

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE SAN ANTONIO ABAD DEL CUSCO**

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES**

**ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**



**“LA REGULACIÓN NORMATIVA DE LA FECUNDACIÓN IN-VITRO POST  
MORTEM EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO”**

Tesis presentada por:

Bach. Fredy Ccasa Gamarra.

Para optar al título de profesional de Abogado.

Asesor: Mgt. Pedro Crisologo Aldea Suyo

CUSCO – PERÚ

2022

## DEDICATORIA

A Dios, al Taytacha Qoyllurit'i por guiarme y otorgarme las bendiciones en el día a día para llegar hasta donde me encuentro y por darme una hermosa familia.

A mis padres Francisco Ccasa Quispe y Estefanía Gamarra Quispe, quienes son mi motor y motivo, quienes me inculcaron desde el primer día de mi vida principios y valores para ser día a día una mejor persona.

A mis hermanas Mariluz y Melany, quienes me brindan su comprensión y apoyo incondicional.

A toda mi familia, amigos y personas especiales, quienes siempre me acompañaron en todo momento.

## AGRADECIMIENTOS

A mi casa de estudios superiores Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco, a mis docentes y maestros de la Escuela Profesional de Derecho por sus sabias enseñanzas y conocimientos compartidos semestre a semestre.

A mi asesor Mgt. Pedro Crisologo Aldea Suyo por su apoyo, consejos, sugerencias y dirección en el desarrollo del presente trabajo de investigación.

## PRESENTACIÓN

SEÑOR DECANO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES,  
SEÑOR DIRECTOR DE LA ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

SEÑORES MIEMBROS DEL HONORABLE JURADO:

En cumplimiento de las disposiciones contenidas en el Reglamento Académico de la Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco, presento la tesis que contiene la investigación intitulada **“LA REGULACIÓN NORMATIVA DE LA FECUNDACIÓN IN-VITRO POST MORTEM EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO”** (**Propuesta Legislativa**), con la finalidad de obtener el título de abogado.

El presente trabajo de investigación tendrá la finalidad de analizar la regulación normativa de la Fecundación In-Vitro Post Mortem en el ordenamiento jurídico peruano.

La presente tesis probará que es de necesidad urgente en nuestra legislación una norma expresa que regule las técnicas de reproducción asistida y más aún la fecundación In-Vitro Post Mortem, ya que al no contar con dicha regulación se vulneran los derechos fundamentales del concepturus respecto a la filiación y consecuentemente con ello su derecho sucesorio respecto al padre muerto.

Fredy Ccasa Gamarra.

## RESUMEN

Esta investigación abordó el tema de la regulación normativa de la Fecundación In-Vitro Post Mortem en nuestro sistema jurídico, debido a que los avances de la ciencia médica mediante las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, el cónyuge o la pareja decida procrear un hijo después de fallecido el padre, por lo que los derechos de filiación y sucesiones de este hijo nacido mediante esta técnica en la actualidad no se encuentran amparadas, por lo que nuestras normas nacionales no pueden ser ajenos a estos avances de la ciencia y la tecnología; y deben dar una regulación adecuada a estas prácticas reproductivas.

El objetivo principal de la investigación fue analizar la regulación normativa de la Fecundación In-Vitro Post Mortem en el ordenamiento jurídico peruano. Se utilizó la siguiente metodología: el tipo de investigación es Dogmático-Jurídico en su variante Jurídico-Propositiva, desde un enfoque cualitativo, el nivel de investigación es de tercer nivel, el método que se utilizó fue el análisis cualitativo en su variante fenomenológico. Las técnicas que se utilizaron son: la observación, la entrevista y la revisión de material sustantivo y los instrumentos fueron: guía de análisis documentales, fichas bibliográficas y la guía de Entrevistas. La población fue constituida por las sentencias emitidas entorno al problema de investigación de las diferentes Cortes de Justicia a nivel nacional e internacional, Jueces de la Corte Superior de Justicia del Cusco y abogados especialistas en Derecho de Familia, Sucesiones y Genético.

De acuerdo con la investigación realizada se concluye con dar la propuesta de una regulación normativa de la Fecundación In-Vitro Post Mortem en el ordenamiento jurídico peruano. Lo más importante de la propuesta de la regulación normativa fue dar protección a los hijos nacidos mediante esta técnica de Reproducción Humana Asistida porque, estos al nacer tienen que contar con todos sus derechos fundamentales, ya que estos son concebidos

después de fallecido su padre. Lo que más ayudo a proponer esta regulación normativa fue diversas legislaciones comparadas quienes en su ordenamiento jurídico regulan adecuadamente este tipo de prácticas de procreación humana asistida y que además tenemos sentencias nacionales e internacionales a favor de esta propuesta.

**Palabras claves:** Regulación normativa, Fecundación In-Vitro Post Mortem, filiación, sucesiones.

## ABSTRAC

This research addressed the issue of the normative regulation of Post Mortem In-Vitro Fertilization in our legal system, due to the advances in medical science through Assisted Human Reproduction Techniques, the spouse or partner decides to procreate a child after the father has died, so the filiation and inheritance rights of this child born using this technique are currently not protected, so our national regulations cannot be immune to these advances in science and technology; and they must give adequate regulation to these reproductive practices.

The main objective of the research was to propose the normative regulation of In-Vitro Post Mortem Fertilization in the Peruvian legal system. The following methodology was used: the type of research is Dogmatic-Legal in its Legal-Proposal variant, from a qualitative approach, the research level is third level, the method used was qualitative analysis in its phenomenological variant. The techniques used are: observation, interview and review of substantive material and the instruments were: documentary analysis guide, bibliographic records and Interview guide. The population was constituted by the judgments issued around the investigation problem of the different Courts of Justice at the national and international level, Judges of the Superior Court of Justice of Cusco and lawyers specializing in Family, Succession and Genetic Law.

According to the research carried out, it is concluded with the proposal of a normative regulation of In-Vitro Post Mortem Fertilization in the Peruvian legal system. The most important part of the proposal of the normative regulation was to give protection to children born through this Assisted Human Reproduction technique because, at birth, they must have all their fundamental rights, since they are conceived after the death of their father. What most helped to propose this normative regulation was various comparative legislations who in their

legal system adequately regulate this type of assisted human procreation practices and that we also have national and international judgments in favor of this proposal.

**Keywords:** Normative regulation, In-Vitro Post Mortem Fertilization, filiation, inheritance.



## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación, surge debido a los grandes cambios de la realidad social que han obligado a las ciencias médicas y por ende a las ciencias jurídicas a avanzar en temas como las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TERAs). Uno de estos procedimientos es la Fecundación In-Vitro Post Mortem, el cual origina problemas en instituciones jurídicas como la filiación y la sucesión del fecundado.

En el ámbito jurídico nacional, el tema de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida no está regulada debidamente, toda vez que en el artículo 7° de la Ley N° 26842 “Ley General de Salud”, establece una condición, que para acceder al uso de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida se requiere que la madre genética y la madre gestante recaiga en la misma persona, por lo que podemos mencionar que este artículo omite otros supuestos, tal es el caso de la Fecundación In-Vitro Post Mortem; además es de señalar que no existe norma que prohíba el uso de estas prácticas reproductivas, por lo que es posible colegir que otros supuestos de prácticas reproductivas pueden realizarse de acuerdo a la aplicación del artículo 2, inciso 24, literal a) de la Constitución Política.

En la actualidad, la polémica surge cuando una persona se somete a la Técnica de Reproducción Humana Asistida de la Fecundación In-Vitro Post Mortem, y la concepción se realiza después del fallecido el cónyuge o la pareja, con lo que se presenta la problemática de determinar la filiación entre el padre muerto y el concebido mediante esta técnica y respecto a la sucesión.

Consiguientemente, planteamos como problema general de la investigación ¿Cómo es la regulación normativa de la Fecundación In-Vitro Post Mortem en el ordenamiento jurídico peruano? La hipótesis general es: “La regulación normativa de la Fecundación In-Vitro Post Mortem en el ordenamiento jurídico peruano es deficiente por no existir una ley expresa”. El

objetivo general “Analizar la regulación normativa de la Fecundación In-Vitro Post Mortem en el ordenamiento jurídico peruano”.

Para llevar a cabo el estudio lo estructuramos en cinco capítulos:

El capítulo I Diseño de Investigación, destinado a la descripción de la problemática referida a la falta de regulación de la Técnica de Reproducción Humana Asistida de la Fecundación In-Vitro Post Mortem, los problemas y objetivos de investigación, las hipótesis, justificación y delimitación.

El capítulo II comprende el Estado del Arte, Marco conceptual y Marco Teórico,

En el estado del arte hacemos referencia a los antecedentes internacionales y nacional, en el marco conceptual a las definiciones básicas y en el marco teórico desarrollamos lo referente a la Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

El capítulo III destinado al análisis en profundidad de las instituciones jurídicas Familia, parentesco, la filiación y la sucesión; el capítulo IV de igual manera respecto a la filiación y la sucesión a través de la fecundación in-vitro post mortem y además se da una vista al derecho comparado de los países que ya tienen una regulación al respecto.

Finalmente, el capítulo V comprende la descripción, el análisis de resultados y una propuesta legislativa, a partir de ello se presentan las conclusiones y recomendaciones.

## ÍNDICE

DEDICATORIA .....	II
AGRADECIMIENTOS .....	III
PRESENTACIÓN.....	IV
RESUMEN.....	V
ABSTRAC .....	VII
INTRODUCCIÓN .....	IX
ÍNDICE .....	XI
ÍNDICE DE TABLAS .....	XVIII
CAPITULO I: DISEÑO DE INVESTIGACIÓN .....	1
1.1 Planteamiento del problema .....	1
1.1.1 Descripción de problema.....	1
1.2 Problema de investigación.....	2
1.2.1 Problema General.....	2
1.2.2 Problemas Específicos.....	2
1.3 Objetivos de la investigación.....	3
1.3.1 Objetivo general .....	3
1.3.2 Objetivos específicos.....	3
1.4 Delimitación de la investigación .....	3
1.4.1 Delimitación espacial .....	3
1.4.2 Delimitación temporal.....	3
1.4.3 Delimitación social.....	4

1.5	Limitaciones de la investigación .....	4
1.5.1	Limitaciones teóricas.....	4
1.5.2	Limitaciones metodológicas.....	4
1.6	Importancia de la investigación .....	4
1.7	Justificación .....	5
1.7.1	Conveniencia.....	5
1.7.2	Relevancia social.....	6
1.7.3	Implicancias prácticas .....	7
1.7.4	Valor teórico.....	7
1.7.5	Unidad metodológica .....	7
1.8	Hipótesis .....	8
1.8.1	Hipótesis General .....	8
1.8.2	Hipótesis Específicas.....	8
1.9	Diseño metodológico .....	8
1.9.1	Tipo de investigación .....	8
1.9.2	Enfoque de la investigación .....	9
1.9.3	Nivel de investigación .....	9
1.9.4	Método de análisis.....	9
1.9.5	Población y unidad de Muestra .....	10
1.10	Técnicas e Instrumento de Recolección de Datos e Información .....	11
1.10.1	Técnicas de Investigación.....	11

1.10.2	Instrumentos de Investigación .....	12
1.11	Procedimiento de Análisis de las Categorías .....	12
1.12	Obtención de la Información .....	13
1.12.1	Obtención de Datos de Fuentes Primarias .....	13
1.12.2	Obtención de Datos de Fuentes Secundarias .....	13
CAPÍTULO II: ESTADO DEL ARTE, MARCO CONCEPTUAL Y MARCO TEÓRICO		
.....		13
2.1	Estado del arte .....	13
2.1.1	Antecedente internacional .....	13
2.1.2	Antecedente nacional .....	19
2.2	Marco conceptual .....	23
2.2.1	Fecundación .....	23
2.2.2	Crioconservación.....	24
2.2.3	Concepturus.....	24
2.2.4	Fecundación In Vitro Post mortem .....	25
2.3	Marco Teórico .....	25
2.3.1	Las técnicas de reproducción humana asistida.....	25
2.3.2	Causas de infertilidad .....	26
2.3.3	Antecedentes de las técnicas de reproducción asistida .....	27
2.3.4	Clases de las técnicas de reproducción humana asistida.....	31
2.3.4.1	Inseminación Artificial o fecundación intracorpórea .....	31
2.3.4.1.1	Inseminación artificial homóloga .....	32

2.3.4.1.2	Inseminación artificial heteróloga .....	32
2.3.4.2	La Fecundación in vitro o fecundación extracorpórea .....	33
2.3.4.2.1	Fecundación in vitro homóloga .....	34
2.3.4.2.2	Fecundación in vitro heteróloga .....	35
2.3.4.3	Variaciones de la fecundación in vitro .....	36
2.3.4.3.1	La transferencia de embriones (TE) .....	36
2.3.4.3.2	La transferencia intratubárica de gametos (GIFT) .....	36
2.3.4.3.3	Transferencia intratubárica de embriones (TIE).....	37
2.3.4.4	Procedimiento de la fecundación in vitro .....	37

### CAPÍTULO III: LA FAMILIA, EL PARENTESCO, LA FILIACIÓN Y LA SUCESIÓN

.....		41
3.1	La familia y contenido constitucional .....	41
3.1.1	concepto de familia .....	41
3.1.2	Reconocimiento dentro de nuestro sistema legal y constitucional.....	42
3.2	Derecho de familia, derecho de sucesiones y el código civil .....	44
3.2.1	La familia en el código civil.....	44
3.2.2	El parentesco .....	45
3.2.3	Formas de parentesco .....	45
3.2.3.1	Parentesco sanguíneo.....	45
3.2.3.2	Parentesco por afinidad .....	46
3.2.3.3	Parentesco por adopción.....	47
3.3	La filiación.....	47

3.3.1	Determinación de la filiación .....	48
3.3.2	Clases de filiación .....	49
3.3.2.1	Filiación biológica .....	49
3.3.2.1.1	Filiación matrimonial .....	49
3.3.2.1.2	Filiación extramatrimonial .....	51
3.3.2.2	Filiación legal .....	52
3.4	Derecho de sucesiones .....	52
3.5	La sucesión .....	53
3.5.1	Elementos de la sucesión.....	53
3.5.2	Clases de sucesión.....	55
3.5.2.1	Testamentaria .....	55
3.5.2.2	Intestada.....	55
3.5.2.3	Mixta.....	56
3.5.2.4	Contractual .....	56
3.5.3	Modos de suceder.....	58
3.5.3.1	Por cabeza.....	58
3.5.3.2	Por estirpe .....	58
3.5.4	Sucesión a título universal y a título singular .....	59
3.5.5	Herencia .....	60
3.5.5.1	Herencia en sentido amplio .....	60
3.5.5.2	Herencia en sentido estricto.....	60

3.5.5.3	Acervo imaginario .....	61
3.5.6	Sucesores .....	61
3.5.7	Herederos .....	62
3.5.7.1	Por la clase de sucesión .....	62
3.5.7.2	Por su título.....	62
3.5.7.3	Por la calidad de su derecho .....	63
3.5.7.4	Por su relación con el causante.....	63
3.5.7.5	Por el mejor derecho a heredar .....	64
3.5.8	Legatarios .....	64
3.6	Apertura de la sucesión.....	64
CAPÍTULO IV: LA FILIACIÓN Y LA SUCESIÓN A TRAVÉS DE LA FECUNDACIÓN		
IN-VITRO POST MORTEM .....		
4.1	Fecundación In-Vitro Post Mortem.....	66
4.1.1	Concepto.....	66
4.1.2	Clases de Fecundación In-Vitro Post Mortem .....	67
4.1.3	Elementos de una Fecundación In-Vitro Post Mortem .....	68
4.1.4	Requisitos de la Fecundación In-Vitro Post Mortem.....	69
4.1.4.1	Consentimiento para la Fecundación In-Vitro Post Mortem.....	69
4.1.4.2	Plazo para la Fecundación In-Vitro Post Mortem .....	69
4.1.4.3	Forma de consentimiento Post Mortem.....	70
4.1.5	Incumplimiento de los requisitos y revocación del consentimiento .....	72
4.2	La admisibilidad de la Fecundación In-Vitro Post Mortem .....	73



4.3	Filiación en la Fecundación In-Vitro Post Mortem .....	74
4.4	Sucesión en la Fecundación In-Vitro Post Mortem.....	76
4.5	Países en las que existe la regulación normativa de la Fecundación In-Vitro Post Mortem (Derecho comparado).....	77
CAPÍTULO V: DESCRIPCIÓN, ANÁLISIS DE RESULTADOS Y PROPUESTA LEGISLATIVA .....		81
5.1	Descripción de la guía de entrevista .....	81
5.2	Descripción y análisis de Resultados de las guías de entrevistas .....	82
5.3	Descripción de Resultados: Técnica del Análisis Documental .....	88
5.4	Propuesta Legislativa.....	91
5.4.1	El Código Civil y el Anteproyecto de reforma del Código Civil peruano.....	91
5.4.2	El Código de los Niños y Adolescentes (Ley N° 27337) .....	98
5.4.3	Síntesis de la Propuesta.....	99
ANTEPROYECTO DE LEY QUE REGULA LA APLICACIÓN DE LA TÉCNICA DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA DE LA FECUNDACIÓN IN-VITRO POST MORTEM.....		100
CONCLUSIONES .....		110
RECOMENDACIONES .....		112
BIBLIOGRAFÍA.....		114
ANEXOS.....		120

**ÍNDICE DE TABLAS**

Tabla 1: CATEGORÍAS DE ESTUDIO .....	10
Tabla 2: POSIBILIDADES DE LA FECUNDACIÓN IN VITRO. ....	34
Tabla 3: LEGISLACIÓN VIGENTE RESPECTO A LA FECUNDACIÓN IN-VITRO POST-MORTEM EN ALGUNOS PAÍSES: .....	80

## **CAPITULO I: DISEÑO DE INVESTIGACIÓN**

### **1.1 Planteamiento del problema**

#### **1.1.1 Descripción de problema**

La regulación normativa de la Fecundación In-Vitro Post Mortem en la actualidad en nuestro ordenamiento jurídico es un problema legal para todas las personas quienes toman la decisión de someterse a este tipo de Técnica de Reproducción Asistida.

En la actualidad, el avance de la ciencia y tecnología se da de manera acelerada a comparación de décadas atrás, en donde las nuevas tecnologías se descubren a la velocidad de la luz; es así, la era tecnológica e informática ha permitido que las nuevas tecnologías se desarrollen año a año, y como el Derecho es una ciencia dinámica tiene que adecuarse y regular las nuevas tecnologías. Es el caso de la reproducción Humana, la ciencia ha facilitado la reproducción humana mediante técnicas de reproducción asistida, esto trajo consigo diversos problemas legales en nuestra legislación ya que estas no tienen una regulación adecuada, ni mucho menos regulan las diferentes formas de estas técnicas y en el presente caso de investigación la Fecundación In-Vitro Post Mortem.

En el Perú el problema surge cuando una pareja se someta al tratamiento in vitro y el padre este muerto, o cuando deciden dejar congelado el espermatozoide del esposo con la intención de realizar la fecundación después de que ocurra su muerte, ya sea con pleno conocimiento del futuro muerto o sin dicho conocimiento y que ello conlleve al problema legal de dilucidar respecto del Concepturus o el hijo por concebirse y que este cuando nazca ¿de quién le corresponde su derecho filiatorio? ¿si este puede concurrir con los demás herederos a la masa hereditaria del padre muerto?

De continuar esta situación de tener una incertidumbre de que cuando una pareja decida someterse a este tipo de técnica de reproducción asistida (Fecundación In-Vitro Post Mortem) y que cuando el hijo nazca muchas madres no sabrán si inscribir a su hijo con el apellido del

padre muerto o con sus propios apellidos y de igual manera tendremos hijos nacidos mediante esta técnica de reproducción asistida (Fecundación In-Vitro Post Mortem) sin saber si estas pueden heredar de su padre muerto, por tanto, tendremos hijos desamparados legalmente.

Empero, el caso puede ser resuelto de manera eficiente con una regulación expresa la Fecundación In-Vitro Post Mortem, en donde de forma clara y precisa establezca que padres pueden someterse a este tipo de Técnica de Reproducción Asistida, cual es periodo para que la madre tenga la posibilidad de someterse a este tipo de Técnica de Reproducción Asistida después de la muerte del esposo, sus derechos filiatorios y hereditarios del concepturus o concebido post mortem respecto de su padre.

## **1.2 Problema de investigación**

### **1.2.1 Problema General**

P.G. ¿Cómo es la regulación normativa de la Fecundación In-Vitro Post Mortem en el ordenamiento jurídico peruano?

### **1.2.2 Problemas Específicos**

P.E.1. ¿De qué manera afecta al concepturus, la ausencia de una regulación normativa de la Fecundación In-Vitro Post Mortem en su derecho a la filiación reconocido en el ordenamiento jurídico peruano?

P.E.2. ¿De qué manera afecta al concepturus, la ausencia de una regulación normativa de la Fecundación In-Vitro Post Mortem en su derecho a la sucesión reconocido en el ordenamiento jurídico peruano?

P.E.3. ¿Cómo es la obsolescencia de la Ley General de Salud en nuestra legislación nacional?

### **1.3 Objetivos de la investigación**

#### **1.3.1 Objetivo general**

O.G. Analizar la regulación normativa de la Fecundación In-Vitro Post Mortem en el ordenamiento jurídico peruano.

#### **1.3.2 Objetivos específicos**

O.E.1. Determinar cómo afecta al concepturus, la ausencia de una regulación normativa de la Fecundación In-Vitro Post Mortem, en su derecho a la filiación, reconocido en el ordenamiento jurídico peruano.

O.E.2. Determinar cómo afecta al concepturus, la ausencia de una regulación normativa de la Fecundación In-Vitro Post Mortem, en su derecho a la sucesión, reconocido en el ordenamiento jurídico peruano.

O.E.3. Demostrar la obsolescencia de la Ley General de Salud en nuestra legislación nacional.

### **1.4 Delimitación de la investigación**

#### **1.4.1 Delimitación espacial**

La presente investigación es en torno a la regulación normativa de la Fecundación In-Vitro Post Mortem, por ende, es todo el territorio peruano en el cual se aplican las normas vigentes en Técnicas de Reproducción Asistida.

#### **1.4.2 Delimitación temporal**

En el presente trabajo se estudió de que como es la progresiva regulación en el derecho comparado respecto a la filiación y la sucesión del concepturus en la Fecundación In-Vitro Post Mortem desde la aparición de los avances científicos con las Técnicas de Reproducción Asistida hasta la actualidad.

### **1.4.3 Delimitación social**

En vista de que nuestra investigación tiene que ver con la regulación normativa de la Fecundación In-Vitro Post Mortem, la delimitación comprende a la sociedad en general, ya que se da una propuesta de una regulación dando protección a un nuevo ser que en la actualidad sus derechos no se encuentran amparados.

## **1.5 Limitaciones de la investigación**

### **1.5.1 Limitaciones teóricas**

Se tuvieron limitaciones teóricas debido al acceso de información, ya que en nuestro país no tenemos muchos doctrinarios o tratadistas quienes estudian estos temas de ciencia médica por lo que existe muy poca información de fuente primaria, necesaria para la realización de la investigación, además que el presente tema no ha sido muy estudiado en nuestro país, en consecuencia, existen pocas fuentes de información al respecto.

### **1.5.2 Limitaciones metodológicas**

Debido a que nuestra investigación además de analizar sentencias nacionales e internacionales sobre el tema, el derecho comparado fue analizar las entrevistas con jueces y especialistas en la materia; en donde fue complicado entrevistar a los señores magistrados ya que por su propio trabajo y labores que ellos deben cumplir no contaban con tiempo suficiente para poderles entrevistar y analizar sus puntos de vista respecto del tema de investigación.

## **1.6 Importancia de la investigación**

La investigación es importante porque permite analizar una adecuada regulación normativa de la Fecundación In-Vitro Post Mortem en nuestro ordenamiento jurídico nacional y así poder dar una protección legal al concepturus en sus derechos fundamentales como es el caso del derecho filiatorio y su derecho hereditario respecto al padre muerto.

El porqué de nuestra investigación, radica en la preocupación que ameritan las personas quienes se realizan la práctica de la Fecundación In-Vitro Post Mortem, puesto que al no haber

regulación normativa que regule la “Fecundación In-Vitro Post Mortem” en la Ley, se les restringe de manera abrupta su derecho a la vida familiar, derecho filiatorio y por ende su derecho a la sucesión. En nuestra legislación las Técnicas de Reproducción Asistida no viene siendo regulada de manera eficiente; puesto que no se permite que esta técnica recaiga en persona diferente y mucho menos está regulado con una ley expresa la Fecundación In-Vitro Post Mortem.

De otro lado, si bien es cierto, podría decirse que permitir este tipo de reproducción atentaría la dignidad humana, al respecto la Corte Interamericana ha dicho en el caso Artavia Murillo VS Costa Rica que toda persona tiene derecho de acceder al desarrollo clínico más alto y más adecuado para ejercer la autonomía reproductiva y la posibilidad de construir una familia y que esta se deriva del derecho de acceso a los servicios sanitarios de primera línea en las técnicas de asistencia reproductiva y, en consecuencia, las prohibiciones de regulaciones de iure o de facto son desproporcionadas e innecesarias para el ejercicio de las selecciones reproductivas que nos corresponden a todos.

## **1.7 Justificación**

El presente trabajo de investigación se justifica por las siguientes razones:

### **1.7.1 Conveniencia**

La conveniencia de la presente investigación es porque ante el diagnóstico que se encuentran expresados los derechos fundamentales del concepturus como son la filiación y la sucesión respecto al padre muerto en las prácticas de la Fecundación In-Vitro Post Mortem que han sido plasmados en el presente estudio, servirá para aplicar a las prácticas realizadas de esta técnica de reproducción asistida a nivel nacional, por ende reconocer sus derechos a los que van a ser concebidos mediante esta técnica después de la muerte del padre.

### **1.7.2 Relevancia social**

El impacto social se verá reflejado principalmente en el realce verdadero que tendrán los derechos a la vida familiar, el derecho a la filiación y el derecho sucesorio del concepturus; protegiéndose de manera eficiente a la familia, al ser ésta, la cédula fundamental de la sociedad y sobre el que se rigen todos los principios constitucionales.

El impacto jurídico, político y ético que se pretende, es que se alcance una propuesta legislativa, a efectos de garantizar en toda su plenitud, el derecho a la vida familiar, así como también el derecho a la procreación, el derecho filiatorio y el derecho sucesorio del concepturus, considerando que nuestra Constitución Política del Perú establece como “elemento natural y fundamental de la sociedad”, a la familia, y esta “debe ser protegida por la sociedad y el Estado”.

La investigación será de mucha utilidad para la sociedad en general, las parejas o personas que decidan someterse a la técnica de reproducción asistida Fecundación In-Vitro Post Mortem, ya tendrán un conocimiento claro y preciso de que el concepturus ya tendrá una protección legal respecto a sus derechos fundamentales, para los jueces que tienen competencia en derecho filiatorio y el derecho sucesorio y también será de mucha utilidad para los médicos quienes realizan estas prácticas de reproducción asistida.

La sociedad en general, las parejas o personas que decidan someterse a esta técnica de reproducción asistida utilizarán el conocimiento generado para que en un futuro cualquiera persona que decida realizarse esta práctica lo hará de manera responsable ya que existirá una ley expresa que regula dicha práctica y además tendrá una protección plena al concepturus, los jueces competentes en derecho filiatorio y derecho sucesorio utilizarán en conocimiento para emitir una sentencias cuando existan conflictos de chicha índole con las prácticas de la Fecundación In-Vitro Post Mortem y los médicos quienes realizan estas prácticas utilizarán el



conocimiento para que sus prácticas sean de manera formal y responsable al saber que existe una regulación expresa.

### **1.7.3 Implicancias prácticas**

Las implicaciones prácticas que se deriven de los resultados obtenidos en esta investigación, tendrán que ver las medidas a tomar por las personas quienes decidan someterse a este procedimiento de las técnicas de reproducción asistida y conocer los derechos del concepturus. Sobre todo, que los resultados de la presente investigación servirán de base para diferentes investigadores quienes quisieran profundizar y/o complementar el tema investigado. La práctica de la Fecundación In-Vitro Post Mortem es un problema real a nivel nacional, para ello con las experiencias de otros países que ya regulan estas prácticas de reproducción asistida podría proponerse una Ley en específica que regule esta técnica de reproducción asistida en donde se plasme el derecho filiatorio y la sucesión del padre muerto del concepturus y así cumplir con el fin primordial del estado de proteger a la familia prescrito en nuestra constitución.

### **1.7.4 Valor teórico**

El valor teórico de este estudio, es una contribución como fuente de conocimientos y antecedente para futuras investigaciones dentro del tema de las Técnicas de Reproducción Asistida, en la solución de una serie de problemas que afectan a los derechos fundamentales de las personas como son el derecho a la familia, el derecho a la procreación, el derecho a la filiación, el derecho a la sucesión y otros que se afectan al no encontrar una regulación normativa de las técnicas de reproducción asistida. Nos permitirá desarrollar una futura propuesta legislativa.

### **1.7.5 Unidad metodológica**

La investigación se llevó a cabo teniendo en cuenta las técnicas del método científico o investigación científica, ya que se utilizaron las guías documentales, las fichas bibliográficas y

la guía de entrevistas como instrumentos de acopio de datos e información, los cuales se comprobó y determinó su viabilidad. Esto permitirá en el futuro a otros investigadores, a la sociedad en general e incluso a los magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público, poner en práctica la investigación científica para resolver los problemas que se presentan en torno a las prácticas de la Fecundación In Vitro Post Mortem.

## **1.8 Hipótesis**

### **1.8.1 Hipótesis General**

H.G. La regulación normativa de la Fecundación In-Vitro Post Mortem en el ordenamiento jurídico peruano es deficiente por no existir una ley expresa que proteja los derechos fundamentales del concepturus.

### **1.8.2 Hipótesis Específicas**

H.E.1. Al concepturus, la ausencia de una regulación normativa de la Fecundación In-Vitro Post Mortem en su derecho a la filiación reconocido en el ordenamiento jurídico peruano afecta por no saber su descendencia respecto al padre muerto.

H.E.2. Al concepturus, la ausencia de una regulación normativa de la Fecundación In-Vitro Post Mortem en su derecho a la sucesión reconocido en el ordenamiento jurídico peruano afecta por no saber si concurre a la masa hereditaria respecto al padre muerto.

H.E.3. La obsolescencia de la Ley General de Salud en nuestra legislación nacional afecta al concepturus en la protección de sus derechos fundamentales.

## **1.9 Diseño metodológico**

### **1.9.1 Tipo de investigación**

El presente trabajo de investigación es de tipo Dogmático-Jurídico en su variante Jurídico-Propositiva. Para Tantaleán (2015) “las investigaciones propositivas y como se puede prever, en ellas de lo que se trata es de elaborar una propuesta de cambio, adición o supresión de alguna institución o regulación jurídica” (p. 16), el propósito de la información ha sido

obtenida en relación causal indicada en la hipótesis, a partir del análisis teórico y doctrinal, así como en la legislación nacional y la regulación comparada; y a razón de ello crear una norma jurídica.

### **1.9.2 Enfoque de la investigación**

La presente investigación es de Enfoque Cualitativo. Según “las investigaciones cualitativas se basan más en una lógica y proceso inductivo (explorar y describir, y luego generar perspectivas teóricas). Van de lo particular a lo general”. Es menester precisar que la presente investigación es de enfoque cualitativo donde se acopia la información en relación al problema objeto de investigación y analizar la realidad nacional, mediante posturas, teorías de la doctrina y la jurisprudencia nacional e internacional.

### **1.9.3 Nivel de investigación**

La investigación que hemos desarrollado es de tercer nivel porque además de describir, explica y revela algunas constantes de cambio de la realidad Caballero (2006), a la cual proponemos una regulación adecuada a estos cambios y avances de la tecnología, ya que el Derecho como una ciencia dinámica tiene que adecuarse y regular estos nuevos avances tecnológicos.

### **1.9.4 Método de análisis**

Para Hernández, Fernández & Baptista (2014), “el análisis cualitativo implica organizar los datos recogidos, transcribirlos cuando resulta necesario y codificarlos” (p. 394).

En la presente investigación, se hace uso del análisis cualitativo en su variante fenomenológica, debido a que, antes de todo, se acumulan de la mayor cantidad de información, que también incluyen jurisprudencia nacional e internacional, doctrina, fuentes documentales, entrevistas, entre otros.

Una vez recogida la información, se procedió su análisis, síntesis y la interpretación de los resultados dando sustento al problema planteado. El método fenomenológico nos permite

acceder a la subjetividad de los individuos a través de la experiencia y poder entender la conciencia y lo que piensan.

## CATEGORÍAS DE ESTUDIO

*Tabla 1: CATEGORÍAS DE ESTUDIO*

CATEGORÍA DE ESTUDIO	SUB CATEGORÍA DE ESTUDIO	REFERENCIA DE ANÁLISIS
La Fecundación In-Vitro Post Mortem.	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Antecedentes de las TERAS.</li> <li>2. Antecedentes de la Fecundación In-Vitro Post Mortem.</li> <li>3. Procedimientos de la Fecundación In-Vitro Post Mortem a nivel internacional.</li> <li>4. Procedimientos de la Fecundación In-Vitro Post Mortem a nivel nacional.</li> </ol>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Practicas realizadas de la Fecundación In-Vitro Post Mortem a nivel internacional.</li> <li>• Practicas realizadas de la Fecundación In-Vitro Post Mortem a nivel nacional</li> </ul>
Ley expresa de la Fecundación In-Vitro Post Mortem.	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Regulación de las TERAS.</li> <li>2. Regulación de la Fecundación In-Vitro Post Mortem.</li> </ol>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Leyes internacionales que regulan la Fecundación In-Vitro Post Mortem.</li> <li>• Ley General de la Salud (Ley N° 26842).</li> </ul>
El Concepturus	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Concepturus.</li> <li>2. Nasciturus.</li> <li>3. El concebido.</li> </ol>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Código Civil peruano.</li> </ul>
Derecho de filiación.	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Filiación biológica.</li> <li>2. Filiación jurídica.</li> </ol>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Código Civil peruano.</li> </ul>
Derecho de sucesión.	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Causante.</li> <li>2. Masa hereditaria.</li> <li>3. Herederos.</li> </ol>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Código Civil peruano.</li> </ul>

Fuente: Elaboración Propia

### 1.9.5 Población y unidad de Muestra

La unidad de estudio, está establecida por las sentencias emitidas entorno al problema de investigación de las diferentes Cortes de Justicia a nivel nacional e internacional, Jueces de la Corte Superior de Justicia del Cusco y abogados expertos en Derecho de Familia, Sucesiones y Genético y se ciñe a los criterios del muestreo no - probabilístico de tipo dirigido.

Hay que aclarar que esto no es representativo porque no se ciñe a una fórmula estadística para fijar la muestra. Sin embargo, al tratarse de un estudio cualitativo, ya no se ha observado con el rigor especificado, ya que en este diseño impera la flexibilidad. Nos basamos Hernández, Fernández & Baptista (2003) quienes han advertido que la población como muestra que se investiga no siempre debe ser representativa, hasta incluso la muestra puede ser la población completa; Pardo de Vélez & Cedeño (1997), también suscribieron que el “muestreo no probabilístico no se basa en el principio de probabilidades y lo utiliza el investigador por convivencia, sin tener en cuenta el error de muestreo y, por tanto, de una parte, la muestra no necesariamente es representativa de la población” (p. 224). Para la presente investigación, la muestra no probabilística está establecida adrede en ocho (08) Sujetos: tres (03) Jueces de la Corte Superior de Justicia de Cusco y cinco (05) abogados especialistas en Derecho de Familia, Sucesiones y Genético.

## **1.10 Técnicas e Instrumento de Recolección de Datos e Información**

### **1.10.1 Técnicas de Investigación**

La investigación que se desarrolló fue llevada a cabo mediante las siguientes técnicas: la observación, la entrevista y la revisión de material sustantivo. La organización de estas técnicas se ha delimitado considerando las aportaciones de Ander-Egg (1979) y también añadidas con los aportes de Anguera (1997) y Aguirre (1997) de siguiente modo:

#### **A) La observación:**

La observación se realizó de manera interactiva por el investigador, entre la teoría y los datos acopiados ya que permitió la retroinformación e incidencia constante de la información recolectada sobre la teoría, doctrina, jurisprudencia, derecho comparado de la Técnica de Reproducción Humana Asistida de la Fecundación In-Vitro Post Mortem.

#### **B) La entrevista:**

La técnica de la entrevista que se ha efectuado se ha estructurado de la siguiente manera:

Según su forma. La técnica de la entrevista que se sostuvo a los Jueces de la Corte Superior de Justicia del Cusco y a los abogados especializados en derechos de Familia, Sucesiones y Genético, fue organizada, es decir con el uso de una guía de entrevista. Esta entrevista que se realizó, fue en base de un formulario con preguntas abiertas los cuales fueron elaborados previamente y que permitirá que el actor entrevistado pueda contestar libremente. Las entrevistas se dieron en el lugar de los hechos y según sea el caso conveniente con algunos mediante el internet, ya que por la actual situación mundial por la pandemia solo se les pudo enviar la guía de entrevistas virtualmente y que ellos de igual manera enviaron sus respuestas.

Según el número de participantes. La técnica de la entrevista fue conducida de modo personal e individual. Después de haber conversado previamente referido al tema y problema de investigación para que los entrevistados no se alejen del tema investigado.

### **C) La revisión de material sustantivo:**

La revisión de los materiales sustantivos fue de manera directa por el investigador y esta revisión se basó en el análisis documentos, doctrina nacional e internacional y jurisprudencia nacional e internacional de los casos que se investigó.

#### **1.10.2 Instrumentos de Investigación**

Los instrumentos de la presente investigación fueron:

- La guía de análisis documentales
- Las fichas bibliográficas.
- Guía de Entrevistas.

#### **1.11 Procedimiento de Análisis de las Categorías**

De la información bibliográfica, guía de entrevista, jurisprudencia, y doctrina se realizó un análisis para validar la hipótesis materia de investigación.

## **1.12 Obtención de la Información**

### **1.12.1 Obtención de Datos de Fuentes Primarias**

- La guía de entrevista
- La observación directa

### **1.12.2 Obtención de Datos de Fuentes Secundarias**

- La revisión bibliográfica y el Internet

## **CAPÍTULO II: ESTADO DEL ARTE, MARCO CONCEPTUAL Y MARCO TEÓRICO**

### **2.1 Estado del arte**

#### **2.1.1 Antecedente internacional**

Velásquez, (2018), en su tesis titulada “*La filiación por consentimiento paterno otorgado para la realización de técnicas de reproducción asistida post mortem*” tesis para la obtención título de abogado, en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, donde en la mencionada tesis llego a las siguientes conclusiones:

PRIMERA.- Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, en general plantean desafíos en el ámbito jurídico, por las posibles afectaciones a los derechos de la madre, el padre, el hijo concebido mediante este procedimiento artificial y terceros de buena fe.

SEGUNDA.- En virtud de la criogenización como método para congelar los gametos, es posible aplicar a la mujer las Técnicas de Reproducción Asistida con gametos del cónyuge o conviviente varón fallecido; supuesto en el que no existe norma legal expresa en el Ecuador para la determinación de la filiación del niño nacido por medio de este procedimiento, esta situación es la denominada filiación Post Mortem.

TERCERA.- A falta de norma expresa el juez para otorgar la filiación, invocando el Estado Constitucional, la falta de filiación afectando al derecho a la identidad, el interés superior del niño, derechos sucesorios, derechos a percibir alimentos se podrá aplicar

normativa establecida en el Código Orgánico de la Niñez y la Convención de los Derechos del Niño para resolver este supuesto jurídico, en caso de que la mujer interponga una acción de protección. En esta situación eventualmente un juez que conozca del caso.

CUARTA.- Para la determinación de la filiación post mortem la doctrina, legislación comparada y jurisprudencia internacional recogen la importancia del consentimiento por parte del cónyuge o conviviente varón. El consentimiento no solo debe referirse a la aplicación de la técnica en vida, sino que se exige la expresión de voluntad expresa respecto a la utilización de los gametos a favor de la mujer quien fue esposa o conviviente.

QUINTA.- En el Ecuador no existe norma legal expresa para la realización de técnicas de reproducción asistida post mortem, ni de carácter secundario establecida por el Ministerio de Salud el cual se encarga de ejercer la rectoría, regulación, planificación, coordinación, control y gestión de la Salud Pública ecuatoriana a través de la gobernanza y vigilancia, control sanitario, con el fin de garantizar el derecho a la salud.

SEXTA.- En algunas legislaciones como la española otro elemento relevante es el tiempo dentro del cual se puede realizar las Técnicas de Reproducción Asistida Post Mortem, en resguardo de los posibles derechos de terceros que pueden ser herederos de buena fe. Con estos antecedentes por seguridad jurídica se necesita norma expresa que regule la forma de otorgar el consentimiento y la temporalidad para la validez del mismo.

SETIMA.- El nacimiento del ser humano concebido por medio de técnicas de reproducción asistida, tiene como consecuencia la modificación del estatus jurídico de ambos padres en relación con la nueva persona, por lo que resulta absolutamente necesario que los progenitores otorguen su consentimiento expreso e informado al momento de decidir utilizar una de las técnicas de reproducción asistida existentes.



OCTAVA.- Existe una perceptible falta de seguridad jurídica de los nacidos por procedimientos con gametos asistidos post mortem, puesto que no se ha institucionalizado en favor de estas personas el derecho a identidad, la filiación y los consecuentes derechos patrimoniales y sucesorios.

NOVENA.- Es imprescindible regular las técnicas de reproducción asistida como se ha realizado en varios países del mundo ya que es un fenómeno social que genera un gran vacío legal respecto a los derechos de filiación del ser nacido por medio de las técnicas de reproducción humana asistida en la disertación he dado especial énfasis a la legislación española que regula el consentimiento y la filiación post mortem.

DECIMA.- Se requiere una norma específica para revocar el consentimiento de la mujer en caso que no desee acceder a las técnicas de reproducción asistida post mortem a pesar de haber contado con el consentimiento del ex esposo. (Velásquez, 2018, p. 105-107)

El segundo antecedente de mi investigación es realizado por Getino, (2015/2016); en su investigación titulada "*Técnicas de fecundación asistida post mortem*" para obtener el grado de abogado en la Universidad de León; de la mencionada tesis para nuestra investigación seleccionamos las siguientes conclusiones:

PRIMERA: Los avances de la medicina han posibilitado las técnicas de reproducción humana asistida, cuya regulación plantea una gran variedad de problemas ante posibles vacíos legales. El mayor de los debates reside en la manipulación y en el tratamiento de la protección del menor, una vez que se va a llevar a cabo estas técnicas.

SEGUNDA: Bajo la denominación de fecundación in vitro post mortem, se esconden tres modalidades distintas: la fecundación in vitro post mortem en sentido estricto; (implantar el gameto una vez ha muerto el varón); la fecundación artificial post mortem (que incluye, además, la inseminación artificial) y la procreación artificial post mortem

(que comprende las dos anteriores). Solo la segunda de ella, encuentra perfecta cabida en la regulación contenida en el art. 9 LTRHA.

TERCERA: En materia de fecundación asistida post mortem se suscita un claro conflicto de intereses. De una parte, el interés de la mujer a procrear, así como el del varón a tener descendencia póstuma y, de otra, el interés del menor que nacerá a ser asistido por sus progenitores. Tampoco hay que despreciar el interés sucesorio que pudieran tener terceros en la herencia del progenitor fallecido. El conflicto de estos intereses debe resolverse otorgando preferencia al interés del menor, tal y como enseña el art. 2 LO 1/1996. No obstante, aun cuando se parta de que su interés es el prioritario entre los que se encuentran en conflicto, éste no se verá vulnerado por la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida post mortem, en cuanto que su necesaria tutela se alcanza con la determinación de su filiación paterna desde el momento de su nacimiento.

CUARTA: El derecho comparado ofrece un panorama diverso en el tratamiento de la reproducción asistida post mortem. Países como Italia, Francia, Portugal o Alemania, tienen una legislación restrictiva, en cuanto a que no admiten legalmente la práctica de estas técnicas; mientras que, por el contrario, países como Bélgica, Reino Unido o Dinamarca, permiten de forma más flexible la posibilidad de acceder a las mismas.

QUINTA: La fecundación asistida post mortem se regula específicamente en el artículo 9 LTRHA 2006. Este precepto admite la introducción del semen del varón fallecido o de los preembriones previamente constituidos en el organismo de la mujer. Para poder realizar esta técnica, es necesario que se cumplan dos requisitos: la emisión del consentimiento de forma expresa por parte del varón, y que pasen como máximo 12 meses desde que fallece el varón hasta que se lleva a cabo el tratamiento.

SEXTA: En lo referente al consentimiento, debemos acudir previamente a la Ley 41/2002, referida a la autonomía del paciente y de sus derechos, y en concreto, habrá se

respetarse previamente el derecho a la información clínica. El consentimiento debe ser libre, voluntario, formal e informado. Los requisitos específicos que se necesitan, además de los generales que antes he nombrado, se diferencian dependiendo de la relación del varón con la mujer. En el caso de que haya vinculación matrimonial, se requiere el consentimiento de ambos miembros de la pareja. Sin embargo, en caso de parejas more uxorio, el consentimiento no es un requisito esencial en sí, sino presupuesto necesario para iniciar el expediente de filiación del Registro Civil. La forma de expresar este consentimiento es posible a través de todos los medios que se describen en el art. 6 LTRHA (escritura Pública, testamento, documento de instrucciones previas o documento clínico).

SÉPTIMA: En cuanto al plazo en el que debe realizarse el tratamiento, el propio art. 9 LTRHA 2006 aclara que debe realizarse en un año tras el fallecimiento del varón. Sin embargo, este tiempo es muy debatido por parte de la doctrina al considerarse escaso, por lo que se propone desglosa el plazo en dos periodos: un periodo de seis meses, para que la viuda pueda decidir sobre si se someterá al tratamiento, y otro de un año, para poder llevar a cabo de forma efectiva la técnica.

OCTAVA: El nacido como fruto de la utilización de estas técnicas tendrá iguales derechos sucesorios que cualquier otro hijo póstumo que hubiera sido concebido en vida de su progenitor. No obstante, en su garantía y también para asegurar los derechos de terceros que pudieran ostentar interés o derecho en la herencia del causante, se han de adoptar ciertas cautelas en la apertura de la sucesión y a la hora de proceder al reparto de la herencia. Cautelas que el CC ya previó cuando a la herencia es llamado un hijo póstumo y que la doctrina considera perfectamente aplicables a los casos que se han analizado en el presente trabajo.

NOVENA: En cuanto al segundo efecto, la filiación, el artículo 9.2 LTRHA 2006, deja claro que, si el marido presta su consentimiento expreso, se producirán los efectos legales derivados de una filiación matrimonial, y en caso de no tener vinculación matrimonial con la mujer, ese consentimiento servirá para iniciar el procedimiento pertinente en el Registro Civil, por lo que aquél ha entenderse equivalente a una especie de reconocimiento póstumo del que resulta la determinación de la filiación. No obstante, existe una laguna legal, ya que no se ha previsto el supuesto de que la viuda se case con un tercero en el plazo de 12 meses que dicta la ley para someterse al tratamiento. Laguna legal que quizá pueda solventarse considerando aplicable plenamente el art. 116 CC y, por tanto, entendiendo que el nacido es hijo matrimonial del segundo varón, sin perjuicio del ejercicio de las correspondientes acciones de impugnación (Getino, 2015/2016, p. 77-80).

El tercer antecedente a nivel internacional de mi investigación es desarrollado por Mendoza, (2015); en la tesis que lleva como título "*Los derechos eventuales del concebido post mortem en procedimientos asistidos: falta de tutela jurídica frente a la sucesión por causa de muerte*"; tesis para la obtención del grado académico de magister en derecho civil y procesal civil, en la Universidad Regional Autónoma de los Andes-Universidad de Guayaquil; cuya metodología utilizada es de modalidad cuali-cuantitativa; donde en la mencionada tesis llego a las siguientes conclusiones:

- a).- Existe una anomia legal, o indeterminación lógica en el sistema normativo civil ecuatoriano, siendo que en el artículo 1005 del código de la materia, que consagra las excepciones a la regla general de la incapacidad absoluta, no menciona al concebido post mortem, en procedimientos asistidos de inseminación artificial.
- b).- Que esta falta de determinación que se denomina laguna o vacío, además de implicar el no reconocimiento de derechos herenciales lo que aborda la órbita de lo

patrimonial, implica también falta de reconocimiento de otros derechos tales como los de filiación de la persona humana, lo que vendría a desembocar consecuentemente en otras manifestaciones inherentes a los derechos de familia.

c).- Existe una perceptible falta de seguridad jurídica de los concebidos por procedimientos asistidos post mortem, puesto que no se ha institucionalizado en favor de estas personas los derechos herenciales, patrimoniales, y de otro orden propios de la persona humana.

d).- Existe una evidente vulneración al derecho de tutela efectiva del concebido post mortem en procesos de inseminación asistida, derecho del que no puede inhibirse a persona alguna y sin embargo, a estas personas se les priva de derechos patrimoniales y de filiación que dimana de la falta de reglas que normen este tipo de eventualidades de orden jurídico. (Mendoza, 2015, p. 109)

### **2.1.2 Antecedente nacional**

Urtecho, (2018) en la tesis intitulada *“El derecho a la procreación de la cónyuge supérstite mediante la fecundación médica asistida post mortem en el Perú”* tesis para optar el título profesional de Abogado, en la Universidad Nacional de Trujillo, donde en la mencionada tesis llego a las siguientes conclusiones:

1. La técnica de reproducción humana asistida post mortem permite la posibilidad que la cónyuge supérstite pueda procrear al hijo que había planificado con el esperma criopreservado de su cónyuge premuerto.
2. El Derecho como producto cultural no es inmutable, sino variable; pero es evidente que el Derecho Peruano no evoluciona al ritmo del desarrollo de la medicina, específicamente de la biomedicina tecnológica. Esta situación permite la existencia de vacíos legales.

3. En el Perú, el Código Civil de 1984, específicamente en el libro de Derecho de Familia, no protege al concebido mediante la técnica de la fecundación post mortem, debido a que su redacción respondía a las necesidades de la época que ahora ha sido superada. Esto que es evidente que existe una asincronía entre el Derecho y la realidad.
4. La fecundación post mortem por entrar en conflicto con los principios jurídicos tradicionales en materia de Derecho de Familia específicamente en relación a la filiación y la sucesión; debería ser amparada mediante una legislación nueva, flexible y en concordancia con la realidad del desarrollo científico.
5. Para que la fecundación post mortem sea regulada jurídicamente se debe tomar en cuenta la manifestación de voluntad del padre. Esto permitiría resolver el problema de filiación, considerándolo matrimonial, por haberse expresado la voluntad durante el matrimonio; asimismo, permitirá la atribución de derechos sucesorios al concebido, suspendiendo la apertura de la sucesión hasta que nazca vivo. (Urtecho, 2018, p. 107)

El segundo antecedente de mi investigación es desarrollado por Arias (2017) en su investigación titulada *“Los derechos sucesorios del concebido post mortem procreado bajo técnicas de reproducción asistida”* para obtener el título profesional de abogado en la universidad César Vallejo; cuya metodología de investigación utilizada es de Cualitativa-Explicativa; en la mencionada tesis se llegó a las siguientes conclusiones:

**Primero.-** El concebido post mortem (concepturus) es una figura existente y moderna, consistente en la libre disposición del material genético por voluntad del marido en vida, supeditado a su muerte y bajo el consentimiento de la mujer, figura que en la actualidad no es contemplada por el artículo 1° del Libro de Personas del Código Civil, siendo que la Clínica de Fertilidad será la encargada de custodiar la identidad genética almacenada y con ayuda de las Técnicas de Reproducción Asistida, generaran la fecundación y posterior concepción de una nueva vida, en virtud al material genético aportado; situación

que a pesar de que ocurre después de la muerte del individuo, el nuevo ser gozaría de la relación paterno filial, y de la titularidad del patrimonio sucedido por el causante.

**Segundo.-** El Artículo 1° del Libro de Personas del Código Civil de 1984, contempla al Concebido como sujeto de derecho, supeditado a condición resolutoria hasta su nacimiento, para la atribución de derechos de índole patrimonial.

Sin embargo, al no contemplarse la figura del concepturus dentro del supuesto redactado del artículo 1° del Código Civil se estarían afectando los derechos de filiación y sucesorios de este ser humano en potencia y futuro sujeto de derechos.

**Tercero.-** La Institución Hereditaria en el Perú se encuentra normada en los Artículos 724° y 734° del Libro de Sucesiones del Código Civil de 1984, la misma que se caracteriza por ser pública y forzosa. Sin embargo, los artículos mencionados anteriormente, exponen una desprotección frente a figuras producto de la ciencia médica moderna, como es el caso del Concepturus, el cual no cuenta con un adecuado Status Jurídico, puesto que carece de personalidad y capacidad para ser heredero, según la normativa vigente que establece como requisito la existencia del individuo. En ese sentido, la institución hereditaria nacional no reconoce la vocación legal para suceder al concepturus, por lo que resulta ser un atentado a su futura supervivencia y afectación al interés superior del niño. (Arias, 2017, p. 95)

También como antecedente de mi investigación es el artículo científico realizado Alza, (1995); titulada “*El concebido in-vitro post mortem y sus derechos sucesorios*” y de cuyo artículo podemos destacar los siguientes:

1. El concebido ha llevado a cabo la reputación de un sujeto de derecho, por lo que se le da un lugar especial y autónoma en el plano jurídico, en reacción a su existencia real.

2. En tanto existencia real, el por nacer (nasciturus) es protegido para todo cuanto le favorece. Por lo tanto, su derecho a la sucesión es actual, aunque se le atribuya a condición resolutoria de que nazca vivo.
  3. No podemos negar los avances de la Ingeniería Genética, ni la probabilidad de su arribo a nuestro país. Uno de los casos más complejos es el de la FIV post mortem.
  4. La FIV post mortem nos coloca ante el problema de otorgar o no derechos sucesorios al que está por ser concebido (concepturus).
  5. El Código Civil de 1984 no nos otorga una solución directa y segura para proteger y otorgar derechos sucesorios al concepturus, ya que sólo respondía a las necesidades de una época que hoy ha sido superada.
  6. Hay autores y legislaciones extranjeras que no permiten la sucesión al concepturus. Esta posición responde a un "facilismo jurídico" o a una interpretación cerrada y atemporal del Derecho.
  7. El concepturus, creado mediante FIV post mortem, merece ser protegido mediante una legislación nueva, flexible y en concordancia con la realidad del desarrollo científico.
  8. Para la nueva legislación debemos tomar en cuenta la manifestación de voluntad del padre, lo que permitirá solucionar el problema de filiación, considerándolo matrimonial, por haberse expresado la voluntad durante el matrimonio.
  9. La manifestación de voluntad del padre, permitirá lograr la atribución de derechos sucesorios al concepturus, suspendiendo la apertura de la sucesión hasta que este nazca.
- (Alza, 1995, p. 40)



## **2.2 Marco conceptual**

### **2.2.1 Fecundación**

Para Uranga (1967) “la fecundación, es el mecanismo biológico por el cual se fusionan (singamia) los gametos masculino y femenino para dar lugar a la formación del huevo o cigoto” (p. 25).

En esa misma línea Editorial Definición MX (2015) define que la fecundación es el proceso biológico que genera la primera célula de un nuevo individuo y esta se da con la fusión de dos células: el gameto masculino y el femenino.

Sobre la fecundación el maestro Varsi (2013) menciona:

La fecundación es el inicio del ciclo vital del ser humano. Ésta no se limita a un acto, sino que es resultado de todo un proceso biológico a partir del cual se inicia un desarrollo constante en la que cada fase de la vida humana creada conduce sin solución de continuidad a la siguiente (Teoría de la continuidad del desarrollo). Es decir, a partir de la fecundación se inicia un proceso de desarrollo vital y de interacción biológica inexorable, el que acabará con la muerte del individuo. (p. 103)

De dichas concepciones podemos sostener que en una reproducción natural se da inicio de la vida humana con la fecundación, sin embargo, en una reproducción humana asistida la fecundación solo da lugar a una unión entre gametos; masculino y femenino; formando un cigoto y está pudiendo ser guardada en un deposito embrionario durante años hasta la implantación o introducción del útero de la mujer dando recién al inicio la vida de un nuevo ser humano.

### **2.2.2 Criopreservación**

Según Méndez (s.f.) “la criopreservación, o criopreservación, es la técnica que permite mantener material biológico en un estado viable durante un cierto periodo de tiempo gracias al uso de temperaturas extremadamente bajas”.

Para Varsi (2013) la criopreservación:

Es un acto típico de manipulación que implica la existencia de: 1) Aplicación excesiva de técnicas de fecundación extracorpórea, 2) Embriones supernumerarios y 3) Transferencia embrionaria diferida. (...) Para ellos se paraliza deliberadamente el proceso vital para reemplazar el cálido vientre materno por un envase de nitrógeno líquido a 196 bajo cero, atentando directamente contra los derechos humanos, ya que es valor entendido que criopreservar un embrión no es tratarlo con dignidad. El embrión congelado no está ‘vivo’ ni tampoco ‘muerto’, sino en un tercer estado, que podíamos llamar ‘inanimado’. Su energía está suspendida y sus células en reposo absoluto. (p. 449)

La criopreservación se puede dar en la conservación de semen, conservación de óvulos e incluso en la conservación de embriones humanos, por lo que esta técnica permite a las personas quienes conservaron sus materiales genéticos o embriones disponer libremente de ellos en el momento más conveniente según ellos lo deseen.

### **2.2.3 Concepturus**

El concepturus (el que ‘puede llegar a ser concebido’) para Varsi (2013) “es aquel que será, que habrá de ser concebido. Es parte de la idealización de la persona, todavía no existe ni biológicamente, pero puede atribuírsele relaciones jurídicas validas sujetas a determinada modalidad” (p. 172).

La naturaleza jurídica del concepturus reside en la vinculación de un bien jurídico a un titular futuro, por lo cual, la ratio essendi del concepturus se encuentra en el acto de disposición del que quiere atribuir un determinado derecho a un futuro ser humano. El concepturus puede llegar a ser concebido o no, pero lo que siempre ha existido es el acto de liberalidad. (Espinoza, 2012, p. 22)

El concepturus es una figura jurídica que se le da a un ser futuro que aún no se encuentra concebido en un determinado momento.

#### **2.2.4 Fecundación In Vitro Post mortem**

La fecundación in vitro post mortem es un mecanismo de concepción especial realizado por medios artificiales, con la atingencia de que éste se hace efectivo el procedimiento con posterioridad o después de producida la muerte del cónyuge; asimismo Alza (1995) refiere que la fecundación in vitro post mortem “ocurre cuando una pareja deja congelado el semen del marido con la intención de realizar la inseminación una vez ocurrida la su muerte, ya sea con conocimiento pleno de la futura muerte de éste, o sin dicho conocimiento” (p. 33).

La Técnica de la Reproducción Humana Asistida de la Fecundación In-Vitro Post Mortem se puede dar en tres supuestos: 1) Cuando el esposo o pareja muere se le extrae el semen a solicitud de la pareja para una fecundación posterior, 2) Cuando el esposo o pareja en vida deja su semen para una fecundación posterior a su muerte y 3) Cuando en vida la pareja de esposos realiza la fecundación y el embrión deja congelado para que en un futuro cuando muera el esposo esta será introducido en el útero de la mujer.

### **2.3 Marco Teórico**

#### **2.3.1 Las técnicas de reproducción humana asistida**

Para el tratadista Varsi (2013) 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. En ningún caso podemos decir que representan una terapia puesto que nada curan, solamente paliar los efectos de la esterilidad” (p. 401).

La Organización Mundial de la Salud (OMS) (2010) define a las Técnicas de Reproducción Asistida (TRA):

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 surrogado. (p. 10)

Las técnicas de reproducción humana asistida son los procedimientos científicos que da la posibilidad de tener descendencia a las personas o parejas, que por diversos motivos no pueden tener hijos ya sean problemas del varón o de la mujer, a lo que sostiene el maestro Varsi concordamos que estas técnicas no son alternativas sino supletorios puesto que dichos procedimientos ayudan a superar los problemas de infertilidad para poder tener hijos cuando otros métodos han fracasado.

### **2.3.2 Causas de infertilidad**

Para Brugo-Olmedo, Chillik & Kopelman (2003) la infertilidad es un problema común de muchas de las parejas de esposos y que esta puede ser definida como la incapacidad o imposibilidad de poder embarazarse después tener relaciones sexuales sin la utilización de métodos anticonceptivos durante ya un tiempo razonable; por lo que esta imposibilidad de embarazarse puede estar ligado a diversas causas:

- Las Enfermedades o Infecciones de Transmisión Sexual: Estas enfermedades, que consisten en la gonorrea, la clamidia y la sífilis, dañan el sistema reproductivo y no permitiendo el embarazo.
- Postergación de la maternidad: Por qué muchas parejas han superado la edad adecuada para tener hijos, en la que las mujeres mayores (más de 40 años) ya no tienen la capacidad de concebir fácilmente como una más joven, esto puede ser debido a la edad existen trastornos que producen la infertilidad, a lo que refiere Roa-Meggo, (2012), que los trastornos en personas mayores pueden ser “tales como problemas hormonales, endometriosis y el desarrollo de tumores benignos como el fibroma”.
- El uso de drogas (alcohol, nicotina, marihuana y otras drogas psicotrópicas): según Roa-Meggo (2012), las drogas “pueden reducir significativamente la fertilidad tanto femenina como masculina, debido a que son capaces de alterar el material genético de los óvulos y el esperma”.
- Los abortos recurrentes: esta causa de infertilidad se cuando una mujer se realiza más de 2 o 3 abortos en donde daña significadamente el sistema reproductivo, el mismo que en lo posterior es una causa de infertilidad.

### **2.3.3 Antecedentes de las técnicas de reproducción asistida**

Según Varsi (2013) citando a Ramos (1957) sostiene, las técnicas de reproducción asistida ha sido el método más antiguo de combatir la esterilidad, puesto que las primeras practicas se realizó en vegetales logrando polinizar artificialmente palmeras para una mayor producción y estos se llevó en los pueblos babilónicos y arábigos, posteriormente el siglo VI de manera constante los árabes realizaron inseminaciones artificiales en animales y en el siglo XII (edad media) un médico árabe realizaba prácticas de estos métodos en humanos realizando baño en tina con agua y esperma.

A lo que refiere Herrera (2017) aproximadamente en 1424 y 1474 un médico judío embarazó a Juana Portugal mediante una inseminación artificial utilizando una cánula de oro que en ella contenía el esperma de Enrique VI de Castilla.

En 1759, el fisiólogo alemán Kaspar Friedrich Wolf inicio el estudio de embriones sin demostrar, previamente, la fecundación de un ovulo por un espermatozoide. Lo mismo ocurrió con John Hunter que, en 1776, informo haber realizado la primera inseminación a una mujer con semen de su esposo: sin embargo, ignoraba el proceso de fecundación. No fue sino tres años más tarde, en 1779, cuando Lazzaro Spallanzani demostró la fecundación entre un huevo y un espermatozoide inseminando artificialmente a una perra.

El siglo XIX se encargó de registrar el nacimiento y desarrollo de las ciencias básicas que sirvieron de plataforma a los conocimientos de hoy día, especialmente de biología, que tránsito por el siglo de oro. Alexander von Humboldt, Jean Baptiste Lamarck, Matthias Jakob Schleiden, Charles Darwin y Walther Flemming fueron sus exponentes máximos.

En el campo de la reproducción humana, 87 años después de que Spallanzani demostró la fecundación entre un huevo y un espermatozoide, surgió una publicación de James Marion Sims, en 1866, en la que describe la supervivencia de los espermatozoides en el moco cervical y vaginal. Su publicación clínica fue inmediata al considerarlo como un factor de estudio que debía ser individualizado y que podría ser contribuido en los problemas de esterilidad.

Posteriormente, William Pancoast realizo la primera inseminación artificial con donante en el Jefferson Medical College. Finalmente, surgieron dos eventos, verdaderos atrevimientos para la época, que marcaron un hito en lo que fue la reproducción asistida muchas décadas después: en 1891 Walter Heap realizo la

primera transferencia exitosa de embriones lavados de un conejo a otro y, en 1893, Onanoff realizo la primera fecundación in vitro en un mamífero. (Urbina & Lerner, 2008, p. 4)

Asimismo, el maestro Varsi (2013) refiere los siguientes respecto a los antecedentes:

En 1937 un editorial anónimo de una prestigiosa revista sugirió la posibilidad de fecundar extracorpóreamente material genético humano; 1944 de fecunda un óvulo humano en probeta, pero rápidamente muere; 1949 descubren que la glicerina puede ser usada para congelar el esperma; es en 1950 cuando se produce el verdadero impulso en el campo de la reproducción asistida, al lograrse congelar semen de bovino y luego inseminarlo con éxito; 1951 se transfiere exitosamente el embrión de una vaca a otra; 1952 nace el primer becerro producto de semen congelado, en ese mismo año se clonan cedulas de renacuajo; 1953 se usa semen congelado en una inseminación humana, así también se logra que un embrión fecundado in vitro sobreviva hasta el estado de mórula; 1959 vive el primer conejo fruto de la fertilización in vitro.

En 1970 embriones de ratones son clonados; 1971 se mantiene vivo un embrión humano durante 60 días en un tubo de ensayo, lo que fue condenado por la iglesia; 1972 sobreviven crías de ratones de embriones congelados; 1973 nace el primer becerro de embrión congelado; 1975 se logra la multiplicación por clones en conejos; 1978 nace la primera bebé probeta, Louise Brown, Gran Bretaña; 1979 embriones de oveja son clonados; 1980 el embrión de una res es clonado; 1981 nace la segunda bebé probeta, Amandine, Australia y, a finales de año se logra obtener ratones transgénicos (que llevaban en el ovocito fecundado un gen introducido artificialmente) como transnucleados (derivados de ovocito con núcleo sustituido); 1983 nace el primer bebé producto del

esperma del esposo y del óvulo de donante; 1984 nace el primer bebé de un embrión congelado, Zoe (en griego, “regalo de vida”), Australia; 1985 nacen los primeros cuadrúpedos producto de las técnicas de reproducción; 1985 madre subrogada se niega a entregar al hijo que gesto (Baby M); 1993 clonan embriones humanos; en 1995 se desarrolla la ingeniería del tejido e implante de órganos artificiales; en este mismo año se desarrolla el método ICSI de fecundación asistida; en 1996 se discute mundialmente la destrucción de embriones congelados; en 1997 se clona (autorreproduce) a una oveja, Dolly; en enero de 2000, científicos estadounidenses logran clonar un mono llamado Tetra que procede de la fragmentación de un embrión en cuatro partes; 2001 nace Thor, el primer “bebé de águila” del mundo, fruto de una inseminación artificial con esperma congelada; en este año también nació en California – EEUU- el primer ballenato (hijo de ballena) mediante inseminación artificial, y usando esta misma técnica en España se logra que una mujer quede embarazada de su marido parapléjico, en tanto que en Japón una mujer da a luz un bebé luego de ser inseminada artificialmente con “esperma saneado” de un portador de VIH, sin que la madre y el niño se contagien con el virus; 2002 en Australia una yegua da a luz un burro cuyo embrión se formó como resultado de una inseminación artificial; 2003 en Bélgica nace el primer bebé de Europa cuyo sexo fue elegido por los padres, luego de que éstos se sometieran a técnicas de fecundación artificial; 2004 en Gran Bretaña se marca un hito en la inseminación artificial al nacer un bebé procreado por una pareja usando espermatozoides producidos hace veintiún años y conservados en nitrógeno líquido desde entonces, el padre había congelado su esperma cuando tenía diecisiete años de edad antes de que entre a un tratamiento contra un cáncer



testicular; 2005 Adriana Iliescu, una mujer rumana de sesenta y siete años de edad, da a luz una niña luego de someterse a un tratamiento de fertilidad durante nueve años antes de ser inseminada artificialmente; este mismo año en España nacen la primera cabra montés y la primera gacela concebidas por inseminación artificial con espermatozoides congelados; 2006 nace el primer niño en España concebido con una nueva técnica de reproducción asistida llamada maduración de ovocitos in vitro. (p. 402-404)

#### **2.3.4 Clases de las técnicas de reproducción humana asistida**

Las técnicas de reproducción humana asistida se clasifican en: Inseminación Artificial o Fecundación intracorpórea y la Fecundación in vitro o fecundación extracorpórea.

De acuerdo a Varsi (2013) “Los avances biotecnológicos permiten que estas técnicas puedan realizarse estando en vida la pareja o el cedente, o después de producida la muerte, pues la criopreservación de gametos y del embrión permiten la transferencia en cualquier momento” (p. 405).

##### ***2.3.4.1 Inseminación Artificial o fecundación intracorpórea***

La inseminación artificial, “es una técnica dirigida a obtener una concepción a través de la transferencia a las vías genitales femeninas de espermatozoides masculino, sin contacto sexual” (Pérez, 2011, p. 501).

Según Zannoni (2002) la inseminación artificial consiste en la “previa extracción del semen, éste es introducido en la vagina, en el cuello uterino (inseminación intracervical) o directamente en el interior del útero (inseminación intrauterina)” (p. 513).

En consecuencia, la principal característica de esta clase de técnica de reproducción humana asistida es que se realiza la fecundación sin el acto sexual ya que el semen es introducido al útero sin ningún contacto sexual.

La inseminación artificial o fecundación intracorpórea puede ser homóloga o heteróloga.

#### **2.3.4.1.1 Inseminación artificial homóloga**

Para Zannoni (2002) se realiza “Esta inseminación artificial con semen del marido se practica en los casos en que, a pesar de ser ambos cónyuges fértiles, la fecundación no es posible a través del acto sexual” (p. 513).

La inseminación artificial homóloga es útil en algunos casos de esterilidad femenina (por ejemplo, patologías del cuello uterino, presencia de antiespermatozoides Ab en la mucosa cervical, malformaciones del aparato genital, etc.) o masculina (lesiones traumáticas del pene, eyaculación retrógrada, impotentia coeundi, oligoastenospermia en general), pero puede ordenarse también a la elección del sexo o a otros tipos de selección. El semen se puede también congelar y conservar para utilizarlo sucesivamente en el caso en que el hombre contraiga una enfermedad que pueda comprometer gravemente su fertilidad o en previsión de la muerte. (Campohermoso, 2019, p. 204)

De acuerdo a lo referido por Tomas (2011) para la realización de la inseminación artificial homóloga los espermatozoides del marido o pareja son recogidas de diversas formas o métodos: 1) Tras un coito normal el semen es recogida de la vagina, 2) En un acto sexual se utiliza un condón de un material no espermicida, 3) Por la masturbación y 4) La aspiración con un catéter del material genético de las vías espermáticas.

En ese contexto, la inseminación artificial homóloga se realiza utilizando el material genético del marido o pareja, es decir para este tipo de técnica de reproducción humana asistida no se requiere de un tercero como donante.

#### **2.3.4.1.2 Inseminación artificial heteróloga**

Zannoni (2002) refiere que tradicionalmente este tipo de técnica de reproducción humana asistida es practicado cuando el marido o pareja tiene problemas para la fecundación

(incompatibilidad del factor Rh; portador de anomalías cromosómicas transmisibles, aunque fuese fértil) o es estéril.

A lo que refiere Campohermoso (2019) “el recurso a la inseminación artificial heteróloga comprende la introducción de un tercer genitor en la relación de pareja y crea graves problemas en lo que se refiere a las modalidades de obtención de semen del donante, su selección, la atribución de paternidad” (p. 204).

En consecuencia, la inseminación artificial heteróloga se practica ante la imposibilidad de fecundar por el marido o pareja por diversos problemas que pueda tener éste, este tipo de técnica de reproducción humana asistida es la fecundación de un nuevo ser con la intervención de un tercero (donador del semen) para tal caso se puede recurrir a los bancos de semen en donde se conserva el material genético masculino de manera fresco y congelado.

#### **2.3.4.2 La Fecundación in vitro o fecundación extracorpórea**

Según Gómez de la Torre (1993) refiere que con esta técnica se logra el encuentro en una placa de cultivo en un laboratorio entre el ovulo y el espermatozoide cuando no se pudo lograr una fecundación de manera natural.

Asimismo, Zannoni (2002) sostiene sobre esta clase de técnica de reproducción humana asistida:

La fecundación extracorporal o in vitro suele practicarse en los casos de obstrucción de las trompas - obstrucción tubárica - que impide el encuentro de ovulo y espermatozoides mediante el coito, caso en que se proceda, previa una superovulación provocada en la mujer, a los óvulos para su fecundación utilizando semen o del marido o de un tercero. (p. 514, 515)

Podemos reafirmar que la fecundación in vitro o fecundación extracorpórea es un procedimiento de fecundación que se realiza en un laboratorio y que previamente los gametos femenino y masculino hayan sido recogidos; además esta técnica da la facilidad de poder

conservar el cigoto o embrión en un criocervadero en nitrógeno líquido a muy bajas temperaturas dándole la posibilidad a la pareja de decidir cuándo concebir (introducir al útero) el nuevo ser.

**Tabla 2: POSIBILIDADES DE LA FECUNDACIÓN IN VITRO.**

Tipo de esterilidad	Esperma	Óvulo	Útero
Madre estéril con capacidad de concebir	Padre	Madre	Madre
Padre estéril. Madre con capacidad de concebir	Donante	Madre	Madre
Madre estéril capaz de gestar	Padre	Donante	Madre
Pareja estéril. Madre capaz de gestar	Donante	Donante	Madre
Madre estéril e incapaz de gestar	Padre	Donante	Madre sustituta
Pareja estéril y madre incapaz de gestar	Donante	Donante	Madre sustituta
Pareja fértil y madre incapaz de gestar	Padre	Madre	Madre sustituta
Madre fértil e incapaz de gestar. Padre estéril	Donante	Madre	Madre sustituta

Fuente: (Gómez de la Torre, 1993, p. 16)

De igual manera que la inseminación artificial, la fecundación in vitro o la fecundación extracorpórea se clasifica en fecundación in vitro homóloga y la fecundación in vitro heteróloga.

#### **2.3.4.2.1 Fecundación in vitro homóloga**

A lo que refiere Castro (2017) sobre la fecundación in vitro homóloga “existe si, la fusión del ovulo y el espermatozoide, en forma extracorpórea, pertenecen a la pareja de esposos” (p. 115).

Varsi (2013) refiere:

La fecundación Interconyugal, también llamada homóloga, no crea mayor problema, puesto que existe un vínculo matrimonial que le otorga seguridad jurídica a dicha práctica y sus consecuencias: asimismo la unión de hecho le ofrece una presunción legal de paternidad al producto de la concepción. (p. 407)

Para que la fecundación in vitro sea homóloga es necesario la unión o fecundación con los gametos de la pareja de esposos; es decir; no se va requerir en este tipo de reproducción la participación de un donador sea de gameto femenino ni el masculino.

#### ***2.3.4.2.2 Fecundación in vitro heteróloga***

En este tipo de fecundación in vitro es necesario la intervención de un tercero; quien actúa como donador; sea gameto femenino o masculino y utilizar uno de los gametos de pareja de esposos, o en su defecto la fecundación con gametos de terceros.

Existe, esta fecundación, cuando la fusión ocurre fuera del cuerpo de la mujer, se realiza con el ovulo de la esposa y el semen de un tercero, el ovulo de una tercera persona y el semen del esposo o, en su caso, el ovulo y semen de terceros. (Castro, 2017, p. 115)

De la misma forma Varsi (2013) sostiene:

La fecundación supraconyugal, también llamada heteróloga, crea situaciones en parte nada seguras puesto que con el cedente se carece de una relación jurídica filial reconocida para exigirle el cumplimiento de obligaciones legales (alimentos), derechos derivados (transmisión sucesoria), deberes naturales (reconocimiento), negación de vínculos filiales (impugnación de paternidad), entre otros. (p. 411)

Este tipo de técnica de reproducción asistida en el ámbito jurídico genera muchos problemas, ya que al existir la donación de un gameto (sea femenino o masculino) o de ambos para la fecundación de un nuevo ser; en un determinado momento la pareja puede desconocer

esa voluntad que tuvo al inicio de concebir; por alguna circunstancia o problema de pareja; otro supuesto, se puede dar cuando uno o la pareja que concibió mediante esta técnica fallezca y que los herederos puedan realizar una impugnación a sabiendas que este fue concebido con un o ambos gametos donados.

### **2.3.4.3 Variaciones de la fecundación in vitro**

La fecundación in vitro o la fecundación extracorpórea presenta las siguientes variaciones:

#### **2.3.4.3.1 La transferencia de embriones (TE)**

La transferencia de embriones o transferencia embrionaria (TE) es la introducción al útero materno de los embriones que fueron fecundados fuera del cuerpo de la mujer, a lo que refiere López (s.f.) que para la transferencia se utiliza el catéter en donde se carga el embrión y se introduce suavemente en la cavidad uterina.

La transferencia embrionaria puede realizarse bajo guía ecográfica para visualizar el endometrio y depositar los embriones a 1 cm del fondo uterino. Se realiza, generalmente, en el quinto día, cuando el embrión alcanza el estadio de blastocisto. En algunos casos se hace tres días después de la punción ovárica. (López, s.f.)

#### **2.3.4.3.2 La transferencia intratubárica de gametos (GIFT)**

Según Zannoni (2002) la transferencia intratubárica de gametos (GIFT) “consiste en colocar en cada una de las trompas dos óvulos, también extraídos mediante laparoscopia, y espermatozoides para que fecunden a aquéllos en las propias trompas, es decir, en el ámbito en que naturalmente se produce la concepción” (p. 515).

La transferencia de gametos en la trompa de Falopio (GIFT), que comprende la transferencia simultánea, pero separada, de los gametos masculinos y femeninos a la trompa de Falopio. Esta técnica está indicada en algunas formas de

esterilidad femenina (motilidad tubárica alterada, luteinización folicular, presencia de antiespermatozoides Ab en la mucosa cervical, endometriosis de entidad media) o masculina (oligoastenospermia), a condición en todo caso de que la mujer tenga al menos una trompa accesible. (Campohermoso, 2019, p. 205)

Para este tipo de técnica reproductiva es necesario la extracción previa del ovulo y el espermatozoide, ya que estos serán introducidos a las trompas de Falopio al mismo tiempo, es decir, que la fecundación se realizara dentro del cuerpo de la mujer.

#### **2.3.4.3.3 *Transferencia intratubárica de embriones (TIE)***

Castro (2017) refiere que esta técnica es la combinación de la Transferencia embrionaria la transferencia intratubárica de gametos, en donde se realiza la fecundación in vitro en un laboratorio para luego ser introducido a la trompa de Falopio y no directamente al útero de la mujer.

Según Campohermoso (2019) la transferencia intratubárica de embriones o “la transferencia de cigoto en la trompa de Falopio, se procede de la misma forma que en el GIFT, pero en este caso la fecundación es en el laboratorio y los embriones son inyectados posteriormente en la trompa de Falopio” (p. 205).

La diferencia de esta variante de fecundación in vitro con las otras es que, en esta técnica se introduce un embrión y no solo los gametos, y que este embrión es introducido en la trompa de Falopio y no directamente al útero.

#### **2.3.4.4 *Procedimiento de la fecundación in vitro***

Según Jacobson (2018) existen cinco pasos básicos para la fecundación in vitro:

**Paso 1:** Estimulación, también llamada superovulación

- A la mujer se le administran medicamentos, comúnmente llamados fármacos para la fertilidad, con el fin de incrementar la producción de óvulos.

- Normalmente, una mujer produce un óvulo por mes. Los fármacos para la fertilidad hacen que los ovarios produzcan varios óvulos.
- Durante este paso, la mujer será sometida a ultrasonidos transvaginales regulares para examinar los ovarios y a exámenes de sangre para verificar los niveles hormonales.

**Paso 2:** Retiro del óvulo

- Se lleva a cabo una cirugía menor, llamada aspiración folicular, para retirar los óvulos del cuerpo de la mujer.
- El procedimiento casi siempre se realiza en forma ambulatoria en el consultorio médico. A la mujer se le administran medicamentos de tal manera que no sienta dolor durante el procedimiento. Utilizando imágenes de ultrasonido como guía, el proveedor de atención médica introduce una aguja delgada a través de la vagina y dentro del ovario y los sacos (folículos) que contienen los óvulos. La aguja se conecta a un dispositivo de succión, que extrae los óvulos y el líquido fuera del folículo, uno a la vez.
- El procedimiento se repite para el otro ovario. La mujer puede presentar algunos cólicos después de la cirugía, pero esto generalmente desaparece en cuestión de un día.
- En pocas ocasiones, se puede necesitar una laparoscopia pélvica para retirar los óvulos. Si una mujer no produce o no puede producir ningún óvulo, se pueden utilizar óvulos donados.

**Paso 3:** Inseminación y fecundación

- El espermatozoide del hombre se coloca junto con los óvulos de mejor calidad. La mezcla de espermatozoide y óvulo se denomina inseminación.



- Los óvulos y el espermatozoide luego se almacenan en una cámara ambientalmente controlada. Generalmente, el espermatozoide entra en (fecunda) un óvulo unas cuantas horas después de la inseminación
- Si el médico piensa que la probabilidad de fecundación es baja, se puede inyectar directamente el espermatozoide dentro del óvulo, lo cual se denomina inyección intracitoplásmica de espermatozoides (ICSI, por sus siglas en inglés).
- Muchos programas de fertilidad llevan a cabo, de manera rutinaria, el ICSI en algunos de los óvulos incluso si todo parece normal.

#### **Paso 4:** Cultivo del embrión

- Cuando el óvulo fecundado se divide, se convierte en un embrión y el personal de laboratorio lo vigilará regularmente para asegurarse de que esté creciendo de manera apropiada. En aproximadamente 5 días, el embrión tiene varias células que se están dividiendo activamente.
- Las parejas que tienen un riesgo alto de transmitir un trastorno genético (hereditario) a un hijo pueden contemplar la posibilidad de hacerse un diagnóstico genético preimplantatorio (PGD, por sus siglas en inglés). El procedimiento se hace aproximadamente de 3 a 4 días después de la fecundación. Los científicos del laboratorio retiran una sola célula de cada embrión y examinan el material en búsqueda de trastornos genéticos específicos.
- De acuerdo con la American Society for Reproductive Medicine (Sociedad Estadounidense para la Medicina Reproductiva), el PGD puede ayudar a los padres a decidir qué embriones implantar, lo cual disminuye la probabilidad de transmitirle un trastorno al hijo. La técnica es polémica y no se ofrece en todos los centros médicos.

#### **Paso 5:** Transferencia del embrión

- Los embriones son colocados dentro del útero de la mujer de 3 a 5 días después del retiro y fecundación del óvulo.
- El procedimiento se hace en el consultorio del médico mientras la mujer está despierta. El médico introduce un tubo delgado (catéter) que contiene los embriones dentro de la vagina a través del cuello uterino hasta el interior del útero. Si un embrión se pega (se implanta) en el revestimiento del útero y crece allí, se presenta el embarazo.
- Se puede colocar más de un embrión dentro de la vagina al mismo tiempo, lo cual puede llevar a gemelos, trillizos o más. El número exacto de embriones transferidos es un asunto complejo que depende de muchos factores, especialmente la edad de la mujer.
- Los embriones que no se utilizan se pueden congelar e implantar o donar en una fecha posterior.

## **CAPÍTULO III: LA FAMILIA, EL PARENTESCO, LA FILIACIÓN Y LA SUCESIÓN**

### **3.1 La familia y contenido constitucional**

#### **3.1.1 concepto de familia**

La familia tiene diferentes concepciones, esto teniendo en cuenta las diferentes disciplinas que la estudian por lo que para la presente investigación vamos a tomar en cuenta la definición del tratadista Cornejo (1998) “es el conjunto de personas unidas por los vínculos del matrimonio, parentesco o la afinidad” (p. 17), de igual manera Varsi (2011) define “que la familia es el conjunto de individuos que comparten una vida bajo la misma escala de valores en la cual el efecto es su principal razón de integración” (p. 23). En consecuencia, Miranda (1998) conceptúa a la familia, “como un grupo de personas en relaciones económicas y sociales en el que se satisface la propagación, desarrollo y conservación de la especie humana, al mantener y educar a los hijos mediante una comprensión y colaboración mutua” (p. 41).

Nuestra actual Constitución Política del Estado, reconoce y da protección a la familia en el artículo 4 enfatizando la importancia que cumple la familia para la sociedad, donde establece que:

La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a *la familia* y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. (Congreso de la República del Perú, 1993)

Es en ese entender que nuestro Tribunal Constitucional (2007) ha conceptualizado a la familia recopilando conceptos de los tratados internacionales de la siguiente manera:

A nivel de la región, los contribuyentes se han referido a la familia como ‘núcleo fundamental de la sociedad’, ‘elemento natural y fundamento de la sociedad’, ‘fundamento de la sociedad’, ‘asociación natural de la sociedad y como el

espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas’, ‘base de la sociedad’, ‘célula fundamental de la sociedad’, por citar algunos. Por su parte, el artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) conceptúa a la familia como ‘elemento natural y fundamental de la sociedad’, sujeta a la protección del Estado y la sociedad. Conviene tener presente también, que el artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y el artículo 23 del PIDCP establecen que la familia debe ser protegida por la sociedad y el Estado. (p. 3 y 4)

### **3.1.2 Reconocimiento dentro de nuestro sistema legal y constitucional**

El Tribunal Constitucional como órgano máximo del intérprete de nuestra constitución hace referencias de índole legal y constitucional respecto a la familia donde ha tenido reconocimiento normativo. Y es de esta forma este órgano supremo da a conocer cuál ha sido el desarrollo de la familia en nuestra legislación, principalmente en nuestra normatividad constitucional.

En el caso peruano, es la constitución de 1933 la que por primera vez dispone, de manera expresa, la tutela de la familia. En su artículo 53 indicaba que: ‘El matrimonio, la familia y la maternidad están bajo la protección de la Ley’. La constitución de 1979, por su lado, preceptuaba la protección que el Estado le debía a la familia que era referida como una ‘sociedad natural y una institución fundamental de la Nación’. Mientras que la constitución vigente desde 1993, dispone la protección de la familia, reconociéndola como un instituto natural y fundamental de la sociedad. En virtud de ello, La carta fundamental consagra una serie de mandatos que buscan dotar al instituto de protección constitucional adecuada. Así se tutela la intimidad familiar (art. 2, inc. 7) y la salud del medio familiar (art. 7). Ello se vincula a su vez, con lo establecido en el artículo 24,

que establece el derecho que tiene el trabajador de contar con ingresos que le permitan garantizar el bienestar suyo y de su familia. De igual manera tendrá que ser apreciado el artículo 13 que impone el deber de los padres de familia de educar a sus hijos y elegir el centro de educación.

A pesar de esta gama de principios tendentes a la tutela integral de la familia, el texto constitucional no abona en definir el concepto. Es claro entonces, que el texto constitucional no pretendió reconocer un modelo específico de la familia. Por consiguiente, el instituto de la familia no debe relacionarse necesariamente con el matrimonio, como ocurría con el Código Civil de 1936, que manifiesta tal tendencia con la inconstitucional diferenciación de hijos ‘legítimos’ y ‘no legítimos’.

La Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha reconocido la amplitud del concepto de familia, además de sus diversos tipos. Ello es de suma relevancia por cuanto la realidad ha venido imponiendo distintas perspectivas sobre el concepto de familia. Los cambios sociales generados a lo largo del siglo XX han puesto el concepto tradicional de familia en una situación de tensión. Y es que al ser este un instituto ético-social, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales. Por lo tanto, hechos como la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia, las migraciones hacia las ciudades, entre otros aspectos, han significado un cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear, conformada alrededor de la figura del *pater familias*. Consecuencia de ello es que se hayan generado familias con estructuras distintas a la tradicional como son las surgidas de las uniones de hecho, las monoparentales o las que en doctrina se han denominado familias reconstituidas. (Sentencia Tribunal Constitucional, 2007, p. 4 y 5)

Es en ese sentido Hawie (2015) señala:

Que la Constitución de 1979 distinguía entre hijos matrimoniales y no matrimoniales, refiriendo con ello que los hijos provenientes del matrimonio tenían distintas prerrogativas y derechos. Por el contrario, la Constitución de 1993 ha evolucionado hacia el concepto de que todos los hijos tienen iguales derechos, cualquiera sea su origen y en el mismo sentido se han dado normas que permiten por ejemplo, el reconocimiento de la paternidad de manera científica a través de la prueba del ADN, todo este desarrollo normativo es favor de la consagración del derecho a la identidad de los niños, niñas y adolescentes; abriendo la puerta al reconocimiento de otros derechos igualmente imprescindibles. (p. 23 y 24)

Es así que al avance de la ciencia se debe de dar de igual manera el desarrollo normativo en nuestra legislación regulando toda las practicas científicas de lo contrario tendremos muchos derechos fundamentales desamparados.

### **3.2 Derecho de familia, derecho de sucesiones y el código civil**

#### **3.2.1 La familia en el código civil**

A lo largo de nuestra vida republicana hemos tenido tres códigos civiles en las que, en el de 1852 la familia no tenía un Libro independiente de familia ya que estas instituciones estaban reguladas dentro del Libro de personas en el que contenía 294 artículos, en el código de 1936 se incorporó un Libro independiente de familia (Libro II) el cual contenía 581 artículos y el código de 1984; vigente; el cual de igual forma que su antecesor cuenta con una regulación de un Libro independiente (Libro III) el cual contiene con 426 artículos.

A lo que refiere Varsi (2011):

Luego del libro de VII, Fuente de las obligaciones, con 638 artículos, el Libro III, Derecho de Familia, es el segundo más extenso del Código Civil, con 426

artículos que tratan la materia. Esto no significa que sea el segundo más importante del Código -el tema no va por ahí- pero permite tener una visión acerca de la regulación sobredimensionada, detallista y poca práctica de la normativa civil de las relaciones familiares, situaciones que además de todo hace inviable un razonamiento moderno. (p. 139)

Es así que el derecho de familia durante las daciones de los códigos civiles en nuestro país de no tener un libro aparte independiente en la actualidad con el código civil vigente es uno de los libros con mayor cantidad de articulaciones, teniendo una regulación amplia de las relaciones familiares.

### **3.2.2 El parentesco**

En sentido general Cornejo (1998) señala que, “se da el nombre de parentesco a la relación o conexión familiar existente entre dos o más personas en virtud de la naturaleza, de la ley o de la religión” (p. 98). De igual manera Hinostroza (1999) define “como aquella relación o conexión familiar que existe entre dos o más personas, derivada de la propia naturaleza, o por mandato legal o, inclusive, originada por factores religiosos” (p. 163).

En ese sentido el parentesco es el vínculo familiar que une a las personas las cuales pueden ser de la propia naturaleza, legal y la religiosa.

### **3.2.3 Formas de parentesco**

De acuerdo a lo establecido por los artículos 236 a 238 de nuestro Código Civil existe 3 formas de parentesco: 1) Parentesco sanguíneo, 2) Parentesco por afinidad y 3) Parentesco por adopción.

#### ***3.2.3.1 Parentesco sanguíneo***

El parentesco sanguíneo es también denominado parentesco natural, normal o típico; esta forma de parentesco está regulado en el artículo 236 del Código Civil que establece lo

siguiente: “El parentesco consanguíneo es la relación familiar existente entre las personas que descienden una de otra o de un tronco común. (...)”.

El parentesco nace de la naturaleza cuando se funda en la consanguinidad, a saber, cuando una persona desciende de otra, como ocurre con el hijo respecto del padre, el nieto con relación al abuelo, el bisnieto con referencia al bisabuelo, etc.; o cuando todas reconocen un tronco común, como acontece con los hermanos, los tíos y sobrinos, los primos hermanos, etc. En ambos casos, este parentesco alude, inmediata o medianamente, al acto procreador; y debe considerarse, por ello, el parentesco típico, como lo sugiere la misma etimología de la palabra (*parentes, parens, de parere parir*). (Cornejo, 1998, p. 98)

El parentesco sanguíneo, como su propio nombre indica es la relación o vínculo familiar derivado de la sangre (acto procreador) y descienden de un tronco común, teniendo vínculos en línea recta o en línea colateral.

### 3.2.3.2 *Parentesco por afinidad*

El parentesco por afinidad es llamado también parentesco político o artificial, se encuentra regulado en el artículo 237 del Código Civil en donde se establece que “El matrimonio produce parentesco de afinidad entre cada uno de los cónyuges con los parientes consanguíneos del otro. (...)”

Para Varsi (2013) el parentesco por afinidad:

Surge por mandato de la ley en virtud del acto matrimonial, *Affinitatis causa fit ex nuptiis*, la causa de la afinidad se encuentra en el matrimonio. Pero además del matrimonio debe existir consanguinidad en el sentido que si uno de los cónyuges no tiene parientes consanguíneos la afinidad carecerá de razón, no se configura. (p. 23)



Es decir, para que existe esta forma de parentesco a mérito del matrimonio (parentesco por afinidad) entre un cónyuge y los parientes del otro debe existir parientes consanguíneos del cónyuge.

### **3.2.3.3 *Parentesco por adopción***

El parentesco por adopción denominada también parentesco civil o atípico se encuentra establecido en el artículo 238 del Código Civil que a la letra dice que “la adopción es fuente de parentesco dentro de los alcances de esta institución.” Concordado con el artículo 377 del Código Civil que establece que por el acto de la adopción “el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea”.

Gallegos y Jara (2011) citando a Ripert y Boulanger (1963), dicen “que la filiación llamada adoptiva se da cuando las personas crean entre sí, por un acto jurídico particular, y a favor de una ficción, relaciones análogas a las que resultan de la filiación legítima” (p. 20).

El parentesco por adopción se da cuando una pareja de esposos acoge como hijo suyo mediante un acto jurídico a otro que biológicamente es hijo de otros.

## **3.3 La filiación**

De acuerdo con Plácido (2018) sostiene que:

En sentido muy amplio, la filiación puede significar la descendencia en línea directa; pero, en sentido jurídico, tiene un significado más restringido, equivalente a relación inmediata del padre o madre con el hijo. De aquí que la relación de filiación se denomine paternidad o maternidad, según se considere el lado del padre o de la madre; por lo tanto, la filiación puede definirse como la relación que existe entre dos personas, de las cuales una es el padre o la madre de la otra. (p. 117)

De la misma forma Cornejo (1998) sostiene respecto a la filiación dando a entender la filiación en sentido amplio o genérico, el vínculo de una persona con sus antepasados y sus

descendientes; y la filiación en sentido estricto como la relación parental (paterno-filial), este tratadista sostiene que si desde el punto de vista del hijo se denomina filiación entonces desde el punto de vista de los progenitores se denomina paternidad o maternidad.

En consecuencia, podemos definir a la filiación en dos criterios: en sentido amplio o genérico y en sentido estricto o restringido; el primero es establecida la filiación con todos sus antepasados y sus descendientes de una persona y el segundo que establece el vínculo directo entre los padres y el hijo; y esta desde la perspectiva del hijo denominada filiación y desde la perspectiva de los padres denominada paternidad o maternidad.

### **3.3.1 Determinación de la filiación**

La determinación de la filiación es establecer jurídicamente quienes son los padres de una persona; Varsi (2013), afirma que “la determinación de la filiación es la aseveración legal de una realidad biológica presunta, cierta, creída pero no acreditada. Es la *conditio iuris*. La razón esencial y básica que permite el ejercicio de los derechos y obligaciones de la relación paternofilial” (p. 87).

La filiación que tiene lugar por naturaleza presupone un vínculo o nexo biológico entre el hijo y sus padres. Cuando ese nexo biológico puede considerarse acreditado, la paternidad o maternidad quedan, jurídicamente, determinadas. La determinación de la filiación es la afirmación jurídica de una realidad biológica presunta. (Plácido, 2018, p. 120 y 121)

Con la determinación de la filiación se da la presunción jurídica de la unión biológica entre el hijo y sus padres; muchas veces en la realidad, cuando existe duda de la paternidad esta presunción es acreditada con una prueba del ADN, gracias a los avances científicos.

### 3.3.2 Clases de filiación

López (2005), Clasifica a la filiación en dos: filiación biológica y filiación legal, dice que “la primera deriva de un hecho natural de la procreación, mientras que la segunda se desprende del vínculo jurídico que liga a quienes ante la ley son padres y madres e hijos e hijas” (p. 107).

#### 3.3.2.1 *Filiación biológica*

Siguiendo a Varsi (2013), dice:

Todo ser humano cuenta con una filiación por el solo y único hecho de haber sido engendrado, ésta es la denominada filiación biológica (hecho físico o natural) que surge del acto propio de la concepción en relación con los progenitores. De allí que se diga que la filiación humana está basada, pues, en la aportación material genético con el que se produce la fecundación. (p. 274)

La filiación biológica en la relación familiar entre el hijo y los padres quienes tienen la certeza que es su hijo biológico; “la filiación debe coincidir con la verdad biológica, vincular a generante y generado, aquí no hay duda alguna de la relación paterno o materno filial, y si se llegara a cuestionarse tal relación sería fácilmente superable a través de la prueba del ADN” (Aguilar, 2017, p. 98).

En consecuencia, la filiación biológica genera una familia con lazos de consanguinidad, estableciendo relación entre los padres con los hijos y además con el hijo y los parientes consanguíneos de los padres.

##### 3.3.2.1.1 *Filiación matrimonial*

La filiación matrimonial o también denominada legítima, es la correspondencia de un hijo tenido de los cónyuges dentro de un matrimonio.

A la filiación matrimonial, Varsi (2013) sostiene:

Esta deriva del matrimonio otorgando a los hijos *ex iusto matrimonio* la condición de libres con todos sus derechos civiles y políticos. Esta filiación se

encuentra unida al matrimonio entre los progenitores, siendo su causa esencial. Sin embargo, el solo acto matrimonial es insuficiente para establecer una filiación hecho por el cual han surgido teorías que tratan de determinar que hijos son matrimoniales y cuáles no. (p. 125)

En ese mismo sentido Aguilar (2017) refiere que, por lo general a los hijos tenidos dentro del matrimonio se les reconoce como una filiación matrimonial, pero esto termina siendo impreciso dado que, existen dos tiempos muy distantes entre la concepción y el nacimiento o alumbramiento y que estos no necesariamente se dan dentro del matrimonio.

Para establecer la filiación matrimonial se han desarrollado las teorías siguientes: a) Teoría de la concepción, b) Teoría del nacimiento y c) Teoría mixta.

- a) **Teoría de la concepción**, se consideran hijos matrimoniales a los hijos concebidos cuando los padres se encuentran casados, sea que estos nazcan dentro del matrimonio o después de disuelto o anulado el vínculo matrimonial. Mediante esta teoría se considera hijos extramatrimoniales a los concebidos antes del matrimonio y este aun cuando nazcan una vez realizado el casamiento.
- b) **Teoría del nacimiento**, también denominada la teoría del alumbramiento; se consideran hijos matrimoniales a los nacidos dentro del matrimonio, no importando cuando hay sido la concepción del hijo.
- c) **Teoría mixta**, también denominada teoría del nacimiento-concepción; mediante esta teoría se resalta la importancia de atribuirle una paternidad o maternidad matrimonial. Varsi (2013) refiere que “se presume concebido durante el matrimonio el hijo nacido cuando han transcurrido 180 días desde la celebración del matrimonio y 300 días desde la disolución” (p. 127) con lo que sostiene el respeto de los plazos que establece la Ley.

Nuestro Código Civil ha adoptado la teoría mixta a ello Hinostroza (1999) refiere:

Así el artículo 1º señala que ‘la persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento’, pero que ‘el concebido es sujeto de derecho para todo cuando le favorece’; y el artículo 361º del citado cuerpo de leyes señala que ‘el hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido’. En consecuencia, serán hijos matrimoniales los que hubieran nacido durante el matrimonio a pesar de haber sido concebidos antes de este; así como también lo serán los hijos nacidos en fecha posterior al término del matrimonio que hubieran sido concebidos dentro de él. (p. 168)

Nuestro jurídico al adoptar la teoría mixta reconoce como hijos matrimoniales a los hijos que fueron concebidos anterior al matrimonio, pero nacieron dentro del matrimonio y lo que fueron concebidos dentro del matrimonio, pero nacieron después de la disolución de éste, dentro de los trescientos días.

#### ***3.3.2.1.2 Filiación extramatrimonial***

Para Plácido (2018) refiere que “los presupuestos de la filiación no matrimonial son la maternidad y paternidad de ambos hechos biológicos por los progenitores, fuera del matrimonio” (p. 183). En esa misma línea Varsi (2013) dice que la filiación extramatrimonial “los progenitores carecen de un estado legal vinculante con respecto de la descendencia, básicamente casados no están. No existe el acto jurídico matrimonial que garantice que la calidad de progenitor reside en el marido de la mujer” (p. 159).

De acuerdo a nuestro al artículo 386 Código Civil establece lo siguiente: “Son hijos extramatrimoniales los concebidos y nacidos fuera del matrimonio”. De ello podemos manifestar que para determinar la calidad de un hijo extramatrimonial es el acto jurídico del matrimonio en donde si un hijo es concebido y nacido fuera de ello será establecido como hijo extramatrimonial.

### 3.3.2.2 *Filiación legal*

Varsi (2013) expresa respecto a la filiación legal lo siguiente:

Para que surta efectos legales debe ser conocido conforme a Derecho, de manera tal que la filiación legal (hecho jurídico) es aquella que determina la ley (presunción matrimonial de paternidad o declaración judicial) o la voluntad procreacional del hombre (reconocimiento, adopción o posesión constante de estado), adquiriéndose la calidad de padre o madre. (p. 274)

Es decir que la filiación legal en nuestro ordenamiento jurídico descansa en la presunción *pater is est quem nuptiae demonstrant* (es padre aquel que indican las nupcias) cuya regulación se encuentra en el artículo 361 del Código Civil que establece “El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido” y también en la filiación adoptiva (artículo 377 del Código Civil) en donde el adoptado se convierte hijo del adoptante por el acto jurídico de la adopción y deja de pertenecer a su familia consanguínea.

## 3.4 **Derecho de sucesiones**

Siguiendo a Aguilar (2014), donde define al Derecho de sucesiones como:

El conjunto de normas que atienden a esta transmisión patrimonial por causa de muerte se le llama derecho sucesorio, ciencia jurídica que se ocupa de regular el fenómeno desde el momento mismo en que ocurre el deceso de la persona, pues aquí se abre la sucesión, para luego establecer la convocatoria de los sucesores, que puede ser por voluntad del causante, o de la ley. (p. 33)

En el mismo sentido Fernández (2019) conceptúa la regulación de la transmisión del patrimonio con motivo de la muerte de una persona a otras que le sobreviven, los cuales pueden ser llamados por este o designados por la ley de acuerdo al orden o grado que hubiera existido con aquel.

Para poder hablar del derecho sucesorio es necesario una persona muerta, un patrimonio de la persona muerta y los sucesores de acuerdo al orden de prelación establecido por ley.

### **3.5 La sucesión**

A la sucesión teóricamente se puede definir de manera extensiva o genérica cuando se da toda transmisión patrimonial efectuados entre los vivos (*inter vivo*) y también la transmisión mortis causa; la sucesión en sentido restringida o específica solo se da la transmisión patrimonial por causa de la muerte (*mortis causa*); “en la terminología jurídica actual, el vocablo sucesión se emplea únicamente en su acepción restringida, para designar la transmisión de derechos y obligaciones que se produce por el fallecimiento de la persona humana” (Jara, 2018, p. 11).

De igual manera Ferrero (2016) refiere que:

La sucesión es el hecho jurídico por el cual los derechos y las obligaciones pasan de unas personas a otras. Aquellas a quienes se les transmite estos conceptos suceden a los anteriores titulares. Así, hay identidad en el derecho y cambio en el sujeto. (p. 109)

Es decir, con la sucesión el sucesor entra en posición jurídica de los derechos y obligaciones que tenía el fallecido o causante.

#### **3.5.1 Elementos de la sucesión**

La doctrina divide a los elementos de la sucesión en personales, reales y formales o causales, sin embargo, para mejor entendimiento del presente trabajo queremos clasificar a los principales elementos que intervienen en la sucesión y son los siguientes: el causante, los sucesores y la herencia.

##### **a) El causante**

El causante es también denominado como *de cuius, de cuius sucesiones agitur*, de cuya sucesión se trata, la persona fallecida; a lo que Aguilar (2014) refiere como tal:

La persona que al fallecer origina la sucesión; se le nombra como causante, pues precisamente con su muerte causa la sucesión, por lo que el hecho determinante para que se abra esa sucesión, es la muerte como hecho natural con relevancia jurídica. (p. 44, 45)

El causante es la persona que a causa de la muerte procede derechos y obligaciones para sus causahabientes o sucesores.

#### **b) Los sucesores**

Los sucesores son también denominados como los causahabientes que son las personas a recibir la herencia pudiendo ser estos herederos o legatarios.

Nuestro Código Civil considera como tales a los herederos y los legatarios, a los primeros, como sucesores a título universal; y a los segundos, como sucesores a título particular. Los herederos (forzosos, voluntarios o legales) reciben los bienes, derechos y obligaciones del causante, es decir, son los que se convierten por la sucesión en nuevos titulares del patrimonio que deja al causante; y en lo que se refiere a los legatarios, llamados por el causante vía testamento a recibir un bien, o parte de un bien determinado. (Aguilar, 2014, p. 45)

Los sucesores son todas personas (herederos y legatarios) llamados a recibir lo bienes, derechos y obligaciones del causante.

#### **c) La herencia**

También es denominada masa hereditaria, patrimonio hereditario, acceso sucesorio, caudal relicto, para Ferrero (2016) “la herencia está constituida por el patrimonio dejado por el causante, entendiéndose por tal el activo y pasivo del cual es titular el de *cujus* al momento de su fallecimiento” (p. 113).



La herencia está constituida por los bienes, derechos y obligaciones que pueda tener el causante a momento de su muerte, es decir, la herencia es el objeto de la transmisión hereditaria.

### **3.5.2 Clases de sucesión**

Como clases de sucesión tenemos los siguientes: testamentaria, intestada, mixta, contractual y la nueva concepción.

#### **3.5.2.1 Testamentaria**

La sucesión testamentaria es también denominada sucesión testada o voluntaria, como manifiesta Fernández (2019) que, en esta clase de sucesión, “la institución del heredero o legatario se determina conforme a la voluntad del causante manifiesta mediante testamento” (p. 24), es decir que el principio regulador de esta clase de sucesión es la voluntad del causante y esta voluntad debe declararse mediante un acto jurídico: el testamento.

Dicha declaración está condicionada a ciertas formalidades y limitaciones, dentro de las cuales debe formularse. Las primeras han sido creadas para garantizar fehacientemente que se trata, en efecto, de la voluntad del causante; y las segundas, para proteger a las personas más allegadas del mismo. (Ferrero Costa, 2016, p. 113)

En la sucesión testamentaria se manifiesta la voluntad de un causante establecido en un testamento pudiendo hacer el llamamiento de los herederos y los legatarios.

#### **3.5.2.2 Intestada**

La sucesión intestada denominada también legal, según Fernández (2019) “es una clase de sucesión hereditaria que tiene lugar cuando el causante carece de testamento o este es nulo o caduco” (p. 26).

De acuerdo a Ferrero (2016) “en la mayoría de los casos, la voluntad del causante no es conocida cabalmente por cuanto este ha fallecido sin dejar testamento; o, de haberlo hecho,

dicho documento resulta incompleto o nulo. Esta sucesión puede ser a título supletorio” (p. 113), es decir que, a la muerte de una persona no existiendo el testamento o existiendo tal documento, pero este es incompleto o nulo se debe recurrir de manera supletoria a la ley para hacer efectivo la sucesión.

### **3.5.2.3 Mixta**

A lo que refiere Aguilar (2014) “es posible que tanto la sucesión testamentaria como la legal coexistan, y en este caso, estaremos ante una sucesión mixta, y ello ocurre entre otros casos, cuando el testamento es insuficiente y hay que recurrir a la ley para complementar la sucesión” (p. 46).

La sucesión es mixta cuando el testamento no contiene institución de herederos (se supone que comprende únicamente disposiciones de carácter no patrimonial o que deja solo legados), o se ha declarado la caducidad o invalidez de la disposición que lo instituye, o cuando el testador, que no tiene herederos forzosos o voluntarios instituidos en el testamento, no ha dispuesto de todos los bienes en legados. En estos casos, la sucesión es testada en una parte e intestada en otra, rigiéndose por el testamento y por la declaración de herederos. (Ferrero, 2016, p. 114)

En ese sentido la sucesión es mixta cuando existe un testamento con la voluntad del causante, sin embargo, éste es insuficiente o adolece de un vicio o un error en los cuales es necesario recurrir a la ley para poder completar dicha sucesión.

### **3.5.2.4 Contractual**

En nuestra legislación la sucesión contractual se encuentra expresamente prohibida de acuerdo a los artículos 678°, 814°, 1405° y 1406° del Código Civil.

Aguilar (2014) citando a Cabanellas de Torres (1989) refiere que se da un pacto de sucesión cuando una persona en vida (futuro causante) conviene o acuerda con otra para

instituirle en su sucesión como heredero o legatario, también se da esta clase de sucesión cuando terceros (sin intervención del futuro causante) acuerdan de entrar en sucesión del futuro causante, generando expectativa de sus derechos sucesorios.

Del mismo modo el referido autor menciona que para Guastavino (1964) sostiene:

Que el pacto sucesorio es el contrato cuyo objeto es el todo o la parte de una herencia futura, y cuyo contenido, concierne a su organización o a un aspecto de ella, que puede ser disposición o transferencia de derechos sucesorios eventuales, o por referirse a reglas de distribución de la herencia o a otras cuestiones sucesorias. (p. 46)

Esta clase de sucesión solo es admitida parcialmente en algunas legislaciones como la alemana, la suiza, la escandinava y en la francesa; y estas tienen tres pactos las cuales son: pactos de constitución o de institución, pacto de renuncia y pacto de disposición.

- a) **Pactos de constitución o de institución.** Son celebrados por el propio futuro causante con terceras personas que no son herederos legales con el propósito de instituirlos como herederos en su patrimonio con lo que el causante mantendrá en posesión la propiedad, pero no podrá disponerlo a favor de otras personas; los pactos de constitución tienen la facultad de dejar sin efectos disposiciones testamentarias anteriores con las cuales queda afectada la voluntad del testador. (Fernández, 2019)
- b) **Pacto de renuncia.** Mediante este pacto o contrato el futuro causante y su heredero acuerdan sobre la renuncia a la calidad de heredero con la cual el causante adquiere mayor capacidad sucesoria para una futura sucesión. (Aguilar, 2014)
- c) **Pacto de disposición.** Según Fernández (2019) “en este pacto no interviene el causante. El futuro sucesor pacta con un tercero y queda obligado a transferirle sus derechos hereditarios cuando muera el causante” (p. 25). De la misma forma (Aguilar (2014) refiere que este contrato que también es llamado *Pactum hereditate tertii*, en

donde el heredero a un tercero transfiere su parte alícuota de la masa hereditaria cuando recaiga en él, es decir que el heredero no transfiere su calidad de tal, sino que transfiere su parte alícuota de la herencia que va recibir en el futuro.

### **3.5.3 Modos de suceder**

Se puede suceder de dos modos: por cabeza y por stirpe.

#### **3.5.3.1 *Por cabeza***

Es el heredero por derecho propio, inmediato y de forma directa accede a la herencia respecto del causante. Para Jara (2018):

La sucesión por derecho propio es la que configura con la de los hijos en relación a sus ascendientes, o de estos respecto de sus hijos. También es el caso del cónyuge supérstite (es decir, cónyuge sobreviviente) que hereda al causante con quien estuvo casado. (p. 25)

En este modo de suceder el heredero es llamado directamente por la ley o por el causante, las cuales son de manera inmediato, es decir, hijo con los padres, padres con los hijos y el cónyuge sobreviviente.

#### **3.5.3.2 *Por stirpe***

Es el heredero también por derecho propio, pero de modo mediato, por representación o sustitución. Según Ferrero (2016):

Se sucede por representación sucesoria cuando el llamado a recoger la herencia ha fallecido con anterioridad al causante, o ha renunciado a la herencia, o ha sido excluido de ella por estar incurso en alguna de las causales de indignidad o desheredación. En este caso, la persona impedida de recibir la herencia es reemplazada por sus hijos y descendientes. (p. 122)

En la sucesión por estirpe el heredero entre en lugar y/o representación del que en primera instancia era llamado a la herencia y que por diversas razones no pueda concurrir a dicha sucesión.

#### **3.5.4 Sucesión a título universal y a título singular**

*La sucesión a título universal.* – Es la sucesión en donde el heredero sucede en todo sus bienes o una cuota de ellos del causante. Como refiere Messineo (1979) “la cualidad de heredero deriva, no del nombre utilizado para designarlo (y que puede, eventualmente, estar equivocado), sino de la concreta situación que se establece para el llamado en la sucesión” (p. 18).

Los herederos representan a la persona del causante y son los continuadores de su personalidad; no sólo reciben el activo del patrimonio del *de cuius*, sino que también las obligaciones que por él fueron válidamente contraídas. Esto ocurre precisamente porque no reciben bienes en particular, sino que todo el patrimonio del causante o una cuota de él. (Elorriaga, 2010, p. 26)

En consecuencia, el heredero a título universal sucede al causante en los bienes, derechos y obligaciones (activos y pasivos).

*La sucesión a título singular.* – La sucesión a título singular es la sucesión de bienes determinados o relaciones determinados del causante para poder entender más esta sucesión recurrimos a la última parte del artículo 951° del Código Civil de Chile que a la letra establece lo siguiente “ (...) El título es singular cuando se sucede en una o más especies o cuerpos ciertos, como tal caballo, tal casa o en una o más especies indeterminadas del cierto género, como un caballo, tres vacas, seiscientos pesos fuertes, cuarenta fanegas de trigo”.

En esta sucesión el heredero sucede o hereda bienes o relaciones definidas, es decir herencia con nombre propio.

### **3.5.5 Herencia**

Aguilar (2014) refiriendo a Lanatta (1985) “sostiene del patrimonio dejado por el causante, que está constituido por sus bienes y otros derechos transmisibles por causa de muerte, así como por sus deudas, que pasan también a sus sucesores” (p. 475).

La herencia está constituida por los bienes, derechos y obligaciones del causante en vida, es decir los activos y pasivos de la herencia; y que estos puedan ser transmitidos a sus sucesores.

#### ***3.5.5.1 Herencia en sentido amplio***

Es llamada también masa hereditaria total, acervo bruto, común o ilíquido. Para Ferrero (2016) “está constituida por el conjunto de bienes y obligaciones de las que el causante es titular al momento de su fallecimiento, incluyendo todo lo que el difunto tiene, o sea, el activo; y todo lo que debe, o sea, el pasivo” (p. 125).

La herencia en sentido amplio no puede ser objeto de partición, ya que dicha acción solo se puede realizar sobre el activo remanente, es decir cuando todas las obligaciones se hayan cumplido.

#### ***3.5.5.2 Herencia en sentido estricto***

Es también llamada masa hereditaria neta, acervo líquido o partible. Según Aguilar (2014) refiere:

El patrimonio hereditario neto, está referido al patrimonio hereditario bruto al que se ha deducido el pasivo, considerándose dentro de este pasivo a las obligaciones dejadas por el causante y las cargas de la herencia que aparecen a propósito de su muerte; entonces, el patrimonio hereditario neto será el patrimonio hereditario bruto menos el pasivo. (p. 476)

La herencia en sentido estricto es la porción o parte de la herencia que es susceptible de partición, ya que previamente se canceló las obligaciones y cargas que pudieran tener el causante.

### 3.5.5.3 *Acervo imaginario*

Es denominada también como el acervo reconstruido. Se debe tener en cuenta que la herencia en sentido estricto aumenta el patrimonio de los sucesores a consecuencia de la muerte del causante, para realizar la partición de la herencia también se tienen que tomar en cuenta las donaciones o liberalidades que el causante otorgo en vida sin dispensa de colación.

De acuerdo con Ferrero (2016) sostiene:

El acervo imaginario está constituido por la herencia en sentido estricto más los actos de liberalidad otorgados por el causante sin dispensa de ser colacionados. Es la masa imputable; el patrimonio objeto de la división. La fórmula para obtenerla es: *relictum – debitum + donatum*. Dicho cálculo no es otra cosa que una reunión ficticia. (p. 127)

El acervo imaginario son los actos de liberalidad (donaciones, anticipos de herencia) que el causante en vida transfirió sin dispensa de colación, es decir que estos actos al momento de la apertura de la sucesión vuelven a la masa hereditaria.

### 3.5.6 **Sucesores**

Los sucesores son también llamados causahabientes y estas pueden ser herederos o legatarios. Ferrero (2016) citando a Lanatta (1981 “no cabe confusión, pues el heredero adquirirá la parte en virtud de un derecho y el legado tiene como causa la liberalidad del testador” (p. 111); debemos de tener en cuenta que los herederos son sucesores a título universal y los legatarios son sucesores a título particular.

Son los beneficiarios del patrimonio que ha dejado el causante, y que es susceptible de transmisión. Estos causahabientes son los sucesores que han sido llamados a recibir la herencia por testamento y a falta o por deficiencia, mediante que se llama declaratoria de herederos. Este desplazamiento tiene lugar por subrogación al desplazarse el patrimonio hereditario. El cambio de

sujeto trae consigo la extinción de las relaciones jurídicas del causante y la creación en su lugar de otras nuevas. (Fernández, 2019, p. 27)

Los sucesores son los llamados a recibir la herencia, los cuales son instituidos por el causante en un testamento (herederos y legatarios) o mediante una declaratoria de herederos.

### **3.5.7 Herederos**

Estos pueden ser:

#### **3.5.7.1 *Por la clase de sucesión***

- a. Testamentarios.** Es cuando los herederos suceden al causante en virtud de un testamento.
- b. Intestados.** Es cuando los herederos suceden o heredan al causante por mandato de la ley a falta de un testamento.

#### **3.5.7.2 *Por su título***

- a. Legales.** Son herederos legales a quienes la ley los reconoce la calidad de tal al establecer un orden sucesorio los cuales son los descendientes y ascendientes en línea recta, el cónyuge, los cuales son herederos forzosos y los parientes en línea colateral hasta el cuarto grado de consanguinidad, los cuales son herederos no forzosos (Ferrero, 2016).
- b. Voluntarios.** Teniendo en cuenta a Jara (2018) “los herederos voluntarios son los que pueden ser instituidos por el testador en caso de no haber herederos forzosos, puesto que el derecho a la legitima de estos tiene condición preferencial, excluyendo e intangible, del cual no pueden ser apartados por persona alguna” (p. 246).

Aguilar (2020) sostiene a los herederos voluntarios mediante el testamento el testador convoca a la sucesión para que puedan participar de la transferencia del patrimonio, cabe resaltar que el testador no tiene ninguna obligación de llamarlos, sino que es un acto gracioso.



Es decir, que estos pueden ser cualquiera de los herederos no forzosos o cualquiera persona sin parentesco con el causante a las cuales la ley no les atribuye la condición de herederos.

### 3.5.7.3 *Por la calidad de su derecho*

- a. Forzosos.** A estos herederos se los denomina también herederos reservatorios, legitimarios o necesarios. Se les denomina de estas formas porque el causante no les puede excluir a esta clase de herederos, es decir, son aquellos herederos a los que la ley reserva la parte no disponible de la masa hereditaria y esta es la legítima.

Jara (2018), refiriendo a Castañeda (1975) sostiene:

Su carácter forzoso deriva del hecho de que el testador no puede disponer de todo su patrimonio, sea instituyendo herederos, sea instituyendo legatarios, lo cual puede hacerlo solo en testamento (...); sea celebrando contratos de donación durante su vida (...), aunque produzcan efectos a la muerte del donante. (p. 245)

- b. No forzosos.** Según Ferrero (2016) a estos herederos el causante mediante un testamento los puede eliminar por lo que no tienen una vocación necesaria; estos herederos pueden ser los hermanos, los tíos, los tíos abuelos, los sobrinos, los sobrinos nietos, y los primos hermanos, como se puede apreciar los herederos forzosos y no forzosos tienen reconocimiento legal en el orden sucesorio.

### 3.5.7.4 *Por su relación con el causante*

- a. Regulares.** Los herederos regulares son considerados de esta forma en relación al causante y estos son los parientes consanguíneos o civiles de éste, a la vez estos serán tomados en cuenta de acuerdo a la proximidad del grado con el causante.

- b. Irregulares.** En esta clase de heredero están considerado en función de la persona y no el parentesco del causante; estos son: el cónyuge, el sobreviviente de la unión de hecho y el Estado.

#### 3.5.7.5 *Por el mejor derecho a heredar*

- a. Verdaderos.** Los herederos verdaderos son aquellos instituidos en el testamento o de acuerdo al orden sucesorio establecido por la ley concurren a recibir la herencia.
- b. Aparentes.** Los herederos aparentes son aquellos al llamamiento hereditario entran en posesión de la herencia, pero posteriormente son excluidos del mismo porque aparecen herederos con mejor derecho a heredar.

#### 3.5.8 **Legatarios**

De acuerdo a Jara (2018) quien sostiene:

El legatario es la persona natural o jurídica favorecida por un acto de liberalidad del testador, quien dispone en su beneficio de uno o más bienes o de una parte de ellos, inmersos dentro de su porción de libre disponibilidad, respetando la intangibilidad de una parte de la herencia reservada legalmente a los herederos forzosos (cuál es la legitima). (p. 247)

Del mismo modo Lohman (2017) refiere que el legatario sucede a título particular y a determinados bienes, el nombramiento de un legatario debe recaer en una persona cierta designada de manera indubitable, exceptuando a los legados a favor de lo pobres.

En ese sentido los legatarios solo serán instituidos por el causante mediante un testamento y el causante solo podrá disponer mediante el testamento a su legatario de la porción de libre disposición de la herencia.

### 3.6 **Apertura de la sucesión**

La apertura de la sucesión es el inicio del proceso de la transmisión de la herencia y esta se da desde el mismo momento de la muerte del causante al respecto nuestro Código Civil

establece en el artículo 660° lo siguiente: “Desde el momento de la muerte de una persona, los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia se transmiten a sus sucesores”.

Para Aguilar (2014) quien sostiene:

La apertura de una sucesión implica el inicio del proceso hereditario, el cual tiene una serie de etapas hasta llegar a su fin cuando se realice la partición del patrimonio causado entre los sucesores, dando paso a la desaparición de la comunidad hereditaria que se formó, cuando los sucesores son dos o más de dos. (p. 67)

En consecuencia, con la muerte de un persona se da la apertura de sucesion y con ello dando inicio al proceso hereditario.

## **CAPÍTULO IV: LA FILIACIÓN Y LA SUCESIÓN A TRAVÉS DE LA FECUNDACIÓN IN-VITRO POST MORTEM**

### **4.1 Fecundación In-Vitro Post Mortem**

#### **4.1.1 Concepto**

La Fecundación In-Vitro Post Mortem es una técnica de reproducción humana asistida mediante la cual se extrae semen del hombre ya fallecido o que éste en vida haya congelado su esperma en un banco de semen, para fecundar el óvulo de su esposa viva, con el fin de engendrar un hijo.

Siguiendo a Aguilar (2020) quien refiere:

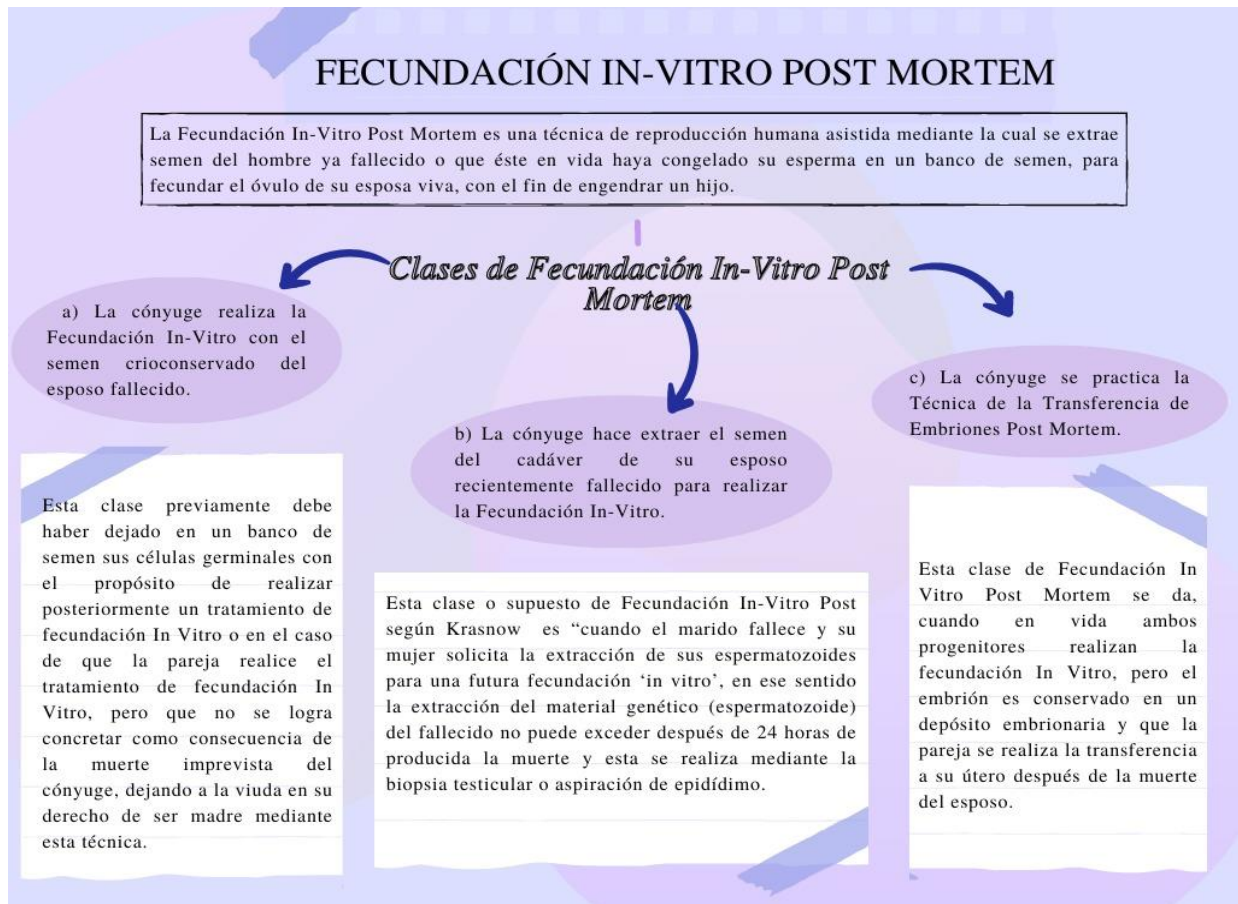
La fecundación post mortem implica que la viuda se implante el esperma de su marido que debidamente congelado se ha depositado en un banco de semen, y siga el proceso de gestación y luego el nacimiento de la criatura cuando el padre ya había fallecido, mucho antes de que se produjera la fusión de esperma con el óvulo de la madre. (p. 75)

Asimismo, Varsi (2013) refiere “las técnicas de fecundación in vitro y de crioconservación de gametos permiten que la fecundación y la gestación sean dos momentos del proceso de procreación que pueden presentarse de manera discontinua” (p. 585).

La fecundación in vitro post mortem, es una técnica que permite engendrar un hijo después de producida la muerte de la pareja, es una práctica reproductiva en donde el esposo en vida deja su material genético en banco de semen o en vida deja ya un cigoto (embrión) fecundado con su material genético para ser futuramente introducido en el útero de su pareja o al momento de fallecer la esposa solicite la extracción del esperma de su esposo con la finalidad de engendrar un hijo.

#### 4.1.2 Clases de Fecundación In-Vitro Post Mortem

- a) La cónyuge realiza la Fecundación In-Vitro con el semen criopreservado del esposo fallecido, quien previamente debe haber dejado en un banco de semen sus células germinales con el propósito de realizar posteriormente un tratamiento de fecundación In Vitro o en el caso de que la pareja realice el tratamiento de fecundación In Vitro, pero que no se logra concretar como consecuencia de la muerte imprevista del cónyuge, dejando a la viuda en su derecho de ser madre mediante esta técnica.
- b) La cónyuge hace extraer el semen del cadáver de su esposo recientemente fallecido para realizar la Fecundación In-Vitro; esta clase o supuesto de Fecundación In-Vitro Post Mortem según Krasnow (2005) es “cuando el marido fallece y su mujer solicita la extracción de sus espermatozoides para una futura inseminación o fecundación ‘in vitro’” (p. 255), en ese sentido Mestre (2015) refiere que la extracción del material genético (espermatozoide) del fallecido no puede exceder después de 24 horas de producida la muerte y esta se realiza mediante la biopsia testicular o aspiración de epidídimo.
- c) La cónyuge se practica la Técnica de la Transferencia de Embriones Post Mortem, esta clase de Fecundación In Vitro Post Mortem se da, cuando en vida ambos progenitores realizan la fecundación In Vitro, pero el embrión es conservado en un depósito embrionario y que la pareja se realiza la transferencia a su útero después de la muerte del esposo.



Fuente: Elaboración propia

### 4.1.3 Elementos de una Fecundación In-Vitro Post Mortem

Como refiere Morán de Vicenzi (2005) a diferencia de los hijos nacidos mediante la fecundación natural, la fecundación In Vitro Post Mortem requiere la concurrencia de algunos elementos:

- a) El recurso a una técnica de reproducción artificial o In Vitro.
- b) Que el progenitor fallecido haya manifestado su voluntad de que se realice la acción, y, en consecuencia, se cree un vínculo también jurídico con el nacido mediante la fecundación in vitro o de la implantación del embrión.
- c) La muerte del esposo antes de la fecundación o de la gestación del hijo.
- d) La voluntad de la mujer para concebir el hijo de su esposo ya fallecido.

#### **4.1.4 Requisitos de la Fecundación In-Vitro Post Mortem**

##### ***4.1.4.1 Consentimiento para la Fecundación In-Vitro Post Mortem***

Para que una mujer pueda realizarse la Fecundación In-Vitro o se produzca la transferencia del embrión después de la muerte de su pareja, es necesario que la pareja antes de su muerte hubiera manifestado su consentimiento para tal efecto y este consentimiento tiene que reunir diversas formalidades. De esta manera Escribano (2016) citando a Rivero (1987) dice:

El consentimiento para la fecundación post mortem tiene no sólo la trascendencia de la autorización para su uso después del fallecimiento del que lo da, sino que es la expresión del elemento volitivo presente en todo acto de procreación, y trascendente a efectos de la atribución de paternidad. (p. 886)

El consentimiento debe ser personalísimo, es decir que el marido o varón no puede ser representado en ninguna modalidad y se debe prestar respecto de una mujer determinada; a la vez del consentimiento de la pareja, la mujer debe manifestar su consentimiento y voluntad de aplicarse las técnicas de reproducción.

Por lo tanto, podemos manifestar que el consentimiento es el requisito más importante en la Fecundación In-Vitro Post Mortem para que una pareja tenga un hijo póstumo.

##### ***4.1.4.2 Plazo para la Fecundación In-Vitro Post Mortem***

El plazo para realizar el procedimiento o técnica de la Fecundación In-Vitro o la transferencia del embrión debe ser un plazo razonable; por lo que este plazo es de doce meses después del fallecimiento del marido.

En la doctrina el principal fundamento para el establecimiento de este plazo, es la protección de los derechos sucesorios de los otros herederos; de este modo Escribano (2016) refiere “La finalidad del mismo es evitar que el plazo de pendencia o yacencia de la sucesión sea excesivamente largo, y así no perjudicar los intereses o los derechos hereditarios de terceras

personas, tales como otros legitimarios, herederos, incluso acreedores del fallecido” (p. 1289); además de ello, la doctrina defiende este plazo para evitar el salto generacional, es decir, que la concepción de un niño con gametos provenientes de una persona que ha fallecido varias generaciones antes y además asegurando que la viuda tome la una decisión analizada.

#### **4.1.4.3 Forma de consentimiento Post Mortem**

Para configurar válidamente el consentimiento para la Fecundación In-Vitro Post Mortem prestado, la doctrina hace referencia la formalidad *ad solemnitatem*: en escritura pública, en testamento y en el documento de instrucciones previas. Además de ello tenemos que tener en cuenta la edad del quien presta su consentimiento, es por ello la doctrina establece, quien manifieste su consentimiento para una Fecundación In-Vitro Post Mortem únicamente es la persona mayor de dieciocho años.

Por escritura pública; siendo así, que el mayor de dieciocho años que manifieste su consentimiento de una Fecundación In-Vitro posterior a su muerte con sus gametos, tendrá que recurrir ante un notario público y que éste extienda todo su consentimiento para tal efecto en un documento público.

Por testamento, esta forma de prestar el consentimiento es cuestionada por la doctrina, debido a que si el consentimiento prestado en todas las clases de estamentos es válido; a ello es preciso manifestar que respecto a los testamentos otorgado en escritura pública y el cerrado no hay cuestionamiento alguno ya que estas dos clases de testamentos son con la intervención de un notario público quien tiene la facultad de dar la fe pública. Respecto al testamento ológrafo debemos de manifestar que también tiene la misma validez que las otras clases de testamentos, ya que esta una vez que se descubre debe ser protocolizado.

El problema viene respecto al plazo de caducidad para realizarse esta técnica de reproducción asistida, tal como manifiesta Escribano (2016):



Si el testador señaló expresamente su consentimiento para la fecundación post mortem, pero no informó de su existencia, puede transcurrir el plazo de un año previsto en la LTRHA sin ser descubierto, y por tanto, la viuda ya no podrá recurrir a las TRA por haber caducado. Además, no hay una garantía certera sobre si el consentimiento se prestó libremente. (p. 1302)

La cita hace referencia a la legislación española, en nuestra legislación de tener una regulación normativa de esta técnica de reproducción asistida, este problema considero que estaría superado, ya que en el artículo 708º del Código Civil respecto a los testamentos ológrafos establece que, la persona que tuviera en su poder el testamento ológrafo está obligado en entregar al juez que tenga competencia, dentro de los treinta días de haber conocido del fallecimiento del testador.

Documentos de instrucciones previas, se conoce también como documento de voluntades anticipadas; Pérez (2007) refiere:

En el entendido de que se trata del documento en que se reconoce la declaración de voluntad de una persona con capacidad suficiente como para aceptar o rechazar tratamientos médicos extraordinarios o desproporcionados en caso en que se encuentre en situaciones límite, o sea, en un estado en que no pueda exteriorizar válidamente su voluntad, esto es, en previsión de que no pueda expresar su voluntad en un momento ulterior, por padecer alguna enfermedad degenerativa o estar en estado vegetativo persistente o en coma, tras una enfermedad o accidente. (p. 151)

En ese sentido, los documentos de instrucciones previas, es un documento en el cual de forma anticipada una persona manifiesta su voluntad con el objeto de que se cumpla en el caso de llegar a una situación en la que no se pueda expresar personalmente; para mayor seguridad

la doctrina hace referencia que esta forma de consentimiento se debe darse ante un notario o testigos mayores de dieciocho años y con capacidad plena.

Por documento privado con firmas legalizadas ante un notario público, este consentimiento es cuando la pareja redacta un documento privado en donde manifiesta su voluntad de procrear un hijo después de fallecido el cónyuge o pareja; la doctrina establece que este documento privado debe estar firmada por ambos cónyuges y que además que, para su validez ésta requiere la legalización de estas firmas ante un notario público, por lo que, sin la legalización de la firmas el documento privado no tendrá la validez, es decir que el documento privado donde expresa su consentimiento y voluntad será nulo.

#### **4.1.5 Incumplimiento de los requisitos y revocación del consentimiento**

En la doctrina es totalmente discutido cual es la consecuencia que se da respecto al incumplimiento de los requisitos establecidos, por lo que, establecen como consecuencia del incumplimiento de los requisitos establecidos es la no determinación de la filiación y consecuentemente con ello el derecho sucesorio a ello Miranda (1998) considera “la fecundación post mortem, efectuada fuera de las condiciones señaladas, darán al nacido la condición de hijo no matrimonial de la madre, sin que pueda atribuirse ningún vínculo jurídico en relación con el varón fallecido” (p. 399). Considero que esta sanción es para el hijo nacido con esta técnica de reproducción asistida y no para la madre quien propicio el nacimiento del hijo después de la muerte de su esposo incumpliendo los requisitos establecidos.

Respecto a la revocación del consentimiento la doctrina opina que esta revocación se puede realizar en cualquier momento antes de realizar tal práctica y que esta sea por el mismo quien lo consintió tal consentimiento, entonces cuando la persona quien consintió fallece ya no podrá revocar su decisión.

Escribano (2016) haciendo referencia a Jiménez (2010) quine refiere:

La voluntad revocatoria debería plasmarse ante los mismos instrumentos en los que se otorga el consentimiento, aunque como matiza no es necesario que fuera del mismo grado. Por tanto, un documento de voluntades anticipadas sería suficiente para revocar el consentimiento contenido, por ejemplo, en un testamento notarial.

Considero que el consentimiento para que sea revocado debería ser con todas las formalidades y por el mismo instrumento o documento que lo consintió.

#### **4.2 La admisibilidad de la Fecundación In-Vitro Post Mortem**

La doctrina realiza un debate respecto a la procreación artificial Post Mortem, refiriendo que si esta práctica es admisible de acuerdo a las normas legales o si esta contraviene algún principio o derecho fundamental; en la cual, con unanimidad de la mayor parte, se llega a la conclusión de poder admitir la implantación de embriones formados en vida del varón, con el fundamento de dar la protección a la vida humana desde el momento de la concepción.

Pero en cambio respecto a la extracción y el material genético dejado por el varón, con la cual la mujer inicia una fecundación in vitro después del fallecimiento de su marido las opiniones son distintas y tal como refiere Morán de Vicenzi (2005) que existen hasta tres posiciones en relación al problema.

Una primera postura afirma que la procreación artificial post mortem es un procedimiento lícito, que constituye una manifestación del derecho a procrear de la mujer, y una facultad que corresponde a la cónyuge supérstite, para disponer del cuerpo de su difunto marido.

Una tesis minoritaria defiende que la recolección del esperma del cadáver es una facultad de la cónyuge viuda que no se puede calificar de anormal. Muy al contrario, esta forma de procreación consume una unión sexual que por su carácter póstumo no está privada de alto contenido ético, además de ser

jurídicamente relevante como acto de perpetración del vínculo matrimonial más allá de la muerte.

La mayor parte de la doctrina considera que la disposición del esperma es un acto de destinación excepcional del cadáver que solo puede ser efectuada válidamente por el varón, de manera que, ni la cónyuge ni los parientes más cercanos, están autorizados para disponer de los gametos del difunto con fines reproductivos. (p. 271-275)

En consecuencia, considero que cumpliendo todos los requisitos de la Fecundación In-Vitro Post Mortem, es admisible estas prácticas reproductivas, además de ello concordamos con la doctrina mayoritaria en que el consentimiento del varón es el requisito fundamental para estas prácticas reproductivas.

### **4.3 Filiación en la Fecundación In-Vitro Post Mortem**

La filiación en la Fecundación In-Vitro Post Mortem es uno de los temas que tienen relación con la atribución de la paternidad, teniendo en cuenta que el padre biológico falleció anticipadamente, a esta situación Miranda (1998) refiere en la Fecundación In-Vitro Post Mortem:

Cuando tal forma de fecundación se ha realizado con semen o embrión en el que ha tomado parte el marido, dentro del plazo que la ley señala y con la voluntad expresa del fallecido, el hijo tendrá la consideración de matrimonial, con los mismos derechos y obligaciones de los hijos nacidos durante el matrimonio de sus padres. (p. 399)

Estas prácticas de la Fecundación In-Vitro Post Mortem tuvieron la proliferación por la crioconservación de los gametos del marido y como sostiene Varsi (2013) para determinar la filiación se debe aplicar las siguientes reglas:

1. Si el hijo nace dentro del plazo se aplica la presunción *pater est*, siendo matrimonial y del difunto.
2. Si el hijo nace fuera del plazo debe diferenciarse se trata de una:
  - a) Inseminación, si hay certeza de la identidad genética y de la voluntad no cabe aplicar el plazo.
  - b) Transferencia embrional, si fue concebido durante el matrimonio se le reputa matrimonial.
3. Si la fecundación es con material genético de cedente. Un sector la rechaza al no haber matrimonio, identidad genética, ni voluntad salvo que el marido consienta de manera expresa e inequívoca. Para estos efectos se toma en cuenta la voluntad procreacional hecha en vida por el marido. (p. 586 y 587)

Considero que este problema está resuelto cuando se realiza una Fecundación In-Vitro Post Mortem cumpliendo todos los requisitos establecidos para esta técnica y así, darle la filiación al hijo con todos los derechos y las obligaciones del padre muerto.

Así mismo es importante establecer la inscripción de la filiación en el Registro Civil para lo cual Miranda (1998) establece que será preciso acreditar:

- a) El consentimiento del marido en testamento o en documento público, con referencia a los gametos en determinado establecimiento autorizado.
- b) La prueba de que en ese establecimiento se llevó a cabo la fecundación con los gametos identificados.
- c) Que el nacimiento se produzca en un plazo prudencial y que no concurra presunción de paternidad derivada de un nuevo matrimonio de la viuda.
- d) La notificación a quienes tengan derechos que se deban desaparecer o disminuir por tal nacimiento. (p. 399 y 400)

#### 4.4 Sucesión en la Fecundación In-Vitro Post Mortem

Se sabe que la muerte da fin a la persona y con ello se abre la sucesión; para que sucesores pretendan heredar condiciones necesarias para tener el título de sucesor las cuales son: sobrevivir al causante o que ya este concebido al momento de su muerte, la capacidad sucesoria y tener mejor derecho.

A simple vista y tratando de aplicar fríamente los conceptos recogidos de la doctrina, de que el heredero para serlo tiene que sobrevivir al causante, el supuesto plantado recibirá una respuesta negativa por cuanto fue concebido cuando la sucesión de su padre ya se había abierto con bastante anterioridad, por lo tanto no habría cumplido con el requisito de la existencia; sin embargo esta solución a todas luces es injusta, por cuanto el nacido responde a la fusión de los gametos del marido y mujer, es decir producto del encuentro del esperma del marido y ovulo de la madre (fecundación *in vitro*, o fecundación en el útero de la madre), entonces ese sujeto de derecho, nacido bajo esas circunstancias, es hijo de esa sociedad conyugal, que ya termino por la muerte del marido, pero ello no tendrá por qué impedirle seguir conservando su identidad, y esa medida tener derecho a heredarlo. (Aguilar, 2020, p. 75 y 76)

La doctrina menciona que al manifestar el varón su consentimiento de forma expresa y clara para que cuando fallezca se realice la Fecundación In-Vitro después de su muerte y que nazca un hijo; éste tendrá con este consentimiento el título de sucesor respecto a su padre que falleció antes de su concepción. Del mismo considero que cumpliendo todos los requisitos establecidos para la Fecundación In-Vitro Post Mortem; el consentimiento, el plazo y la forma del consentimiento; el hijo nacido mediante esta práctica, tiene todos los derechos sucesorios de su padre.

#### **4.5 Países en las que existe la regulación normativa de la Fecundación In-Vitro Post Mortem (Derecho comparado)**

A diferencia de nuestro sistema jurídico nacional existen algunos países que de acuerdo a los avances científicos ya cuentan con regulaciones específicas respecto a la Fecundación In-Vitro Post Mortem en donde podemos apreciar que dichas regulaciones dan una protección eficiente a los derechos del concepturus o el concebido Post mortem, por lo que es necesario en la presente investigación hacer referencia de dichas regulaciones los cuales nos ayudan con los objetivos del presente trabajo.

##### **- España**

En este país las técnicas de reproducción humana asistida están regulada por la Ley 14/2006, de 26 de mayo (Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida), respecto a la Fecundación In-Vitro Pos Mortem en dicha Ley regula en el Artículo 9 en donde establece que no podrá determinarse la filiación legal al hijo nacido mediante las Técnicas de Reproducción Humana Asistida si el material genético del marido fallecido no se encuentra en el útero de la esposa; sin embargo, a esta regla en el mismo articulado establece una excepción dándole la filiación al hijo nacido mediante esta técnica del post mortem cuando el marido presto su consentimiento de concebir un hijo posterior a su muerte; consentimiento este que debe estar plasmado en una escritura pública, testamento o documentos de fecha cierta.

El plazo que establece esta Ley para la aplicación o la utilización del material genético del marido es de 12 meses de fallecido, posterior a ello la mujer no tendrá ya la posibilidad de poder engendrar con el material genético de su marido muerto; además en esta Ley establece la presunción de otorgamiento de consentimiento del marido cuando antes de que fallezca la mujer estaba sometido al tratamiento de las prácticas reproductivas.

##### **- Reino unido**

Respecto a la reproducción humana asistida y la fecundación in-vitro post mortem en Reino Unido por la Ley de Fertilización Humana y Embriología de 1990 y que esta fue modificada en 1992.

Reino Unido fue el primer país en crear el denominado comité disciplinario en 1982, con la finalidad de analizar los efectos generados por las nuevas técnicas de reproducción humana asistida

Esta legislación permite a las personas realizar y someterse a la técnica de reproducción asistida post mortem, cuando exista un documento que establece el consentimiento expreso del marido fallecido.

En cuanto al requisito del plazo para la extracción del material genético, en esta legislación establece las veinticuatro horas siguientes del fallecimiento siempre y cuando el cuerpo este conservado en ópticas condiciones.

- **Canadá**

En Canadá las técnicas de reproducción humana asistida se legislo en 2004 mediante la Ley de Reproducción Asistida Humana de 24 de marzo, en donde establece la prohibición expresa de la utilización del espermatozoides, óvulos y embriones con fines de investigación y experimentación.

Respecto a la técnica de la fecundación in vitro post mortem, esta regulación prohíbe la utilización del espermatozoides del marido muerto sin el consentimiento de éste, es decir que esta técnica de reproducción humana asistida permite la utilización de los gametos o embriones solo con el consentimiento expreso del marido mediante un documento.

- **Argentina**

En esta legislación las Técnicas de Reproducción Humana Asistida está regulada por la Ley 26.862 (Reproducción Medicamente Asistida) y el Código Civil y Comercial de la Nación, en la primera se establece que toda persona mayor de edad puede someterse a las practicas



reproductivas siempre y cuando los profesionales de la salud hayan informado adecuadamente de dichas prácticas y el paciente exprese su consentimiento (Consentimiento informado y libre).

En Argentina la Ley de Reproducción Medicamente Asistida tiene concordancia con el Código Civil y Comercial de la Nación en donde establece de igual manera para las prácticas reproductivas se requiere el consentimiento previo, informado y libre; este consentimiento debe ser protocolizado ante escribano público o certificado ante la autoridad sanitaria de su jurisdicción.

En el caso de la fecundación In-Vitro Post Mortem en esta legislación se rige mediante esta regla del consentimiento previo, informado y libre; las cuales generan la determinación de la filiación de los hijos nacidos mediante esta técnica; y respecto a la sucesión del hijo nacido mediante esta técnica de reproducción humana asistida refiere que estos pueden suceder al causante cuando se cumplan los requisitos (Ser mayor de edad, Consentimiento previo, informado y libre) establecidos para esta técnica, es decir que este haya manifestado su voluntad expresa.

- **Uruguay**

En esta legislación las Técnicas de Reproducción Humana Asistida se rigen mediante la Ley N° 19.167 (Ley de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida) en donde establece los requisitos que se deben cumplir para realizar dichas prácticas reproductivas las cuales son Ser mayor de edad y menos de 60 años, se tiene que verificar que estas prácticas se realicen con éxito no generando riesgo ni en la mujer ni en el hijo y debe existir el consentimiento expreso y por escrito de ambos miembros de la pareja.

Para el caso de la Fecundación In-Vitro Post Mortem se establece de igual manera los requisitos establecidos mediante esta Ley solo los cuales darán la posibilidad de una determinación de la filiación del hijo nacimiento mediante esta técnica de Reproducción

humana Asistida, además establece un requisito especial para este tipo de técnica de reproducción asistida el cual es que la práctica reproductiva de la fecundación In-vitro Post Mortem se debe realizar dentro de los 365 días después del fallecimiento del marido.

**Tabla 3: LEGISLACIÓN VIGENTE RESPECTO A LA FECUNDACIÓN IN-VITRO POST-MORTEM EN ALGUNOS PAÍSES:**

	Prohibido por legislación	Consentimiento informado por escrito	Sin consentimiento informado escrito	No hay guías ni legislación específica
Alemania	X			
Argentina		X		
Australia			X	X
Bélgica			X	X
Brasil			X	
Canadá		X		
Chile				X
Chipre				X
Colombia				X
Dinamarca	X			
EE UU			X	
Estonia	X			
Eslovaquia				X
Eslovenia	X			
España		X		
Francia	X			
Hungría	X			
Holanda	X			
Irlanda				X
Israel			X	
Italia				X
Japón				X
Letonia				X
Lituania				X
Malta				X
Noruega	X			
Perú				X
Polonia				X
Reino Unido		X		
Republica Checa			X	
Suecia	X			
Uruguay		X		

Fuente: Modificado de (Sanchez, Martinez, & Fernandez, 2018, p. 177)

## **CAPÍTULO V: DESCRIPCIÓN, ANÁLISIS DE RESULTADOS Y PROPUESTA LEGISLATIVA**

### **5.1 Descripción de la guía de entrevista**

La entrevista fue realizada a Jueces de la Corte Superior de Justicia del Cusco y abogados especialistas en Derecho de Familia, Derecho de Sucesiones y Derecho Genético y las preguntas fue ordenada de acuerdo a los objetivos de la presente investigación.

#### **DATOS REFERENCIALES DE LOS ENTREVISTADOS**

a) Nombres y Apellidos: **Franklin Gregorio Gutierrez Merino**

Profesión/Grado Académico: **Magíster en Derecho Civil y Comercial por la  
Universidad Nacional Mayor de San Marcos**

Cargo: **Juez Superior de la Sala Mixta Descentralizada**

b) Nombres y Apellidos: **María del Carmen Villagarcía Valenzuela**

Profesión/Grado Académico: **Abogado**

Cargo: **Juez del Primer Juzgado de Paz Letrado de Cusco**

c) Nombres y Apellidos: **Evelyn Becerra Viza**

Profesión/Grado Académico: **Abogado**

Cargo: **Juez del Juzgado de Paz Letrado de la Provincia Canas-Yanaoca**

d) Nombres y Apellidos: **Mauro Mendoza Delgado**

Profesión/Grado Académico: **Abogado**

Cargo: **Abogado-Litigante, Docente Universitario**

e) Nombres y Apellidos: **Soviana Castilla León**

Profesión/Grado Académico: **Abogado**

Cargo: **Abogado Independiente-Litigante**

f) Nombres y Apellidos: **Washington D. Valdivia Lopez**

Profesión/Grado Académico: **Abogado**

Cargo: **Profesional Abogado Independiente**

g) Nombres y Apellidos: **Luis Alberto Cevallos Zamora**

Profesión/Grado Académico: **Abogado**

Cargo: **Abogado Independiente**

h) Nombres y Apellidos: **Rocio Vilca Quispe**

Profesión/Grado Académico: **Abogada/Egresada en Maestría**

Cargo: **Abogado Independiente**

## **5.2 Descripción y análisis de Resultados de las guías de entrevistas**

Los resultados alcanzados mediante esta técnica, se ha ordenado de acuerdo a los objetivos planteados en la presente investigación. En ese sentido, tenemos el **Objetivo General; “Analizar la regulación normativa de la Fecundación In-Vitro Post Mortem en el ordenamiento jurídico peruano”** para lo cual seleccionamos los siguientes ítems:

### **➤ Ley favorable que regule la técnica de reproducción asistida de la Fecundación In-Vitro Post Mortem en el Perú**

Como pudimos apreciar de las entrevistas realizadas que, casi todos nuestros entrevistados están de acuerdo con la creación de una ley que Regule el uso de Técnica de Reproducción asistida de la Fecundación In-Vitro Post Mortem en el Perú, ellos mencionan que la realidad lo exige.

De los 8 entrevistados tenemos como resultado, que 7 están a favor de una regulación expresa de esta técnica de reproducción asistida ya que consideran que el derecho no debe ser ajeno a los avances científicos por lo que debe proteger los derechos fundamentales de los hijos naciendo mediante esta técnica

Es de apreciarse que nuestros entrevistados refieren que actualmente nuestra legislación peruana está en la imperiosa necesidad de poder contar con una norma así poder amparar y proteger los derechos fundamentales del nacido mediante esta técnica de reproducción asistida;

los nuevos avances de ciencia deben de ir de la mano con el derecho y así regularlos adecuadamente.

➤ **Los derechos del concepturus o el concebido Post Mortem**

Para la creación de una Ley que regule estos usos de la técnica de reproducción asistida de la fecundación In-Vitro Post Mortem nuestros entrevistados consideran que se deben de respetar los siguientes derechos fundamentales:

- ✓ Derecho a la vida.
- ✓ Derecho a la filiación.
- ✓ Derechos sucesorios.
- ✓ Derecho a la procreación.
- ✓ Derecho a la integridad física.

Una regulación normativa favorable del uso de la técnica de la Fecundación In-Vitro Post Mortem debe de considerarse todo los derechos fundamentales del nacido mediante esta técnica como son: el derecho a la vida, derecho a una filiación, derecho sucesorio, derecho a la integridad física y todo estos derechos concordados con el principio del interés superior del niño; además de ello se tiene que ver los derechos de los padres como son: Derecho a la procreación, Derecho a la salud reproductiva, Derecho a una familia (Familia monoparental).

➤ **La contravención de los derechos fundamentales del concepturus o concebido Post Mortem**

Nuestros entrevistados refieren que existe una contravención de los derechos fundamentales del concepturus o concebido Post Mortem por la no existencia de una Ley que regule estas prácticas reproductivas; es así que nuestros entrevistados consideran que en un supuesto caso que un hijo nazca mediante esta técnica, devendría en conflictos legales respecto al consentimiento y autorización del padre para poder concebir un hijo después de su fallecimiento, además la determinación de la filiación de dicho hijo.

De las entrevistas se puede apreciar, que una ausencia de una regulación normativa siempre afecta los derechos fundamentales, ya que estos no se encuentran regulados expresamente; es así que los derechos fundamentales del concepturus o concebido Post Mortem se encuentran vulneradas por la falta de una regulación normativa.

➤ **Derecho de igualdad entre el concepturus, nasciturus y el nacido**

En la presente investigación, al aplicar las entrevistas se recolecto los siguientes respecto al tratamiento igualitario de las figuras del concepturus, nasciturus y el nacido:

Nuestros entrevistados refieren que entre las figuras del concepturus, nasciturus y el nacido actualmente en nuestra legislación no existe una igualdad al establecer la condición de que nazca vivo, entonces el derecho solo aplica al nasciturus o concebido y al nacido menos al concepturus.

Podemos analizar de las entrevistas que el concepturus, nasciturus y el nacido en nuestra legislación tienen un tratamiento desigual ya que actualmente solo establece una protección al nasciturus con la condición de que nazca con vida, el nacido ya tiene todos los derechos, sin embargo, respecto del concepturus no tiene una protección legal.

De otro lado tenemos la información brindada por los entrevistados respecto al **Objetivo Especifico 1; “Determinar cómo afecta al concepturus, la ausencia de una regulación normativa de la Fecundación In-Vitro Post Mortem, en su derecho a la filiación, reconocido en el ordenamiento jurídico peruano”** en donde manifestaron lo siguiente:

➤ **La filiación del concepturus o el concebido Post Mortem en nuestro ordenamiento jurídico**

Nuestros entrevistados respecto del derecho filiatorio del concepturus o concebido post Mortem refieren que nuestro ordenamiento jurídico no existe una regulación expresa sobre la Fecundación In-Vitro Post mortem por lo que mucho menos está regulada la filiación de un hijo naciendo mediante esta técnica, por lo que nuestros entrevistados consideran que existe un

vacío legal respecto a este tema, además consideran que la filiación en este tipo de práctica reproductiva se debe determinar viendo si existió el consentimiento del marido fallecido.

Como se aprecia de las entrevistas realizadas, los derechos filiatorios del concepturus o el concebido Post Mortem no están reconocidos actualmente en nuestro ordenamiento jurídico, pero esta falta de regulación no puede dejar al desamparo o sin derechos filiatorios al nacido mediante la Fecundación In-Vitro Post Mortem, por lo que nuestros entrevistados consideran que es fundamental el consentimiento o voluntad del padre.

➤ **El concepturus o el concebido Post Mortem ¿Hijo Matrimonial o Extramatrimonial?**

En las entrevistas aplicadas podemos resaltar respecto si el concepturus o concebido Pot Mortem debería de considerarse matrimonial o extramatrimonial.

En este punto nuestros entrevistados la mayoría considera que un hijo nacido mediante la Fecundación In-Vitro Post Mortem debe ser considerado con hijo matrimonial ya que el hijo nacido mediante esta técnica lleva los genes del padre fallecido. Uno de nuestros entrevistados considera que se debe considerar hijo extra matrimonial debía a que no se tiene certeza si es hijo biológico del fallecido, salvo prueba en contra mediante una prueba del ADN.

Todo nuestros entrevistados además de los puntos precedentes consideran que para determinar mejor la filiación del hijo nacido mediante esta técnica se tiene que ver si al momento de fallecer el marido, los padres estuvieron casados y también verificar si existió o no el consentimiento del padre fallecido.

Como pudimos verificar de las entrevistas que el hijo nacido mediante la Fecundación In-Vitro Post Mortem debe ser considerado de acuerdo a la situación legal de la pareja que quiere someterse a este tipo de prácticas reproductivas al momento de fallecido el padre, es decir si al momento de fallecer, los padres se encontraban casados seria hijo matrimonial y si al momento de fallecer la pareja solo eran convivientes entonces seria hijo extramatrimonial;

además nuestros entrevistados consideran de mucha importancia que se debe tener certeza que el hijo nacido mediante esta Técnica debe llevar los genes del padre.

➤ **Mecanismos para proteger los Derechos filiatorios del concepturus o concebido Post Mortem**

Para la protección de los derechos filiatorios del concepturus o concebido Post Mortem, nuestros entrevistados refieren que para proteger los derechos filiatorios de un hijo nacido mediante esta técnica es mediante una dación de una ley expresa que regule dichas prácticas reproductivas y que esta Ley de estar a la vanguardia de la tecnología y la realidad teniendo en cuenta el desarrollo tecnológico médico.

Podemos analizar que para poder proteger los derechos filiatorios del concepturus o concebido Post Mortem es necesario la creación de una norma expresa que regule la Fecundación In-Vitro Post Mortem, en donde se protejan todos los derechos de este nuevo ser.

➤ **La voluntad del padre fallecido en la institución de la filiación**

Nuestros entrevistados respecto a los dispositivos contractuales para expresar su voluntad el padre, refieren que en la actualidad nuestra legislación establece establece diversas formas de reconocer un hijo; por lo que la mayoría considera que se debe mantener esa línea y que la manifestación de voluntad se debe dar mediante un testamento, escritura pública o un documento privado con firmas legalizadas; uno de nuestros entrevistados considera que además de los documentos antes referidos también se tiene que ver si la mujer antes de fallecer su marido ya se estaba realizando prácticas de la fecundación In-Vitro, por lo que considera a estos como documentos previos, como por ejemplo de ir al médico para dicha práctica y otros.

De acuerdo a la información de nuestros entrevistados podremos apreciar que los documentos contractuales que el padre puede dejar en vida su manifestación de voluntad de procrear un hijo después de fallecido son: mediante un testamento, escritura pública, contrato



privado con firmas legalizadas y documentos que acrediten que el padre tuvo la voluntad de procrear un hijo después de fallecido.

Asimismo, los entrevistados respecto al **Objetivo Específico 2; “Determinar cómo afecta al concepturus, la ausencia de una regulación normativa de la Fecundación In-Vitro Post Mortem, en su derecho a la sucesión, reconocido en el ordenamiento jurídico peruano”** han manifestado lo siguiente:

➤ **El derecho sucesorio del concepturus o el concebido Post Mortem**

Nuestros entrevistados refieren que en la actualidad no hay una regulación expresa para verificar si el hijo nacido mediante esta técnica tiene derecho sucesorio o no respecto de su padre fallecido antes de su concepción, por lo que nuestros entrevistados consideran para poder dar los derechos sucesorios a estos hijos nacidos mediante esta técnica se tiene que ver el consentimiento expreso del marido para concebir un hijo después de su fallecimiento y que además se tiene que tener certeza de la utilización de los gametos del padre fallecido.

De las entrevistas podemos referir que todos nuestros entrevistados coinciden que actualmente nuestra legislación adolece de una regulación de los derechos sucesorios de los nacidos mediante la técnica de la Fecundación In-Vitro Post Mortem, además podemos resaltar que para un hijo nacido mediante esta práctica de reproducción asistida debe tener un consentimiento expreso del padre y un plazo adecuado para que la pareja se realice la concepción después de fallecido su pareja o esposo.

➤ **La vocación sucesoria del concepturus o el concebido Post Mortem**

Nuestros entrevistados de la vocación legal para suceder del concepturus o concebido Post Mortem refieren de acuerdo a nuestra legislación vigente estos no gozan de vocación legal para suceder, ya que solo establece como herederos a los que ya nacieron o los que están concebidos antes de fallecimiento del causante, por lo que nuestra legislación vigente deja al desamparo al hijo nacido mediante esta técnica en sus derechos sucesorios.

Se puede apreciar que nuestros entrevistados coinciden que el nasciturus o concebido Post Mortem no cuenta con vocación legal para suceder de su padre ya que nuestra legislación establece que, para suceder la existencia de la persona, por lo que es necesario una reforma de nuestras normas acorde al avance de la ciencia.

➤ **La manifestación de voluntad del padre fallecido en la institución hereditaria**

Nuestros entrevistados resaltan la importancia de la manifestación de voluntad en la institución hereditaria para los hijos nacidos mediante la Fecundación In-Vitro Post Mortem por lo que consideran indispensable que dicha manifestación se exprese en un documento.

Como se puede apreciar de las entrevistas la manifestación de voluntad en la institución hereditaria es lo más importante ya que con ello se le estaría reconociendo los derechos del concepturus o concebido post Mortem y consideramos que esta manifestación de voluntad del padre tiene que estar plasmado en un documento, no admitiéndose una manifestación de voluntad tacita.

➤ **Dispositivos contractuales que protegen los Derechos sucesorios del concepturus o concebido Post Mortem**

Nuestros entrevistados coinciden que los documentos contractuales para que exprese su manifestación de voluntad en vida del padre para la protección de los derechos sucesorios del concepturus o concebido Post Mortem son los siguientes:

- ✓ Mediante testamento.
- ✓ Mediante escritura pública.
- ✓ Mediante un contrato privado con firmas legalizadas ante un notario público.

### **5.3 Descripción de Resultados: Técnica del Análisis Documental**

En la presente investigación se aplicó la técnica de análisis documental con su instrumento “**Guía de Análisis Documental**” para poder contrastar los objetivos del presente

trabajo de investigación en la cual se analizó los diferentes criterios jurisprudenciales nacionales e internacionales.

Del análisis de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el **Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación In Vitro”) VS. Costa Rica** de fecha 28 de noviembre de 2012, se tiene que la Corte sostiene que los Estados tienen la obligación de proteger la vida privada y familiar de las personas o individuos de las vulneraciones que sufren de parte de terceros o de instituciones estatales; el derecho a la vida privada entendida como la libertad que tiene una persona de escoger y elegir de acuerdo a sus propias opciones y convicciones las opciones y circunstancias que dan sentido a su existencia.

La corte relaciona estrechamente al derecho a la vida privada con los derechos a constituir una familia, a la integridad física y mental y específicamente a los derechos reproductivos de las personas, por lo que señala que, la maternidad o paternidad es esencial para el desarrollo de la personalidad de las personas, a lo que considera que la decisión de ser o no madre o padre (genético o biológico) es parte de la vida privada; en ese sentido este derecho está relacionado con la autonomía reproductiva y el acceso a los mejores servicios de salud reproductiva, lo cual implica el libre acceso a la tecnología médica necesaria para ejercer este derecho.

En ese orden de ideas, la Corte establece que toda persona tiene derecho al acceso de los mejores servicios de salud en técnicas de reproducción asistida de acuerdo al progreso científico para ejercer su autonomía reproductiva y la posibilidad de fundar una familia, además este acceso implica que toda persona debe ser informado y tener libre elección al acceso a métodos de reproducción asistida y que están sean seguros, eficaces, de fácil acceso y aceptables.

Finalmente, la Corte establece que todos los Estados son responsables de crear, regular y fiscalizar la prestación de servicios de salud, para proteger los derechos a la vida y la

integridad personal, esto implica la regulación de acuerdo al avance científico el acceso de toda persona a las técnicas de reproducción asistida.

Del análisis de la **Casación N° 4323-2010 Lima**, se tiene de la interpretación del artículo 7° de la Ley 26842 (Ley General de Salud), que nuestra legislación admite las Técnicas de Reproducción Asistida (TERAS) y que estas son de dos tipos: a) Inseminación Artificial y b) Fecundación in vitro; en donde la primera puede ser homóloga cuando se utiliza el material genético del cónyuge o concubino y heteróloga cuando se utiliza el material genético de un tercero y que estos son obtenidos de un banco; el segundo en donde el espermatozoide y ovulo son unidos en un laboratorio que posterior a ello es implantado en el útero de la madre produciéndose la gestación.

Asimismo, la Corte Suprema indica sobre las TERAS, que si bien estos procedimientos no está legislado, sin embargo, esta reconocido por el Tribunal Constitucional en el axioma jurídico *“todo lo que no está prohibido está permitido”* en consecuencia estas prácticas reproductivas no es ilícito ni constituye delito, más bien siendo un vacío normativo y jurisprudencial, ya que nuestra legislación solo reconoce a la TERA de tipo con la condición de la maternidad debe recaer la madre genética y la madre gestante sobre la misma persona.

También, en la casación en análisis se establece que los documentos Autorización de Fertilización In Vitro y Transferencia embrionarias, y el Convenio de realización de Técnicas de Reproducción Asistida, no se encuentran en ninguna causal de nulidad ya que las partes declararon su manifestación de voluntad valida mediante los documentos antes indicados y además concluye que como consecuencia del proceso de fecundación nació una niña, quien resulta protegida con todas de la Ley.

Del análisis del **Expediente N° 06374-2016, PROCESO DE AMPARO**, el Juzgado en dicho proceso menciona que respecto a las formas de reproducción asistida hay una regulación exigua o casi inexistente, ya que de la lectura del Artículo 7 de la Ley General de Salud solo

regula los casos de una procreación en donde el elemento genético de la madre coincida con su condición de gestante, es decir, que este artículo no regula más supuestos de TERAS, además de ello, el Juzgado reconoce como legítimos a la aplicación de TERAS porque no existe ninguna norma del ordenamiento jurídico nacional que imponga limitaciones o prohibiciones expresas.

En ese orden de ideas, el Juzgado al no existencia de una norma expresa con una prohibición entra en análisis del Artículo 2, inciso 24, literal a) de la Constitución Política; *“Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”*; dando legítimo dichos pactos; es decir que dicho Juzgado, da por válido los contratos celebrados donde los padres manifiestan su consentimiento de aplicarse TERAS distintos a los establecidos por el Artículo 7 de la Ley General de Salud, entendiendo su actuar legítimo a los derechos a la salud reproductiva. Por ello llega a la conclusión que dichas prácticas de TERAS al tratarse de un supuesto no regulado, ni menos prohibido en el sistema jurídico peruano, es perfectamente válido.

Además de las sentencias antes analizados tenemos la **Casación N° 5003-2007 Lima** y **Casación N° 563-2011 Lima**, reconocen por válidos y legítimos las prácticas de Técnicas de Reproducción Asistida distintos a lo establecido por el Artículo 7 de la Ley General de Salud, además indican que en nuestra legislación existe un vacío normativo y jurisprudencial respecto a las otras formas de Técnicas de Reproducción Asistida.

#### **5.4 Propuesta Legislativa**

##### **5.4.1 El Código Civil y el Anteproyecto de reforma del Código Civil peruano**

Para poder alcanzar los objetivos de la presente investigación en este ítem realizamos un análisis comparativo del Código Civil vigente y el anteproyecto de reforma del Código Civil

realizada por el equipo de trabajo, los cuales nos ayudan y coadyuvan con la propuesta de plantear una regulación adecuada de la Fecundación In-Vitro Post Mortem.

Mediante Resolución Ministerial N° 0300-2016-JUS se conforma el grupo de trabajo encargado de la revisión y propuesta de mejoras al Código Civil peruano, los cuales fueron conformados por Mario Gastón Humberto Fernández Cruz (quien presidia), Juan Espinoza Espinoza, Luciano Juan Luis Barchi Velaochaga, Carlos Cárdenas Quirós, Enrique Varsi Rospigliosi y Gustavo Montero Ordinola. Respecto al problema planteado y los libros que son objeto de la presente investigación (Libros de Derecho de Personas, Derecho de Familia y Derecho de Sucesiones) estuvo en la supervisión y responsable del Doctor Enrique Varsi Rospigliosi, el Libro de Personas con la colaboración del Doctor Juan Espinoza Espinoza.

El Código Civil vigente (Decreto Legislativo N° 295), en el libro de personas en ningún artículo establece o regula de que una pareja pueda acceder a Técnicas de Reproducción Asistida; en el Anteproyecto de reforma el equipo de trabajo en el Artículo 1-A propone lo siguiente:

**Artículo 1-A.- Tutela del embrión. Manipulación genética**

1. Los embriones, sus células, tejidos u órganos no podrán ser cedidos, manipulados o destruidos. Está permitida la disposición para trasplantes de órganos y de tejidos de embriones muertos.
2. La fecundación de óvulos humanos puede efectuarse solo para la procreación.
3. Está permitida la manipulación genética exclusivamente para fines terapéuticos.

Este artículo fue inspirada en normas y legislaciones en materia de procreación asistida como, Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, Código Civil y comercial argentino, la Ley N 14/2006 de España y la ley italiana N 40; de acuerdo a la exposición de motivos de la propuesta del presente artículo el principal fundamento es la

protección del ser humano de las practicas eugenésicas y respecto a la fecundación de in vitro prohíbe la destrucción de embriones, que por diversas razones esta no fue implantada en la mujer receptora, además se protege al embrión extracorpóreo fundamentando la fecundación de óvulos humanos solo para fines procreacionales.

Considero que la propuesta efectuada por este grupo de trabajo está acorde a las necesidades de poder regular los avances de la tecnología ya que en nuestro país de manera deliberada se efectúan prácticas de la genética humano, ésta propuesta tomando en consideración en primer plano la protección fundamental del ser humano y respecto a la fecundación de óvulos humanos solo para que una persona pueda tener descendencia.

En el Código Civil Vigente, en el libro de Familia en el Artículo 233°, solo hace referencia de manera general sobre la regulación jurídica de la familia, en la propuesta desarrollada por el grupo de trabajo, en el mismo artículo agregan la familia y la diversa forma de constituir las, está haciendo referencia a las diversas formas de familias que existen actualmente y que tienen la necesidad de ser protegidas; al respecto de presente trabajo de investigación al ser una Fecundación In-Vitro Post Mortem, en donde el hijo se concibe y nace posterior a la muerte del padre nos encontramos ante una FAMILIA MONOPARENTAL.

Asimismo, en este mismo libro del Código Civil como manifestamos en párrafos anteriores el Código Vigente no regula las posibilidades de que una persona pueda recurrir a las técnicas de reproducción asistida, con la que no se protege adecuadamente los derechos filiatorios al nacido mediante estas técnicas; el grupo de trabajo en el anteproyecto de reforma del código civil desarrolla ampliamente en diversos artículos (415°, 415-A, 415-B, 415-C y 415-D); para fines de la presente investigación analizaremos los artículos propuesto 415°, 415-A, y 415-C.

De manera general en el artículo 415° desarrolla la filiación en las técnicas de reproducción asistida; que establece lo siguiente:

**Artículo 415.- Filiación mediante fecundación asistida.**

1. Toda técnica de reproducción asistida debe contar con el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten a su uso y debe estar sustentada en la voluntad procreacional.
2. No podrá hacerse ninguna referencia acerca del tipo de reproducción en ningún documento personal ni en el Registro del estado civil.
3. El consentimiento informado debe ser prestado en forma personal e individual por cada una de las personas que se someten al uso de la técnica de reproducción asistida.

Se debe resaltar es este artículo propuesto por el grupo de trabajo, para que exista la filiación de un hijo nacido mediante Técnicas de Reproducción Asistida la voluntad procreacional de los padres quienes prestan su consentimiento previo, informado y libre de someterse a estas prácticas; además en este artículo propuesto de manera correcta el grupo de trabajo prohíbe hacer alguna referencia en el documento de identidad o en el Registro del Estado Civil del cómo se realizó la concepción, tampoco del tipo de Técnica de Reproducción Asistida.

Asimismo, el grupo de trabajo en el artículo 415-A propone cuando un hijo nacido mediante Técnicas de Reproducción Asistida se considera matrimonial:

**Artículo 415-A.- Determinación de la filiación matrimonial.**

1. Los hijos se consideran matrimoniales cuando se utiliza material genético del marido para la realización de la reproducción médicamente asistida. La existencia de material genético del marido para su uso en una reproducción médicamente asistida hace presumir su asentimiento, salvo lo dispuesto en el numeral 3.



2. Los hijos se consideran matrimoniales cuando exista asentimiento expreso del cónyuge, formalizado en documento de fecha cierta, para la realización de la reproducción médicamente asistida con material genético de tercero.

3. En los casos de reproducción médicamente asistida post mortem con material genético del marido, el hijo será matrimonial siempre que exista asentimiento expreso de aquel y se realice dentro del plazo máximo de trescientos días de la muerte del marido. La misma regulación se aplica a los embriones crio conservados.

En este artículo el grupo de trabajo propone, que cuando se utiliza para las prácticas de reproducción asistida el material genético de los cónyuges, el hijo será matrimonial y además de ello es resaltante el consentimiento del cónyuge para realizar con material genético de un tercero en dichas prácticas, las cuales deben establecer su manifestación en un documento de fecha cierta.

En lo que concierne para este trabajo investigación es el numera 3 del presente artículo propuesto por el grupo de trabajo, menciona que en una reproducción asistida post mortem, es hijo matrimonial cuando de usa el material genético del cónyuge, que exista un consentimiento expreso del cónyuge y que además se deba realizar esta práctica asistida post mortem dentro de los trescientos días de fallecido.

Del mismo modo este grupo de trabajo propone el artículo 415-C respecto a la determinación de la filiación o paternidad extramatrimonial:

**Artículo 415-C.- Determinación de la paternidad extramatrimonial.**

1. No mediando matrimonio entre quienes recurren a una reproducción médicamente asistida, el asentimiento en documento de fecha cierta o testamento para la utilización de material genética, equivale al reconocimiento de la filiación.

2. La utilización de material genético o de embriones de un cedente anónimo no dará lugar al establecimiento de una relación paterno filial entre el cedente y quienes nazcan producto de estas técnicas, ni generará vínculo jurídico alguno, excepto a los fines de los impedimentos matrimoniales.
3. En la reproducción médicamente asistida post mortem con material genético de quien convivía con la madre, el hijo se presume de aquel siempre que concurra lo establecido en el numeral 3 del artículo 415-A.

Para determinar la filiación o determinar la paternidad extramatrimonial del hijo nacido mediante técnicas de reproducción asistida, es importante que el material genético que se utiliza de la pareja y que estas no tengan el vínculo matrimonial; es decir que la pareja solo son concubinos.

Respecto a la reproducción asistida post mortem, es hijo extramatrimonial cuando se utiliza el material genético del concubino, se tenga el consentimiento expreso del mismo y que estas prácticas se realice dentro de los trescientos días del fallecimiento.

Asimismo, de nuestros problemas y objetivos de la presente investigación, se tiene que analizar el Libro IV Derecho de Sucesiones, en el Código Civil vigente respecto a la sucesión para personas nacidas mediante técnicas de reproducción asistida, no establece ninguna regulación; mucho menos para una persona nacida mediante fecundación in vitro post mortem; el grupo de trabajo propone de igual manera como en los anteriores Libros analizados la regulación para estas prácticas de reproducción asistida, es así que el Artículo 735-B se propone lo siguiente:

**Artículo 735-B.- Aptitud sucesoria.**

1. Tienen aptitud para suceder las personas físicas ya nacidas o concebidas en el momento de la apertura de la sucesión que no estén impedidas conforme a este Título o disposiciones especiales, y el Estado en los casos del artículo 830.

Salvo prueba en contrario, y de lo indicado en el numeral 3, se presume ya concebido en el momento de la apertura de la sucesión a quien ha nacido dentro de los trescientos días contados desde la muerte de la persona de cuya sucesión se trata.

2. En la sucesión testamentaria también tienen aptitud sucesoria:

a) los hijos o demás descendientes del testador o de una persona determinada por él que esté viva en el momento de la muerte del testador, aunque aún no estuvieran concebidos en ese momento y siempre que nazcan dentro del plazo que establezca el testador, pero que no podrá ser después de los diez años de su deceso;

b) las entidades o personas jurídicas inscritas o que hubiesen presentado solicitud de inscripción en el Registro Público pertinente al momento de apertura de la sucesión;

c) las fundaciones constituidas por el testamento.

3. Tienen también aptitud sucesoria como legitimarios los nacidos por la aplicación de una técnica de reproducción asistida a condición de que nazcan dentro de los cuatro años del fallecimiento del causante. A tal efecto, tal persona debe:

a) adquirir la calidad de embrión crioconservado antes del deceso del causante;

o

b) ser concebida con gametos de titularidad del causante.

4. En ambos casos, el uso post mortem del embrión o de los gametos debió haber sido expresamente permitido por el causante. Dentro de los treinta días calendario de la apertura de la sucesión, la pareja autorizada a utilizar el embrión

o los gametos informará por comunicación notarial a los sucesores del causante sobre tal derecho a fin de que se resguarde la cuota del futuro heredero.

5. Salvo disposición legal en contrario, la aptitud sucesoria se establece al momento de la apertura de la sucesión. En los casos de institución bajo condición suspensiva y de sustitución, la aptitud se determina al momento de verificación de la condición o de ocurrido el supuesto para la sustitución, a menos que otra cosa resulte del testamento.

El grupo de trabajo propone que, los nacidos mediante técnicas de reproducción asistida, tienen aptitud como legitimarios donde en ello la condición es que el hijo nazca dentro de los cuatro años de fallecimiento del causante, asimismo que los gametos deben de ser el causante; para el caso de la fecundación post mortem se propone, que para el uso de los gametos del causante debe existir el consentimiento expreso del padre y además la madre dentro de los treinta días de la apertura de la sucesión debe comunicar notarialmente a los otros herederos y así proteger su derecho del hijo por concebirse.

#### **5.4.2 El Código de los Niños y Adolescentes (Ley N° 27337)**

En el derecho peruano, mediante Ley N° 27337, Ley que aprueba el Código de los Niños y Adolescentes publicada el 7 de agosto de 2000, en su artículo 1° brinda la protección al concebido de los diferentes experimentos o manipulación en la genética, en tal regulación estable:

##### **Artículo 1.- A la vida e integridad**

El niño y el adolescente tienen derecho a la vida desde el momento de la concepción.

El presente código garantiza la vida del concebido, protegiéndola de experimentos o manipulaciones genética contrarias a su integridad y a su desarrollo físico o mental.

Este artículo tiene como fuente en el artículo 1° del Decreto Legislativo N° 26102 (anterior Código de los Niños y Adolescentes); además que dicho artículo tiene como sustento

en la convención americana sobre derechos humanos y la convención sobre los derechos del niño los mismos que nuestra legislación incorpora por el Artículo 55° de nuestra Constitución Política del Estado del año 1993.

Del análisis del artículo podemos apreciar la protección de la integridad del concebido, dando una prohibición expresa de los procedimientos de la genética que vulneren a su integridad y su desarrollo físico o mental, es decir que estos procedimientos afecten o pretendan modificar de forma negativa la unidad psicosomática del concebido.

#### **5.4.3 Síntesis de la Propuesta**

El Anteproyecto de la ley que regule la aplicación de la técnica de Reproducción Asistida de la Fecundación In-Vitro Post Mortem, que proponemos debe ser leído conjuntamente con las Propuestas del Anteproyecto de Reforma al Código Civil Peruano, publicada el 5 de febrero de 2020, mediante Resolución Ministerial 46-2020-JUS:

**ANTEPROYECTO DE LEY QUE REGULA LA APLICACIÓN DE LA**  
**TÉCNICA DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA DE LA**  
**FECUNDACIÓN IN-VITRO POST MORTEM**

**EXPOSICIÓN DE MOTIVOS**

En los últimos años los problemas de salud sexual y reproductiva a nivel mundial se han acrecentado por diversos factores y muchas parejas no pueden tener descendencia por problemas de infertilidad; los avances de la ciencia y la tecnología ha motivado que las parejas que antiguamente no podían tener acceso a una procreación asistida, ahora puedan solucionar estos problemas de infertilidad y así formar una familia mediante las Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Es así que, dentro de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida tenemos a **la Fecundación In-Vitro Post Mortem**, que es un método de procreación asistida referido a la fecundación o la concepción de un nuevo ser cuando el padre ya falleció, sin embargo, con ello surge un problema en relación a los derechos filiatorios y derechos sucesorios del hijo nacido mediante esta práctica respecto de su padre ya fallecido antes de su concepción.

Teniendo en cuenta que diversos países del mundo, de acuerdo a los avances científicos, otorgan protección a los nacidos mediante esta técnica de reproducción asistida, resulta necesario regular la aplicación de la técnica de reproducción humana asistida de la fecundación in-vitro post mortem.

En efecto, el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida de la Fecundación In- Vitro Post Mortem expresan el ejercicio del derecho a la salud reproductiva y esta tiene estrecha relación que, toda persona ejerza el libre

desarrollo de la personalidad y la vida privada y familiar; por lo que diversas normas internacionales establecen regulaciones al respecto con son:

- Los artículos 16° y 25° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.
- El artículo 23° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Los artículos VI y XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.
- El artículo 17° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Los artículos 10° y 15° del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador).

Al respecto, en nuestro país nuestra constitución de 1993 en los artículos 6° y 7° dan una protección a la vida privada y familiar de las personas reconociendo una libertad de decidir de ser o no padres o madres promoviendo y difundiendo una maternidad y paternidad responsable; asimismo dando protección al derecho a la salud de las personas.

En el artículo 7° de la Ley N° 26842, Ley General de Salud, establece de manera escueta refiere 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 (...).”* Con esta condición dejándose de lado diversos procedimientos o técnicas de reproducción asistida que gracias a la ciencia y/o tecnología permite procrear un hijo, entre ellas tenemos **la Fecundación In-Vitro Post Mortem**.

En ese sentido, el artículo 2º inciso 24 literal a) de nuestra constitución establece: *“Nadie está obligado a hacer lo que la Ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”*. Con ello al no estar prohibida expresamente los otros procedimientos o técnicas de reproducción humana asistida entre ellas la **Fecundación In-Vitro Post Mortem** son prácticas lícitas, pero sin una regulación expresa, con ello se estarán vulnerando derechos como la filiación, sucesión y otros de los hijos nacidos mediante esta técnica.

Jurisprudencialmente, a nivel internacional tenemos **el Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs, Costa Rica** emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y nivel nacional tenemos la **Casación N° 4323-2010 Lima, Casación N° 5003-2007 Lima, Casación N° 563-2011 Lima** y el **Proceso de Amparo en el Expediente N° 06374-2016**, donde en dichas sentencias se da licitud de las prácticas de Reproducción Humana Asistida y además reconocen que nuestra legislación adolece de una norma expresa sobre el uso de dichas técnicas.

### **ANALISIS COSTO BENEFICIO**

La aprobación y aplicación de la presente ley no genera tampoco implica ningún costo adicional para el tesoro público nacional, ya que los gastos producidos serán asumidos por el presupuesto del Ministerio de Salud.

La regulación propuesta permitirá la protección adecuada de sus derechos a todos los niños nacidos mediante la Técnica de Reproducción Asistida de la Fecundación In-Vitro Post Mortem, así como los padres tendrán la certeza de traer hijos al mundo mediante esta Técnica sabiendo que tienen protección legal; además que los laboratorios y/o centros médicos para realizar estos procedimientos tendrán que tener previamente una autorización del Ministerio de Salud.



## **EFFECTOS DE LA INICIATIVA EN LA LEGISLACION NACIONAL**

La presente iniciativa legislativa regula la utilización y el acceso a la técnica de reproducción humana asistida de la Fecundación In-Vitro Post Mortem, por parte de la población, así como los mínimos requisitos que deben cumplir estos, las prácticas responsables de los laboratorios y/o centro médicos quienes realizan estos procedimientos, los derechos y obligaciones de la población usuaria o beneficiaria quienes se sometan a este tipo de prácticas médicas, y su vinculación con la filiación y la sucesión del padre muerto; protegiéndose en todo momento a la dignidad humana de la persona, a la integridad personal, a los derechos reproductivos y el interés superior del niño; en concordancia con la Constitución Política del Estado y la normatividad vigente.

### **CAPÍTULO I**

#### **DISPOSICIONES GENERALES**

##### **Artículo 1º Objeto de la Ley.**

La presente Ley tiene por objeto regular la utilización y el acceso a la técnica de reproducción humana asistida de la Fecundación In-Vitro Post Mortem, en el cual además se debe regular la filiación y la sucesión de los nacidos mediante esta técnica de Reproducción Humana Asistida; protegiendo en todo momento a la dignidad humana, a los derechos humanos, a la integridad personal, a los derechos reproductivos y el interés superior del menor; en concordancia con la Constitución Política del Estado y las normas vigentes.

##### **Artículo 2º Ámbito de aplicación de la Ley.**

La presente Ley se aplicará a todas las personas que se sometan al tratamiento de la Fecundación In-Vitro Post Mortem, así como a los nacidos mediante este tipo de Reproducción Humana Asistida, en lo que les corresponda.

**Artículo 3º Finalidad de la Ley.**

- 1.1. La Técnica de Reproducción Humana Asistida de la Fecundación In-Vitro Post Mortem tiene el propósito de contribuir exclusivamente con la procreación humana.
- 1.2. Las personas que se sometan a la Fecundación In-Vitro Post Mortem aportan su propio material genético y/o de su pareja fallecido para llevar a cabo la procreación.
- 1.3. Se prohíbe la Fecundación In-Vitro Post Mortem, con cualquier fin distinto a la procreación humana.

**CAPÍTULO II****LA TÉCNICA DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA DE LA FECUNDACIÓN  
IN-VITRO POST MORTEM****Artículo 4º Definición.**

Para la presente Ley, se entenderán:

- 1.1. *Las técnicas de Reproducción Humana Asistida*, son el conjunto de tratamientos o procedimientos especiales que coadyuvan a facilitar la procreación humana.
- 1.2. *La Fecundación In-Vitro*, la fecundación de óvulos fuera del cuerpo de la mujer.
- 1.3. *La Fecundación In-Vitro Post Mortem*, la concepción de un hijo después de la muerte del cónyuge o pareja.

**Artículo 5º Requisitos.**

Los requisitos para el uso y acceso a la técnica de Reproducción Humana Asistida de la Fecundación In-Vitro Post Mortem por parte de la población, son los siguientes:

- 1.1. Toda mujer mayor de edad y con plena capacidad de ejercicio.
- 1.2. La muerte de la pareja o esposo antes de la fecundación o de la gestación del hijo.
- 1.3. En vida, el padre debe expresar consentimiento previo, informado, consciente, libre y por escrito su voluntad procreación después de su muerte.
- 1.4. El plazo para la realización de esta técnica de reproducción humana Asistida es hasta los 365 días después del fallecimiento de la pareja o esposo.

#### **Artículo 6º consentimiento.**

El padre en vida deberá expresar su consentimiento de la utilización de su material genético para la Fecundación In-Vitro o la implantación del embrión que se fecundo con su material genético; el consentimiento se puede dar:

- 6.1. Mediante Testamento.
- 6.2. Mediante Escritura Pública.
- 6.3. Mediante documento privado con firmas legalizadas.

#### **Artículo 7º Crioconservación de Gametos y Embriones.**

Los centros y/o servicios de salud, públicas y/o privadas, quienes estén dedicados a las prácticas de técnicas de reproducción humana asistida pueden tener sus bancos de gametos y/o embriones, para lo cual deberán ser autorizados por el Ministerio de Salud y quedar sujetos a su supervisión y control

- 7.1. Los gametos y embriones pueden crioconservarse en los centros y/o laboratorios autorizados por el Ministerio de Salud con previo consentimiento expreso e informado de los interesados.
- 7.2. Los gametos y embriones crioconservados deben ser utilizados únicamente por la propia usuaria con fines reproductivos.

7.3. Para el cese de la crioconservación de los gametos y embriones se requerirá el consentimiento informado correspondiente de la pareja o esposa antes del plazo establecido en el Artículo 5.4 y el cese de crioconservación será automática vencido dicho plazo.

### **CAPITULO III**

## **LA FILIACIÓN EN LA TÉCNICA DE LA FECUNDACIÓN IN-VITRO POST**

### **MORTEM**

#### **Artículo 8º De la Filiación.**

La filiación de los nacidos mediante la Técnica de Reproducción Humana Asistida de la Fecundación In-Vitro Post Mortem, será considerada, según sea el caso matrimonial o extramatrimonial y será regulado en concordancia con las normas vigentes.

La filiación en esta Técnica de Reproducción Humana Asistida se determina por la voluntad procreacional del padre de tener descendencia, siendo expresada de manera previa, formal y contenida en los documentos previstos en el artículo 6.

La determinación de la paternidad como consecuencia de Fecundación In-Vitro Post Mortem sólo generará efectos si a la fecha del fallecimiento el material genético del difunto padre o el embrión procreado han sido transferidos a la mujer.

#### **Artículo 9º Determinación de la filiación matrimonial.**

Son hijos matrimoniales si existe consentimiento expreso del cónyuge que debe ser formalizado únicamente por los documentos establecidos en el artículo 6 y además que la mujer mantenga vínculo matrimonial con el padre muerto.

#### **Artículo 10º Determinación de la filiación extramatrimonial.**

No mediando matrimonio o el vínculo matrimonial entre la madre y el padre muerto, con asentimiento expresado en los documentos establecidos en el artículo 6, equivale al reconocimiento de la filiación extramatrimonial.

**Artículo 11° No existe vínculo filiatorio con el padre.**

No tendrán ningún vínculo filiatorio con el padre muerto:

11.1. Los nacidos por la aplicación de la Fecundación In-Vitro Post Mortem, sin que el padre no haya dejado mandato expreso sobre su voluntad procreacional después de su muerte de la utilización de sus gametos y/o embriones.

11.2. Los concebidos después de 365 días de fallecimiento del padre.

**CAPITULO IV**

**LA SUCESIÓN EN LA TÉCNICA DE LA FECUNDACIÓN IN-VITRO POST  
MORTEM**

**Artículo 12° Derecho sucesorio.**

Los nacidos mediante la Fecundación In-Vitro Post Mortem heredaran como heredero forzoso y será regulado en concordancia con las normas vigentes.

Tienen derecho sucesorio los nacidos mediante esta técnica de Reproducción Humana Asistida; los concebidos con el consentimiento expreso del padre únicamente por los documentos del artículo 6, los concebidos dentro de los 365 días de fallecimiento del padre.

**Artículo 13° Comunicación a los sucesores.**

La madre dentro de los 30 días de la apertura de la sucesión tiene la obligación de informar mediante conducto notarial a los demás herederos de la voluntad

procreacional Post Mortem del causante, con la finalidad de proteger su derecho sucesorio del concepturus.

**Artículo 14° No tienen derecho sucesorio del causante.**

No tendrán derecho sucesorio del causante los nacidos mediante la Fecundación In-Vitro Post Mortem:

14.1. Cuando el causante no haya expresado su voluntad procreacional mediante los documentos establecidos en el artículo 6.

14.2. Cuando el nacido mediante esta técnica es concebido después del plazo establecido en el artículo 5.4 de la presente Ley.

**DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS MODIFICATORIAS**

**ÚNICA. - Modificación del artículo 7° de la Ley N° 26842, Ley General de Salud.**

Modificase el artículo 7° de la Ley N° 26842, Ley General de Salud, conforme al texto siguiente:

*"Artículo 7.- Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo, informado, expreso y por escrito de las partes. Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos."*

**DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA FINAL**

**ÚNICA. – Obligación de reglamentar.**

El Estado peruano a través de su ministerio de Salud en un plazo de 30 días tendrá la obligación de promulgar normas reglamentarias complementarias para la aplicación de la presente Ley.

#### **DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS TRANSITORIAS**

##### **ÚNICA. – Solicitud de Autorización.**

Los laboratorios y/o centros medios que a la fecha de la entrada en vigencia estén realizando la Técnica de Reproducción Humana Asistida regula por la presente Ley, deberán presentar una solicitud de autorización para poder realizando dichos procedimientos.

Además, todos los laboratorios y/o centros médicos que hasta la fecha realizaron esta Técnica de Reproducción Asistida en un plazo establecido por el estado deberán de remitir copias de sus archivos al Ministerio de Salud.

## CONCLUSIONES

1. La regulación normativa de la Fecundación In-Vitro Post Mortem en el ordenamiento jurídico peruano es deficiente por no existir una ley expresa, debido a que los hijos nacidos mediante esta técnica no cuentan con sus derechos fundamentales, ya que son concebidos después de fallecido del padre. En la presente investigación se desarrolló una propuesta de regulación normativa a este tipo de técnica, la cual debería ser incorporado en nuestra legislación, consideramos que lo más importante de la propuesta es dar protección a los hijos nacidos mediante estas prácticas reproductivas porque, de tal manera que estos al nacer cuenten con todos sus derechos fundamentales. La propuesta tuvo como fuentes diversas legislaciones de países, que en sus ordenamientos jurídicos regulan adecuadamente este tipo de prácticas de procreación humana asistida, asimismo analizamos sentencias nacionales e internacionales a favor de esta propuesta.
2. La ausencia de una regulación normativa de la Fecundación In-Vitro Post Mortem afecta al concepturus en su derecho a la filiación reconocido en el ordenamiento jurídico peruano por el desconocimiento de su ascendencia respecto al padre muerto, dejando en desamparo al concebido Post Mortem en su derecho filiatorio, porque al no establecerse expresamente en una regulación adecuada no se tiene certeza que este hijo nacido mediante esta Técnica de Reproducción Humana Asistida posee o no derechos filiatorios respecto a su padre.
3. La ausencia de una regulación normativa de la Fecundación In-Vitro Post Mortem afecta al concepturus en su derecho a la sucesión reconocido en el ordenamiento jurídico peruano por desconocer si concurre a la masa hereditaria respecto al padre muerto, ya que en nuestro Código Civil de 1984 en el Libro IV derecho de Sucesiones, se establece como requisito la existencia del individuo o persona cierta, con ello



excluye al concepturus o concebido Post Mortem de la vocación hereditaria atentando en su futura supervivencia.

4. La obsolescencia de la Ley General de Salud en nuestra legislación nacional afecta al concepturus en la protección de sus derechos fundamentales; debido a que la mencionada norma solo regula la técnica de reproducción humana asistida en donde la madre genética y la madre gestante recaiga en la misma persona; por lo que es necesario la dación de una Ley específica que regule la técnica de reproducción asistida de la Fecundación In-Vitro Post Mortem.

## RECOMENDACIONES

1. Se recomienda que se debe replantear nuestro ordenamiento jurídico nacional, considerando los avances científicos y/o tecnológicos de la ciencia médica, dando una adecuada regulación al uso de la Fecundación In-Vitro Post Mortem y así dar la protección a la figura del concepturus o concebido Post Mortem en sus futuros derechos, ya que estos son concebidos después de fallecido su padre.

Consideramos que es de necesaria y de vital importancia la creación de una regulación especial, del uso de la Técnicas de Reproducción Humana Asistida de la Fecundación In-Vitro Post Mortem, ya que muchas personas acuden a estas prácticas reproductivas para tener descendencia; pero estos hijos nacidos mediante estas prácticas médicas son desamparados en sus derechos.

2. Se recomienda que la nueva regulación en nuestro ordenamiento jurídico debe considerar que, para la determinación de la filiación del concepturus o concebido Post Mortem se tome en cuenta requisitos indispensables como son: el consentimiento expreso de la pareja o cónyuge mediante testamento, escritura pública o documento privado con firmas legalizadas ante un notario y que la concepción se realice en un plazo prudencial después del fallecimiento del marido.
3. Se recomienda a los legisladores que den reconocimiento a la figura del concepturus o concebido Post Mortem y así protegiendo sus derechos a la filiación y consecuentemente a la sucesión, ya que nuestro actual Código Civil de 1984 está desfasado en su aplicación al no contemplar a esta figura; con este reconocimiento el concepturus o concebido Post Mortem nace con su derecho a la vocación hereditaria de su padre.
4. Se recomienda la modificación del artículo 7° de la Ley N° 26842 “Ley General de Salud”, suprimiendo la condición que establece para el acceso a las técnicas de

reproducción humana asistida y que la futura Ley específica de la técnica de reproducción humana asistida de la Fecundación In-Vitro Post Mortem regule adecuadamente esta práctica.

## BIBLIOGRAFÍA

- Aguilar, B. (2014). *Manual de Derecho de Sucesiones* (Primera ed.). Lima: Instituto Pacífico S.A.C.
- Aguilar, B. (2017). *Matrimonio y Filiación: aspectos patrimoniales* (Primera ed.). Lima: Gaceta Jurídica.
- Aguilar, B. (2020). *Relaciones familiares y herencia* (Primera ed.). Lima: Instituto Pacífico S.A.C.
- Aguirre, Á. (1997). *Etnografía: Metodología cualitativa en la investigación cualitativa sociocultural*. Mexico: Alfaomega.
- Alza, C. (1995). El concebido in-vitro post mortem y sus derechos sucesorios. *Derecho & Sociedad*(10), 28-41. Obtenido de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/14306>
- Ander-Egg, E. (1979). *La observacion en: Introducción a las técnicas de investigacion social*. Buenos Aires: Humanitas.
- Anguera, M. T. (1997). *La observación participante*.
- Arias, R. G. (2017). Los Derechos Sucesorios del concebido Post Mortem procreado bajo Técnicas de Reproducción Asistida. Lima, Perú: Universidad Cesar Vallejo. Obtenido de <http://repositorio.ucv.edu.pe/handle/UCV/31374>
- Brugo-Olmedo, S., Chillik, C., & Kopelman, S. (2003). *scielo*. Obtenido de scielo: <http://www.scielo.org.co/pdf/rcog/v54n4/v54n4a03.pdf>
- Caballero, A. (2006). *Guías metodológicas para los planes y tesis de Maestria y Doctorado*. Lima: Instituto Metodológico.
- Cabanellas, G. (1989). *Diccionario jurídico elemental*. Lima: Cultural Cuzco.
- Campohermoso, O. F. (2019). *Ética, Bioética y Derecho Genético*. La Paz.
- Castañeda, J. E. (1975). *Derecho de sucesiones* (Vol. I). Lima: Edit. e Imp. Bautista.

- Castro, A. B. (2017). La ovodonación y la necesidad de regulación en la legislación peruana. Trujillo, Perú: Universidad Privada Antenor Arrego. Obtenido de <http://repositorio.upao.edu.pe/handle/upaorep/2491>
- Congreso de la República del Perú. (29 de diciembre de 1993). Constitución Política del Perú. Lima: Diario Oficial el peruano.
- Cornejo, H. (1998). *Derecho familiar peruano. Sociedad Conyugal* (Vol. I). Lima: Gaceta jurídica.
- Cornejo, H. (1998). *Derecho familiar peruano. Sociedad paterno-filial amparo familiar del incapaz* (Novena ed., Vol. II). Lima: Gaceta Jurídica.
- Editorial Definición MX. (04 de marzo de 2015). <https://definicion.mx/>. Obtenido de <https://definicion.mx/>: <https://definicion.mx/fecundacion/>
- Elorriaga, F. (2010). *Derecho sucesorio*. Santiago de Chile: AbeledoPerrot.
- Escribano, P. (2016). Algunas cuestiones que plantea la reproducción asistida post mortem en la actualidad. *ADC*, 1259-1320.
- Espinoza, J. (2012). *Derecho de las Personas: concebido y personas naturales* (Sexta ed.). Lima: Grijley.
- Fernández, C. E. (2019). *Derecho de sucesiones*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Ferrero, A. (2016). *Tratado de Derecho de Sucesiones* (Novena ed.). Lima: Instituto Pacífico S.A.C.
- Gallegos, Y., & Jara Quispe, R. S. (2011). *Manual de Derecho de Familia*. Lima: Jurista Editores.
- Getino, M. (2015/2016). *Técnicas de Reproducción Asistida Post Mortem*. León, España: Universidad de León. Obtenido de

<https://buleria.unileon.es/bitstream/handle/10612/6153/TFG%20MARTA%20GETIN%20ALONSO%20.pdf?sequence=1>

- Gomez de la Torre, M. (1993). *La Fecundacion In Vitro y la Filiación*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Guastavino, E. (1964). *Colación de deudas*. Buenos Aires: Ediar.
- Hawie, I. M. (2015). *Manual de Jurisprudencia de Derecho de Familia*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Hernández, R., Fernández, C., & Baptista, M. d. (2014). *Metodología de la investigación* (Sexta ed.). México: MCGRAW-HILL/INTERAMERICANA EDITORES, S.A. DE C.V.
- Hernández, R., Fernández, C., & Baptista, P. (2003). *Metodología de la investigación*. México: McGraw Hill Interamericana.
- Herrera, E. (06 de Julio de 2017). Las Juanas de la Historia de España. Obtenido de <https://slidex.tips/download/las-juanas-de-la-historia-de-espaa>
- Hinostraza, A. (1999). *Derecho de Familia. Doctrina-Jurisprudencia* (Tercera ed.). Lima: San Marcos.
- Jacobson, J. D. (14 de 01 de 2018). *A.D.A.M. Enciclopedia Multimedia*. Obtenido de <http://trihealth.adam.com/content.aspx?productid=118&pid=5&gid=007279>
- Jara, R. S. (2018). *Manual de Derecho de Sucesiones*. lima: Jurista Editores E.I.R.L.
- Jiménez, F. (03 de Febrero de 2010). Una aproximación a la regulación española del documento de voluntades anticipadas o “testamento vital”. *Diario La Ley*.
- Krasnow, A. N. (2005). *Filiación. Determinación de la Maternidad y Paternidad. Acciones de Filiación. Procreación Asistida*. Buenos Aires: La Ley.
- Lanatta, R. (1981). *Anteproyecto de Reforma del Libro de Sucesiones del Código Civil*. Lima: Desarrollo.
- Lanatta, R. (1985). *Derecho de sucesiones*. Lima: Desarrollo.

- Lohman, J. G. (2017). *Derecho de sucesiones* (Primera ed., Vol. II). Lima: Gaceta Jurídica S.A.C.
- López, I. (2005). *La prueba científica de la filiación*. Mexico.
- López, M. (s.f.). <https://institutomarques.com/>. Recuperado el 02 de febrero de 2020, de <https://institutomarques.com/>: <https://institutomarques.com/reproduccion-asistida/tratamientos/fecundacion-in-vitro/transferencia-de-embriones/>
- Méndez, V. (s.f.). <https://enciclopedia-bioderecho.com/>. Recuperado el 03 de febrero de 2020, de <https://enciclopedia-bioderecho.com/>: <https://enciclopedia-bioderecho.com/voces/85>
- Mendoza, J. G. (2015). Los Derechos eventuales del concebido Post Mortem en procedimientos asistidos: falta de tutela jurídica frente a la sucesión por causa de muerte. Guayaquil, Ecuador: Universidad Regional Autónoma de los Andes - Universidad de Guayaquil. Obtenido de <http://dspace.uniandes.edu.ec/handle/123456789/896>
- Messineo, F. (1979). *Manual de derecho civil y comercial. Derecho de las sucesiones por causa de muerte*. (Vol. VII). (S. Sentis Melendo, Trad.) Buenos Aires: Ejea.
- Mestre, C. (02 de 03 de 2015). *Reproducción Asistida ORG*. Obtenido de Reproducción Asistida ORG: <https://www.reproduccionasistida.org/extraen-espermatozoides-de-un-fallecido-para-fecundar-a-su-pareja/#:~:text=La%20extracci%C3%B3n%20de%20espermatozoides%20de,en%20t%C3%A9nicas%20de%20reproducci%C3%B3n%20asistida.>
- Miranda, M. (1998). *Derecho de familia y Derecho genético*. Lima: Ediciones Jurídicas.
- Morán, C. (2005). *El concepto de de filiación en la fecundación artificial*. Piura: Universidad de Piura.

- OMS, O. M. (2010). Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA).  
Obtenido de [https://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art\\_terminology/2/es/](https://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology/2/es/)
- Pardo, G., & Cedeño, M. (1997). *Investigación en Salud*. Colombia: McGraw Hill Interamericana.
- Pérez, E. (2011). *Atención Integral de la infertilidad: endocrinología, cirugía y reproducción asistida*.
- Pérez, L. B. (2007). Inseminación artificial y transferencia de preembriones post mortem: procreación y nacimiento más allá de los límites de la existencia humana. *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*(20), 139-163.
- Plácido, A. F. (2018). *Identidad filiatoria y responsabilidad parental*. Lima: Instituto Pacífico.
- Rivero, F. (1987). La fecundación artificial post mortem. *RJC*, 871-904.
- Roa-Meggo, Y. (2012). *La infertilidad como problema de salud pública en el Perú*. Obtenido de [http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2304-51322012000200003](http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2304-51322012000200003)
- Sanchez, P., Martinez, N., & Fernandez, E. (2018). Fecundación in vitro postmortem. *Cultura de los Cuidados (Edición digital)*, 171-179. Obtenido de <http://dx.doi.org/10.14198/cuid.2018.50.16>
- Sentencia Tribunal Constitucional, Exp. N° 06572-2006-PA/TC (Tribunal Constitucional 6 de noviembre de 2007). Obtenido de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/06572-2006-AA.pdf>
- Tantaleán, R. M. (01 de Julio de 2015). El alcance de las investigaciones jurídicas. *Derecho y cambio social*. Obtenido de Derecho y cambio social: [www.derechoycambiosocial.com](http://www.derechoycambiosocial.com)
- Tomás y Garrido, G. M. (2011). *Cuestiones actuales de bioética*. España: Gráficas Alzate.



- Uranga, F. (1967). *Obstetricia Práctica*. Buenos Aires: Inter-Médica.
- Urbina, M. T., & Lerner, J. (2008). *Fertilidad y reproducción asistida*. Caracas: Médica panamericana.
- Urtecho, J. A. (2018). El Derecho a la procreación de la cónyuge supérstite mediante la Fecundación Médica Asistida Post Mortem en el Perú. Trujillo, Perú: Universidad Nacional de Trujillo. Obtenido de <http://dspace.unitru.edu.pe/handle/UNITRU/10984>
- Varsi, E. (2011). *Tratado de derecho de familia. La nueva teoría institucional y jurídica de la familia* (Primera ed., Vol. I). Lima: Gaceta jurídica.
- Varsi, E. (2013). *Derecho Genético*. Lima: Grijley.
- Varsi, E. (2013). *Tratado de Derecho de Familia. Derecho de la filiación* (Vol. IV). Lima: Gaceta Juridica.
- Velásquez, G. A. (2018). La filiación por consentimiento paterno otorgado para la realización de técnicas de reproducción asistida post mortem. Quito: Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Obtenido de <http://repositorio.puce.edu.ec/handle/22000/15276>
- Zannoni, E. A. (2002). *Derecho de Familia* (Vol. II). Buenos Aires: Astrea.

**ANEXOS**

## ANEXO 1: MATRIZ DE CONSISTENCIA

**“LA REGULACIÓN NORMATIVA DE LA FECUNDACIÓN IN-VITRO POST MORTEM EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO” (Propuesta Legislativa).**

<b>Problema</b>	<b>Hipótesis</b>	<b>Objetivos</b>	<b>Metodología</b>	<b>Justificación</b>
<p><b>Problema general.</b> ¿Cómo es la regulación normativa de la Fecundación In-Vitro Post Mortem en el ordenamiento jurídico peruano?</p> <p><b>Problemas específicos.</b> a) ¿De qué manera afecta al concepturus, la ausencia de una regulación normativa de la Fecundación In-Vitro Post Mortem en su derecho a la filiación reconocido en el ordenamiento jurídico peruano? b) ¿De qué manera afecta al concepturus, la ausencia de una regulación normativa de la Fecundación In-Vitro Post Mortem en su derecho a la sucesión reconocido en el ordenamiento jurídico peruano?</p>	<p><b>Hipótesis general.</b> La regulación normativa de la Fecundación In-Vitro Post Mortem en el ordenamiento jurídico peruano es deficiente por no existir una ley expresa.</p> <p><b>Hipótesis específicas.</b> a) Al concepturus, la ausencia de una regulación normativa de la Fecundación In-Vitro Post Mortem en su derecho a la filiación reconocido en el ordenamiento jurídico peruano afecta por no saber su descendencia respecto al padre muerto. b) Al concepturus, la ausencia de una regulación normativa de la Fecundación In-Vitro Post Mortem en su derecho a la sucesión reconocido en el ordenamiento jurídico peruano afecta por no saber si concurre a la masa hereditaria respecto al padre muerto.</p>	<p><b>Objetivo general.</b> Analizar la regulación normativa de la Fecundación In-Vitro Post Mortem en el ordenamiento jurídico peruano.</p> <p><b>Objetivos específicos.</b> a) Determinar cómo afecta al concepturus, la ausencia de una regulación normativa de la Fecundación In-Vitro Post Mortem, en su derecho a la filiación, reconocido en el ordenamiento jurídico peruano. b) Determinar cómo afecta al concepturus, la ausencia de una regulación normativa de la Fecundación In-Vitro Post Mortem, en su derecho a la sucesión, reconocido en el ordenamiento jurídico peruano.</p>	<p><b>Método.</b> Para realizar la presente investigación, se realizará la búsqueda, revisión y consulta de jurisprudencia internacional, así como también textos especializados, doctrina y otras fuentes documentales, haciendo uso de los fondos bibliográficos de bibliotecas especializadas.</p> <p><b>Técnicas.</b> a) La observación. b) La entrevista. c) Revisión de material sustantivo.</p> <p><b>Instrumentos.</b> a) Guías documentales b) Fichas bibliográficas. c) Guía de Entrevistas.</p>	<p>La investigación será importante porque permite proponer una adecuada regulación normativa de la Fecundación In-Vitro Post Mortem en nuestro ordenamiento jurídico nacional y así poder dar una protección legal al concepturus en sus derechos fundamentales como es el caso del derecho filiatorio y su derecho hereditario respecto al padre muerto.</p> <p>La investigación será de mucha utilidad para la sociedad en general, las parejas o personas que decidan someterse a la técnica de reproducción asistida Fecundación In-Vitro Post Mortem, ya tendrán un conocimiento claro y preciso de que el concepturus ya tendrá una protección legal respecto a sus derechos fundamentales, para los jueces que tienen competencia en derecho filiatorio y el derecho sucesorio y también será de mucha utilidad para los médicos quienes realizan estas prácticas de reproducción asistida.</p>

**ANEXO 2: GUÍA DE ENTREVISTA**



**UNIVERSIDAD NACIONAL DE SAN ANTONIO  
 ABAD DEL CUSCO  
 FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES  
 ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**



**Entrevista**

**Dirigido a Jueces de la Corte Superior de Justicia del Cusco y abogados especialistas en Derecho de Familia, Derecho de sucesiones y Derecho Genético.**

**Título:** “LA REGULACIÓN NORMATIVA DE LA FECUNDACIÓN IN-VITRO POST MORTEM EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO” (Propuesta Legislativa).

**Nombres y Apellidos:** .....

**Profesión/Grado Académico:** .....

**Cargo:** .....

**OBJETIVO GENERAL:**

Analizar la regulación normativa de la Fecundación In-Vitro Post Mortem en el ordenamiento jurídico peruano.

**Preguntas:**

1. ¿Usted cree conveniente la creación de una Ley que regule favorablemente el uso de Técnicas de Reproducción Asistida (TERAS) – Fecundación In-Vitro Post Mortem en el Perú? ¿Por qué?

.....  
 .....  
 .....  
 .....

2. Para la creación de una legislación nacional exclusiva que regule adecuadamente el uso de Técnicas de Reproducción Asistida – Fecundación In-Vitro Post Mortem para usted ¿qué derechos fundamentales como mínimo se deben respetar para tal creación?

- .....
- .....
- .....
- .....
3. ¿Usted cree que en la realidad nacional al no existir una Ley que regule el uso de Técnicas de Reproducción Asistida (TERAS) – Fecundación In-Vitro Post Mortem, existiría una contravención a los derechos fundamentales del concebido engendrado bajo estos procedimientos? ¿Por qué?

.....

.....

.....

.....

4. Con relación al derecho a la igualdad ¿Usted cree que en nuestro ordenamiento jurídico la figura del concepturus, nasciturus y el nacido se encontrarían en igualdad de condiciones respecto a su capacidad de goce sobre sus derechos personales y patrimoniales? ¿Por qué?

.....

.....

.....

.....

### **OBJETIVO ESPECÍFICO 1**

<p>Determinar cómo afecta al concepturus, la ausencia de una regulación normativa de la Fecundación In-Vitro Post Mortem, en su derecho a la filiación, reconocido en el ordenamiento jurídico peruano.</p>
---

#### **Preguntas:**

1. En nuestra realidad nacional ¿Cómo evaluaría usted el derecho de filiación del concepturus o concebido post mortem en nuestro ordenamiento jurídico actual?

.....

.....

.....

.....

2. Al no existir una regulación al uso Técnicas de Reproducción Asistida – Fecundación In-Vitro Post Mortem en el Perú. ¿Para usted el concepturus o el concebido post mortem tiene derechos filiatorios respecto a su padre que falleció antes de su concepción? ¿Por qué?

.....

.....

.....

.....

3. Para usted en una regulación del uso de Técnicas de Reproducción Asistida (TERAS) – Fecundación In-Vitro Post Mortem. ¿El concepturus o concebido post mortem debería ser considerado como hijo matrimonial o extramatrimonial? ¿Por qué?

.....

.....

.....

.....

4. ¿Qué mecanismos considera usted acertados para proteger los derechos filiatorios del concepturus o concebido post mortem procreado bajo Técnicas de Reproducción Asistida (TERAS) – Fecundación In-Vitro Post Mortem?

.....  
.....  
.....  
.....

5. ¿Qué dispositivos contractuales considera usted acertados que el padre en vida debería dejar expresa su manifestación de voluntad, para proteger los derechos filiatorios del concepturus o concebido post mortem procreado bajo Técnicas de Reproducción Asistida (TERAS) – Fecundación In-Vitro Post Mortem?

.....  
.....  
.....  
.....

**OBJETIVO ESPECÍFICO 2**

Determinar cómo afecta al concepturus, la ausencia de una regulación normativa de la Fecundación In-Vitro Post Mortem, en su derecho a la sucesión, reconocido en el ordenamiento jurídico peruano.

**Preguntas:**

1. ¿Cómo evaluaría usted la validez de la institución hereditaria actual regulada por nuestro ordenamiento jurídico frente a la figura del concepturus o concebido post mortem procreado bajo Técnicas de Reproducción Asistida (TERAS) – Fecundación In-Vitro Post Mortem?

.....  
.....  
.....  
.....

2. Con relación a la institución hereditaria y la vocación legal para suceder ¿Usted cree que, bajo el tenor de *la existencia de la persona*, se vería desamparado la figura del concepturus de sus derechos sucesorios? ¿Por qué?

.....  
.....  
.....  
.....

3. ¿Para usted el concepturus o concebido post mortem procreado bajo Técnicas de Reproducción Asistida (TERAS) – Fecundación In-Vitro Post Mortem, disfruta de vocación legal para suceder llegada la apertura del proceso hereditario? ¿Por qué?

.....  
.....  
.....  
.....

4. Desde su punto de vista ¿Usted cree que para incorporar a la institución hereditaria la figura del concepturus o concebido post mortem procreado bajo Técnicas de Reproducción Asistida (TERAS) – Fecundación In-Vitro Post Mortem, es suficiente la sola manifestación de voluntad del padre fallecido? ¿Por qué?

.....  
.....  
.....  
.....

5. ¿Qué dispositivos contractuales considera usted acertados que el padre en vida debería dejar expresa su manifestación de voluntad, para proteger los derechos sucesorios del



concepturus o concebido post mortem procreado bajo Técnicas de Reproducción Asistida (TERAS) – Fecundación In-Vitro Post Mortem?

.....

.....

.....

.....

<b>FIRMA</b>

## ANEXO 3: GUÍA DE ANÁLISIS DOCUMENTAL

### ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

#### Esquema de análisis documental: Análisis de Jurisprudencias

<p><b>N° CASO:</b></p> <p><b>MATERIA:</b></p> <p><b>DEMANDANTE:</b></p> <p><b>DEMANDADO:</b></p>
<p><b>I. PRESENTACIÓN Y FORMULACIÓN DEL CASO</b></p> <p>.....</p> <p>.....</p> <p>.....</p> <p>.....</p> <p>.....</p> <p>.....</p> <p>.....</p>
<p><b>II. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA</b></p> <p>.....</p> <p>.....</p> <p>.....</p> <p>.....</p> <p>.....</p> <p>.....</p> <p>.....</p> <p>.....</p> <p>.....</p> <p>.....</p> <p>.....</p> <p>.....</p> <p>.....</p> <p>.....</p> <p>.....</p> <p>.....</p> <p>.....</p> <p>.....</p>
<p><b>III. DECISIÓN O CONCLUSIÓN</b></p> <p>.....</p> <p>.....</p> <p>.....</p> <p>.....</p> <p>.....</p> <p>.....</p>

**ANEXO 4: FICHA TÉCNICA DE LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**  
**CASO ARTAVIA MURILLO Y OTROS (“FECUNDACIÓN IN VITRO”) VS. COSTA RICA**  
**SENTENCIA DE 28 DE NOVIEMBRE DE 2012**

SECCIÓN A: DATOS DEL CASO						
1	<b>Nombre del caso</b>	Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica				
2	<b>Víctima(s)</b>	Grettel Artavia Murillo, Miguel Mejías Carballo, Andrea Bianchi Bruna, Germán Alberto Moreno Valencia, Ana Cristina Castillo León, Enrique Acuña Cartín, Ileana Henchoz Bolaños, Miguel Antonio Yamuni Zeledón, Claudia María Carro Maklouf, Viktor Hugo Sanabria León, Karen Espinoza Vindas, Héctor Jiménez Acuña, María del Socorro Calderón Porras, Joaquinita Arroyo Fonseca, Geovanni Antonio Vega Cordero, Carlos Eduardo de Jesús Vargas Solórzano, Julieta González Ledezma y Oriéster Rojas Carranza				
3	<b>Representante(s)</b>	- Boris Molina Acevedo - Gerardo Trejos Salas				
4	<b>Estado demandado</b>	Costa Rica				
5	<b># Petición/Caso ante la CIDH</b>	12.361				
6	<b># Caso ante la Corte IDH</b>	Serie C No. 257				
7	<b>Tipo(s) de sentencia(s) y fecha(s)</b>	Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 28 de noviembre de 2012 <a href="http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf">http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf</a>				
8	<b>Sumilla</b>	El caso se refiere a 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.				
9	<b>Palabras claves</b>	Personas con discapacidad; Familia; Garantías judiciales y procesales; Derecho a la honra y la intimidad; Dignidad; Igualdad ante la ley; Derecho a la integridad personal; Libertad personal; Protección judicial; salud; Vida privada; Bioética; Derecho a la familia				
10	<b>Campo multimedia</b>	<a href="https://vimeo.com/album/2058862">https://vimeo.com/album/2058862</a> <a href="http://www.flickr.com/photos/corteidh/sets/72157631438571818/">http://www.flickr.com/photos/corteidh/sets/72157631438571818/</a>				
11	<b>Derecho(s)</b>	<table border="1" style="width: 100%; border-collapse: collapse;"> <tr> <td style="width: 20%; text-align: center;"><b>Convención Americana sobre Derechos Humanos</b></td> <td> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Artículo 1 (Obligación de respetar los derechos)</li> <li>- Artículo 2 (Deber de adoptar disposiciones de derecho interno)</li> <li>- Artículo 4 (Derecho a la vida)</li> <li>- Artículo 5 (Derecho a la integridad personal)</li> <li>- Artículo 7 (Derecho a la libertad personal)</li> <li>- Artículo 8 (Garantías judiciales)</li> <li>- Artículo 11 (Protección de la honra y de la dignidad)</li> <li>- Artículo 27 (Protección a la familia)</li> <li>- Artículo 24 (Igualdad ante la ley)</li> <li>- Artículo 25 (Protección judicial)</li> </ul> </td> </tr> <tr> <td style="text-align: center;"><b>Otro(s) tratado(s) interamericano(s)</b></td> <td>No se consigna</td> </tr> </table>	<b>Convención Americana sobre Derechos Humanos</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Artículo 1 (Obligación de respetar los derechos)</li> <li>- Artículo 2 (Deber de adoptar disposiciones de derecho interno)</li> <li>- Artículo 4 (Derecho a la vida)</li> <li>- Artículo 5 (Derecho a la integridad personal)</li> <li>- Artículo 7 (Derecho a la libertad personal)</li> <li>- Artículo 8 (Garantías judiciales)</li> <li>- Artículo 11 (Protección de la honra y de la dignidad)</li> <li>- Artículo 27 (Protección a la familia)</li> <li>- Artículo 24 (Igualdad ante la ley)</li> <li>- Artículo 25 (Protección judicial)</li> </ul>	<b>Otro(s) tratado(s) interamericano(s)</b>	No se consigna
<b>Convención Americana sobre Derechos Humanos</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Artículo 1 (Obligación de respetar los derechos)</li> <li>- Artículo 2 (Deber de adoptar disposiciones de derecho interno)</li> <li>- Artículo 4 (Derecho a la vida)</li> <li>- Artículo 5 (Derecho a la integridad personal)</li> <li>- Artículo 7 (Derecho a la libertad personal)</li> <li>- Artículo 8 (Garantías judiciales)</li> <li>- Artículo 11 (Protección de la honra y de la dignidad)</li> <li>- Artículo 27 (Protección a la familia)</li> <li>- Artículo 24 (Igualdad ante la ley)</li> <li>- Artículo 25 (Protección judicial)</li> </ul>					
<b>Otro(s) tratado(s) interamericano(s)</b>	No se consigna					
12	<b>Otro(s) instrumento(s) internacional(es) citado(s)</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a la Aplicación de la Biología y Medicina</li> <li>- Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales</li> </ul>				

		<ul style="list-style-type: none"> <li>- Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer</li> <li>- Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad</li> <li>- Convención sobre los Derechos del Niño</li> <li>- Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre</li> <li>- Declaración de las Naciones Unidas sobre la utilización del progreso científico y tecnológico en interés de la paz y en beneficio de la humanidad</li> <li>- Declaración de los Derechos del Niño</li> <li>- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos</li> <li>- Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales "Protocolo de San Salvador"</li> </ul>
<b>SECCIÓN B: DESARROLLO DEL CASO</b>		
<b>13. Hechos</b>		
<p>- 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.</p> <p>- 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.</p> <p>- Nueve parejas presentaron una petición a la CIDH debido a esta situación. En todas las personas se evidenció: i) las causas de infertilidad de cada pareja; ii) los tratamientos a los cuales recurrieron para combatir dicha condición; iii) las razones por las cuales acudieron a la FIV; iv) los casos en que se interrumpió el tratamiento para realizar la FIV debido a la sentencia de la Sala Cuarta, y v) los casos en que las parejas debieron viajar al exterior para realizarse dicho procedimiento.</p>		
<b>14. Procedimiento ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos</b>		
<ul style="list-style-type: none"> <li>- Fecha de presentación de la petición: 19 de enero de 2001</li> <li>- Fechas de informes de admisibilidad (25/04): 11 de marzo de 2004</li> <li>- Fecha de informe de fondo (85/10): 14 de julio de 2010</li> </ul>		
<b>15. Procedimiento ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos</b>		
<ul style="list-style-type: none"> <li>- Fecha de remisión del caso a la Corte IDH: 29 de julio de 2011</li> <li>- Petitorio de la CIDH: La CIDH presentó la demanda en este caso con el objeto de que la Corte IDH decidiera si el Estado violó los derechos consagrados en los artículos 11.2, 17.2 y 24 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de dicho instrumento, en perjuicio de Grettel Artavia Murillo, Miguel Mejías Carballo, Andrea Bianchi Bruna,</li> </ul>		

Germán Alberto Moreno Valencia, Ana Cristina Castillo León, Enrique Acuña Cartín, Ileana Henchoz Bolaños, Miguel Antonio Yamuni Zeledón, Claudia María Carro Maklouf, Víktor Hugo Sanabria León, Karen Espinoza Vindas, Héctor Jiménez Acuña, María del Socorro Calderón Porras, Joaquinita Arroyo Fonseca, Geovanni Antonio Vega, Carlos E. Vargas Solórzano, Julieta González Ledezma y Oriéster Rojas Carranza.

- Petitorio de los representantes de las víctimas: El representante Molina alegó la violación de los artículos 17.2, 11.2 y 24 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma, en perjuicio de las presuntas víctimas que representa. El representante Trejos Salas alegó la violación de los artículos 4.1, 5.1, 7, 11.2, 17.2 y 24 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma, en perjuicio de las presuntas víctimas que representa.

- Fecha de audiencia ante la Corte IDH: 5 y 6 de septiembre de 2012

## 16. Competencia y Admisibilidad

### I. Excepciones Preliminares

#### 1.1. Falta de agotamiento de recursos internos

24. La Corte observa que lo primero que procede determinar en relación con esta excepción es el tipo de alegatos que presentó el Estado antes de la emisión del informe de admisibilidad, es decir, en el momento procesal oportuno para plantear esta excepción. Al respecto, el Estado sólo presentó un escrito en relación con este tema, el 23 de enero de 2004, en el que señaló que una de las víctimas "podría haber acudido en amparo". El escrito donde el Estado analizó la posible idoneidad de la jurisdicción contencioso administrativa para resolver el presente caso fue presentado en 2008, cuatro años después de emitido el informe de admisibilidad. En consecuencia, la Corte considera que los argumentos planteados en relación con la necesidad de agotar procedimientos contencioso administrativos o demandar la omisión en la regulación del procedimiento de la FIV según los parámetros establecidos por la Sala Constitucional, resultan extemporáneos y el análisis se concentrará en los alegatos en torno al recurso de amparo.

27. (...) [E] Tribunal considera que interponer un recurso de amparo no era idóneo para remediar la situación de las presuntas víctimas, dado que el más alto tribunal en la jurisdicción constitucional había emitido su decisión final respecto a los problemas jurídicos centrales que deben resolverse en el presente caso en relación con los alcances de la protección de la vida prenatal (...). Dado que la Sala Constitucional es la que conoce de todos los recursos de amparo que se interponen en Costa Rica, esa misma Sala sería la que hubiera tenido que valorar el eventual recurso de amparo que interpusieran las presuntas víctimas. Asimismo, las presuntas víctimas pretendían recibir el tratamiento médico de la FIV en el marco de la regulación prevista en el Decreto Ejecutivo. Ante la declaración de inconstitucionalidad del decreto en su conjunto, la posibilidad de acceder a la FIV bajo las condiciones establecidas por la Sala Constitucional es sustancialmente diferente a los intereses y pretensiones de las presuntas víctimas. Por ende, en las circunstancias específicas del presente caso, la Corte considera irrazonable exigir a las presuntas víctimas que tuvieran que seguir agotando recursos de amparo si la más alta instancia judicial en materia constitucional se había pronunciado sobre los aspectos específicos que controvertían las presuntas víctimas. Así las cosas, la función de dicho recurso en el ordenamiento jurídico interno no era idónea para proteger la situación jurídica infringida y, en consecuencia, no podía ser considerado como un recurso interno que debió ser agotado.

28. Por todo lo indicado anteriormente, la Corte desestima la excepción preliminar interpuesta por el Estado.

#### 1.2. Extemporaneidad de la petición presentada por Karen Espinoza y Héctor Jiménez Acuña

33. En el presente caso, la petición inicial fue presentada el 19 de enero de 2001. En ese momento el entonces representante legal de las víctimas no había hecho una determinación

específica e individualizada de las presuntas víctimas. La inclusión de la señora Espinoza y del señor Jiménez ocurrió a través de un escrito presentado el 10 de octubre de 2003. En el proceso ante la Corte ha sido informado que la señora Espinoza se enteró de su infertilidad en julio de 2002.

36. Por tanto, la Corte considera que, en el presente caso, no encuentra elementos para apartarse de la decisión de admisibilidad adoptada por la Comisión Interamericana, ya que: a) sigue en vigor la Sentencia emitida por la más alta instancia de la jurisdicción constitucional, b) las víctimas no tenían por qué tener conocimiento de su situación de infertilidad al momento en que se emitió dicha Sentencia, y c) se interpuso la petición en el año siguiente al momento de conocer que dicha Sentencia impediría el acceso a la FIV.

37. Por todo lo indicado anteriormente, la Corte desestima la excepción preliminar interpuesta por el Estado.

### **1.3. Incompetencia de la Corte para conocer "hechos nuevos no incluidos" en los "hechos de la demanda"**

40. Tal como ha sido señalado, las excepciones preliminares son actos que buscan impedir el análisis del fondo de un asunto cuestionado, mediante la objeción de la admisibilidad de un caso o la competencia del Tribunal para conocer de un determinado caso o de alguno de sus aspectos, ya sea en razón de la persona, materia, tiempo o lugar, siempre y cuando dichos planteamientos tengan el carácter de preliminares. Si estos planteamientos no pudieran ser revisados sin entrar a analizar previamente el fondo de un caso, no pueden ser analizados mediante una excepción preliminar. En el presente caso, la Corte considera que no corresponde pronunciarse de forma preliminar sobre el marco fáctico del caso, ya que dicho análisis corresponde al fondo del caso (...). Asimismo, los alegatos planteados por el Estado al interponer la excepción preliminar serán tomados en cuenta al establecer los hechos que este Tribunal considera como probados y determinar si el Estado es internacionalmente responsable de las alegadas violaciones a los derechos convencionales, así como al precisar el tipo de daños que eventualmente podrían generarse en perjuicio de las presuntas víctimas. En razón de lo expuesto, la Corte desestima la excepción preliminar interpuesta por el Estado.

## **II. Competencia**

41. La Corte Interamericana es competente para conocer el presente caso, en los términos del artículo 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ya que Costa Rica es Estado Parte de la Convención desde el 8 de abril de 1970 y reconoció la competencia contenciosa del Tribunal el 2 de julio de 1980.

## **17. Reconocimiento de responsabilidad internacional**

No se consigna

## **18. Análisis de fondo**

## **I. Derechos a la vida privada y familiar y el derecho a la integridad personal en relación con la autonomía personal, la salud sexual y reproductiva, el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico y el principio de no discriminación**

### **1.1. Alcance de los derechos a la integridad personal, libertad personal y vida privada y familiar en el presente caso**

142. El artículo 11 de la Convención Americana requiere la protección estatal de los individuos frente a las acciones arbitrarias de las instituciones estatales que afectan la vida privada y familiar. Prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, enunciando diversos ámbitos de la misma como la vida privada de sus familias. En ese sentido, la Corte ha sostenido que el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública. Además, esta Corte ha interpretado en forma amplia el artículo 7 de la Convención Americana al señalar que éste incluye un concepto de libertad en un sentido extenso como la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. La libertad, definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana. Asimismo, la Corte ha resaltado el concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones.

143. El ámbito de protección del derecho a la vida privada ha sido interpretado en términos amplios por los tribunales internacionales de derechos humanos, al señalar que éste va más allá del derecho a la privacidad. La protección a la vida privada abarca una serie de factores relacionados con la dignidad del individuo, incluyendo, por ejemplo, la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir sus propias relaciones personales. El concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior. 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. La vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás, y es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad. Además, la Corte ha señalado que la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres. Teniendo en cuenta todo lo anterior, la Corte considera que la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye, en el presente caso, la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico.

144. La Corte considera que el presente caso trata de una combinación particular de diferentes aspectos de la vida privada, que se relacionan con el derecho a fundar una familia, el derecho a la integridad física y mental, y específicamente los derechos reproductivos de las personas.

145. En primer lugar, el Tribunal resalta que, a diferencia de lo dispuesto en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en el cual sólo se protege el derecho a la vida familiar bajo el artículo 8 de dicho Convenio, la Convención Americana cuenta con dos artículos que protegen la vida familiar de manera complementaria. Al respecto, la Corte reitera que el artículo 11.2 de la Convención Americana está estrechamente relacionado con el derecho reconocido en el artículo 17 de la misma. El artículo 17 de la Convención Americana reconoce el papel central de la familia y la vida familiar en la existencia de una persona y en la sociedad en general. La Corte ya ha indicado que el derecho de protección a la familia conlleva, entre otras obligaciones, a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. Es un derecho tan básico de la Convención Americana que no se puede derogar aunque las circunstancias sean extremas. El artículo 17.2 de la Convención Americana protege el derecho a fundar una familia, el cual está ampliamente consagrado en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos. Por su parte, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que la posibilidad de procrear es parte del derecho a fundar una familia.

146. En segundo lugar, el derecho a la vida privada se relaciona con: i) la autonomía reproductiva, y ii) el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. El derecho a la autonomía reproductiva está reconocido también en el artículo 16 (e) de la Convención para la

Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, según el cual las mujeres gozan del derecho “a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos”. Este derecho es vulnerado cuando se obstaculizan los medios a través de los cuales una mujer puede ejercer el derecho a controlar su fecundidad. Así, la protección a la vida privada incluye el respeto de las decisiones tanto de convertirse en padre o madre, incluyendo la decisión de la pareja de convertirse en padres genéticos.

147. En tercer lugar, la Corte resalta que, en el marco del derecho a la integridad personal, ha analizado algunas situaciones de particular angustia y ansiedad que afectan a las personas, así como algunos impactos graves por la falta de atención médica o los problemas de accesibilidad a ciertos procedimientos en salud. (...)

148. La Corte ha señalado que los Estados son responsables de regular y fiscalizar la prestación de los servicios de salud para lograr una efectiva protección de los derechos a la vida y a la integridad personal. La salud constituye un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. (...)

149. (...) La salud reproductiva implica (...) los derechos del hombre y de la mujer a ser informados y a tener libre elección y acceso a métodos para regular la fecundidad, que sean seguros, eficaces, de fácil acceso y aceptables.

150. Finalmente, el derecho a la vida privada y la libertad reproductiva guarda relación con el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. El derecho al goce de los beneficios del progreso científico ha sido reconocido internacionalmente y, en el ámbito interamericano, se encuentra contemplado en el artículo XIII de la Declaración Americana y en el artículo 14.1 b) del Protocolo de San Salvador. Cabe mencionar que la Asamblea General de Naciones Unidas, en su Declaración sobre este derecho, señaló la relación entre éste y la satisfacción de las necesidades materiales y espirituales de todos los sectores de la población. Por tanto, y conforme al artículo 29 b) de la Convención Americana, 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.

151. En el presente caso el Estado considera que los derechos mencionados podían ejercerse de diversas maneras, bajo el supuesto de que no existía una prohibición absoluta de la FIV. Este aspecto ha sido controvertido por las demás partes. Por tal razón, la Corte determinará a continuación si existió una restricción de los derechos que se han mencionado para luego analizar la justificación que hizo el Estado para sustentar tal restricción.

## **1.2. Efectos de la prohibición absoluta de la FIV**

162. Al comprobarse que existió una injerencia tanto por el efecto prohibitivo que en general causó la sentencia de la Sala Constitucional, así como el impacto que lo anterior produjo en las presuntas víctimas en el presente caso, la Corte considera necesario entrar a analizar si dicha injerencia o restricción se encuentra justificada. Antes de entrar a efectuar un juicio de proporcionalidad al respecto, el Tribunal estima pertinente analizar en detalle el argumento principal desarrollado por la Sala Constitucional: que la Convención Americana obliga a efectuar una protección absoluta del "derecho a la vida" del embrión y, en consecuencia, obliga a prohibir la FIV por implicar la pérdida de embriones.

## **1.3. Interpretación del artículo 4.1 de la Convención Americana en lo relevante para el presente caso**

172. Hasta el momento la jurisprudencia de la Corte no se ha pronunciado sobre las controversias que suscita el presente caso en lo que respecta al derecho a la vida. En casos de ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas y muertes imputables a la falta de adopción de medidas por parte de los Estados, la Corte ha señalado que el derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce pleno es un prerrequisito para el disfrute de todos los demás derechos humanos. En virtud de este papel fundamental que se le asigna en



la Convención, los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho. Asimismo, la Corte ha señalado que el derecho a la vida presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente (obligación negativa) y que los Estados adopten todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida (obligación positiva) de todos quienes se encuentren bajo su jurisdicción. Ello incluye adoptar las medidas necesarias para crear un marco normativo adecuado que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida y salvaguardar el derecho a que no se impida el acceso a las condiciones que garanticen una vida digna.

173. (...) Para analizar si existe una obligación de protección absoluta en esos términos, la Corte procede a analizar el alcance de los artículos 1.2 y 4.1 de la Convención Americana respecto a las palabras "persona", "ser humano", "concepción" y "en general". El Tribunal reitera su jurisprudencia según la cual una norma de la Convención debe interpretarse de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta el objeto y fin de la Convención Americana, el cual es la eficaz protección de la persona humana, así como mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos. En ese marco, a continuación se realizará una interpretación: i) conforme al sentido corriente de los términos; ii) sistemática e histórica; iii) evolutiva, y iv) del objeto y fin del tratado.

#### **a) Interpretación conforme al sentido corriente de los términos**

176. En el presente caso, la Corte observa que el concepto de "persona" es un término jurídico que se analiza en muchos de los sistemas jurídicos internos de los Estados Parte. Sin embargo, para efectos de la interpretación del artículo 4.1, la definición de persona está anclada a las menciones que se hacen en el tratado respecto a la "concepción" y al "ser humano", términos cuyo alcance debe valorarse a partir de la literatura científica.

179. El Tribunal hace notar que la prueba en el expediente evidencia cómo la FIV transformó la discusión sobre cómo se entendía el fenómeno de "la concepción". En efecto, la FIV refleja que puede pasar un tiempo entre la unión del óvulo y el espermatozoide, y la implantación. Por tal razón, la definición de "concepción" que tenían los redactores de la Convención Americana ha cambiado. Antes de la FIV no se contemplaba científicamente la posibilidad de realizar fertilizaciones fuera del cuerpo de la mujer.

185. (...) [R]especto a la controversia de cuándo empieza la vida humana, la Corte considera que se trata de una cuestión valorada de diversas formas desde una perspectiva biológica, médica, ética, moral, filosófica y religiosa, y coincide con tribunales internacionales y nacionales, en el sentido que no existe una definición consensuada sobre el inicio de la vida. Sin embargo, para la Corte es claro que hay concepciones que ven en los óvulos fecundados una vida humana plena. Algunos de estos planteamientos pueden ser asociados a concepciones que le confieren ciertos atributos metafísicos a los embriones. Estas concepciones no pueden justificar que se otorgue prevalencia a cierto tipo de literatura científica al momento de interpretar el alcance del derecho a la vida consagrado en la Convención Americana, pues ello implicaría imponer un tipo de creencias específicas a otras personas que no las comparten.

186. No obstante lo anterior, la Corte considera que es procedente definir, de acuerdo con la Convención Americana, cómo debe interpretarse el término "concepción". Al respecto, la Corte resalta que la prueba científica concuerda en diferenciar dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación. El Tribunal observa que sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción. Teniendo en cuenta la prueba científica presentada por las partes en el presente caso, el Tribunal constata que, si bien al ser fecundado el óvulo se da paso a una célula diferente y con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un "ser humano", lo cierto es que si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas. Si un embrión nunca lograra implantarse en el útero, no podría desarrollarse pues no recibiría los nutrientes necesarios, ni estaría en un ambiente adecuado para su desarrollo (...).

187. En este sentido, la Corte entiende que el término "concepción" no puede ser comprendido como un momento o proceso excluyente del cuerpo de la mujer, dado que un embrión no tiene ninguna posibilidad de supervivencia si la implantación no sucede. Prueba de lo anterior, es que sólo es posible establecer si se ha producido o no un embarazo una vez se ha implantado el óvulo fecundado en el útero, al producirse la hormona denominada "Gonadotropina Coriónica", que sólo es detectable en la mujer que tiene un embrión unido a ella.

Antes de esto es imposible determinar si en el interior del cuerpo ocurrió la unión entre el óvulo y un espermatozoide y si esta unión se perdió antes de la implantación. (...)

189. Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal entiende el término "concepción" desde el momento en que ocurre la implantación, razón por la cual considera que antes de este evento no procede aplicar el artículo 4 de la Convención Americana. Asimismo, la expresión "en general" permite inferir excepciones a una regla, pero la interpretación según el sentido corriente no permite precisar el alcance de dichas excepciones.

190. Por otra parte y tomando bajo consideración que el artículo 4.1 es asunto materia de la discusión del presente caso y lo fue en el ámbito de lo debatido ante la Sala Constitucional, el Tribunal estima pertinente interpretar dicho artículo utilizando los siguientes métodos de interpretación, a saber, la interpretación sistemática e histórica, evolutiva y teleológica.

#### **b) Interpretación sistemática e histórica**

244. La Corte concluye que la Sala Constitucional se basó en el artículo 4 de la Convención Americana, el artículo 3 de la Declaración Universal, el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Declaración de los Derechos del Niño de 1959. No obstante, de ninguno de estos artículos o tratados es posible sustentar que el embrión pueda ser considerado persona en los términos del artículo 4 de la Convención. Tampoco es posible desprender dicha conclusión de los trabajos preparatorios o de una interpretación sistemática de los derechos consagrados en la Convención Americana o en la Declaración Americana.

#### **c) Interpretación evolutiva**

246. En el presente caso, la interpretación evolutiva es de especial relevancia, teniendo en cuenta que la FIV es un procedimiento que no existía al momento en el que los redactores de la Convención adoptaron el contenido del artículo 4.1 de la Convención (...). Por tanto, la Corte analizará dos temas en el marco de la interpretación evolutiva: i) los desarrollos pertinentes en el derecho internacional y comparado respecto al status legal del embrión, y ii) las regulaciones y prácticas del derecho comparado en relación con la FIV.

##### *- El estatus legal del embrión*

253. (...) [L]a Corte observa que las tendencias de regulación en el derecho internacional no llevan a la conclusión que el embrión sea tratado de manera igual a una persona o que tenga un derecho a la vida.

##### *- Regulaciones y prácticas sobre la FIV en el derecho comparado*

256. La Corte considera que, a pesar de que no existen muchas regulaciones normativas específicas sobre la FIV en la mayoría de los Estados de la región, éstos permiten que la FIV se practique dentro de sus territorios. Ello significa que, en el marco de la práctica de la mayoría de los Estados Parte en la Convención, se ha interpretado que la Convención permite la práctica de la FIV. El Tribunal considera que estas prácticas de los Estados se relacionan con la manera en que interpretan los alcances del artículo 4 de la Convención, pues ninguno de dichos Estados ha considerado que la protección al embrión deba ser de tal magnitud que no se permitan las técnicas de reproducción asistida o, particularmente, la FIV. En ese sentido, dicha práctica generalizada está asociada al principio de protección gradual e incremental -y no absoluta- de la vida prenatal y a la conclusión de que el embrión no puede ser entendido como persona.

#### **d) El principio de interpretación más favorable y el objeto y fin del tratado**

263. (...) [L]a Corte concluye que el objeto y fin de la cláusula "en general" del artículo 4.1 de la Convención es la de permitir, según corresponda, un adecuado balance entre derechos

e intereses en conflicto. En el caso que ocupa la atención de la Corte, basta señalar que dicho objeto y fin implica que no pueda alegarse la protección absoluta del embrión anulando otros derechos.

#### **e) Conclusión de la interpretación del artículo 4.1**

264. La Corte ha utilizado los diversos métodos de interpretación, los cuales han llevado a resultados coincidentes en el sentido de que el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana. Asimismo, luego de un análisis de las bases científicas disponibles, la Corte concluyó que la “concepción” en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4 de la Convención. Además, es posible concluir de las palabras “en general” que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general.

#### **1.4. Proporcionalidad de la medida de prohibición**

272. La Corte ha señalado que la decisión de tener hijos biológicos a través del acceso a técnicas de reproducción asistida forma parte del ámbito de los derechos a la integridad personal, libertad personal y a la vida privada y familiar. Además, la forma como se construye dicha decisión es parte de la autonomía y de la identidad de una persona tanto en su dimensión individual como de pareja. A continuación se analizará la presunta justificación de la interferencia que ha efectuado el Estado en relación con el ejercicio de estos derechos.

273. Al respecto, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que un derecho puede ser restringido por los Estados siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias; por ello, deben estar previstas en ley en sentido formal y material, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. En el presente caso, la Corte ha resaltado que el “derecho absoluto a la vida del embrión” como base para la restricción de los derechos involucrados, no tiene sustento en la Convención Americana (...), razón por la cual no es necesario un análisis en detalle de cada uno de dichos requisitos, ni valorar las controversias respecto a la declaración de inconstitucionalidad en sentido formal por la presunta violación del principio de la reserva de ley. Sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal estima pertinente exponer la forma en que el sacrificio de los derechos involucrados en el presente caso fue desmedido en relación con las ventajas que se aludían con la protección del embrión.

274. Para esto, la restricción tendría que lograr una importante satisfacción de la protección de la vida prenatal, sin hacer nugatorio los derechos a la vida privada y a fundar una familia. Para efectuar esta ponderación se debe analizar: i) el grado de afectación de uno de los bienes en juego, determinando si la intensidad de dicha afectación fue grave, intermedia o moderada; ii) la importancia de la satisfacción del bien contrario, y iii) si la satisfacción de éste justifica la restricción del otro.

276. La Corte efectuará una ponderación en la que analizará: i) la severidad de la interferencia ocurrida en los derechos a la vida privada y familiar y los demás derechos involucrados en el presente caso. Asimismo, esta severidad es analizada desde el impacto desproporcionado relacionado con: ii) la discapacidad; iii) el género, y iv) la situación socioeconómica. Finalmente se evaluará: v) la controversia sobre la alegada pérdida embrionaria.

#### **a) Severidad de la limitación de los derechos involucrados en el presente caso**

--

279. En primer lugar, la prohibición de la FIV impactó en la intimidad de las personas, toda vez que, en algunos casos, uno de los efectos indirectos de la prohibición ha sido que, al no ser posible practicar esta técnica en Costa Rica, los procedimientos que se impulsaron para acudir a un tratamiento médico en el extranjero exigían exponer aspectos que hacían parte de la vida privada.

281. En segundo lugar, respecto a la afectación de la autonomía personal y del proyecto de vida de las parejas, la Corte observa que la FIV suele practicarse como último recurso para

superar graves dificultades reproductivas. Su prohibición afectó con mayor impacto los planes de vida de las parejas cuya única opción de procrear es la FIV (...).

282. En tercer lugar, se vio afectada la integridad psicológica de las personas al negarles la posibilidad de acceder a un procedimiento que hace posible desplegar la libertad reproductiva deseada. (...)

284. De manera que, por las razones señaladas, las parejas sufrieron una interferencia severa en relación con la toma de decisiones respecto a los métodos o prácticas que deseaban intentar con el fin de procrear un hijo o hija biológicos. Pero también existieron impactos diferenciados en relación con la situación de discapacidad, el género y la situación económica, aspectos relacionados con lo alegado por las partes respecto a la posible discriminación indirecta en el presente caso.

**b) Severidad de la interferencia como consecuencia de la discriminación indirecta por el impacto desproporcionado respecto a discapacidad, género y situación económica**

287. La Corte considera que el concepto de impacto desproporcionado está ligado al de discriminación indirecta, razón por la cual se entra a analizar si en el presente caso existió un impacto desproporcionado respecto a discapacidad, género y situación económica.

*- Discriminación indirecta en relación con la condición de discapacidad*

289. Del artículo 25 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante “CDPD”) se desprende el derecho de las personas con discapacidad de acceder a las técnicas necesarias para resolver problemas de salud reproductiva. (...)

291. En (...) [El Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad] se tiene en cuenta el modelo social para abordar la discapacidad, lo cual implica que la discapacidad no se define exclusivamente por la presencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, sino que se interrelaciona con las barreras o limitaciones que socialmente existen para que las personas puedan ejercer sus derechos de manera efectiva. (...)

293. Con base en estas consideraciones y teniendo en cuenta la definición desarrollada por la OMS según la cual la infertilidad es una enfermedad del sistema reproductivo (...), la Corte considera que la infertilidad es una limitación funcional reconocida como una enfermedad y que las personas con infertilidad en Costa Rica, al enfrentar las barreras generadas por la decisión de la Sala Constitucional, debían considerarse protegidas por los derechos de las personas con discapacidad, que incluyen el derecho de acceder a las técnicas necesarias para resolver problemas de salud reproductiva. Dicha condición demanda una atención especial para que se desarrolle la autonomía reproductiva.

*- Discriminación indirecta en relación con el género*

294. La Corte considera que la prohibición de la FIV puede afectar tanto a hombres como a mujeres y les puede producir impactos desproporcionados diferenciados por la existencia de estereotipos y prejuicios en la sociedad.

302. La Corte resalta que estos estereotipos de género son incompatibles con el derecho internacional de los derechos humanos y se deben tomar medidas para erradicarlos. El Tribunal no está validando dichos estereotipos y tan sólo los reconoce y visibiliza para precisar el impacto desproporcionado de la interferencia generada por la sentencia de la Sala Constitucional.

*- Discriminación indirecta en relación con la situación económica*

303. Finalmente, la prohibición de la FIV tuvo un impacto desproporcionado en las parejas infértiles que no contaban con los recursos económicos para practicarse la FIV en el extranjero. (...)

**c) Controversia sobre la alegada pérdida embrionaria**

309. No le corresponde a la Corte determinar cuál teoría científica debe prevalecer en este tema ni corresponde analizar a profundidad cuál perito tiene la razón en estos temas que son ajenos a la experticia de la Corte. Para el Tribunal es suficiente constatar que la prueba obrante en el expediente es concordante en señalar que tanto en el embarazo natural como en el marco de la FIV existe pérdida de embriones. Asimismo, tanto el perito Zegers como el perito Caruso concordaron en señalar que las estadísticas sobre pérdida embrionaria en los embarazos naturales son poco medibles a comparación con la medición de las pérdidas en la FIV, lo cual limita el alcance que se procura dar a algunas de las estadísticas que se han presentado ante la Corte.

311. Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte encuentra desproporcionado pretender una protección absoluta del embrión respecto a un riesgo que resulta común e inherente incluso en procesos donde no interviene la técnica de la FIV. El Tribunal comparte el concepto del perito Zegers-Hochschild según el cual “[e]s fundamental desde una perspectiva biomédica diferenciar lo que significa proteger el derecho a la vida de lo que significa garantizar el derecho a la vida de estructuras celulares que se rigen por una matemática y una biología que trasciende cualesquier regulación social o jurídica. Lo que corresponde a las instituciones responsables de las [técnicas de reproducción asistida], es proveer a las estructuras celulares (gametos y embriones) de las mejores condiciones con que cuenta el conocimiento médico y científico para que la potencialidad de ser persona, pueda expresarse al nacer [...]”. El Tribunal reitera que, precisamente, uno de los objetivos de la FIV es contribuir con la creación de vida (...).

313. En suma, tanto en el embarazo natural como en técnicas como la de la inseminación artificial existe pérdida embrionaria. La Corte observa que existen debates científicos sobre las diferencias entre el tipo de pérdidas embrionarias que ocurren en estos procesos y las razones de las mismas. Pero lo analizado hasta el momento permite concluir que, teniendo en cuenta las pérdidas embrionarias que ocurren en el embarazo natural y en otras técnicas de reproducción que se permiten en Costa Rica, la protección del embrión que se busca a través de la prohibición de la FIV tiene un alcance muy limitado y moderado.

**d) Conclusión sobre el balance entre la severidad de la interferencia y el impacto en la finalidad pretendida**

316. (...) La Corte concluye que la Sala Constitucional partió de una protección absoluta del embrión que, al no ponderar ni tener en cuenta los otros derechos en conflicto, implicó una arbitraria y excesiva intervención en la vida privada y familiar que hizo desproporcionada la interferencia. Asimismo, la interferencia tuvo efectos discriminatorios. Además, teniendo en cuenta estas conclusiones sobre la ponderación y lo ya señalado respecto al artículo 4.1 de la Convención (...), la Corte no considera pertinente pronunciarse sobre los alegatos del Estado respecto a que contaría con un margen de apreciación para establecer prohibiciones como la efectuada por la Sala Constitucional.

**1.4. Conclusión final sobre el fondo del caso**

317. Por todo lo anteriormente reseñado durante el presente capítulo, la Corte declara la violación de los artículos 5.1, 7, 11.2 y 17.2 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio de Grettel Artavia Murillo, Miguel Mejías Carballo, Andrea Bianchi Bruna, Germán Alberto Moreno Valencia, Ana Cristina Castillo León, Enrique Acuña Cartín, Ileana Henchoz Bolaños, Miguel Antonio Yamuni Zeledón, Claudia María Carro Maklouf, Víktor Hugo Sanabria León, Karen Espinoza Vindas, Héctor Jiménez Acuña, María del Socorro Calderón P., Joaquinita Arroyo Fonseca, Geovanni Antonio Vega, Carlos E. Vargas Solórzano, Julieta González Ledezma y Oriéster Rojas Carranza.

### 19. Reparaciones

La Corte dispone que,

- La Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas constituye *per se* una forma de reparación.
- El Estado debe adoptar, con la mayor celeridad posible, las medidas apropiadas para que quede sin efecto la prohibición de practicar la FIV y para que las personas que deseen hacer uso de dicha técnica de reproducción asistida puedan hacerlo sin encontrar impedimentos al ejercicio de los derechos que fueron encontrados vulnerados en la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. El Estado deberá informar en seis meses sobre las medidas adoptadas al respecto.
- El Estado debe regular, a la brevedad, los aspectos que considere necesarios para la implementación de la FIV, teniendo en cuenta los principios establecidos en la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, y debe establecer sistemas de inspección y control de calidad de las instituciones o profesionales calificados que desarrollen este tipo de técnica de reproducción asistida. El Estado deberá informar anualmente sobre la puesta en vigencia gradual de estos sistemas.
- El Estado debe incluir la disponibilidad de la FIV dentro de sus programas y tratamientos de infertilidad en su atención de salud, de conformidad con el deber de garantía respecto al principio de no discriminación. El Estado deberá informar cada seis meses sobre las medidas adoptadas para poner gradualmente estos servicios a disposición de quienes lo requieran y de los planes diseñados para este efecto.
- El Estado debe brindar a las víctimas atención psicológica gratuita y de forma inmediata, hasta por cuatro años, a través de sus instituciones estatales de salud especializadas.
- El Estado debe realizar las publicaciones indicadas en el párrafo 329 de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, en el plazo de seis meses contado a partir de la notificación de la misma.
- El Estado debe implementar programas y cursos permanentes de educación y capacitación en derechos humanos, derechos reproductivos y no discriminación, dirigidos a funcionarios judiciales de todas las áreas y escalafones de la rama judicial.
- El Estado debe pagar las cantidades fijadas en los párrafos 355 y 363 de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, por concepto de indemnizaciones por daños materiales e inmateriales, y por el reintegro de costas y gastos.
- El Estado debe, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, rendir al Tribunal un informe general sobre las medidas adoptadas para cumplir con la misma.
- La Corte supervisará el cumplimiento íntegro de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma.

### 20. Puntos resolutivos

<p>La Corte decide,</p> <p>- Desestimar las excepciones preliminares interpuestas por el Estado</p> <p>La Corte declara que,</p> <p>- El Estado es responsable por la vulneración de los artículos 5.1, 7, 11.2 y 17.2, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio de Grettel Artavia Murillo, Miguel Mejías Carballo, Andrea Bianchi Bruna, Germán Alberto Moreno Valencia, Ana Cristina Castillo León, Enrique Acuña Cartín, Ileana Henchoz Bolaños, Miguel Antonio Yamuni Zeledón, Claudia María Carro Maklouf, Víktor Hugo Sanabria León, Karen Espinoza Vindas, Héctor Jiménez Acuña, María del Socorro Calderón Porras, Joaquinita Arroyo Fonseca, Giovanni Antonio Vega Cordero, Carlos Eduardo de Jesús Vargas Solórzano, Julieta González Ledezma y Oriéster Rojas Carranza.</p>		
<b>21. Voto(s) separado(s)</b>		
<b>Nombre</b>	Juez Diego García-Sayán	
<b>Tipo de voto</b>	Voto Concurrente (Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)	
<b>Nombre</b>	Juez Eduardo Vio Grossi	
<b>Tipo de voto</b>	Voto Disidente (Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)	
<b>SECCIÓN C: ACTUACIONES POSTERIORES A LA SENTENCIA</b>		
<b>22</b>	<b>Sentencia de interpretación</b>	No se consigna
<b>23</b>	<b>Supervisión de cumplimiento de sentencia</b>	No se consigna

**ANEXO 5: CASACIÓN N° 4323-2010 LIMA**

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA CIVIL PERMANENTE

**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 número 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 PRANOR SRL (Instituto de Ginecología y Reproducción – Clínica de Fertilidad Asistida y Ginecología Concebir) 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 las siguientes causales: **a) Infracción normativa procesal del artículo 50 inciso 6) del Código Procesal Civil**, alega el recurrente que se ha vulnerado su derecho a obtener una sentencia debidamente motivada, al considerar que el fallo contiene una indebida y adecuada motivación en el tema de técnicas de reproducción asistida (TERAS) pues se ha sustentando en un hecho falso cual es que el artículo 7 de la Ley General de Salud supuestamente “prohibiría” la ovodonación, lo cual no es así, pues en ningún país del mundo se encuentra prohibida, y en el Perú no existe ninguna norma especial que la prohíba, por lo que se debió interpretar dicho dispositivo en forma sistemática;



y, **b) 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 estando a la calificación de procedencia del recurso, en el que se comprende la infracción procesal y material, debe analizarse previamente la causal adjetiva o de error *in procedendo* denunciada, pues debido a su naturaleza y a los efectos que produce, de manera que, si mereciera ser amparada por infracción al debido proceso, entonces carecería de objeto pronunciarse respecto a la causal sustantiva por ser incompatibles con aquellas

**SEGUNDO.-** Que, en tal sentido, la infracción normativa procesal es sancionada ordinariamente con nulidad procesal, la misma que se entiende como aquel estado de anormalidad del acto procesal, originado en la carencia de algunos de sus elementos constitutivos o en vicios existentes sobre ellos que potencialmente los coloca en la situación de ser declarados judicialmente inválidos. El estado de nulidad potencial no puede afectar el debido proceso ya sea por ser subsanable el vicio, por convalidación o porque el acto cumplió con su finalidad. La garantía al debido proceso implica también el administrar justicia de acuerdo a las normas procesales, ya sea porque en razón a su texto, son consideradas imperativas o de estricto cumplimiento, consecuentemente, está sancionada su omisión o cumplimiento deficiente con la respectiva declaración de nulidad, siendo ello así, es tarea de esta Suprema Sala revisar si se vulneraron o no las normas que establecen expresamente un determinado comportamiento procesal con carácter de obligatoriedad, en cuyo caso debe disponerse la anulación del acto procesal viciado.

**TERCERO.-** Que, en el presente caso, se advierte que la sentencia recurrida revoca la sentencia apelada y reformando declara fundada la demanda por considerar que

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.

**CUARTO.-** Que, respecto a la denuncia procesal referida a la infracción al deber de motivación contenido en el artículo 50 inciso 6) del Código Procesal Civil, que dispone “*Son deberes de los Jueces en el proceso: 6. Fundamentar los autos y las sentencias, bajo sanción de nulidad, respetando los principios de jerarquía de las normas y el de congruencia*”. Al respecto conviene precisar que, la obligación de motivar debidamente como dice Ignacio Colomer, “es un principio constitucional y pilar esencial de la jurisdicción democrática”. Y es que a diferencia del Antiguo Régimen, en el que los órganos judiciales no estaban llamados a dar cuenta de la interpretación y aplicación del Derecho, esto no puede considerarse admisible en una sociedad democrática, en la que justicia, igualdad y libertad ascienden a la dignidad de principios fundamentales<sup>1</sup>. La obligación de motivar cumple la finalidad de evidenciar que el fallo es una decisión razonada en términos de Derecho y no un simple y arbitrario acto de voluntad de quien está llamado a juzgar, en ejercicio de un rechazable -en nuestra opinión- absolutismo judicial<sup>2</sup>.

**QUINTO.-** Que, bajo ese marco normativo corresponde evaluar si la sentencia de vista vulnera el derecho a la motivación de resoluciones judiciales, siendo así, se advierte que el agravio del recurrente se sustenta en la indebida motivación de la sentencia de vista respecto al tema de técnicas de reproducción asistida, por cuanto la impugnada se sustenta en un hecho falso que sería la prohibición dispuesta en el artículo 7 de la Ley General de Salud. En ese sentido, se aprecia que dicho agravio

---

<sup>1</sup> COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio. *La motivación de las sentencias, sus exigencias constitucionales y legales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 60-71. Colomer señala que “(...) el paso del Antiguo Régimen al diseño liberal ha tenido su vértice en la sumisión del juez a la ley, y esta a su vez ha sido garantizada por la necesidad de justificación de las decisiones judiciales”, p. 71

<sup>2</sup> MILLIONE, Cirio. El derecho a obtener una resolución de fondo en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional Español, en: <http://www.uco.es/derechoconstitucional/investigacion/documents/derecho-obtenerresolucion-cirio-milione.pdf>, p. 16

no encuadra en el supuesto de indebida motivación por cuanto el *Ad quem* a su criterio ha desarrollado un análisis respecto a la implicancia y trascendencia de la citada disposición; asimismo, este Supremo Tribunal verifica que en efecto, si bien los considerandos tercero y cuarto de la sentencia recurrida contienen una fundamentación mínima respecto a la materia controvertida, sin embargo la parte resolutive se condice con la parte expositiva, además, dicho agravio constituye un cuestionamiento sobre el fondo del asunto que no procede analizar a través de una causal procesal, más aún, si tal agravio ha sido denunciado en la causal de infracción normativa material que en adelante se examinará; por consiguiente, la presente causal deviene infundada.

**SEXTO.-** Que, habiendo sido desestimada la causal *in procedendo*, corresponde resolver la causal *in iudicando*, respecto a la infracción normativa por interpretación errónea del artículo 7 de la Ley 26842, en ese sentido, conviene precisar que dicha disposición señala: *“Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos. Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos.”*; en 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>3</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

---

<sup>3</sup> VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique, Derecho Genético, Cuarta Edición, Editorial GRIJLEY. Lima 2001. página 167.

para dar lugar a la gestación, siendo este último supuesto el caso de autos. **SÉPTIMO.-** 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 al axioma jurídico de que *“todo lo que no está prohibido está permitido”*, reconocido por el Tribunal Constitucional: *“En el ámbito del derecho constitucional opera el apotegma jurídico que dice que “sólo le está permitido al Estado aquello que expresamente le ha sido conferido”* ello a diferencia de lo dispuesto para la ciudadanía, la que se rige por el principio de que *“aquello que no está prohibido, está permitido”*<sup>4</sup>, por consiguiente el aludido procedimiento de “ovodonación” no es ilícito ni constituye delito, constituyendo más bien un vacío normativo y jurisprudencial.

**OCTAVO.-** Que, habiendo quedado establecido que el proceso de fecundación cuestionado no deviene ilegal, corresponde verificar si los actos jurídicos 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 lo 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 a

---

<sup>4</sup> EXP. N.º 0013-2003-CC/TC, fundamento 10.6 literal b).

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 sesenta y nueve por PRANOR SRL (Instituto de Ginecología y Reproducción – Clínica de Fertilidad Asistida y Ginecología Concebir), por consiguiente, **NULA** la sentencia de vista expedida por la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, 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 Custodio Olsen Quispe Condori, con PRANOR SRL (Instituto de Ginecología y Reproducción – Clínica de Fertilidad Asistida y Ginecología Concebir) y María Alicia Alfaro Dávila, 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**

**CASTAÑEDA SERRANO**

**LOS FUNDAMENTOS DEL VOTO EN DISCORDIA DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO WALDE JAUREGUI 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 ésta última causal, pues en case 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 sólo 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 sólo 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, desarrollado 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 de 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 actuados 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 los siguiente (...). Por consiguiente, resulta evidente que los declarantes estaban autorizado 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 Artículos 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 consecuencia, que la norma liga con el supuesto de hecho que se realiza mediante la utilización por parte del juzgador de alguno de los criterio 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 que la Sala Superior emita nuevo pronunciamiento teniendo en cuenta las consideraciones de la presente resolución. **NOVENO.-** Que, en virtud de las razones expuesta, 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 Custodio Olsen Quispe Condori, con PRANOR SRL (Instituto de Ginecología y Reproducción – Clínica de Fertilidad Asistida y Ginecología Concebir) y María Alicia Alfaro Dávila, sobre nulidad de acto jurídico. Lima, once de agosto de dos mil once

**S.**

**WALDE JAUREGUI**

**ANEXO 6: SENTENCIA PROCESO DE AMPARO EXP. N° 06374-2016-0-1801-JR-****CI-05****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 : RAULTAÍPE 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° 2992016-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 demandando 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° 2992016-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 Artavia 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>1</sup>.

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***

---

<sup>1</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 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 argumento a contrario*. En: Themis-Revista de Derecho, N° 12, Lima, 1988, p. 66.

***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 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 coadyuve 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>2</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 cultural, los valores, la reputación, etc.” (STC 22232005-HC, STC 05829-2009-AA/TC y STC 4509-2011-AA).

---

<sup>2</sup> PLÁCIDO, Alex. *Manual de derechos de los niños, niñas y adolescentes*. Lima: Instituto Pacífico, 2015, p. 190

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.