

**UNIVERSIDAD NACIONAL HERMILIO VALDIZÁN
ESCUELA DE POSGRADO**



**EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y SUS
IMPLICANCIAS EN EL DERECHO A CONOCER SUS
ORÍGENES BIOLÓGICOS: A PROPÓSITO DEL
CONFLICTO CON EL DERECHO CONSTITUCIONAL A
LA INTIMIDAD DEL CEDENTE DE
GAMETOS EN LAS PRUEBAS DE PATERNIDAD LIMA
2017**

LINEA DE INVESTIGACIÓN: DERECHO CIVIL

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO DE MAESTRO EN
DERECHO CIVIL Y COMERCIAL**

TESISTA: MARCO ANTONIO YAIPEN ZAPATA

ASESOR: DR. PEDRO PABLO SAQUICORAY AVILA

HUÁNUCO – PERÚ

2018

DEDICATORIA

A mi familia por su apoyo incondicional, por estar a mi lado en el logro de mis metas y objetivos profesionales.

Marco Antonio, YAIPEN ZAPATA

AGRADECIMIENTO

A Dios, a mi familia y a mi
asesor por sus sabios
consejos.

**Marco Antonio, YAIPEN
ZAPATA**

RESUMEN

Esta investigación plantea como objetivo: Determinar y conocer bajo qué criterios de proporcionalidad, cuál debe ser el derecho que prevalezca en el conflicto suscitado entre el derecho a conocer el origen genético e interés superior del menor frente a la tutela de la identidad del cedente del gameto (anonimato). El presente estudio es de tipo descriptivo y de corte transversal, cuyos resultados fueron Los resultados arrojaron que un 57.5% está de acuerdo con la inseminación artificial asimismo el 95% manifiesta que se debe preferir al menor en relación a un posible conflicto. Asimismo, el presente trabajo presenta como conclusiones lo siguiente:

Los avances realizados en la biotecnología han traído como consecuencia, diversos conflictos socio – éticos, vulnerando la dignidad de la persona humana que debe ser el paradigma permanente y base sólida del respeto a los derechos fundamentales contenidos y reconocidos en la Carta constitucional. Tomando en cuenta, además, la “Convención sobre los Derechos del Niño”, instrumento internacional que garantiza el derecho del menor a conocer su identidad u origen genético.

Desde la doctrina no tenemos el debate zanjado, mientras que algunos autores se encuentran de acuerdo con el derecho que debe tener la madre a conocer el origen genético del hijo, y que éste último conozca también su origen genético y que ambos tengan una relación cercana en virtud a poder tomar en cuentas diversos problemas que pueden surgir a raíz de características biofísicas por parte del cedente; siendo la posición de la mayoría de magistrados que formaron parte de la muestra del presente trabajo, el poder conocer la identidad cuando el motivo contenga razones suficientes o debidas lo cual conllevaría realizar una evaluación efectiva basada en criterios de proporcionalidad.

Palabras clave: Cedente, genético, menor, interés superior del niño.

ABSTRACT

The objective of this research is to determine and know under which proportionality criteria, which right should prevail in the conflict between the right to know the genetic origin and the superior interest of the minor and the protection of the identity of the assignor of the gameto (anonymity). The results showed that 57.5% agree with artificial insemination and 95% agree that the child should be preferred in relation to a possible conflict. Likewise, the present work presents the following as conclusions:

The advances made in biotechnology have resulted in various socio-ethical conflicts, violating the dignity of the human person, which must be the permanent paradigm and solid basis of respect for the fundamental rights contained and recognized in the Constitutional Charter. Also taking into account the Convention on the Rights of the Child, an international instrument that guarantees the child's right to know his or her genetic identity or origin.

The doctrine has not settled the debate, while some have stated that they agree with the mother's right to know the genetic origin of the germinal cell of the child, and that the child also knows its genetic origin and that both have a close relationship by virtue of being able to take into account various problems that may arise as a result of biophysical characteristics on the part of the assignor; Being the position of the majority of magistrates that formed part of the sample of the present work, to be able to know the identity when the motive contains sufficient or due reasons which would entail to carry out an effective evaluation based on proportionality criteria.

Keywords: Assignor, genetic, transferor, minor, higher interest

INTRODUCCIÓN

Esta investigación plantea como objetivo: Determinar y conocer bajo qué criterios de proporcionalidad, cuál debe ser el derecho que prevalezca en el conflicto suscitado entre el derecho a conocer el origen genético e interés superior del menor frente a la tutela de la identidad del cedente del gameto (anonimato).

En un estado social y democrático de derecho, la persona es el fin primordial y fundamental como titular en el reconocimiento de derechos, en la promoción y en la protección de los derechos de personalidad. Los cambios que implican el estado global junto a las innovaciones en el área social y biotecnología, implica la aparición de nuevos derechos que buscan ser visibilizados y por ende su reconocimiento en calidad de derechos civiles. La vida humana adopta nuevos escenarios como parte de las investigaciones científicas y con ella el derecho debe plantear respuestas concretas con el fin de plantear soluciones a los conflictos que de estas se desprendan. Todas estas respuestas tendrían que ser abordadas desde el concepto de la dignidad humana y su transversalidad en el respeto de los derechos fundamentales reconocidos en la constitución política.

Partimos del reconocimiento de los derechos de la personalidad a fin de plantear el problema que nos permita abordar la investigación. Al día de hoy se han planteado diversas respuestas desde la doctrina tal como ya se ha descrito en líneas anteriores, las mismas que resumen la discusión respecto a la identidad del cedente que debería ser conocida por la madre o el hijo o la reserva de la identidad del cedente. Quienes sostienen la primera posición, se amparan en que la identidad debe revelarse en base a razones fundadas sobre todo en salud y quienes se oponen, argumentan que debe mantenerse e incluso protegerse el derecho a la identidad por parte del cedente con el fin de mantener el orden general, los vínculos estables y con ellos, la filiación y la protección de la familia.

El presente estudio es de tipo descriptivo y de corte transversal, el presente trabajo presenta como conclusiones lo siguiente:

Los avances realizados en la biotecnología han traído como consecuencia, diversos conflictos socio – éticos, vulnerando la dignidad de la persona

humana que debe ser el paradigma permanente y base sólida del respeto a los derechos fundamentales contenidos y reconocidos en la Carta constitucional. Tomando en cuenta, además, la “Convención sobre los Derechos del Niño”, instrumento internacional que garantiza el derecho del menor a conocer su identidad u origen genético.

Desde la doctrina no tenemos el debate zanjado, mientras algunos autores se encuentran de acuerdo con el derecho que debe tener la madre en cuanto a conocer el origen genético del hijo, y que éste último conozca también su origen genético y que ambos tengan una relación cercana en virtud a poder tomar en cuentas diversos problemas que pueden surgir a raíz de características biofísicas por parte del cedente; siendo la posición de la mayoría de magistrados que formaron parte de la muestra del presente trabajo, el poder conocer la identidad cuando el motivo contenga razones suficientes o debidas lo cual conllevaría realizar una evaluación efectiva basada en criterios de proporcionalidad.

ÍNDICE

DEDICATORIA.....	I
AGRADECIMIENTO.....	II
RESUMEN.....	III
ABSTRACT.....	IV
INTRODUCCIÓN.....	V
CAPITULO I. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.....	1
1.1. Descripción del problema.....	1
1.2. Formulación del problema	13
1.3. Objetivo General y objetivos específicos.....	13
1.4. Hipótesis y/o sistema de hipótesis	14
1.5. Variables.....	14
Operacionalización de las variables... ..	15
1.6. Justificación e importancia.....	15
1.7. Viabilidad.....	16
1.8. Limitaciones	17
CAPITULO II. MARCO TEÓRICO	18
2.1 Antecedentes del problema de investigación	18
2.2 Bases Teóricas	37
2.2.1 DERECHO: REFLEXIONES SOBRE SU ONTOLOGÍA:	37
2.2.1.1 Una aproximación general a la ontología del Derecho: ...	37
2.2.2 Jurisprudencia	57
2.2.3 Doctrina:	59

SER HUMANO, PERSONA Y SUJETO DE DERECHO.....	65
Sujeto de derecho: El paradigma constitucional moderno en los sistemas jurídicos contemporáneos	70
Persona natural y concebido: Apuntes sobre sus diferencias	72
Los gametos: ¿Bienes jurídicamente protegidos?:.....	78
CIENCIA Y DERECHO: A PROPÓSITO DEL DERECHO GENÉTICO Y LA BIOTECNOLOGÍA:	80
Derecho Genético: Origen y desarrollo:	80
2.3 Definiciones Conceptuales	83
2.4 Bases Epistémicas	84
CAPITULO III. MARCO METODOLÓGICO.....	86
3.1 Tipo de Investigación	86
3.2 Diseño y esquema de la investigación	87
3.3 Población y muestra	88
3.4 Instrumentos de recolección de datos.....	88
3.5 Técnicas de recojo, procesamiento y presentación de datos	89
3.6 Técnicas de investigación	89
CAPITULO IV, RESULTADOS.....	91
4.1 Resultados del trabajo de campo.....	91
CAPITULO V. 5 DISCUSIÓN DE RESULTADOS	95
5.1 Contrastación de la hipótesis	95
5.2 Aporte científico de la investigación	96
CONCLUSIONES.....	97

SUGERENCIAS	98
BIBLIOGRAFÍA.....	99
ANEXOS	

CAPITULO I

PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1. Descripción del problema

“En un estado social y democrático de derecho, la persona es el fin primordial y fundamental como titular en el reconocimiento de derechos, en la promoción y en la protección de los derechos de personalidad. Los cambios que implican el estado global junto a las innovaciones en el área social y biotecnología, implican la aparición de nuevos derechos que buscan ser visibilizados y por ende su reconocimiento en calidad de derechos civiles. La vida humana adopta nuevos escenarios como parte de las investigaciones científicas y con ella el derecho debe plantear respuestas concretas con el fin de plantear soluciones a los conflictos que de estas se desprendan. Todas estas respuestas tendrían que ser abordadas desde el concepto de la dignidad humana y su transversalidad en el respeto de los derechos fundamentales reconocidos en la constitución política”.

“Partimos del reconocimiento de los derechos de la personalidad a fin de plantear el problema que nos permita abordar la investigación. Al día de hoy se han planteado diversas respuestas desde la doctrina tal como ya se ha descrito en líneas anteriores, las mismas que resumen la discusión respecto a la identidad del cedente que debería ser conocida por la madre o el hijo o la reserva de la identidad del cedente. Quienes sostienen la primera posición, se amparan en que la identidad debe revelarse en base a razones fundadas sobre todo en salud y quienes se oponen, argumentan que debe mantenerse e incluso protegerse el derecho a la identidad por parte del cedente con el fin de mantener el orden general, los vínculos estables y con ellos, la filiación y la protección de la familia”.

Los avances científicos desarrollados en los últimos años han generado opciones diversas en bienestar del ser humano, brindando esperanzas a diferencia de épocas anteriores en las cuales no se había logrado aún descubrimientos científicos que hoy posicionan a las ciencias en un lugar importante; sin embargo, este avance importante ha traído como consecuencia diversos problemas para los cuales el ordenamiento jurídico no tenía respuestas concretas. Ejemplo claro de ello, es lo señalado en esta investigación, en la cual se debate en la doctrina si la madre y/o el hijo debe conocer la identidad del cedente basado en razones fundamentadas por motivos de salud en concordancia con la Convención de los Derechos del Niño o en todo caso debe optarse por la protección de la identidad del cedente como consecuencia de su protección de su derecho a la intimidad. El análisis se torna complejo al tener dos derechos fundamentales en disputa, tanto el derecho a la identidad como el derecho a la intimidad; sin embargo, ello no impide la elucidación del problema con una perspectiva o propuesta de solución a una problemática que hoy forma parte del debate jurídico - constitucional actual.

1.2 Formulación del problema

1.2.1 Problema general

¿Qué predomina con la aplicación de la inseminación artificial: el derecho del menor a conocer su origen genético o el derecho a la protección de la identidad del cedente del gameto?

1.2.2 Problemas específicos

- “¿Cuál ha sido la postura legal respecto a la colisión de ambos derechos?”
- “¿Cómo ha regulado la legislación comparada el derecho a conocer el origen genético y la protección de la identidad del cedente?”
- “¿El descubrimiento de la identidad del cedente verdaderamente altera el orden de filiación en la familia?”

1.3 Objetivo General y objetivos específicos

1.3.1 Objetivo General

“Determinar, realizando el test de proporcionalidad, cuál de los derechos en conflicto debe prevalecer: El derecho a tomar conocimiento respecto al origen genético e interés superior del niño o el derecho a la intimidad por parte del cedente”.

1.3.2 Objetivos específicos

- 1.3.2.1 “Determinar la posición jurídico – constitucional referente al conflicto jurídico surgido entre ambos derechos fundamentales”.
- 1.3.2.2 “Comparar en legislación interna y externa, todo lo referente al marco jurídico legal existente sobre el derecho a conocer el origen genético del menor o la reserva de la identidad del cedente”.

1.3.2.3 “Establecer los lineamientos mediante los cuales se demuestre que la revelación de la identidad del cedente, podría afectar el orden de filiación en la familia”.

1.4 Hipótesis y/o sistema de hipótesis

➤ Hipótesis General

“Revelar la identidad del cedente, podría concretarse siempre y cuando existan razones debidamente fundadas y una evaluación objetiva por parte de las autoridades judiciales, además de ellos con una perspectiva de aplicación de los criterios de proporcionalidad”.

➤ Hipótesis específicas

- a) “En relación a la colisión de derechos fundamentales, se brinda protección a los derechos del menor desde una perspectiva constitucional”
- b) “El derecho a tomar conocimiento respecto al origen genético y la protección de la identidad del cedente, figuran en la legislación comparada”.
- c) “El descubrimiento de la identidad del cedente altera el orden de filiación en la familia”.

1.5 Variables

1.5.1 Variable independiente

Inseminación artificial

1.5.2 Variable dependiente

Derecho del Menor

1.6 Operacionalización de las variables

VARIABLES	INDICADORES	ÍNDICES
V.I. Inseminación artificial	* Normas de regulación * Identidad del cedente	1. Origen genético. 2. Normas legales sobre la protección de la identidad del cedente.
V.D Derecho del Menor	* Interés Superior * Normas Legales	1 Criterio de proporcionalidad 2 Normas legales sobre la protección de los derechos del menor

1.7 Justificación e importancia

“Según algunas investigaciones, la negativa de decir y mantener en secreto el origen del menor puede causarle un daño psicológico de importancia; en este sentido, se sugiere mantener una postura de apertura al niño. Por lo tanto, lo recomendable es que los profesionales de la salud brinden información a la pareja sobre cuándo, cómo y quién debe decirle al menor el secreto, debido a que ello siempre estará presente en la mente de quienes saben el origen del menor y, por consiguiente, surge la duda de la posible aceptación o no de parte del hijo cuando se entere quién es realmente su madre o padre”.

En consecuencia, existe evidencia de que lo más beneficioso en una relación afectiva es no tener secretos, caso contrario, estos estudios revelan que los

menores descubren las llamadas "claves ocultas" que los padres utilizan al momento de hablar entre ellos sobre lo que ocultan lo que genera, a la vez, el distanciamiento en la relación de padres e hijos.

En cuanto a la utilidad metodológica, se puede garantizar que la presente tesis constituirá una fuente metodológica de gran valor para los futuros trabajos de investigación respecto a los derechos de los niños.

Finalmente, en cuanto al valor teórico, el contenido de este trabajo es un aporte para el saber de esta área del derecho en nuestro país. Por lo tanto, consideramos que es referente a la disposición de cualquier otra investigación en el campo del derecho civil, en especial, para aquellas investigaciones que tienen como punto central a los niños.

1.8 Viabilidad

El tesista está premunido de los conocimientos necesarios para materializar el presente proyecto; que se realizará principalmente en función de la investigación de la doctrina nacional y extranjera; e igualmente se contará con una investigación de campo que se centrará en la búsqueda de casos sobre el tema que se han resuelto en la Corte Suprema de Justicia de la República; para tal investigación el tesista considera que la viabilidad se encuentra en función a la consecución de los recursos financieros humanos y materiales, planteados en los siguientes términos de esta tesis ejecutada.

1.9 Limitaciones

“En la presente investigación se ha previsto la generación de determinadas limitaciones de naturaleza especial del propio tema objeto de investigación, en esta perspectiva la mayor limitación que se afronta está relacionada con el

hecho que son muy escasos los autores que en el ámbito de la doctrina nacional y extranjera hubieren desarrollado con amplitud este tema, puesto que normalmente la doctrina le asigna espacios muy cortos para el desarrollo de estos aspectos, la jurisprudencia sobre el particular no ha sido numerosa, pues son escasos los supuestos en que se han pronunciado específicamente sobre estos temas”.

De otro lado, el Poder Judicial como entidad Pública no está exenta que en su seno se produzcan paralizaciones por huelgas o paros por reclamos de sus trabajadores, situaciones que en años anteriores han venido afectando el normal funcionamiento del Poder Judicial.

1. Limitaciones de acceder a la información especializada
2. Limitaciones por posibles paralizaciones del aparato judicial.

CAPITULO II

MARCO TEÓRICO

2.1 Antecedentes

El tema abordado de por si es un tema muy controversial, ya que recoge importantes hechos y actos jurídicos que tienen consigo efectos altamente importantes no solo para el derecho sino también para los ámbitos que escapan a la esfera de este, como es el ámbito solo ético-moral religioso y cultural.

Antes, la ASRM (*American Society for Reproductive Medicine*) daba como consejos a las parejas que se sometían a las TERAS, que no revelaran el secreto de dicho tratamiento al niño, esto con la intención de no dañar la susceptibilidad del mismo, así como también para poder generar un vínculo más próximo entre los "padres" y el menor. Señalaban también que lo más recomendable en estos casos era que después de sometidos a un tratamiento determinado mantuvieran relaciones sexuales con el objetivo de generar en ellos esa fantasía de que el niño concebido era propio y producto de un acto natural (2). Sin embargo, con el pasar de los años esta situación ha ido cambiado, ya que en la actualidad lo que se busca en base al principio de constitucionalidad y primacía de derechos fundamentales es que el niño sepa abiertamente cual, y cómo fue su origen, para que de esta manera además de respetar su derecho a la identidad, el tema sea abordado con cualquier naturalidad y que de este modo el menor sienta que fue muy deseado por sus padres.

Es en este sentido, que en la actualidad muchos países tienen una legislación propia respecto al tema de las TERAS y la confidencialidad de la aplicación de las mismas, siendo así por ejemplo los países de Europa.

Para mayor entendimiento se puede hacer una clasificación de los países que cuentan con una legislación (ya sea que permiten el régimen del anonimato del donante de espermatozoides, que no lo permiten, o que aceptan un sistema mixto o con excepciones) y de aquellos que no la cuentan. Vistas, así las cosas, a continúan la clasificación:

1.) Países que cuentan con disposiciones legales:

1.1. Países que permiten el régimen de anonimato del donante: En estos países a este tipo de regulación se le conoce como "Países con el régimen de Don Anónimo" y son los siguiente: Francia, Hungría, Grecia y Dinamarca.

1.2. Países que prohíben como régimen el anonimato: Son muy pocos los países que se regulan de esta forma; sin embargo, desde 1985, fecha en la que se impuso esta regulación, algunos países y estados tales como, Suecia, Austria, Noruega, Suiza, Nueva Zelandia, Australia (el Estado de Victoria) e Inglaterra, han ido adoptándolo teniendo como base en su legislación el acceso a la identidad del donante por parte del hijo procreado siempre que este haya cumplido los 18 años de edad. Sin embargo, hay algunas ligeras variaciones en la legislación dependiendo del lugar, así Holanda, en cuyo caso los hijos pueden acceder a datos genéricos del padre biológico a partir de los 12 años y a su identidad propia a partir de los 16.

1.3. Países que cuentan con un sistema mixto: En este foro se agrupan aquellos países que están bajo los siguientes supuestos: el acuerdo previo entre padre y donante para revelar la identidad (en toda su extensión) de este último y aquel supuesto que señala que los padres del niño(a) a procrear pueden elegir entre un donante anónimo o uno que esté dispuesto a brindar su información genérica y no su identidad. Entre estos países tenemos por ejemplo a Bélgica, Canadá, Israel y Portugal.

2.) Países que no cuentan con disposiciones legales:

Estos países en su mayoría pertenecen al continente americano valga precisar América del Norte (Estados Unidos, en cuyo caso algunos de sus estados carecen de legislación) y América del Sur (en donde hay preponderancia de este déficit legislativo) y cuyos países son Chile, Perú, etc. Sin embargo, vale la pena acotar que muchos de ellos están a la espera de la formulación de un proyecto de ley para una regulación coherente y formalizada del mismo.

Ahora bien, para entrar en más detalle podemos precisar un poco más acerca de algunos de los países en mención:

Italia:

En este país del continente europeo, las técnicas de reproducción humana asistida se regulan por medio de la ley (3) denominada Norme in materia di procreazione medicalmente assistita¹ (19 de febrero de 2004). Esta ley,

¹ Traducido al español como: Normas en materia de reproducción asistida.

esencialmente, se refiere a la aplicación de estas técnicas orientándolas como medio terapéutico para las personas que tienen problemas de fertilidad. Respecto a ello, se debe tener en cuenta que esta ley, expresamente, concibe a estas técnicas como último recurso terapéutico y no como un método procreativo alternativo al natural (4).

Asimismo, en Italia, conforme a lo que dispone el artículo 4.3 de la misma ley en mención, está prohibida la reproducción mediante fecundación heteróloga; en este sentido, señala lo siguiente: "es prohibido el recurso a técnicas de procreación médicamente asistido de tipo heteróloga"² (5). Para un mayor detalle de cómo se estructura esta ley que causó polémica desde su promulgación, aquí los principios rectores sobre los cuales se erige:

- El acceso a las TRA (Técnicas de Reproducción Asistida) está permitida solo para aquellas parejas ambos vivos y de diferente sexo que se encuentran casadas o que conviven. Estas personas deben ser mayores de edad y potencialmente fértiles³. De esta manera, como se puede deducir, se excluye a las parejas homosexuales, así como a las mujeres solteras o viudas.

² Al día de hoy, en Europa, Italia es el país que ha tenido mayor rigurosidad en cuanto a las técnicas y tratamientos de reproducción, tal es así que con el pasar de los años y los nuevos avances de la tecnología ha venido realizando cambios en su legislación interna, desatándose diversas protestas en contra de ciertas medidas que afectaban a las empresas vinculadas con desarrollo de investigación y ejercicio de reproducción asistida. En el 2005, se sometió a consulta popular una lista de preguntas referentes a la reproducción asistida, siendo las consultas sobre estos temas: "La permisión de investigación en células madres embrionarias; la generación superior a tres embriones por cada ciclo RA, lo cual implicaría la crioconservación de los mismos; la permisión de DGP en casos médicamente indicados y como última pregunta, la donación de gametos". Producto de este Referéndum, se obtuvo únicamente un 26% de asistencia del electorado hábil, con lo cual no se alcanzó la votación requerida para su aprobación, declarándose inválido. Respecto a esta consulta popular, se han analizado desde diversas aristas, dando como resultado el hecho que muchos de los líderes políticos se manifestaron en contra y la Iglesia Católica jugó un papel importante y preponderante en esta elección, publicitando incluso un slogan vinculado a su manifiesta oposición a la misma con la siguiente frase: "no se vota sobre la vida". LOMBARDI RICCI, M, "La fecondazione eterologa\ En: *Rivista de teología mora/e*, 2005, 146, págs. 183 y ss.

³ *Edad Fértil o potencialmente fértil*: Etapa femenina calculada aproximadamente entre los 15 y 50 años, espacio de tiempo en el cual la mujer se encuentra en perfectas condiciones de fertilidad, siendo la edad límite recomendada como óptima efectiva, hasta los 35 años y de ahí hacia los 50, se considera un espacio de tiempo en el cual las posibilidades disminuyen o los riesgos son altos.

- En este tipo de técnicas se podrán producir un máximo de tres embriones a través de un solo acto de transferencia embrionaria; es decir, serán transferidos simultáneamente al útero materno.
- La crioconservación de embriones, en principio, está prohibida (de la misma forma que la supresión de embriones), excepto para aquellos casos en que medie causa de fuerza mayor, no favoreciendo la transferencia de embriones en las fechas establecidas y teniendo que realizarlo inmediatamente.
- La donación de gametos (ovocitos o semen) está prohibida.
- El diagnóstico genético preimplantacional (DGP) al ser considerado una forma de selección eugenésica está prohibido, a pesar de que ello no esté, expresamente, señalada en la ley, sí lo hacen las “*linee guida*” emitidas por el Ministerio de Sanidad.

Como se puede observar, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos, el ordenamiento italiano se diferencia de las demás legislaciones en su carácter muy restrictivo en cuanto al tema de la regulación de las Técnicas de Reproducción Asistida, ello ha sido argumentado desde el punto de vista médico; tomando así, poco o nada de interés en cuanto el factor social, ético y moral, puesto que no conciben al parecer la idea de igualdad para aquellas parejas que no se encuentran dentro de los márgenes permitidos, así como también para aquellas parejas que genéticamente llevan consigo genes defectuosos.

Ante esta alarmante situación, muchos ciudadanos italianos optaron por viajar al exterior buscando mejores condiciones en las cuales puedan llevar a cabo dicho procedimiento, a este proceso se le ha pasado a llamar Cross-Border Reproductive Care (CBRC) o Turismo Reproductivo (6).

En relación a nuestra problemática, la aplicación de las técnicas de reproducción asistida heterólogas está prohibida; en este sentido, el menor, legalmente, es hijo de la pareja que se haya sometido a este tipo de técnicas siempre que se manifieste su consentimiento informado.

España:

La madre patria fue uno de los primeros lugares en legislar las TERAS, ya que pese a hacerlo 10 años después del primer nacimiento de un ser fecundado por esta forma (Louis Brown, también conocida como la niña probeta en Reino Unido) hoy en día se puede decir que es el país con la legislación más flexible para este tema. Así, en febrero del año 2006, oficialmente, se permite la donación de los gametos (tanto femeninos como masculinos), fecha en la que se promulgó una ley especial sobre técnicas de reproducción humana asistida. La promulgación de la Ley N° 14 (llamada también así) y cuya denominación fuera Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida menciona, específicamente, en su artículo 5 lo siguiente:

"La donación de gametos y pre embriones para las finalidades autorizadas por esta ley es un contrato gratuito, formal y confidencial concertado entre el donante y el centro autorizado. La donación solo será revocable cuando el donante precisase para si los gametos donados, siempre que en la fecha de la revocación aquellos estén disponibles. A la revocación procederá la devolución por el donante de los gastos de tipo originados al centro receptor. La donación nunca tendrá carácter lucrativo o comercial. La compensación económica resarcitoria que se pueda fijar solo podrá compensar estrictamente

las molestias físicas y los gastos de desplazamiento y laborales que se puedan derivar de la donación y no podrá suponer incentivo económico para esta”.

Cabe recalcar que la donación debe ser anónima, por lo tanto, como señala el inciso 5 del mismo artículo señalado, se debe garantizar la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes. Sin embargo, los hijos nacidos bajo esta modalidad tienen el derecho protegido a conocer la información general de sus verdaderos progenitores -esto no incluye la identidad-ya sea de manera personal o mediante representación legal cuando aún está bajo la minoría de edad.

En tal sentido, el derecho a la identidad del menor está tutelado por el artículo 5.5 de la misma ley indicando que los "hijos nacidos tienen derecho por sí o por sus representantes legales a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad”. Sin embargo, en caso se revelará su identidad, ello no implica, como señala el artículo 8.3 que se determine, legalmente, la filiación. Lo anterior, es solo una muestra de cuan condescendiente y contradictorio puede ser la legislación española con respecto al modelo italiano, la cual además de permitir la donación de gametos en su cuerpo legislativo, regula puntos como el número de ovocitos que se pueden fecundar en cada ciclo, número que será dejado a criterio del médico a realizar el tratamiento, o la libertad sexual y del estado civil a la cual está sujeta la mujer o receptora del tratamiento.

Estos y otros más, son solo puntos referenciales de cuan avanzado está España en lo que regulación de TERAS se trate; sin embargo, con el avance

viene el retroceso que se puede ver plasmado en las amplias libertades que se han atribuido los centros especializados en TERAS, médicos y personas naturales que optan por este medio y que han incurrido en casos de ilegalidad como puede ser los vientres de alquiler o la clonación (7).

A la fecha, en España existen 203 centros autorizados para aplicar las técnicas de reproducción asistida, estos centros se encuentran inscritos en el Registro General de Centros, Establecimientos y Servicios Sanitarios; de los cuales 38 son públicos y de los cuales 38 son públicos y 165 privados. De estas cifras se puede inferir que en España el gobierno se preocupa por la promoción y correcta protección del usuario interesado en someterse a las TERAS (8).

Francia:

“Este país tiene una legislación propia que recoge la regulación de las técnicas de reproducción asistida”⁴(9).

Esta legislación francesa garantiza igual tratamiento respecto a la donación de gametos masculinos y femeninos, sin hacer diferenciación. Así, el artículo 311-20 del Código dispone que: "Los cónyuges o concubinos que, para

⁴ “Expresamente, plasmada en dos artículos en el Título VII, Sección IV del Código Civil francés. El Código Civil francés de 1804, es el segundo que tiene Francia, el primero, no tuvo mucha importancia. “Napoleón lo impulsó porque quería dominar el mundo, y para hacerlo, necesitaba un derecho debidamente sistematizado. En la época de la conquista, los soldados cargaban siempre una daga y un Código Civil, para que establezcan en cada sitio que llegaba las leyes de Francia, Por lo tanto, dicho Código es de fácil lectura, porque está hecho para que sea entendible por el pueblo. Es extenso, dividido y clasificado. Napoleón vio un nuevo código no sólo como una necesidad legal, sino un medio de consolidar el nuevo régimen y como un instrumento de reconciliación. Su intención era promulgar un código que todo hombre pueda leer y entender, y que permita a todos los ciudadanos conocerlo”. “Paolo Grossi considera que: “El *Code Civil* es pues, el hijo legítimo de la ilustración jurídica, tal y como ha sido vivida, realizada y también transformada durante la multiforme experiencia revolucionaria. Éste es un vínculo histórico que va más allá de la banal contigüidad entre Code e innovaciones político-jurídicas revolucionarias”, GROSSI, Paolo, *De la codificación a la globalización del Derecho*, Trad, de Rafael D, García Pérez, Ed, Aranzadi, Navarra, 2010, pág. 64”

procrear, recurrieran a una asistencia médica que necesite la intervención de un tercero donante, deberán previamente dar, en condiciones que garanticen el secreto, su consentimiento al juez o al notario, que les informara de las consecuencias de su acto con respeto a la filiación". Por ello, no podría establecerse ningún vínculo de filiación en cuanto al vínculo filiar entre donante e hijo recién nacido, tomando en cuenta los artículos 311 – 19.

En Francia al igual que en España, está permitido el uso del Diagnóstico Genético Preimplantacional (DGP), el cual básicamente consiste en detectar a tiempo enfermedades genéticas en el ovocito fecundado. Por otro lado, en comparación a Italia, la legislación francesa también prohíbe la utilización de las Técnicas de Reproducción Humana asistida por una mujer sola y es por ello que se exige que en el caso de las mujeres casadas o convivientes (mínimo 2 años y que pueda ser probada) tengan el consentimiento de su cónyuge.

México:

Al igual que el anterior ordenamiento jurídico, México regula las TERAS a través de su Código Civil. La figura de la fecundación heteróloga, brinda protección y garantía respecto a la identidad del donante, dejando un vacío legal respecto a si tal protección y garantía está referida a la mujer o al varón, o en todo caso, a ambos. Se garantiza, además, que no habrá procedimiento en cuanto a la identidad de la paternidad. De esta manera, el artículo 4.115 del Código, expresamente, indica que "en los casos en que la inseminación artificial se efectuó con espermatozoides proveniente de bancos o instituciones legalmente autorizadas, no se dará a conocer el nombre del donante ni habrá lugar a investigación de la paternidad".

Cabe preguntarse si en este modelo legislativo existe la posibilidad de hacer excepciones, así por ejemplo como en el caso español en donde de haber urgente necesidad como por ejemplo que el hijo nacido sufra de alguna enfermedad hereditaria o cuando se requiera una transfusión de sangre en un último minuto, se puede revelar la identidad del donante. En este caso, existe un vacío pues no se ha legislado nada en cuanto a ello.

Argentina:

El país sureño, a través de su Ley 26.862, no hace muchos meses ha recogido “las principales disposiciones de regulación de las técnicas de reproducción humana asistida”. Esta legislación ha optado por seguir el modelo español que ordena obligatoriamente la inscripción de los centros de salud dedicados a esta actividad. Así como también la no prohibición de gametos sea masculinos o femeninos; es decir, que estaría permitido la fecundación heteróloga.

Entre los otros procedimientos que incluye esta legislación están: *“la inducción de ovulación, la estimulación ovárica controlada, el desencadenamiento de la ovulación, la inseminación intrauterina, Intracervical o intravaginal, con gametos del cónyuge, pareja conviviente o no, o de un donante, según los criterios que establezca la autoridad de aplicación”*. A ellos cabe agregar que queda terminante prohibido la introducción de requisitos o limitaciones por parte del Ministerio de Salud, a aquellas parejas cuyo estado sexual o civil sea diferente del común (10).

“La legislación peruana y las TERAS”:

Nuestro ordenamiento jurídico regula *“la aplicación de las técnicas de reproducción asistida o TERAS dentro de la Ley General de Salud”*, ésta indica que la condición de madre genética debe coincidir con la madre gestante; es decir, se prohíbe la

donación de gametos femeninos. Cabe destacar que, esto implica un grave riesgo para la donante, tomando en cuenta que, mediante este procedimiento, la mujer donante tiene un número limitado de óvulos por cada trompa de Falopio, no siendo todos óptimos o contar con las condiciones para la concepción, poniéndose en grave peligro a la donante respecto a la formación de una familia a futuro, situación que no es previamente informada en condiciones que garanticen su consentimiento.

En el caso del varón, los gametos masculinos pueden regenerarse, no limitándose la producción de estos a cuestiones naturales. En este sentido, creemos que no existen inconvenientes para su regulación en sentido positivo (permisión) en la legislación.

La realidad peruana, tomando en cuenta la fecundación heteróloga, aún no ha realizado cambios legislativos que regulen esta técnica de reproducción. Esta regulación, consideramos que debería realizarse acorde a la realidad, costumbres y casuística ya establecida en el país⁵, con el fin de poder plantear una regulación jurídica propia y que brinde respuestas efectivas a la problemática actual. Establecer criterios legales a fin de evitar la discrecionalidad como única forma de brindar soluciones a problemas que afectar a una población considerable, prestándose especial interés a la incidencia de la inseminación heteróloga y a lo que esta técnica reproductiva conlleva, como es el problema; por un lado, del derecho a la identidad del hijo y; por otro lado, el derecho a la intimidad del cedente.

⁵ Artículo VIII: "Los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos, deben aplicar los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano".

“LA CUESTIÓN DE LA ESTERILIDAD EN EL PERÚ”

“Alcances sobre la noción de esterilidad”:

La fecundidad -a diferencia de lo que algunos creen- es un fenómeno complejo y no un hecho simple debido a que este proceso involucra diversos aspectos que se entrecruzan de manera delicada para que el fenómeno culmine con el logro de la concepción. Cuando se habla de los factores se incluyen en estos los diversos procesos biológicos que no solo se deben producir en la mujer sino también en el hombre, incluyendo, por supuesto, la relación entre ambos. En relación a ello, cabe mencionar que, puede que se presenten alteraciones en la ejecución de estos mecanismos, en tal caso, va a repercutir en la capacidad reproductiva ya sea total o parcial, lo cual va a generar una afectación del proyecto de vida de las personas sometidas al procedimiento.

La esterilidad es definida de muchas maneras, pero de manera general se puede decir que es la incapacidad que tiene una pareja para lograr (en un plazo de tiempo razonable) un embarazo. Por otro lado, la *American Fertility Society*, considera pareja estéril, a aquella pareja que no puede lograr un embarazo natural, pasado un año de coito en circunstancias normales, lo cual conlleva no utilizar métodos anticonceptivos. Asimismo, “la Federación Internacional de Ginecología y Obstetricia (FIGO) o la Sociedad Europea de Embriología y Reproducción Humana (ESHRE), y la propia Organización de la Salud (OMS)”, consideran que el tiempo en el que debe transcurrir es de al menos 24 meses (2 años). Sin embargo, muy aparte de lo sostenido por estas instituciones, en la realidad se comprueba que muchas de estas parejas consideradas técnicamente (por el plazo transcurrido) “estériles”, terminan concibiendo sin la necesidad de acudir a este tipo de tratamientos reproductivos.

Siguiendo la postura de las sociedades científicas señaladas anteriormente, así como, de la OMS, consideramos que la esterilidad⁶(11), es la imposibilidad de hacer efectivo un embarazo de manera natural, habiendo transcurrido dos años teniendo relaciones sexuales de manera frecuente y sin agenciarse de métodos anticonceptivos.

Uno de los conflictos que surge a raíz de los conceptos es el referido a “tiempo razonable”. La OMS y la Sociedad Europea de Reproducción y Embriología Humana, sugieren un tiempo de dos años a fin de poder efectivizar un embarazo, el mismo que de no efectivizarse, la pareja pasaría a ser considerada como una pareja estéril⁷. Sin embargo, desde un punto de vista práctico, los médicos inician sus investigaciones tomando como referencia un año mínimo de no haber logrado el embarazo.

Asimismo, la edad suele ser un factor determinante, así, por ejemplo, cuando una mujer bordea los cuarenta años o más, este tipo de situaciones repercuten también

⁶ “Con relación a la esterilidad se ha debatido si es o no una enfermedad [...] Para unos la esterilidad no es una enfermedad, por lo que no tendrían justificación los tratamientos médicos intentando paliarla, mientras que para otros sí que se trata de una enfermedad, lo que justificaría su tratamiento y el dedicar una parte de los recursos sanitarios a su cuidado. También hay posturas intermedias que consideran la esterilidad como una especie de minusvalía (disability), o como una disfunción”, “LEMA ANÓN, Carlos, Ob. c/f., pág. 171”

⁷ “Con la ocasión de la plantación del Proyecto de ley de infertilidad y esterilidad, la Comisión uruguaya sostuvo en la exposición de motivos lo siguiente; “La Organización Mundial de la Salud (OMS) y el Comité Internacional para la Supervisión de las Técnicas de Reproducción Asistida (ICMART) han clasificado a la Infertilidad/Esterilidad como una enfermedad en el sistema reproductivo, padecimiento que provoca en las personas la incapacidad de lograr concebir o llevar a término un embarazo. Nuestro ordenamiento jurídico, más precisamente nuestra Constitución en su artículo 44, consagra el derecho de los habitantes de la República de asistirse en caso de enfermedad¹. Resulta indiscutible que es un derecho fundamental e inherente a la personalidad humana el tener acceso a la terapia y al tratamiento adecuado para una enfermedad, cualquiera sea esta última. La esterilidad es definida como la incapacidad para concebir un hijo y la infertilidad es la imposibilidad de llevar a término un embarazo; el presente proyecto, en consonancia con la Organización Mundial de la Salud, considera ambas hipótesis y sus distintos tipos, como una enfermedad. Nuestro país, en la actualidad, no se encuentra alineado con las definiciones de la OMS respecto de la infertilidad/esterilidad; ello implica que su estudio, diagnóstico y tratamiento no se encuentren dentro de las prestaciones obligatorias que deben brindar las entidades públicas y privadas que componen el Sistema Integrado de Salud. Las parejas que sufren esta enfermedad deben afrontar el pago de los tratamientos necesarios, circunstancia que muchas veces les resulta económicamente irrealizable. La infertilidad/esterilidad impacta negativamente en la salud psíquica de las parejas que la padecen, y afecta en forma real y efectiva su calidad de vida; el procrear, además de ser un derecho, es parte de la salud psicofísica de la pareja. Repetimos que en el caso que nos ocupa estamos frente a una enfermedad, reversible en la mayoría de los casos, razón por la cual consideramos necesaria la aprobación de la presente iniciativa a los efectos de que quienes padecen la infertilidad/esterilidad tengan a su alcance la cobertura médica que les asegure su derecho a procrear”, Montevideo, 27 de diciembre de 2010.

en la fertilidad; por ello, es recomendable comenzar con el estudio apenas haya transcurrido seis meses de intentos fracasados, es decir, lo más pronto posible.

La probabilidad de gestación espontánea depende –claramente- del tiempo. Así, por ejemplo, estadísticamente, se ha notado que un porcentaje aproximado del 85% de parejas, logran un embarazo durante el primer y un tercio de este porcentaje, lo logra en los tres primeros meses. Un porcentaje del 5% lo logra después del año. Ello nos lleva a concluir que, pasado un año, las parejas que sigan teniendo dificultades, deberán ser consideradas como parejas con limitaciones para la reproducción (12). Las formas de medición o la utilidad de estadísticas, pueden variar de acuerdo a cuestiones formales pero que no inciden con gran amplitud sobre el resultado final, siendo aproximadamente un promedio de 15% de parejas con problemas de fertilidad.

Durante los últimos años se han realizado algunos estudios que reflejan un leve incremento de matrimonios que tienen problemas de esterilidad. A consecuencia de ello, es muy posible que los cónyuges sean invadidos por sentimientos difíciles de superar como la ansiedad, frustración, desesperanza o culpa, por no haber visto o realizado su deseo de procreación tal y como lo planearon en su proyecto de vida. Siendo la ciencia encargada de la investigación sobre la reproducción, la que ha brindado mayores luces y pasos en el desarrollo de nuevas técnicas, se vienen incrementado los mecanismos que intervienen en la fertilidad, dando mayores posibilidades de ayudar a estas parejas (13). En este sentido, *“la aparición de nuevas metodologías quirúrgicas y técnicas de reproducción asistida ofrecen nuevas posibilidades de tratamiento”*.

Identificación de las causas de esterilidad:

Frente a estos escenarios patológicos, los profesionales especialistas en reproducción asistida han identificado diversas causas de la esterilidad, algunos de ellos pueden ser tratados de cierta manera que un gran porcentaje de parejas estériles se hace posible el logro de un embarazo. *Ergo*, aquellos matrimonios -que por decisión propia han optado por acudir en la ayuda de un profesional, deberán tomar en cuenta y ser informados previamente por el médico tratante respecto a los estudios que deben practicarse con el fin de conocer el motivo que les ha impedido lograr un embarazo apropiado. Tomando en cuenta los estudios previos, podría determinarse con mayor precisión cuál es el tratamiento adecuado que debe seguir las parejas, quienes deberán ser conscientes que el proceso no será nada fácil, tomará tiempo y paciencia para tener resultados, además del proceso emocional que implica todo ello. Por eso la recomendación para la pareja que afrontar el proceso juntos.

La Sociedad Española de Fertilidad, ha establecido que “algunos trastornos limitan la capacidad reproductiva de forma absoluta (ausencia de espermatozoides, obstrucción de ambas trompas), mientras que otros se asocian a una disminución de la probabilidad de embarazo espontáneo⁸”

⁸ SOCIEDAD ESPAÑOLA DE FERTILIDAD. *Ob. cit.*, pág. 21. "En opinión del doctor Ignacio Galmés, jefe de la Unidad de Andrología de la Clínica Belén de Madrid, una gran parte de los casos de esterilidad masculina tiene una causa concreta que puede ser identificada, 'La presencia de varicocele (un conjunto de venas dilatadas alrededor de los testículos), las infecciones en las vías seminales (conductos que transportan el semen desde los testículos) y la existencia de obstrucciones en los órganos genitales explican, junto a factores genéticos y congénitos que condicionan la producción de espermatozoides, el 70 por ciento de los casos aproximadamente, mientras el 30 por ciento restante de las situaciones sigue sin tener una causa conocida', indica el doctor Galmés. Algunas investigaciones señalan distintos factores ambientales como la exposición a radiación, pesticidas o sustancias tóxicas utilizadas en la industria junto al tabaquismo como responsables de numerosos casos de la esterilidad masculina en las últimas décadas. No obstante, según el doctor Galmés, 'no se conoce con precisión la influencia exacta de estos factores en el deterioro de la calidad del semen. Salvo en situaciones concretas en lo que ha habido una exposición continuada en el tiempo a dosis elevadas de estas sustancias, no podemos considerar estos factores como causas eliminantes de infertilidad". *La Esterilidad y la infertilidad*. En: <http://iesbinef.educa>,

Siendo preferible utilizar el término "factor causal" al "causa" para designar los trastornos que pueden ser responsables de una alteración de la capacidad reproductiva, y así, se habla de factor tubárico, factor masculino, factor ovárico, etc., (12)"⁹.

"La esterilidad puede ser de causa femenina, masculina o mixta cuando afecta a los dos miembros de la pareja. Las causas pueden ser absolutas o relativas, y en este último caso, la fertilidad dependerá del otro miembro de la pareja. No siempre hay una única causa de esterilidad, encontrándose dos o más causas en casi un 30% de los casos".

Una vez comprendido la problemática anterior sobre las parejas que no pueden concebir espontáneamente, cabe señalar cuáles son las principales causas de que eso sea así. Para ello, primero, analizaremos las siguientes "*principales causas de esterilidad masculina*":

- a) "*Varicocele*": El varicocele es la dilatación anormal de las venas ubicadas en los testículos, que en la mayoría de casos afecta sobre todo al testículo izquierdo, aunque no en todos los casos ello conlleva a la esterilidad de los pacientes.
- b) "*Azoospermia obstructiva*": Este caso especial de azoospermia es la ausencia de espermatozoides en el semen debido a un problema de

aragon.es/departam/webinsti/bach/anat/esterilidad, pdf (Consultado: Diciembre del 2012).

⁹ SOCIEDAD ESPAÑOLA DE FERTILIDAD. *Ob. cit*, pág. 21.

obstrucción en su salida.

c) *“Problemas de erección o eyaculación”*: Siendo el más característico el de eyaculación, ya que esta disfunción genera una ausencia de eyaculación, el desvío de este hacia la vejiga en lugar de dirigirse al exterior, entre otras problemáticas. Esta situación se presenta un aproximado de 10% de la población masculina que tiene problemas de esterilidad.

d) *“Oligozoospermias secretoras”*: Disfunción que tiene como característica un número bastante reducido de espermatozoides, cuya causa puede deberse también, al igual que las azoospermias, a la obstrucción o problemas secretores del espermatozoide.

e) *“Infección de la vía semina”*: Vinculado al transporte del espermatozoide a través de la vía seminal, mediante la misma, los espermatozoides se van a desplazar desde los testículos, constituyéndose en un problema es que, en este recorrido, los espermatozoides atraviesan una zona infectada, lo cual supone que varios o la gran mayoría de ellos se destruyan o mueran.

En el caso de la mujer, la ovulación debe producirse de forma natural. Las mujeres que tienen su ciclo regular, solo ovulan una vez al mes, madurando el óvulo y liberándose. La ovulación femenina ocurre una vez al mes y se da a mitad del ciclo con un conjunto de cambios hormonales. En el 20% de los casos, se debe a problemas de ovulación.

El primer paso antes de evaluar la esterilidad de una mujer, es el de conocer el proceso natural por el cual esta debe quedar embarazada. Este proceso natural no es un proceso, implicando una serie de factores que condicionan el desenlace del

mismo. En una circunstancia común, se va a producir un ovocito (óvulo) por parte de los ovarios, éste va a ser el que puede desarrollar un embrión fecundado. En el caso de los espermatozoides, estos van a llegar hasta el lugar donde se producirá la fecundación en la trompa de Falopio que está situada más próxima al ovario. Siendo por ello un proceso complicado que implica fenómenos físicos, químicos e inmunológicos que no deben interferir el embarazo.

Cuando el embrión se ha formado, éste va a conducirse por intermedio de la trompa de Falopio hasta poder arribar a la cavidad uterina, espacio en el cual se va a producir la implantación. A posteriori, el embrión se implantará en la mucosa del útero (endometrio), lugar en el cual indefectiblemente se dará la disposición para la posterior implantación y posterior desarrollo del embrión. Es de esa forma como ocurre el embarazo.

Sin embargo, si este proceso para el embarazo no se desarrolla de manera natural, puede deberse a diferentes factores; así, veremos a continuación las *“principales causas de esterilidad femenina”*:

a) *“La edad”*: Actualmente, el promedio de edad en que las mujeres (en el caso español) tienen a su primer hijo sobrepasa los 31 años, situación que se constituye como factor preponderante de la esterilidad femenina. Al aumentar la edad, va disminuyendo el índice de fertilidad, por tanto la producción de ovocitos u óvulos, va disminuyendo también. De esta forma, a los 30 años, la esterilidad resulta ser 6 veces mucho más alta que a los 20 y se duplica a los 40 años. Siendo una edad en la cual la esterilidad es menor entre los 20 y 25 años.

b) *“Endometriosis”*: En el endometrio, capa de características mucosas que se encarga de tapizar el útero y lugar en el cual el embrión que ha sido fecundado,

se implantará, no debe desarrollarse fuera del útero, ya que podría causar afecciones en otras zonas como las trampas de Falopio, ovarios o en la superficie del útero y otras zonas delicadas, produciendo la endometriosis.

c) *“Ovario poliquístico”*: Trastorno mediante el cual se produce anovulación, que consiste en la no ovulación sin producir rompimiento de los folículos. Sin embargo, esto no es un problema que no tenga solución, la mujer sí podría llegar a ovular.

d) *“Trastornos de ovulación”*: Siendo el ovario poliquístico a principal complicación que deviene en la no ovulación, también existen otros trastornos como los hormonales, trastorno en el cual se produce un exceso de hormonas hipofisarias o también debido a un defecto congénito o adquirido y en el cual no se va a producir la ovulación cuando exista ausencia de producción de hormonas estimulantes del folículo

e) *“Obstrucción de las trompas”*: Puede deberse a una malformación congénita, siendo una de las principales causas, un proceso de infección o adherencia posquirúrgica. Esto impedirá la comunicación o contacto entre espermatozoide y óvulo, evitando el embarazo.

En este orden de ideas, podemos señalar que "el tratamiento de la infertilidad comienza en el mismo momento en que la pareja decide atender a la consulta médica. Sin duda, la angustia y la tensión, que generalmente acompañan al deseo de embarazo insatisfecho, son grandes enemigos de la mujer infértil. La experiencia ha demostrado que tan solo eliminando estos factores algunas han conseguido concebir" (13).

La necesidad de entrevistarse con un profesional de la salud termina siendo clave también, debido a que permitirá superar y brindar mayores luces sobre el proceso de reproducción asistida, el mismo que va a facilitar superar el componente tensional.

2.2 Bases Teóricas

2.2.1 DERECHO: REFLEXIONES SOBRE SU ONTOLOGÍA:

2.2.1.1 Una aproximación general a la ontología del Derecho:

El origen del Derecho se encuentra en la misma convivencia del hombre con la comunidad, es decir, sin sociedad no hay derecho, de manera que ratificamos esta idea que se sostiene desde la antigüedad. Así, en el marco de la realización como hombres, el ser humano está destinado a vivir en comunidad.

La palabra Derecho proviene del vocablo latino *directum*, que significa no apartarse del buen camino, seguir el sendero señalado por la ley, lo que se dirige o es bien dirigido. De esta manera, en general, se puede sostener que el Derecho es el conjunto de normas jurídicas que regula la conducta externa de los hombres; por ende, el incumplimiento de estas normas ocasiona una determinada sanción judicial (14). Asimismo, se señaló que "El Derecho es el conjunto de normas que imponen deberes y normas que confieren facultades, que establecen las bases de convivencia social y cuyo fin es dotar a todos los miembros de la sociedad de los mínimos de seguridad, certeza, igualdad, libertad y justicia" (15).

Una pregunta muy recurrente y difícil de responder es: ¿qué es el Derecho? Ante esta pregunta, se puede tener una infinidad de respuestas, en muchos

casos, sin saber cuál es el más correcto porque no existe –a ciencia cierta- cuál es la respuesta correcta; por ende, no llegamos a una definición científica exacta, por ser la palabra algo ambigua y susceptible a diversos conceptos.

“El Derecho es una realidad compleja que comprende varias dimensiones: social, lógica, económica, psicológica ética, religiosa, etc. (16)”. Es por eso, aun no existe una definición de Derecho aceptada universalmente por todos los juristas. De manera que, el “Derecho debe ser general sin distinción de cualquier índole a la persona que lo necesite”; y así lo indica el gran jurista peruano Carlos Fernández Sessarego (17), "el hombre es creador, protagonista y destinatario de derecho. Es así que el derecho está en función del ser humano y debe, por lo tanto, adecuarse a su naturaleza". En este sentido, debe quedar claro que el Derecho está al servicio del hombre, porque como protagonista (el ser humano) se encuentra en el centro del derecho y está circundado por un conjunto de objetos y por todo aquello que lo envuelve y regula. Esta visión también es compartida por el jurista Recasens Siches quien sostiene que "el derecho es vida humana objetivada" (18); así también Carlos Cossio menciona que "el derecho es vida humana viviente" (19), de todas estas ideas, podemos notar que plantean darnos una definición del Derecho relacionado con la vida humana, ya que es allí donde este adquiere cierta legitimidad, y no en otro lugar.

Por su parte, Kant considera que los hombres del derecho o juristas, siguen buscando una definición acertada al concepto del derecho, por lo cual ante esta necesidad latente él brinda una definición generalizada, de manera que sostiene que el Derecho es el conjunto de condiciones, en el cual un sujeto libre puede llegar a un acuerdo con otro siguiendo una ley general de libertad. Otro punto de vista

más objetivo es la que sostiene Kelsen, quien afirma que "el Derecho como voluntad del Estado es la norma primaria que establece la sanción" (20). Como se puede notar, se trata de una definición positivista del Derecho, que trata de hacer de este, una teoría pura que se diferencie de otras disciplinas y que, a la vez, tenga jerarquía de ciencia.

Asimismo, NÚÑEZ ENCABO, sostiene que "el Derecho limita nuestra libertad individual, pero hace posible la libertad y la convivencia social. Este es el sentido de la célebre frase ciceroniana que expresa que solo siendo esclavos del Derecho seremos libres" (21). "El Derecho fue creado por el hombre y para el hombre. Resulta, en este orden de ideas, que ésta trasciende la labor cotidiana, extraordinaria o inusual del individuo".

De toda esta multiplicidad de conceptos, podemos indicar que no hay un concepto definitivo de Derecho, sino que hay diversos conceptos como producto del largo proceso histórico en el que las personas aprenden ciertas normas necesarias para una adecuada convivencia social. Porque, el Derecho, regula, la vida en relación social. Entendamos al Derecho como aquello que hace posible la promoción humana, el respeto de lo que pertenece a otro de "lo suyo", significa reconocer a cada hombre su calidad de persona y, por tanto, "su potestad de disponer por sí mismo de su vida, del fruto de sus acciones, y de los medios y condiciones indispensables para su desenvolvimiento físico y moral" (22).

El Derecho es la vida misma, pero ¿cómo así el Derecho es vida?, por una lógica y sencilla razón: El Derecho es el producto de la relación entre las personas que también regula a la misma; de tal manera, se busca la existencia en comunidad pacífica, cuya esencia la constituye la propia vida de la persona. "El Derecho corresponde al hombre en tanto persona, deriva de la esencia misma de ésta y

le señala los medios para que se realice como tal y alcance sus fines propios en la sociedad" (23). En definitiva, *"al ser, estar y existir, el ser humano es digno de protección por parte del Derecho, y por ende el Derecho no puede dejar de defender y conservar la vida"*.

Hemos mencionado que el Derecho cumple la función de evitar o resolver conflictos entre los sujetos, pues son éstos últimos, las dinamos que representan el carácter lógico de cada ordenamiento jurídico; con ello, el Derecho establece mecanismos que logren la convivencia de estos sujetos junto a sus pares.

Cabe mencionar, aunque creemos que está por demás decirlo, que el Derecho es el ámbito en el cual el hombre sigue evolucionando, el cual está compuesto por otros criterios: lo normativo, que hace referencia a la regulación de la conducta; y la aspiración hacia valores (24) como el de justicia que ocupa una posición relevante, llevado todo ello por el ente regulador, un Estado de Derecho. El Derecho se vale de herramientas que le facilitan resolver jurídicamente problemas es así que a través de la norma jurídica que se expresa a través de la Ley, y de las demás fuentes del Derecho (como la costumbre, jurisprudencia, doctrina y criterio discrecional del juez), se logra la convivencia y la armonía en sociedad. (25)

Comentarios acerca de las Fuentes del Derecho:

La palabra fuente proviene de las voces latinas *fons*, *fontis*, que según la RAE significa "manantial de agua que brota de la tierra". Además, en otra acepción, es el "principio, fundamento u origen de algo". Asimismo, para remitirnos al campo académico, es el "material que sirve de información a un investigador o de inspiración a un autor".

Bajo estos sencillos conceptos, podemos entender las fuentes del derecho como los fundamentos u orígenes por los cuales se elaboran las normas (jurídicas, consuetudinarias) en una sociedad determinada.

Según Francesc de Carrera Serra, las fuentes del Derecho tienen cuatro acepciones (26):

- a.** Como causa última de todo ordenamiento jurídico. Por ejemplo; el derecho natural sería la única fuente posible del derecho positivo.
- b.** Como fuente de conocimiento del Derecho positivo que exista en una sociedad determinada. Esto refiere a los documentos históricos- normativos del derecho en las naciones como el boletín oficial del estado o los diarios oficiales.
- c.** Como referencia al origen del derecho y a su autor, tomando en cuenta la expresión del momento histórico en el cual se desarrolla el derecho. Ejemplos: Dios, la naturaleza, el parlamento, etc.
- d.** Como las formas en que se expresan las normas; en definitiva, sus modos de creación.

Norberto Bobbio, define a las fuentes del Derecho como "aquellos hechos o aquellos actos de los cuales el ordenamiento jurídico hace depender la producción de normas jurídicas" (27). Muy similar a ese enfoque Víctor García Toma nos dice que fuentes del Derecho puede concebirse "a todo aquello que es invocado como norma con fundamento jurídico, al sentido manifestante de su origen y al factor real de producción normativa y de la posterior evolución de ésta" (28). Tomando en consideración lo expuesto, podemos concebir a las fuentes del Derecho como un conjunto de hechos, actores y procedimientos por los cuales se produce normas válidas según el ordenamiento jurídico vigente.

Ahora bien, estas fuentes pueden ser de dos tipos; Fuentes formales y materiales. Las fuentes formales, según Marcial Rubio Correa, es "aquel procedimiento por el cual se produce, válidamente, normas jurídicas que adquieren el rasgo de obligatoriedad propio del derecho" (29). Esto es aquel procedimiento en el cual las normas son creadas respetando los límites formales del Derecho establecidos en el ordenamiento jurídico, a saber: el ser creado por el órgano facultado para dictar normas (órgano legislativo), el no contradecirse con las normas constitucionales, etc. Estas fuentes son cinco: legislación, jurisprudencia, costumbre, doctrina y declaración de voluntad. En ese sentido, podemos concluir que la fuente formal es aquel procedimiento realizado por los órganos del Estado facultados por la Constitución, que se encarga de producir normas válidas en forma de leyes, costumbres, decretos, contratos, etc., respetando los límites formales establecidos en el ordenamiento jurídico y que adquieren el carácter de obligatorio dentro de una sociedad determinada.

Por otro lado, las fuentes materiales, nos dice Claude du Pasquier "comprenden el conjunto de fenómenos sociales que contribuyen a formar la sustancia, la materia del Derecho (movimientos ideológicos, necesidades prácticas, etc.). Es importante entonces mencionar que estos fenómenos al transformar la sociedad motivados por necesidades presentes en esas realidades, transforman con ello el ordenamiento jurídico vigente o más aún, crean un ordenamiento jurídico con el fin de satisfacer esas necesidades allí presentadas y llevar una vida mejor en sociedad" (30). Así, podemos definir a las fuentes materiales como los fenómenos sociales, económicos, políticos, ideológicos, etc.; por los cuales se crean normas jurídicas atendiendo a las necesidades presentes en una comunidad y que tiene como finalidad alcanzar el orden y por tanto el bien común dentro de la

sociedad.

Ley:

Los orígenes de la palabra ley se remontan a la Ley de las XII Tablas en Roma. Antes de éstas regían las *mores maiorum* que eran las costumbres de los antepasados o costumbres indiferenciadas. Estas costumbres no estaban escritas y "se conservaban en la memoria de los hombres", en cambio con la Ley de las XII Tablas aparece una nueva norma, con la particularidad que esta es escrita (*jus scriptum*) en "tablas de mármol, bronce, etc. que se fijaban en lugares públicos (por ejemplo, el tabularium del Capitolio, en Roma) para que el pueblo las leyera y, conociéndolas, las cumpliera mejor". De ese modo nos dice Víctor García Toma citado por Monroy: "La vida de relación en Roma estuvo regida, desde su fundación (año 753 A.C.), por la costumbre indiferenciada (*mores maiorum*), mezcla de prescripciones morales, religiosas y reglas de trato social" (31). Posteriormente surgió la forma escrita, con la Ley de las Doce Tablas (450 A.C), porque la costumbre no era conocida cabalmente por la plebe y era objeto de una aplicación sospechosa de parcialidad a favor de los patricios encargados de la magistratura. En ese contexto, el pueblo conquistó el derecho de, reunido en comicios, votar afirmativa o negativamente la propuesta normativa de un senador. Con esta expresión de la voluntad popular se garantizaba, en alguna medida, cierta igualdad legal entre las clases sociales romanas y se alcanzaba fijeza en las relaciones sociales".

No obstante, el término ley ya había sido utilizado por los primeros pensadores griegos, aunque consideraron a la ley como "ordenación" (sentido lato de la ley) (32). Estos "transpusieron al orden cósmico las leyes de conducta humana". Así para Heráclito (500 A.C.) la ley divina que es común a todo lo existente "regula

de modo inexorable al orden de la naturaleza". Esta ley divina está relacionada con la ley humana ya que aquélla nutre a ésta y la subordina; es la "ley de todas las demás leyes" (23).

Estas ideas posteriormente servirán para los planteamientos de San Agustín de Hipona y Santo Tomás de Aquino.

De éste último ya nos hemos referido en el primer capítulo.

Etimológicamente "ley" proviene del latín /ex, que a su vez proviene del verbo latino ligare cuyo significado es "ligar o vincular". Esto hace referencia a que los hombres, aunque realizaban múltiples y diferentes actividades, estaban todos vinculados por la ley. También se plantea que proviene de *legere* que se traduce en "leer", ya que la ley siempre debe ser escrita para poder ser leída. Según la RAE, el término ley posee diversas acepciones como ley natural, ley de Dios, ley de la gracia, etc. No obstante, apartándonos de su significado de ley causal del orden la naturaleza (sentido lato), en su tercera acepción, hace referencia a "precepto dictado por la autoridad competente, en que se manda o prohíbe algo en consonancia con la justicia y para el bien de los gobernados".

La ley, ya en la modernidad, ha ido siendo reconocida en calidad de fuente formal Derecho más importante debido sobre todo porque "el Estado tal como lo conocemos ahora, ha desarrollado su hegemonía y ha perfilado claramente sus rasgos jurídicos" (29). Sin embargo, por un lado, como hemos visto más atrás, la ley se ha constituido en la principal fuente del derecho; por otro lado, la ley es por excelencia, la fuente de Derecho más importante debido a que nuestro sistema jurídico pertenece a la familia romano-germánica.

El término ley (para denotar a una sola ley) o legislación (para denotar al

conjunto de leyes), en coincidencia con varios autores, es considerada como aquella norma que ha sido creada o producida por el o los órganos competentes del Estado. Así, la ley es la norma escrita de carácter general que proviene de los órganos políticos estatales y permite la convivencia entre todos (28).

Asimismo, Marcial Rubio define a la legislación; por un lado, como el "conjunto de normas jurídicas de carácter general que han sido producidas por el Estado mediante la Constitución, leyes, decretos, y resoluciones no judiciales" (29). Por otro lado, define a la ley como "el conjunto de procedimientos, formalidades escritas y principios jerárquicos mediante los cuales se crean normas jurídicas válidas de carácter general, cuyo contenido es expresión de la voluntad de los poderes del Estado" (29); es decir, considera a la ley en un sentido más procedimental. No obstante se diferencia de las demás fuentes del derecho porque: *"1) Crea normas jurídicas mediante formalidades escritas; 2) Adopta una serie de formalidades y procedimientos de distinto valor; 3) Produce normas de carácter general y; 4) Producto de la voluntad expresa de los órganos de gobierno del Estado"*.

En ese sentido, como señala el jurista alemán Laband (31), la ley puede estudiarse a partir de una "teoría dualista", que –como su mismo nombre lo indica- comprende dos sentidos: un sentido formal y otro material. Teniendo en cuenta ello, seguiremos la siguiente clasificación de los sentidos de la ley teniendo como modelo la clasificación del Dr. Aníbal Torres Vásquez (16):

La ley en sentido formal hace referencia a todas las normas de carácter general, creadas por el órgano político del Estado facultado para legislar (poder legislativo), según el procedimiento establecido en la Constitución. En este

sentido no serían consideradas las numerosas normas dadas por los órganos ejecutivo y judicial del estado (poder ejecutivo y poder judicial), ni tampoco la de los demás órganos del Estado, como son el Tribunal Constitucional, el Consejo Nacional de la Magistratura, la Contraloría General de la República, el Banco Central de Reserva, el Jurado Nacional de Elecciones, etc. por no tener la "forma" proporcionada por el Poder Legislativo.

La ley en sentido material hace referencia al precepto normativo escrito creado por los órganos estatales respetando los límites que la propia ley les otorga (competencia).

En este sentido sí se incluye a todas normas creadas por órganos estatales mencionados más arriba. Aquí, la ley se entiende como Constitución (creada por el poder constituyente), la ley propiamente dicha (dada por el poder legislativo), reglamentos (producidos por el poder ejecutivo), así como resoluciones, ordenanzas, edictos municipales, etc.

En ese sentido, la ley reúne ocho características fundamentales según el Dr. Aníbal Torres Vásquez, de las que ampliaremos sus implicancias en su contenido:

a) Obligatoriedad: Es una característica fundamental de la ley propia de su naturaleza imperativa (28); es decir, existen dos tipos de voluntades: La que ordena y la que va a obedecer. Esta correlación tendrá la garantía y respaldo coactivo por parte del estado; así, expresamente, nuestra Constitución Política señala en su artículo 109 que la ley "es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte".

b) Generalidad: La ley rige colectivamente, evitando "referirse a

casos particulares, salvo que si es que así lo exige la naturaleza de las cosas" (artículo 103 de la Constitución Política). Pues en general, todas las personas somos iguales ante la ley y por lo tanto no podemos ser discriminados. Cabe precisar que esta característica también puede aplicarse, por ejemplo: a organizaciones sindicales de obreros, organizaciones de militares, etc. puesto que se aplica bien a los asociados como "también a una clase compuesta de varios miembros" (16), como lo mencionado líneas arriba. Asimismo, esta característica garantiza el principio de igualdad ante la ley, debido a que con ello se impide el abuso del derecho por parte de los órganos estatales contra los ciudadanos.

c) Abstractividad: La ley es abstracta, debido a que se encarga de normar diversas circunstancias o casos, pues contiene un presupuesto normativo en términos generales que se orienta a los hechos de la realidad, los cuales conllevan a una determinada consecuencia jurídica a través de un nexo jurídico (debe ser). Esta consecuencia producida "satisface el ideal de justicia consistente en la certeza de las acciones prescrita" (16). Es decir, las leyes están dirigidas a la generalidad de persona, no solo para un determinado grupo de personas; es decir, se caracterizan por su impersonalidad y abstracción.

d) Creada por el órgano competente del Estado: La ley debe ser creada por el Poder Legislativo (sentido formal de la ley) como también por todo órgano con la facultado por la constitución que pueda imponer normas de obligatorio cumplimiento (sentido material).

e) Declarada solemnemente: Pues para que sea válida requiere seguir todos aquellos procedimientos que se encuentran consignados o

establecidos en la carta constitucional vigente. De este modo, "la pertenencia de una norma a un ordenamiento es lo que se denomina validez" (27).

f) Ser Justa: La ley es justa, de manera que, para su cumplimiento no debería ser impuesta por la violencia. Si bien la administración de justicia es ejercida por el Poder Judicial, a su vez emana del pueblo. De este modo, los tribunales no están facultados para decidir sobre la justicia o injusticia de las leyes, puesto que ellos solo son medios para la consecución del bien común en la sociedad. En este sentido, solo deben actuar de acuerdo a la ley, aunque también pueden, a través de la interpretación adaptar el sentido de la ley a la justicia por el principio de la plenitud hermética.

g) Presunción de conocimiento: Cuando la ley ha sido publicada, se supone conocida por todos. Así, ningún ciudadano podrá alegar que no respetó determinada ley porque no estaba enterado de ella, ya que una vez aprobada por el Congreso y promulgada por el Ejecutivo, la ley que entrará en vigencia es publicada en el diario oficial "El Peruano".

h) Permanencia: La ley rige "para un número indeterminado de casos o hechos en el tiempo", salvo si se venció el plazo de acción hasta el día que fue dictada, o por "haber logrado el fin o haberse extinguido las situaciones de hecho para las cuales fue promulgada, o por haber sido declarada inconstitucional" (28).

Asimismo, la ley tiene dos elementos, el elemento formal se refiere a la "exigencia de elaborarla cumpliendo con el procedimiento establecido para el efecto en el ordenamiento jurídico" Este procedimiento está establecido en la Constitución. Así, si la ley no es producida de acuerdo a este procedimiento, se declarará inconstitucional. Por otro lado, el elemento material refiere al "contenido de la

ley y está presente en las normas que tiene un carácter intersubjetivo, vinculante, permanente y general" (28). Una norma carecerá de este elemento cuando vaya en contra de la naturaleza del Derecho, esto es: expresar máximas morales, regular situaciones particulares, etc.

Esta ley se ha manifestado en el devenir histórico a partir del instituto de la codificación. De acuerdo a lo que señala el Diccionario de la RAE, *codificar* es "hacer o formar un cuerpo de leyes armónico y sistemático", de manera que, esta tendrá como resultado la constitución de códigos (del latín *Codex*). Estos últimos son cuerpos legales sistemáticos redactados, conforme a las exigencias del lugar donde se establezcan. "La codificación¹⁰ es entendida también como aquella técnica de agrupar orgánica y sistemáticamente normas jurídicas, expresadas como reglas y principios explícitos, labor de la cual se encarga la comisión redactora conformada por jurisconsultos". (33).

"La codificación consiste en la reunión de diversas leyes en un cuerpo orgánico. Se ha dado en casi todos los pueblos desde muy antiguo, y obedece a la necesidad de ordenar y simplificar la legislación que se ha ido acumulando en el curso de tiempo" (34). "La codificación no solo se reduce a una mera compilación de leyes, sino que también involucra principios que se encuentran presentes en una comunidad".

10 "No debemos confundir codificación con compilación, esta última son las colecciones de Ufes de diversas épocas, agrupadas conforme a distintos criterios que pueden ser de orden cronológico, número, materia, etc., pero conservando cada una su propia individualidad y, por tanto, desprovistas de organicidad. Indica Vidal Ramírez que "mientras en las recopilaciones o compilaciones se da contenido a un material jurídico que no guarda organicidad y se mezclan elementos sin previa depuración, en los códigos se da contenido orgánico al material jurídico y Restablece una normativa nueva que va a iniciar su vigencia derogando la normativa anterior", VIDAL RAMÍREZ, Fernando, *Introducción al Derecho civil peruano*, WG Editor, Lima, 1992, pág. 52".

Stein manifiesta que "En el siglo XVIII el Derecho Civil romano se vio envuelto en el gran movimiento intelectual de la Ilustración (35). La filosofía del Derecho natural racionalista proclamó que un grupo completo de leyes debía ser organizado simple y racionalmente, eliminándose las complejidades existentes, y que todo lo que era necesario para promulgarlo era simplemente el deseo del príncipe. Los gobernantes estaban ocupados en consolidar su poder sobre diversos dominios, cada uno con una amalgama diferente de Derecho romano y Derecho consuetudinario, y vieron en la imposición de un único código jurídico para todos los territorios una vía para unificarlos. Al mismo tiempo consideraban que mediante la existencia de un Código se podía limitar la dependencia de los tribunales, que muy a menudo personificaban los intereses poderosos de la aristocracia real. En ese contexto el Código se proponía reemplazar las arcaicas normas que se habían convertido en superfluas anticuadas e intrascendentes socialmente".

La Escuela Histórica del Derecho¹¹ rechazó la codificación porque se creía que los Códigos eran definitivos, lo que, a su criterio, no permitiría el perfeccionamiento gradual del Derecho; sin embargo, esta tesis no prosperó.

Sería absurdo considerar que las leyes pueden ser universales pues dependen de la atmósfera social, las tradiciones, las costumbres, la economía, la religión y los demás factores determinantes en la organización de una sociedad. Estos factores mencionados originan "el espíritu de las leyes", las mismas que muchas

¹¹ "La Escuela Histórica del Derecho, también conocida con el nombre de Historicismo jurídico, es una corriente teórica que hurga en el pasado de los ordenamientos jurídicos o también denominado espíritu popular y además en la costumbre, la raíz del derecho. No busca en la ley, ya que estos son concreciones de conductas que se van codificando con el paso del tiempo. Entre sus máximos representantes tenemos a germanos Gustavo Hugo (1768-1834), Federico Carlos de Savigny (1779-1861) y Jorge Federico Puchta (1778-1846)".

veces son ignoradas por el legislador. La importancia de esto, nos permite hacer mención a aquello que se llama “Derecho codificado”, normas incluidas en los diferentes códigos, tales como el Civil, Penal, procesales en sus diversos ámbitos y otras. En otro extremo, encontramos el “Derecho no codificado”, normas que no se encuentran en una norma única o código. Sin embargo, sí podemos hablar de una codificación parcial; teniendo tanto un derecho establecido mediante códigos o codificado y un derecho no codificado, tal es el ejemplo del Derecho Penal y en cuanto en tanto tiene un Código Penal y además, existen leyes especiales; todas ellas en el Derecho Penal. Otro ejemplo interesante lo encontramos en cuanto al Derecho Comercial, tenemos un Código de Comercio y adicional a ello, encontramos en nuestro ordenamiento jurídico, leyes especiales tales como: Ley General de Sociedad, Títulos valores, Ley del mercado de valores y otros.

Además, debemos precisar, que cuando se resuelve un caso no previsto en el ordenamiento jurídico de un Estado, estamos frente a un Derecho no codificado, siendo ésta un supuesto de la jurisprudencia. La jurisprudencia, que se desprende de la discrecionalidad judicial es uniforme, en cuanto los fallos se dan en una misma orientación, mucho de los cuales asumen la implicancia de precedente judicial (*stare decises*) lo que busca evitar respuestas contradictorias para casos legales futuros. La esfera jurídica que más ha evolucionado en el Derecho Civil peruano ha sido el Derecho codificado; sin embargo, no pasa lo mismo con el Derecho comercial, a pesar que el Derecho ha tenido un reconocido progreso en las ramas del Derecho comercial (sistema legislativo de las leyes especiales); de tal manera, se puede notar que el Derecho comercial ha avanzado más en otras ramas como el Derecho cartular o Derecho cambiario, Derecho Societario, Derecho Bursátil, Derecho de Quiebras (Derecho

Concursal), entre otros.

“El Código Civil, comprende, el conjunto de disposiciones ordenadas sistemáticamente de un modo completo y unitario que regulan la vida en la sociedad civil, éste involucra un mecanismo mediante el cual el legislador organiza sistemáticamente un conjunto de normas, cuyo fin permite la regulación de manera fácil y directa”. "Código es una ley de contenido homogéneo por razón de la materia, que, de forma sistemática y articulada en un lenguaje preciso, regula todos los problemas jurídicos (o, al menos, los principales y generales) de la materia unitariamente acotada" (36).

El codificar subsume necesariamente un grado de madurez en la existencia de un sistema jurídico (37) y que por ende presupone siglos de tradición y pugna doctrinal, desarrollo cultural, corrientes filosóficas y políticas, desordenes y lagunas normativas, etc.

En conclusión, respecto a este punto podemos señalar que los Códigos son un conjunto unitario, ordenado y sistematizado de normas jurídicas que tienen la ventaja que determinadas ramas del Derecho se ordenan a través de un cuerpo normativo, facilitando, en este sentido, la interpretación y aplicación del Derecho de manera sistemática.

Costumbre:

En todo pueblo primitivo, la primera fase de control social es la costumbre. No habría duda alguna que si nos preguntáramos: ¿Cuál es la fuente principal del derecho en esas comunidades? la respuesta inmediata sería la costumbre, pues ésta, en un inicio, tenía un fundamento de naturaleza religiosa. Las costumbres, en un

inicio, eran costumbres convencionales sin obligación a cumplirlas y cuyas sanciones no eran muy severas ya que solo el grupo que hace prácticas de dicho uso la podrían aplicar, sea con la exclusión social, desterramiento, etc. Con el pasar del tiempo los usos se vuelven pasajeros quedando relegadas por la costumbre, adquiriendo esta mayor relevancia en cuanto a su conciencia de obligatoriedad y a sus sanciones más rígidas.

Los fundamentos o las razones que brindan respaldo respecto a la vigencia de estos modos uniformes y constantes de obrar eran de un orden psicológico y de naturaleza que, hasta el día de hoy, son determinantes sobre la mente humana sin impedimento de la falta de un órgano coercitivo. Vanni señala la validez de dos impulsos psicológicos: *"el hábito y la imitación"*.

"[E]l hábito es un fenómeno psicológico fundamental regido por una ley que no es más que una forma de ley de la inercia" (38). Se deduce de esto que, consumado el acto, se fija la propensión a volver a hacerlo de manera frecuente con el fin de alcanzar mayor facilidad en la repetición del hábito, además de agregarse la imitación: Constituyéndose en un modelo que los demás copian o imitan, convirtiéndose en un acto permanente que va tomando forma en calidad de autoridad, lo que podríamos denominar precedente.

Para comprender como la costumbre, a pesar de no tener una autoridad que respalde su poder como impulso regulador, debemos tener en cuenta ciertas características que poseen los clanes. Los clanes, de origen totémico, como grupos humanos cerrados creaban una fuerte solidaridad entre quienes los integraban. Al existir una agresión u ofensa hacia uno de sus miembros por parte

del miembro de otro clan, todo el clan actuaba en su defensa e iba contra cualquier que pertenecía al clan del agresor. Constituyéndose en la sanción mayor hacia el miembro del clan agresor, el retiro de la protección por parte del clan de origen, así como también su solidaridad, seguida de la expulsión definitiva del clan, que era medida tremenda ya que cualquiera podría impunemente matarlo. Así, la venganza de sangre surge como la sanción original, la misma que era desarrollada por los mismos hombres y era propia de la realidad, legando a constituirse, incluso, como sanción específicamente jurídica" (39).

La venganza de sangre, una venganza antigua y que era propia de una sociedad primitiva, fue cambiada por la ley del talión, la misma que se considera como una sanción antigua, quizá la más antigua que tenía como base la justicia racional y buscaba la igualdad. Esta ley del Tali3n, que limita la venganza solo al causante de la ofensa y que su antecedente principal lo ubicamos en el antiguo testamento, denominándose tambi3n "Ojo por ojo, diente por diente". Luego, en Roma, las que se convirtieron en fuentes serían: La ley, la costumbre, el edicto del Pretor romano y la opini3n siempre expedita de los jurisconsultos. Las costumbres regían, en sus primeros tiempos, la vida de los romanos, estas eran llamadas "mores maiorum", las mismas que tenían una procedencia bastante antigua, se presume que datan aproximadamente desde la fundaci3n de Roma en el a3o 753 A.C, tiempos de los cuales las historias de los primeros reyes se revisten bajo la leyenda y el mito.

Con el transcurrir del tiempo, aparecería una de las principales fuentes del derecho: La ley, la misma que tendría su primera concreci3n en la ley de las XII

tablas (304 AC). La ley de las XII tablas, pusieron en cierta amenaza la costumbre debido a que la plebe desconocía las costumbres de los antepasados y muchas veces se generaba sospecha de visos de parcialidad por parte de los magistrados. Es así Cueto Rúa sostiene que la costumbre "es uno de los fenómenos sociales caracterizados por su generalidad y universalidad" (40). Es importante destacar la importancia de la costumbre, que más allá de ser considerada expresamente como fuente del Derecho, es una manifestación esencial de la vida humana en sociedad, que nace de la misma convivencia; por lo tanto, su significado, no se limita a ser fuente del derecho, sino que es mucho más de lo que la teoría jurídica le otorga.

Históricamente, el derecho siempre estuvo instituido o guiado por la costumbre y por ello se desprende su valor en calidad de fuente del derecho. La escuela histórica define la costumbre como el producto espontáneo de la conciencia popular, tomando la palabra conciencia en su acepción psicológica y entendiéndola en el sentido jurídico del que se adopta por instinto y de manera continua a las necesidades de la vida individual y social. Es así que, a lo largo de la historia, han existido compilaciones de costumbres con amplia fuerza legal en la historia de los pueblos.

La RAE nos define a la costumbre como: *Hábito, modo habitual de obrar o proceder establecido por tradición o por la repetición de los mismos actos y que puede llegar a adquirir fuerza de precepto*. En el Derecho Romano se respetaba la costumbre, pues esta tenía fuerza de ley, hecho que se mantuvo hasta la revolución liberal que transformó al Estado. Hicieron un gran trabajo en la recopilación de grandes volúmenes de las costumbres de la época. No se puede dejar de señalar que, en la mitad de Francia reinaba el sistema

jurídico consuetudinario hasta que el Código Napoleónico se posicionó como principal cuerpo normativo de este país.

"La costumbre, en su origen, es un hecho y está constituida por las instituciones que un grupo de hombres ha adoptado y por las reglas a las que estos hombres se someten en las relaciones que tienen entre sí, sin que se puedan atribuir ni una ni otras a ninguna voluntad superior coercitiva" (41), en esta definición un grupo de hombres adopta reglas que surgen espontáneamente en sus relaciones sociales sin someterse a ninguna otra voluntad. Por su parte, Du Pasquier (42) considera a la costumbre como "un uso implantado en una colectividad y considerado por ella como jurídicamente obligatorio; es el derecho creado por las costumbres, *el jus moribus constitutum*".

Debemos considerar que la costumbre, a lo largo del tiempo, llega a tener tanta importancia que ya no es simplemente regla que regula conducta constante, sino que se transforma en norma (costumbre jurídica) con carácter coercitivo y en algunos casos coactivos. Respecto a ello, García Toma menciona que "la costumbre jurídica es aquella norma jurídica derivada de la repetición más o menos constantes de actos de conductas uniforme que han adquirido fuerza obligatoria por la convicción social de la necesidad de su respeto y acatamiento" (28).

Por otro lado Marcial Rubio menciona tres requisitos para que una costumbre sea una norma consuetudinaria: "la costumbre como fuente del derecho, es un proceso de creación de normas jurídicas consuetudinarias, que tienen como requisito el uso generalizado, su conciencia de obligatoriedad y una cierta antigüedad en su reiteración" (29), de esto podemos decir que la

costumbre tiene la facultad de crear normas, pero normas consuetudinarias que cumpliendo los requisitos mencionados alcanzan a recibir la garantía y el respaldo por parte del estado para su efectividad.

Para comprender mejor lo señalado, pasaremos a explicar la diferencia entre costumbre y norma consuetudinaria:

a) **Costumbre¹²**: Es un hecho social susceptible de percepción. Los actos de conducta se pueden intuir (43).

b) **Norma consuetudinaria (costumbre jurídica)**: No es un hecho social, es una estructura ideal, es un concepto. Jamás podemos ver o intuir una norma consuetudinaria. Solamente la podemos inteligir con nuestra razón.

"En suma la costumbre jurídica es la costumbre que rige en una colectividad y es considerada por la organización política, es decir, por el Estado, como jurídicamente obligatoria" (18). Al ascenso de la costumbre, de la conciencia de obligatoriedad por coerción, a la conciencia de obligatoriedad por coacción, Escobar de la Serna menciona: "la costumbre solo regirá en defecto de la ley, cumpliendo las condiciones que no atenten contra el orden público y las buenas costumbres; siempre y cuando sea probada" (44). Luego podemos definir a la costumbre como aquella conducta o actos de conducta derivada de la repetición constante y uniforme, elaborada por la conciencia social y aceptada por su obligatoriedad (coercibilidad), tomando en cuenta que no debe

¹² Cabe señalar que la costumbre puede perder importancia y quedar relegada, olvidada o desaparecida en peor de los casos con la aparición de los Estados, Estos con la bandera de la democracia y el Estado de derecho, imponen arbitrariamente las leyes a las comunidades, atropellando sus costumbres y pisoteando sus derechos inherentes. Mario Pórtela menciona al respecto que "la costumbre va perdiendo importancia en tanto fuente formal del derecho, a medida que las comunidades se van centralizando función al mente a expensas de una creación más libre del derecho, centralización obligada por los complejos problemas a resolver dentro de los Estados modernos", PÓRTELA, Mario Alberto, *Introducción al Derecho*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1976, pág. 115.

ser contraria a la moral o el orden público y que resulte probada por los miembros de una comunidad. De lo dicho precedentemente de la costumbre se pueden distinguir dos elementos:

- a) **El elemento objetivo (material o externo):** Que es la práctica repetida durante un tiempo suficientemente prolongado (*inveterata consuetudo*),
- b) **Elemento subjetivo (sicológico, espiritual o interno):** Es el convencimiento de que aquello debe hacerse, de que es jurídicamente obligatorio ya que no va a depender de la discreción subjetiva, por el contrario, será exigible por parte de los demás (*opinio iurís necessitatis*) (39).

El primer elemento no basta para que una costumbre se constituya como una norma consuetudinaria, pues los usos también son una práctica constante y aceptadas por muchas personas, pero estas no tienen el carácter de normas de derecho. Es por eso que "es necesario que surja una conciencia de obligatoriedad, características de las reglas jurídicas" (23).

2.2.2 **Jurisprudencia:**

La palabra *jurisprudencia* viene de las voces latinas *ius* (que significa lo justo, de la cual también deriva la palabra latina *iurís*, que hace alusión al derecho) y *prudencia*, que significa previsión, que deriva de la palabra latina *providencia*. También hace referencia a la ciencia de lo justo y de lo injusto, en su connotación más filosófica. Así, Ulpiano dio la siguiente definición: "La Jurisprudencia es el conocimiento de las cosas divinas y humanas, y la ciencia de lo justo y de lo injusto".

Solo podemos mencionar que la jurisprudencia es una fuente leal del derecho, cuando esta refleje la interpretación de la ley por parte de los órganos jurisdiccionales correspondientes, siendo más específico en el caso de los

magistrados. Se dice que una jurisprudencia es *uniforme*, cuando esta los fallos se dan en una misma dirección, por otro lado, se menciona que es *contradictoria*, cuando las instancias judiciales se pronuncian de diferentes formas sobre un mismo caso (45). Por otra parte, existe cierto rasgo de la costumbre en la jurisprudencia "a la práctica judicial constante e interpretación de las leyes u otras fuentes del Derecho" (16). No obstante, intervienen otros elementos que la diferencian de esta fuente del Derecho. Sobre ese tema expondremos en el siguiente punto. Casi todos los autores coinciden en que la Jurisprudencia es "el conjunto de fallos emanados de los órganos jurisdiccionales, que sirven para regir la solución de un número indefinido de casos semejantes que pudiesen presentarse" (28). No obstante, se debe diferenciar los dos sentidos que tiene la jurisprudencia: un sentido *lato* y otro *estricto*.

a) Jurisprudencia en sentido lato: Se refiere al resultado del ejercicio jurisdiccional de los magistrados judiciales a través de sus resoluciones, a través de las cuales se pretenden solucionar los conflictos que se suscitan entre los individuos o entre éstos y la sociedad (29). Esto quiere decir que se entiende jurisprudencia por cualquier resolución emitida, tanto por un Juzgado de Paz como por la Corte Suprema de Justicia, es decir, sin distinción de jerarquía.

b) Jurisprudencia en sentido estricto: Están constituidas por aquellas resoluciones que son emitidas por un tribunal máximo (29). Esto quiere decir que solo podrá llamarse jurisprudencia a los fallos emitidos por la Corte Suprema de Justicia.

No obstante, lo anterior, la jurisprudencia no sólo proviene del órgano judicial,

pues también el órgano ejecutivo (Administración de justicia) puede hacer jurisprudencia a través de Resoluciones. Esta tomará el nombre de Jurisprudencia Administrativa. Por otro lado, la jurisprudencia sí es una fuente que crea derecho, tomando en cuenta que debe ir en consonancia con los preceptos establecidos en el Ordenamiento Jurídico. Esto porque la decisión que toman los jueces quedará, como expondremos más abajo, asentada como un precedente vinculante, que regirá para todos los casos siguientes que se asemejen al caso modelo. Además, esta decisión no se toma arbitrariamente, es decir, los jueces no llegan a resolver un caso porque les venga en gana, sino que debe existir "uniformidad de criterio en todos los asuntos iguales o semejantes, criterio que solo será modificado cuando existan razones poderosas suficientes" (16).

2.2.3 Doctrina:

Proveniente del latín doctrina, considerado como un conjunto de guías, instrucciones o enseñanzas:

- a)** Un cuerpo de enseñanzas basadas en un sistema de creencias.
- b)** Principios o posiciones respecto a una materia o cuestión determinadas.
- c)** Una serie de enseñanzas sobre una rama de conocimiento o de ciencia concreta.

Entre sus múltiples acepciones, la palabra "doctrina" puede significar "ciencia" o "sabiduría". Por otro lado, como es de imaginar, es muy recurrente la discusión acerca del carácter "científico" de la "ciencia Jurídica", pero creemos que, en el período actual, en que se acentúa el apartamiento del carácter

“objetivista” con que se concibió a la ciencia en otros tiempos, el saber acerca del Derecho tiene al fin los mismos títulos de cientificidad que el referido a cualquier otra área del universo, en condiciones de diversos grados equivalente a la de la sociología, la antropología, la física, la química o la matemática.

Para designar a la ciencia jurídica es esclarecedora la acepción que la palabra "doctrina" tiene en cuanto a sabiduría. La ciencia jurídica es un conocimiento muy necesitado de sabiduría, entendiendo por tal, por una parte, la apertura permanente al saber a lograr, como la que reina en la Filosofía y, por otra, la prudencia. Allí radica la importancia de ello. Podría definirse doctrina como un sistema de opiniones o postulados más o menos científicos, frecuentemente con la pretensión de posesión de validez general. Entendemos nosotros por doctrina a aquel conjunto de opiniones efectuadas en la interpretación de las normas por los conocedores (jueces, juristas) del Derecho.

Manuel Ossorio lo denomina como "un conjunto de tesis y opiniones de los tratadistas y estudiosos del Derecho que explican y fijan el servicio de las leyes o sugieren soluciones para cuestiones aún no legisladas" (46). La doctrina jurídica debe ser entendida como aquellos estudios científicos realizado por los juristas acerca del Derecho. Esta actividad puede desarrollarse a fin de concatenar preceptos que sirvan como base para la interpretación de normas y el establecimiento de reglas de aplicación. Giorgio del Vecchio, citado por Recasens Siches, "la ciencia en sí misma no tiene autoridad, y que la doctrina deviene norma vigente solo cuando la ley - caso de los juristas romanos que fueron investidos de función pública - o la costumbre, la conviertan en tal" (18). También podemos entender a la doctrina como los enunciados u opiniones de

diversos estudiosos o investigadores del derecho, aquellos que formulan propuestas o tesis en base a estudios profundos sobre determinada materia, tomando en cuenta la casuística necesaria y con el tiempo no supeditado a una sentencia que emitir tal como lo hacen los jueces.

Las diversas relaciones que se dan en sociedad, entre individuos, genera la evolución de derecho en tanto en cuanto impulsa el pronunciamiento judicial, teniendo que agenciarse los jueces de diversas herramientas y material para poder brindar solución a determinados problemas que no tienen respuesta a través de las normas establecidas en códigos.

Claude du Pasquier entiende a doctrina jurídica como "la obra de los jurisconsultos, comentaristas y auxiliares del Derecho (*jus prudentibus constitutum*) en suma es la ciencia del Derecho" (42). El uso de la doctrina jurídica en nuestra actualidad ha alcanzado un desarrollo inmenso: "tratados, comentarios, explicaciones de un texto legal, síntesis filosóficas u obras sobre materias especiales, la función de la doctrina jurídica consiste en escudriñar el Derecho positivo, en organizado en un conjunto coherente y lógico, y también en criticarlo y buscar cómo mejorarlo".

El jurista español Luis Recasens Siches señala que "desde el punto de vista de la génesis de los contenidos jurídicos, suele indicarse también como una de las fuentes habituales del Derecho la doctrina científica y la filosofía jurídica, porque se observa como muchas veces, se incorporan al ordenamiento jurídico las opiniones de los jurisconsultos y de los iusfilósofos" (18). Por ello por ejemplo si se toma como la descripción de un estado de cosas, nadie podría negar que así se desenvuelven los hechos, "es notoria -dice Carlos Santiago Niño- la influencia que algunos juristas de prestigio ejercen sobre las decisiones judiciales, gozando sus opiniones

de un peso casi comparable al de los tribunales de alzada, por lo cual los abogados recurren ansiosamente a ellas para fundamentar sus alegatos (47)".

De allí, la importancia de la preparación de verdaderos juristas o iusfilósofos en el Derecho, ya que la función del juez recae solamente en la aplicación o el uso de ciertas normas, mientras que el primero puede introducir estas. De la misma manera, el jurista Mario Alzamora Valdez se refiere a la doctrina como "el conjunto de opiniones de los jurisconsultos, emitidas con finalidad teórica o con el objeto de facilitar la aplicación del Derecho". Debido a ello comprendemos que gracias a la labor realizada por los estudiosos del derecho, han enriquecido a esta ciencia, lo cual "lleva al mejoramiento del ordenamiento jurídico en general" (23).

Similar a ello, señala Víctor García Toma que la doctrina "es la ciencia del derecho, elaborada por los jurisconsultos, y comprende el conjunto de sus investigaciones, estudios análisis y planteamientos críticos. Contiene juicios, procesos u operaciones mentales efectuados por abogados con una sólida, experta y calificada formación académica" (28). Es de reiterar que este término hace referencia a aquel conjunto de escritos de los juristas, que anhelan una mejor comprensión del derecho en la sociedad. El civilista peruano Aníbal Torres expone que "la doctrina no constituye una fuente autónoma de Derecho propiamente dicha, tiene sin embargo un valor descollante en la formación de la ley, de la jurisprudencia y de algunas costumbres" (16), razón tiene ya que la doctrina adquiere su fundamento en su papel de creación de conocimientos jurídicos, dentro de un marco académico-intelectual.

La doctrina depende de las opiniones de diversos expertos y de manera

contraria, también pueden existir diferencias desde sus diversas perspectivas. Entonces, la doctrina está condicionada a la evolución de conceptos, lo que hoy puede generar autoridad académica, tiempo después ya no puede constituir lo mismo. Por ello es importante saber distinguir y poder tomar como base los buenos trabajos doctrinarios siempre bajo un análisis objetivo.

Indica Luis Escobar de la Serna que "la doctrina si bien gozo de influencia y autoridad en otro tiempo, la doctrina no suele tener hoy la categoría de fuente especial y propia del Derecho" (44), ello trata de plantear obviamente la no importancia del uso de esta fuente en la situación jurídica.

El maestro argentino Cueto Rúa, plantea un enfoque que pone mucho énfasis en entender si realmente a la doctrina se le puede considerar como fuente del Derecho, él indica que "La doctrina ha sido la más cuestionada de las fuentes del Derecho en la teoría jurídica tradicional, quienes han desconocido ese carácter lo han hecho alegando que la obra doctrinaria de los científicos en manera alguna obliga a los órganos de la comunidad o a sus miembros (40). Las diversas fuentes no se imponen con el mismo grado de autoridad a los órganos de la comunidad ni a sus integrantes. No todas presentan el mismo grado de obligatoriedad, es así que el legislador ha hablado en el pasado señalando el mismo criterio (la ley como fuente), o si los jueces han decidido casos similares declarando que ésa conducta era la conducta debida la jurisprudencia como fuente) o si los integrantes del respectivo grupo social adoptan el mismo comportamiento cuando enfrentan circunstancias similares (la costumbre como fuente)". Luego de eso nos queda por averiguar si la doctrina es también fuente del Derecho.

Para poder responder eso hay que darnos cuenta de que corresponde verificar

metódicamente si las opiniones de los jurisconsultos o juristas constituyen un criterio de objetividad al que apelan los órganos de la comunidad o los integrantes del grupo social, para justificar el criterio seguido. Marcial Rubio plantea que la doctrina se constituye en un gran ordenador y que expone el sistema jurídico legislativo (29). En conclusión, siguiendo al jurista argentino Mario Alberto Pórtela, la doctrina es la opinión de los juristas sobre diversos temas que abordan las distintas ramas del Derecho. Su descripción crítica del orden jurídico influye sobre las decisiones de los pragmáticos, quienes para solucionar los problemas que se presentan recurren con frecuencia a la opinión científica acerca del tema a tratar (43).

En síntesis, para nosotros, la doctrina es una fuente del Derecho que desempeña funciones complementarias a la legislación; de modo que, ningún estudioso del Derecho puede negar el aporte que genera la doctrina en su formación jurídica, caso contrario, estaría afirmando que nunca conocerá a cabalidad todo el sistema jurídico.

Principios Generales del Derecho:

La mejor forma de investigar un aspecto de la realidad es analizando sus elementos por eso primero examinaremos que es un *principio*.

Etimológicamente proviene del latín *príncipium*, que quiere decir primero. El Diccionario de la Real Academia Española recopila una serie de definiciones las cuales integran esencialmente una idea primante; que es algo de donde se inicia o se parte. Al respecto Miguel Reale (48) afirma; "un principio entendido en un sentido no-ético es un enunciado que sirve de fundamento base para desarrollar la validez de una estructura compuesta por afirmaciones de una determinada parte del saber.

En conclusión, un principio llega a ser aquel elemento que posee verdades fundamentales de un determinado sistema de conocimiento, admitidas como tales por ser evidentes, por haber sido corroboradas. Podemos decir entonces que estos principios que actúan en el derecho son llamados de esa forma, pero ahora lo que falta aclarar es como se desenvuelven en el derecho, qué papel juegan para poder definir con exactitud lo que son los principios generales el derecho. La Real Academia Española dice: "norma legal supletoria y constituida por doctrina o aforismo que gozan de general y constante aceptación de jurisconsultos y tribunales". Pero es cierto que tenemos que afirmar que esta norma no está positivizada en el sentido de que tiene una aceptación metafísica.

Al respecto del tema Rendón Vásquez dice que "son motivaciones que determinan el modo de ser un sistema determinado en este caso el jurídico, precisan su contenido. Por lo tanto, su fuente se encuentra en la ideología" (49). De cierta manera esto cobra veracidad si analizamos la forma de relacionarse de las personas a través de la historia, vemos que el proceso que de humanización está en línea progresiva.

“SER HUMANO, PERSONA Y SUJETO DE DERECHO”:

“Ser humano y Persona: ¿Hay alguna igualdad en la naturaleza de ambas categorías?”:

La relación que existe entre el ser humano y la naturaleza es muy importante e indispensable, debido a que como ser vivo, tenemos necesidades básicas como respirar, comer, etc., para lo cual la naturaleza es el factor determinante. Sin embargo, el individuo no se limita a vivir, sino busca realizar sus aspiraciones racionales, lo que significa que los recursos a su disposición no

permanecen por mucho tiempo inmóviles, por el contrario, el ser humano, conscientemente, ejerce una influencia sobre los recursos, sirviéndose de ellos, los transforma y adapta para satisfacer sus necesidades. De esta manera, como seres humanos hemos superado y logrado convertirnos en una especie más evolucionada, logrando superar al reino animal; por lo tanto, cada fase y cada época representa un peldaño más en ascenso y así continúa siendo.

Como es obvio, el ser humano es el protagonista del Derecho, el actor principal, razón por la cual el ordenamiento normativo vela por la garantía y protección de sus derechos fundamentales. Constituyéndose en un imperativo ordenar la sociedad mediante normas que puedan brindar seguridad al sujeto o individuo, creándose la teoría del sujeto de derecho fundamentada en la vida humana.

En ese sentido, una tarea primordial del Derecho es amparar la vida del hombre que merece salvaguardia, justificado en su propia dignidad. Así, sostenía Bobbio que "el Derecho como conjunto de normas de conducta y de organización tiene por fin mínimo el impedimento de las acciones consideradas más destructivas del tejido social, la solución de conflictos que de no ser resueltos amenazan con hacer imposible la subsistencia misma del grupo" (50).

"Debido a que ya son muchas las disciplinas que han estudiado la vida (estadios, formas y situaciones), le corresponde también al Derecho poder establecer su contenido jurídico, procurando que su comprensión no sea imposible ya que, si bien es complicado interpretar, esta no debe ser imposible debido a la trascendencia que representa el ser humano en cada disciplina. Del análisis de conceptos básicos como: Ser, individuo, hombre, ser humano, persona y sujeto de derecho, se puede decir, que son términos usados de manera coloquial; pero en el campo jurídico está provisto de tecnicismos, por ello, es necesario una denominación que merezca la atención de la ley. Carnelutti manifestaba que "quien

piense que el sujeto de un interés no es más que un hombre, puede llegar a confundir la noción de hombre con la de sujeto jurídico" (51).

"El ser humano es un concepto antropológico Representa a la unidad sico bio-social, esta es la tríada básica del desarrollo integral del ser humano. Lo humano implica en su acepción lingüística "Pertenece al hombre o propio de él". "El ser humano (...) es un ser individual, libre, creativo, estimativo, proyectivo, único, no intercambiable, idéntico a sí mismo y, simultáneamente, es un ser coexistencial, social, creado para hacer su vida con los demás seres Humanos. De ahí que la libertad le es inherente, en cuanto constituye su propio ser, y que lo social no le sea algo exterior o ajeno, ya que esta calidad está también instalada en su propia naturaleza" (52).

El ser humano al ser una persona que se encuentra en una posición especial y desempeña un papel fundamental en la comunidad, en calidad de poseedor de deberes y derechos, se constituye como sujeto activo o sujeto pasivo en las constantes relaciones jurídicas.

En este sentido, la persona, valorada y apreciada jurídicamente, debe también ser guiado por un contenido jurídico.

Históricamente, el término *persona* proviene de las máscaras (per sonare) que utilizaba el pueblo etrusco para sus dramaturgias, ya que representaba el estado de ánimo, género, etc. del personaje. De manera que, "la casualidad entre persona (53)¹³ y ser humano es irrefutable, los fenómenos de la esclavitud y la servidumbre, en ambos casos, en los cuales no se les reconocía su condición de persona al no poseer o contar con un estado civil determinado,

¹³ "MARITAIN, Jacques, *Los derechos del hombre y la ley natural*. Trad. de Alfredo Weiss y Héctor F. Miri, Biblioteca Nueva, Buenos Aires, 1943, pág. 18".

razón por la cual era considerado como un mero objeto de una relación jurídica; es decir, gozaban de la posición de cosa o propiedad de otro sujeto con las mismas condiciones". Pero, una vez suprimida la esclavitud, la diferencia entre hombre y persona feneció, y así se ha llegado al concepto jurídico de sujeto de derecho.

"Según sostiene Ferrara, el término persona tiene tres significados de acuerdo al sentido que se le otorgue, ya sea fisio-antropológico, teológico- filosófico o en el sentido jurídico; de esta manera, el significado de persona puede ser, respectivamente: hombre, ente racional, consciente, capaz de querer y con un papel jurídico, revestido de características tanto en el derecho y en la capacidad" (54). Por su parte, Kelsen considera que "si bien el hombre es persona (55)¹⁴, no por ello, la persona es el hombre" (55). Así, expresamente, señala que "el hombre es un objeto esencialmente distinto para el derecho, al hombre de la Biología y de la Psicología, y no está en realidad, en tal relación con el derecho, que pudiese ser objeto de la ciencia jurídica. El objeto de la ciencia jurídica no es el hombre. Y la distinción de hombre y persona constituye uno de los conocimientos metódicos más importantes de dicha ciencia".

"Sujeto de derecho: El paradigma constitucional moderno en los

¹⁴ "Sobre el particular se ha mencionado que "El concepto jurídico de persona se aparta del significado de la palabra 'hombre'¹, pues éste es un concepto filosófico, sociológico, psicobiológico, etc. No obstante, la persona en su concepto normativo jurídico, está formado por ese mismo hombre en su actuación jurídica, más el agregado del sentido jurídico de persona -igual para la persona jurídica individual que para la persona jurídica colectiva, puesto que la diferencia esencial entre ambas no es jurídica, sino por sus dimensiones metajurídicas- no comprende la totalidad de las proyecciones y actividades del hombre, ni las situaciones y realidades totales del ente de existencia ideal, sino la objetivación unificada en el titular (sujeto de deberes y derechos) que normativamente se atribuyen a específicas situaciones y calidades genéricas y funcionales de la criatura humana o de determinados tipos sociales", "SATANOWSKY, Marcos, *Estudios de Derecho Comercial*, Tomo I. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1950, pág. 42".

sistemas jurídicos contemporáneos: Concepto y principales características”:

El sujeto de derecho, como eje de imputación, se le otorga tanto derechos como obligaciones, y a través de ello se les brinda protección. Puede ser sujeto de derecho individual, entendido como una unidad vital, puede brindársele un tratamiento en calidad de sujeto derecho colectivo, múltiple, plural o numeroso, el mismo que busca la satisfacción de intereses similares. Ello nos lleva a definir la palabra “sujeto”, el cual, de acuerdo a la R.A.E.: es una persona innominada (...) cuando no se quiere declarar la persona de quien se habla, o cuando se ignora su nombre”. Por lo tanto, el concepto de sujeto de derecho no se puede limitar a un aspecto físico o corpóreo como el de la persona natural, partiendo de la idea de que *“sólo el ser humano es capaz de actuar como centro de atribución de deberes y derechos”*.

Es esta imputación normativa, a donde se van dirigir los efectos de conducta y los actos de un ente, por lo que muy bien puede estar dirigida a un ente real ya sea una persona natural o un concebido, pudiendo recaer en una persona jurídica y como ente no personificado. De allí que Sessarego consideraba “al sujeto de derecho como al ente que el ordenamiento jurídico le imputa derechos y deberes, siendo que en la experiencia jurídica - en la dimensión existencial - este ente o centro de referencia normativo no es otro que el ser humano antes de nacer o después de haberse producido este evento ya sea que se le considere individualmente o como organización de personas”.

El sujeto de derecho tiene las siguientes características:

- *“Vitalidad humana”*: Esta característica se refiere a la vida humana, debido a que es indispensable el tener vida, específicamente, vida humana.

Principal diferencia con el objeto de derecho, que tiene utilidad, pero no se constituye como una materialidad superviviente.

- *“Capacidad”*: Se refiere a la titularidad de las relaciones jurídicas, es decir, es la capacidad de goce.
- *“Subjetividad”*: Se constituye en los argumentos, percepciones y lenguajes que tienen como base la perspectiva del sujeto de derecho que refleja, a la vez, los intereses y deseos particulares de cada sujeto.
- *“Producto del ordenamiento jurídico”*: El sistema jurídico ha creado una figura especial a la que cataloga y otorga derechos y obligaciones, este resultado es el sujeto de derecho.
- *“Estado”*: Su surgimiento se debe tanto al estado biológico (La concepción o el nacimiento) y al estado social (la voluntad de agruparse).
- *“Arquetipos”*: Comprende tantos arquetipos individuales y colectivos. En el primer grupo se encuentra al concebido y a la persona natural; por otro lado, en los colectivos se encuentra a la “persona jurídica y al ente no personificado”.

Persona natural y concebido: Apuntes sobre sus diferencias:

En el Código civil de 1852, en relación a la teoría del sujeto de derecho, ésta se refería “al hombre como persona, brindando protección solo en dicho aspecto unidimensional”. Por su parte, el Código de 1936 reconocía 2 sujetos de derecho, la persona natural y la jurídica. El vigente Código civil de 1984 regula además de ellas, y de una manera innovativa, los otros dos que son el concebido y el ente no personificado. Efectivamente, es con la dación de este Código que se entiende “como sujeto de derecho a todo ser humano, teniendo en

consideración la diversidad de estados biosociales (concebido, persona natural, persona jurídica y el ente no personificado)”

Por su parte, León Barandiarán sostuvo que la persona (unidad sico-soma- social) es "el ente humano, como individuo, por el hecho de serlo está dotado de personalidad, entendida esta como status de índole jurídica de cada individuo" (57). La persona es el centro unificador del Derecho y a esta se le debe considerar en su unidad desde una perspectiva jurídica. Asimismo, la persona está considerado como un concepto jurídico, mientras que el hombre es una realidad biosicológica.

“El concepto de persona es consustancial al hombre, pero no debe confundirse con él. Es la causa del Derecho, el precedente ineludible ya que sin ella no se daría la sociedad y por lo tanto no habría Derecho. Es la creadora de la regla de la que se ordena la convivencia, pero también es la destinataria y la ejecutora de la misma”. Entendamos que toda relación jurídica tiene un sujeto (elemento esencial en el vínculo entre varias personas). Sin éste ni siquiera puede haber fenómeno jurídico, es así que el sujeto de derechos (de índole subjetivos) será la persona física. Hay dos teorías que analizan la situación de la persona:

- La que descarta al hombre (Kelsen con su enfoque normativo conocido como teoría pura del Derecho: la persona para el Derecho no es una realidad, sino un concepto inmanente al mismo orden jurídico" (58)
- La que sólo acepta que persona es el hombre.

La persona es fundamental para el Derecho. Este tema ha estado siempre dentro del interés de los juristas. Muchos lo han abordado y esto ha creado un cúmulo frondoso de conceptualizaciones. Savigny, fue uno de los precursores que ya en tiempos modernos, intenta explicar la posición de la persona desde

un punto de vista jurídico basado en una de las teorías que tendría mayor aceptación en la doctrina. Para Savigny, únicamente el hombre desde una perspectiva individual y concreta, sería persona en el derecho o sujeto de Derecho. "Toda situación no reducible al hombre singularmente considerado sólo puede adquirir personalidad a través de una ficción. Las llamadas personas jurídicas o colectivas vendrían a ser así el producto de una operación de puro fingimiento" (59).

Sin embargo, en nuestros tiempos la teoría de Savigny ha sido abandonada por muchos (Con el transcurrir de los años, va quedando pocos espacios para las ficciones). Gierke por otro lado, de manera contraria postula que "los grupos humanos jurídicamente actuantes, no podían desvanecerse en una ficción. Había que concederles, al igual que al hombre individual, una existencia, una determinada entidad" (59).

Gierke les otorga, con su teoría antropomórfica o de la realidad, una vida autónoma a las personas jurídicas, voluntad propia y con particular interés Justiniano dice que de poco sirve conocer el Derecho si se desconocen las personas por cuya causa se ha constituido. Niño Nava afirma que la persona "es el Derecho subsistente, la esencia del Derecho" (60).

Es persona, para Edwin de J. Horta, todo ser que se pertenece a sí mismo, es decir que se "tiene por sí solo la tenencia de sí mismo". Pero, ¿cuándo soy persona? "por supuesto que no es la conciencia de la propia existencia la razón por la que un ser se convierte en persona, sino más bien que ello radica en la liberalidad' o disponibilidad' que un ser tiene de sí mismo. En un plano dinámico de libertad, sería algo así como: Yo soy libre para hacer conmigo lo que yo quiera de mí. Un ser de esa naturaleza puede, lógicamente, disponer

de sí, puede actuar por sí, o, mejor dicho, puede 'sonar' por sí. Por tal razón la palabra destinada a nombrar un ser de tales condiciones, es la palabra persona (per = por sí, y zona = sonar), así resulta que persona es un ser que *suen*a por sí mismo" (61).

Del artículo 1º del Código Civil, podemos inferir que persona es el ser humano que ha nacido (puesto que antes del nacimiento es considerado concebido). Se dice ser humano porque decir "hombre" (si se toma como estricto significado de varón) marginaría a la mujer. Por esa razón, el significado jurídico actual de la palabra persona incluye tanto a los seres humanos nacidos (personas naturales) como a las instituciones (organizaciones humanas llamadas personas jurídicas). El requisito básico legal para considerar a las personas jurídicas bajo un paraguas de existencia es de su inscripción en el registro correspondiente. Por ello, Persona es aquel que es capaz de poseer derechos, obligaciones y personalidad, como cualidades que pueden ser sujeto de Derecho: tener personalidad jurídica que modernamente ha sido denominada capacidad, es decir aptitud para adquirir derechos. El papel central de la persona aparece recogido en el artículo 10 de la Constitución española: "La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamentos del orden político y de la paz social".

Se es persona en virtud a gozar de aptitud que permitan adquirir derechos con el fin de poder realizar actividades en el mundo jurídico o legal, pese a no realizar ninguna participación en relaciones jurídicas. Entonces, es "la capacidad jurídica, la aptitud para llegar a ser sujeto de derecho y obligaciones jurídicas, lo cual le brinda a un ser la calidad o característica de persona.

Siendo sujeto de derecho, siempre y cuando la persona actúe en una relación jurídica específica o concreta. Entre persona y sujeto se da la diferencia que existe entre la potencia y el acto. La acción no puede ser separada del sujeto agente y que, por consiguiente, este último debe ser objeto de valorización normativa." Es así que, "la categoría jurídica de sujeto de derecho es el resultado de una armónica correspondencia entre la realidad ontológica y aquella formal" (62).

"Es indiferente la conciencia o voluntad del individuo. Por ello un niño muy pequeño, irracional, y un loco, son también personas" (63). Persona es el ser jurídicamente apreciado, "Hoy es humano y goza de derechos todo ser que haya nacido genéticamente de humanos, no importando ni sus capacidades ni su aspecto externo" (64). Señala acertadamente RUBIO CORREA que cada ser humano participa de los derechos humanos por pertenecer a la raza humana. "Tiene hoy una posición privilegiada en el Derecho, mereced al gran desarrollo que han alcanzado los derechos humanos, particularmente en el foro de Naciones Unidas y sus organismos, a partir de la declaración de 1948" (64). Sin embargo, la persona natural es precedida por un ente en formación al cual el ordenamiento jurídico le brinda una tutela especial, este es el caso del concebido. El concebido es una categoría jurídica que representa al ser humano en formación, desde sus inicios en la concepción hasta su próximo nacimiento. Pero en cuanto a su definición exacta, tenemos varios autores que nos hablan acerca del concebido y su definición como tal. Cabe decir que cada autor lo define acorde a su determinado tiempo histórico. En Roma, Ulpiano nos dice que el concebido o "hijo aún no nacido" - *partas nondum editas*- no es un hombre, sino una porción de la mujer o de sus entrañas - *malierís porfío est*

vel viscerum-. No se le puede contar entre los humanos, pero se tiene en cuenta su futura próxima existencia y a ella se le anudan algunos efectos de carácter personal, e inclusive se le protege sancionando el aborto provocado. En otras palabras, se fue formando una idea derechos para todos los efectos que le sean favorables *-quotiens efe commodis ipsius parius quaeritur-*, En caso que nace muerto, no se le considera nacido ni procreado (65).

Para la doctrina española, se habla de concebido o póstumo al ser en formación mientras está en el seno de la madre *-persona in fieri-*, la cual es una persona humana desde que inicia con la gestación hasta el nacimiento, es una *spes hominis* que no puede ser titular de derechos a pesar de ser persona, pues solo se les otorgarán estos, si se concreta su nacimiento. Se le agrega el requisito adicional de nacer vivo y vivir más de 24 horas enteramente desprendido del seno materno (artículo 30 del Código Civil español). Y si en tal caso no cumple con estos requisitos, se daría por hecho que ha muerto un sujeto de derecho (66).

Para Juan Espinoza, el concebido "es el ser humano antes de nacer que, pese a que depende de la madre para su subsistencia, está genéticamente individualizado frente al ordenamiento jurídico y, como tal, se convierte en un centro de imputación de derechos y deberes que lo favorecen". Este autor los llama un sujeto de derecho privilegiado (67).

Finalmente, Fernández Sessarego nos dice que el concebido es un ser humano antes de nacer, constituido como vida humana genéticamente individualizada desde la fecundación por parte del espermatozoide en el óvulo, lo cual denominamos como la concepción, proceso por el cual se forma un sujeto de derecho. El concebido sería una realidad distinta y previa a la persona natural

ya que representa el inicio de la vida humana, por eso se le concebiría como sujeto de derecho, distinto y autónomo. Ahora, él considera al concebido como el ser que puede estar en el seno materno, de manera *ex útero* en un laboratorio esperando ser trasladado a un vientre (*pro nasciturus*), o siendo gestado en el vientre de una madre que no le corresponde (*suronasciturus*), en otras palabras, el concebido no solo es una concepción natural, sino también una concepción artificial.

Para Fernández Sessarego, el concebido “es centro de derechos y obligaciones en cuanto le sean favorables y convenientes, sometidos a una condición resolutoria: nacer vivo. Es un sujeto de derecho especial dada su situación y estado de desarrollo primario” (68).

La vida humana es el fin del Derecho, vida humana manifestada en varias formas, desde una inseminación artificial *in vitro*, hasta la protección del cadáver luego de la muerte de la persona. Pero en este caso, se hace énfasis en el desarrollo biológico primigenio del hombre, desarrollo que demuestra una realidad existencia y dinámica para el nacimiento de un ser humano, por ello no solo se le cuida y se le otorga un amparo legal, sino que se le sitúa en una categoría jurídica determinada y especial para su mayor y plena protección.

Tras varias definiciones, podemos concluir que el concebido es un ser humano por nacer, definido como una categoría jurídica para el Derecho, siendo un sujeto de derecho privilegiado y/o especial. Este sujeto de derecho es centro de derechos, deberes y obligaciones, siempre y cuando le sean favorables y le son acorde todos ellos a solo una condición: nacer vivo. El concebido posee las siguientes características:

- Ser sujeto de derecho especial e individual.

- Ser único, singular e irrepetible. Esto es, a consecuencia de que, durante la concepción, en el denominado momento de la "singamia", se produce la identidad genética del concebido, después del intercambio de material genético originando, de esta manera, que el individuo sea el único con las características que posee.
- La concepción no representa la única forma, existiendo una forma natural mediante la relación coital de forma natural y otra, mediante una técnica de reproducción artificial tal como la inseminación, donación u otras.
- Ser humano no nacido.
- No necesita ser gestado porque existe el embrión *ex útero*.
- "Es sujeto de derecho pasivo y activo".
- "Cuenta con atribuciones singulares de las que no gozan los demás sujetos de derecho".

Los gametos: ¿Bienes jurídicamente protegidos?:

En el siglo antepasado, la Teoría del bien jurídico fue producto de la inspiración liberal con el fin de poner un freno a la actividad del legislador en materia penal, el mismo que solo realizaba una descripción de aquellos hechos causantes de daños y que deberían castigarse mediante pena; de esta manera este concepto se hizo extensivo al Derecho Civil.

El concepto de bien es la medida de valor que puede ser de provecho para el ser humano, razón que justifica su protección. Asimismo, los bienes constituyen de manera directa o indirecta, el objeto general del derecho, es decir, es su ámbito de protección.

Los bienes jurídicamente protegidos¹⁵ (71) "tienen una escala más alta que los objetos de Derecho". Esto tiene su explicación en que a los objetos no se les puede regular o normas mediante los mismos principios jurídicos, ya que la característica principal de cada bien es diferente y en determinados casos incluso, llega a tener un matiz original en base a su contenido, uso o valor. Ahora, en el caso de bienes jurídicos protegidos (72), tanto su origen como su característica esencial, será la de un tratamiento exclusivo por parte de las normas o el ordenamiento legal; concluyendo que el objeto vendría a ser el género y el bien la especie. Tomando en cuenta lo anteriormente descrito, se considera como bienes a algunos elementos vitales que no son objeto de derecho debido a su carencia de independencia, siendo los bienes jurídicamente protegidos como elementos que forman parte de la vida humana (tejidos y células) ya sea vegetal o animal, pero debido a su carencia de independencia vital, no son ubicados en calidad de sujetos de derecho.

Entendemos que lo que brinda vida a un nuevo individuo, es la unidad de un espermatozoide con un óvulo mediante lo que se conoce como la fecundación y que dará origen a una célula única que recibe el nombre de cigoto. Por ello, la conversión de las células germinales en gametos¹⁶ se va a convertir en la gametogénesis, la misma que dará lugar tanto en el caso de varones a la espermatogénesis y en el caso de las mujeres a la ovogénesis. Por ello, el Derecho deberá estar a la vanguardia de los nuevos cambios que puedan determinar en una concepción diferente a la natural.

Un detalle que no podrá pasar desapercibido es el referido a los gametos

¹⁵ La expresión "bienes jurídicamente protegidos comprende todo objeto que interesa a la sociedad, no sólo las cosas y los derechos, sino todos los bienes intangibles que reconoce la dignidad del ser humano" Elecciones y Ensayos N°86, 2009, pág. 190.

¹⁶ \ En; <http://www.Jnvitrotv.com/diccionario/gametos> (Consultado: Noviembre del 2012).

humanos, considerando dentro de ellos a los óvulos y espermatozoides que representan por su importancia, elementos de gran importancia debido a que mediante aquellos se pueden establecer mecanismos para concebir la vida. Al respecto, Gómez Sánchez ha establecido lo siguiente: "representan la capacidad reproductiva de un ser humano, pero no encierran ni contienen en sí mismas una vida humana, ni siquiera en sus estadios más elementales" (73). Considerando por ello a los gametos no como unidades autónomas, sino que, por su pertenencia a la persona, son dependientes de esta. En virtud de ello, lo que busca asegurar y garantizar el derecho de los cedentes, ya que el bien jurídico protegido se constituye en derecho del cedente.

“CIENCIA Y DERECHO: A PROPÓSITO DEL DERECHO GENÉTICO Y LA BIOTECNOLOGÍA”:

“Derecho Genético: Origen y desarrollo”:

La concepción del Derecho, visto una perspectiva amplia y coherente como un sistema móvil, es aceptado sin mayor problema. De esta manera, se puede afirmar que el Derecho es un arquetipo viviente que se encuentra condicionado a las necesidades humanas.

“El Derecho es cultura del hombre subsumido en el ámbito de la vida social”. Pero, por otro lado, no se puede desmerecer el gran avance desmesurado de la ciencia, lo cual ha conllevado a descubrimientos y puestas en práctica de técnicas y métodos jamás anticipados ni siquiera en la ficción, aquellos que hoy revolucionan la medicina, la genética y la biología de manera tal que, en muchas circunstancias, ha puesto en jaque a las costumbres conservadoras que enmarcaban la vida familiar. "Frente a esta perspectiva se hace necesaria la intervención del legislador para prevenir que la recurrencia incontrolada a estas técnicas conduzca a

consecuencias indeseables, que por irreversibles y peligrosas atentarían contra la sociedad civil" (74). Por ello, entendemos que los últimos avances en el campo de la genética, ha devenido en un cambio sustancial de las relaciones interhumanas.

Pero, ¿qué es el Derecho Genético?, Enrique Varsi, el jurista peruano, manifiesta que "es la rama del Derecho que regula el desarrollo de la ciencia genética y su influencia sobre el ser humano. Es decir, se encarga de estudiar y normar aquellas actividades técnicas o científicas relacionadas con la composición génica del hombre. En tal sentido, el Derecho genético ha surgido como una rama especial que brinda protección y seguridad jurídica al ser humano y a las relaciones sociales que se derivan de aquellos avances de la ciencia genética" (75).

La doctrina se ha referido al Derecho Genético como: "Bioderecho, biojurídica, biogislación, Derecho Tecnológico] lusgenética¹ Derecho Biológico, etc". La estrecha relación entre los temas biológicos, clínicos y jurídicos permite referirnos a una disciplina compleja: el bioderecho, que comprende una amplia regulación normativa.

Entendemos como el bioderecho¹⁷ a aquellas disposiciones legales o jurídicas, decisiones emitidas a través de la jurisprudencia y los principios del derecho que han sido aplicados a la investigación, el desarrollo de la tecnología y a la naturaleza clínica que va a incidir en la salud y en la integridad física de las personas; considerando que este tipo de situaciones deben realizarse con el amplia responsabilidad, además de guardar el mayor cuidado en cuanto en tanto la dignidad de la persona, su autonomía informativa, integridad física y psicológica, seguridad jurídica y equidad social. (75)

¹⁷ "Es una rama muy reciente de la ciencia jurídica que tiene por objeto el análisis, a partir de una óptica jurídica y de variadas metodológicas de los principios y las normas que crean modifican y extinguen relaciones entre los individuos y grupos, y entre ellos con el Estado, cuando esas relaciones se vinculan con el inicio de la vida, el transcurso de la misma y su fin, VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Ob. cit.* pág. 70".

"Las cuestiones concernientes al bioderecho guardan relación con el derecho constitucional (libertades públicas, derechos fundamentales), administrativo (sistemas de registro y control, servicios públicos), civil (sucesiones, filiación, patria potestad, derechos de personalidad), penal, procesal, laboral, de la seguridad social, de propiedad intelectual y patentes, internacional, comercial, ambiental, de seguros. Esas normas inciden en las garantías jurídicas para la privacidad, la dignidad, la no discriminación, los derechos reproductivos, la autonomía de la estructura familiar, la protección de la salud, entre otros aspectos. También debe considerarse el efecto de las normas que integren el bioderecho, en el ámbito de la teoría del derecho" (76). Cabe señalar que, entre los impactantes desarrollos científicos, no se puede dejar de mencionar el papel trascendental que ha venido desempeñando la genética humana, la misma que a pesar de su incipiente nacimiento, ha revolucionado la sociedad.

En el panorama nacional, Leysser León ha sostenido que "a falacias como el denominado 'derecho genético que vuelven aún más folclórica nuestra realidad frente a los investigadores extranjeros, que echan de menos los serios estudios sobre la contratación moderna o el derecho de familia, pero que sonríen, asombrados, como el primer náufrago holandés que vio un dodo en las Mauricio, cuando constata que existe una cátedra dedicada a tan insostenible e inútil materia en la Universidad pública más importante de uno de los países más pobres de América" (77).

Debemos señalar respecto a lo mencionado que, a pesar que la influencia de la genética en el ser humano cuenta con varias décadas, el tema continúa siendo novedoso por lo que no deja de estar vigente. De esta manera, el

Derecho se caracteriza por ser social y cambiante; en este sentido, en nuestro país es necesario la implementación del Derecho Genético en distintos ámbitos como en la doctrina, legislación y jurisprudencia. Por ende, se hace necesario el desarrollo de un esquema que legitime su aplicación en el Perú.

2.3 Definiciones Conceptuales.

Inseminación

Nombre femenino

Llegada del semen del macho al óvulo de la hembra para fecundarlo. "la inseminación es el primer paso necesario para que se produzca la fecundación; (fig.) la teórica inseminación de la Tierra por esporas bacterianas procedentes del espacio exterior tuvo muchas críticas, ya que se presumía muy difícil la supervivencia de estos microorganismos en el cosmos".

Inseminación artificial

Técnica de reproducción asistida en la que se introduce el esperma en la vagina de la hembra por medios mecánicos.

"[L]a inseminación artificial ha hecho que se incremente el número de mujeres que tienen hijos sin pareja".

2.4 Bases Epistémicas

La presente investigación se desarrolla en el campo de las ciencias sociales bajo la singularidad de sus fenómenos, lo cual hace necesario la demanda de metodologías que analicen estos fenómenos en particular demandan metodologías para cumplir con la finalidad de comprender, interpretar y describir la investigación.

En cuanto al “enfoque epistemológico, se ha aplicado a la investigación de la presente tesis el enfoque INTROSPECTIVO VIVENCIAL o Simbólico, Interpretativo. En este tipo de enfoque se concibe el producto de las interpretaciones de los simbolismos socio culturales que los agentes o actores de un determinado grupo social enfocan en una realidad social”. Asimismo, el conocimiento de este enfoque es, básicamente, interpretación del interior de la realidad, de allí que se le conciba con el indicativo de introspectivo. Cabe resaltar que, este enfoque implica un acto puro de comprensión y no buscando creación o invención alguna.

En base al análisis de acceso, producción y legitimación de conocimiento, a partir de este enfoque, *“la vía más apropiada para acceder al conocimiento importa una especie de simbiosis entre el sujeto a investigar y el objeto de estudio”*. Esto comprende, la identificación de sujeto objeto de tal modo que este último se convierte en una experiencia vivida, sentida y que es compartida por el investigador como experiencia vivida. Por otro lado, dentro de este enfoque también se han considerado *“el desarrollo de experiencias socio culturales, las intervenciones en espacios vivenciales, las situaciones problemáticas reales, los estudios de casos específicos”*.

“ENFOQUE”	“NATURALEZA DEL CONOCIMIENTO”	“MÉTODO DE HALAZGO”	“MÉTODO DE CONTRATACIÓN”	“LENGUAJE”	“OBJETO DE ESTUDIO”
“INTROSPECTIVO VIVENCIAL”	-Construcción Simbólica y subjetiva del mundo social y cultural. El conocimiento es un acto de comprensión.	Introspección convivencia	Consenso Experiencial	Verbal académico	Normas, símbolos, valores, creencias, actitudes

CAPITULO III. MARCO METODOLÓGICO

3.1 Tipo de Investigación

Para el desarrollo de la presente tesis se ha empleado metodológicamente la; **Investigación descriptiva**, porque a lo largo de este estudio se ha mencionado y analizado una serie de cuestiones doctrinarias, pronunciamientos jurídicos, se ha recurrido a la revisión estudio y análisis de la legislación comparada, y como resultado de la recolección de la información sobre cada una de ellas, permite describir de forma detallada a fin de precisar las reseñas, características, rasgos del objeto de estudio.

Investigación histórica, pues en el desarrollo de la tesis se describe las experiencias pasadas que son precedentes del objeto de investigación a fin de buscar los hechos relevantes que antecedieron a la problemática planteada a nivel nacional y extranjera para ello se depende de fuentes primarias y secundarias las cuales proveen la información las mismas que han sido tomadas por la tesista para seguidamente examinar y analizar críticamente dichos datos.

Investigación aplicada, en principio para llegar al nivel de una investigación aplicada, esta parte de una investigación básica o también denominada pura o fundamental pues se depende de los hallazgos y avances de la investigación básica para acrecentar los conocimientos teóricos, a fin de permitir enriquecernos de tales datos transcendentales para proponer la aplicación práctica de los conocimientos adquiridos como consecuencia de recolección de documentación vinculante a la presente tesis.

3.2 Diseño y esquema de la investigación

Esta tesis ha sido desarrollada desde un enfoque cualitativo, esto es, se orienta a analizar la realidad, experiencias, contextos en donde se desenvuelve el fenómeno, para interpretar su significado y comprensión del problema a desarrollar, en el caso concreto este análisis se aboca al estudio de que derecho debe primar en el uso de la inseminación artificial, si es el derecho de conocer el origen genético o la protección del cedente.

Asimismo, se trata de una investigación no experimental de corte longitudinal porque en ella se va analizar todas las posturas que interpretan y valoran el problema, en atención a la documentación que nos brindan las posturas de la doctrina, los cambios legislativos, así como las decisiones jurisprudenciales que vienen evolucionando no solo en nuestro país sino en el derecho extranjero, y establecer sus relaciones y pertinencia en la solución del problema.

Por último, se utiliza el método deductivo, que parte de la existencia de una verdad general hasta llegar al conocimiento de las verdades particulares o específicas, este método se compone, de dos premisas: una universal y la otra particular; siendo que la conclusión obtenida va desde la premisa universal a la particular, en otras palabras, de una interpretación o análisis general, de las que derivan ciertas hipótesis del fenómeno, son posteriormente analizadas en la realidad.

3.3 Población y muestra

Corresponde a la población el universo de los profesionales conocedores de la problemática descrita en la presente investigación, dicha población está conformada por 40 abogados y magistrados del Distrito Judicial Lima

Para efectos de la muestra de investigación se ha determinado de forma no

probabilístico, que es aquel utilizado en forma empírica, es decir, no se efectúa bajo normas probabilísticas de selección, por lo que sus procesos intervienen opiniones y criterios personales del investigador.

3.4 Instrumentos de recolección de datos

1. Guía de Encuesta
2. Cuestionario

✓ **Confiabilidad**

Se encuentran en el campo académico diversas formas para calcular la confiabilidad de un instrumento. En el trabajo titulado "El interés superior del menor y sus implicancias en el derecho a conocer sus orígenes biológicos: a propósito del conflicto con el derecho constitucional a la intimidad del cedente de gametos en las pruebas de paternidad Lima 2017", se utilizó el Coeficiente Alfa de Cronbach, el cual dio como resultado:

Estadísticas de fiabilidad	
Alfa de Cronbach	N° de elementos
0,83	5

✓ **Validez.**

La validez de un instrumento indica el grado de exactitud con el que se mide el constructo teórico que pretende medir y si se puede utilizar con el fin previsto. Es decir, un test es válido si "mide lo que dice medir". En este caso específico se consultó a expertos en el área del Derecho constitucional.

3.5 Técnicas de recojo, procesamiento y presentación de datos

1. **“Recopilación y análisis documental**, consiste en la nómina de documentos que la investigadora debe realizar para el desarrollo de su tesis, en este extremo estamos hablando de todo tipo de documentación escrita que es de relevancia analizar, éste método de recolección para procesar la información incluye análisis de lecturas, análisis comparativo de doctrinas del derecho, jurisprudencias, estudio de juristas de especialistas en la materia, reconstrucción de casos, entrevistas dirigidas y la utilización de guía de encuestas a profesionales entendidos en la materia de estudio”.

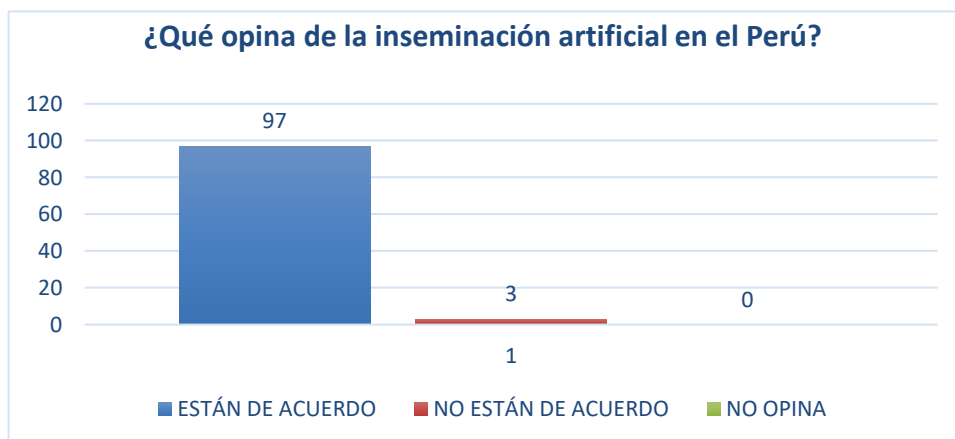
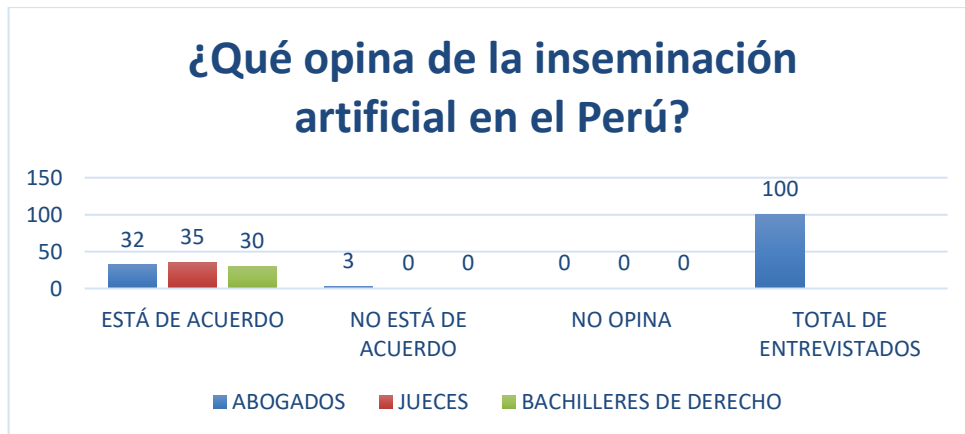
3.6 Técnicas de investigación

1. **“Fichaje”**: A través de esta técnica se hizo registro bibliográfico de la temática en estudio, los mismos que se encontraron en diversas fuentes, como por ejemplo fichas bibliográficas en el caso de libros, hemerográficas en lo atinente a revistas, o en la anotación de segmentos esenciales del texto través de fichas textuales o comentadas de resumen y crítica
2. **“Análisis de contenidos”**: A través de esta técnica se examina las ideas principales y rectoras del tratamiento del problema, principalmente extraídos de las fuentes bibliográficas, información que se plasmó en la redacción del Marco Teórico y la discusión de resultados.
3. **“Sistematización”**: Con esta técnica se reorganizó y discriminó los datos principales que se usaron para el contenido del Marco Teórico, así como la presentación de resultados y su discusión, lo que permite un examen integral de cara a la formulación de las conclusiones.

CAPITULO IV. RESULTADOS

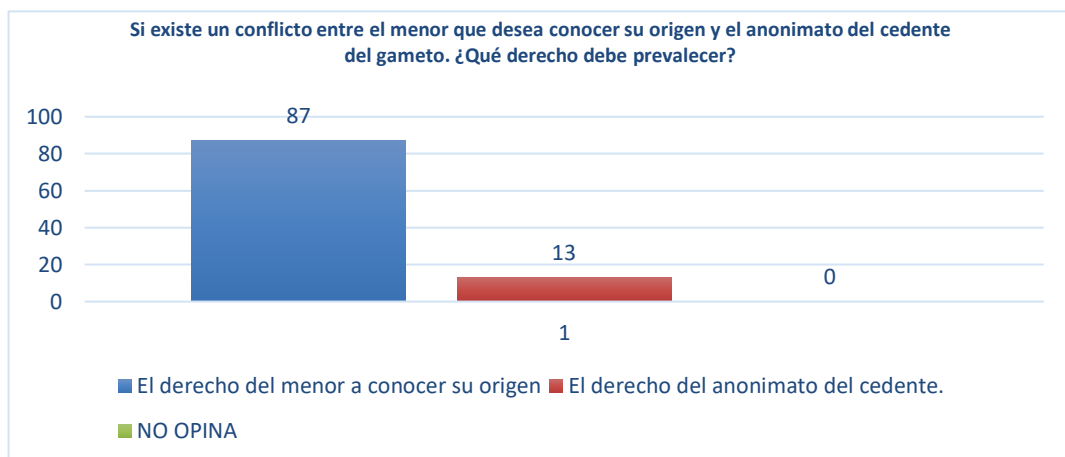
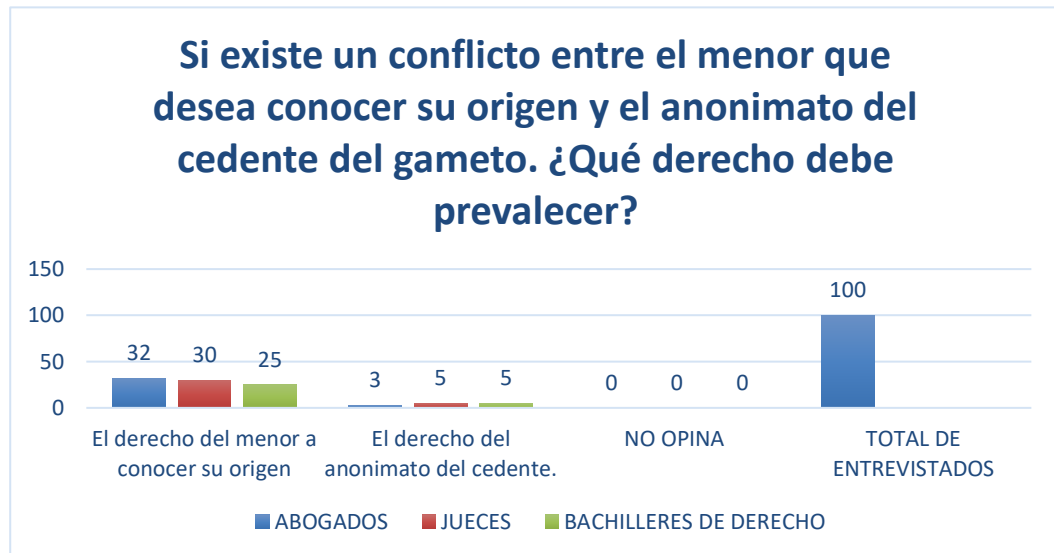
4.1 Resultados del trabajo de campo.

1.- ¿Qué opina de la inseminación artificial en el Perú?



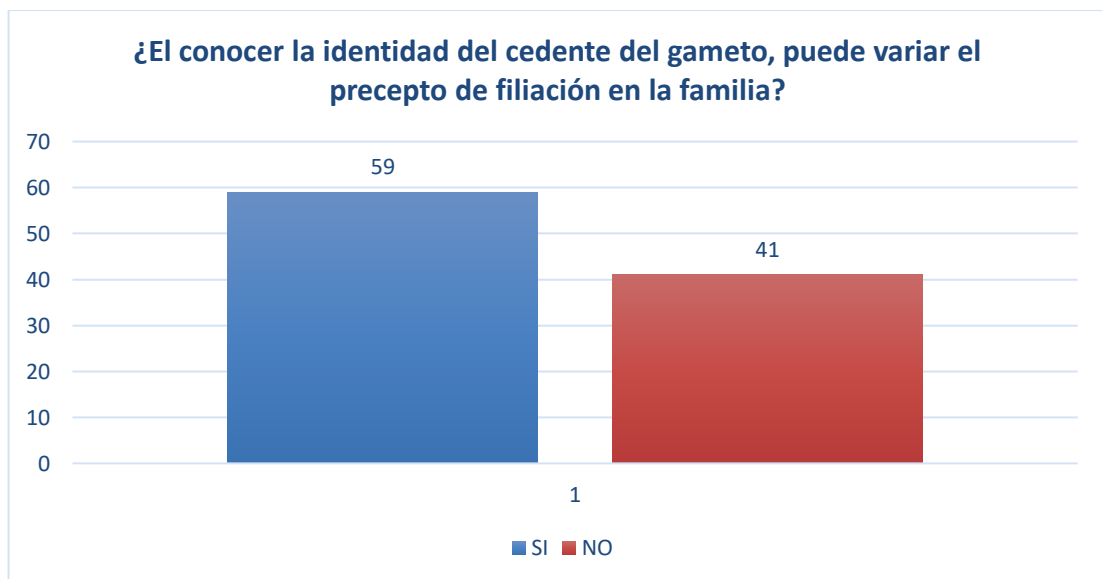
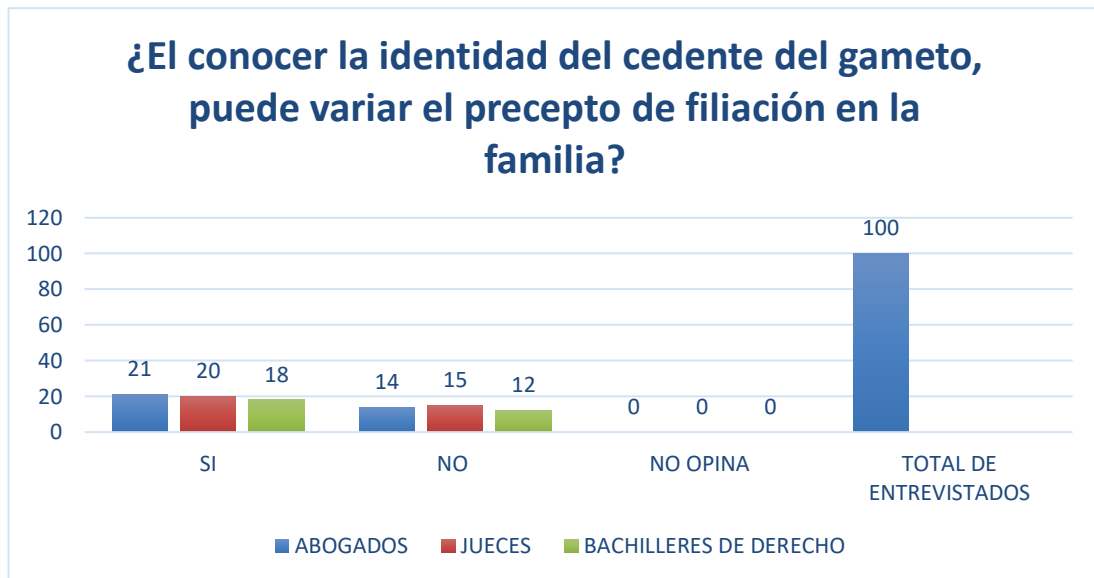
Frente a la pregunta de si está de acuerdo con la inseminación artificial en el Perú, el 97% responde que están de acuerdo, mientras que el 3% manifiesta que no está de acuerdo.

2- Si existe un conflicto entre el menor que desea conocer su origen y el anonimato del cedente del gameto. ¿Qué derecho debe prevalecer?



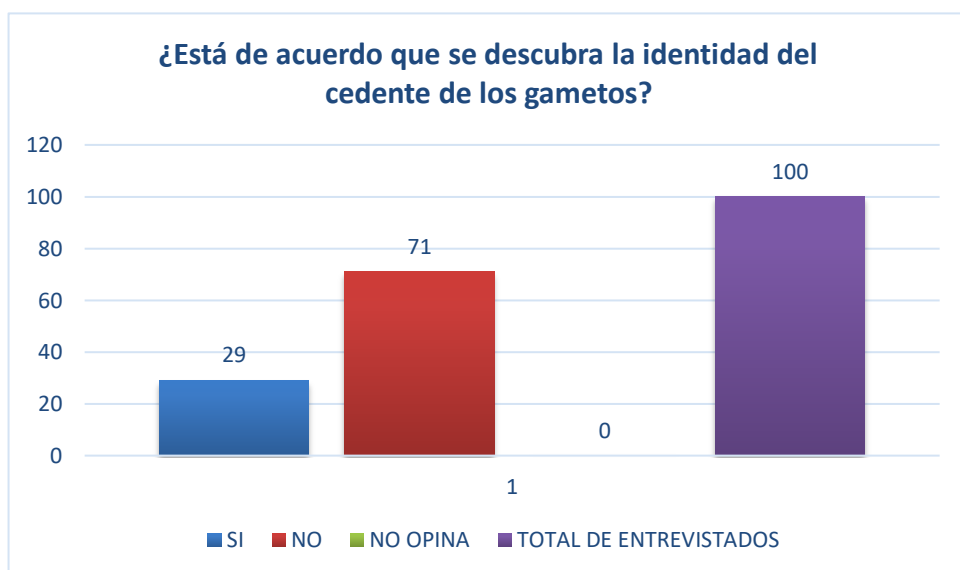
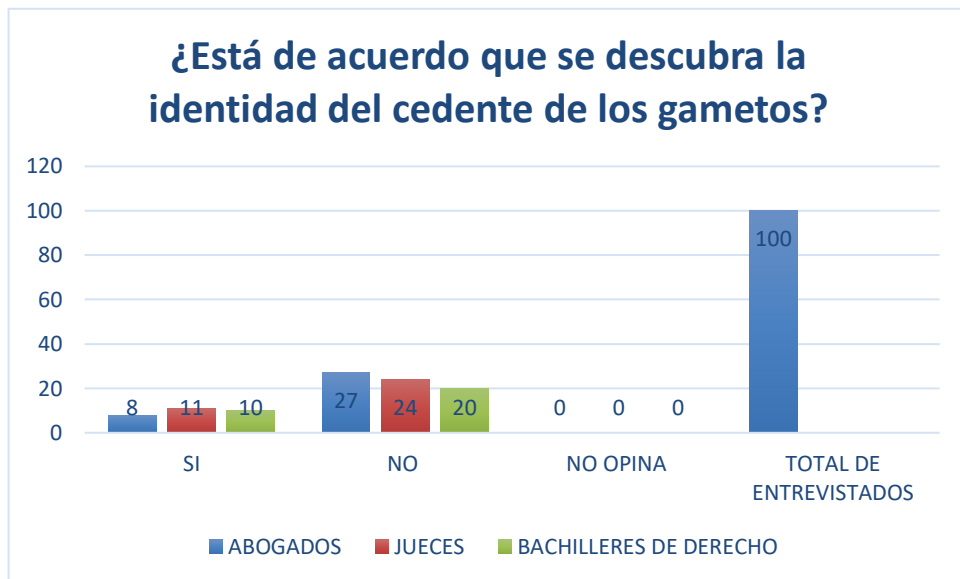
Ante la pregunta de un posible conflicto entre el menor y el cedente el 87% manifiesta que se debe de preferir al menor, mientras que un 13% se debe de preferir al cedente.

3.- ¿El conocer la identidad del cedente del gameto, puede variar el precepto de filiación en la familia?



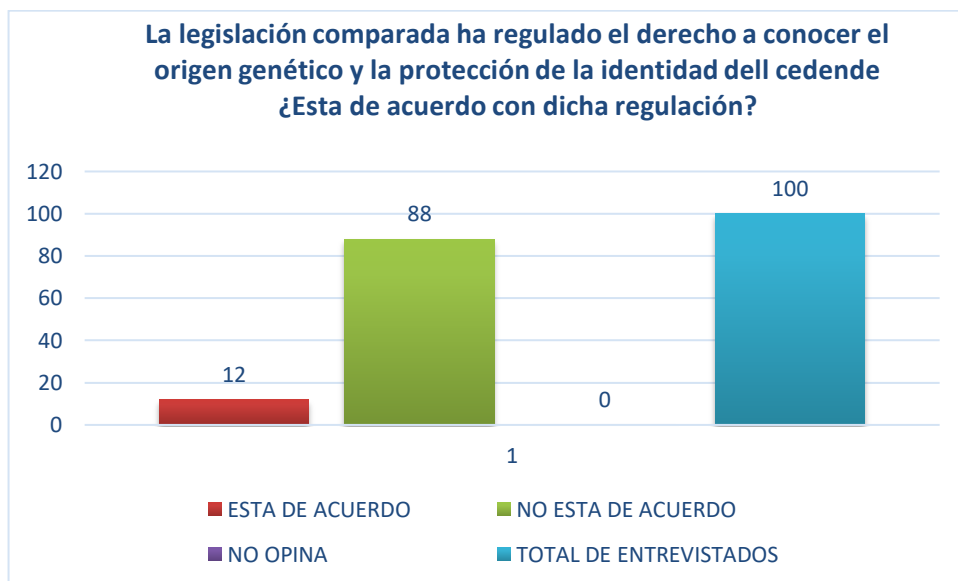
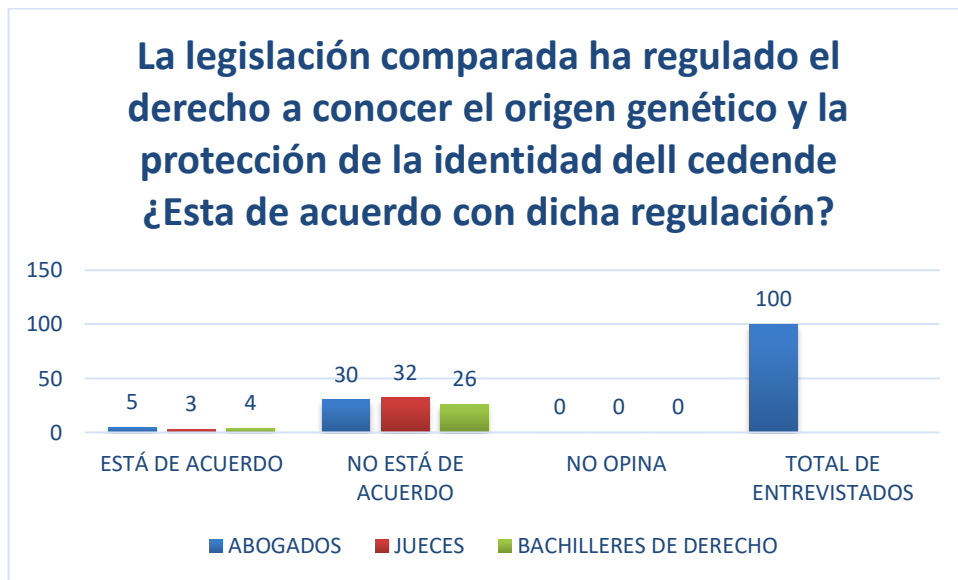
Frente a la pregunta de que “el conocer la identidad del cedente del gameto, puede variar el precepto de filiación en la familia el 59% cree que si, mientras que un 41% cree que no.

4.- ¿Está de acuerdo que se descubra la identidad del cedente de los gametos?



Ante la pregunta sobre si están de acuerdo que se descubra la identidad del cedente de los gametos el 29% dice estar de acuerdo, mientras que el 71% no lo está.

5.- La legislación comparada ha regulado el derecho a conocer el origen genético y la protección de la identidad del cedente ¿Está de acuerdo con dicha regulación?



Ante la pregunta: Legislación comparada ha regulado el derecho a conocer el origen genético y la protección de la identidad del cedente ¿Está de acuerdo con dicha regulación? El 12% dice estar de acuerdo, mientras que el 88% no lo está.

CAPITULO V. DISCUSIÓN DE RESULTADOS

5.1 Contrastación de la hipótesis

Numerosas investigaciones sugieren mantener una postura de apertura hacia el niño, ya que evidencian que no decírselo y mantener el secreto puede causar un daño psicológico importante en el niño. En este sentido, los profesionales médicos deberían informar a la pareja sobre cuándo, cómo y quién debe decirle al niño la verdad de su origen, debido a que el secreto siempre estará presente en la mente de quienes lo llevan. Como se puede notar, se trata de una situación muy delicada, y una cuestión que resume todo lo que ello implica es la siguiente interrogante: ¿Me aceptaría mi hijo como su madre/padre si supiera que no soy completamente su madre/padre?

Consideramos, como sostienen diversas investigaciones, que es mejor no guardar secretos a los menores porque ellos tienden a descubrir las "claves ocultas" que desarrollan los padres a la hora de hablar entre ellos sobre lo que se le está ocultando, lo que conlleva problemas en la relación de padres e hijos.

Sin embargo, en nuestro país aún se mantiene una cierta actitud conservadora lo que se evidencia en los resultados del trabajo de campo.

Frente a la pregunta de si está de acuerdo con la inseminación artificial en el Perú, el 97% responde que están de acuerdo, mientras que el 3% manifiesta que no está de acuerdo.

Ante la pregunta de un posible conflicto entre el menor y el cedente el 87% manifiesta que se debe de preferir al menor, mientras que un 13% se debe de preferir al cedente.

Frente a la pregunta de que el conocer la identidad del cedente del gameto, puede variar el precepto de filiación en la familia, el 59% cree que si, mientras que un 41% cree que no

Ante la pregunta sobre si están de acuerdo que se descubra la identidad del cedente el 29% dice estar de acuerdo, mientras que el 71% no lo está.

Frente la pregunta: Legislación comparada ha regulado el derecho a conocer el origen genético y la protección de la identidad del cedente ¿Está de acuerdo con dicha regulación? El 12% dice estar de acuerdo, mientras que el 88% no lo está.

5.2 Aporte científico de la investigación.

La investigación presenta las bases legales, doctrina nacional y comparada, y, la opinión de los operadores del derecho en el tema relativo al derecho del menor a conocer el origen genético y el derecho al anonimato del cedente, a fin de ser tomado en cuenta por otros investigadores o iniciativas legislativas que pueden presentarse para la unificación de criterios del tema aludido.

CONCLUSIONES

1. Los rápidos adelantos experimentados en la biotecnología han generado una serie de problemas éticos, los cuales deben tener como paradigma, en principio, la dignidad de la persona; así como deben respetar los demás derechos fundamentales reconocidos por la Constitución. Asimismo, como la Convención sobre los Derechos del Niño lo garantiza, el menor tiene derecho a conocer su identidad (origen genético).

En la doctrina no se ha generado una posición unánime en relación a lo mencionado, sino que está dividida; así, por un lado, algunos sostienen que la madre tiene el derecho a conocer el origen genético de la célula germinal de su hijo, el derecho de éste a conocer su origen genético y la posibilidad futura que la madre y el hijo puedan tener, por razones de salud, para rastrear en las características biofísicas del cedente; por otro lado, en el trabajo de campo, los abogados y magistrados señalan la posibilidad excepcional de que se pueda revelar la identidad del cedente siempre que el motivo esté fundado en razones debidas, lo que implica la evaluación óptima por parte de la autoridad judicial, teniendo en cuenta los criterios de proporcionalidad.

2. El tribunal constitucional ante un evidente conflicto de entre el cedente y el menor ha establecido que se debe priorizar los intereses del menor.
3. En la legislación comparada sí se ha regulado el derecho a conocer el origen genético que tienen los menores, así como, la protección de la identidad del cedente.
4. Según sostienen los operadores del derecho y la doctrina nacional, en su

mayoría, “el descubrimiento de la identidad del cedente altera de manera determinante la filiación en la familia”.

SUGERENCIAS

1. Se debe de ampliar el debate sobre el derecho del menor a conocer su origen genético y al mismo tiempo la protección del anonimato del cedente, a fin de llegar a algunos consensos. En consideración a lo planteado en este trabajo de investigación, es básico agregar explícitamente en el Código Civil alguna normativa inherente al conocimiento que toda persona debe tener acerca de su origen biológico, sin importar la forma que se utilizó para su concepción.
2. Implementar un programa don los profesionales de la salud preparen a la familia y al menor la posibilidad de que se pueda revelar la identidad del cedente o dador.
3. Se sugiere que la postura "conocer la identidad de cedente" debe darse solo en caso de salud. La tendencia es siempre hacia la protección del derecho superior del menor.

BIBLIOGRAFÍA

1. **TURNER, COYLE A.** What does it mean to be a donor offspring? The identity experiences of adults conceived by donor insemination and the implications for counseling and therapy". Human Reproduction. 2000;(15).
2. **GONZÁLEZ DELGADO LK.** Límites en el derecho al conocer. Los orígenes biológicos, como consecuencia de una inseminación artificial heteróloga en el Perú". TESIS PARA EL GRADO. JULIACA: UNIVERSIDAD ANDINA NÉSTOR CACERES VELASQUEZ, FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS; 2015.
3. Italia. Ley N° 40. Normas en materia de procreación médica asistida. 2004
4. **GERMÁN ZURRIARAIN R.** "Técnicas de reproducción humana asistida: determinación legal de la filiación y usuarias en el derecho comparado. Cuadernos de Bioética. Asociación Española de Bioética y Ética Médica, 2011 mayo-agosto; Volumen XXII(número 2).
5. **LOMBARDI RICCI M.** "La fecondazione eterologa, Rivista de teología. morale. 2005.
6. **COTARELO R. MINARÍA MG, GRECO E.** Actualización Obstetricia y ginecología. [Online]., 2011 [cited 2017 ENERO 25. Available from: http://www.hvn.es/servicios/asistenciales/ginecologia_y_obstetricia/ficheros/curso2Q11_reprod_12_reproducción_asistida_en_italia.pdf.
7. **SORBER CÁRCAMO R. REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y. DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN.** REDUR 8. 2010 Diciembre; ISSN 1695-078X.
8. **SEGUROS A.** La reproducción asistida en España. Todo lo que hay que saber. [Online].; 2013 [cited 2016 Mayo 2. Available from; <http://www.anudasegueros.es/la-reproduccion-asistida-en-espana-todo-lo-que-hay-que-saber/>.
9. **GROSSI P.** De la codificación a la globalización del Derecho. Trad. de. Rafael D. García Pérez ed. Navarra: Ed Aranzadi.; 2010.
10. **ESTADO AGD.** La ley de reproducción asistida fue promulgada. [Online].; 0 2013 [cited 2015 abril 5. Available from: <http://www.argentina.gob.ar/noticias/1984-la-lev-de-reproducci%C3%B3n-asistida-fue-promulgada.php>
11. **LEMA ANÓN C,** Reproducción, **poder y Derecho: Ensayo** filosófico-jurídico 1 sobre las técnicas de reproducción asistida. Madrid: Editorial Trotta.; 1999.
12. **SOCIEDAD ESPAÑOLA DE FERTILIDAD.** Saber más sobre **Fertilidad** y 2 Reproducción asistida Madrid; MSH Impresores; 2011.
13. **MARTÍNEZ AR.** Esterilidad conyugal: ¿Qué es y cuáles son sus causas". 3 <http://www.imreproductiva.com>. [Online].; 2013 [cited 2015 Junio 5. Available from: <http://www.imreproductiva.com/imagenes/esterilidad%20conyugal.pdf>.
14. **FLORES GOMES F, CARVAJAL MORENO G.** Nociones de **Derecho 4 Positivo** Mexicano, in. México: Editorial Porrúa; 1986.
15. **PÉREZ NIETO Y CASTRO L, LEDESMA MONDRAGÓN A.** Introducción al

estudio de Derecho. Segunda edición ed. México: Editorial Haría; 1992.

16. **TORRES VÁSQUEZ A.** Introducción al Derecho. **Lima:** Editorial Idemsa; 6 2006.
17. **FERNANDEZ SESSAREGO C.** Derecho y Persona: Introducción a la 7 Teoría del Derecho. **Lima:** Editorial Grijley; 1998.
18. **RECASENS SICHES L.** Introducción al estudio del Derecho. Cuarta 8 Edición ed. México: Editorial Porrúa.; 1977.
19. **COSSIO C.** Teoría Ecológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad. Segunda Edición ed. México: Editorial Abeledo; 1964.
20. **KELSEN H.** Teoría Pura del Derecho. Decimoctava edición ed. Madrid: Editorial Universitaria; 1982.
21. **NÚÑEZ ENCABO M.** Introducción al Estudio del Derecho. Primera Edición 1 ed. Madrid: Editorial Alhambra; 1979.
22. **NICOLÁS DERISI O.** Los fundamentos metafísicos del orden moral² Buenos Aires: Monografías Universitarias VI; 1941.
23. **ALZAMORA VALDEZ M.** Introducción a la Ciencia del Derecho. Décima 3 edición ed, Lima; Editorial Eddili.; 1987.
24. **LARENZ K.** Derecho justo (Fundamentos de ética jurídica) Madrid: 4 Editorial Civitas; 1985.
25. **Ruiz Mañero J, Bobbio** y los conceptos de norma jurídicamente última 5 Capa. Sequência (Florianópolis). 2012; V. 33 (n. 64).
26. **DE CARRERAS SERRA, ALBERTÍ ROVIRA E.** Fuentes del derecho. 6 Catalunya: Universitat Oberta de Catalunya; 2002.
27. **BOBBIO N.** Teoría general del derecho Bogotá: Temis; 1992. 7
28. **GARCÍA TOMA V.** Introducción a las Ciencias Jurídicas. Segunda edición 8 ed. Lima: Jurista Editores; 2007
29. **RUBIO CORREA M.** El sistema jurídico: Introducción al Derecho. Lima:Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú; 1987.
30. **DU PASQUIER C.** Introducción al Derecho Tercera edición ed. Lima:Ediciones Justo Valenzuela; 1983.
31. **MONROY CABRA MG.** Introducción al Derecho Bogotá: Temis; 1990.
32. **VALLET DE GOYTISOLO JB.** ¿Fuentes formales del Derecho o elementos 2 mediadores entre la naturaleza de las cosas y los hechos jurídicos? Madrid: Editorial Marcial Pons; 2004.

33. **VIDAL RAMÍREZ F.** Introducción al Derecho civil peruano Lima: WG 3 Editor; 1992.
34. **LOUZAN DE SOLIMANO N, TRINCAVELLI N.** Derecho Civil: Parte general. Buenos Aires: Ediciones Depalma; 1994.
35. **STEIN PG.** El Derecho romano en la historia de Europa: Historia de una 5 cultura jurídica Madrid: Siglo veintiuno de España Editores; 2001.
36. **LLAMAS POMBO E,** Orientaciones sobre el concepto y el método del 6 Derecho Civil Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.; 2002.
37. **LEÓN HILARIO L.** El Sentido de la codificación civil: Estudios sobre la 7 circulación de los modelos jurídicos y su influencia en el Código Civil peruano Lima: Palestra Editores; 2004.
38. **VANNI I.** Filosofía del Derecho Madrid: Editorial Príncipe; 1941.
39. **AFTALIÓN ER. AFTALIÓN, Enrique R.** Buenos Aires: Editorial Abeledo- Perrot; 1994.
40. **CUETO RÚA J.** Fuentes del Derecho Buenos Aires: Editorial Abeledo - OPerrot; 1965.
41. **BONNECASE J.** Introducción al estudio del derecho Bogotá: Temis; 2000.
42. **DU PASQUIER C.** Introducción al derecho Lima: Ediciones Justo 2 Venezuela; 1983.
43. **PÓRTELA MA.** Introducción al Derecho Buenos Aires: Ediciones Depalma; 31976.
44. **ESCOBAR DE LA SERNA L.** Introducción a las ciencias jurídicas Madrid: Editorial Dykinson, 1999.
45. **BRAMO NT-ARIAS TORRES LA.** Jurisprudencia en materia penal. Selección, clasificación y comentarios. Lima; 2000.
46. **OSSORIO M.** Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales Buenos Aires: Editorial Heliasta; 2007.
47. **NIÑO CS,** Introducción al análisis del derecho Buenos Aires; Editorial Astrea;2003.
48. **REALE M.** Introducción al derecho. Sexta edición ed. Madrid: Ediciones Pirámide; 1984.
49. **VASQUEZ RENDON J.** El derecho como norma y relación social Lima: Editorial Tarpuy; 1984.
50. **BOBBIO N.** "Diritto" Torino: Dizionario di Política; 1976.
51. **CARNELUTTI F.** Sistema de Derecho Procesal Civil Buenos Aires: Editorial Uteha.; 1944.
52. **FERNANDEZ SESSAREGO C.** Derecho de las Personas. Decimoprimer edición. ed- Lima: Editorial Grijley; 2009,

53. **MARITAIN J.** Los derechos del hombre y la ley natural Buenos Aires: Trad. de Alfredo Weiss y Héctor F. Miri. Biblioteca Nueva; 1943.
54. **FERRARA F.** Teoría de las Personas Jurídicas Madrid: Editorial Reus; 1929.
55. **SATANOWSKY M.** Estudios de Derecho Comercial. Buenos Aires: ipográfica Editora Argentina; 1950.
56. **KELSEN H.** Teoría General del Estado Barcelona: Teoría General del Estado; 1934
57. **LEÓN BARANDIARÁN J.** Manual de Derecho Civil. Lima: Imprenta de la UNMSM; 1963.
58. **DICCIONARIO JURÍDICO.** Buenos Aires: Ediciones Contabilidad Moderna; 1972.
59. **FERNANDEZ SESSAREGO C.** La Persona en la Doctrina Jurídica Contemporánea Lima: Universidad de Lima; 1984.
60. **FERNANDEZ SESSAREGO C.** La Noción Jurídica de Persona, Segunda edición, ed. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos; 1968.
61. **HORTA VASQUEZ EdJ.** "La propia persona como derecho y la dimensión jurídica de la vida humana: Consecuencias de su desconocimiento o negación. Díkaion (Lo justo). Revista de Fundamentación jurídica.1988;(2)
62. **ESPINOZA ESPINOZA J.** La capacidad civil de las personas naturales 2 Lima: Editorial Grijley; 1998.
63. **ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA.** Buenos Aires: Tomo XXII; 1979.
64. **RUBIO CORREA M.** El ser humano como persona natural Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.; 1992.
65. **PANERO GUTIÉRREZ R.** Derecho Romano. Cuarta Edición ed. Valencia, España: Editorial Tirant Lo Blanch; 2008*
66. **ARROYO I AMAYUELAS E.** La protección al concebido en el Código Civil. Primera Edición ed. Madrid: Editorial Civitas; 1992.
67. **ESPINOZA ESPINOZA J.** La protección al concebido en el Código Civil. Lima: Editorial Civitas; 2001.
68. **FERNANDEZ SESSAREGO C.** El Derecho de las Personas. Primera Edición ed. Lima: Ediciones Jurídicas; 2002.
69. **ALVAREZ GARCÍA FJ.** "Bien jurídico y Constitución" Madrid; Cuadernos de Política Criminal; 1991.
70. **HEINECIO JG.** Recitaciones del Derecho Civil según el Orden de la Instituí. Segunda edición ed Paris: Librería de Don Vicente Salva; 1847.
71. **KIERSZENBAUM M.** "El bien jurídico en el derecho penal Algunas nociones básicas

desde la óptica de la discusión actual". 86th ed.: Lecciones y Ensayos; 2009.

72. **COBO DEL ROSAL M^T VIVES ANTÓN T.** Derecho Penal: Parte general Madrid: Editorial Tirant lo Blanch; 1988.
73. **GÓMEZ SÁNCHEZ Y.** El derecho a la reproducción humana Madrid: Universidad Complutense de Madrid.; 1995.
74. **BANCHIO EC.** La tutela de la Persona frente a la manipulación genética Lima. Ud, editor. Lima: En: Diez años: Código Civil peruano: Balance y Perspectivas.
75. **VARSI ROSPIGLIOSI E.** Derecho Genético. Cuarta edición ed. Lima: Editorial Grijley; 2001.
76. **VALADES D.** "Próximas del Bioderecho y del Derecho Genómico". UNESCO , editor. México; Panorama sobre la legislación en materia de genoma humano en América Latina y El Caribe; 2006.
77. **LEÓN HILARIO L.** La importancia del derecho comparado en la reforma 7 del Código Civil y en la formación de una verdadera Escuela de civilistas peruanos: A propósito de la modernización del derecho de obligaciones en Alemania (Schuldrechtsmodernisierung). [Online].; 2012 [cited 2013 agosto 6. **Available** from: http://dike.pucp.edu.pe/doctrina/civ_art46.PDF.

ANEXO

Anexo 1: MATRIZ DE CONSISTENCIA

TITULO: "EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y SUS IMPLICANCIAS EN EL DERECHO A CONOCER SUS ORÍGENES BIOLÓGICOS: A PROPOSITO DEL CONFLICTO CON EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA INTIMIDAD DEL CEDENTE DE GAMETOS EN LAS PRUEBAS DE PATERNIDAD LIMA 2017"

PROBLEMAS	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	OPERACIONALIZACIÓN	
			VARIABLES	METODOLOGÍA
Problema General ¿Qué predomina con la aplicación de la inseminación artificial: el derecho del menor de conocer su origen genético o el derecho a la protección de la identidad del cedente del gameto? Problemas Específicos - ¿Cuál ha sido la postura legal respecto a la colisión de ambos derechos? - ¿Cómo ha regulado la legislación comparada el derecho a conocer el origen genético y la protección de la identidad del cedente? - ¿El descubrimiento de la identidad del cedente verdaderamente altera el orden de filiación en la familia?	Objetivo General Analizar los criterios de proporcionalidad, cuál debe ser el derecho que prevalezca en el conflicto suscitado entre el derecho a conocer el origen genético e interés superior del menor frente a la tutela de la identidad del cedente del gameto (anonimato) Objetivos Específicos - Determinar cuál ha sido la postura constitucional en relación al conflicto entre ambos derechos. - Comparar la legislación, con relación al regular el derecho a conocer el origen genético y la protección de la identidad del cedente. - Establecer de qué manera el descubrimiento de la identidad del cedente verdaderamente altera el orden de filiación en la familia	Hipótesis General Bajo los criterios de proporcionalidad podría revelarse la identidad del dador, por razones debidamente fundadas y evaluadas por la autoridad judicial. Hipótesis Específicas - La perspectiva constitucional en relación al conflicto entre ambos derechos protege al menor. - La legislación comparada ha regulado el derecho a conocer el origen genético y la protección de la identidad del cedente. - El descubrimiento de la identidad del cedente altera el orden de filiación en la familia.	VARIABLES: Inseminación artificial Derecho del menor INDICADORES - Norma de regulación - Identidad del cedente - Interés Superior - Normas legales	TIPO DE INVESTIGACIÓN Investigación Aplicativa – analítica DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN Diseño no experimental, longitudinal. El método empleado es el Hipotético deductivo Documental - de campo 3.3 Población y muestra Corresponde a la población el universo de los profesionales procederes de Ja problemática descrita en la presente investigación, dicha población está conformada por 40 abogados y magistrados del Distrito Judicial Lima.



Anexo 02: Consentimiento Informado



ID: _____

FECHA: _____

TÍTULO DE LA INVESTIGACIÓN: “EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y SUS IMPLICANCIAS EN EL DERECHO A CONOCER SUS ORÍGENES BIOLÓGICOS: A PROPÓSITO DEL CONFLICTO CON EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA INTIMIDAD DEL CEDENTE DE GAMETOS EN LAS PRUEBAS DE PATERNIDAD LIMA 2017”

OBJETIVO: Determinar, realizando el test de proporcionalidad, cuál de los derechos en conflicto debe prevalecer: El derecho a tomar conocimiento respecto al origen genético e interés superior del niño o el derecho a la intimidad por parte del cedente.

INVESTIGADOR: Marco Antonio YAIPEN ZAPATA

☐ **Consentimiento / Participación voluntaria**

Acepto participar en el estudio: He leído la información proporcionada, o me ha sido leída. He tenido la oportunidad de preguntar dudas sobre ello y se me ha respondido satisfactoriamente. Consiento voluntariamente participar en este estudio y entiendo que tengo el derecho de retirarme en cualquier momento de la intervención (tratamiento) sin que me afecte de ninguna manera.

☐ **Firmas del participante o responsable legal**

Huella digital si el caso lo amerita

Firma del participante: _____

Firma del investigador responsable: _____

Lima, 2017.



Anexo 03: Cuestionario

ID: _____

FECHA: _____

TÍTULO DE LA INVESTIGACIÓN: “EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y SUS IMPLICANCIAS EN EL DERECHO A CONOCER SUS ORÍGENES BIOLÓGICOS: A PROPÓSITO DEL CONFLICTO CON EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA INTIMIDAD DEL CEDENTE DE GAMETOS EN LAS PRUEBAS DE PATERNIDAD LIMA 2017”

OBJETIVO: Determinar, realizando el test de proporcionalidad, cuál de los derechos en conflicto debe prevalecer: El derecho a tomar conocimiento respecto al origen genético e interés superior del niño o el derecho a la intimidad por parte del cedente.

INVESTIGADOR: Marco Antonio YAIPEN ZAPATA

INSTRUCCIONES: Estimado profesional, este cuestionario es anónimo. Sin embargo, con fines estadísticos se requiere algunos datos sociodemográficos. Gracias por su valiosa colaboración.

I. Datos Generales

Genero: M() F() Edad: _____ años

▪ Estado Civil:

a) Soltero(a) () b) Conviviente () c) Casado (a) ()

d) Divorciado () e) Viudo (a) ()

▪ Grado Académico alcanzado:

a) Licenciado (a) () b) Especialista () c) Magister ()

b) d) Doctor ()

▪ Tiempo se Servicio en la Institución:

a) Menor de 3 años () b) De 3 a 5 años ()

c) De 5 a 10 años () d) Mayor de 10 años ()

Marca con una “X”, en las alternativas que crea conveniente:

1.- ¿Qué opina de la inseminación artificial en el Perú?

- Si, estoy de acuerdo.
- No, no estoy de acuerdo.
- No opino.

2. Si existe un conflicto entre el menor que desea conocer su origen y el anonimato del cedente del gameto. ¿Qué derecho debe prevalecer?

- El derecho del menor a conocer su origen.
- El derecho del anonimato del cedente.
- Con ninguno.

3.- ¿El conocer la identidad del cedente del gameto, puede variar el precepto de filiación en la familia?

- Si
- No
- No opina

4.- ¿Está de acuerdo que se descubra la identidad del cedente de los gametos?

- Si
- No
- No opina

5.- La legislación comparada ha regulado el derecho a conocer el origen genético y la protección de la identidad del cedente ¿Está de acuerdo con dicha regulación?

- Si, estoy de acuerdo.
- No, no estoy de acuerdo.
- No opino.

NOTA BIOGRAFICA

YAIPEN ZAPATA, MARCO ANTONIO, nació el 06 de abril de 1970, en Monsefù, Chiclayo, Lambayeque; su padre fue don Geneduardo Yaipen Uceda; y, su madre doña María Elsa Zapata Guzmán.

Los estudios escolares de educación primaria los realizó en el Colegio Carlos Weiss de Monsefu; y, los estudios secundarios en el Colegio San José de Chiclayo, Lambayeque.

Los estudios de pre grado de Derecho, los realizó en la Universidad de Piura, egresando en el año de 1996; y, obteniendo el grado de bachiller en derecho y el título de abogado en 1997, en dicha casa de estudios.

Realizó sus estudios de post grado en la Maestría de Derecho Civil y Comercial, así como también estudios de Doctorado en Derecho, en la Universidad San Martín de Porres; y, cursos de preparación y ascenso en la Academia de la Magistratura.

Actualmente desempeña el cargo de Fiscal en el Ministerio Público – Fiscalía de la Nación, donde viene laborando hace más de 17 años, para esta institución pública.



UNIVERSIDAD NACIONAL HERMILIO VALDIZÁN

Huánuco – Perú

ESCUELA DE POSGRADO

Campus Universitario, Pabellón V "A" 2do. Piso – Cayhuayna
Teléfono 514760 -Pág. Web. www.posgrado.unheval.edu.pe



ACTA DE DEFENSA DE TESIS DE MAESTRO

En el jirón Puno N° 248 Cercado de Lima, local del IDES Markayachay, siendo las 15:00h., del día domingo **04.FEB.2018**, ante los Jurados de Tesis constituido por los siguientes docentes:

Dr. Reynaldo OSTOS MIRAVAL	Presidente
Mg. Eduardo Solón GARCÍA CARRILLO	Secretario
Mg. Carlos Enrique COSAVALENTE CHAMORRO	Vocal

Asesor de Tesis, Dr. Pero Pablo SAQUICORAY AVILA (Resolución N° 0132-2018-UNHEVAL/EPG-D)

La aspirante al Grado de Maestro en Derecho con Mención en Civil y Comercial, Don, Marco Antonio YAIPIEN ZAPATA.

Procedió al acto de Defensa:

Con la exposición de la Tesis titulado: **"EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y SUS IMPLICANCIAS EN EL DERECHO A CONOCER SUS ORÍGENES BIOLÓGICOS: A PROPÓSITO DEL CONFLICTO CON EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA INTIMIDAD DEL CEDENTE DE GAMETOS EN LAS PRUEBAS DE PATERNIDAD LIMA 2017"**.

Respondiendo las preguntas formuladas por los miembros del Jurado y público asistente.

Concluido el acto de defensa, cada miembro del Jurado procedió a la evaluación de la aspirante a Maestro, teniendo presente los criterios siguientes:

- u) Presentación personal.
- v) Exposición: el problema a resolver, hipótesis, objetivos, resultados, conclusiones, los aportes, contribución a la ciencia y/o solución a un problema social y Recomendaciones.
- w) Grado de convicción y sustento bibliográfico utilizados para las respuestas a las interrogantes del Jurado y público asistente.
- x) Dicción y dominio de escenario.

Así mismo, el Jurado plantea a la tesis las observaciones siguientes:

Obteniendo en consecuencia la Maestría la Nota de..... QUINCE..... (15)
Equivalente a APROBADO, por lo que se recomienda
(Aprobado ó desaprobado)

Los miembros del Jurado, firman el presente **ACTA** en señal de conformidad, en Huánuco, siendo las 16:00 horas del 04 de febrero de 2018.


PRESIDENTE

DNI N° 72490141


SECRETARIO

DNI N° 07773852


VOCAL

DNI N° 09580793

AUTORIZACIÓN PARA PUBLICACIÓN DE TESIS ELECTRÓNICAS DE POSGRADO

1. IDENTIFICACIÓN PERSONAL (especificar los datos del autor de la tesis)

Apellidos y Nombres: **YAIPEN ZAPATA, Marco Antonio**

DNI: 17542834

Correo electrónico: **myaipenz@yahoo.com**

Teléfonos Casa:

Celular: 922 103 301

Oficina _____

2. IDENTIFICACION DE LA TESIS

Posgrado	
Maestría:	DERECHO
Mención:	CIVIL Y COMERCIAL

Grado Académico obtenido: **MAESTRO**

Título de la tesis:

EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y SUS IMPLICANCIAS EN EL DERECHO A CONOCER SUS ORÍGENES BIOLÓGICOS: A PROPÓSITO DEL CONFLICTO CON EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA INTIMIDAD DEL CEDENTE DE GAMETOS EN LAS PRUEBAS DE PATERNIDAD LIMA 2017.

Tipo de acceso que autoriza el autor:

Marcar "X"	Categoría de Acceso	Descripción de Acceso
☒	PÚBLICO	Es público y accesible el documento a texto completo por cualquier tipo de usuario que consulta el repositorio.
☐	RESTRINGIDO	Solo permite el acceso al registro del metadato con información básica, mas no al texto completo.

Al elegir la opción "Público" a través de la presente autorizo de manera gratuita al Repositorio Institucional – UNHEVAL, a publicar la versión electrónica de esta tesis en el Portal Web repositorio.unheval.edu.pe, por un plazo indefinido, consintiendo que dicha autorización cualquiera tercero podrá acceder a dichas páginas de manera gratuita, pudiendo revisarla, imprimirla o grabarla, siempre y cuando se respete la autoría y sea citada correctamente.

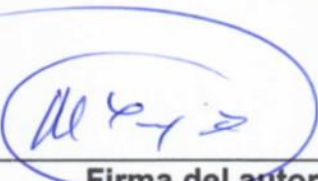
En caso haya marcado la opción "Restringido", por favor detallar las razones por las que se eligió este tipo de acceso:

Asimismo, pedimos indicar el periodo de tiempo en que la tesis tendría el tipo de acceso restringido:

() 1 año () 2 años () 3 años () 4 años

Luego del periodo señalado por usted(es), automáticamente la tesis pasara a ser de acceso público.

Fecha de firma:


Firma del autor