguridad posible, en cuanto a la documentación clínica de la persona usuaria de las técnicas.

## **CAPÍTULO II.- Participantes**

### **Artículo 4.- Donantes**

1. La donación de gametos y pre-embryones para las respectivas finalidades autorizadas por esta Ley es un contrato gratuito, escrito y confidencial concertado entre el (la) donante y el centro clínico autorizado.

2. La donación nunca podrá tener un carácter lucrativo o comercial. La compensación económica resarcitoria que se pueda fijar sólo podrá compensar las molestias físicas y los gastos de desplazamiento y laborales que se puedan derivar de la donación, mas no se podrá suponer incentivo económico para ésta.

3. Cualquier actividad de publicidad o promoción por parte de los centros clínicos autorizados que incentive la donación de gametos deberán respetar el carácter altruista de aquélla, no pudiendo, en ningún caso, alentar la donación mediante la oferta de compensaciones o beneficios económicos. El Ministerio de Salud

fijará periódicamente las condiciones básicas que garanticen el respeto al carácter gratuito de la donación.

4. La donación debe ser anónima y deberá garantizar la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes por los bancos de gametos, así como, en su caso, por los registros de donantes y de actividad de los centros clínicos autorizados que se constituyan.

5. En casos excepcionales que conlleven a un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las Leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad de los donantes, siempre y cuando sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. Dicha esto, la revelación tendrá carácter restringido y no implicará en ningún caso publicidad de la identidad de los donantes.

6. Los donantes deberán ser mayores de edad, gozar de un buen estado de salud psicofísica y plena capacidad de obrar. Su estado psicofísico deberá cumplir los requisitos de un protocolo obligatorio de estudio que incluirá sus características fenotípicas y psicológicas, así como las condiciones clínicas y exámenes necesarios para demostrar que no padecen enfermedades genéticas, hereditarias o infecciosas transmisibles a la descendencia. En todo caso, los centros clínicos autorizados podrán rechazar la donación cuando las condiciones psicofísicas del donante no sean las adecuadas.

7. El número máximo de hijos nacidos en territorio peruano que hubieran sido generados con gametos de una misma donante no deberá exceder a seis. Por ello, el Ministerio de Salud, en

colaboración con los centros clínicos autorizados, crearán un Registro Nacional de Donantes, de acceso restringido, con la información de las donantes y el número de hijos nacidos producto de la donación de sus gametos. Será responsabilidad de cada centro clínico autorizado comprobar de manera fehaciente la identidad de los donantes, así como verificar el número de hijos nacidos con sus gametos donados. Si se acreditase que el número de éstos supera el límite establecido, se procederá a la destrucción de las muestras procedentes de ese donante.

#### Artículo 4.- Receptores

1. La mujer y/o varón receptor deberán ser mayores de edad, gozar de buen estado de salud psicofísica, plena capacidad de obrar y haber brindado su consentimiento de manear libre, consciente, expresa y escrita. Su estado psicofísico deberá cumplir los requisitos de un protocolo obligatorio de estudio que incluirá sus condiciones físicas y psicológicas, así como las condiciones clínicas y exámenes necesarios para garantizar las mayores probabilidades de éxito del procedimiento. En todo caso, los centros clínicos autorizados podrán rechazarlo cuando las condiciones psicofísicas de la receptora no sean las adecuadas.
2. La mujer y/o varón podrán ser usuarios o receptores de las técnicas reguladas en esta Ley dependiendo de su estado civil y orientación sexual. Si la mujer estuviera casada, se deberá precisar, además, el consentimiento de su marido, a menos que estuvieran separados legalmente o de hecho y el cual conste de manera fehaciente. El consentimiento del cónyuge, prestado antes de la utilización de las técnicas, deberá reunir los mismos requisitos de expresión libre, consciente, expreso y escrito.
3. La aceptación de la donación de gametos quedará expresado en un formulario de consentimiento informado en el que se hará

mención expresa de todas las condiciones concretas de cada caso en que se lleve a cabo su aplicación.

4. En la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, la elección de la donante de gametos sólo será realizado por el equipo médico que aplica la técnica, que deberá preservar las condiciones de anonimato de la donación. Cabe resaltar que, en ningún caso, podrá seleccionarse personalmente la donante a petición de la receptora. En todo caso, el equipo médico correspondiente deberá procurar garantizar la mayor similitud fenotípica e inmunológica posible de las muestras disponibles con la mujer receptora.

5. La mujer y/o varón receptor de esta técnica, tiene la opción de, pedir que se suspenda su aplicación en cualquier momento de su realización anterior a la concepción, y dicha petición deberá atenderse.

### **CAPÍTULO III.- Maternidad**

#### Artículo 5

En todos los casos en los que la concepción se logre mediante donación de gametos, la maternidad del hijo nacido corresponderá a la madre gestante.

## **5.2. Exposición de motivos**

La presente propuesta normativa trata de tener una correcta regulación en los casos de Ovodonación, el cual tiene una correcta interpretación de lo que es realmente la donación de gametos,

dejando en claro que no se estaría vulnerando ningún derecho fundamental reconocido en la Constitución Política del Perú.

Al realizar esta propuesta normativa, actuamos bajo un criterio constitucional y a la correcta interpretación de los derechos fundamentales que nos otorga el estado. Es por ello, que la figura de Ovodonación estaría permitida en cuanto hacemos uso y gozo de nuestros derechos fundamentales como: derecho a la libertad, libre desarrollo de la personalidad, dignidad, integridad, entre otras. Cabe resaltar, que estos derechos lo goza tanto la pareja que decide llevar a cabo un embarazo bajo esta técnica de reproducción asistida, como el menor que nace bajo dicha técnica de reproducción.

## **CONCLUSIONES**

Una vez concluido el presente trabajo de investigación llegamos a las siguientes conclusiones:

- Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida son aquellos métodos técnicos que sirven para suplir la infertilidad en la persona, brindándole la posibilidad de tener descendencia. Las clases de TERAS son: Inseminación Artificial, Fecundación In Vitro, Maternidad Subrogada y Ovodonación
  
- La Ovodonación es un procedimiento de Reproducción Asistida relativamente nuevo que permite a una mujer con deficiencia ovárica poder concebir a través de la cesión del óvulo de un tercero (donante), y que en la actualidad no se encuentra permitida de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 7° de la Ley General de Salud (Ley 26842).
  
- Las causas que conllevan a usar la Ovodonación como Técnica de Reproducción Humana Asistida son las siguientes: menopausia, falla ovárica precoz, ovarios inaccesibles, abortos por repetición, fracaso en las demás Técnicas de Reproducción Asistida, entre otras.
  
- Situación y problemas que enfrenta la donante:
  - Problema Médico: infertilidad a futuro si excede la cantidad de óvulos permitidos donados.
  - Problema Legal: levantar el anonimato de la donante, en los casos que exista un peligro en la vida o salud del menor.
  
- Situación y problemas que enfrenta la madre receptora:
  - Problema Médico: de tener el menor una enfermedad que requiera la intervención de la donante, este no podrá conocer el

dato genético. Como por ejemplo: donación de médula ósea, en donde se requiere netamente la intervención de la donante al tener la misma carga genética del menor.

- Problema Legal: se podría impugnar la maternidad con una prueba de ADN.

➤ En el derecho comparado, todavía no hay una regulación suficiente, solo el de la legislación española. Destaca principalmente la Ley N° 14/2006 (en el cual el legislador peruano se inspiró para la creación del Proyecto Ley N° 1722-2012-CR).

➤ En cuanto a nuestra Constitución y los Tratados Internacionales ratificados por el Perú contemplan derechos fundamentales que vale la pena poder desarrollarlos:

- Derecho a la libertad: la libertad debe entenderse como aquel derecho fundamental que permite a la persona, además del despliegue de su energía y motricidad física, el ejercicio del resto de los derechos, por lo que este derecho se concibe desde varias perspectivas: libertad política, religiosa, de expresión, de información, sexual, reproductiva, etc. Como ya se explicó, existen derechos reproductivos que poseen las mujeres infértiles y que se desprenden del desarrollo de otros derechos como el libre desarrollo de la personalidad (otra dimensión del derecho a la libertad) y que el ejercicio de los mismos implica el ejercicio de la libertad. El empleo de las técnicas de reproducción humana asistida se relaciona con estos derechos en tanto toda mujer (y toda pareja) tiene el derecho de elegir tener una descendencia, cuántos hijos tener y cuándo tenerlos.

- Derecho a la dignidad: supone el respeto del hombre como fin en sí mismo, premisa que debe estar presente en todas los planes

de acción social del Estado suministrando una base constitucional a sus políticas, pues en el Estado social el respeto a la dignidad se refiere esencialmente a lograr una mejor calidad de vida de las personas

- Derecho a la integridad: La integridad, es un derecho presente en los derechos reproductivos de la mujer. La infertilidad puede considerarse como una afectación a la integridad física de las mujeres, en tanto, si bien las técnicas de reproducción asistida no son tratamientos en tanto no curan la enfermedad, coadyuvan a paliar sus efectos al permitir la posibilidad de llevar a cabo un embarazo.

- Libre desarrollo de la personalidad: consiste en la libre actuación de las personas a fin de lograr su realización personal en todos los ámbitos de su vida. Formar una familia es, sin duda alguna, parte del desarrollo de la personalidad.

- Paternidad y maternidad responsable: si una pareja busca procrear y no puede hacerlo debido a la infertilidad del hombre o de la mujer, debería asegurarse el acceso a los medios existentes que le permitan tener descendencia. Concebir un hijo o hija mediante una técnica de reproducción asistida implica un nivel de responsabilidad mayor porque la voluntad de lograr ello se mantiene a pesar de la imposibilidad física.

➤ Los casos que se han venido presentado en el Perú sobre Ovodonación, demuestran que a nivel jurisprudencial el criterio que ha venido adoptando es que no está prohibido la figura de Ovodonación en el Perú, ya que la norma no es tan clara y precisa que hasta los mismo juzgadores toman el conocido refrán: *todo lo que no está prohibido, está permitido.*

➤ En la actualidad, los conceptos de paternidad y maternidad deben ser reestructurados de acuerdo a las nuevas y plurales formas de establecer vinculaciones afectivas y que puedan implicar una organización familiar distinta y compleja, en el que el criterio de paternidad y maternidad no se sustente solo en lo genético.

## **RECOMENDACIONES**

Determinadas las conclusiones en el ítem anterior, debo señalar como recomendaciones las siguientes:

- Es impostergable la necesidad de un tratamiento legislativo adecuado que regule de manera integral las Técnicas de Reproducción Asistida, de manera específica respecto al tratamiento de la ovodonación, que brinde una protección legislativa adecuada en las controversias jurídicas que se vienen presentando. Por lo que se propone la implementación de una Ley que regule de manera integral las Técnicas de Reproducción Asistida, y que permita de manera expresa el tratamiento de la ovodonación, puesto que lo contrario generaría una discriminación al sí encontrarse permitida la donación de espermatozoides, por tanto el artículo 7° de la Ley General de la Salud debe ser modificado a fin de incluir de manera expresa dicha permisividad en el tratamiento.
- Que, por tanto el procedimiento de la ovodonación sí debería estar permitida en nuestra legislación, por cuanto constituye un derecho de las personas a la reproducción; sin embargo, dicho procedimiento deberá adecuarse a las limitaciones que la ley establezca.
- Para poder optar por el tratamiento de la ovodonación, la mujer donante deberá renunciar a cualquier derecho existente que se pudiera generar sobre el óvulo, tal como la filiación; asimismo, si bien se recomienda el carácter de anonimato del donante, la clínica encargada del procedimiento debería contar con un Registro de Donantes Biogenético que permita en algún caso excepcional conocer la identidad del mismo.

- Asimismo, para poder optar por el procedimiento deberá constar de manera expresa e indubitable la voluntad de la pareja que participe en dicho tratamiento, dicha expresión de voluntad tendrá el carácter de irrenunciable
  
- El documento en el que conste la voluntad de realizar el tratamiento de ovodonación no deberá bajo ninguna excepción ser considerado como un contrato, por cuanto no existirá ningún interés de tipo económico o patrimonial, por tanto será denominado convenio.
  
- Es importante que mientras no exista un cambio a nivel legislativo los jueces deben establecer un criterio de interpretación extensivo y uniforme respecto al artículo 7° de la Ley General de Salud, a fin de resolver las controversias jurídicas que se vienen dando. Recomendamos que dicha interpretación sea *pro hominen* y se tome en cuenta el derecho de una persona a la reproducción. Para ello, debiera llevarse a cabo un pleno casatorio en el que se emita una resolución con carácter vinculante.

## BIBLIOGRAFÍA

### Libros

Aramburú, F.; Ciani, M. (2012).

Una mirada trialista a la ovodonación. *Cartapacio de Derecho*. Buenos Aires: Universidad Nacional del Centro.

Barri, P. (1990).

Aspectos médicos de las nuevas tecnologías en reproducción humana. *AAVV, La Fecundación Artificial: Ciencia y Ética*, Madrid: Editorial PS.

Buxareas, R.; Coroleu, B. (2009).

Inseminación Artificial Conyugal (IAC). Bajo Arenas, J. M.; Coroleu, B. (edit.), *Fundamentos de Reproducción*, Madrid: SEGO, 211.

Espinoza, J. (2008).

*Derecho de las Personas*, Lima: Editorial Rodhas S.A.C.

Gafo, J. (1986).

*Nuevas técnicas de reproducción humana*. Madrid: Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas.

Gómez Sánchez, Y. (1994).

*El derecho a la reproducción humana*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid.

Junquera, R. (2013).

La reproducción médicamente asistida: un estudio desde el derecho y desde la moral. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia.

Matorras, R.; Hernández, J. (eds). (2007).

Estudio y tratamiento de la pareja estéril: Recomendaciones de la Sociedad Española de Fertilidad, con la colaboración de la Asociación Española para el Estudio de la Biología de la Reproducción, de la Asociación Española de Andrología y de la Sociedad Española de Contracepción. Madrid: Adalia.

Mosquera Vásquez, C. (1994).

Nuevas técnicas de reproducción asistida y el Derecho Civil. Lima: Ciudad Universitaria.

Organización Mundial de la Salud (2009).

Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA). Versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS). Ginebra: OMS.

Varsi, E. (2001)

*Derecho Genético*. Lima: Grijley.

Varsi Rospigliosi, Enrique (2013)

*Derecho Genético: Principios Generales*. Quinta Edición. Lima: Editorial Grijley.

Varsi Rospigliosi, Enrique (2014)

*Tratado de Derecho de Personas*. Lima: Editorial Gaceta Jurídica.

Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica: Fecundación In Vitro

### Revistas

- Brugo-Olmedo, S.; Chillik, C.; Kopelman, S. (2013).  
Definición y causas de la infertilidad. *Revista Colombiana de Obstetricia y Ginecología*, XVII (4).
- Cárdenas Rodríguez, Luis.  
“Maternidad por ovodonación”. En *Diálogo con la Jurisprudencia* N° 166, julio 2012.
- Lima-Couy, I.; Caballero, O.; Moreno, X.; Casañ, E.; Moreno, L.; Ferrer, E.; Raga, F.; Dolz, M.; Bonilla-Musoles, F. (2002).  
Ovodonación: situación actual en la medicina pública. *Revista Iberoamericana de Fertilidad*, II (5), 321 – 334.
- Mendiola, J.; Ten, J.; Vivero, G.; Roca, M.; Bernabeu, R. (2005).  
Esterilidad y Reproducción Asistida: Una perspectiva histórica. *Revista Iberoamericana de Fertilidad*, V (1), 15 – 22.
- Mosquera Vásquez, Celinda.  
“El primer caso de ovodonación en la Corte Suprema”. En *Diálogo con la Jurisprudencia* N° 166, julio 2012.
- Mosquera, C. (1994).  
*Nuevas técnicas de reproducción asistida y el derecho civil (Un estudio introductorio)* (tesis de pregrado). Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú.
- Roa Meggo, Ysis.

“La infertilidad en el Perú: nuevos criterios para un enfoque preventivo en salud pública. Fondo Editorial de la USMP, Lima, 2009.

- Silverino Bavio, Paula.  
¿Quién llamó a la cigüeña? Maternidad impugnada e identidad genética. En Diálogo con la Jurisprudencia, junio 2010.

#### Páginas web

- Gonzales Cáceres, Alberto. Maternidad a toda costa. En: [http://www.sodeme.org/publicaciones/articulos/a\\_01\\_14.pdf](http://www.sodeme.org/publicaciones/articulos/a_01_14.pdf) (visto: 01.10.16)
- Del Águila Tuesta, Roxana. Identidad genética y filiación. En: <http://www.aulavirtualusmp.pe/ojs/index.php/VJ/article/view/16/17> (visto 25.10.16).
- Cárdenas Krenz, Ronald. Consideraciones jurídicas respecto a la ovodonación. En: [http://www.unife.edu.pe/facultad/derecho/familia/publicaciones/REVISTA\\_PERSONA\\_Y\\_FAMILIA\\_2014/11\\_Consideraciones%20Jur%C3%ADdicas%20en%20torno%20a%20la%20ovodonaci%C3%B3n%20-%20Ronald%20C%C3%A1rdenas%20Krenz.pdf](http://www.unife.edu.pe/facultad/derecho/familia/publicaciones/REVISTA_PERSONA_Y_FAMILIA_2014/11_Consideraciones%20Jur%C3%ADdicas%20en%20torno%20a%20la%20ovodonaci%C3%B3n%20-%20Ronald%20C%C3%A1rdenas%20Krenz.pdf) (visto 13.10.16)
- Silverino Babio, Paula. Una mirada desde la bioética a las cuestiones legales sobre la infertilidad en el Perú. En: [http://sisbib.unmsm.edu.pe/bvrevistas/ginecologia/vol58\\_n3/pdf/a09v58n3.pdf](http://sisbib.unmsm.edu.pe/bvrevistas/ginecologia/vol58_n3/pdf/a09v58n3.pdf) (visto 30.10.16).
- Silverino Bavio, Paula. Vivir y morir según la ley. En: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5085202.pdf> (visto 10.11.16)

# ANEXOS

## CASO 01

### Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima

#### Exp. N° 1310-2010-Lima

**Demandante** : Custodio Olsen Quispe Condori  
**Demandada** : María Alicia Alfaro Dávila  
**Materia** : Nulidad de Acto Jurídico  
**Fecha** : 31/08/2010

### CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA SEXTA SALA CIVIL

#### EXPEDIENTE NÚMERO: 1310-2010

#### RESOLUCIÓN NÚMERO:

Lima, treinta y uno de agosto del año dos mil diez

#### VISTOS EN DISCORDIA:

Interviniendo como Discordante el Señor Juez Superior Wong Abad y como Dirimente el Señor Juez Superior Torres Ventocilla; y,

#### CONSIDERANDO:

**PRIMERO** : Es materia de grado la apelación concedida contra la sentencia contenida en la resolución número cincuenta y tres, de fecha quince de diciembre de dos mil ocho, que obra de fojas seiscientos doce a fojas seiscientos veintiuno, que declara Infundada la demanda de fojas 19 y siguientes, sin costas ni costos.

**SEGUNDO**: Los agravios que expresa el apelante son los siguientes:

a. El demandante pretende se declare la nulidad de los siguientes actos jurídicos:

- i. Autorización de fertilización in vitro y transferencia embrionaria del 5 de agosto de 2004.
- ii. Convenio de Técnicas de Reproducción Asistida de fecha 18 de agosto de 2004.

Sustenta su pretensión afirmando que:

(...) la demanda presentada por el recurrente, fue fundamentada en la nulidad que la ley expresamente sanciona a aquellos actos jurídicos realizados contra el

orden público y las buenas costumbres (artículo V del Título Preliminar del Código Civil), y lo dispuesto por el numeral 4 del artículo 219 del Código Civil (...)(véase a fojas seiscientos setenta y uno).

Asimismo, señala que el juez especializado:

(...) debió establecer en primer lugar, si es que los actos jurídicos contenidos en los documentos materia de proceso (ovodonación) son actos lícitos o no. Debe establecer de manera fundamentada, si es que dichos cometidos médicos se encuentran autorizados por nuestra legislación y de no ser así (como en efecto no es así), declarar la nulidad de los actos jurídicos por haberse convenido contra ley (véase a fojas seiscientos setenta y uno).

b. Igualmente, señala que los actos jurídicos son nulos debido a que transgreden la norma de orden público contenido en el artículo 7 de la Ley General de Salud.

Esta norma prescribe 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. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere el consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos.

El apelante argumenta que:

En ese sentido, cualquier otra situación diferente a la antes mencionada, queda prohibida por nuestra legislación. Expresamente la ovodonación (técnica de reproducción asistida en que no existe coincidencia entre la madre biológica y la madre genética), resulta ser evidentemente contraria a la autorización de procreación asistida autorizada por el legislador nacional (véase a fojas seiscientos setenta y cuatro).

Lo que le permite concluir afirmando:

(...) en el ámbito civil todo contrato, convenio o como quieran denominar sus infractores, en los que se pacta la cesión de óvulos será nulo (artículo V del Título Preliminar del Código Civil) (...) (véase a fojas seiscientos setenta y siete).

c. El Atestado N° 246-2007-DIVIEOD-DIRINCRI-PNP, del veintidós de febrero de dos mil siete, ha concluido que la demandada sería presunta autora del Delito contra la Fe Pública-Falsificación de Documentos, en agravio del demandante:

(...) debido a que usaron tres hojas en blanco que había firmado el agraviado con el propósito de procrear un hijo en forma artificial para redactar el documento denominado Convenio de Realización de Técnicas de Reproducción Asistida de fecha 18 de agosto del 2005, con el cual el denunciante autorizaba la fecundación del óvulo y el implante del embrión, conforme se sustenta con el Peritaje Grafotécnico que se adjunta y en la forma y circunstancias que se detalla en el cuerpo del presente documento (véase a fojas seiscientos setenta y nueve).

Por consiguiente, concluye el apelante:

(...) conforme se narró en el punto 7 del escrito de demanda, emplazada había utilizado documentos firmados en blanco para completarlos y aparentar consentimiento a las Técnicas Reproducción denominadas OVODONACIÓN (Ibídem).

d. Contrariamente a lo señalado por la sentencia apelada:

(...) la presente demanda en nada perjudica al hecho jurídico del nacimiento de mi menor hija, la cual ha sido oportunamente reconocida por el recurrente; muy por el contrario la beneficia a ella y beneficia a la sociedad (...) (véase a fojas seiscientos ochenta).

**TERCERO:** Absolviendo los agravios contenidos en los apartados a) y b) del considerando anterior debemos señalar que en efecto el denominado Convenio de Realización de Técnicas de Reproducción Asistida señala en su cláusula cuarta lo siguiente:

(...) la 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, también previamente recogido en un plato de laboratorio donde se lleva a cabo la fecundación. **Los gametos a utilizar son proveniente(s) de terceros, donados de manera anónima, y sin ánimo de lucro. Los usuarios consienten a no indagar acerca de la identidad de la donante,** la que tampoco conocerá la identidad de la pareja usuaria. El embrión o embriones que resulten se transfieren al útero de la mujer (...).

**La transferencia de los embriones, se realizarán al útero de LA DECLARANTE (...)** (resaltado nuestro).

Por consiguiente, resulta evidente que los declarantes estaban autorizando la realización de un procedimiento contrario a una norma prohibitiva como el artículo 7 de la Ley General de Salud anteriormente citada.

En consecuencia, el Convenio de Realización de Técnicas de Reproducción Asistida debe ser declarado nulo por violación del artículo V del Título Preliminar del Código Civil.

**CUARTO:** En cuanto al acto jurídico denominado Autorización de Fertilización in vitro y Transferencia Embrionaria debe relevarse que, igualmente, contiene una autorización para que en el procedimiento de reproducción asistida puedan utilizarse gametos provenientes de terceros o del Banco de Gametos, los que luego de ser fecundados serían transferidos al útero de la mujer.

Por consiguiente, también este acto jurídico transgrede una norma de orden público como resulta ser el artículo 7 de la Ley General de Salud.

**QUINTO:** Es necesario relevar, asimismo, que, tal como lo ha manifestado el propio apelante, la declaración de nulidad de los actos jurídicos materia del proceso en nada afectan las obligaciones paterno filiales que le corresponden respecto a la menor hija que ha reconocido.

Finalmente, es necesario exonerar de las costas y costos del proceso a la parte demandada pues el presente proceso de nulidad se ha iniciado luego que el demandante libremente celebrara los actos jurídicos que luego ha impugnado.

**SEXTO:** A este respecto la alegaciones del apelante respecto a que se habrían utilizado hojas firmadas por él en blanco no ha sido acreditada pues no basta para ello las conclusiones un dictamen pericial que debe sujetarse a un proceso penal que no se acredita tampoco haber iniciado y, mucho menos, que en el mismo se haya emitido resolución final.

Por estas consideraciones **REVOCARON** la sentencia contenida en la resolución cincuenta y tres de fecha 15 de diciembre del dos mil ocho, de fojas 612 a 621, que declara **INFUNDADA** en todos sus extremos la demanda de fojas 19 y siguientes y ordena se archiven los autos, sin costas ni costos, y **REFORMÁNDOLA DECLARARON FUNDADA LA DEMANDA**, en consecuencia **NULOS** los actos jurídico siguientes:

1. Autorización de fertilización in vitro y Transferencia Embrionaria del 5 de agosto de 2004.

2. Convenio de Técnicas de Reproducción Asistida de fecha 18 de agosto de 2004.

Sin costas ni costos. En los seguidos por Custodio Olsen Quispe Condori con María Alicia Alfaro Dávila, sobre Nulidad de Acto Jurídico y devuélvase al Juzgado de origen.

WONG ABAD

ARRIOLA ESPINO

TORRES VENTOCILLA

**EL SECRETARIO DE LA SEXTA SALA CIVIL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA, QUE SUSCRIBE, CERTIFICA QUE EL FUNDAMENTO DEL VOTO DEL SEÑOR JUEZ SUPERIOR RIVERA QUISPE, ES COMO SIGUE**

**VISTOS;**

Con el cuaderno de excepciones acompañado, por sus propios fundamentos.

**MATERIA:**

Viene en apelación la sentencia emitida mediante resolución 53 de fecha 15 de diciembre de 2008, obrante a fojas 612 que declara infundada en todos sus extremos la demanda de nulidad de acto jurídico.

**ANTECEDENTES:**

Por escrito de fojas 670, Don **ALBERTO GONZALES CÁCERES**, apela la sentencia emitida argumentando que: 1. Se incurre en error *in procedendo* por inaplicación del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil e inaplicación de la parte *in fine* del numeral 4) del artículo 122 del mismo texto normativo, precisa que se ha omitido emitir pronunciamiento respecto de la ilicitud o no de los actos jurídicos de los que se pide nulidad; 2. Se incurre en error *in iudicando* por inaplicación del artículo IX del Título Preliminar, artículo 7 de la Ley 26842, e inciso 3 del artículo 140 del Código Civil, refiere que no es correcto señalar que los convenios de ovodonación son técnicas de reproducción asistida lícitas en el Perú; 3. Se configura error *in procedendo* por inaplicación de los artículos 188, 191, 197 y 198 del Código Procesal Civil por

cuanto no se ha tomado en consideración que las resoluciones 19 y 20 no se encuentran resueltas, asimismo, que la emplazada había utilizado documentos firmados en blanco para complementarlos y aparentar consentimiento en las Técnicas de Reproducción Asistida; y, 4. Se incurre en error *in iudicando* por aplicación errónea de los artículos 1 y 5 del Código Civil y de los artículos 1, 2, 4 y 6 del Código de los Niños y Adolescentes, artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículos 2, 3, 6 y 12 de la Convención sobre los derechos del niño, precisa que se incurre en error al ponderar dos situaciones de naturaleza totalmente distintas, esto es el hecho jurídico del nacimiento de una persona y su protección jurídica, precisa que la presente demanda en nada perjudica el hecho jurídico del nacimiento de su menor hija, la que ha sido oportunamente reconocida, precisa que lograr la nulidad de los convenios de ovodonación se evita el eugenismo científico y el sacrificio de miles de seres humanos en su etapa inicial de vida.

En el presente Don **CUSTODIO OLSEN QUISPE CONDORI** interpone demanda de Nulidad de Actos Jurídicos contenidos en los documentos denominados: 1. Autorización de fertilización *in vitro* y transferencia embrionaria del 5 de agosto de 2004; y, 2. Convenio de Técnicas de Reproducción Asistida [Dejándose constancia que por resolución 35 de fojas 437, se declara el desistimiento de la pretensión accesoria] contra Doña María Alicia Alfaro Dávila y PRANOR S.R.L. Fundamenta Tácticamente su pedido señalando que a pedido de Doña María Alfaro Dávila accedió a las técnicas de reproducción asistida para lo que contrató los servicios de PRANOR S.R.L., precisando que la condición siempre fue concebir con sus propios gametos, sin embargo, refiere que la codemandada Doña María Alicia Alfaro Dávila le ocultó su infertilidad y en consecuencia su condición de no ser la madre de la niña nacida producto de sus espermatozoides y del óvulo de una mujer que desconoce, precisa que dicha técnica nunca fue autorizada, que su interés ha sido procrear con María Alicia Alfaro y no con tercera persona, precisa que dicho procedimiento no está autorizado por nuestra legislación nacional vigente, en tal sentido solicita se declare la nulidad de los actos cuestionados por ser actos jurídicos nulos por ser sus fines ilícitos, por haberse pactado contra lo dispuesto del artículo 7 de la Ley General de Salud y por ser contrarios al orden público y las buenas costumbres toda vez que las normas contenidas en la Ley General de Salud son expresamente dispuestas como norma de orden público.

#### **CONSIDERANDO:**

1. Cabe precisar que el recurso de apelación tiene por objeto que el órgano Jurisdiccional Superior examine la resolución que produzca agravio al recurrente con el propósito de que sea anulada o revocada, dejándose constancia, de que si bien es cierto, el revisor debe pronunciarse sobre lo que es materia de apelación, en virtud del principio de congruencia procesal, sin embargo, por el principio de plenitud, tiene las mismas facultades que el inferior, de tal manera que puede examinar la demanda, y sus requisitos de procedibilidad, por tratarse de cuestiones que los órganos jurisdiccionales deben apreciar de oficio, siendo el caso que inclusive ante estos supuestos el a quem debe resolver (aun en contra del interés del apelante) sobre presupuestos procesales, nulidad en sentido estricto de actos procesales e incluso sobre ciertos aspectos del fondo del asunto a los que afecten normas de *ius cogens* (p. ej., pactos contrarios a la ley o la moral, caducidad no prescripción de derechos).

2. Asimismo, es menester precisar que el recurso de apelación se justifica en el Principio constitucionalmente reconocido de doble instancia y tiene por objeto evitar decisiones arbitrarias, suplir o corregir defectos y de esa forma constituir un medio de certidumbre que satisfaga cumplidamente las ansias de justicia de las partes y de la sociedad, teniendo siempre como eje la observancia del debido proceso, el cual desde el punto de vista del procedimiento significa que el proceso se dinamiza mediante procedimientos preestablecidos, de modo que garanticen el derecho a una tutela jurisdiccional efectiva.

3. Del análisis integral del expediente venido en grado, esta Sala considera pertinente pronunciarse en primer término respecto de la viabilidad misma de demanda y que es materia de pronunciamiento en el caso que nos ocupa, esto es respecto a la procedibilidad de la pretensión a que se contrae la demanda, en atención a los hechos invocados y en armonía con nuestra normatividad sustantiva y procesal dejándose constancia, además, que de conformidad con lo disciplinado por el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil el Juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes, sin embargo, tiene como límite el petitorio propuesto en la demanda.

4. Es importante tener presente que la nulidad del acto jurídico es la sanción de ineficacia estructural por la omisión de algún requisito que la ley establece para que el acto jurídico sea válido, es decir, incurre en vicios que inciden en los requisitos *ad substantiam* en el momento de la concertación del acto jurídico, asimismo, es importante tener presente que el hecho de que el acto nulo carezca de efectos, no impide que de hecho se establezca relaciones a tenor del acto nulo. Siendo relevante precisar que la declaración de nulidad tiene como efecto que priva al acto de sus efectos propios o normales e impone que las cosas deben volver a su estado anterior, desaparecen los derechos y obligaciones que hubieran nacido y deben restituirse los bienes que se hubieran entregado, asimismo, la nulidad está destinada a destruir la apariencia de validez que ostenta el acto.

5. Para el caso que nos ocupa a fin de analizar la trascendencia e interés legítimo y actual de la pretensión a que se contrae la demanda y la justificación de una decisión de fondo, si bien el análisis de la nulidad se ubica al momento de la celebración (perfeccionamiento, conclusión o concertación) del acto jurídico, sin embargo, es importante tener presente que el contrato es un acto jurídico que crea una relación jurídica obligacional, siendo que el contrato puede ser analizado como proceso, es decir el *iter contractual*, en el cual se pueden identificar tres momentos: el de la negociación tratativas, el de la celebración el momento del contrato y el de la ejecución que es el momento de la relación obligacional.

6. Ahora bien, se debe tener como premisa que la nulidad del acto jurídico importa que el acto jurídico carece de fuerza vinculante como mecanismo autorregulador de intereses privados, dejándose constancia que la sentencia que así lo declara no tiene carácter constitutivo, sino que es meramente declarativo, puesto que, la verificación de la ausencia de un requisito de validez constituye una causa originaria, congénita, orgánica, consustancial al acto e importa que el acto carezca de efectos y por tanto se produce ipso jure, sin necesidad incluso de su impugnación, siendo que para que la nulidad opere como causal de ineficacia no tiene necesidad de ser declarada judicialmente, siendo que las partes se pueden comportar como si el evento nunca hubiese tenido lugar. Sin embargo, no se puede desconocer que el acto jurídico nulo puede ser fuente de efectos, aun de aquellos negociales, en la medida que las

partes, si bien no vinculadas, han ejecutado prestaciones.

7. Para el caso que nos ocupa tenemos que el actor pretende la declaración de nulidad de 1. Autorización de Fertilización in vitro y Transferencia embrionaria del 5 de agosto de 2004; y, 2. Convenio de Técnicas de Reproducción Asistida, sin embargo, cabe precisar que la relación jurídica obligacional generada como consecuencia de dicho acuerdo se ha agotado en todo su *iter* contractual y ha producido los efectos jurídicos esperados por las partes al haber dado lugar a la procreación de una menor.

8. Por consiguiente, la nulidad de los actos cuestionados no presenta efecto jurídico que pueda ser privado y/o suspendido, asimismo, es imposible volver a su estado anterior y pretender desaparecer los derechos y obligaciones que hubieran nacido y/o la restitución de los bienes que se hubieran entregado, siendo que por la naturaleza del acuerdo la realización de la prestación pactada ha modificado la realidad de forma irreversible, advirtiéndose además que la pretendida nulidad, no puede afectar la eficacia del acto realizado, la cual involucra el interés de una tercera persona.

9. En este orden de ideas, tenemos que nuestro ordenamiento adjetivo, en el inciso 6) del artículo 427 del Código Procesal Civil señala que el juez declarará improcedente la demanda, cuando el petitorio fuese jurídica o físicamente imposible, por lo que, estando a lo expuesto se evidencia que existe imposibilidad física y jurídica para decretar la nulidad de los actos jurídicos que se demandan, puesto que no es posible eliminar, retrotraer ni modificar los efectos generados como consecuencia de dichos actos, por lo que la demanda incurre en causal de improcedencia, dejándose constancia que el actor tiene expedito su derecho de reclamar la indebida conducta que atribuye a las demandadas en vía de acción [judicial o administrativa] en un proceso autónomo instaurado para tal fin.

10. En este orden de ideas, respecto a lo argumentado por el apelante en cuanto alega errores *in procedendo* e *in iudicando* en la sentencia emitida, estando a los considerandos precedentes que determinan la improcedencia de la demanda, carece de objeto su pronunciamiento.

11. En cuanto al pago de costos y costas, estando a que con las instrumentales aparejadas a la demanda, se acredita los motivos atendibles del demandante para litigar y, asimismo, dado que no se emite un pronunciamiento de fondo, se le debe exonerar del pago de costas y costos del proceso; por cuyos fundamentos:

**DECISIÓN:** Mi voto es por qué;

**SE REVOQUE LA SENTENCIA** emitida mediante resolución 53 de fecha 15 de diciembre de 2008, obrante a fojas 612 que declara infundada en todos sus extremos la demanda de nulidad de acto jurídico y **REFORMÁNDOLA SE DECLARE IMPROCEDENTE** la demanda de fojas 19 a 27, sin costas ni costos. En los seguidos por Custodio Olsen Quispe Condori con María Alicia Alfaro Dávila, sobre Nulidad de Acto Jurídico y devuélvase al Juzgado de origen.

RIVERA QUISPE

## RESOLUCIÓN DE LA SALA CIVIL DE LA CORTE SUPREMA

CAS. N° 4323-2010-LIMA

Lima, once de agosto de dos mil once.

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE LA REPÚBLICA; vista la causa cuatro mil trescientos veintitrés de dos mil diez en audiencia pública llevada a cabo en el día de la fecha y producida la votación con arreglo a Ley, emite la siguiente sentencia:

### I. MATERIA DEL RECURSO:

Se trata del recurso de casación interpuesto por M.A.A.D. contra la sentencia de vista expedida por la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, su fecha treinta y uno de agosto de dos mil diez, la cual revoca la apelada que declaró infundada la demanda de nulidad de acto jurídico y reformando la declara fundada.

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

Esta Sala Suprema mediante resolución de fecha treinta y uno de marzo de dos mil once, declaró procedente el recurso de casación interpuesto por la causal: Infracción normativa por interpretación errónea del artículo 7 de la Ley número 26842 –Ley General de Salud–, señala que la Sala yerra al considerar que dicha disposición prohibía la “ovodonación” cuando por el contrario, dicha norma al señalar que la condición de madre genética y madre gestante debe recaer sobre la misma persona, realmente se refiere al denominado “vientre de alquiler”, precisando que la Sala se equivoca cuando indica que los declarantes estaban autorizando la realización de un procedimiento contrario al orden público, refiriéndose a la cláusula cuatro del convenio, sin embargo ello no es verdad, porque en ninguna parte del artículo en comento establece una prohibición explícita de la ovodonación, por tanto, dicha técnica no se encuentra prohibida en el Perú ni en otra parte del mundo.

### III. CONSIDERANDO:

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

SEGUNDO.- Que, en principio, conviene precisar que el artículo 7 de la Ley N° 26842 señala: “Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres

biológicos. Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la donación de seres humanos.”; en ese contexto, se puede advertir que nuestra legislación admite las técnicas de reproducción asistida –TERAS–, por lo que conviene señalar que tal y como se les ha reconocido en la declaración de Mónaco, sobre bioética y derechos del niño, son métodos supletorios no alternativos. Supletorios, pues buscan superar una deficiencia biosíquica que impide a la pareja tener descendencia cuando otros métodos han fracasado<sup>1</sup>; al respecto resulta oportuno indicar que existen dos tipos de TERAS: a) inseminación artificial y b) fecundación in vitro, siendo que en el primer caso, el semen es introducido en la vagina de la mujer, siendo homóloga cuando el donante del material es el cónyuge o concubino y heteróloga cuando el donante es un tercero cuyas células reproductivas han sido obtenidas de un banco, mientras que en la fecundación in vitro, el espermatozoide y óvulo son unidos en un laboratorio y luego implantado en las entrañas de la madre para dar lugar a la gestación, siendo este último supuesto el caso de autos.

TERCERO.- Que, debemos observar que la inseminación artificial permite la posibilidad de la maternidad subrogada o vientre en alquiler, lo cual no es nuestro caso y que además no se encuentra reconocida legalmente en nuestro país, sin embargo, los hechos acaecidos tienen sustento en la técnica de reproducción asistida, denominada ovodonación en virtud de la cual la mujer puede gestar, pero es incapaz de ovular, por lo que se requiere de una donante para que le ceda el óvulo necesitado, al respecto se debe señalar que si bien dicho procedimiento no se encuentra legislado, sin embargo en virtud del 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 ‘solo le está permitido al Estado aquello que expresamente le ha sido conferido’<sup>2</sup>, 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’”, por consiguiente el aludido procedimiento de “ovodonación” no es ilícito ni constituye delito, constituyendo más bien un vacío normativo y jurisprudencial.

CUARTO.- Que, habiendo quedado establecido que el proceso de fecundación cuestionado no deviene ilegal, corresponde verificar si los actos contenidos en los documentos denominados Autorización de fertilización In Vitro y Transferencia embrionaria, y Convenio de realización de Técnica de Reproducción Asistida, se encuentran inmersos en causal de nulidad, en ese sentido se aprecia de la cláusula cuarta del segundo documento que los intervinientes (demandante y demandada) admiten expresamente: “Que tal fecundación se realizará mediante la técnica de reproducción asistida denominada FIV TE, la cual consiste en que el semen extraído y capacitado de EL ESPOSO, se combina con el óvulo donado, también previamente recogido en un plato de laboratorio donde se lleva a cabo la fecundación. Los gametos a utilizar son provenientes de terceros donados de manera anónima, y sin ánimo de lucro. (...)” y en la cláusula octava declaran haber leído el documento que suscriben, lo cual configura una manifestación de voluntad válida y además ratificada en el documento denominado autorización de Fertilización In Vitro y Transferencia Embrionaria; no debe dejar de mencionarse que como consecuencia del proceso de fecundación se produjo el nacimiento de una niña, quien resulta protegida en virtud de lo dispuesto en el artículo 1 del Código Civil, artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y artículos 2, 3, 6 y 12 de la Convención sobre los derechos del niño, que regulan los principios rectores sobre el interés superior del niño; en tal sentido, se cumplen con los requisitos previstos en el artículo 140 del Código Civil. Por consiguiente,

lo resuelto por la Sala Superior no se ajusta a derecho, correspondiendo declarar fundado el recurso de casación, casar la sentencia de vista y en sede de instancia confirmar la sentencia apelada.

#### IV. DECISIÓN:

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

a) Declararon FUNDADO el recurso de casación interpuesto a fojas mil ciento trece por M.A.A.D., por consiguiente, NULA la sentencia de vista expedida por la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, su fecha treinta y uno de agosto de dos mil diez, la cual revoca la sentencia apelada y reformándola declaró fundada la demanda.

b) Actuando en sede de instancia: CONFIRMARON la sentencia apelada, su fecha quince de diciembre de dos mil ocho, emitida por el Cuadragésimo Sexto Juzgado Especializado en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró infundada la demanda de nulidad de acto jurídico, con lo demás que contiene.

c) DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en el diario oficial El Peruano, bajo responsabilidad; en los seguidos por C.O.Q.C., con PRANOR SRL (Instituto de Ginecología y Reproducción - Clínica de Fertilidad Asistida y Ginecología Concebir) y M.A.A.D., sobre nulidad de acto jurídico; y los devolvieron, intervino como ponente, el señor Juez Supremo Vinatea Medina.-

SS.

ALMENARA BRYSON;  
DE VALDIVIA CANO;  
VINATEA MEDINA; C  
ASTAÑEDA SERRANO

LOS FUNDAMENTOS DEL VOTO EN DISCORDIA DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO WALDE JÁUREGUI ES COMO SIGUE:

CONSIDERANDO.-

PRIMERO.- Que, al concurrir causales de infracción normativa por vicios in iudicando e in procedendo, corresponde verificar primero si se ha configurado o no esta última causal, pues en caso de ser estimada, se dispondría el reenvío de la causa al estadio procesal correspondiente, impidiendo que sea factible el análisis de las normas materiales en las que se sustenta o debió sustentarse la resolución recurrida.

SEGUNDO.- Que, la doctrina ha conceptualizado el debido proceso como un derecho humano o fundamental que asiste a toda persona por el solo hecho de serlo, y que le faculta a exigir al Estado un juzgamiento imparcial y justo ante un Juez responsable, competente e independiente, toda vez que el Estado no solamente está en el deber de proveer la prestación jurisdiccional a las partes o terceros legitimados, sino a proveerla con determinadas garantías mínimas que le aseguren tal juzgamiento imparcial y justo, en tanto que el debido proceso sustantivo no solo exige que la resolución sea razonable, sino esencialmente justa.

TERCERO.- Que, el inciso 5 del artículo 139 de la Constitución Política vigente, recoge el principio y derecho de la función jurisdiccional de observar la debida motivación de las resoluciones judiciales, mediante el cual el juzgador debe exponer las consideraciones que fundamentan la subsunción de los hechos en los supuestos hipotéticos de las normas jurídicas que fueron aplicadas, dando

lugar a la actividad denominada construcción del razonamiento judicial, la misma que sirve de punto de apoyo a la declaración jurisdiccional; de otra manera, la sentencia no podría operar en el convencimiento de las partes ni de los ciudadanos en general, ni podría permitir control correspondiente de los órganos de instancia superior por la vía de los recursos previstos en la ley procesal, instados por los justiciables.

CUARTO.- Que, asimismo, el inciso 6 del artículo 50 del Código Procesal Civil, desarrollando el principio aludido, prescribe que para su validez y eficacia, las resoluciones judiciales deben contener la relación correlativamente enumerada de los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan su decisión la que se ajusta al mérito de lo actuado y al derecho, sancionando con nulidad su inobservancia.

QUINTO.- Que, es del caso tener presente que la motivación de las sentencias como vicio procesal tiene dos manifestaciones: 1) La falta de motivación; y, 2) La defectuosa manifestación, la cual se divide en tres agravios procesales: a) Motivación aparente; b) Motivación insuficiente; y, c) Motivación defectuosa en sentido estricto; en ese orden de ideas, la doctrina señala, según Olsen Ghirardi, que existen hasta tres tipos de vicios vinculados a la motivación, a saber, la motivación aparente, la cual se da cuando la decisión se basa en pruebas no actuadas o en hechos no ocurridos; la motivación insuficiente, que se presenta cuando vulnera el principio de la razón suficiente y la motivación propiamente defectuosa, la cual se da cuando el razonamiento del juez viola los principios lógicos y las reglas de la experiencia. Los vicios o errores en el razonamiento son denominados en la doctrina como “errores in cogitando”.

SEXTO.- Que, examinados los argumentos expuestos por el impugnante, es del caso precisar que denuncia, bajo la causal de Infracción Normativa Procesal, la vulneración del deber de motivar adecuadamente la sentencia recurrida, por lo que corresponde analizar la resolución objeto del presente recurso, de la que se constata la afirmación del Colegiado Superior de Revocar la sentencia apelada de fojas seiscientos doce, de fecha quince de diciembre del dos mil ocho, que declara infundada la demanda, reformándola declara Fundada la misma; en consecuencia, Nulos los actos jurídicos contenidos en la Autorización de Fertilización In Vitro y Transferencia Embrionaria del cinco de agosto de dos mil cinco y en el Convenio de Técnicas de Reproducción Asistida de fecha dieciocho de agosto de dos mil cuatro, bajo los siguientes fundamentos expuestos en el considerando tercer y cuarto de dicha resolución: “TERCERO: Absolviendo los agravios contenidos en los apartados a) y b) del considerando anterior, debemos señalar que en efectos el denominado ‘Convenio de Realización de Técnicas de Reproducción Asistida’ señala en su Cláusula Cuarta lo siguiente (...). Por consiguiente, resulta evidente que los declarantes estaban autorizando la realización de un procedimiento contrario a una norma prohibitiva como el artículo 7 de la Ley General de Salud anteriormente citada. En consecuencia, el ‘Convenio de Realización de Técnicas de Reproducción Asistida’ debe ser declarado nulo por violación del Artículo V del Título Preliminar del Código Civil; CUARTO: En cuanto al acto jurídico denominado ‘Autorización de Fertilización In Vitro y Transferencia Embrionaria’ debe relevarse que, igualmente, contiene una autorización para que en el procedimiento de reproducción asistida puedan utilizarse gametos provenientes de terceros o del Banco de Gametos, los que luego de ser fecundados serían transferidos al útero de la mujer. Por consiguiente, también este acto jurídico transgrede una norma de orden público como resulta ser el artículo 7 de la Ley General de Salud”.

SÉTIMO.- Que, en tal orden de ideas, analizado tal razonamiento se concluye que efectivamente el Colegiado Superior incurre en “error in cogitando”, concretamente, en motivación insuficiente, al no haber justificado los motivos que llevaron a interpretar la norma contenida en el artículo 7 en base a los parámetros que la lógica exige como son: a) Determinación del sentido que tiene cada uno de los elementos que integran el supuesto de hecho de la proposición normativa, que se realizara mediante la utilización por parte del juzgador de algunos de los criterios hermenéuticos legalmente previstos, de ahí que sea necesario exigir a todo juez una adecuada indicación del criterio empleado para reconstruir el significado, especialmente cuando se utilicen criterios interpretativos distintos al gramatical; b) La atribución de una carga de valor a los conceptos indeterminados que aparezcan en los supuestos de hecho normativo, que implica razonabilidad; c) El esclarecimiento de las consecuencias, que la norma liga con el supuesto de hecho que se realiza mediante la utilización por parte del juzgador de alguno de los criterios hermenéuticos legalmente previstos; d) La adopción de una decisión por parte del intérprete (el Juzgador) cuando la consecuencia, establecida por la norma no esté plenamente determinada.

OCTAVO.- Que, consecuentemente, al no esgrimirse los motivos que llevaron a determinar que la técnica FIV TE Modalidad de Ovodonación resulta ser un acto contrario al ordenamiento jurídico, al no existir una justificación adecuada de la decisión adoptada, en tanto, se requiere verificar las motivaciones que llevaron a la Sala Superior establecer que los hechos que sirven de base a la decisión se encuentran contenidos en el supuesto normativo contenido en la norma conforme a los parámetros interpretativos citados en el considerado que precede –lo que resulta ser de ineludible exigencia para una correcta justificación de la decisión adoptada–, es pertinente ordenarse la emisión de un nuevo fallo, máxime si un pronunciamiento como el emitido transgrede los principios del debido proceso y la motivación de las resoluciones judiciales; por lo que en ejercicio de la facultad nulificante del juzgador prescrita en el artículo 176 del Código Procesal Civil, corresponde anular la resolución de vista a efectos de que la Sala Superior emita nuevo pronunciamiento teniendo en cuenta las consideraciones de la presente resolución.

NOVENO.- Que, en virtud de las razones expuestas, el presente medio impugnatorio debe ser amparado por verificarse el error in procedendo denunciado, careciendo de objeto el emitir pronunciamiento respecto de la norma cuya Infracción Normativa Sustantiva denuncian los recurrentes, tomando en cuenta los efectos de un fallo anulatorio como el de autos. Por estos fundamentos: MI VOTO es porque se declare: FUNDADO el recurso de casación; en consecuencia, NULA la sentencia de vista contenida en la resolución obrante a fojas novecientos setenta y nueve, de fecha treinta y uno de agosto de dos mil diez; y, ORDENAR el reenvío de los autos a la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima a fin de que expida nueva resolución con arreglo a ley; en los seguidos por C.O.Q.C., con PRANOR SRL (Instituto de Ginecología y Reproducción - Clínica de Fertilidad Asistida y Ginecología Concebir) y M.A.A.D., sobre nulidad de acto jurídico. Lima, once de agosto de dos mil once.

S.

WALDE JÁUREGUI

## CASO 02

### CASACIÓN: IMPUGNACIÓN DE MATERNIDAD

**CAS. N° 5003-2007-LIMA.** Lima, seis de mayo del dos mil ocho. **LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**, vista la causa número cinco mil tres-dos mil siete, en la fecha y producida la votación con arreglo a ley, emite la siguiente sentencia: **1.- MATERIA DEL RECURSO:** Se trata del recurso de casación interpuesto por doña Mónica Cedelinda Oblitas Chicoma en representación de su menor hijo Olsen Fabrizio Quispe Oblitas, contra la Resolución de vista de fojas ciento setentiséis de fecha tres de agosto del dos mil siete, que confirmando la apelada de fojas setenta y siete, de fecha veintitrés de octubre del dos mil seis, declara improcedente su demanda de impugnación de maternidad; con lo demás que contiene. **2.- FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE HA DECLARADO PROCEDENTE EL RECURSO:** Admitido el recurso de casación, fue declarado procedente mediante auto de fecha catorce de noviembre del dos mil siete, por la causal de contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, argumentándose la contravención de los artículos VI del Título Preliminar y 399 del Código Civil; así como del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, pues se encuentran legitimados para impugnar la maternidad extramatrimonial los hermanos, en razón al interés moral que poseen, basta por ello acreditar el interés legítimo, no siendo exigible acreditar daño o afectación conforme lo señala la Sala de Familia; indica que a criterio de la Sala no basta que se acredite la condición familia (hermano-vínculo sanguíneo) para impugnar la maternidad, sino que habría que acreditar la afectación por el supuesto reconocimiento falso, denunciando que esto último no es requisito exigido por la ley; refiere que en virtud a lo dispuesto por el artículo VI del Título Preliminar del Código Civil, la afectación se demuestra con el mismo acto impugnado (reconocimiento falso), hecho que es ajeno e irrelevante a la legitimidad o interés moral para accionar, toda vez que este es inherente a la condición subjetiva del accionante; señala que sin perjuicio de su argumento relativo a que no es exigible acreditar la afectación o menoscabo para iniciar una acción judicial, sostiene que según el artículo 399 del Código Civil, basta con acreditar interés legítimo, para establecer la existencia de la afectación consubstancial al acto impugnado, por lo que en aplicación del artículo VII del Título Preliminar del Código Civil, la Sala debió revocar la apelada, pues aplicando el Derecho, es evidente el daño o afectación moral, psicológico, a corto o largo plazo ocurrido por la misma realización del acto

impugnado que resulta de la falsedad de la relación materno filial; por ello sostiene que se interpone la demanda con la finalidad de enervar el reconocimiento de maternidad realizado, por ser ilegal, pues tal reconocimiento de maternidad le concede a la demandada derechos de patria potestad, tenencia y demás derechos inherentes a la sociedad paterno filial, de manera que por el hecho del reconocimiento y el ejercicio de los derechos inherentes a él, el hijo de la recurrente se encuentra evidentemente afectado, pues existe separación entre hermanos de sangre y violación a derechos fundamentales que son propios del *ius sanguina*, tales como el derecho a la identidad, integridad moral, integridad psíquica, libre desarrollo, bienestar, mantenimiento y preservación de los vínculos paterno filiales y fraternales, intimidad familiar, identidad cultural; refiere además, que el interés para obrar es una situación jurídica subjetiva, esto es, la existencia de una situación jurídica procesal en razón a la particular condición del sujeto de derecho, y así, la acreditación de la afectación del derecho violado, desconocido, o incumplido (como exige la Sala) es consubstancial al momento de la aparición de la irregular situación jurídica acusada, por lo que resulta irrelevante para quien tiene la condición única y particular del vínculo consanguíneo, tener que acreditar afectación para demostrar que posee interés moral para accionar judicialmente; así refiere que el *ius sanguine* per se otorga legitimidad para obrar a los hermanos en diversas circunstancias, las que indica con su base legal, señalando en ese sentido que, el hermano tendrá derecho y legítimo interés para impugnar el falso reconocimiento de su hermano. **3.- CONSIDERANDO: Primero:** La contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso se da cuando en el desarrollo del mismo, no se han respetado los derechos procesales de las partes, se han obviado o alterado actos de procedimiento, la tutela jurisdiccional no ha sido efectiva, el órgano jurisdiccional deja de motivar sus decisiones o lo hace en forma incoherente, en clara transgresión de la normatividad vigente y de los principios procesales. **Segundo:** De la demanda de fojas cuarenta se aprecia que la recurrente Mónica Cedelinda Oblitas Chicoma actúa en representación de su menor hijo Olsen Fabrizio Quispe Oblitas, e invocando los artículos 45 y 399 del Código Civil impugna el reconocimiento de maternidad efectuado por María Alicia Alfaro Dávila respecto de la menor Alicia Beatriz Alfaro Dávila, argumentando que la demandada no es la madre biológica de dicha menor, pues ella fue inseminada artificialmente con el óvulo de una mujer distinta y se utilizó los espermatozoides del esposo de la recurrente, Custodio Olsen Quispe Condori, sin el consentimiento de este, mediante la técnica de reproducción asistida denominada “ovodonación”, la que no está permitida en nuestro país conforme se colige de lo previsto en el artículo 7 de la Ley General de Salud. **Tercero:** Las instancias de mérito han declarado improcedente la demanda, fundamentando su decisión en que la parte demandante no ha acreditado interés económico o moral para ejercer la presente acción, al no demostrar que con el reconocimiento se haya afectado directa o indirectamente al hijo de la demandante, careciendo por ende de interés para obrar. **Cuarto:** El interés para obrar, de acuerdo a la doctrina mayormente aceptada sobre el tema, es la utilidad que para el titular de un derecho subjetivo emana de la tutela jurisdiccional, y según Hugo Rocco se determina realizando un: “juicio de utilidad, parangonando los efectos de la providencia jurisdiccional requerida con la utilidad que de tal providencia puede seguirse para quien la requiere, respecto de una determinada relación jurídica”. **Quinto:** La legitimación procesal es la capacidad de ejercicio, en el proceso, de los derechos civiles; es la aptitud que tiene la persona de obrar directamente en un proceso como parte, defendiendo sus derechos. La legitimidad *ad causam* es la titularidad que tiene la persona respecto del derecho que demanda; es un elemento de procedencia de la pretensión jurídica demandada. En caso que la parte actora no tenga la legitimidad *ad causam*, la

acción será, evidentemente, improcedente. **Sexto:** Existe interés para obrar procesalmente, cuando la parte actora invoca una utilidad directa, manifiesta y legítima, de índole material o moral, que lo lleve a proteger un derecho mediante el ejercicio de la acción. El juicio de utilidad debe referirse, en cada caso, a los efectos del acto jurisdiccional que se pide, o también en sentido inverso, el perjuicio o daño que pueda causar al actor, la falta del pronunciamiento requerido. En suma, el interés para obrar tiene contenido procesal al significar un presupuesto del derecho de acción y supone un estado de necesidad que se busca sea atendido por el Estado a través del órgano jurisdiccional. **Séptimo:** De acuerdo a ello, el menor hijo de la demandante, y en cuyo nombre actúa, Olsen Fabrizio Quispe Oblitas, es hermano paterno de la menor, que la demandada ha reconocido como su hija, conforme al resultado del examen de ADN, según documento obrante a fojas diez, del que se colige que el padre de ambos menores es Custodio Olsen Quispe Condori, por lo que impugna dicho reconocimiento por las razones que expone, sosteniendo interés legítimo, pues este no concuerda con realidad biológica, existiendo a ese efecto el parentesco consanguíneo. **Octavo:** Por lo tanto, no se trata de acreditar solamente la afectación al recurrente por el reconocimiento, sino el legítimo interés en el pronunciamiento, por su condición de hermanos del menor hijo de la demandante y la menor Alicia Beatriz Alfaro Dávila, en la necesidad de que el órgano jurisdiccional decida, respecto al reconocimiento efectuado por la demandada, que se señala transgrede lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley General de Salud, y porque se vulnerarían derechos fundamentales de la citada menor, como su derecho a la propia identidad. **Noveno:** Por último, el interés legítimo a que se refiere el artículo 399 del Código Civil, está referido a una circunstancia de carácter personal, la parte es titular de un interés propio, distinto de cualquier otro, que proyectada al presente caso se encuentra dada por la condición de hermanos, lo que asegura el carácter personal, propio y legítimo del interés; además de ser único respecto a terceros que no se encuentran unidos por un vínculo de parentesco consanguíneo, con las consecuencias que determinan los artículos 475 del Código Civil y 93 del Código de los Niños y Adolescentes que regulan la prelación de los obligados a prestar alimentos, así como la obligación que existe a nivel de hermanos en la protección recíproca sus intereses. **Décimo:** Estando además a lo dispuesto en el artículo VI del Título Preliminar del Código Civil, en cuanto al interés moral. **4.- DECISIÓN:** a) Por las consideraciones expuestas, de conformidad con el dictamen fiscal, cuyos fundamentos se reproducen, y estando a lo establecido en el artículo 396 inciso 2 ordinal 2.3 del Código Procesal Civil: Declararon **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por doña Mónica Cedelinda Oblitas Chicoma en representación de su menor hijo Olsen Fabrizio Quispe Oblitas; en consecuencia **NULA** la resolución de vista fojas ciento setenta y seis de fecha tres de agosto del dos mil siete; **INSUBSISTENTE** la apelada de fojas setenta y siete, su fecha veintitrés de octubre del dos mil seis. **b) ORDENARON** que el Juez de la causa expida nueva resolución estando a los considerandos precedentes. **c) DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el diario oficial *El Peruano*, bajo responsabilidad; Interviniendo como Vocal Ponente el Señor Sánchez-Palacios Paiva; y los devolvieron.

SS. SÁNCHEZ-PALACIOS PAIVA, CAROAJULCA BUSTAMANTE, MANSILLA NOVELLA, MIRANDA CANALES, VALERIANO BAQUEDANO

### **CASO 03**

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA  
QUINTO JUZGADO ESPECIALIZADO EN LO CONSTITUCIONAL  
EXPEDIENTE: 06374-2016-0-1801-JR-CI-05  
JUEZ: HUGO VELASQUEZ ZAVALA  
ESPECIALISTA: RAULTA IPE SALAZAR  
DEMANDANTE: FRANCISCO DAVID NIEVES REYES Y OTROS  
DEMANDADO: RENIEC  
MATERIA: PROCESO DE AMPARO**

### **SENTENCIA**

**RESOLUCION: 05**

**Lima, 21 de febrero del 2017**

**VISTOS.**

**Asunto:**

Proceso de amparo iniciado por la sociedad conyugal conformada por Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau; la sociedad conyugal conformada por Fausto César Lázaro Salecio y Evelyn Betzabé Rojas Urco y los menores de iniciales L.N.N.R. y C. D. N. R., representados por Francisco David Nieves Reyes y Evelyn Betzabé Rojas Urco, contra RENIEC.

**ANTECEDENTES.**

**De la demanda:** Fluye del texto de la demanda-folio 144 a 166-, que la parte actora pretende se otorgue protección a los derechos a la identidad de L. N.R. y C. D. N. R (en adelante, “los menores”) y al principio superior del niño y, en consecuencia:

1) Se deje sin efecto la Resolución Registral N° 29 9-2016-OSBORJ JR10LIMGOR/RENIEC, de fecha 29 de febrero de 2016 y la Resolución Registral N° 299-2016-OSBORJ-JR10LIM-GOR/RENIEC, de fecha 29 de febrero de 2016, que declararon, respectivamente, la improcedencia de rectificación de las actas de nacimiento de los menores.

2) Se declare formalmente, en las respectivas actas de nacimiento, que el Señor Francisco David Nieves Reyes es el padre de los menores, procediéndose al respectivo reconocimiento.

3) Se declare formalmente, en las respectivas actas de nacimiento, que la Señora Aurora Nancy Ballesteros es la madre de los menores, efectuándose la respectiva rectificación.

#### **Fundamentos fáctico-jurídicos de la demanda:**

La parte actora sustenta su demanda -en síntesis-, en los siguientes hechos:

1. Con fecha 21 de enero de 2005, los Señores Nieves-Ballesteros contrajeron matrimonio y, ante la reiterada imposibilidad de quedar embarazada por parte de la señora Ballesteros, decidieron recurrir a las TERAS, concretamente, a la técnica del útero subrogado.

2. Para ello, se procedió a la fecundación *in vitro*, con el óvulo de una donante anónima, y con el consentimiento de los Sres. Lázaro-Rojas, se transfirieron los únicos dos embriones fecundados al útero de la Sra. Rojas. Para ello, suscribieron el acuerdo privado de útero subrogado, manifestando su acuerdo de voluntades.

3. Con fecha 19 de noviembre de 2015 nacieron los menores de iniciales L.N.N.R. y C.D.N.R. Al momento del nacimiento, los menores fueron consignados como hijos de la Sra. Rojas (por ser esta quién los alumbró) y del Sr. Nieves, dado que se aceptó la declaración de la Sra. Rojas en el sentido de que el padre no era el Sr. Lázaro, su esposo.

4. Posteriormente, iniciaron dos procedimientos de rectificación de acta de nacimiento, en donde el Sr. Nieves solicitó que se declare al primero como padre de los menores, procediéndose al respectivo **reconocimiento**; mientras que la Sra. Ballesteros solicitó se declare que es la madre de los menores, procediéndose a la respectiva **rectificación**. Tras ello, el RENIEC declaró **improcedentes** ambas solicitudes a través de las resoluciones registrales impugnadas mediante el presente proceso de amparo.

5. La parte demandante fundamenta jurídicamente su demanda principalmente en el derecho a la identidad de los menores y en el principio del interés superior del niño.

5.1. Respecto del primer derecho, se alega en la imposibilidad de que los menores tengan claramente determinada su identidad, ya que su filiación maternal está dada con la Sra. Rojas, con quien no comparten material genético, carece de voluntad para procrear, criar o cuidar de ellos y, además, al gestarlos, no tuvo ninguna otra voluntad que colaborar con los Sres. Nieves-Ballesteros. Según el demandante, esto también afectaría el derecho al desarrollo de la libre personalidad de los menores.

5.2. Respecto del principio de interés superior del niño, se alega que las resoluciones del RENIEC vulneran este principio por hacer prevalecer una interpretación restrictiva de las normas legales aplicables.

6. Por ello, los Sres. Nieves-Ballesteros, los Sres. Lázaro-Rojas y los menores solicitan que se reconozca la paternidad y maternidad de los primeros respecto de los últimos.

### **Trámite de la demanda:**

Mediante resolución 01, de fecha 30 de junio del 2016- folio 172 a 176-, se admitió a trámite la demanda y se corrió traslado a la parte a la parte demanda.

Mediante escrito de fecha de presentación, 21 de julio del 2016, RENIEC formuló excepción de falta de representación de los señores, Francisco David Nieves Reyes, Aurora Nancy Ballesteros Verau, Fausto Cesar Lázaro Salecio, y contestó la demanda señalando lo siguiente:

1.- Señala que la Sra. Ballesteros no acredita vínculos filiales ni biológicos con los menores por lo que, siendo una filiación de hechos no biológicos, debería emplear el mecanismo de la adopción.

2.- Asimismo, alega que la parte demandante no habría interpuesto recurso impugnativo alguno en sede administrativa.

3.- Finalmente, sostiene que la parte demandante no está solicitando el reconocimiento de un derecho ya adquirido o reconocido o el cumplimiento de un mandato legal y administrativo, sino que se le reconozca un derecho que, a su juicio, le corresponde y que no es posible ejercitarlo.

Por resolución 02, de fecha 11 de agosto del año 2016, se tuvo por contestada la demanda y se citó a las partes para informe oral para el día 08 de setiembre del año pasado.

A la audiencia oral sólo concurrió la parte actora. Conforme al estado del proceso, corresponde emitir sentencia. Se emite sentencia en la fecha debido a la carga procesal del juzgado.

### **CONSIDERANDO:**

**PRIMERO: Del proceso constitucional de amparo:** De acuerdo al artículo 200° inciso 2 de la Constitución, el amparo procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza derechos constitucionales distintos a los tutelados por el hábeas corpus y al hábeas data, siendo su finalidad la de proteger tales derechos, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación, como establece el artículo 1° del Código Procesal Constitucional, Ley N° 28237.

**SEGUNDO: Hechos del caso:** Si bien la parte demandada ha deducido excepciones -cuestiones de forma-, antes de resolverlas es necesario determinar primero los hechos del caso, con el fin de resolver esas cuestiones de forma y, en su caso, las cuestiones de fondo.

### **Los hechos son los siguientes:**

1. El 4 de mayo de 2016, los demandantes Aurora Nancy Ballesteros Verau, Francisco David Nieves Reyes, Evelyn Betzabe Rojas Urco y Fausto César Lázaro Salecio interponen, a favor propio y de los menores L.N.N.R y C.D.N.R., demanda de amparo y la dirigen contra el Registro Nacional de Identidad y Registro Civil - RENIEC.

2. Acreditan (Anexo 4-A) que contrajeron matrimonio el 21 de enero de 2005 ante la Municipalidad Metropolitana de Lima y también que intentaron ser padres sin éxito (Anexo 7-A, 7-B, 8, 8-A, 8-B y 9). Por ello, entre los años 2006 al 2009 recurrieron a distintas Clínicas en las que se determinó como alternativa

para el embarazo el método de reproducción asistida, pues los óvulos de Aurora Nancy Ballesteros Verau no lograban llegar al nivel de maduración necesaria para producirse el embarazo. Empero, el uso de este método no logró el resultado esperado, razón por la cual, el 2010, los demandantes Ballesteros Verau y Nieves Reyes recurrieron al método de “ovodonación” (óvulo donado) y la posterior reproducción *in vitro* reimplantado en el útero de la demandante, sin embargo, el embarazo devino en aborto.

3. Por ello, en 2011 acudieron a un nuevo centro de fertilidad y reproducción asistida para realizarse nuevos análisis. En dicho centro médico, en enero de 2012, se determinó que los demandantes únicamente podían optar por el método de vientre subrogado, es decir, el uso de otro vientre para lograr la fecundación. Es así que buscaron y encontraron la ayuda de los demandantes Evelyn Betzabe Rojas Urco y Fausto César Lázaro Salecio, casados (Anexo 4-B), siendo que la primera de las nombradas aceptó someterse a la técnica de vientre subrogado heterónimo, es decir, la implantación de un cigoto conformado por óvulos donados y espermatozoides del demandante Nieves Reyes. Para ello, las dos sociedades conyugales suscribieron el llamado “acuerdo privado de útero subrogado” (Anexo 5).

4. Realizado el procedimiento, con fecha 19 de noviembre de 2015, nacieron en el Instituto Nacional Materno Perinatal los menores mellizos inscritos con las iniciales L.N.N.R y C.D.N.R. (Anexos 2-A y 2-B). No obstante, 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.

5. Tomando como base esos mismos datos, el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil – RENIEC, realizó el registro en las Actas de Nacimiento N° 79400620 y N° 79400640 (Anexos 2-A y 2-B) y ante las impugnaciones formuladas expidió las Resoluciones Registrales N° 299-2016-ORSBORJ-JR10LIM-GOR/RENIEC y N° 300-2016-ORSBORJJR10LIM-GOR/RENIEC (Anexos 3-A y 3-B).

6. Los demandantes Aurora Nancy Ballesteros Verau, Francisco David Nieves Reyes, Evelyn Betzabe Rojas Urco y Fausto César Lázaro Salecio, consideran que dichas Resoluciones Registrales vulneran el derecho a la identidad y al interés superior del niño de los menores, asimismo, con respecto a ellos, la afectación de los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la vida privada y familiar, así como sus derechos sexuales y reproductivos.

### **TERCERO: Las excepciones deducidas:**

#### **3.1. Excepción de falta de representación.**

1. La demandada sostiene que la demandante Aurora Nancy Ballesteros Verau carece de representación con respecto a los menores L.N.N.R y C.D.N.R., a favor de quienes se alega la vulneración al derecho a la identidad y al interés superior del niño, pues conforme a la ley vigente ella no tiene la representación legal ni ostenta la patria potestad de los menores, careciendo de toda forma legal de representación.

Asimismo, señala que Fausto César Lázaro Salcedo, quien si bien tiene la presunción de paternidad por ser marido de la "madre" –doña Evelyn Betzabe Rojas Urco-, carece de falta de representación suficiente con respecto a la tutela de los derechos de los menores pues hasta la fecha no ha reconocido la paternidad de aquellos. Idéntica sería, conforme a la demandada, la posición

del demandante Francisco David Nieves Reyes, quien si bien la madre de los menores ha señalado que es el padre biológico y así consta en las Partidas de Nacimiento de los menores, éste no ha realizado el reconocimiento de paternidad ni ha demandado la paternidad biológica con persona casada, por ello, no puede representar válidamente a nivel procesal a los menores.

2. En rigor, el planteamiento de la excepción por la parte demandada se circunscribe a la representación defectuosa o insuficiente prevista en el inciso 3) del artículo 446° del Código Procesal Civil. Esta excepción tiene por finalidad que el Juez controle la capacidad o potestad delegada que tienen los representantes en relación a la persona que quieren defender en juicio; en caso se determine judicialmente que los demandantes no tienen capacidad legal de iniciar el proceso, entonces el Juez puede disponer que en un plazo razonable se subsane este extremo, conforme lo prevé el inciso 2 del artículo 451° del Código Procesal Civil; si la subsanación no se produce, entonces el proceso debe ser declarado nulo y archivado.

3. En el presente caso, se observa que, tal como sostiene la demandada, la demandante Aurora Nancy Ballesteros Verau no tiene la representación legal o establecida que poseen los padres sobre los hijos menores de edad, conforme lo describen el artículo 419° y el inciso 6 del artículo 423° del Código Procesal Civil. Asimismo, se observa que, tal como señala la demandada, el demandante Francisco David Nieves Reyes no ha reconocido la paternidad de los hijos extramatrimoniales, conforme lo previsto en el artículo 388° del Código Civil, razón por la cual tampoco sería representante legal de los menores. En el mismo sentido, el demandante Fausto César Lázaro Salcedo, quien si bien tiene la presunción de paternidad a la que se refiere el artículo 361° del Código Civil, tampoco ha actuado de conformidad con el artículo 388° del mismo cuerpo de leyes, careciendo también de la potestad de representarlos.

4. No obstante, si bien en principio estos demandantes no tendrían representatividad legal para demandar los derechos de los menores, precisamente lo que reclaman es que la actuación de la demandada ha generado todo ese conflicto de falta de representación de los menores.

5. La defensa RENIEC no hace sino ratificar una situación de perjuicio en contra de los menores, pues si los padres biológicos, ni tampoco los padres según el contrato de útero subrogado pueden atribuirse representatividad de los menores, eso generaría que el Estado deje sin tutela a esos menores, por el hecho de haber nacido usando métodos de reproducción asistida, asunto que merecerá un mayor análisis, pero que, en todo caso, es suficiente para notar que estamos ante un agravio y no ante una situación que pueda justificar una excepción de falta de representación de los demandantes.

6. Sin perjuicio de lo anterior, este Juzgado también debe tener en cuenta que incluso en la hipótesis que la defensa de RENIEC tuviera asidero legal y constitucional, lo cierto es que la demandante Evelyn Betzabe Rojas Urco, al amparo de la ley civil, tiene representación suficiente para acudir al proceso constitucional de amparo, ya que ella es la que dio a luz a los menores.

7. Eso, desde luego, no significa que esa persona sea la única con facultades de representación, pues tal lectura llevaría a sostener que los otros co-demandantes no tendrían posibilidad alguna de acceder a la justicia para la tutela de los derechos de los menores en vía de proceso constitucional de

amparo, pese a que cuestionan precisamente los agravios de RENIEC al momento de la inscripción.

Actuar de dicha forma resultaría no sólo paradójico para la representación de los menores, sino contraria a la Opinión Consultiva OC-8/87 que reconoce al amparo como un proceso constitucional asequible, sencillo y amplio para la tutela de los derechos fundamentales.

8. Por otro lado, no pasa por alto para este Despacho Judicial que la fundabilidad de esta excepción no tendría por efecto que el presente proceso constitucional culmine sino que produciría –siguiendo el inciso 2) del artículo 425° del Código Procesal Civil– que el proceso se dilate hasta que las partes transiten y obtengan decisiones administrativas o judiciales que le brinden la capacidad legal suficiente de representación, con lo cual, durante dicho periodo, el Juzgado Constitucional avalaría la continuación de la presunta vulneración al derecho a la identidad e interés superior del niño, lo que no resulta admisible en nuestro sistema jurídico.

9. Además, los demandantes adultos no actúan sólo en representación de los menores sino también a título personal, con lo cual la excepción debe desestimarse.

### **3.1. La excepción de falta de agotamiento de la vía previa.-**

1. La demandada sostiene que contra las Resoluciones Registrales N° 299-2016-ORSBORJ-JR10LIM-GOR/RENIEC y N° 300-2016-ORSBORJJR10LIM-GOR/RENIEC los demandantes no interpusieron recursos administrativos y por lo tanto no agotaron la vía previa que debían transitar, antes de acudir al amparo.

2. Por su parte, los demandantes sostienen que no resulta exigible el agotamiento de las vías previas cuando existe la necesidad de una tutela urgente para la protección del derecho a la identidad de los menores así como la observancia del principio de interés superior del niño. Asimismo, señala que en el presente caso la vía previa es inexistente pues el Perú no tiene legislación que regule las Técnicas de Reproducción Asistida y por tanto carece también de un procedimiento tuitivo que permita a nivel administrativo resolver esta controversia.

3. La controversia ante la vulneración de derechos fundamentales no necesaria y únicamente se restablece acudiendo al proceso constitucional sino, de manera común y constante, a través de los procesos ordinarios, del procedimiento administrativo y del procedimiento corporativo particular. En virtud de la existencia de tutela, por regla, el proceso constitucional solo puede habilitarse cuando se han agotado los recursos administrativos o internos del procedimiento administrativo (artículo 45 del Código Procesal Constitucional).

4. Empero, tales reglas tienen excepciones previstas en la ley y desarrolladas por la jurisprudencia. Dejando de lado las excepciones para no acudir a la vía específicamente e igualmente satisfactoria, pues no es objeto de excepción procesal por parte del demandado, corresponde señalar que la exigencia al agotamiento de la vía administrativa se impone como regla en razón de que debe otorgarse a la Administración Pública la oportunidad de remediar los errores en los que pudo haber incurrido.

5. Cuatro son las causales que prevé el Código Procesal Constitucional para no obligar al actor a transitar la vía administrativa. Así, si el acto lesivo es ejecutado por la Administración Pública en virtud de una resolución que no es la última en vía administrativa y sin que esté ésta consentida, se habilita la interposición del proceso de amparo (artículo 46, inciso 1 del Código Procesal Constitucional). También se habilita el amparo cuando el procedimiento administrativo no es resuelto en el plazo que dispone la administración pública (artículo 46, inciso 4 del Código Procesal Constitucional). Asimismo, es motivo para admitir y pronunciarse sobre la controversia constitucional cuando la administración pública no regule la situación fáctica en controversia dentro de un procedimiento administrativo, es decir, si los hechos relevantes de la controversia no están previstos para ser debatidos en la vía administrativa entonces el actor puede acudir directamente al proceso de amparo (artículo 46, inciso 3 del Código Procesal Constitucional). Finalmente, es motivo para acudir directamente al amparo sin agotar la vía administrativa cuando el lapso de tiempo que medie entre la decisión de la administración y la tutela del derecho fundamental pueda convertir el agravio al derecho fundamental en irreparable (artículo 46, inciso 2 del Código Procesal Constitucional).

6. En ese orden de ideas, a juicio de este Juzgado constitucional, en este caso se presentan hasta dos motivos excepcionales para no exigir a los actores agotar la vía administrativa. El primero es el agravio irreparable que se causaría si se agota la vía administrativa, pues se atentaría contra los alegados derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la vida privada y familiar, a los derechos sexuales y reproductivos así como a la identidad e interés superior del niño.

En efecto, los menores y los señores Francisco David Nieves Reyes, Aurora Nancy Ballesteros Verau, Fausto César Lázaro Salecio y Evelyn Betzabe Rojas Urco viven actualmente en un estado que podríamos calificar de precariedad y zozobra con una evidente irreparabilidad de sus derechos pues, por un lado, los señores Francisco David Nieves Reyes y, en especial, Aurora Nancy Ballesteros Verau, que tiene bajo su guarda a los menores, al no tener vínculo formal con éstos, no pudieron ni pueden transitar libremente con ellos, no pueden viajar y tienen que enfrentan la sensación de inquietud al salir –en especial la demandante Aurora Nancy Ballesteros Verau– quien podría enfrentar graves cargos penales al no tener en vínculo formal con los menores; lo que sin duda tuvo y tiene incidencia irreparable en sus derechos antes indicados. Por tanto, obligarlos a transitar el proceso administrativo sólo extendería el perjuicio e irreparabilidad ya sufrida en los derechos alegados.

7. Asimismo, de acuerdo con RENIEC los señores Francisco David Nieves Reyes, Aurora Nancy Ballesteros Verau estarían sujetos a la voluntad de la señora Evelyn Betzabe Rojas Urco para realizar trámites en hospitales o clínicas para los controles, vacunación e incluso, como ha pretendido la demandada, para la interposición de procesos a favor de los menores, lo que sin duda día a día se convierte en una afectación continua e irreparable a los derechos al libre desarrollo de la personalidad, la vida privada y familiar y los derechos sexuales y reproductivos; por lo que obligar a los demandantes a transitar la vía administrativa tendría un alto costo en los derechos de estos demandantes.

8. Por otro lado, los demandantes Fausto César Lázaro Salecio y Evelyn Betzabe Rojas Urco también se ven permanente afectados en sus derechos fundamentales; en especial, la demandante Rojas Urco, debe suspender sus

actividades para asistir formalmente a los demandantes Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau, en especial a esta última, cuando se requiera de la presencia de la madre de los menores, lo que sin duda afecta su derecho al libre desarrollo de la personalidad y su derecho a la vida privada y familiar; además, no debe perderse de vista que al figurar en el registro de identificación como madre de los menores pero no vivir con ellos deja expuesta a esta demandante a cargos penales, lo que pone en un peligro inminente sus derechos fundamentales.

9. A su turno, aunque en menor medida, el demandante Fausto César Lázaro Salecio vendría siendo permanentemente víctima irreparable de la vulneración a sus derechos al libre desarrollo de la personalidad y derecho a la vida privada y familiar, pues en el registro de identificación civil su cónyuge Evelyn Betzabe Rojas Urco registra dos hijos fuera de ese matrimonio; en ese escenario, obligarlos a transitar la vía administrativa avalaría la continuidad irreparable en la aparente vulneración de sus derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la vida privada y familiar.

10. Finalmente, el derecho a la identidad e interés superior del niño de los menores ya se ha visto y se verá afectada por el tiempo que tomaría a la Administración Pública decir su caso, mientras demora dicha instancia administrativa, los menores deberían seguir este escenario atípico en clara contradicción con su derecho al interés superior del niño que implica las medidas más rápidas y eficaces para la protección de sus derechos.

11. Por otro lado, en el presente caso este Juzgado no pasa por alto que la regulación es exigua o casi inexistente con respecto a las formas aparentemente válidas de reproducción asistida. En ese sentido, no existe una vía administrativa que regula la situación que es objeto de esta controversia y por tanto no puede exigirse a los administrados que culmine una vía administrativa inexistente.

Por esos fundamentos, las excepciones deducidas deben ser desestimadas.

#### **CUARTO: La factibilidad de tramitar la pretensión de la actora vía amparo:**

La parte actora alega amenaza y lesión de los derechos a la identidad de los menores y el principio de interés superior del niño, los cuales tienen respaldo constitucional en los artículos 2 inciso 1 y 4 (implícitamente, según el Tribunal Constitucional) de la Constitución Política, respectivamente. Además, son pasibles de ser atendidos en vía de amparo, tal como lo prevé el artículo 37, inciso 25 del Código Procesal Constitucional. Por su parte, también invoca los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, vida íntima y familiar y derechos sexuales y reproductivos, pero ya no de los menores, sino de ellos mismos (Sres. Nieves-Ballesteros y Sres. Lázaro-Rojas).

De acuerdo con lo anterior, es indudable que la alegación de agravios contra el derecho al nombre de las menores, constituye una materia con relevancia constitucional que puede ser atendida en vía de amparo.

**QUINTO: Análisis constitucional del caso:** Según lo expuesto en la demanda, la parte actora alega que el derecho fundamental a la identidad de los menores y el principio de interés superior del niño han sido vulnerados, así como su derecho al libre desarrollo de la personalidad, la vida íntima y familiar y los derechos sexuales y reproductivos.

Conforme a lo anterior, este Juzgado aprecia que las cuestiones jurídicas a ser resueltas tienen que ver con la constitucionalidad de las resoluciones impugnadas, en el sentido de que ellas habrían violado los derechos fundamentales antes señalados. Para verificar ello, se deberá dilucidar las siguientes cuestiones jurídicas:

- Si la Sra. Ballesteros debe ser considerada como madre de los menores, ordenando al RENIEC la respectiva rectificación del acta de nacimiento.
- Si el Sr. Nieves debe ser considerado como padre de los menores, procediendo al respectivo reconocimiento.

**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"*. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas –ONU, desarrolla los alcances de este derecho al dejar establecido que el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud no solo se refiere a la ausencia de afecciones y enfermedades y el derecho a la atención médica, sino que *"ese derecho abarca, además la atención de la salud sexual y reproductiva, los factores determinantes básicos de la salud sexual y reproductiva"* (Observaciones Generales N° 14 del 2000 y N° 22 del 2016, fundamentos 11 y 7, respectivamente).

Y añade el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que:

*"La salud sexual y la salud reproductiva son distintas, aunque están estrechamente relacionadas. La salud sexual, según la definición de la Organización Mundial de la Salud (OMS), es "un estado de bienestar físico, emocional, mental y social en relación con la sexualidad". La salud reproductiva, tal como se describe en el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, se refiere a la capacidad de reproducirse y la libertad de adoptar decisiones informadas, libres y responsables. También incluye el acceso a una serie de información, bienes, establecimientos y servicios de salud reproductiva que permitan a las personas adoptar decisiones informadas, libres y responsables sobre su comportamiento reproductivo"* (Observación General N° 22 del 2016, fundamento 6).

Esto 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.

Por eso es que el Comité concluye que *"el derecho a la salud sexual y reproductiva también es indivisible e interdependiente respecto de otros derechos humanos. Está íntimamente ligado a los derechos civiles y políticos que fundamentan la integridad física y mental de las personas y su autonomía, como los derechos a la vida; a la libertad y la seguridad de la persona...; la privacidad y el respeto por la vida familiar; y la no discriminación y la igualdad"* (Observación General N° 22 del 2016, fundamento 10). Similar tenor expresa la Corte Constitucional de Colombia al señalar que: *"... la injerencia injustificada sobre este tipo de decisiones [referidas al ejercicio de los derechos reproductivos] trae consigo la limitación en el ejercicio de otros derechos fundamentales como la libertad y la autodeterminación, el libre desarrollo de la personalidad, la intimidad personal y familiar y el derecho a conformar una*

familia” (Sentencia T-375, 2016, fundamento 5 y Sentencia T-528 de 2014, fundamento 5.1).

Por consiguiente, en este caso no solo se encuentra involucrado el derecho a la salud reproductiva, sino también sus derechos a la intimidad o vida privada, junto con los derechos de los menores y la tutela de su interés superior.

**SETIMO:** En esa misma lógica, la Corte Interamericana de Derechos Humanos resalta que: *“La efectividad del ejercicio del derecho a la vida privada es decisiva para la posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona”* de donde concluye la Corte que *“... la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres...”*(Caso Artavía Murillo contra Costa Rica, Sentencia del 28 de noviembre de 2012, párrafo 143)

Dentro de ese escenario, *“el derecho a la vida privada se relaciona con la autonomía reproductiva y el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho...”* (Párrafo 146). Es decir, según la Corte, *“el alcance de los derechos a la vida privada, autonomía reproductiva y a fundar una familia, derivado de los artículos 11.2 y 17.2 de la Convención Americana, se extiende al derecho de toda persona a beneficiarse del progreso científico y de sus aplicaciones. 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, énfasis agregado)

Puesto en términos más sencillos, la normativa y jurisprudencia convencional – al que se encuentra sometido este Juzgado por imperio del Artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional- disponen que el derecho a la salud reproductiva, sumado a los derechos a la autodeterminación y privacidad, reconocen la potestad fundamental de las mujeres para –de manera informada asistirse de las técnicas científicas que existan para acceder a la condición de madre. Situación a la que pueden llegar no solo con el apoyo tecnológico disponible, sino que, en algunos casos, con la cooperación adicional y necesaria de terceras personas (por ejemplo, los casos de maternidad subrogada comúnmente conocido como “vientre de alquiler”).

Por tanto, si al amparo del sistema convencional que vincula al Estado peruano, una persona ha acudido a las técnicas de reproducción asistida para –con el apoyo de la tecnología y de una tercera persona- alcanzar 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.

En otras palabras, si la normativa del Estado peruano no proscribe el uso de técnicas médicas para la concepción y, en su caso, para la formación de una familia, y, si 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, es decir, no existen razones para negar la condición de madre de la señora Ballesteros y la condición de padre biológico de su esposo (quién aportó los espermatozoides).

Más aún si se tiene en cuenta que la "madre" gestante (la madre genética es una donante de óvulos secreta), está de acuerdo en que la señora Ballesteros ejerza la condición de madre. **De modo que 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.**

**OCTAVO: La regulación de las Técnicas de Reproducción Asistida en el ordenamiento jurídico peruano:** Sin perjuicio de lo anterior, este Juzgado considera importante tener en cuenta una cuestión adicional. Y es que la defensa del Estado ha deslizado la idea de que la llamada "maternidad subrogada" estaría prohibida en el Perú, a partir de la norma contenida en el artículo 7 de la Ley General de Salud, que señala lo siguiente:

"Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, *siempre que la condición de madre genética y 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" (énfasis agregado).

El texto citado puede tener una lectura que limita el ejercicio del derecho de acudir a Técnicas de Reproducción Asistida (TERAS) solo para los casos en donde sirva para una procreación en donde el elemento genético de la madre coincida con su condición de gestante. Ciertamente, ese es el supuesto que recoge el artículo 7 de la Ley General de Salud.

Lo anterior no significa, sin embargo, que los otros supuestos no previstos en la norma estén proscritos. Es decir, no puede realizarse una *interpretación a contrario sensu* del texto citado para concluir que proscribiera el uso de TERAS para otras situaciones. Lo único que puede afirmarse es que EL ARTÍCULO 7 DE LA LEY GENERAL DE SALUD NO REGULA MÁS SUPUESTOS QUE LA MADRE GESTANTE COMPARTA CARGA GENÉTICA CON SU BEBÉ.

**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. Tal situación, el hecho que una interpretación *a contrario sensu* de la norma citada nos lleve a dos respuestas posibles, hace inviable usar esa técnica interpretativa<sup>16</sup>.

---

<sup>16</sup> En esa línea, recuerda De Trazegnies que las reglas tienen una estructura donde existe un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica que se atribuye al supuesto fáctico, "para que el razonamiento a contrario sea válido, debemos encontrarnos ante una situación en la que tanto el "supuesto de hecho como [la consecuencia] constituyan una polaridad lógica que no admita otras posturas. Si el [supuesto de hecho] admite otros hechos ajenos a la polaridad o si [la consecuencia] admite otras soluciones no necesariamente contrapuestas a la de la regla interpretada, el razonamiento falla. Por consiguiente, el argumento a contrario es inválido cuando hay otras soluciones posibles además del texto legal y la solución contraria... Quizá un ejemplo casero puede ayudar a comprender mejor el problema lógico: en el caso de que una

Además del uso de esa técnica para la interpretación de textos, existen motivos constitucionales que imponen descartar la opción de que el artículo 7 de la Ley General de Salud tácitamente proscriba los otros supuestos que no menciona. Y eso porque este Juzgado considera inconstitucional o contrario a la presunción de libertad, “presumir” limitaciones de derecho, en este caso del derecho a la salud reproductiva. Siendo que el artículo 7 de la Ley General de Salud y ninguna otra norma del ordenamiento jurídico nacional impone limitaciones o prohibiciones expresas para los otros supuestos en donde puede ser aplicable las TERAS, este Juzgado no puede sino reconocer que en tales casos es legítimo aplicar esas técnicas.

El mismo razonamiento puede aplicarse para el caso que es materia de este proceso, pues para la situación objeto de este amparo no existe ninguna norma con rango de ley que establezca una prohibición, de modo que en aplicación del artículo 2, inciso 24, literal a) de la Constitución Política, la TERAS realizada descansa en un pacto legítimo, pues “*Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe*”. Al respecto, debe recordarse que, “**el Tribunal Constitucional ha establecido que el principio de legalidad exige no sólo que por ley se establezcan los delitos, sino también que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas por la ley, prohibiéndose tanto la aplicación por analogía como también el uso de cláusulas generales e indeterminadas en la tipificación de las prohibiciones**” (Expediente N° 3954-2006-PA/TC, fundamento 34).

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.

Esta interpretación, además, encuentra respaldo en el criterio de la Corte Suprema de Justicia (Casación N° 563-2011-Lima) en donde una sociedad conyugal discutía la adopción de una menor de edad, concebida con la carga genética del esposo demandante, donde la esposa no aportó carga genética, ni gestó al menor. Una situación similar a la actual. En ese caso, la Corte Suprema no puso en duda la validez del acuerdo de maternidad subrogada, sino que además exigió su cumplimiento. Por tanto, para este Juzgado no quedan dudas que al tratarse de un supuesto no regulado, ni menos prohibido, en el sistema jurídico peruano, es perfectamente válido.

#### **DECIMO: El derecho a fundar una familia como manifestación del derecho al libre desarrollo de la personalidad:**

Hasta ahora ha quedado claro que el uso de técnicas de reproducción asistida no es un mecanismo prohibido por ley de reproducción, lo que significaría que se trata de un método permitido por el orden constitucional y que, por tanto, los contratos celebrados al amparo del mismo (contrato de útero subrogado, por ejemplo) también son válidos. Más aún si ese mecanismo ha sido reconocido

---

*persona tenga gripe [supuesto de hecho], debe administrársele aspirina [consecuencia]; pero de ello no se sigue que sólo la persona que tiene gripe debe tomar aspirinas; a la persona que no tenga gripe pero que sufra de simple dolor de cabeza puede también administrársele aspirinas*”. DE TRAZEGNIES, Fernando. *El derecho civil y la lógica: los argumentos a contrario*. En: Themis-Revista de Derecho, N° 12, Lima, 1988, p. 66.

por el ordenamiento convencional como parte del derecho a la salud reproductiva.

Con ese escenario aclarado, este Juzgado puede evaluar que el recurso a las TERAS también constituye un mecanismo que coadyuva al ejercicio del derecho a la formación de una familia, es decir, si bien las TERAS no están prohibidas, **su empleo solo es posible** cuando tuvieran como destino la formación de una familia, pues lo contrario sería abrir una peligrosa puerta a la reproducción de seres humanos para múltiples propósitos, lo que implicaría hacer del hombre un instrumento al servicio de fines ajenos a su propia humanidad, asunto proscrito por el artículo 1 de la Constitución Política que consagra a la dignidad humana como fin supremo de la sociedad y el Estado.

**DECIMO PRIMERO:** Ahora bien, con respecto al **derecho a la familia y/o protección familiar o vida familiar**, se debe recordar que constituye una garantía iusfundamental prevista tanto en la Constitución Política del Perú como en diversos Pactos Internacionales suscritos por el Perú. En el ámbito interno, el derecho a la familia, en tanto instituto natural, está inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales y como consecuencia de ello es que han generado las llamadas “familias ensambladas” que tienen estructuras distintas a la tradicional que, sin embargo, también merecen protección y reconocimiento (STC 09332-2006-AA, fundamento 8). Así, el Tribunal Constitucional ha señalado que *“la familia no puede concebirse únicamente como una institución en cuyo seno se materialice la dimensión generativa o de procreación únicamente”* (STC 6572-2006-AA, fundamento 10). Por su parte, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que *“El derecho a fundar una familia implica, en principio, la posibilidad de procrear y de vivir juntos”* (Observación General N° 19, de 1990).

En ese sentido, parece claro que las partes, en especial 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.

Lo anterior no es sino un ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad previsto en el artículo 2, inciso 1 de nuestro texto Constitucional. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado de forma contundente que: *“El derecho al libre desarrollo garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad. Es decir, de parcelas de libertad natural en determinados ámbitos de la vida, cuyo ejercicio y reconocimiento se vinculan con el concepto constitucional de persona como ser espiritual, dotada de autonomía y dignidad, y en su condición de miembro de una comunidad de seres libres.*

*Evidentemente no se trata de amparar constitucionalmente a cualquier clase de facultades o potestades que el ordenamiento pudiera haber reconocido o establecido a favor del ser humano. Por el contrario, estas se reducen a todas aquellas que sean consustanciales a la estructuración y realización de la vida privada y social de una persona, y que no hayan recibido un reconocimiento especial mediante concretas disposiciones de derechos fundamentales.*

*Tales espacios de libertad para la estructuración de la vida personal y social constituyen ámbitos de libertad sustraídos a cualquier intervención estatal que*

*no sean razonables ni proporcionales para la salvaguarda y efectividad del sistema de valores que la misma Constitución consagra” (STC 2868-2004-AA, fundamento 14)*

A su turno, los derechos sexuales y productivos, resultan también manifestaciones del derecho al libre desarrollo de la personalidad y del derecho a la vida privada, por ende, 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.

**DECIMO SEGUNDO: EL INTERÉS SUPERIOR DE LOS MENORES.** Además de lo antes indicado, se debe tener en cuenta que la Sra. Ballesteros desde un inicio tuvo voluntad pro-creacional para tener hijos, a diferencia de la madre biológica que desde un inicio –y hasta ahora- tuvo una voluntad de entregar a los menores a la Sra. Ballesteros.

También se aprecia en autos, que actualmente la Sra. Ballesteros tiene a los menores bajo su guarda y que, de hecho, ejerce los cuidados y atributos propios de una auténtica madre (lo que no ocurre con la Sra. Rojas), le otorga una mejor posición para ser considerada como madre de los menores. Y es que este Juzgado no solo debe tener en cuenta los derechos de los adultos que intervienen en esta causa (esposos que querían ser padres y no podían y esposos que podían ser padres y ayudaron a los primeros) sino también el interés superior de los menores. Al respecto, el autor Alex Plácido señala que el interés superior del niño: “... es el conjunto de circunstancias que establecen las adecuadas condiciones de vida del niño y que, en casos concretos, permiten determinar la mejor opción para la debida protección de sus derechos fundamentales, preservando su personalidad, de prevalencia de lo espiritual sobre lo material (una vez asegurados ciertos mínimos) y de lo futuro sobre lo inmediato (sin descuidar un mínimo de equilibrio afectivo), atendiendo en lo posible a sus gustos, sentimientos y preferencias, etc., que también influyen en los medios elegibles”<sup>17</sup>

De acuerdo con lo anterior, en este caso no existe conflicto o dudas sobre la posición que ocupan la Sra. Ballesteros y su esposo frente a los menores, por lo que lo mejor para ellos es que su situación familiar no se vea alterada, criterio que, por lo demás, es el acorde con el sistema convencional de derechos humanos al que nos referimos antes.

En ese orden, corresponde un inmediato mandato para que se tutele el derecho a la **identidad** de los menores, derecho previsto en el inciso 1 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú. Sobre esta disposición de derecho fundamental, el Tribunal Constitucional ha sostenido en forma reiterada que este derecho “(...) ocupa un lugar esencial entre los atributos esenciales de la persona. Como tal representa el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo como es, encontrándose constituido por diversos elementos tanto de carácter objetivo como también de carácter subjetivo. Entre los primeros cabe mencionar **los nombres**, los seudónimos, los registros, la herencia genética, las características corporales, etc., mientras que entre los segundos se encuentran la ideología, la identidad

---

<sup>17</sup> PLÁCIDO, Alex. *Manual de derechos de los niños, niñas y adolescentes*. Lima: Instituto Pacífico, 2015, p. 190

*cultural, los valores, la reputación, etc.”* (STC 2223-2005-HC, STC 05829-2009-AA/TC y STC 4509-2011-AA).

Ahora bien, con relación al nombre indica el Tribunal que este cumple una función elemental pues a través del mismo “(...) *la persona no solo puede conocer su origen, sino saber quién o quiénes son sus progenitores, así como conservar sus apellidos. El nombre adquiere así una trascendencia vital en tanto, una vez establecido, la persona puede quedar plenamente individualizada en el universo de sus relaciones jurídicas y, desde luego, tener los derechos y las obligaciones que de acuerdo a su edad o condición le va señalando el ordenamiento jurídico*” (STC 4509-2011-AA), en el mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado que “*El nombre y los apellidos son esenciales para establecer formalmente el vínculo existente entre los diferentes miembros de la familia*” (Sentencia del caso *Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, nota 204, párrafo 184).

Por tanto, junto con el derecho a la salud reproductiva, libre desarrollo de la personalidad y a fundar una familia de los padres Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau, corresponde también que se otorgue tutela al derecho al nombre de sus hijos de iniciales L. N.R. y C. D. N. R., debiendo el RENIEC reponer las cosas al estado anterior a los agravios generados en su contra, anulando las partidas que emitió y emitiendo nuevas partidas de nacimiento donde conste como sus apellidos paternos y maternos los de los señores Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros, así como que ellos son sus padres.

**DECIMO TERCERO:** La parte demandada debe pagar costos.

**DECISIÓN:**

Por las razones expuestas y al amparo del artículo 200º inciso 2º de nuestra Constitución y 1º del Código Procesal Constitucional, administrando justicia a nombre de la Nación, el Juez del Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional, **DECIDE: DECLARAR FUNDADA** la demanda de amparo, interpuesta por la sociedad conyugal conformada por Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau; la sociedad conyugal conformada por Fausto César Lázaro Salecio y Evelyn Betzabé Rojas Urco y por los menores de iniciales L. N. N.R. y C. D. N. R., en consecuencia:

1. **SE DECLARA NULAS** las resoluciones registrales: 299-2016-ORSBORJJR10LIM-GOR/RENIEC y 300-2016-ORSBORJ-JR10LIM-GOR-RENIENC, asimismo, **SE ANULAN** las actas de nacimiento 30022117908 y 3002217885.
2. **SE ORDENA a RENIEC** que emita nuevas partidas de nacimiento de los menores de iniciales L. N. N.R. y C. D. N. R, donde conste como sus apellidos (paterno y materno), los de los señores Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau, así como registrar que ellos son sus padres, debiendo adicionar los demás que exige la ley, permitiéndoles también suscribir las nuevas actas de nacimiento.
3. Mandato que debe ser cumplido en el plazo de 02 días, bajo apercibimiento de aplicarse las medidas coercitivas que correspondan, de conformidad con los artículos 22 y 59 del Código Procesal Constitucional.
4. Con costos.
5. Notifíquese en el día.

