



UNIVERSIDAD PARTICULAR DE CHICLAYO
FACULTAD DE DERECHO Y EDUCACIÓN
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



TESIS

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

La titularidad de la disposición de los gametos del causante en la
Legislación Peruana

AUTOR:

BACH. ERIKA LIZET SANCHEZ VILCHEZ

(<https://orcid.org/0000-0001-9251-7805>)

ASESOR:

MG. ELEO MITRIDATES GRILLO

(https://orcid.org/0000-0001-6232_4682)

LÍNEA DE INVESTIGACIÓN

DERECHO CIVIL, DERECHO GENÉTICO.

PIMENTEL, PERÚ, 2022.



ACTA DE CONTROL DE ORIGINALIDAD DE LA INVESTIGACIÓN

Yo, **Enrique Rodas Ramírez**, Decano de la Facultad de Derecho y Educación ha realizado el debido control de originalidad de la investigación, el mismo que está dentro de los porcentajes establecidos para el nivel de pregrado, según la Directiva de Similitud vigente en la UDCH; además certifico que la versión que hace entrega es la versión final del informe presentado por la bachiller: **SANCHEZ VILCHEZ ERIKA LIZET** ✓

Titulado: **"LA TITULARIDAD DE LA DISPOSICIÓN DE LOS GAMETOS DEL CAUSANTE EN LA LEGISLACIÓN PERUANA"**.

Elaborado por la estudiante, **SANCHEZ VILCHEZ ERIKA LIZET**. Se deja constancia que la investigación antes indicada tiene un índice de similitud del 27% verificable en el reporte final del análisis de originalidad mediante el software de similitud **TURNITIN**.

Por lo que se concluye que cada una de las coincidencias detectadas no constituyen plagio y cumple con lo establecido en la Directiva sobre el nivel de similitud de productos acreditables de investigación vigente.

Pimentel, 05 de diciembre de 2024.


UNIVERSIDAD PARTICULAR DE CHICLAYO
FACULTAD DE DERECHO Y EDUCACIÓN
Dr. Enrique Rodas Ramírez
DECANO

DEDICATORIA

Esta tesis, se la dedico con todo el cariño a mis padres e hijas que fueron mi fortaleza diaria para lograr este gran objetivo, y a su amor incondicional.

AGRADECIMIENTOS

Agradezco en primer termino a Dios
y a mi familia, por el apoyo
incondicional en el trayecto de mi
vida universitaria.

INDICE DE CONTENIDOS

INDICE DE CONTENIDOS	5
INDICE DE GRÁFICOS Y FIGURAS	7
INDICE DE ABREVIATURAS.....	8
RESUMEN	9
ABSTRACT	10
I. INTRODUCCIÓN	11
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	12
JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA	12
FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	13
HIPÓTESIS	14
OBJETIVOS	14
Objetivo general	14
Objetivos específicos.....	14
II. DESARROLLO	15
Marco teórico.....	15
Datos y hallazgos más importantes y relevantes.....	18
III. METODOLOGÍA	60
3.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN	60
3.2. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN	60
3.3. CATEGORÍAS, SUBCATEGORÍAS Y MATRIZ DE CATEGORIZACIÓN (MATRIZ DE CONSISTENCIA)	60
3.4. ESCENARIO DE ESTUDIO.....	62
3.5. PARTICIPANTES.....	62
3.6. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS.....	62
3.7. PROCEDIMIENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS E INFORMACIONES .	62
3.8. RIGOR CIENTÍFICO	63
IV. ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS	63
V. CONCLUSIONES	68
VI. RECOMENDACIONES	70
VIII. ANEXOS:	80

INDICE DE GRÁFICOS Y FIGURAS

GRAFICO 01: ¿Conoce usted sobre qué es la seguridad pública?	64
GRÁFICO 02: ¿Conoce sobre el delito de tenencia ilegal de armas?.....	65
GRÁFICO 03: ¿Considera que las armas de fuego no funcionales afectan la seguridad pública?	66
GRÁFICO 04: Cree usted que, ¿Resulta necesario elaborar un proyecto de ley para implementar en el delito de tenencia ilegal de armas, también las armas no funcionales?	67

INDICE DE ABREVIATURAS

C° : CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE PERÚ

CP : CÓDIGO PENAL

CPP : CÓDIGO PROCESAL PENAL

ART. : ARTÍCULO

S/F : SIN FECHA

P. : PÁGINA

RESUMEN

El presente trabajo de investigación tiene como tema principal analizar la disposición de los gametos del causante en la legislación peruana, ya que, en nuestro país no existe una legislación especial y específica respecto a las técnicas de reproducción humana asistida post mortem.

El derecho, al igual que la ciencia y la genética deben estar en constante cambio, pues debe adecuarse a los grandes avances de la biogenética a fin de contar con una legislación que procure las problemáticas que se presenten frente a las innovaciones científicas.

Así pues, tenemos el caso de las técnicas de reproducción humana asistida en el caso que el progenitor haya fallecido, situación que se da cuando las parejas no pueden concebir de manera natural, dadas una serie de deficiencias o anomalías orgánicas, por lo que, se someten de forma libre y voluntaria a este tipo de técnicas.

Es así que, una vez que se han informado acerca de los procedimientos a los cuales serán sometidos, proceden a dejar sus gametos o material genético crio preservados en un laboratorio, con el único fin de utilizarlos posteriormente. Pero ante ello, surge la pregunta, respecto a lo que sucede cuando uno de ellos fallece y el cónyuge supérstite desea tener descendencia.

La legislación española ha sido clara al regular que para que tal situación se dé, debe mediar el consentimiento previo e informado del causante, para que la mujer una vez fallecido su esposo se someta a los procedimientos de fecundación o realice la transferencia del embrión ya fecundado a su útero. Es por ello que, considero de vital importancia que nuestra legislación al igual que la española regule sobre este tipo de temas, ya que, facilitará sin duda su tratamiento legal y posibles derechos que surgen con posterioridad respecto del concebido bajo estas técnicas.

Palabras clave: Sucesión, causante, gametos, disposición de gametos.

ABSTRACT

The main theme of this research work is to analyze the disposition of the deceased's gametes in Peruvian legislation, since in our country there is no special and specific legislation regarding post-mortem assisted human reproduction techniques.

Law, like science and genetics, must be constantly changing, since it must adapt to the great advances in biogenetics in order to have legislation that addresses the problems that arise in the face of scientific innovations.

Thus, we have the case of assisted human reproduction techniques in the event that the parent has died, a situation that occurs when couples cannot conceive naturally, given a series of deficiencies or organic anomalies, for which, submit freely and voluntarily to this type of techniques.

Thus, once they have been informed about the procedures to which they will be subjected, they proceed to leave their cryo-preserved gametes or genetic material in a laboratory, with the sole purpose of using them later. But before this, the question arises, regarding what happens when one of them dies and the surviving spouse wishes to have offspring.

Spanish legislation has been clear in regulating that for such a situation to occur, the prior and informed consent of the deceased must be mediated, so that the woman, once her husband has died, submits to the fertilization procedures or carries out the transfer of the already fertilized embryo. to her uterus. That is why I consider it vitally important that our legislation, like the Spanish, regulates this type of issue, since it will undoubtedly facilitate its legal treatment and possible rights that arise later with respect to that conceived under these techniques.

Keywords: Succession, causative agent, gametes, gamete arrangement.

I. INTRODUCCIÓN

Desde antaño, el tema de la reproducción y los problemas de fertilidad han sido muy inquietantes para el hombre, debido a que se concebía la idea de que solo los seres humanos a través del acto sexual pueden crear vida; sin embargo, debido a que muchas personas no podían satisfacer sus deseos de ser padres que la ciencia después de varios estudios y pruebas, lograron crear vida en un laboratorio, a través de prácticas o procedimientos de lo que hoy conocemos como fecundación artificial.

En Perú el desarrollo de las prácticas genéticas es cada vez mayor. Este avance en las últimas décadas se debe a los altos índices de infertilidad tanto en hombres como en mujeres. Siendo así, los médicos consideran como una gran solución para aquellas parejas que por problemas biológicos no han podido concebir de forma natural o en aquellas que se someten a algún tratamiento invasivo que perjudique la capacidad reproductora.

Poco a poco se han implementado los bancos de gametos, crioconservación de embriones, etc. Sin embargo, la legislación peruana no cuenta con una norma especial que regule el desarrollo de la genética y las repercusiones que generan en los participantes de las técnicas. Al no contar con regulación sobre las técnicas de reproducción humanas asistida, y mucho menos, acerca de la técnica post mortem, genera un gran vacío legal, en lo que concierne a si se pueden utilizar los gametos de la persona fallecida y si fuera así quién puede hacerlo, vacíos sobre quien tiene la titularidad de los gametos del causante para poder realizar procedimientos de fecundación post mortem.

A diferencia de nuestra legislación, tenemos que la española cuenta con una Ley 14/2006, la cual regula las técnicas de reproducción humana asistida, permitiendo la fecundación post mortem con la única

condición de que el progenitor causante, en vida haya manifestado su consentimiento o deseo que su pareja o esposa haga uso de su material genético para fecundarlo o transferir el embrión al útero de la madre.

Por estos motivos, es que es de gran importancia que en nuestra legislación también se prevea una norma que regule acerca de las técnicas de reproducción humana asistida, de manera que, las problemáticas de orden jurídico que se presenten con posterioridad tenga un mejor análisis e interpretación por parte de nuestros juzgadores.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Actualmente, es muy conocido que muchas personas desean acceder a técnicas de reproducción asistida generalmente por problemas de fertilidad, por otro lado, tenemos la crio preservación de células sexuales, utilizada algunas parejas para poder tener hijos más adelante y el hecho de no existir una correcta regulación para este tema, ha originado un sinnúmero de problemas para quienes desean llevar este tipo de tratamientos. Así tenemos el tema de la presente investigación, donde nos enfocamos en un escenario en que dos personas deciden criogenizar sus gametos, uno de estos fallece y el que sobrevive desea continuar el proceso de reproducción asistida, surge la interrogante sobre si puede utilizarlo, si le pertenece al supérstite o a la familia del fallecido, etc. Actualmente en nuestra legislación no contamos con ninguna norma que permita resolver este problema, por lo que resulta necesario revisar el tema y eliminar este vacío legal.

JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA

La presente investigación a tratar se justifica y reviste de suma importancia, tanto para los operadores de justicia, como también para nuestros legisladores y público en general, puesto que analizaremos nuestra normativa y la doctrina nacional, como también comparada

teniendo como premisa determinar la titularidad de la disposición de los gametos del causante en la legislación peruana, para posteriormente proponer un proyecto ley a fin de cesar con esta incertidumbre jurídica, ya que el presente tema de investigación a tratar, el mismo que se encuentra inmerso en el derecho civil y genético no se encuentra regulado, siendo por eso necesario la materialización normativa del mismo.

La investigación se realizaremos en torno a la valoración de la naturaleza de sus datos será cualitativa, con campo de estudio descriptivo – exploratorio puesto que además de determinar la titularidad de la disposición de los gametos del causante en la legislación peruana, no solo abordare el desarrollo del marco teórico normativo; sino que realice un análisis y discusión de la doctrina en cuanto a la titularidad de los gametos, y según la manipulación de variables la investigación será no experimental, puesto que las variables no serán controladas, y el análisis del fenómeno se basara en la observación de la deficiente normativa actual entorno a la determinar la titularidad de la disposición de los gametos del causante en la legislación peruana, deduciendo con esto la contratación de las hipótesis posteriormente formuladas con los resultados que la presente investigación a tratar será teórica – empírica.

FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

Para determinar si existe una posible solución a la problemática planteada, se ha creído conveniente plantear la siguiente interrogante:

¿Quién posee la titularidad de la disposición de los gametos del causante en la legislación peruana?

HIPÓTESIS

Si el causante preserva sus gametos con fines reproductivos antes de su fallecimiento, entonces, al producirse su muerte la mujer tiene libre disposición de los mismos para realizar la fecundación vía reproducción artificial post mortem.

OBJETIVOS

Los objetivos del presente trabajo son los siguientes:

Objetivo general

- Determinar la titularidad de la disposición de los gametos del causante en la legislación peruana.

Objetivos específicos

- Analizar el tracto sucesorio y la naturaleza del causante.
- Estudiar los gametos entorno al derecho genético
- Analizar la titularidad de la disposición de los gametos del causante en la legislación peruana.
- Proponer un proyecto ley que determine la titularidad de los gametos del causante.

II. DESARROLLO

Marco teórico

La presente investigación tiene antecedentes a nivel internacional, nacional y local, mismos que consisten en noticias, artículos de revista, proyectos de investigación y tesis; con el fin de poder dar una visión previa del trabajo de investigación que estamos realizando.

A nivel internacional, podemos mencionar los siguientes trabajos de investigación ligados al tema en desarrollo:

- Cubillos (2013) precisa que las técnicas de reproducción asistida deben entenderse como los medios artificiales por los cuales el hombre procrea, teniendo dos métodos principales, la inseminación artificial y las que se realizan a partir de una fecundación in vitro.
- Gamarra (2004) sobre la unión de gametos de forma no natural ha señalado:

La unión de los gametos femenino y masculino, ya no constituye un privilegio exclusivo y natural de los seres humanos, en tanto y en cuanto dicha unión ha logrado efectuarse en laboratorios, es decir, fuera del seno materno (p. 10).

- Sánchez, Martínez y Fernández (2018) sobre la fecundación in vitro post mortem refiere:

Es una técnica a través de la cual se extrae el semen del hombre muerto con la finalidad de fecundar el óvulo de su esposa que se encuentra viva, procedimiento que tiene lugar en un laboratorio para su posterior transferencia del embrión al útero de la madre (p. 172).

- Zubero (2021) precisa que para que la fecundación in vitro post mortem pueda ser efectiva, se requiere del consentimiento

expreso del hombre respecto de la disposición de su material genético para procrear, la misma que deberá constar en un documento, sea el proporcionado por la clínica donde se llevará a cabo la fertilización, en escritura pública, testamento o cualquier otro documento donde se acredite la autorización previa.

Asimismo, a nivel nacional se tienen las siguientes investigaciones ligadas al tema en desarrollo:

- Según Gaona (2019) las técnicas de reproducción asistida son:

Los procedimientos en las que se hace uso de instrumentos artificiales para lograr la fecundación con el fin de evitar, que las parejas por diversos factores como biológicos o enfermedades queden restringidas de tener hijos, siendo que estas pueden verse realizadas y satisfechas al procrear el hijo que tanto se deseaba (p. 20).

- Gonzales (2017) sobre las técnicas de reproducción asistida, coincide al decir que:

Existe consenso entre las diversas asunciones sobre el concepto de las técnicas de reproducción asistida, al entenderlo como el conjunto de medios que facilitan la fecundación humana a través de la manipulación de los gametos o embriones (p. 17).

- Morón (2021) sobre las técnicas de reproducción asistida, específicamente la fecundación in vitro señala:

En este tipo de procedimiento de reproducción humana asistida los especialistas extraen los óvulos y espermatozoides de los involucrados, puede ser con los gametos de la pareja o en su defecto de terceros (donadores), y es en el laboratorio en la cual tienes las

opciones de generar un ambiente idóneo que tenga como resultado que ambas células fecunden o intervenir de manera más activa y unir ambos gametos con el propósito de efectuar la fecundación (p. 42).

A nivel local, tenemos el siguiente trabajo de investigación que identifica los términos necesarios para desarrollar la problemática que hemos planteado en el presente trabajo:

- Pérez (2015) refiere lo siguiente sobre las técnicas de reproducción asistida:

Son técnicas empleadas para concebir un ser humano fuera de la intimidad del acto sexual, con la intervención de terceras personas, técnicas en la materia y gran parte de las veces fuera del hábitat natural en que esto acontece, o al menos alterando o interviniendo en tal hábitat (p. 24).

- Barboza (2018) citando a Bagnarello señala que:

La fertilización in vitro se define como la técnica de reproducción asistida que involucra fecundación extracorpórea. La técnica consiste en una estimulación ovárica controlada mediante medicamentos aplicados a la mujer con la intención de obtener múltiples folículos, los cuales contienen los ovocitos que serán aspirados posteriormente vía vaginal. Esos ovocitos serán fertilizados en el laboratorio (in vitro) y, posteriormente, los ovocitos que sean fertilizados y progresen adecuadamente a embriones serán transferidos a la cavidad uterina (p. 58).

- Goicochea (2018) refiere sobre las técnicas de reproducción humana asistida en la legislación nacional:

La legislación nacional en cuanto a las técnicas de reproducción asistida y maternidad subrogada se reduce a un solo artículo (siete) en la Ley General de Salud,

condicionando el uso, a que la madre gestante y genética recaiga sobre la misma mujer, siendo por tanto aquel artículo limitativo de derechos, además de ser insuficiente para regular toda la materia de procedimientos de fecundación artificial (p. 101).

Datos y hallazgos más importantes y relevantes

El problema suscitado en el presente trabajo de investigación gira en torno a determinar si la cónyuge o esposa tiene libertad para disponer de los gametos de su pareja fallecida. Esta situación tiene lugar dentro de las denominadas técnicas de reproducción humana asistida, las cuales son concebidas como aquellos procedimientos que tienen lugar fuera del útero materno.

Tal es el avance de la ciencia respecto de la biología, genética e ingeniería genética, que hoy en día es posible concebir vida sin que medie relaciones sexuales entre un hombre y una mujer, lo cual sin duda alguna ha traído consigo sendos problemas en el ámbito jurídico, pues para muchos doctrinarios el concebido bajo estas técnicas artificiales no pueden poseer ciertos derechos como en el ámbito sucesorio, filiación, entre otros.

Es así que, una interrogante que surge al respecto es en cuanto a la disposición de los gametos del causante, tenemos que esta problemática es materia de estudio en diversos ordenamientos jurídicos, pues, así vemos como en países europeos se han dado leyes que han regulado el cumplimiento de ciertos requisitos para que una mujer pueda disponer de los gametos de su esposo o cónyuge después de fallecido.

Es por eso que, a efectos de analizar la situación planteada creemos necesario estudiar ciertas figuras jurídicas y conceptos para tener un mejor alcance de la problemática surgida.

Derechos sucesorios y naturaleza jurídica del causante

En cuanto a la sucesión debemos decir, que esta es entendida como el lugar que ocupa una persona al momento del fallecimiento del causante, es decir, éste asume la titularidad de todos los derechos y obligaciones.

Arias (2017) cita a Acedo para quien el derecho de sucesiones es entendido como:

Se fundamenta en asegurar a los individuos, que continúan con las condiciones jurídicas auténticas tras el fallecimiento del causante, dado que la transmisión hereditaria origina nuevas relaciones jurídicas. (p.20). En ese orden de ideas, resulta ser el acontecimiento jurídico; señalado como el fallecimiento de la persona natural, lo cual genera efectos jurídicos para sus descendientes, que es la transmisión patrimonial, lo cual evidentemente genera nuevas relaciones jurídicas frente de las cuales se habían originado (p. 33).

En cuanto al derecho sucesorio, tenemos que Chávez (2019) señala que, dentro del ámbito del derecho civil, en lo referente a los derechos patrimoniales como propiedades y otros conexos, encontramos los derechos que se suceden de una persona a otra, esto sucede cuando una persona fallece y son sus herederos los llamados a ocupar su lugar en cuando a bienes, derechos, propiedades y obligaciones.

Lanatta (citado en Mejía y Alpaca, 2016) señala sobre el derecho de sucesiones:

Es la regulación jurídica de la transmisión patrimonial por causa de muerte, por lo que, los términos Derecho de Sucesión, Derecho de Sucesiones y Derecho Sucesorio, tienen significación equivalente y son empleados indistintamente en la doctrina y en el derecho comparado (p. 38-39).

Respecto de la sucesión, entendemos a esta como la transmisión, tanto inter-vivos como mortis-causa, de derechos y obligaciones de una persona a otra; es decir, se trasmite los bienes, derechos y obligaciones de orden patrimonial (Vilca, 2016).

En cuanto a la etimología del término sucesión, tenemos que proviene del vocablo latino *successio* que significa subrogación o sustitución de una persona por otro en cuanto a los derechos patrimoniales, deberes y obligaciones (Lanatta, citado por Mejía y Alpaca, 2016).

Ferrero (citado por del Águila, 2018) manifiesta que el término hace alusión a la entrada o continuación de una persona en lugar de otra, es decir que, a la muerte de una determinada persona, sus sucesores ocuparán su lugar en cuanto a derechos y obligaciones.

Gómez citado por (Cámara y Romero, 2020) define a la sucesión de la siguiente manera:

En un sentido amplio, es la colocación de una persona en la posición jurídica que estuvo ocupada por otra, la cual puede equipararse a la subrogación, dicho de otra manera, es pues el cambio de un sujeto en una relación jurídica. En sentido estricto, son aquellos supuestos en los que la subrogación mortis causa se verifica a título universal o de heredero, quedando excluido del concepto de sucesor (p. 55).

Asprón manifiesta que la capacidad para suceder es una aptitud para formar parte de una masa hereditaria, la cual está compuesta de tres elementos: la existencia, capacidad y dignidad de la persona. Esto es que, la persona que está llamada a heredar debe además tener plena capacidad jurídica y no haber sido considerado como indigno (Velásquez, 2018).

Alza (s.f) nos indica que las revoluciones científicas al producir grandes cambios en la sociedad, también han traído modificaciones en cuanto al derecho, pues no es ajeno a la realidad de lo que estos

cambios puedan ocasionar en la esfera jurídica de una determinada persona.

Por otro lado, tenemos que Aguilar (citado en Mejía y Alpaca, 2016) señala:

En el lenguaje jurídico el término sucesión expresa una situación jurídica a través de la cual una persona reemplaza o sustituye a otra para recibir las obligaciones y derechos, en todo o en parte (p. 39).

Por otro lado, tenemos que, la sucesión hereditaria no es más que la sustitución después de la muerte de una persona, motivo por el cual, otras personas asumen los bienes, derechos y obligaciones que son susceptibles de transmitir (Bustamante, s.f).

La sucesión mortis causa es entendida por Aguilar (s.f) como la muerte de una persona que ha de traer consigo la transmisión de sus bienes, derechos y obligaciones a sus causahabientes o sucesores, esto es, que al fallecer una persona se posibilita la sucesión de todos aquellos que crean poseer vocación hereditaria o vocación para suceder, la misma que puede ser convocada por el mismo causante a través de su testamento o la que se hace en su defecto por ley.

Respecto del causante, tenemos que Fernández señala que este individuo es un sujeto reconocido por el ordenamiento jurídico de quien a causa de su muerte se transfiere su patrimonio a quienes tengan calidad de sus herederos y sobrevivan a él (Arias, 2017).

En conclusión, podemos indicar que el causante no es más que la persona titular del patrimonio que será posterior a su muerte repartido a todas aquellas personas que se consideren con derecho a suceder en titularidad, derechos y obligaciones del fallecido.

En cuanto a las clases de sucesiones, tenemos que Ferrero (citado en Chávez, 2019) señala tres clases de sucesiones, tenemos la

testamentaria, intestada y mixta, aludiendo además de ello a una cuarta clasificación, que es, la contractual.

La sucesión testamentaria es aquella por la cual la herencia del causante es atribuida a sus herederos en mérito a un testamento, el cual ha sido establecido a libre voluntad del causante (Bustamante, s.f).

Respecto a la sucesión intestada, tenemos que Aquino (citado por del Águila, 2018) menciona que esta institución está basada en aspectos relacionados a deberes y derechos de familia, los cuales el Estado tiene el deber de velar por su estricto cumplimiento en base a las normas establecidas en su ordenamiento jurídico correspondiente.

Por otro lado, tenemos que los sucesores o también llamados causahabientes, son aquellas personas que tienen *vocatio hereditatis*, es decir, se encuentran llamados a heredar todos los bienes, derechos y obligaciones respecto del causante, éstos pueden ser herederos o legatarios (Bustamante, s.f).

Ahora en cuantos los derechos sucesorios del concebido producto de una fecundación artificial post mortem, podemos decir que este es uno de los grandes problemas que se ha suscitado en torno al avance de la genética, pues el concebido claramente nace después de producido el fallecimiento de su padre; por ende, muchos doctrinarios se preguntan si este tiene derecho a participar de la herencia de su progenitor o no.

En el supuesto de que no exista testamento y sea a través de mandato legal que los herederos sean llamados a suceder del causante, se presenta un problema respecto del concebido, pues el artículo 758° del Código Civil español señala “para calificar la capacidad del heredero o legatario se atenderá al tiempo de la muerte de la persona de cuya sucesión se trate (...)”; es decir, que el heredero tiene que

existir como tal al tiempo del fallecimiento del causante o, al menos debe haber sido concebido (Verda y Beamonte, 2018).

Para ello, cabe precisar que es lo que se entiende por concebido, nuestra legislación es clara al señalar en su artículo 1° del Código Civil que:

“La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo”.

Nuestra Constitución Política también ha regulado acerca de los derechos fundamentales, tanto de la persona como en referencia al concebido lo siguiente:

“Art. 2°. - Toda persona tiene derecho: 1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece”. (s.p).

En cuanto al Código de los Niños y Adolescentes, tenemos que en su artículo 1° ha establecido:

“El presente Código garantiza la vida del concebido, protegiéndolo de experimentos o manipulaciones genética contrarias a su integridad y a su desarrollo físico mental” (s.p).

Por lo que, si el concebido es considerado y reconocido por nuestro ordenamiento jurídico como un sujeto de derecho para todo cuanto le favorezca, es obvio que le corresponde el goce de una serie de derechos tanto patrimoniales como extrapatrimoniales, dentro de los cuales se encuentra el derecho a suceder o heredar, aun cuando este se encuentre en el vientre de su madre, pues será ella quien en su representación defienda los intereses del concebido.

En cuanto al concebido, tenemos que nuestra legislación lo considera como un sujeto de derecho, susceptible de deberes y derechos desde el momento en que inicia su vida, por lo que, muchos doctrinarios consideran que la vida no se inicia, sino que se transmite al momento de unirse el óvulo con el espermatozoide (García, 2015)

La enciclopedia jurídica define al concebido como “la forma de designar al óvulo fecundado de la mujer. El concebido, a los efectos legales, tiene ciertos derechos, en suspenso y condicionados al hecho de que nazca con vida” (s.p).

Espinoza (citado en Silva, 2018) precisa que el concebido “está genéticamente individualizado frente al ordenamiento jurídico, y como tal, se convierte en un centro de imputación de los derechos y deberes que le favorezcan” (p. 50-51).

Urcia (2016) señala que el concebido es considerado como un ser humano incluso antes de su nacimiento, pese a que su subsistencia depende de la madre, el ordenamiento jurídico lo ha individualizado y lo ha convertido en un sujeto de deberes y derechos que lo favorecen.

Así, Cornejo (2013) sobre el concebido indica:

El concebido goza de la condición de persona: se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad. El niño es sujeto de derechos, de libertades y de protección específica. Es sujeto de derecho “en todo cuanto lo favorece”. El Estado protege al concebido para todo lo que le favorece. La atribución de derechos patrimoniales a su favor está condicionada al hecho de su nacimiento vivo. (p. 55)

Respecto a los derechos del concebido, el artículo 1° del Código Civil peruano regula:

“El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo. De lo mencionado anteriormente se deduce que el

concebido si goza de los derechos extra patrimoniales; sin embargo, para gozar de los derechos patrimoniales éste se encuentra condicionado en nacer vivo” (s. p).

En nuestro ordenamiento jurídico, encontramos la defensa del concebido, tal como señala Villena (2015):

La Constitución de 1993 aprobó en su artículo 2° inciso 1 que “Toda persona tiene derecho: a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece”. El texto de la norma tiene como antecedente directo lo que ya había sido establecido por el Código Civil de 1984, cuando señala en su artículo 1 que “el concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece” y que “la atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo” (p. 39).

Sobre los derechos del concebido, García y Vásquez (2015) han establecido que:

A diferencia de lo que sucede con el derecho a heredar del concebido, este puede gozar desde la concepción de derechos patrimoniales, como es el caso del derecho a la vida, a la integridad física, a los alimentos, entre otros; estos derechos se harán efectivos a través de sus representantes legales (p. 41).

Dentro de los derechos sucesorios, tenemos que se ha originado un gran debate en torno a ello, por un lado, un sector de la doctrina sostiene que los nacidos de una fecundación in vitro post mortem no tienen derechos sucesorios respecto del progenitor fallecido; y, otro sector defiende la posición de que si tienen a derecho a suceder respecto de la herencia (Santolaria y Ramón, 2020).

Respecto de la inseminación post mortem y los efectos que causa en el derecho, Biscaro Beatríz (citado en Canessa, 2008) ha precisado que esta técnica de inseminación artificial conyugal (IAC) ha originado

muchos problemas jurídicos en cuanto a si el concebido debe ser considerado como hijo matrimonial, extramatrimonial o de padre desconocido, y, si debe o no gozar de derechos sucesorios en su calidad de heredero; debiendo tenerse en cuenta que el nuevo ser ha sido concebido con semen pre conservado del progenitor fallecido.

En la legislación argentina su Código Civil y Comercial ha establecido:

“Art. 2279. – Personas que pueden suceder

Pueden suceder al causante:

- a) Las personas humanas existentes al momento de su muerte;
- b) Las concedidas en ese momento que nazcan con vida;
- c) Las nacidas después de su muerte mediante técnicas de reproducción humana asistida, con los requisitos previstos en el artículo 561;
- d) Las personas jurídicas existentes al tiempo de su muerte y las fundaciones creadas por su testamento” (s.p).

Así pues, tenemos que Ferrer (2015) ha manifestado que un hijo nacido producto de una reproducción artificial asistida tendrá la filiación que le corresponde de su padre fallecido, así como también podrá acceder a los derechos sucesorios del mismo, siempre y cuando el causante haya prestado su consentimiento con las formalidades que establece el Código Civil y Comercial de Argentina.

A su vez, Rodríguez (s.f) agrega:

El principal problema no radica en determinar quién es el progenitor del niño, sino en decidir la clase de filiación (matrimonial o no matrimonial), pues si la madre es inseminada tras el fallecimiento de su marido con espermatozoides de éste, sería muy complicado estimar que la filiación del hijo es matrimonial, pues en aplicación de la presunción de paternidad del artículo 116° del Código Civil, se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración

del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución (s.p).

En la legislación brasileña, tenemos que existe una gran polémica respecto a la inseminación artificial o fecundación in vitro post mortem, radicando la disyuntiva precisamente en que el hijo todavía no ha nacido al momento de producirse el fallecimiento del *de cujus*; y, como estar vivo es una de las condiciones para poder heredar, entonces se enfrentaría una gran problemática (Pisetta, 2016).

El Código Civil de Ecuador ha regulado los derechos sucesorios solo para el caso del hijo póstumo, conforme lo indica su artículo 243° que a tenor prescribe:

“Muerto el marido, la mujer que se creyere embarazada podrá denunciarlo a los que, no existiendo el póstumo, serían llamados a suceder al difunto. La denuncia deberá hacerse dentro de los treinta días subsiguientes al día en que tuvo conocimiento de la muerte del marido” (s.p).

Respecto a la legislación española, tenemos que Roca Trías indica:

El art. 9° de la Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, no atribuye de modo explícito derechos sucesorios a los nacidos fruto de estas técnicas, pero sin embargo puede inferirse la atribución implícita de tales derechos al determinar o facilitar la determinación de la filiación del hijo respecto al varón fallecido. La conclusión contraria conduciría a sostener la inconstitucionalidad del precepto por vulneración del principio de igualdad del art. 14° de la Constitución española, porque se trataría a hijos genéticos del mismo padre y de la misma madre de forma distinta en lo que se refiere a los derechos sucesorios (Rodríguez, 2015).

Volviendo nuevamente a la legislación brasileña, tenemos que existe una gran polémica respecto a la inseminación artificial o fecundación

in vitro post mortem, radicando la disyuntiva precisamente en que el hijo todavía no ha nacido al momento de producirse el fallecimiento del *de cuius*; y, como estar vivo es una de las condiciones para poder heredar, entonces se enfrentaría una gran problemática (Pisetta, 2016).

Sin embargo, teniendo en cuenta que su actual Código Civil protege los derechos del no nacido desde la concepción, podría concluirse que el embrión al ser feto por ya estar concebido, tiene tutela frente a dicha situación. Caso distinto ocurre cuando ni siquiera existe concepción al momento del fallecimiento del progenitor, pues sólo existirían espermatozoides y óvulos crio preservados (Pisetta, 2016).

No obstante, pueden ocurrir dos situaciones: la primera es que la fecundación se produzca con los espermatozoides congelados del hombre al momento de su muerte y la segunda, el embrión ya crio preservados han sido concebidos antes de la muerte del hombre. Así los hechos, el inciso III del artículo 1.597° del Código Civil Brasileño del 2002 no fija un límite temporal para que ocurra la concepción y, entonces ya se ve la problemática de una espera por tiempo indefinido de eventual utilización del material genético crio conservado del fallecido (Pisetta, 2016).

Finalmente, Pisetta (2016) manifiesta:

Existe la posibilidad de aquel que todavía no es concebido, o sea, cuando ni siquiera existe embrión. El no concebido puede ser beneficiado con la herencia del, *de cuius*, a través del testamento, por fuerza del inciso I del artículo 1.799° del Código Civil Brasileño. No obstante, fue fijado el límite temporal de dos años de abertura de la sucesión para que ocurra la concepción (párrafo 4 del artículo 1.800°), a fin de evitar la espera eterna (p. 372).

Los gametos y su naturaleza jurídica

En la legislación peruana tenemos que a través de la Ley N° 26842, Ley General de Salud, en el artículo 8 indica que toda persona tiene derecho a recibir órganos o tejidos, así como a disponer de ellos con fines de trasplante, injerto o transfusión.

En ese sentido, tenemos que Barboza (2018) señala que, si bien la Ley General de Salud hace referencia a la donación de tejidos, puede considerarse a los gametos como tejidos, sin admitir posibilidad alguna de que los mismos sean donados por un tercero ajeno a la pareja, debido a la condición de que la madre genética y gestante sean la misma persona.

Acerca de la formación de los gametos, tenemos que el proceso mediante el cual se producen cambios cromosómicos y morfológicos para tener lugar posteriormente la fecundación, se denomina gametogénesis; es a través de este proceso de meiosis que se reducen la cantidad de cromosomas y maduran los gametos; en el caso de los gametos masculinos el proceso se denomina espermatogénesis y se inicia en la pubertad, en el caso de las mujeres, se llama ovogénesis y se inicia desde el periodo fetal, permanece latente en la infancia y en la pubertad maduran formando una célula en cada ciclo menstrual (López, 2012).

Canessa (2008) señala que se entiende por gametos a las células sexuales tanto masculina como femenina, que no viene a ser más que el óvulo de la mujer y el espermatozoide en el caso del varón.

Los gametos son considerados como productos corporales que tienen una naturaleza jurídica compleja, es así que hablar de la obtención y utilización de los gametos, así como de la protección de los derechos de las personas que pueden resultar afectadas resulta un tanto difícil (Aparicio, Nicolás y Romeo, 2018).

Gaona (2019) entiende por gametos a las células reproductivas que se encuentran en las gónadas o también conocidos comúnmente como órganos sexuales, en el ser humano se encuentran dos tipos de gametos, los femeninos que son los óvulos y los masculinos que son los espermatozoides.

La Enciclopedia de Salud define al gameto como una célula germinal madura masculina y femenina que al unirse forman un huevo, siendo la célula masculina conocida como los espermatozoides y la femenina está constituida por los óvulos (Rodríguez, 2015).

Escobar (2007) señala que el gameto es la célula germinal masculina (espermatozoide) o femenina (óvulo); siendo el caso que el espermatozoide es quien fecunda o fertiliza al óvulo dando paso al nacimiento y desarrollo de un nuevo ser humano.

El espermatozoide no es más que una célula haploide que constituye el gameto masculino y tiene por función formar un cigoto totipotente al ser fusionado con el gameto femenino para de esa forma poder dar lugar a un embrión (Avilés, 2011).

Por otro lado, Gamarra (2004) indica que las mujeres son las portadoras de millones de ovocitos en los ovarios, los cuales maduran en cada ciclo menstrual y se alojan en las trompas de Falopio, donde esperan encontrarse con los espermatozoides para poder ser fecundado y dar vida a un nuevo ser.

Así pues, se debe tener en cuenta que para la creación de vida se necesitan de dos células germinales conocidas como gametos, uno femenino y otro masculino; siendo que ambos están compuestos por 44 cromosomas más dos sexuales; y que de su fusión se formará una célula llamada cigoto (Gamarra, 2004).

En cuanto al cigoto, tenemos que López (2010) indica que en conjunto con la célula se encuentran dotados de una organización celular que la diferencia de los gametos, pues posee polaridad y asimetría debido

a que sus componentes se reordenan en base al trazado de los ejes que forman la estructura corporal, proceso de autoorganización que resulta de la fusión de los gametos paterno y materno.

En ese sentido, puede concluirse que el cigoto posee más información genética que el genoma resultante de la fusión de los gametos (espermatozoide y óvulo) de sus progenitores, por lo que, el cigoto tiene la condición de ser viviente dentro de su especie que no puede ser comparado con el de una célula viva, ya que esta última no puede crecer ni desarrollarse (López, 2010).

El mal manejo para seleccionar los donantes puede comprometer la calidad de los gametos. Por ello, Valdiglesias (2021) citando a Valencia afirma que:

La creciente demanda de gametos donados, así como también el incremento en la disponibilidad de donantes podría aumentar en cierta forma el peligro de cometer errores de juicio al momento de la selección de donantes, por esta razón es importante considerar los aspectos morales y éticos que estos procedimientos requieren para así evitar poner en riesgo la generación de una nueva vida persiguiendo únicamente el éxito tecnológico o monetario (p.2).

Asimismo, Viera (2019) señala lo siguiente:

Argumento que la producción del parentesco biotecnológico con gametos de «donación» en el contexto uruguayo genera dos circuitos específicos de producción y circulación de gametos. Uno de producción y circulación de semen, orientado en mayor medida a la producción del parentesco homosexual o la filiación de mujeres sin pareja, y otro de producción y circulación de ovocitos que contribuye al parentesco heterosexual. Lejos de resultar una obviedad consecuencia de la ausencia del gameto masculino en el caso de la primera de estas formas de parentesco, advierto que esta especialización se explica por mecanismos que no se limitan

a las condiciones biológicas, aunque necesariamente dialogan con éstas (p. 161).

Martínez (2010) señala que las células madres de los gametos inician su diferenciación en etapas tempranas del desarrollo embrionario de la siguiente manera:

Hacia los días 16-18 después de la fecundación, algunas células epiblasticas del embrión se convierten en células germinales primordiales (CGP); los días 21-22 las CGP se localizan en la pared de la parte caudal del saco vitelino y comienzan su migración hacia las glándulas sexuales primitivas del embrión, desde ese momento hasta el final del 2° mes de la fecundación se inicia una intensa multiplicación celular mediante mitosis (p. 217).

Continuando con la formación de los gametos, tenemos que, de tratarse de un feto femenino, en el 3° ms de gestación las ovogonias primitivas inician meiosis y duplican el ADN hasta la finalización del intercambio de segmentos cromosómicos paternos y maternos. Posteriormente el proceso de meiosis se reanuda a los 11-14 años de vida de la niña que es cuando se terminan de formar los gametos femeninos (Martínez, 2010).

Sobre las características de los gametos, tenemos que el gameto masculino (espermatozoide) tiene la mitad de la información genética de las que tiene el otro gameto femenino; por lo que, al unirse ambos se forma un nuevo ser vivo con la cantidad de información genética que constituye el ADN que se transmite de padres a hijos.

Por otro lado, tenemos que existen diversas formas de obtener el material genético o gametos del varón, al respecto Gómez indica que estas formas pueden ser a través de la criopreservación antes de su fallecimiento con un consentimiento informado, por biopsia cadavérica del testículo y por flushing vaginal (Sánchez, Martínez y Fernández, 2018).

Escobar (2007) señala que existen bancos de gametos de donantes anónimos que son base para la reproducción asistida, pues son considerados con una esperanza para aquellas personas que padecen problemas de infertilidad, sea masculina o femenina.

Asimismo, indica que en diversos países tales como Estados Unidos, España, Suiza, Dinamarca, China, Alemania, entre otros; existen bancos de semen con fines de exportación, de la misma forma que existen bancos de embriones para su posterior implantación en el útero de la madre que llevará todo el proceso de gestación (Escobar, 2007).

Por otro lado, tenemos que tener en cuenta que la unión de los gametos masculinos y femeninos, en la actualidad no tienen lugar única y exclusivamente a través del acto sexual, sino que dicha unión se ha logrado realizar en laboratorios a través de las técnicas de fundación asistida (Gamarra, 2004).

Morales (citado por García, 2015) señala que al unirse los gametos (espermatozoide y óvulo) se inicia una nueva vida, es decir, con la fecundación de los gametos de ambos progenitores, sin embargo, se plantea la interrogante, de si en ese preciso momento de la unión se da la concepción o esta proviene después.

Aparicio, Nicolás y Romeo (2018) indican que, en cuanto a la naturaleza jurídica de los gametos humanos, éstos son considerados en primer lugar como material biológico separado del cuerpo humano; y, por otro lado, también son considerados como un soporte de información genética.

Al respecto Cabrera (2014), con quien compartimos opinión, considera:

Darles a los gametos la naturaleza jurídica de “cosas” pareciera ser lo más razonable para el caso que los mismos se encuentren ya separados del cuerpo de la persona de la cual provienen, Es este

el caso de los donantes de espermatozoides y óvulos para los procesos de reproducción asistida: en efecto, en este contexto en particular, los gametos ya han dejado de formar parte del cuerpo del donante, aunque el mismo aún se reserva un derecho de propiedad sobre ellos (p. 4).

Por otro lado, tenemos que para el Common Law los materiales biológicos solo pueden ser considerados como cosas u objetos de propiedad cuando han sido destinados a algún uso en específico, por ejemplo, para operaciones de trasplante de órganos o tejidos, extracción de ADN o pruebas en juicios (Aparicio, Nicolás y Romeo, 2018).

En la doctrina argentina existe un vacío legislativo en cuanto a lo que debe entenderse por el término “gameto”, pues ni la Ley N° 26.862 ni su Decreto Reglamentario 956/2013 han brindado una definición al respecto; no obstante, el Glosario de Terminología en Técnicas de Reproducción Asistida conceptúa lo que se entiende por donación de embriones, indicando que “es la transferencia de embriones resultantes de gametos (espermatozoides y ovocitos) que no se originaron de la receptora y su pareja” (Cabrera, 2014).

En la legislación española, tenemos que los gametos son considerados como cosas u objetos de propiedad privada de la persona de la cual provienen; y, por tanto, será este quien decida sobre su destino, teniendo en cuenta las restricciones o limitaciones legales respecto a la posible comercialización del material biológico (Aparicio, Nicolás y Romeo, 2018).

Por otro lado, tenemos que Aparicio, Nicolás y Romeo (2018) precisan que los principios aplicados al material biológico deben ser idénticos a los que se utilicen en los datos personales; pues, el gameto tiene la condición de soporte de información genética del sujeto fuente, el cual es considerado como propietario del gameto.

Por último, Cabrera (2014) manifiesta que existen dos posturas respecto a la naturaleza jurídica de los gametos; la primera considera a los gametos como derechos personales al constituir el soporte de una persona y ser portadores de rasgos físicos y psíquicos. La segunda gira en torno a determinar a los gametos como una parte de la persona, que al ser separada de él se convierten en una cosa susceptible de generar derechos patrimoniales reales.

Titularidad de los gametos

Es materia de investigación en el presente trabajo la disposición de los gametos del causante, por lo que, para hablar acerca de ellos debemos tener en cuenta algunas precisiones previas respecto a las diversas técnicas de reproducción humana asistida.

Al efecto, es preciso mencionar que la reproducción en los seres humanos surge del amor y las relaciones sexuales mantenidas por una pareja con ánimo de procrear; no obstante, sin necesidad de que medie el amor entre dos personas, tanto la mujer como el hombre están predispuestos por naturaleza a crear vida a través de la reproducción.

Sin embargo, desde antaño se presentaban casos donde las parejas no podían procrear naturalmente, viéndose limitado de esta manera su derecho a la reproducción humana; por lo que, ante dicha situación la ciencia y genética no fueron indiferentes; pues a través de los grandes avances de la ciencia fue posible fecundar un embrión luego de procedimientos técnicos realizados por personal capacitado para ello luego de la obtención de los gametos del hombre y la mujer.

Esparza (2018) expone:

Es necesario tener en cuenta que las expresiones origen genético y origen biológico no son exactamente equivalentes: la primera se refiere a la llamada herencia genética, o patrimonio genético; mientras que la expresión origen

biológicos abarca, además del dato genético, otros aspectos comprensivos de la vida (bio) de una persona, tales como los vínculos afectivos trabados con otras personas (abuelos, hermanos, etcétera), que integran su propia historia (p.4).

Sobre el derecho a la reproducción, tenemos que el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, ha señalado que la salud reproductiva es la capacidad para reproducirse y la libertad de adoptar decisiones informadas, libres y responsables al respecto, así como de tener acceso a la información correspondiente y los servicios de salud reproductiva (Goicochea, 2018).

Siendo ello así, las técnicas de reproducción humana asistida han logrado alcanzar gran importancia no solo en el ámbito de la medicina sino también para el derecho. Es así, que Escobar (2007) señala que el avance de la tecnología ha permitido que en la actualidad las parejas tengan hijos a través de diversos procedimientos o técnicas haciendo uso de su espermatozoides y óvulos.

Esparza (2018) señala que las técnicas de reproducción humana asistida se pueden realizar a través de diversas técnicas, tales como manejo in vitro de ovocitos humanos, espermatozoides y embriones para el propósito de la reproducción; incluyéndose también a la fertilización in vitro, transferencia de embriones, biopsia embrionaria, prueba genética de preimplantación, eclosión asistida, transferencia intrafalopiana de gametos, transferencia intrafalopiana de cigotos, gametos y crioconservación de embriones, semen, donación de ovocitos y embriones, entre otros.

Sobre el concepto y tratamiento de las técnicas de reproducción humana asistida, tenemos que Santamaría citado por Pérez (2015) indica que:

Entendemos por técnicas de reproducción humana asistida al conjunto de métodos biomédicos, que conducen a facilitar, o subsistir, a los procesos biológicos naturales que se desarrollan durante la procreación humana, como la deposición del semen en la vagina, la progresión de los espermatozoides a través de las vías genitales femeninas, la capacitación del espermatozoide una vez eyaculado, la fertilización del óvulo por el espermatozoide (p. 48).

Varsi citado por Saavedra (2018) señala que desde la perspectiva jurídica las Técnicas de Reproducción Asistida son entendidas como los métodos que se emplean para reemplazar en la persona o pareja los problemas de infertilidad que tuviere y lograr de esta forma que tengan descendencia.

Junquera (citado por Gonzáles, 2017) indica que la reproducción asistida son las técnicas biomédicas que se emplean para favorecer directa o indirectamente la fecundación de los óvulos.

En nuestra legislación las técnicas de reproducción humana asistida se encuentran reguladas en la Ley N° 26842 al señalar lo siguiente:

“Art. 7°. – Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos. Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos”.

No obstante, nuestra legislación reconoce el derecho que tiene toda persona a reproducirse y procrear, debemos tener en cuenta en primer lugar lo que se entiende por derechos sexuales y reproductivos.

Así pues, Valdés (2012) indica que los derechos sexuales y reproductivos son considerados en la actualidad por una parte de la doctrina como derechos humanos fundamentales inherentes a toda persona, pues a nombre de ellos cualquier individuo tiene control y decisión libre y responsable sobre su sexualidad, salud sexual y reproductiva.

En la misma línea se señala que todas las personas tienen derecho a decidir sobre su reproducción, esto es, decidir respecto al uso o empleo de medidas de anticoncepción, tratamientos de fertilidad, infertilidad, medicamentos, tecnologías y tratamientos médicos que giren en torno a la reproducción humana (Valdés, 2012).

La Constitución Mexicana ha establecido el derecho de procreación indicando en su artículo 4° que toda persona tiene derecho a la libertad de procreación, pudiendo elegir con responsabilidad y plena libertad, el número y la forma en que tendrá hijos.

Ahora, en cuanto a las técnicas que permiten a parejas que no pueden concebir por causas naturales, debemos tener en cuenta que, Torres citado por Goicochea (2018) precisa que las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TERAS) son un conjunto de procedimiento que se caracterizan por su actuación directa sobre los gametos masculinos y femeninos a fin de poder lograr la fecundación de un nuevo ser.

Por su parte, Gaona (2019) refiere que las técnicas de reproducción asistida son tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides con la finalidad de llevarlos a lograr un embarazo.

Gaona (2019) refiere que la crioconservación o también llamado congelación de semen, es una técnica por la cual, valga la redundancia, se congela el semen para conservar y mantener espermatozoides a bajas temperaturas durante largos periodos de

tiempo sin que se pierda su capacidad a ser fecundados con posterioridad.

Respecto a la criopreservación de gametos y preembriones, tenemos que la Ley española 14/2006 ha señalado en su artículo 11° que el semen es factible de ser conservado en bancos de gametos autorizados, los mismos que pueden estar destinados a la utilización por la mujer o cónyuge de quien los congeló.

Se señala de la misma forma que gracias a la crioconservación del semen de una persona, es posible que muchas mujeres en la actualidad sean inseminadas con el semen de su marido muerto; técnica que es conocida en muchas legislaciones como la fecundación post mortem (Moadie, 2015).

Por otro lado, tenemos que Gamarra (2004) indica que la fecundación extracorpórea o in vitro es aquella que se da por la obtención del óvulo y el espermatozoide a través de un conjunto de intervenciones médicas con la finalidad de lograr la implantación del óvulo fecundado en el útero de la madre gestante, que puede ser la titular del óvulo o la adoptiva.

Sobre la fecundación in vitro convencional, Gaona (2019) señala que esta técnica está basada en la extracción de los óvulos de la mujer a través de punción en los folículos del ovario para su posterior fecundación con los espermatozoides del hombre y su posterior transferencia al útero de la madre, proceso que tiene lugar en un laboratorio especializado.

Tenemos que Cubillos (2013) precisa que en la mayoría de las legislaciones se ha regulado la inseminación artificial y la fertilización in vitro, sin embargo, en Dinamarca no se ha mencionado nada al respecto sobre estas técnicas de reproducción humana asistida.

No obstante, se hace referencia a que la fecundación extracorpórea o in vitro es el conjunto de intervenciones médicas en la que el semen es obtenido por la masturbación manual o mecánica para su posterior

fusión con los óvulos obtenidos por aspiración, proceso que tiene lugar en una plaqueta especial que permanece en una incubadora por dos días o hasta que se logre la fertilización para su posterior transferencia de los embriones al útero de la madre (Cubillos, 2013).

Canessa (2008) sobre la fecundación in vitro señala:

Esta técnica de procreación asistida es también denominada Fecundación Extrauterina, Artificial, Extracorpórea o en Laboratorio. Es una técnica por medio de la cual se provoca, fuera del cuerpo de la mujer la unión de un óvulo con un espermatozoide creando un cigoto, es decir la fecundación en una probeta; para dar como resultado un embrión, el que será implantado posteriormente en el útero de la cónyuge o de un tercero (p. 48-49).

Bagnarello (citada por Bonilla y Manosalva, 2019) señala que la fecundación in vitro es definida como una técnica de reproducción realizada de manera extracorpórea, la misma que consiste en una estimulación ovárica a través de medicamentos aplicados a la mujer para lograr obtener varios ovocitos por aspiración vía vaginal; posteriormente estos ovocitos serán fertilizados en el laboratorio in vitro para su posterior transferencia a la cavidad uterina de aquellos que hayan progresado a embriones.

Por otro lado, tenemos que Santamaría citado por Sacca (2019) señala que la fecundación in vitro es:

Es la técnica más usada dentro de las extracorpóreas, su procedimiento es el siguiente: La mujer se somete a una hiperestimulación ovárica, mediante un tratamiento hormonal para obtener múltiples ovocitos, los cuales se extraen mediante punción guiada por ecografía de los folículos. Se procede al cultivo de los ovocitos maduros con los espermatozoides, de los embriones resultantes, se transfieren tres, cantidad que es necesaria para la eficacia del procedimiento (p. 46).

Ahora, sobre la fecundación in vitro post mortem tenemos que Sánchez, Martínez y Fernández (2018) señalan que:

Cuando hablamos de fecundación postmortem hacemos referencia a una fecundación in vitro con el semen de un hombre fallecido, la técnica en sí puede resultar de dos maneras, o bien que el semen ya haya sido extraído y esté congelado, para lo cual el hombre tuvo que dar su consentimiento en vida, o bien que la mujer haga extraer el semen del hombre ya fallecido (p. 172).

Al respecto se indica que la extracción y el posterior almacenamiento del semen para un uso futuro se da en aquellos casos donde el hombre ha sido diagnosticado con una enfermedad grave o terminal y producto de los tratamientos, sus gametos pueden verse afectados e impedir la posibilidad de convertirse en padre a futuro; es por ello que el hombre toma la decisión de dejar una constancia de su consentimiento al momento de realizar la criopreservación; por lo que, cuando a futuro llegare a faltar el hombre, la mujer pueda hacer uso de los gametos y llevarse a cabo una fecundación post mortem (Sánchez, Martínez y Fernández ; 2018).

Por su parte, Alza (s.f) indica que la fertilización in vitro post mortem tiene lugar cuando se hace uso del semen congelado luego de fallecido el hombre con la finalidad de realizar una inseminación, es decir, que la concepción del embrión se da por medios artificiales teniendo como rasgo principal de que es realizada con posterioridad a la muerte del cónyuge.

Getino (2016) sobre la fecundación in vitro post mortem señala:

La fecundación in vitro post mortem debe ser estudiada como aquella fecundación en la que el varón progenitor consiente en que se utilice su material genético tras su fallecimiento. En dicho concepto se exceptúa la inclusión de implantar el gameto antes de

que fallezca, puesto que, en ese caso, sería meramente una fecundación in vitro (p. 13).

Por último, tenemos que sobre la fecundación post mortem Varsi (s.f) señala que hace referencia a los hijos póstumos, es decir, los concebidos por el padre en vida y que nacieron luego de su muerte, así como de aquellos hijos que fueron concebidos y nacieron después del fallecimiento de su progenitor.

Sobre las clases de fecundación post mortem, tenemos que Gaona (2019) precisa que esta se puede dar de diversas maneras:

La primera hace referencia a que la cónyuge practica la inseminación con el semen criopreservado del esposo fallecido, la segunda se da cuando la cónyuge hace extraer el semen del cadáver de su esposo recién fallecido a fin de engendrar un hijo sin importar si existe o no un consentimiento previo del extinto; y, la tercera se practica con la técnica de la transferencia de embriones post mortem, cuando el embrión ha sido concebido in vitro cuando ambos padres estaban vivos, realizándose la transferencia del embrión al útero materno después de la muerte del esposo (p. 37).

Moadie (2015) señala que la doctrina universal propone como prácticas para la fecundación post mortem las siguientes:

1. La técnica de criopreservación seminal con semen del marido o compañero fallecido, quien cuando vivía prestó su consentimiento para entregar a un banco sus gametos
2. La obtención por parte de la mujer del semen de su esposo o pareja fallecido, práctica que suele ser rechazada por no mediar el consentimiento expreso o tácito del causante
3. La transferencia de embriones post mortem, cuando su fecundación se ha producido in vitro al momento en que ambos padres estaban vivos, siendo transferido al útero materno después de la muerte del padre (p. 6).

Ahora respecto a la titularidad de los gametos, tenemos que Esparza (2018) considera que es necesario examinar estos temas tanto en ética como jurídicamente:

A medida que la cesión de células germinales se vuelve más común, se hace necesario examinar intereses que implican consideraciones éticas y jurídicas relevantes, y estos incluyen los derechos de autonomía y privacidad de los padres de intención, el derecho a la privacidad de los donantes y el derecho de los menores a conocer su origen genético (p.4).

Cabrera (2014) indica que “resulta necesario aclarar que el donante extrae estas “partes” de su cuerpo por su propia voluntad y mediante un consentimiento informado previo, no siendo forzado a hacerlo bajo ningún punto de vista (p. 4).

En la legislación argentina se indica que: “Si la donación se ha efectuado en un establecimiento diferente al del tratamiento, el titular del derecho deberá presentar una declaración jurada original del establecimiento receptor del gameto o embrión en la cual conste el consentimiento debidamente prestado por el donante” (Cabrera, 2014, p. 4).

Jiménez (2016) considera que las partes del cuerpo separadas del mismo constituyen cosas, pero las mismas no son de dominio público porque no pertenecen al Estado, ni a las Provincias ni a los pueblos, deduciéndose por ende que son res nullius o res derelictae, o sea de propiedad privada (p. 343).

Cabrera (2014) respecto a si deben considerarse o no cosas a los gametos, opina:

Haciendo un análisis apresurado podría llegarse a la conclusión de que, al ser cosas y por ende sujetas al derecho de propiedad de la persona de quien provienen, el sujeto podría en principio ejercer sobre ellas todas las atribuciones del

propietario sobre las cosas que le son propias (por ejemplo, hacerlos objeto de contratos) (p. 5).

Bergel (2011) es de similar idea al opinar que “aún en el supuesto de sostener que los gametos son cosas, son igualmente merecedores de una especial consideración y respeto por el sólo hecho de provenir de un ser humano y por su potencial posibilidad de generar una nueva persona” (s.p).

Dada la especial dignidad que este tipo de cosas representa por el solo hecho de provenir de un ser humano y por su finalidad en sí, las hacen merecedoras de un trato especial, que en definitiva podría traducirse en limitaciones impuestas por el Estado (a través de la figura del legislador) a una disponibilidad amplia o excesiva, lo cual sería incompatible en función de su origen humano (Cabrera, 2014, p. 5).

Sobre el uso de los gametos del fallecido

Respecto al uso de los gametos del fallecido, tenemos que Aguilar (Gaona, 2019) señala que hablar de fecundación post mortem implica la fecundación de los gametos femeninos con el gameto masculino de la persona fallecida; siendo los casos más comunes cuando el esposo deja en un banco de semen su esperma, para que una vez que el fallezca pueda ser utilizado por su esposa para gestar un hijo.

Así pues, la fecundación post mortem es aquella que se realiza después de la muerte del cónyuge o concubino, por lo que, para proceder a la aplicación de dicha técnica se hace uso del material genético del varón fallecido, el mismo que ha sido depositado previamente en un banco de semen o son recogidos al momento de su muerte para ser conservados y posteriormente utilizarlos para lograr el embarazo (Contreras, 2013).

En cuanto al uso de los gametos del causante, Contreras (2013) ha señalado que el procedimiento que se sigue en la fecundación post mortem es similar al utilizado en la inseminación artificial, puesto que, se utiliza semen congelado del *de cuius* para lograr la fecundación y embarazo de su cónyuge o conviviente supérstite.

Por otro lado, tenemos que López (1994) señala:

El consentimiento debe ser específico para la inseminación post mortem, y para que tenga lugar con mujer concreta: no será suficiente que el interesado deposite el semen disponiendo su empleo para la fecundación en vida, o reservándose la decisión sobre su utilización posterior. Los consentimientos genéricos no son aptos para persistir tras la muerte del que los da, la doctrina habla para ellos de su caducidad con el fallecimiento del que consintió, salvo explícita disposición en contrario del mismo (p. 119).

Geri (2019) refiere que uno de los problemas más frecuentes y de mayor impacto jurídico que ha traído consigo el empleo de las técnicas de reproducción humana asistida ha sido la determinación de la filiación procedente de un acto procreativo asistido; tornándose compleja la situación cuando el procedimiento se realiza luego del fallecimiento del varón que ha congelado sus gametos. Así pues, tenemos el caso que algunos países han regulado tal problemática y han establecido parámetros legales de solución, exigiéndose en la mayoría de ellas el consentimiento expreso del difunto.

Canessa (2008) sobre el mismo tema indica:

Dado el avance vertiginoso de la ciencia, hoy en día la problemática es amplia y es factible vislumbrar diversos problemas jurídicos en el ámbito del Derecho Civil como es el caso de la inseminación post mortem realizada con semen del

marido o conviviente previamente crio conservado. Además de que ya existe una gran interrogante sobre si se pueden usar los gametos congelados o no. También nos encontramos debatiendo si el nuevo ser debe ser considerado como hijo matrimonial, extramatrimonial o de padre desconocido, si del fallecido debe o no tener la condición de heredero o hasta cuando es factible y permitido la IAC post mortem: Claro está que “genéticamente” será hijo del marido o conviviente premuerto; sin embargo, la interrogante es si será “hijo legal” de dicho causante de acuerdo a nuestra legislación civil. (p. 43)

Gaona (2019) indica que existen una serie de elementos que deben mediar en la fecundación post mortem, siendo los mismos que la procreación se realiza a través de una fecundación in vitro o artificial; el fallecimiento del cónyuge se dé antes de la fecundación; la voluntad de la mujer para concebir un hijo de quien fue su esposo; y, por último, la más importante es la voluntad del padre para que una vez se produzca su deceso se realice el procedimiento de fecundación.

Zubero (2021) sobre el uso del material genético del fallecido:

El consentimiento bien presunto o implícito del fallecido ha sido estimado o tenido en consideración en otros ordenamientos jurídicos, como en EE. UU. o Israel. En este sentido, se ha discutido acerca del reconocimiento de una presunción positiva o negativa de la voluntad del causante ante su silencio, así como se ha contemplado la posible interpretación del consentimiento del fallecido con apoyo en hechos, pruebas testificales y documentos privados de aquel al objeto de hacer o no efectiva su autonomía de la voluntad sobre la extracción, conservación y futura utilización de sus gametos con fines reproductores. (p. 156)

Geri (2019) considera que es necesario un consentimiento expreso al indicar: Comparto la idea de que la crioconservación de gametos no es un indicio suficiente para presumir la voluntad procreacional (s.p).

Gaona (2019) considera que el consentimiento expreso debe ser un requisito fundamental para utilizar los gametos de una persona fallecida, para eso se basa en la legislación española que dice lo siguiente:

El único medio para determinar la filiación del hijo póstumo es mediante el consentimiento del marido o varón no casado. Este consentimiento debe ser personalísimo, sin que pueda ser prestado por representante, y respecto de una mujer determinada. Asimismo, el consentimiento debe ser expreso y específico para realizar una fecundación post mortem (p. 70).

Así, Llanos (2019) considera que: el consentimiento para el uso de gametos criogenizados debe darse expresamente, algo que no se puede realizar tras la muerte, salvo se haya dejado algún documento dejando consentimiento (p. 65).

Respecto del consentimiento para los casos de fecundación in vitro post mortem, se debe tener en cuenta que éste cumple un rol fundamental para los efectos de la filiación, pues al derivarse un concebido de las técnicas de reproducción humana asistida post mortem se pasará a discutir en el supuesto de fallecimiento de quien o quienes quieren ser padres (Herrera, 2017).

Pennings (Geri, 2019) indica que la relevancia del elemento volitivo en la reproducción humana asistida es fundamental y se extiende en los casos de reproducción post mortem, pues en la mayoría de los países avalan la utilización post mortem de los gametos y de los embriones, pero siempre y cuando el fallecido titular de los mismos haya prestado su consentimiento por escrito.

Por otro lado, se menciona que muchas veces la crioconservación de espermatozoides u óvulos no es accesoria a un tratamiento de reproducción asistida e incluso el sujeto no pretende procrear en un futuro cercano. Por el contrario, disponer del propio material genético y luego consentir la formación de un embrión revela, cuanto menos, la existencia de un proyecto parental con la otra persona que también ha otorgado su consentimiento (Geri, 2019, s.p).

Al respecto, Varsi (s.f) precisa que siendo la procreación artificial post mortem una práctica poco unánime en el derecho comparado, se debe tener en cuenta el cumplimiento de ciertos requisitos, tales como que el consentimiento del cónyuge a que otro utilice su material genético haya sido expresado en vida, la eficacia del consentimiento luego de la muerte del progenitor y el momento de la implantación y nacimiento a efectos de establecer la filiación.

Rivero (citado en García, 1999) señala que la exigencia del consentimiento del marido encuentra sustento por cuanto, de darse la inseminación artificial de una mujer casada con falta de este, estaría faltando a su deber de lealtad con su marido, tornándose dicha actuación en una falta de respeto que incluso podría dar lugar a una separación y divorcio.

Por otro lado, tenemos que Escribano (2016) señala los requisitos que son necesarios a efectos de que la mujer pueda utilizar el material genético de su pareja fallecida:

- a) El primero y más obvio, la muerte o declaración de fallecimiento del hombre
- b) El consentimiento del varón fallecido: dada la importancia que reviste éste, le dedicaremos un epígrafe específico
- c) Que se utilice el material reproductor de la pareja fallecida: aquí podemos diferenciar dos situaciones distintas. La primera que en el

momento del deceso dicho material estuviera crioconservado, la segunda que no lo estuviera, pero el hombre hubiera previsto para el caso de su fallecimiento la extracción del mismo, para la posterior inseminación de la mujer. Sin embargo, nos deberemos cuestionar si es posible hablar de reproducción asistida post mortem en caso de que se use semen de un donante anónimo, pero habiendo existido el consentimiento de la pareja para ello

d) Que se realice el proceso de la fecundación en un plazo de tiempo concreto (p. 1287).

En la legislación peruana tenemos que la Ley de Salud N° 26842 señala en su artículo 7° que, si bien toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, para la aplicación de las diversas técnicas de reproducción asistida se debe contar con el consentimiento previo, expreso y escrito de los padres biológicos.

Por su parte, Gaona (2019) indica que en la actualidad no existe en nuestro ordenamiento jurídico alguna ley específica que regule las técnicas de reproducción humana asistida y las implicas jurídicas que trae consigo su uso. Es por eso que el Ministerio de Justicia elaboró un proyecto de ley que, aunque no se logró aprobar, en el desarrollo de su contenido había previsto que el marido preste su consentimiento en un documento contenido sea en escritura pública, testamento u otro, que su material genético pueda ser utilizado por su mujer en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para lograr un embarazo.

Moy (2019) indica que:

La actual legislación peruana no regula de modo taxativo la filiación posterior a la muerte de una persona que, en vida, estando, deja congelados (técnica de crioconservación) su material genético (espermatozoides u óvulos) en un centro o laboratorio especializado para que sean fecundados, con posterioridad a su fallecimiento, por el cónyuge supérstite

mediante una técnica de reproducción humana asistida como la inseminación artificial o fecundación in vitro. (p. 45)

Al igual que en nuestra legislación, el ordenamiento jurídico cubano tampoco regula la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, sin embargo, se llevan a cabo procedimientos que permiten a las parejas que sufren de infertilidad lograr su deseo de ser padres a través del Programa Nacional de Atención a la Pareja Infértil (González y Morffi, 2019).

Tal es así, que se realizó una propuesta *lege ferenda* en la que se recomienda al Programa de Salud debe incluir la autorización o consentimiento mediante escritura pública notarial de las parejas a través de un proceso activo de elección informada; disponiéndose además de ello que cuando se trate de la crioconservación de gametos para una fecundación post mortem, se deberá regir la misma por un contrato firmado donde consten los términos de estricto cumplimiento por la pareja (González y Morffi, 2019).

En la legislación italiana tenemos que la Ley N° 40/2004 regula la reproducción artificial únicamente contemplando la posibilidad de que la mujer sea inseminada con los gametos de su cónyuge, excluyéndose de ese modo a los donantes anónimos y parejas del mismo sexo que se encuentren casadas o en uniones de hecho (Getino, 2016).

Germán (2011) expresa que en mérito a lo establecido por el ordenamiento jurídico italiano, las personas que únicamente son usuarias de la reproducción humana asistida son una mujer y un varón, sea que estén casados o que no estando al menos convivan, requiriendo además de ello, el consentimiento expreso de acceder a la procreación artificial así como el consentimiento de los cónyuges mediante un escrito conjunto ante el médico responsable del centro donde se vaya a llevar a cabo la reproducción asistida.

Un dato de especial relevancia, es que en el artículo 5° de la mencionada Ley italiana se señala que uno de los requisitos para que una pareja conformada por un varón y una mujer accedan a la reproducción humana asistida es que al momento de someterse a estas técnicas ambos deben estar vivos, prohibiéndose en tal sentido la fecundación asistida post mortem (Germán, 2011).

En la legislación argentina tenemos que Ferrer (2015) señala que la mujer al ser fecundada con los gametos masculinos de su esposo ya fallecido, se debe contar con el consentimiento renovado de ambos usuarios a efectos de determinar una filiación y derechos sucesorios, consentimiento que debe ser informado y seguir las formalidades previstas en el artículo 561° de su ordenamiento jurídico.

Continuando con la legislación antes mencionada, tenemos que, la voluntad procreacional materializada en un consentimiento informado legitima la realización del acto médico y también determina el vínculo filial entre los usuarios de las TRHA y el nacido. El consentimiento es un acto jurídico que en el ámbito de las tecnologías reproductivas debe ser exteriorizado por escrito (Geri, 2019, s.p).

Geri (2019) indica que en argentina se habla de una reconstrucción de la voluntad, pues el consentimiento presunto debe configurarse como una presunción legal *iuris tantum*; pues el consentimiento informado es uno de los pilares de su sistema jurídico.

A manera de ejemplo tenemos el caso argentino de la señora Paula Gaudino, quien contrajo matrimonio con don Javier Losinno en el 2005, siendo el caso que en el año 2010 ambos prestaron su consentimiento para la crioconservación de material genético, dado que la mujer padecía poliquistosis ovárica; posteriormente al señor Losinno se le diagnosticó cáncer y en el año 2011 falleció a consecuencia de la misma enfermedad. Por lo que, la viuda solicitó continuar con el tratamiento haciendo uso de los gametos de su

esposo y la clínica le exigió presentar una autorización judicial (Geri, 2019).

Ante dicha situación la señora, consideró necesario recurrir a los tribunales argentinos a fin de dar solución al conflicto de intereses, donde la jueza que intervino en dicho proceso resolvió fallando a su favor, fundamentando su decisión en que el fallecido al realizar la congelación de sus gametos debido a los problemas de fertilidad de su señora esposa prestó un consentimiento, debiendo presumirse que el fallecido ha consentido presuntamente que su esposa realice la fertilización de sus gametos a fin de procrear un nuevo ser (Geri, 2019).

Caso distinto es el ocurrido con una peticionante que solicita autorización para usar los gametos crio preservados de su esposo fallecido, quien no había dado su consentimiento expresa para que su esposa disponga de ellos luego de su muerte; y, pese a que la fecundación post mortem no se encuentra regulada en Argentina, la juez que tuvo a su cargo el caso consideró que no existían medios probatorios suficientes que al menos den indicios del cumplimiento del requisito del consentimiento informado que es exigido en ese tipo de procedimientos, conforme se da en otros ordenamientos jurídicos; por lo que, cuando una persona desea someterse a ese tipo de prácticas, deberán expresar ineludiblemente su voluntad procreacional ante el profesional a cargo de llevar el procedimiento aún después de la muerte de uno de los progenitores; llegando a la conclusión de negar la autorización solicitada por la recurrente (Sentencia 14133/2018).

Así pues, al resolver el caso precedente, el Juzgado Civil 7 de Buenos Aires en febrero del 2020 resolvió un caso sobre autorización judicial para la utilización del semen crio preservado de su cónyuge fallecido en un tratamiento de fertilización asistida post mortem, señalando en su punto V que los países que regulan la fertilización post mortem,

requieren necesariamente contar con un consentimiento informado previo; por lo que, resulta de suma importancia asegurar las condiciones de ejercicio y continuación de la voluntad procreacional, del proyecto parental y el plan de vida, respetando así los derechos personalísimos de la persona fallecida (Sentencia 14133/2018).

En la legislación francesa tenemos que la fecundación post mortem se encuentra prohibida por su ordenamiento jurídico, pues así ha sido señalado en su artículo L.2141-2 del Código de la salud pública al expresar que tanto el hombre como la mujer que formen una pareja deben estar vivos al momento de realizarse la transferencia de los embriones o la inseminación, así mismo deberán prestar su consentimiento previo; siendo imposible que se realice la transferencia de embriones si uno de los miembros de la pareja fallece o se revoca el consentimiento por alguno de ellos ante el médico encargado de llevar a cabo la asistencia médica para la procreación (Herrera, 2017).

Nuevamente Herrera (2017) nos presenta un caso ocurrido en Francia:

Se trata de una acción iniciada por una mujer ante un juez de référés del tribunal administrativo de París, con fundamento en el artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa. El objetivo es que ordenara a la Asistencia Pública —Hospital de París— y a la Agencia de Biomedicina, que adoptaran las medidas necesarias para que se exporten los gametos de su marido fallecido el 9 de julio de 2015 a un establecimiento de salud especializado español para realizar un procedimiento de reproducción asistida (p. 14).

En Alemania, también se ha prohibido con la Ley N° 745 del 13 de diciembre de 1990 la fecundación y transferencia autoritaria de embriones y fecundación post mortem, protegiendo a los embriones y sancionando a quienes practiquen y se sometan a este tipo de prácticas de reproducción con pena privativa de libertad de hasta tres

años para las personas que fecundan artificialmente un óvulo con espermatozoides de una persona fallecida (Moadie, 2015).

En la legislación colombiana tenemos que el único intento de legislar acerca de la procreación post mortem fue en el año 2001, con el Proyecto de Ley 151 que en su artículo 40° señaló que quedaba totalmente prohibido la aplicación de estas técnicas de reproducción humana asistida a las mujeres que su pareja o esposo hubiera fallecido antes de la aplicación de las mismas, aun cuando ya se hubiera realizado el depósito de los gametos de su esposo o pareja; ello con la finalidad de proteger al futuro niño su derecho a tener una familia; exceptuándose de dicha prohibición en caso de que la fecundación ya se hubiera realizado y sobreviniera posteriormente la muerte del marido, en cuyo caso si se procede a realizar la transferencia del embrión al útero materno (Moadie, 2015).

Así pues, tenemos que en Colombia no existe una legislación clara acerca de la inseminación post mortem, sin embargo, serán los órganos de administración de justicia quienes tengan en sus manos el poder de interpretación respecto al tema materia de estudio. En ese sentido tenemos que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el año 1994 sentó como precedente que el consentimiento previo del compañero o marido es vital para presumir la paternidad del hijo que ha sido procreado con su semen congelado a través de las técnicas de reproducción asistida (Bejarano, 2015).

En México, el Código Civil es indiferente respecto a la fecundación asistida; no obstante, es la Ley General de Salud la que se ha encargado de regular las técnicas de reproducción humana asistida, al consentir en su artículo 17° que el Consejo de Salubridad General será el encargado de opinar acerca de los nuevos estudios o técnicas a implantarse en los casos de infertilidad y esterilidad (Contreras, 2013).

En esa misma línea, la Ley General de Salud también establece en su artículo 466° acerca del consentimiento en este tipo de técnicas de reproducción asistida:

“Al que sin consentimiento de una mujer o aun con su consentimiento, si esta fuere menor o incapaz, realice en ella inseminación artificial, se le aplicará prisión de uno a tres años, si no se produce el embarazo como resultado de la inseminación; si resultara embarazo, se impondrá prisión de dos a ocho años. La mujer casada no podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada sin la conformidad de su cónyuge”.

A su vez, en la primera iniciativa de Ley presentada por una diputada en el año 1999 se consideró necesario regular en el tercer capítulo acerca de la fecundación post mortem, permitiendo la práctica de la misma siempre y cuando el cónyuge o conviviente haya prestado consentimiento mediante escritura pública o testamento que la esposa disponga de su material genético para ser fecundada dentro de los seis meses posteriores a su fallecimiento (Contreras, 2013).

En el caso de la legislación sueca respecto a la fecundación post mortem (Medina, 2004) tenemos que no se acepta la misma dado que el niño debe tener un padre y una madre desde su nacimiento, recomendándose que, al momento de realizarse la inseminación artificial con el semen del marido o conviviente, éste debería estar vivo.

Diferente es el caso de la legislación española que a través de su Ley N° 14/2006 de fecha 26 de mayo se reguló las técnicas de reproducción humana asistida, por medio de la cual se estableció en su artículo 6° inciso 3 que en caso la mujer estuviese casada, se necesitará del consentimiento de su marido antes de la utilización de las técnicas, el mismo que deberá ser consciente, formal y de libre expresión; dicho consentimiento no será requerido cuando exista

prueba fehaciente de que la mujer se encuentra separada legalmente o de hecho.

Así pues, respecto a la información, asesoramiento y consentimiento sobre las técnicas de reproducción humana asistida, tenemos que, en cuanto a la información, esta será proporcionada a todas las personas que vayan a participar de dicho proceso, incluyéndose a los donantes de material genético; una vez informadas respecto de los aspectos biológicos, jurídicos, éticos y económicos; la mujer receptora es la que deberá prestar su consentimiento a realizarse estas técnicas, para lo cual debe llenar un formulario de consentimiento informado, libre, consciente y formal (Berrocal, 2007).

Otro punto importante del consentimiento que ha considerado legislar el ordenamiento español, es aquel referente a la filiación respecto de los hijos nacidos de una reproducción asistida, para lo cual en su artículo 9° referente a la premoriencia del marido, en su inciso 2 ha señalado que el marido puede prestar su consentimiento en un documento recaído en escritura pública, testamento o documento de instrucciones previas, para que su material genético sea utilizado por su cónyuge en los 12 meses siguientes a su muerte. Dicho consentimiento puede ser revocado en cualquier momento antes de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida y se presumirá otorgado cuando el cónyuge superviviente se hubiera sometido a las técnicas de reproducción asistida antes del fallecimiento de su esposo.

En ese sentido, la legislación española es clara respecto al uso de los gametos de una persona fallecida o fecundación post mortem: estos no pueden ser utilizados si es que el causante no dejó consentimiento expreso, salvo en el exclusivo supuesto en que el cónyuge superviviente o la pareja de hecho del difunto hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de

preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento. (Zubero, 2021, p. 157)

Rodríguez (s.f) señala:

La Ley española del 2006 se refiere de forma expresa a las cuestiones concernientes a la filiación, del artículo 9° se deduce que, una vez cumplido el doble requisito del consentimiento del varón fallecido y el plazo temporal para la fecundación, es válida la reproducción artificial post mortem y de ahí deriva el reconocimiento ope legis de la existencia de una relación jurídica entre el hijo nacido por la aplicación de estas técnicas y el varón fallecido en caso de que éste sea el marido de la madre (s.p).

Opina Moadie (2015), respecto a la regulación de la concepción post mortem en la legislación española.

Uno de los países que expidió tempranamente una legislación amplia y clara sobre las técnicas de reproducción asistida fue España a través de la ley 35/1988, en la cual se establecía en relación con la fecundación post mortem (art. 9) un conjunto de reglas que podrían resumirse afirmando que, como principio general se excluye el empleo generalizado de la fecundación post mortem, pero si se admitía la práctica bajo ciertas condiciones (p. 8).

Escribano (2016) al realizar algunos comentarios sobre la Ley española que regula las técnicas de reproducción humana asistida indica que en cuanto al uso del material genético de la pareja el artículo 9° ha sido claro al exigir que el marido deberá prestar su consentimiento para que sus gametos sean utilizados; sin embargo, surgen algunas dudas respecto a la fecundación post mortem en caso de fallecimiento de su pareja, para que la esposa realice la fecundación de la mujer con material reproductor de un donante, habiendo el fallecido prestado su consentimiento para ello.

Al respecto una posición mayoritaria de la doctrina considera que el material genético de un donante no puede encontrar cabida en lo dispuesto por el artículo 9° de la Ley, ya que, tal precepto es claro al señalar que los gametos a utilizarse en la fecundación artificial serán los del marido; no obstante, otro sector de la doctrina como Fernández Campos considera que tal situación no es del todo desechable, pues, el motivo que conlleva a solicitar una fecundación post mortem es no necesariamente tener un hijo biológico del marido, sino cumplir un proyecto de vida, esto es, tener un hijo a pesar de los obstáculos naturales que se lo impidan (Escribano, 2016).

Puede concluirse entonces que la legislación española es el único ordenamiento jurídico que ha regulado sobre las técnicas de reproducción humana asistida, permitiendo a su vez el uso de la fecundación post mortem siempre y cuando el hombre hubiera manifestado su consentimiento por escrito o en testamento antes de su fallecimiento, debiendo tenerse en cuenta además de ello que la fecundación debe realizarse en los primeros seis meses contados a partir de la muerte del marido (Sánchez, Martínez y Fernández, 2018).

Escribano (2016) manifiesta que el consentimiento del varón en la inseminación artificial póstuma de su esposa, es fundamental o quizás el requisito más importante para llevarse a cabo dicha técnica de reproducción humana asistida. Así pues, se debe tener en cuenta la forma de este consentimiento, estando señalado en la legislación española en su artículo 6° inciso 3 que el consentimiento puede constar en una escritura pública, testamento o en un documento de instrucciones previas.

De la misma forma se indica que si bien cabe la posibilidad de utilizar el semen de la pareja fallecida por haber sido autorizado por la ley española con la única condición de que medie un consentimiento expreso del titular de los gametos; este de ninguna manera puede ser

suplido por la autorización de los parientes próximos o por una decisión judicial; pues el consentimiento del progenitor fallecido tiene naturaleza personalísima y por lo menos debe de existir algún indicio que conlleve a pensar que el causante deseaba que su pareja haga uso de su semen (Escribano, 2016).

III. METODOLOGÍA

3.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN

El tipo de investigación del presente trabajo será cualitativa.

3.2. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

La investigación que realizaremos será de naturaleza descriptiva - explicativa puesto que además de describir de modo sistemático, la disposición de los gametos del causante en miras a una necesaria regulación, precisaremos sus antecedentes dentro de ellos sus diversos componentes temáticos; doctrinas y elaboraciones teóricas nacionales y extranjeras; y a su vez su nula regulación en nuestra normativa, en suma no solo abordaré el desarrollo del marco teórico normativo; sino que realizaré un análisis y discusión de la doctrina en cuanto a la disposición de los gametos en miras de una propuesta de regulación en el Perú. Deduciendo con esto la contrastación de las hipótesis posteriormente formuladas con los resultados de la investigación teórica - empírica es la evidencia y prueba de que esta investigación transvasa los parámetros de una investigación descriptiva para ubicarse dentro de las investigaciones causales-explicativas.

3.3. CATEGORÍAS, SUBCATEGORÍAS Y MATRIZ DE CATEGORIZACIÓN (MATRIZ DE CONSISTENCIA)

OBJETIVOS	CATEGORÍA	SUBCATEGORÍA	PREGUNTA ORIENTADORA	FUENTES	TÉCNICAS
<p>Objetivo general:</p> <p>Determinar la titularidad de la disposición de los gametos del causante en la legislación peruana.</p> <p>Objetivos específicos:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Analizar el tracto sucesorio y la naturaleza del causante. - Estudiar los gametos entorno al derecho genético - Analizar la titularidad de la disposición de los gametos del causante en la legislación peruana. - Proponer un proyecto ley que determine la titularidad de los gametos del causante. 	Los gametos	<ul style="list-style-type: none"> - Definición - Características - Derecho Genético 	¿Quién tiene la titularidad de la disposición de los gametos del causante en la legislación peruana?	- Jueces	- Encuestas
	El causante	<ul style="list-style-type: none"> - Definición - Características - Derecho de Sucesiones 		- Fiscales	- Encuestas
	La titularidad de los gametos	<ul style="list-style-type: none"> - Derecho comparado - Legislación nacional 		- Abogados	- Encuestas

3.4. ESCENARIO DE ESTUDIO

El presente trabajo de estudio basado en la necesidad de implementar en la legislación peruana la disposición de gametos del causante, de tal forma que el investigador tiene que tener determinado el espacio geográfico donde va a llevarse a cabo la investigación, siendo este el territorio peruano.

3.5. PARTICIPANTES

La participación de los especialistas consta de 20 entrevistados, siendo todos abogados especialistas en la materia, 8 de ellos Jueces, 4 fiscales y 8 abogados litigantes con un promedio de 10 años de experiencia.

3.6. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

La técnica de recolección de información predominante estará basada principalmente en el enfoque cualitativo de análisis de contenido de doctrina y casuística nacional como comparada.

Los instrumentos de recolección de información están conformados por las fichas técnicas en las que constará de manera sistemática las variables con sus correspondientes indicadores.

Fichas de resoluciones, Fichas Textuales, Fichas de Resumen, Fichas Bibliográficas, Artículos y contribuciones en publicaciones selladas.

3.7. PROCEDIMIENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS E INFORMACIONES

El procedimiento de dicho trabajo de investigación se llevó a cabo en tres etapas, respecto a la primera vemos a la planificación y estructuración del planteamiento del problema, así como la redacción del marco teórico; en cuanto a la segunda etapa, se desarrolló el marco metodológico, así como se procedió a seleccionar los instrumentos de recolección de datos y su aplicación en el campo.

3.8. RIGOR CIENTÍFICO

Éste se refiere a aquellos procedimientos y técnicas que se han de desarrollar a lo largo de toda la investigación con el fin de cumplir y respetar las exigencias propias del proceso investigativo. Por ende, se requiere del proceso de recolección de la información, las mismas deben ser reales y no pueden ser modificadas a fin de lograr la validez de la información

IV. ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS

El análisis y discusión de resultados se llevará a cabo en base al enfoque cualitativo – cuantitativo, con principal estudio del contenido de la doctrina contemporánea nacional sobre la disposición de los gametos del causante en la legislación peruana; por ello es que se ha estudiado y analizado información referente a la problemática de estudio.

Se ha realizado una encuesta teniendo como base las preguntas siguientes:

1. ¿Conoce usted sobre los gametos, su criogenización y su uso en técnicas de reproducción asistida?
2. Cree usted que, ¿Existen limitaciones en la legislación peruana sobre el uso de gametos?
3. ¿Conoce usted quién sería el titular de dichos gametos en caso que quien haya decidido criogenizarlos fallezca?
4. Cree usted que, ¿Resulta necesario proponer mediante un proyecto de ley la incorporación de la titularidad de dichos gametos post mortem en la legislación peruana?

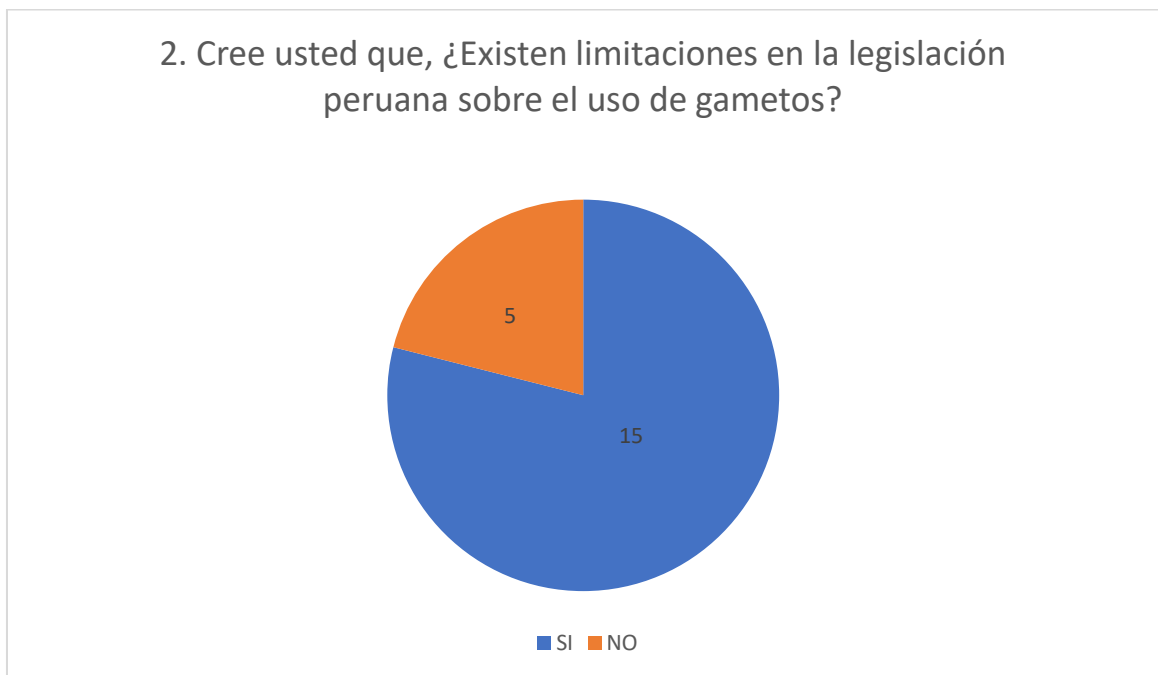
Los resultados obtenidos como respuestas a estos cuestionamientos son las siguientes, que fueron expuestos mediante gráficos:

GRAFICO 01



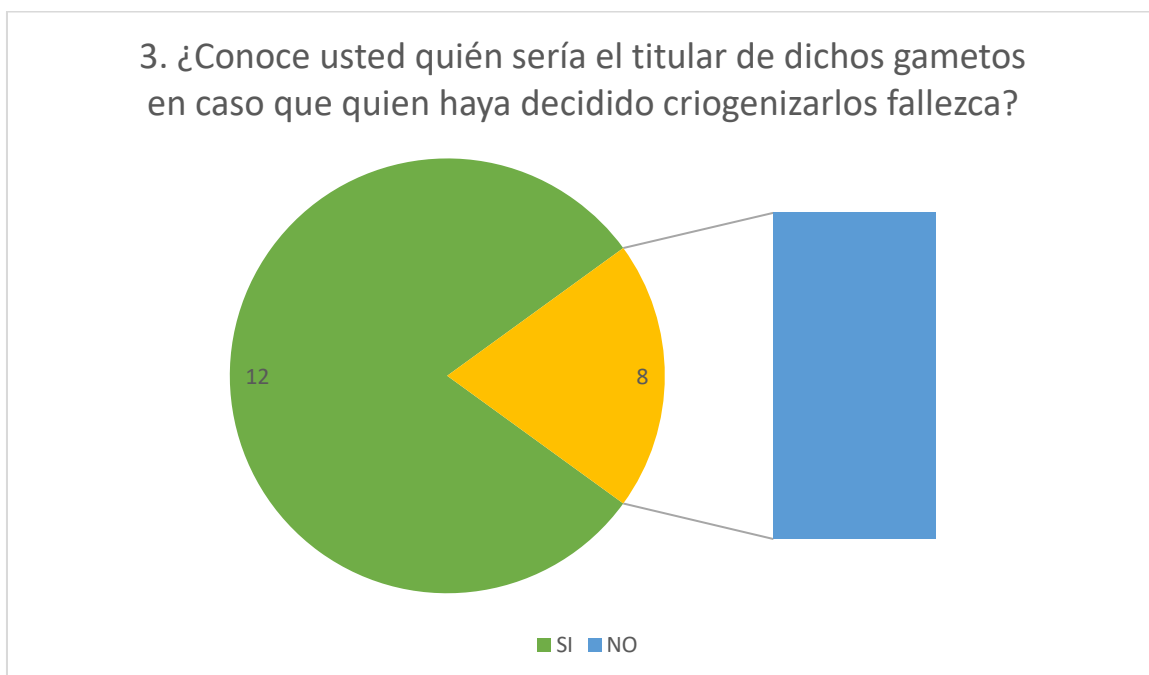
De los encuestados, 13 personas manifiestan que conocen acerca de los gametos, criogenización y su uso en las técnicas de reproducción asistida; mientras que, 7 de los encuestados manifiestan que desconocen sobre este elemento básico del derecho privado.

GRÁFICO 02



De los encuestados, 15 indican que sí existen limitaciones en la legislación peruana acerca del uso de los gametos, mientras que las 5 personas restantes desconocen sobre esta valoración.

GRÁFICO 03



De los encuestados, 12 personas han manifestado que sí tienen conocimiento acerca de quién sería el titular de los gametos criogenizados de la persona fallecido. Por el contrario, 8 de los entrevistados manifiestan desconocer sobre dicho tema.

GRÁFICO 04



Del total de encuestados, 16 personas han manifestado que sí resulta necesario proponer mediante un proyecto ley la incorporación de la titularidad de dichos gametos post mortem en la legislación peruana, ya que en otros ordenamientos como el español por ejemplo, existe una ley que regula expresamente problemas jurídicos que trae consigo el nacimiento de un nuevo ser producto de las técnicas de reproducción humana asistida; mientras que, las otras 4 personas han señalado que no resulta necesario regular dicha incorporación.

V. CONCLUSIONES

Habiendo analizado los alcances de la sucesión hereditaria y la disposición de los gametos del causante, se concluye lo siguiente:

Primero. – En cuanto a la titularidad de los gametos del causante, tenemos que al ser considerados como partes que se encuentran separadas del cuerpo, éstas constituyen cosas y por ende no pueden formar parte del Estado ni de cualquier persona, sino que las mismas son propiedad del titular, es decir, de la persona a la que corresponde el material genético, quien tendrá derecho y ejercerá todas las atribuciones que le correspondan.

Segundo. - Respecto a la sucesión y al causante, tenemos que en el caso en concreto que versa sobre los gametos y técnicas de reproducción artificial para su posterior concepción, debemos tener en cuenta que por la sucesión, las personas que son llamadas a suceder ocupan el lugar y asumen los derechos y obligaciones de su causante; y, al ser el concebido considerado por nuestra legislación peruana como un sujeto de derecho en todo cuanto le favorece, este también tiene derecho a heredar, siendo representado en caso aún no nazca, por su madre.

Tercero. - En cuanto a la naturaleza jurídica de los gametos, tenemos que existen dos teorías que nos explican ello. La primera de ellas es quienes consideran que los gametos son considerados como una parte del cuerpo, que, al ser separada de él, constituyen cosas, recayendo todo derecho de propiedad sobre ellos respecto del sujeto titular; y, respecto de la segunda teoría, tenemos que son considerados como portadores de rasgos físicos y psíquicos de una persona, al contener en ellos material genético que determina el carácter, la personalidad y otras características propias de una determinada persona.

Cuarto. – Respecto a la disposición de los gametos del causante, tenemos que nuestro ordenamiento jurídico no ha contemplado en alguna ley respecto a dicho tema; sin embargo, al ser materia de estudio otras legislaciones, como la española, podemos apreciar que en dicho país se cuenta con una ley que específicamente regula las técnicas de reproducción humana asistida, permitiendo la fecundación post mortem, bajo la única condición de que en vida, el causante haya sido informado previamente y autorizado a través de un consentimiento que su pareja utilice o disponga de su material genético en caso este fallezca para así poder cumplir el deseo de tener descendencia.

Quinto. – Al comparar nuestra legislación con la jurisprudencia y doctrina internacional, podemos darnos cuenta de que, pese a que en la actualidad la ciencia en cuanto a genética y biología ha ido cada año incrementándose más respecto a los niños nacidos productos de fertilizaciones artificiales, nuestros legisladores no han contemplado la posibilidad de avanzar acorde a dichas innovaciones. Es por ello que, considero de vital importancia que en nuestra legislación se contemple la necesidad de regular la disposición por parte del cónyuge o concubino supérstite de utilizar los gametos de su pareja o esposo fallecido.

VI. RECOMENDACIONES

Se recomienda a los operadores de justicia, profesionales y estudiantes de derecho, así como a cualquier interesado en el tema, estudiar y analizar de forma más amplia la disposición de los gametos de los causantes; con el propósito de poder determinar sus alcances y la necesidad de regular en la legislación peruana una ley que se encargue del estudio de las técnicas de reproducción humana asistida así como sus diferentes problemas jurídicos que se desprendan del mismo; tal como el caso en particular acerca de los gametos del causante usados por la mujer para ser fecundados o transferidos al útero materno.

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- Aguilar, B. (s.f). *Representación Sucesoria*. Obtenido de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/download/18429/18669/>
- Alza, C. (s.f). *El concebido in vitro post mortem y sus derechos sucesorios*. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7792261.pdf>
- Aparicio, F., Nicolás, P. y Romeo, S. (2018). *Aspectos jurídicos de la obtención y circulación de los gametos humanos*. Barcelona. Obtenido de <https://raco.cat/index.php/InDret/article/view/341926/432988>
- Arias, R. (2017). *Los derechos sucesorios del concebido post mortem procreado bajo técnicas de reproducción asistida*. Tesis para obtener el título profesional de Abogado. Obtenido de https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/31374/Arias_ORGD.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Avilés, K. (2011). *Estudio de la funcionalidad espermática, interacción de gametos y análisis proteico en espermatozoides Epididimarios y Eyaculados en la especie porcina*. Tesis doctoral. Universidad de Murcia. Obtenido de <https://www.tesisenred.net/handle/10803/108090>
- Barboza, Y. (2018). *La donación de gametos para la reproducción humana asistida desde la perspectiva biojurídica*. Tesis para optar el título de Abogado. Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Chiclayo, Perú. Obtenido de https://tesis.usat.edu.pe/bitstream/20.500.12423/1976/1/TL_Barboza_CalleYesly.pdf
- Bejarano, N. (2015). *Inseminación post mortem*. Institución Universitaria Politécnico Gran Colombiano. Obtenido en https://www.researchgate.net/publication/301360500_Inseminacion_

Post_Mortem_Derecho_comparado_Colombia-Espana_-
_BEJARANO_Nelson_2015

Bonilla, B. y Manosalva, C. (2019). *Regulación de la fecundación in vitro en Colombia y en el derecho comparado*. Universidad Libre Seccional Cúcuta, Colombia. Obtenido en https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/15690/Pape_r%20Especializaci%C3%B3n%20Derecho%20Constitucional.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Bustamante, E. (s.f). *La vocación hereditaria en el derecho sucesorio peruano*. Obtenido de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/download/18411/18651/>

Cabrera, R. (2014). *La donación de gametos en las técnicas de reproducción asistida*. Buenos Aires, Argentina. Obtenido De: <https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/2719/1/donacion-gametos-tecnicas.pdf>

Cámaro, R. y Romero, E. (2020). *Vulneración de los derechos sucesorios y sucesión intestada notarial en herederos forzosos en el distrito de Los Olivos año 2019*. Tesis para optar el título profesional de Abogado. Universidad Privada del Norte. Obtenido de <https://repositorio.upn.edu.pe/bitstream/handle/11537/25426/C%c3%a1maro%20Cisneros%2c%20Rub%c3%a9n%20Roger-%20Romero%20Suarez%2c%20Elmo.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Canessa, R. (2008). *Problemas jurídicos que plantean las técnicas de reproducción humana asistida*. (Tesis para optar el título de abogado en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos). Lima, Perú. Obtenido de https://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12672/192/Canessa_vr.pdf?sequence=1

- Chávez, J. (2019). *Los acuerdos de división y partición sucesoria de predios rurales realizados por Juez de Paz: Fundamentos jurídicos de Eficacia*. Tesis para optar el Título Profesional de Abogado. Universidad Nacional de Cajamarca. Obtenido de <https://repositorio.unc.edu.pe/bitstream/handle/UNC/3069/TESIS%20PARA%20REPOSITORIO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Contreras, B. (2013). *La fecundación post mortem y sus efectos en nuestro derecho*. Tesis para optar el título de Licenciado en Derecho. Universidad Nacional Autónoma de México. Obtenido de <http://132.248.9.195/ptd2013/noviembre/0706219/0706219.pdf>
- Cornejo, M. (2013). *El inicio de la vida humana, su protección y la despenalización del aborto*. Perú. Recuperado de: <https://revistas.unife.edu.pe/index.php/lumen/article/view/507/423>
- Cubillos, J. (2013). *Técnicas de reproducción asistida*. Universidad Nacional de Cuyo. Obtenido de https://bdigital.uncu.edu.ar/objetos_digitales/5218/cubillosjuanmanuel.pdf
- Del águila, E. (2018). *Simplificación en el derecho a petición de herencia mediante acta notarial de inclusión o exclusión de herederos en la provincia de San Martín año 2015*. Tesis para optar el título profesional de Abogada. Obtenido de https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/30796/delaguila_bg.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Escobar, I. (2007). *Derecho a la reproducción humana: inseminación y fecundación in vitro*. México: Scielo. Obtenido de: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932007000100005
- Escribano, P. (2016). *Algunas cuestiones que plantea la reproducción asistida post mortem en la actualidad*. Obtenido en https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.ph

p?id=ANU-C-2016-40125901320_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL_Algunas_cuestiones_que_plantea_la_reproducci%C3%B3n_asistida_post_mortem_en_la_actualidad

Esparza, R. (2018). *Regulación de la donación de gametos y embriones en las técnicas de reproducción asistida: ¿anónima o abierta?* México: Gaceta Médica. Obtenido de: <https://www.medigraphic.com/pdfs/gaceta/gm-2019/gm191b.pdf>

Ferrer, F. (2015). *Personas que pueden suceder al causante*. Argentina: La Ley. Obtenido de: https://www-2020.scba.gov.ar/leyorganica/CCyc30/pdfley/Ferrer_FranciscoAM_Personasquepueden_sucederalcausante.pdf

Gamarra, L. (2004). *Status jurídico del embrión en la República Argentina entre 1960 y 2004*. Universidad Abierta Interamericana. Obtenido de <http://imgbiblio.vaneduc.edu.ar/fulltext/files/TC057183.pdf>

Gaona, G. (2019). *La regulación del consentimiento paterno en las técnicas de reproducción asistida post mortem en el Perú*. (Tesis para optar el título de abogada en la Universidad Nacional de Piura). Perú. Obtenido de: <https://repositorio.unp.edu.pe/bitstream/handle/UNP/2140/DER-GAO-JIM-2019.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

García, M. Y Vásquez, M. (2015). *El derecho de alimentos del heredero concebido y otros supuestos favorables para él con relación a tal derecho*. Tesis para optar el título de abogado. Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo. Obtenido de https://tesis.usat.edu.pe/bitstream/20.500.12423/273/1/TL_GarciaGarciaMilagros_Vasquez%20AtocheMilagros.pdf

- García, G. (1999). *Derecho, procreación y ética. La filiación en el caso de la utilización de técnicas de reproducción asistida*. Obtenido de <http://aebioetica.org/revistas/1999/3/39/478.pdf>
- Geri, L. (2019). *Consentimiento presunto a las técnicas de reproducción asistida post mortem*. Revista de bioética y derecho. Universidad de Barcelona. Obtenido en <https://scielo.isciii.es/pdf/bioetica/n46/1886-5887-bioetica-46-00149.pdf>
- Germán, R. (2011). *Técnicas de reproducción humana asistida: determinación legal de la filiación y usuarias en el derecho comparado*. Obtenido de <http://aebioetica.org/revistas/2011/22/2/75/201.pdf>
- Getino, M. (2016). *Técnicas de fecundación asistida post mortem*. Universidad de León. Obtenido de <https://buleria.unileon.es/bitstream/handle/10612/6153/TFG%20MARTA%20GETINO%20ALONSO%20.pdf;jsessionid=E101BC697CC3CB540BA4902A1DA369B3?sequence=1>
- Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA), (2010) Obtenido de <https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/2719/1/donacion-gametos-tecnicas.p>
- Goicochea, W. T. (2018). *Realización plena del derecho reproductivo en el reconocimiento de la maternidad subrogada con disponibilidad de los medios que la posibilitan*. (Tesis para optar el título de Abogada, Universidad César Vallejo). Chiclayo, Perú. Obtenido de https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/34225/Goicochea_GWT.pdf?sequence=4
- Gonzales, S. (2017). *Situación jurídica y jurisprudencial de las técnicas de reproducción humana asistida en el Perú*. (Tesis para optar el título de abogado en la universidad Ricardo Palma). Lima.

- González, C. y Morffi, C. (2019). *Las técnicas de reproducción humana asistida*. Propuesta de lege ferenda en el ordenamiento jurídico cubano. Obtenido de <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/academia/article/view/6015>
- Herrera, M. (2017). *Un debate complejo: la técnica de reproducción humana asistida post mortem desde la perspectiva comparada*. IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C. Puebla, México. Obtenido de <https://www.redalyc.org/pdf/2932/293250096009.pdf>
- Jiménez, P. (2016). *La protección jurídica de los datos genéticos de carácter personal*. Granada: Edelman
- Llanos, P. (2019). *La filiación en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- López, N. (2010). *El cigoto de nuestra especie es cuerpo humano*. Obtenido de <http://www.scielo.org.co/pdf/pebi/v14n2/v14n2a02.pdf>
- López, N. (2012). *Biología del desarrollo. Cuaderno de trabajo*. Obtenido en <https://accessmedicina.mhmedical.com/book.aspx?bookid=1476>
- López, P. (1994). *Relaciones Civiles Derivadas de la Fecundación post mortem*. Obtenida en <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:BFD-1994-6-EB71E807/PDF>
- Martínez, M. (2010). *Actualización de conocimientos sobre formación de los gametos. Proceso de meiosis y fecundación*. Obtenido de <https://www.elsevier.es/es-revista-medicina-familia-semergen-40-pdf-S1138359310000584>
- Mejía, K. y Alpaca, J. (2016). *La prescriptibilidad del derecho de petición de herencia en el Código Civil Peruano*. Tesis para optar el título de Abogado. Obtenido en https://repositorio.uandina.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12557/478/Karina_Juan_Tesis_bachiller_2016.pdf?sequence=3&isAllowed=y

- Medina, A. (2004). *Reproducción asistida post mortem a la luz de la Ley 721 de 2001*. Universidad Industrial de Santander. Obtenido en <http://tangara.uis.edu.co/biblioweb/tesis/2004/112865.pdf>
- Moadie, V. (2015). *Reflexión crítica sobre la fecundación post mortem como técnica de reproducción asistida en el ordenamiento jurídico colombiano y su incidencia en el ámbito filial y sucesoral*. Obtenido de <https://cdsa.aacademica.org/000-061/327.pdf>
- Morón, M. (2021). *Parámetros legales para los donantes de espermatozoides en las técnicas de reproducción asistida, Miraflores año 2020*. Tesis para obtener el título de Abogada. Universidad autónoma del Perú. Obtenido de <https://repositorio.autonoma.edu.pe/bitstream/handle/20.500.13067/1473/Moron%20Garagorri%2C%20Melanny%20Ynes.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Moy, M. (2019). *La filiación post mortem en la reproducción humana asistida*. Lima, Perú: USMP. Obtenido de: <https://hdl.handle.net/20.500.12727/5703>
- Pérez, D. (2015). *Presupuestos éticos y jurídicos mínimos que se deben tener en cuenta ante una inminente regulación de técnicas de reproducción asistida en el Perú*. (Tesis para optar el grado de magister en derecho de familia) Universidad Santo Toribio de Mogrovejo. Lambayeque, Perú.
- Pisetta, F. (2016). *Inseminación artificial y fecundación in vitro homólogas post mortem: la filiación y la sucesión según la ley brasileña*. Obtenido de <file:///C:/Users/rivad/Downloads/53397-Texto%20del%20art%C3%ADculo-101172-2-10-20170301.pdf>
- Rodríguez, E. (2015). *Naturaleza jurídica de los gametos*. Obtenido de https://www.academia.edu/10162590/Naturaleza_jur%C3%ADdica_de_gametos

- Rodríguez, A. (s.f). *Reproducción artificial post mortem*. Obtenido de http://www.sasju.org.ar/interfaz/blog_nivel_3/97/archivos/05_04_rodriguez.pdf
- Sánchez, P., Martínez, N. y Fernández, E. (2018). *Fecundación in vitro post mortem*. Obtenido de https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/75355/1/CultCuid_50_16.pdf
- Santolaria, I. y Ramón F. (2020). *Determinación de la filiación y derechos sucesorios en la reproducción humana asistida post mortem en España*. Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de la Plata. Obtenido de [file:///C:/Users/rivad/Downloads/9740-Texto%20del%20art%C3%ADculo-36219-2-10-20210106%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/rivad/Downloads/9740-Texto%20del%20art%C3%ADculo-36219-2-10-20210106%20(1).pdf)
- Silva, N. (2018). *Responsabilidad civil por daños al concebido*. Chiclayo, Perú.
- Urcia, M. (2016). *El concebido en el sistema civil peruano hacia una conceptualización*. Chimbote, Perú: Universidad San Pedro Vicerrectorado de investigación. <http://repositorio.usanpedro.edu.pe/bitstream/handle/USANPEDRO/299/PI1650491.PDF?sequence=1&isAllowed=y#:~:text=%E2%80%A2%20C%C3%B3digo%20Civil%20Peruano&text=1%3A%20%22La%20vida%20humana%20comienza,largo%20proceso%20de%20su%20preparaci%C3%B3n>
- Valdés, C. (2012). *Del derecho a la vida y los derechos sexuales y reproductivos ¿configuración armónica o lucha de contrarios?* Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla. México. Obtenido en <http://www.scielo.org.mx/pdf/rius/v6n29/v6n29a12.pdf>
- Valdiglesias, B. (2021). *Propuesta de implementación de un Banco de Gametos Donados basado en estándares internacionales en un Centro de Reproducción Asistida en Perú*. (Trabajo de Suficiencia

Profesional para optar el título de licenciada en biología, Universidad peruana Cayetano Heredia). Lima, Perú

Varsi, R. (s.f). *determinación de la filiación en la procreación asistida*. Obtenido en <http://www.scielo.org.mx/pdf/rius/v11n39/1870-2147-rius-11-39-00006.pdf>

Viera, M. (2019) *Género y biocapitalismo Economía política de la «donación» de gametos en Uruguay*. (Tesis para optar por el título de doctorado en antropología, Universidad de la República Uruguay). Montevideo, Uruguay

Vilca, C. L. (2016). *Derecho de Sucesiones en el Código Civil Peruano de 1984*. (Tesis de postgrado, Universidad Autónoma San Francisco). Arequipa, Perú. Obtenido de <http://repositorio.uasf.edu.pe/bitstream/UASF/85/1/TextoCC.pdf>

Zubero, S. (2021) *Revocación del consentimiento prestado por el causante a la reproducción asistida post mortem*. Revista de derecho civil, volumen III. Recuperado de <https://revistas.ucm.es/main.php>

VIII. ANEXOS:

Anexo 1.- Cuestionario “La titularidad de la disposición de los gametos del causante en la legislación peruana”

CUESTIONARIO

“La titularidad de la disposición de los gametos del causante en la legislación peruana”

Instrucciones:

Se le agradece responder de manera breve y coherente el siguiente cuestionario, las respuestas aportadas son de manera confidencial y anónima protegiendo el derecho a la identidad de los encuestados, teniendo como finalidad el proceso de la presente investigación.

Condición:

Juez ()

Fiscal ()

Abogado(a) ()

Preguntas:

1. ¿Conoce usted sobre los gametos, su criogenización y su uso en técnicas de reproducción asistida? SI o NO.

SI ()

NO ()

2. Cree usted que, ¿Existen limitaciones en la legislación peruana sobre el uso de gametos? marque SI o NO

SI ()

NO ()

3. ¿Conoce usted quién sería el titular de dichos gametos en caso que quien haya decidido criogenizarlos fallezca? marque SI o NO

SI ()

NO ()

4. Cree usted que, ¿Resulta necesario proponer mediante un proyecto de ley la incorporación de la titularidad de dichos gametos post mortem en la legislación peruana? marque SI o NO

SI ()

NO ()

Anexo 2. - CAS. 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 SRI (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 (TFRAS) pues se ha sustentado 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

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CAS. N° 4323-2010

LIMA

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 anomalías del acto procesal, originado en la carencia de algunos de sus elementos constitutivos o en vicios

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CAS. N° 4323-2010

LIMA

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 PIV TC, 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.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CAS. N° 4323-2010

LIMA

Fundamentar los autos y las sentencias, bajo serción de verdad, 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 fundamentales¹. 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 judicial².

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 no encuadra en el supuesto de indebida motivación por

¹ COLOMER HERNÁNDEZ, ignacio. *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*. Tiranti lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 50-71. Colomer señala que "(...) el paso del Antiguo Régimen al modelo 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.

² MILLICONE, Onir. *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.uea.es/derechoconstitucional/investigacion/documentos/derecho-obtener-resolucion-fondo-milicone.pdf>, p. 16.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CAS. N° 4323-2010

LIMA

cuento el *Ad quem* a su criterio ha desarrollado un análisis respecto a la implicancia y trascendencia de la citada disposición; asimismo, este Supremo Tribunal ventos 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 aun, 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 crónica 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 donación de seres humanos.”* en ese contexto, se puede advertir que nuestra legislación admite las técnicas de reproducción asistida (TERAS), por lo que conviene señalar que tal y como se les ha reconocido en la declaración de Mónaco, sobre bioética y derechos del niño, son métodos supletorios no alternativos. Supletorios, pues buscan superar una deficiencia bioquímica que impide a

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CAS. N° 4323-2010
LIMA

la pareja tener descendencia cuando otros métodos han fracasado²; al respecto resulta oportuno indicar que existen dos tipos de TFRAS: a) inseminación artificial y b) fecundación in vitro, siendo que en el primer caso, el semen es introducido en la vagina de la mujer, siendo homóloga cuando el donante del material es el cónyuge o concubino y heteróloga cuando el donante es un tercero cuyas células reproductivas han sido obtenidas de un banco, mientras que en la fecundación in vitro, el espermatozoide y óvulo son unidos en un laboratorio y luego implantado en las entrañas de la madre para dar lugar a la gestación, siendo este último supuesto el caso de autos.

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 necesario. 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

² VAREI ROSSI GLIOSI Enrique. Derecho Genético, Cuarta Edición, Editorial GRILEY. Lima 2001. página 167.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CAS. N° 4323-2010

LIMA

permiso⁶, 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 se viene 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 TC 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 aceras 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 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

⁶ EXP. N.º 0013-2003-CC/TC, Encabezado 10.8 (línea b)

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CAS. N° 4323-2010
LIMA

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 Condon, con PRANOR SRL (Instituto de Ginecología y Reproducción – Clínica de Fertilidad Asistida y Ginecología Concebir) y María Nidia Alfaro Dávila, sobre nulidad.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CAS. N° 4323-2010
LIMA

de acto jurídico; y los devolvieron, interino como ponente, el señor
Juez Supremo Vinates Medina -

55.

ALMENARA BRYSON
DE VALDIVIA CANO
VINATEA MEDINA
CASTAÑEDA SERRANO

mas

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 caso de ser estimada, se disponería el reenvío de la causa al estado procesal correspondiente, impidiendo que sea factible el análisis de las normas materiales en las que se sustenta o debió sustentarse la resolución recurrida. **SEGUNDO -**

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CAS. N° 4323-2010

LIMA

Que, la doctrina ha conceptuado 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, desarrolló 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

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CAS. N° 4323-2010

LIMA

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 Embriónica 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

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CAS. N° 4323-2010

LIMA

"Convenio de Realización de Técnicas de Reproducción Asistida" señale en su Cláusula Cuarta lo siguiente (...). Por consiguiente, resulta evidente que los declarantes estaban autorizados la realización de un procedimiento contrario a una norma prohibitiva como el artículo 7 de la Ley General de Salud anteriormente citada. En consecuencia, el "Convenio de Realización de Técnicas de Reproducción Asistida" debe ser declarado nulo por violación del Artículo V del Título Preliminar del Código Civil; CUARTO. En cuanto al acto jurídico denominado "Autorización de Fertilización In Vitro y Transferencia Embrionaria" debe relevarse que, igualmente, contiene una autorización para que en el procedimiento de reproducción asistida pueden 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 utilizan criterios interpretativos distintos al gramatical; b) La atribución de una carga de valor a los conceptos

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CAS. N° 4323-2010

LIMA

indeterminados que aparezcan en los supuestos de hecho normativo, que implica razonabilidad; c) El esclarecimiento de las consecuencias, que la norma liga con el supuesto de hecho que se realiza mediante la utilización por parte del juzgador de alguno de los criterios hermenéuticos legalmente previstos; d) La adopción de una decisión por parte del intérprete (el Juzgador) cuando la consecuencia, establecida por la norma no este plenamente determinada. **OCTAVO.** Que, consecuentemente, al no esgrimirse los motivos que llevaron a determinar que la técnica HIV – 1b 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 178 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 Infacción Normativa Sustantiva denuncian los recurrentes, tomando en cuenta los efectos de

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CAS. N° 4323-2010

LIMA

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 envío 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 FRANCK 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

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 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 María Alicia Alfaro Dávila contra la sentencia de vista expedida por la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, su fecha treinta y uno de agosto de dos mil diez, la cual revoca la apelada que declaró infundada la demanda de nulidad de acto jurídico y reformando la declara fundada.

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

Esta Sala Suprema mediante resolución de fecha treinta y uno de marzo de dos mil once, declaró *procedente* el recurso de casación interpuesto por la causal: *Infraacción 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 sí señalar que la condición de madre genética y madre gestante debe recaer sobre la misma persona, realmente se refiere al denominado "vientro 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

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CAS. N° 4323-2010

LIMA

explora de la ovodonación, por tanto, dicha técnica no se encuentra prohibida en el Perú ni en otra parte del mundo

III. CONSIDERANDO:

PRIMERO.- Que, en el presente caso, se advierte que la sentencia 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.

SEGUNDO.- Que, en principio, conviene precisar que el artículo 7 de la Ley 26842 señala: *" Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos. Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la donación de seres humanos."* en ese contexto, se puede advertir que nuestra legislación admite las técnicas de reproducción asistida (TRAS), por lo que conviene señalar que tal y como se les ha reconocido en la

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CAS. N° 4323-2010

LIMA

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 fracasado⁵, al respecto resulta oportuno indicar que existen dos tipos de TFRAS: a) inseminación artificial y b) fecundación in vitro, siendo que en el primer caso, el semen es introducido en la vagina de la mujer, siendo homóloga cuando el donante del material es el cónyuge o concubino y heteróloga cuando el donante es un tercero cuyas células reproductivas han sido obtenidas de un banco, mientras que en la fecundación in vitro, el espermatozoide y óvulo son unidos en un laboratorio y luego implantado en las entrañas de la madre para dar lugar a la gestación, siendo este último supuesto el caso de autos.

TERCERO.- Que, debemos observar que la inseminación artificial permite la posibilidad de la maternidad subrogada o vientre en alquiler, lo cual no es nuestro caso y que además no se encuentra reconocida legalmente en nuestro país, sin embargo, los hechos sucedidos 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 necesario, 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 "todo lo está permitido al Estado aquello que expresamente le ha*

⁵ VAREI ROSSI GLIOSI Enrique. Derecho Genético, Cuarta Edición, Editorial GRULEY, Lima 2001, página 167.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CAS. N° 4323-2010

LIMA

ado conferido⁶, ello a diferencia de lo dispuesto para la ciudadanía, la que se rige por el principio de que "aquello que no está prohibido, está permitido", por consiguiente el citado procedimiento de "ovodonación" no es ilícito ni constituye delito, constituyendo más bien un vacío normativo y jurisprudencial.

CUARTO.- Que, habiendo quedado establecido que el proceso de fecundación cuestionado no deviene ilegal, corresponde verificar si los actos 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 *IVF* (é 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 asemas 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 lo dispuesto en el artículo 1 del Código Civil, artículo 4 de la Convención

⁶ EXP. N.º 0013-2003-CC/TC, fundamento 10.8 (línea b)

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CAS. N° 4323-2010

LIMA

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:

- d) Declararon **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto a fojas mil ciento trece por María Alicia Alfaro Dávila, 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
- e) **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
- f) **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano", bajo responsabilidad; en los seguros por Custodia Olsen Guispe Condori, con PRANOR SRL (Instituto de Ginecología y Reproducción Clínica de Fertilidad Asistida y Ginecología Concebir) y María Alicia Alfaro Dávila, sobre nulidad

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CAS. N° 4323-2010
LIMA

de acto jurídico; y los devolvieron, interino como ponente, el señor
Juez Supremo Vinates Medina -

55.

ALMENARA BRYSON
DE VALDIVIA CANO
VINATEA MEDINA
CASTAÑEDA SERRANO

mez

**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 caso de ser estimada, se
disponería el reenvío de la causa al estado procesal correspondiente,
impidiendo que sea factible el análisis de las normas materiales en las
que se sustenta o debió sustentarse la resolución recurrida. **SEGUNDO** -

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CAS. N° 4323-2010

LIMA

Que, la doctrina ha conceptuado 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, inculcados por los justiciables. **CUARTO.-** Que, asimismo, el inciso 6 del artículo 60 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

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CAS. N° 4323-2010

LIMA

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 aducidas 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 Embionaria 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

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CAS. N° 4323-2010

LIMA

"Convenio de Realización de Técnicas de Reproducción Asistida" señale en su Cláusula Cuarta lo siguiente (...). Por consiguiente, resulta evidente que los declarantes estaban autorizando la realización de un procedimiento contrario a una norma prohibitiva como el artículo 7 de la Ley General de Salud anteriormente citada. En consecuencia, el "Convenio de Realización de Técnicas de Reproducción Asistida" debe ser declarado nulo por violación del Artículo V del Título Preliminar del Código Civil; CUARTO. En cuanto al acto jurídico denominado "Autorización de Fertilización In Vitro y Transferencia Embrionaria" debe relevarse que, igualmente, contiene una autorización para que en el procedimiento de reproducción asistida puedan utilizarse gametos provenientes de terceros o del Banco de Gametos, los que luego de ser fecundados serían transferidos al útero de la mujer. Por consiguiente, también este acto jurídico transgrede una norma de orden público como resulta ser el artículo 7 de la Ley General de Salud". SÉTIMO. Que, en tal orden de ideas, analizado tal razonamiento se concluye que efectivamente el Colegiado Superior incurre en "error in cogitando", concretamente, en motivación insuficiente, al no haber justificado los motivos que llevaron a interpretar la norma contenida en el artículo 7 en base a los parámetros que la lógica exige como son: a) Determinación del sentido que tiene cada uno de los elementos que integran el supuesto de hecho de la proposición normativa, que se realizara mediante la utilización por parte del juzgador de algunos de los criterios hermenéuticos legalmente previstos, de ahí que sea necesario exigir a todo juez una adecuada indicación del criterio empleado para reconstruir el significado, especialmente cuando se utilizan criterios interpretativos distintos al gramatical; b) La atribución de una carga de valor a los conceptos

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CAS. N° 4323-2010

LIMA

indeterminados que aparezcan en los supuestos de hecho normativo, que implica razonabilidad; c) El esclarecimiento de las consecuencias, que la norma liga con el supuesto de hecho que se realiza mediante la utilización por parte del juzgador de alguno de los criterios hermenéuticos legalmente previstos; d) La adopción de una decisión por parte del intérprete (el Juzgador) cuando la consecuencia, establecida por la norma no este plenamente determinada. **OCTAVO.** Que, consecuentemente, al no esgrimirse los motivos que llevaron a determinar que la técnica HIV – E 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 178 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 Infacción Normativa Sustantiva denuncian los recurrentes, tomando en cuenta los efectos de

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CAS. N° 4323-2010

LIMA

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 envío 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 FRANOR 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