

**UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO**  
**FACULTAD DE DERECHO**  
**ESCUELA DE DERECHO**



**El principio de interés superior del niño como límite a la regulación de la  
fecundación *post mortem* en el ordenamiento jurídico peruano**

**TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE  
ABOGADO**

**AUTOR**

**Brunella Sanchez Vargas**

**ASESOR**

**Rosa De Jesus Sanchez Barragan**

**<https://orcid.org/0000-0002-7726-9775>**

**Chiclayo, 2023**

**El principio de interés superior del niño como límite a la regulación de la fecundación *post mortem* en el ordenamiento jurídico peruano**

PRESENTADA POR

**Brunella Sanchez Vargas**

A la Facultad de Derecho de la  
Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo  
para optar el título de

**ABOGADO**

APROBADA POR

Dora María Ojeda Arriaran

PRESIDENTE

Ana María Margarita Llanos

Baltodano

SECRETARIO

Rosa De Jesus Sanchez

Barragan

VOCAL

## **Dedicatoria**

Dedico este artículo de investigación a Dios, por ser mi guía y fortaleza en cada momento de mi vida;

A mis abuelos, María Mercedes Dávila Herrera y Homero Vargas Arribasplata, por su apoyo constante y motivarme a perseverar en mis metas durante toda mi vida universitaria; como también por la formación en valores y principios que me transmitieron a lo largo del tiempo hasta la actualidad.

Y a mis tíos, Heidi Vargas Dávila y Carlos Vargas Dávila por su constante preocupación en mi bienestar y educación.

## **Agradecimientos**

Agradezco a mis dos asesoras temáticas, la Doctora Erika Valdivieso y la Doctora Rosa de Jesús Sánchez Barragán, por brindarme su apoyo durante la elaboración de esta investigación, transmitirme conocimientos y absolverme las dudas acerca de mi tema de investigación, asimismo por encaminarme a hacer una buena investigación para mi artículo de tesis.

---

INFORME DE ORIGINALIDAD

---

24%

INDICE DE SIMILITUD

24%

FUENTES DE INTERNET

12%

PUBLICACIONES

13%

TRABAJOS DEL  
ESTUDIANTE

---

FUENTES PRIMARIAS

---

1	<a href="http://hdl.handle.net">hdl.handle.net</a> Fuente de Internet	5%
2	<a href="http://vsip.info">vsip.info</a> Fuente de Internet	2%
3	<a href="http://repositorio.unp.edu.pe">repositorio.unp.edu.pe</a> Fuente de Internet	1%
4	Submitted to Universidad Católica de Santa María Trabajo del estudiante	1%
5	<a href="http://repositorio.pucp.edu.pe">repositorio.pucp.edu.pe</a> Fuente de Internet	1%
6	<a href="http://repositorio.unsa.edu.pe">repositorio.unsa.edu.pe</a> Fuente de Internet	1%
7	<a href="http://tesis.ucsm.edu.pe">tesis.ucsm.edu.pe</a> Fuente de Internet	1%
8	<a href="http://tesis.usat.edu.pe">tesis.usat.edu.pe</a> Fuente de Internet	1%

---

## Índice

<b>Resumen</b> .....	<b>6</b>
<b>Abstract</b> .....	<b>7</b>
<b>Introducción:</b> .....	<b>8</b>
<b>1.Revisión de Literatura</b> .....	<b>10</b>
<b>1.1. Antecedentes</b> .....	<b>10</b>
<b>1.2. Bases teóricas conceptuales</b> .....	<b>12</b>
1.2.1. Fecundación <i>Post Mortem</i> .....	12
1.2.2. Principio de Interés Superior del Niño .....	18
<b>2.Materiales y métodos</b> .....	<b>20</b>
<b>3.Resultados y discusión</b> .....	<b>20</b>
<b>3.1. Análisis de la Fecundación <i>Post Mortem</i> desde la perspectiva de la Biojurídica y el Bioderecho</b> .....	<b>20</b>
3.1.1. El principio de la dignidad humana como principio rector de la Biojurídica y Bioderecho en el Perú .....	20
3.1.2. La Fecundación <i>Post Mortem</i> desde la perspectiva de la Biojurídica.....	29
3.1.3. La Fecundación <i>Post Mortem</i> desde la perspectiva del Bioderecho .....	38
<b>3.2. Propuesta de modificación total para el artículo 7° de la Ley General de Salud N° 26842 fundamentada en el Principio de Interés Superior del Niño</b> .....	<b>44</b>
3.2.1. La inexistencia de norma alguna que prohíba la técnica de la fecundación <i>post mortem</i> .....	44
3.2.2. Permisión implícita configurada en el artículo 7° de la Ley General de Salud N° 26842 para la práctica de la fecundación <i>post mortem</i> a propósito de su adecuación con la condición que establece el artículo para la admisión de las TRHA .....	44
3.2.3. Incorporar en el artículo 7° de la Ley General de Salud N° 26842 una prohibición expresa a la práctica de las técnicas de reproducción humana asistida, incluyendo a la fecundación <i>post mortem</i> fundamentada en el Principio de Interés Superior del Niño .....	45
3.2.4. Fórmula legal.....	57
<b>Conclusiones</b> .....	<b>58</b>
<b>Recomendaciones</b> .....	<b>58</b>
<b>Referencias Bibliográficas</b> .....	<b>59</b>

## Resumen

La fecundación *post mortem* condena a un niño a vivir sin un padre, esta fecundación no está regulada en nuestro país, y por el principio de legalidad “todo lo que no está regulado o prohibido, está permitido”, poniendo en riesgo el Principio de Interés Superior del Niño, y con ello la dignidad, los derechos y el bienestar del infante, asimismo el artículo 7° de la Ley General de Salud N° 26842 casualmente presenta una permisión a la fecundación *post mortem* al cumplir dicha técnica con la condición establecida en aquel artículo. Por lo que resulta necesario modificar en su totalidad el artículo 7° de la respectiva Ley estableciendo una prohibición expresa a la práctica de la fecundación *post mortem*, fundamentada en el Principio de Interés Superior del Niño como escudo protector del desarrollo integral del infante, bajo el desarrollo de una investigación cualitativa mediante un análisis escrupuloso de la fecundación *post mortem* desde la perspectiva de la Biojurídica y el Bioderecho para determinar las contradicciones jurídicas que presenta la fecundación *post mortem* en el ordenamiento jurídico peruano.

**Palabras claves:** Fecundación *post mortem*, Principio de Interés Superior del Niño, Biojurídica, Bioderecho.

## Abstract

The *post mortem* fertilization condemns a child to live without a father, this fertilization is not regulated in our country, and by the principle of legality "everything that is not regulated or prohibited, is allowed", putting at risk the Principle of the Superior Interest of the Child, and with it the dignity, the rights and the well-being of the minor, also the article 7° of the General Law of Health N° 26842 happens to present a permission to the *post mortem* fertilization when fulfilling this technique with the condition established in that article. Therefore, it is necessary to modify article 7 of the respective Law establishing an express prohibition to the practice of *post mortem* fertilization, based on the Principle of the Superior Interest of the Child as a protective shield for the integral development of the infant, under the development of a qualitative investigation through a scrupulous analysis of *post mortem* fertilization from the perspective of Biojuridical and Bio-Right to determine the juridical contradictions that *post mortem* fertilization presents in the Peruvian juridical order.

**Keywords:** *Post mortem* fertilization, Principle of Superior Interest of the Child, Biojuridical, BioRight.

## Introducción

Hoy en día, los tiempos han cambiado, no hay duda de que la forma de vida ha dado un giro sustancial con el paso del tiempo, tanto en el ámbito laboral, social e incluso familiar. Este último aspecto es lo que ha generado más atención y conmoción por parte de la sociedad, pues es evidente que en la actualidad se ha producido una transformación en la familia. Al respecto Escribano (2016) afirma que “se ha superado la concepción del modelo familiar basado en la unión matrimonial entre hombre y mujer, que tienen descendencia natural” (p. 1260). Existen factores que han hecho surgir nuevos modelos de familia, que pueden estar relacionados con la creciente incorporación de la mujer al mercado laboral, la independencia económica, así como también las recurrentes técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), lo que posibilita que mujeres solteras sin padecer ninguna enfermedad de infertilidad o esterilidad acudan a las TRHA para ser madres (Martí, 2011, p. 162).

De ello se desprende que las TRHA sean bastante utilizadas en diferentes países, así como por ejemplo España, Suecia, Bélgica, entre otros. Según Martí (2016) existe una mayor demanda para las prácticas de las TRHA por las nuevas formas de vida que las personas han ido adoptando a través del mundo moderno en el que vivimos (p. 163) y estas técnicas son una de las realidades o tendencias sociales mayormente polémicas que ponen al Derecho en una situación difícil en cuanto a su regulación porque este tema genera cuestiones graves tanto éticas como legales para su desarrollo en la sociedad, tales como el atropello a los derechos fundamentales del hijo, como el derecho a la vida, el derecho a la integridad, el derecho a la identidad, el derecho a vivir en familia.

Dentro de los tipos de técnicas de reproducción humana asistida, se encuentra la Fecundación *Post Mortem*, que es una de las técnicas que ha generado mayor controversia en el mundo del derecho porque sobre pasa los límites naturales de lo humano (Pérez, 2007, p. 141), es decir, se trata de una fecundación realizada después del fallecimiento del esposo o la pareja, donde la mujer viuda usa sus gametos para engendrar un hijo, en resumidas cuentas, se hace uso de gametos de un fallecido para generar vida, teniendo así repercusiones en el derecho de familia y sucesiones al resquebrajar el típico concepto de filiación que se tiene. (Moadie, 2015, p. 5).

Si analizamos este tipo de fecundación, se centra en condenar a un niño a vivir sin un padre, provocando de manera deliberada la orfandad de este, negándole el derecho a vivir en familia, el gozar de un padre, que es vital para su desarrollo integral, estamos frente a un derecho fundamental y humano que les pertenecen a los niños que son un grupo vulnerable dentro de la sociedad, y por tanto merecen atención, respaldo y protección adecuada.

En nuestro ordenamiento jurídico, la fecundación *post mortem*, no se encuentra regulada, y es un problema grave porque, así como establece Varsi (2005): “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe” (s.p.), no existe norma alguna que restrinja la práctica de la fecundación *post mortem*.

Pero a la par también tendríamos configurada una permisón implícita por lo establecido en el artículo 7° de la Ley General de Salud N° 26842:

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

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

Podemos darnos cuenta que la figura de la fecundación *post mortem* se adecúa al contenido del artículo mencionado, es decir, cumple con la condición instaurada en este y es la siguiente: “*que la madre gestante y la madre genética recaiga en la misma persona*”, entonces al tener una ley como esta, que indudablemente es deficiente, estamos frente a una incoherencia jurídica con respecto a la normativa nacional como internacional que protege al niño.

De ello se determina que exista una violación al Principio de Interés Superior del Niño, en cuanto a que se le priva de gozar de un padre, siendo elemento esencial que el menor viva con sus dos padres para su desarrollo integral y armónico. Por otro lado, debemos recordar que desde el año 1989 con la entrada en vigor de la Convención sobre los Derechos del Niño se adoptó la doctrina de protección integral, comprometiéndose todos los Estados partes, incluyendo Perú a velar por el bienestar (físico, psíquico, moral, intelectual, espiritual y social) del niño. También se comprometieron a respetar y proteger el principio del Interés Superior del Niño que garantiza la protección de la infancia de toda acción inhumana o injusta que se pueda cometer contra este grupo social vulnerable. Por ello este principio es el eje rector de protección a los derechos fundamentales del niño, teniendo como premisa cardinal la siguiente: ni el interés de los padres, ni el de la sociedad, ni del Estado pueden ser considerados prioritarios en relación a los derechos del niño (De Brigard, Patiño y Noguera, 2015, p. 176). Incluso el deber de protección se encuentra señalado en nuestras normas especiales referentes a la infancia como el Código de Derechos del Niño y Adolescentes, el Plan Nacional de Acción por la Infancia y la Adolescencia (2012-2021) y la Ley N° 30466 (Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño).

Entonces para solucionar el problema y el peligro que radica específicamente en el artículo 7° de la Ley General de Salud, sería conveniente modificar de manera total dicho artículo, a fin de que esta Ley conecte y copere armoniosamente con el deber de protección del niño asumida por el Estado.

Por ello, se plantea el siguiente problema de investigación: ¿De qué manera el Principio de Interés Superior del Niño se convertirá en fundamento límite a la regulación de la fecundación *post mortem* en el ordenamiento jurídico peruano?

Para ello, esta investigación tiene como objetivo general el siguiente: Establecer el Principio de Interés Superior del Niño como fundamento límite a la regulación de la fecundación *post mortem* en el ordenamiento jurídico peruano; y como objetivos específicos los siguientes: i) Analizar la técnica de la fecundación *post mortem* desde la Biojurídica y el

Bioderecho, y ii) Instaurar el Principio de Interés Superior del Niño como fundamento límite para la modificación total del artículo 7° de la Ley General de Salud N° 26842.

Asimismo, ante este problema se formula la siguiente hipótesis:

Si el Principio de Interés Superior del Niño es un principio, derecho y norma, que da prioridad al interés superior del niño sobre cualquier otro interés (ya sea de los padres, de la sociedad o del mismo Estado) que pueda afectar los derechos fundamentales del niño, y teniendo este principio una fuerza mayor coercitiva para todos los estados parte que le otorga la Convención sobre derechos del Niño; entonces de esta manera el principio de Interés Superior del Niño se convierte en fundamento límite a la permisión (explícita o implícita) de la fecundación *post mortem* en el ordenamiento jurídico peruano en el sentido de que servirá como un instrumento jurídico o garantía de protección y respeto que tiende a asegurar el bienestar del niño en el plan físico, psíquico y social, específicamente evitar provocar con la biotecnología (fecundación *post mortem*) la orfandad deliberada del niño, de la misma forma, este criterio servirá de sustento para modificar en su totalidad el artículo 7° de la Ley General de Salud.

Este tema de investigación siendo controversial resulta de gran importancia para el mundo jurídico, en especial por las paradojas que genera no solo en el derecho peruano sino en diferentes legislaciones del mundo y que aún no han sido solucionadas, pues en el Perú está latente la amenaza a los derechos fundamentales del Niño por tener una Ley General de Salud deficiente, que atenta el bienestar del niño, es por ello que esta realidad problemática reflejada en el artículo 7° de la mencionada Ley merece con urgencia una atención debida.

Con esta investigación se busca solucionar este peligro o amenaza a los derechos humanos y fundamentales del Niño a causa de la fecundación *post mortem*; proponiendo para ello la modificación total del artículo 7° de la Ley General de Salud.

## **1. Revisión de Literatura**

### **1.1. Antecedentes**

Respecto a la regulación de la fecundación *post mortem*, Andrango, F. (2018), en su tesis de pre grado, titulada: “Fecundación *Post Mortem* Derecho a la Identidad y Derechos Patrimoniales de Niños, Niñas y Adolescentes”. En este estudio se analizó los vacíos legales en el ordenamiento jurídico ecuatoriano en cuanto a la regulación de la fecundación *post mortem* y cómo esto afecta al derecho a la identidad y derechos patrimoniales de los niños nacidos mediante este tipo de fecundación, para ello propone la modificación de las normas civiles sobre filiación y el derecho sucesorio para que esté a la par y en un constante equilibrio con el desarrollo científico-tecnológico y así no se vean afectados los derechos del concebido.

En este trabajo, se refleja el abandono del principio rector: el principio de interés superior del niño, que garantiza el respeto y protección de los derechos del infante, pues se pretende modificar las leyes referentes a figuras jurídicas naturales, con el fin de regular la fecundación *post mortem*, para que el niño no se vea afectado en sus derechos fundamentales, tales como el derecho a la identidad o el derecho a la herencia, sin atender el problema o daño originario que causa la fecundación *post mortem*, el hecho de que el niño nazca sin un padre, causando la orfandad predeterminada del infante, con ello se muestra que el daño aún está presente,

por más que se procure compensar el primer daño modificando leyes para no incurrir en más daños como la transgresión de más derechos fundamentales del niño. Tal como dijo Hannah Arendt alguna vez: “Quienes escogen el mal menor olvidan con gran rapidez que están escogiendo el mal”.

Por otro lado, Trevizo de la Garza, A. (2014), en su tesis de doctorado, titulada: “Dilemas bioéticos que se desprenden de la fertilización in vitro y gestación subrogada: Diálogo multidisciplinario con expertos”, realizó un estudio de las implicancias bioéticas que las nuevas biotecnologías traen consigo, entre ellas, se encuentra la fecundación *post mortem*, exponiendo así los argumentos a favor y en contra sobre los procesos de reproducción artificial, haciendo una recomendación respecto a que se debe tener una consciencia responsable, como también, realizar un trabajo mucho más ético al momento de aplicar estas técnicas con el fin de proteger a todas las partes involucradas en estos procesos, especialmente a ese ser que llaman a la vida. Por otro lado, no descarta la autora que estos procesos de reproducción artificial estén libres de dilemas éticos que quizá nunca se terminen de discutir dentro de una sociedad democrática influenciada por intereses particulares de cada quien.

Es importante que se reflejen los dilemas bioéticos en todo tipo de reproducción humana asistida, en el sentido de que estas técnicas desafiarán y cambiarán algo tan natural perteneciente a la naturaleza humana, como la identidad y personalidad humana, teniendo aún mayores implicancias éticas, psicológicas al intentar cambiar la línea germinal de los seres humanos. Esto es lo que pasa con la fecundación *post mortem*, no se puede garantizar que el bienestar del nacido será satisfactorio y libre de alguna deficiencia psicológica al no crecer sin la figura paterna que es importante en el desarrollo integral del niño.

Cárdenas, R. (2014), en su artículo, titulado: “Autonomía de la Voluntad y reproducción asistida”, publicado en la revista peruana Consensus de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón, realizó un estudio acerca de la reproducción humana asistida partiendo del principio de la autonomía de la voluntad desde una perspectiva tanto bioética como biojurídica, teniendo como premisa fundamental que la libertad, siendo inherente a la persona humana no califica como un derecho absoluto. Dentro del grupo de las técnicas reproductivas el autor hace mención a la fecundación *post mortem*, centrándose en que cada quien es libre de tener hijos en virtud de la autonomía de la voluntad, y recurrir a las técnicas de reproducción asistida siempre y cuando sea necesario y no existan otras vías, pero en el caso de este tipo de fecundación, la libertad no actúa con responsabilidad, porque al aplicarse transgrede los derechos fundamentales de un tercero, en este caso del niño por nacer, no respetándose a la par el principio de interés superior del niño.

Este artículo, servirá de gran aporte, porque deja claro, desde la perspectiva del principio de interés superior del niño, que al aplicar el procedimiento de la fecundación *post mortem*, se estaría vulnerando uno de los derechos primordiales, como, por ejemplo: el derecho a vivir en familia, conformada por padre y madre, originándose la orfandad deliberada del niño por nacer, en otras palabras, el menor crecería en un hogar que no es óptimo para él, afectando su personalidad y desarrollo integral.

Valverde, R. (2014), en su artículo titulado: “¿Debería permitir la futura ley peruana sobre técnicas de reproducción humana asistida (TERAS) la figura del embarazo *post mortem*?”, publicado en la revista peruana Vox Juris de la Universidad San Marín de Porres, realizó un

estudio acerca de si es posible jurídicamente admitir la fecundación *post mortem* en nuestro ordenamiento jurídico, afirmando que no sería racional admitir la técnica de la fecundación *post mortem* porque se aleja de la verdadera naturaleza de las técnicas de reproducción humana asistida, la cual se centra en combatir una enfermedad como la esterilidad o infertilidad humana. Por otro lado, el autor hace énfasis en que este tipo de fecundación se presenta en contradicción con el interés superior del niño al privarlo de gozar de un padre, recomendando la urgencia de que el Estado promulgue una prohibición expresa a la fecundación *post mortem*.

Es importante precisar la posición de que la fecundación *post mortem* no debería estar regulado en nuestro ordenamiento jurídico por el simple hecho de que existiría una contradicción con el principio de interés superior del niño avalado por la Convención sobre los Derechos del Niño y establecido en el Código de Niños y Adolescentes y en el Plan Nacional de Acción para la Infancia y la Adolescencia, como tampoco el Estado Peruano no estaría cumpliendo con el fin de velar por el bienestar del infante al no respetar la doctrina de protección integral con admitir la fecundación *post mortem*, a pesar de que es Estado parte de dicha Convención. Asimismo, se afirma que esta fecundación *post mortem* pierde el fin u objetivo de las técnicas de reproducción humana asistida porque dicha técnica es semejante al hecho de que las mujeres solas sin padecer ninguna enfermedad acudan a las THERAS con el fin de ser madres.

Pérez, L. (2007), en su artículo titulado: “Inseminación artificial y transferencia de preembriones *post mortem*: procreación y nacimiento más allá de los límites de la existencia humana”, publicado en la Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla: IUS, de México, realizó un estudio acerca de la inseminación artificial en la posibilidad de que esta se realice después de la muerte, llamada inseminación artificial *post mortem* y cómo es que esta sobre pasa los límites de la naturaleza humana trayendo consigo repercusiones en el derecho de familia y el derecho de sucesiones.

En razón de ello, es importante determinar las consecuencias que trae la fecundación *post mortem* al aceptar su práctica en la realidad, como por ejemplo la ruptura de las reglas tradicionales en sede de filiación y sucesiones ya establecidas. Por otro lado, el autor deja en claro que las técnicas de reproducción humana tienen un fin terapéutico, más no componen una vía a través de la cual se pueda obtener caprichosamente descendencia, mucho menos condenar premeditadamente a la orfandad paterna a un hijo, pues tanto como esta figura al igual que las mujeres solas accediendo a las técnicas de reproducción humana no resultan los modelos de familias ideales para un niño.

## **1.2. Bases teóricas conceptuales**

En este espacio, se desarrollará de forma breve las dos bases teóricas conceptuales que son los pilares importantes en que se desenvolverá la presente investigación, estas son las siguientes:

### **1.2.1. Fecundación *Post Mortem***

Para desarrollar la primera base teórica conceptual, correspondiente a la Fecundación *Post Mortem*, se debe partir por la concepción de la Fecundación *Post Mortem*, para tener conocimiento sobre qué entendemos cuando hacemos referencia a este tipo de fecundación.

### **A) Concepto de Fecundación *Post Mortem***

La fecundación *post mortem* es un tipo de Técnica de Reproducción Humana Asistida (TRHA), pues este tipo de fecundación tal vez sea la fecundación que sobre pasa o supera los límites de la naturaleza humana creada por la Biomedicina, haciendo posible a toda costa que los eventos fortuitos naturales se den también en lo artificial, es como si la Ciencia quisiera competir con la Naturaleza o la casualidad, distorsionando la autenticidad de las cosas.

En razón de ello, Urtecho, (2018) comenta que: “la técnica de reproducción humana asistida *post mortem* admite la posibilidad que la cónyuge superviviente pueda concebir al hijo que había planificado con el espermatozoide conservado de su cónyuge premuerto” (p. 107).

Es decir, cuando una mujer la cual queda viuda de su esposo o su acompañante haya fallecido, ella decide ser inseminada con la genética de su pareja o esposo fallecido para engendrar un hijo de él.

Otros autores como Escribano y Cohen (2016) afirman que la fecundación *post mortem* “consiste en la utilización del material reproductivo de un hombre después de su muerte para proceder a la fecundación de su viuda” (p. 1267).

Si analizamos detenidamente el concepto, estamos frente a una situación, donde la mujer viuda sigue teniendo la decisión de seguir con el proyecto familiar de engendrar un hijo a pesar del fallecimiento de su esposo o conviviente con su material genético previamente criopreservado.

### **B) Clases de Fecundación *Post Mortem***

Este tipo de fecundación tiene cuatro clases de procedimientos sobre cómo se lleva a cabo la fecundación *post mortem*. Estas son las siguientes:

- La mujer viuda se somete a la inseminación con la genética (líquido seminal) de su esposo o conviviente fallecido, quien en vida dejó su genética en un banco de semen para que después de su fallecimiento, se pueda utilizar por medio de un tratamiento reproductivo y así pueda la cónyuge engendrar un hijo de su esposo fallecido.
- López (2007) comenta que también se puede realizar la fecundación *post mortem* en el caso de que “la pareja se haya realizado el tratamiento de fertilización In Vitro, pero que no se logra concretar como consecuencia de la muerte imprevista del cónyuge, dejando a la viuda en su derecho de ser inseminada” (p. 146).
- La cónyuge o la mujer viuda solicita que se le pueda extraer el semen de su esposo fallecido, con el fin de engendrar un hijo.
- Urtecho (2018), también se da el caso en que “la mujer viuda se somete a la Técnica de Transferencia de Embriones *Post mortem*, mediante la cual, el embrión concebido

in vitro, en vida de ambos progenitores, es transferido al útero materno después de la muerte del esposo” (p. 68).

Pero, así como existen tipos o clases de cómo se realiza la fecundación *post mortem*, existen también determinados requisitos que se han de seguir para que no haya problemas para su admisión en la práctica, en el siguiente apartado se explicará en qué consisten estos requisitos.

### **C) Requisitos para la práctica de Fecundación *Post Mortem***

Son básicamente tres requisitos que estiman la mayoría de países en sus legislaciones, para que la fecundación *post mortem* se lleve a cabo satisfactoriamente sin ningún problema, y acto seguido sea admitida.

Estos son los siguientes:

#### **c.1. Consentimiento**

Debe existir un previo consentimiento del esposo o conviviente fallecido, este consentimiento, debe ser personalísimo, donde conste expresa y específicamente su voluntad para que se pueda utilizar su material genético para que se pueda realizar la fecundación *post mortem* dirigido directamente a una determinada mujer, es decir, a su esposa o conviviente, de esta manera también se estaría determinando la filiación de hijo póstumo (López, 2007, p.149). De acuerdo con algunas jurisprudencias, se han dado casos, donde los cónyuges o convivientes han estado sometidos a las técnicas de reproducción humana asistida, con pre embriones constituidos, pero sucede que el esposo o conviviente fallece, entonces la jurisprudencia y también la doctrina comenta que, en estos casos, se presume el consentimiento del esposo o conviviente fallecido, por lo cual no habría problemas para que se pueda realizar la fecundación *post mortem*.

#### **c.2. Plazo**

El plazo para la fecundación *post mortem*, pues la doctrina ha estimado un plazo de 12 meses después al fallecimiento del esposo o conviviente para que así se pueda realizar la fecundación *post mortem*.

Existen dos principales fundamentos establecidos por la doctrina, que respaldan la decisión del plazo y son los siguientes:

Urtecho (2018), afirma lo siguiente:

La doctrina defiende el establecimiento de este plazo porque existe la necesidad de otorgar protección y seguridad a los derechos sucesorios de otros herederos, junto con esta finalidad, asimismo se pretende proteger también el denominado salto generacional, es decir, la gestación de un niño con material genético procedente de una persona que vivió varias generaciones antes, así como el aseguramiento de que la viuda adopta una decisión meditada. (p. 71)

### c.3. Forma del consentimiento

Para realizar la fecundación *post mortem*, pues este consentimiento como ya se mencionó anteriormente, debe ser personalísimo, expreso y específico pero asentado por escritura pública o mediante testamento.

Con lo expuesto anteriormente podemos dar por comprendido a que se refiere cuando hablamos de fecundación *post mortem*, pues sin duda la doctrina y los esfuerzos preparativos que realizan los estados en sus legislaciones tratan de encaminar correctamente los procedimientos a través de requisitos para que no exista problema alguno en la realización de la fecundación *post mortem*, pero en realidad la pregunta radica, en el sentido de si esto es éticamente aceptable realizar esta práctica reproductiva artificial en la Biomedicina, es por ello que se necesita de la Bioética para poder analizar esta realidad social, porque desde ese recinto es que nos podemos dar cuenta de manera lúcida si es correcto aceptar o no algo como es la fecundación *post mortem*, de la misma forma trae consigo lucidez al Derecho, para que este pueda regular de forma objetiva y razonable este tema en específico.

Y es lo que a continuación se explicará detenida y ordenadamente en el siguiente apartado pertinente.

### D) La técnica de la Fecundación *Post Mortem* desde la perspectiva de la Bioética

Aparisi (2007) comenta que la Bioética, por su longeva trayectoria en el mundo de la Biomedicina, es una disciplina que tiene una incuestionable experiencia para establecer una determinada reflexión bioética que ayuda sin duda a otras disciplinas, tales como la filosofía, antropología, el derecho, etc., mediante aportes, reflexiones, conclusiones científicas y metodologías específicas (p. 73).

En este apartado intentaremos analizar desde la perspectiva bioética la fecundación *post mortem*, es decir que reflexiones nos puede dar la Bioética acerca de este tema en específico, si es éticamente posible o viable realizar esta técnica reproductiva artificial.

Kass (2004), afirma desde un punto genérico que la práctica de la ectogénesis, las técnicas de reproducción humana asistida, podría ser incompatible con el respeto de la dignidad humana desde la concepción, asimismo no sirven para asegurar o preservar el linaje, sino para complicarlo y confundirlo, es decir, que estas técnicas reproductivas solo sirven para contribuir a la confusión de identidad, descendencia, linaje, lo familiar y práctica. (p. 80).

Asimismo, Kass (2004) señala que, “el principio de crear vida en un laboratorio no es para proporcionarle a parejas casadas la posibilidad de un hijo propio, sino para proveer un hijo a cualquiera que lo desee por cualquier medio posible o conveniente” (p. 81), esto quiere decir que la finalidad de las técnicas de reproducción humana asistida últimamente está perdiendo su verdadera naturaleza: el aliviar o remediar la enfermedad de la infertilidad o esterilidad.

Trevizo de la Garza (2014), comenta lo importante que es la autonomía en la reproducción, porque ello se ve reflejado en virtud de la libertad que posee el hombre y que además es inherente a él, pero, así como existe la libertad, también existe la responsabilidad, es decir, cada quien es responsable de las consecuencias de los actos libres que uno realiza. A partir de ello, es pertinente mencionar que existen límites en el principio de la autonomía, en el sentido que esta debe ser racional y razonable, libre de toda arbitrariedad, centrada en un

proceso de reflexión no solo de manera momentánea sino a largo plazo y pensando en todas las partes involucradas, especialmente en el bienestar de los que nacerán, se debe insistir en que no solo se debe tomar en cuenta los intereses personales de las personas que recurren a estas técnicas, de lo contrario estaríamos cayendo en una autonomía arbitraria y poco reflexiva (p. 180).

Con relación a lo anteriormente mencionado, desde un punto específico y respecto a la fecundación *post mortem*, estamos cayendo en una autonomía arbitraria, no racional, no reflexiva a largo plazo como tampoco no se está tomando en cuenta el bienestar del niño por nacer, debido a que, el bebé nacerá huérfano de manera predeterminada, dejando un vacío de incertidumbre sobre cuál será la filiación con la persona muerta y a qué situación se enfrentará ese niño al nacer sin un padre (Trevizo de la Garza, 2014, p. 187). Por otro lado, Gamboa (2016), afirma que la fecundación *post mortem*, es una técnica reproductiva artificial que vulnera la integridad de la reproducción sexual dentro del matrimonio, porque se desvalora el fin de ello, que hace posible el surgir de la generación humana, reemplaza el acto conyugal, asimismo es una técnica que no respeta los límites de la naturaleza humana, eventos que pertenecen a la realidad natural como la muerte de un cónyuge, que pudo engendrar un hijo estando en vida (p. 325).

Otro punto que recalcar, es que en los tipos de procedimientos de la fecundación *post mortem*, se establece un tipo de procedimiento en el cual se accede en primer lugar a la Técnica de Transferencia de Embriones *Post mortem*, el cual se centra en realizar la concepción in vitro, para que después ese embrión crio conservado sea utilizado después de que el cónyuge o conviviente fallezca, mediante la transferencia de ese embrión en el útero de la mujer. Si analizamos este procedimiento, claro está que tiene objeciones bioéticas, porque se trata de una técnica reproductiva extracorpórea, debido a que, la fecundación se realiza en un tubo de ensayo, fuera de su ámbito fisiológico, y el embrión crio conservado, que básicamente permanece en un lugar a bajas temperaturas, suspendiendo su desarrollo natural fisiológico como si fuera un objeto o un material biológico estando a disposición de la ciencia o al simple hecho de esperar a que suceda el evento natural: el fallecimiento del cónyuge, para recién utilizar al embrión, desvalorizando así por completo su dignidad humana. Con ello Santamaría (2000), afirma que “al efectuarse la fecundación In Vitro, el embrión originado, queda mucho más desprotegido y con la posibilidad de que se realicen sobre él todo tipo de manipulaciones” (p. 46).

Al respecto la Declaración de Guanajuato, establece que la vida del embrión humano desde el principio es humana, y su naturaleza no se altera conforme pasa el tiempo para su desarrollo, por lo tanto, goza de dignidad humana, pues este don natural y ontológico es inherente al ser humano desde sus inicios de vida en el mundo, es decir desde la concepción, por lo que no puede ser utilizado como objeto o material biológico, para que después sea destruido (Declaración de Guanajuato sobre la Fecundación In Vitro, 2013, Punto II). Es la vida humana la que estamos exterminando a través de las TRHA.

En la misma vertiente, la Declaración de Guanajuato sobre Fecundación In Vitro (2013), establece que:

No hay razón que justifique la distinción que, en el uso de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA), se haga entre el embrión cuya implantación se procura y los embriones que son desechados o crio conservados. Estas acciones las

consideramos moralmente reprochables y en las que se necesita una decisiva intervención de las autoridades. (Punto IV)

Según las investigaciones médicas a la luz de la bioética que se han desarrollado acerca de la fecundación *post mortem*, han coincidido en identificar una serie de consecuencias graves que genera la fecundación *post mortem* y sirven de sustento para no estimarla, pues establecen fundamentos razonables por los cuales sustentan el hecho de que no es éticamente viable la práctica de esta técnica reproductiva artificial.

Las consecuencias graves que se han identificado al respecto son las siguientes:

- La fecundación *post mortem*, genera deliberadamente la orfandad del infante, llaman a la vida a un ser inocente que no crecerá sin un padre. Así lo establece Cárdenas (2015), afirmando lo siguiente: “El niño que nace a partir de la fecundación *post mortem*, está siendo privado de un padre, lo que constituye la privación de un bien elemental para el niño” (p. 176).
- Ocasiona problemas emocionales o psicológicos al menor, en la misma vertiente, Noguera (2015), afirma que “esta privación por sí sola puede causar en el niño la tensión subyacente y la depresión que no se pueden medir. La privación del padre es diferente a la situación donde los niños pierden su padre después de la concepción” (p. 176).

La fecundación *post mortem* puede desencadenar situaciones sociales y psicológicas adversas y lesivas para el niño, porque el niño no crecerá en un ambiente ideal que todo niño quisiera encontrarse, tener a ambos padres.

Por otro lado, Patiño (2015) considera que:

Al practicar la fecundación *post mortem*, existen mayores riesgos para la salud del niño, que beneficios; por esto, la decisión que se tome por parte de cualquier profesional debe dar prioridad al bienestar del niño. Es importante entender que el deseo de la concepción póstuma es una expresión amorosa en la memoria del cónyuge perdido, pero la descendencia no tiene tal memoria. (p. 177)

Asimismo, Patiño (2015) comenta que el rol del médico en las solicitudes de la fecundación *post mortem* debe desarrollarse, según los principios bioéticos y el juramento hipocrático. Se debe hacer el bien y no hacer daño, claro está que al realizar la fecundación *post mortem*, se estaría ocasionando un daño total al niño, el no dejarle que se críe junto a sus dos padres y eso genera problemas en su desarrollo emocional integral. No es menos relevante mencionar que el médico debe siempre pensar en situaciones como estas en el bienestar futuro del niño.

- En la práctica de la fecundación *post mortem* existe una desviación de la finalidad terapéutica, al respecto, Enguer (2018) afirma lo siguiente: “La fecundación *post mortem*, no es una técnica médicamente indicada, ya que con la muerte del varón desaparece la pareja cuya esterilidad se pretendía solucionar” (p. 128).

En la misma vertiente Valverde (2014), señala que:

Las técnicas de reproducción humana asistida, vale decir que ellas constituyen un medio de subsanar y remediar la esterilidad de la pareja humana, queda totalmente relegada al olvido. En efecto, tanto en la “procreación *post mortem*”, como en la de mujer sola, no hay propiamente ninguna esterilidad que remediar. (p. 172)

Estas serían las consecuencias determinadas por la Bioética y sirve de ayuda al Derecho para que este último pueda concretizar con lucidez sus decisiones sobre admitir jurídicamente -o no- la fecundación *post mortem*.

### **1.2.2. Principio de Interés Superior del Niño**

Para desarrollar la segunda y última base teórica conceptual, correspondiente al Principio de Interés Superior del Niño, se debe partir por la concepción de este, para tener conocimiento sobre qué entendemos cuando hacemos referencia a este principio.

#### **A) Concepto del Principio de Interés Superior del Niño**

El Principio de Interés Superior del Niño es también llamado como el interés superior del infante, pues este sirve como la protección de derechos de los niños a tales injusticias que pueden ocurrir al administrar justicia, o cuando el Estado quiera expedir nuevas políticas públicas como propuestas legislativas, también es necesario mencionar que es deber de los Estados promover y garantizar su efectiva protección al igual que la sociedad y los padres de familia.

Respecto a lo mencionado anteriormente Gatica y Chaimovic (2002) han señalado que el Principio de Interés Superior del Niño debe ser entendido de la siguiente manera:

Como un término relacional o comunicacional, y significa que, en caso de conflicto de derechos de igual rango, el derecho de prioridad del interés superior del niño/niña prima sobre cualquier otro que pueda afectar derechos fundamentales del niño/niña. Así, ni el interés de los padres, ni el de la sociedad, ni el del Estado pueden ser considerados prioritarios en relación a los derechos del niño/niña. (s.p.)

Por otro lado, Zermatten (2003) comenta que el interés superior del niño es un instrumento jurídico que tiene la finalidad de asegurar el bienestar del niño en el plan físico, psíquico y social, para ello funda un deber de las instancias y organizaciones públicas o privadas a examinar si este criterio está realizado en el momento en que una decisión debe ser tomada con respecto a un niño y que representa una garantía para el menor de que su interés a largo plazo será tomado en cuenta. Recordemos que debe priorizarse el bienestar del niño cuando varios intereses entran en conflicto (p. 16).

En otras palabras, el Interés Superior del Niño, es un instrumento jurídico protector y garantista de privilegiar los derechos fundamentales del niño establecidos y reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, frente a otros intereses o derechos ya sean del Estado como de los particulares, pues en virtud de este principio todos debemos velar por la

protección, el respeto y el bienestar de los infantes. Además, las autoridades judiciales competentes deben de asegurar la efectividad de estos derechos al momento de emitir sus resoluciones, procurando no violar ningún derecho perteneciente a los niños.

Asimismo, se debe tener en cuenta lo estipulado en el artículo 3, inciso 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, estableciendo de manera precisa lo tratado por la doctrina respecto al concepto del Interés Superior del Niño, en cuanto es un principio garantista, el cual compromete y exige a las autoridades a velar por el bienestar del infante:

En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

## **B) Origen y evolución histórica del Principio de Interés Superior del Niño**

El Principio de Interés Superior del Niño tiene su origen en los sistemas anglosajones, donde se estimaba que con este principio se podría solucionar los problemas referentes a la familia, especialmente con relación a los niños, y es a partir de ello que inicia la evolución del Principio de Interés Superior del Niño (López-Contreras, 2015, p. 54).

En la Convención de Ginebra de 1924, es donde se establece por primera vez la manifestación de este principio, consagrando que se les debe dar lo mejor a los niños, a través de la siguiente premisa: “los niños primero” (Barletta, 2018, p. 47). Luego en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, se establece que los derechos de los niños serán como fuente de los derechos de la humanidad; más tarde, en la Declaración Universal de los derechos de los niños y niñas aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1959, se estableció que el interés superior será el principio rector y guía para actuar siempre en lo que sea más favorable para los niños, otorgándoles una protección especial, asimismo el Estado tiene la obligación de velar siempre por el interés superior del niño al momento de emitir nuevas leyes o políticas públicas.

En ese sentido, se pronunciaron también los Pactos Internacionales Civiles y Políticos (1966), en su artículo art. 24.1, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1976), en su art. 10.3, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (1981), en sus arts. 5 y 16 y la Convención Americana de Derechos Humanos (1978) en su art. 19, procurando el respeto del principio de interés del niño.

En 1978 el Estado de Polonia presentó a la Organización de Naciones Unidas una iniciativa para que se adoptara un documento internacional de normas jurídicas coherentes para la protección de los derechos humanos de la niñez y así todos los países lo reconozcan y se comprometan a respetar dichos derechos.

Un año después, la Comisión de Derechos Humanos de la ONU creó un grupo de trabajo, que estaba integrado por los representantes de los Estados miembros de la Comisión de Derechos Humanos, el personal de UNICEF, OIT, ACNUR y varias organizaciones no gubernamentales, con la finalidad de examinar el documento presentado por el Estado de Polonia y decidir aprobar o no una Convención en ese sentido.

Después de tiempo, pasados los diez años, la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 1989, decidió adoptar la actual y vigente Convención sobre los Derechos del Niño, la cual entra en vigor en el año 1990, convirtiéndose en Ley y su cumplimiento sería obligatorio para todos los países que la firmaran, adoptando así la doctrina de protección integral del niño. Cabe recalcar que actualmente la Convención es aceptada por todos los países, excepto por los países de Estados Unidos y Somalia.

Con esta Convención se dispuso a regular expresa e internamente el principio de interés superior del niño, establecido principalmente en el artículo 3° de dicha Convención, teniendo presente que el interés y el bienestar de los niños se priorizarán frente a otros intereses de terceros, protegiendo así los derechos de los infantes.

Se debe recalcar que este principio rector con la vigencia de dicha Convención se funda en la dignidad humana, reconociendo así a los niños como sujetos de derechos (Torrecuadrada, 2016, p.135).

## **2. Materiales y Métodos**

La presente investigación es de tipo documental. Se utilizó el método analítico para hacer una descomposición del objeto de estudio a base de las fuentes bibliográficas, tanto en formato físico como en virtual, ya sean libros, revistas académicas y/o científicas y otros tipos de publicaciones periódicas, tesis y otros materiales escritos; y el método documental para desarrollar los argumentos que sustenten los objetivos de la investigación, especialmente aquellos referidos al Principio de Interés Superior del Niño como límite a la regulación de la Fecundación *Post Mortem* en el ordenamiento jurídico peruano. Asimismo, se ha utilizado la técnica del fichaje (fichas textuales, de resumen y bibliográficas) para sintetizar el fundamento teórico de la investigación.

## **3. Resultados y Discusión**

En este apartado, se analizará el tema central de la investigación que gira en torno al Principio del Interés Superior del Niño como un impedimento para la permisión de la fecundación *post mortem* en nuestro ordenamiento jurídico, para ello se deslindará el tema en dos acápites, los cuales son los siguientes:

### **3.1. Análisis de la Fecundación *Post Mortem* desde la perspectiva de la Biojurídica y el Bioderecho.**

La fecundación *post mortem* es una de las técnicas de reproducción humana asistida más cuestionadas en el campo jurídico (Valverde, 2014). Por esta razón, en las siguientes líneas analizaremos las contradicciones que presenta la fecundación *post mortem* en el ámbito del Derecho. Para ello, partimos de la noción de dignidad humana, determinando así, si esta es jurídicamente viable o lícita.

#### **3.1.1. El principio de la dignidad humana como principio rector de la Biojurídica y el Bioderecho en Perú**

##### **A) La dignidad humana como principio biojurídico**

Antes de desarrollar lo que corresponde, es importante partir de la connotación de Biojurídica, qué se entiende cuando hablamos de Biojurídica.

Aparisi (2007) conceptualiza a la Biojurídica afirmando que:

La Biojurídica es una disciplina que abordaría temas bioéticos, pero adoptando una perspectiva distinta, la aportada por la filosofía jurídica. De este modo, la función de la biojurídica será, precisamente, la de justificar aquellos principios, no morales, sino propiamente jurídicos, en los que se apoyaría el bioderecho o la biogislación. (p. 83).

Esto quiere decir, que la Biojurídica remite a la reflexión filosófica jurídica sobre los temas bioéticos. Esta disciplina se ocupa de analizar profundamente temas bioéticos con la finalidad de servir como sustento jurídico a las normas que ya han sido promulgadas o las que están por promulgar estableciendo así límites a los avances biotecnológicos con el fin de que estos estén adecuados a los principios y valores que establece la ética respecto a la vida humana.

De acuerdo a ello, podemos entonces analizar cómo la dignidad es estimada o desarrollada en el campo de la Biojurídica.

Aparisi (2013) conoce a la dignidad humana como principio rector de la Biojurídica, en otras palabras, sería un principio biojurídico base importante para que se lleven a cabo el adecuado desarrollo de los avances de las biotecnologías o ciencias de la salud sin dañar la integridad del ser humano. (p. 205)

La Biojurídica entonces al analizar los dilemas bioéticos, las realidades sociales que se presentan día a día, a la par analizará también las normas o leyes existentes que se hayan adoptado respecto a estos temas, para así determinar las contradicciones como también verificar si es necesario establecer nuevas normas o prohibiciones más sólidas para solucionar dichos dilemas y así proteger la dignidad humana como también los derechos humanos, con el fin de dar luces al Bioderecho para que este pueda establecer nuevas normativas o prohibiciones (Aparisi, 2013, p.83).

Iagulli (2001) afirma que:

La perspectiva biojurídica... presupone una precisa especulación filosófico-jurídica: sólo sobre el fundamento de una adecuada definición del derecho, competencia de la filosofía del derecho, la biojurídica parece capaz... de expresar una teórica convincente acerca de temas bioéticamente relevantes, donde estos involucren a la dignidad humana y derechos humanos que estén en juego o en una situación crítica para determinar (p. 113).

En otras palabras, podemos interpretar que la dignidad humana en la Biojurídica es el sostén que guiará correctamente la reflexión jurídica de temas bioéticos controvertidos, al reconocer que la dignidad es básicamente el fundamento de los derechos humanos más no un derecho humano, porque esta, tal como lo afirma Sánchez (1980) es la estructura ontológica que exige bienes, es decir derechos, que básicamente serían exigencias que se

les debería reconocer por el simple hecho de que derivan de su propia naturaleza humana (p. 74).

La Biojurídica estima a la dignidad humana como una exigencia de respeto a todo ser humano, en diferentes campos o instituciones disciplinarias, especialmente en la biomedicina, y dicho respeto no debe estar supeditado a cualidades externas, sensoriales o psíquicas, sino que debe estar centrado en el ser de la persona, es decir su estructura ontológica, su esencia, de lo contrario existiría discriminación o injusticia en el Derecho, lo cual resultaría absurdo y no tendría sentido su existencia, ya que esta disciplina, se basa en principios o valores básicos, que emanan de la dignidad humana, como, por ejemplo: la justicia, la libertad, la solidaridad, etc. (González, 1996, p. 54-55).

Por otro lado, Tinant (2012) afirma que la Biojurídica debe ser estimada de la siguiente forma:

La comprensión y necesaria regulación jurídica de los temas y problemas bioéticos tendiente al reconocimiento y la tutela eficaz de la dignidad humana y los derechos y libertades fundamentales relacionados con el avance de tales ciencias y sus tecnologías conexas (p. 55).

De algo que se debe tener claro es que la dignidad humana es el principio base para el desarrollo correcto y adecuado en los diferentes ámbitos institucionales, tanto en las ciencias de la salud como en el Derecho, de tal forma, que sirva o funcione como garantía al prohibir determinados comportamientos claramente indignos para la condición humana, en otras palabras, garantiza la inviolabilidad de la persona en todos los ámbitos, especialmente cuando nos encontramos frente a los avances biotecnológicos.

Asimismo, dicho en las palabras de Saverino (2021): “la Bioética Jurídica apunta a la resolución y regulación de los temas y problemas bioéticos que conllevan el imperativo de garantizar la tutela de la dignidad humana y los derechos fundamentales puestos en discusión por el avance de la ciencia” (pág. 172).

En ese orden de ideas, podemos decir que el fin de la Biojurídica no es detener el desarrollo de las nuevas biotecnologías, sino orientar, regular, controlar y advertir mediante el Bioderecho prohibiciones a determinadas prácticas contrarias a la dignidad humana, las libertades fundamentales y los derechos humanos.

## **B) La dignidad humana como principio rector del Bioderecho**

Antes de analizar lo que corresponde, es importante también partir de la connotación de Bioderecho, qué se entiende cuando hablamos o nos referimos por el término Bioderecho.

Rendón (s.a.) afirma que:

El Bioderecho es una respuesta jurídica a la sociedad, consistente en establecer los principios y normas básicas necesarias para el permanente y continuo desarrollo científico y la protección de la persona humana, así como los derechos fundamentales del hombre, entre los cuales se encuentran su dignidad y su libertad. Y en ese sentido,

concebir un ordenamiento legal con una construcción ética, dialógica, participativa y solidaria entre la sociedad y el Estado democrático. (p.1)

El Bioderecho, entonces, se encargaría netamente de intervenir mediante restricciones legales cuando se llegase a poner en peligro la dignidad humana y los derechos humanos en temas o dilemas bioéticos. Como también abarcaría el estudio de diversos conflictos que surgen como consecuencia de la incorporación de las nuevas tecnologías a las ciencias de la salud, desde la perspectiva de la ciencia jurídica.

De la misma forma, Schaefer (2017), comenta que:

El derecho procura a través del bioderecho, el cual tiene una base normativa e impositiva ejercer una regulación jurídica, la cual sea capaz de dar protección legal o soluciones normativas a los individuos de las diversas cuestiones jurídicas, derivadas de los grandes dilemas resultantes de la biotecnología relacionados con la medicina. (p. 283)

Asimismo, el bioderecho, ejercería una manifestación de coacción en la creación de leyes respectivas para abordar la relación intersubjetiva garantizando las formas frías del respeto mutuo, de la igualdad, la imparcialidad, la simetría o la reciprocidad, teniendo como fundamento importante a la dignidad humana.

Aparisi (2001), citando a Habermas, fundamenta que el bioderecho debe plasmar o reflejar en sus normas respectivos principios, que den sentido a la necesidad de la existencia del derecho en situaciones biomédicas, que permitan el hecho de que toda una sociedad pueda percibir en qué momento abandonamos la lógica del derecho, de la dignidad, de la igualdad, de la no instrumentalización, del respeto, de la reciprocidad, para comprender la lógica de la violencia, del dominio, de la propiedad de unos seres humanos sobre otros, de la búsqueda de resultados y beneficios a costa, incluso, de la dignidad del otro, y así la sociedad pueda entrar en razón de lo que no es ética y jurídicamente viable o aceptable en la realidad (p. 47).

Si nos damos cuenta, el Bioderecho sería la práctica o la ejecución de lo analizado, debatido y decidido previamente en la Biojurídica teniendo como base el fundamento de todo derecho: la dignidad humana.

De acuerdo a lo expuesto anteriormente, podemos entonces partir del tema que nos interesa: analizar cómo la dignidad es estimada o desarrollada en el campo del Bioderecho.

Andorno (2012) establece que: “la dignidad humana es como el *leitmotiv* del bioderecho o, en otras palabras, su “principio eminente” (p. 35).

Esto quiere decir que en el Bioderecho a la dignidad humana se le asigna un rol de primer plano e incluso se acude a ella para justificar y fundamentar algunas normas específicas referidas al campo de la medicina o ciencia biomédica (específicamente a las biotecnologías), un ejemplo de ello, es la condena de la clonación reproductiva y de las intervenciones en la línea germinal.

Por otro lado, Sepulveda (2009) afirma que la dignidad humana tiene dos aspectos relevantes que influyen en el derecho, dando así luces al Bioderecho, estos son los siguientes: facultad y restricción, ambas expresándose en la idea de que: “los seres humanos poseen un valor intrínseco y son titulares de derechos y libertades, merecen ser protegidos contra aquellos actos que sean contrarios a tal valor inherente” (p. 3). En otras palabras, la dignidad en el campo del Bioderecho se centra como fuente de prerrogativas o privilegios individuales (derechos) y a la par como exigencia o escudo de protección contra prácticas inhumanas o viles.

De ello se desprende que siendo la dignidad humana: facultad y restricción, Andorno (2012) expresa que: “erige entonces la dignidad humana como noción clave de los principales instrumentos intergubernamentales relativos a la bioética, sobre todo los adoptados por la UNESCO y el Consejo de Europa” (p. 4), como, por ejemplo: la Declaración sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos de la UNESCO de 1997.

Asimismo, Andorno (2006) comenta que: “el rol central de la dignidad humana en el bioderecho internacional se ha afianzado aún más con la Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos adoptada por la UNESCO en 2005” (p. 260-270).

Debido a que es la primera vez en la historia de la bioética que los Estados Miembros se comprometían, y comprometían con ello a la comunidad internacional, a respetar y aplicar principios fundamentales de la bioética reunidos en un solo texto, reconociendo así la necesidad de que la sensibilidad moral y la reflexión ética sean partes integrantes del proceso de desarrollo tecnológico y científico para la defensa de la dignidad humana y los derechos fundamentales en relación con la Bioética.

Por otro lado, cabe recalcar que si bien es cierto la Biojurídica y el Bioderecho son disciplinas que tienen significados diferentes, mientras la primera se basa en ser la fundamentación y justificación de las normas existentes o por promulgar y el sustento del por qué se necesita crear límites a la aplicación de los avances biomédicos a la luz de los principios y valores existentes que trae consigo la ética y la moral respecto a la vida humana e integridad de los seres humanos, para así a la par esta funcione como sustento y fundamento de los principios que establece la bioética y de los que se apoya el Bioderecho; la segunda se basa en el conjunto de normas jurídicas ligadas específicamente a la protección de la vida desde su inicio hasta su final respetando la dignidad humana. Estas dos disciplinas por más que posean connotaciones diferentes, se relacionan entre sí donde ambas se apoyan dando una fuerza y exigencia jurídica frente a los avances biomédicos.

### **C) La dignidad humana analizada desde el Bioderecho en Perú**

En este apartado nos centraremos en el análisis de la dignidad humana desde el Bioderecho en nuestro sistema jurídico. Para ello analizaremos el marco normativo de nuestras leyes, iniciando por la norma suprema, en otras palabras, la Constitución, con el fin de resaltar la forma de cómo nuestro ordenamiento estima o considera a la dignidad humana.

Antes de desarrollar el tema correspondiente, es menester recalcar que en el derecho se tiene como fundamento a la dignidad humana como el pilar de todo un sistema jurídico, con el fin

de proteger los derechos y libertades de la persona, y con ello le resulta pertinente intervenir en diferentes ciencias sociales donde el ser humano pueda estar en situaciones peligrosas o amenazantes, que violen sus derechos, tal como es la biomedicina, por lo que debería establecer rígidamente normas o leyes teniendo como base a los instrumentos internacionales de relevancia – tales como por ejemplo: la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos (1997), la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos (2003), y la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos (2005) – para garantizar la protección y el respeto a los derechos humanos. Es por ello menester recurrir al Bioderecho Internacional para que posteriormente se pueda tener un Bioderecho conciso y estable en los ordenamientos jurídicos de cada país.

Respecto al párrafo anterior, centrándonos ahora en el tema que corresponde desarrollar, nuestra legislación no ha sido indiferente a los documentos internacionales que direccionan correctamente el desarrollo de la biomedicina a base de principios rectores basándose en primer lugar en el respeto de la dignidad humana; es por ello, que, en las leyes vigentes del Perú la dignidad es estimada de la siguiente manera, iniciando desde la norma suprema: la Constitución Política:

#### Artículo 1º: Defensa de la persona humana

La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad humana son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

Según lo establecido en el primer artículo de nuestra Constitución, la dignidad humana es el eje rector en el que se fundan el respeto y reconocimiento de los derechos humanos, y es así como se materializa la defensa de la persona humana, porque al respetar su dignidad, estamos defendiendo el bien integral del hombre.

Con esto último hacemos referencia a que todo ser humano debe ser defendido, sin importar la condición que tenga, y esto incluye al concebido, es decir, desde la concepción se protege al ser humano, porque goza de dignidad y por ende se vela por sus derechos, pues en nuestro ordenamiento jurídico el concebido es persona, en consecuencia, es sujeto de derecho; tal y conforme lo establece el artículo 2 en el primer inciso de la Constitución Política del Perú:

#### Artículo 2º: Derechos fundamentales de la persona

Toda persona tiene derecho:

1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.

Con relación a lo dicho anteriormente, nosotros al gozar de una dignidad ontológica, que hace al hombre ser lo que es, garantizando dentro de una sociedad la inviolabilidad de la persona, gozamos entonces de una gama de derechos que son reconocidos y establecidos en la Constitución Política, tales como el derecho a la vida, a la identidad, al desarrollo integral, a la igualdad, a la libertad de conciencia y de religión, a la nacionalidad, a la legítima defensa,

al trabajo, a la propiedad y herencia, entre otros más, que efectivamente están plasmados en el artículo 2° de la Constitución, estos derechos son llamados: derechos fundamentales, y a raíz de ello, también existen y se reconocen otros derechos que son importantes y necesarios regularlos dentro de una sociedad, con el fin de una mejor convivencia; estos son los derechos sociales y económicos, que están plasmados en el Capítulo II de la Constitución, asimismo los derechos políticos que están plasmados en el Capítulo III de la Constitución.

Por otro lado, siguiendo la misma línea, en nuestro ordenamiento jurídico tenemos vigente el Decreto Supremo N° 011-2011-JUS del año 2011, en el cual establecen los Lineamientos para garantizar el ejercicio de la Bioética desde el reconocimiento de los Derechos Humanos, con el fin de regular el desarrollo de la Bioética en nuestro país respetando la dignidad humana y los derechos humanos, siendo el eje central de los lineamientos, teniendo como referencia las normas nacionales y las normas internacionales que materializan la existencia del Bioderecho Internacional, y así tener vigente en nuestro país la existencia de un Bioderecho nacional coherente y justo.

De acuerdo a ello, en el punto V del Decreto Supremo, en el cual se establecen los principios bioéticos que se deben considerar al momento de ejecutar cualquier tipo de investigación o aplicación científica o biomédica, el primer principio que se consagra en ese apartado, es el principio de respeto a la dignidad humana, haciéndonos entender que es el principio eje central y director, en el cual se fundan y da sentido a los demás principios, limitando así la intervención científica en los seres humanos con el fin de no violar su integridad y sus derechos. Tal y conforme lo establece en uno de los párrafos en el desarrollo de este principio:

#### 1. Principio de respeto de la dignidad humana

“(…) La dignidad humana prohíbe la instrumentalización de esta. La persona humana es considerada siempre como sujeto y no como objeto (…)”

Asimismo, en nuestro ordenamiento jurídico existe una reconocida Sentencia del Tribunal Constitucional: EXP. N.º 02005-2009-PA/TC, en la cual el conflicto central gira en torno a la prohibición de la distribución de la “Píldora del día siguiente” por parte del Ministerio de Salud con el fin de evitar que se vulnere el derecho a la vida del concebido.

Si bien es cierto la Sentencia no acapara el tema central de este apartado, porque no estamos debatiendo sobre el tema específico del aborto. Sin embargo, se debe reconocer y resaltar algunos de los fundamentos del Tribunal Constitucional, respecto a la dignidad humana, reconocida desde la concepción y por ende debe ser respetada en todos los ámbitos, aún más cuando se trata de la dignidad y los derechos de un ser que se encuentra en un estado de indefensión. Estos son los siguientes:

En primer lugar, el fundamento 9 de la STC N° 02005-2009-PA/TC (2009), establece lo siguiente:

El Tribunal Constitucional ha señalado en relación al derecho a la vida que "Nuestra Constitución Política de 1993 ha determinado que la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado; la persona

está consagrada como un valor superior, y el Estado está obligado a protegerla. El cumplimiento de este valor supremo supone la vigencia irrestricta del derecho a la vida, pues este derecho constituye su proyección; resulta el de mayor connotación y se erige en el presupuesto ontológico para el goce de los demás derechos, ya que el ejercicio de cualquier derecho, prerrogativa, facultad o poder no tiene sentido o deviene inútil ante la inexistencia de vida física de un titular al cual puedan serle reconocidos tales derechos. (Fundamento 9)

De acuerdo a lo establecido en este fundamento, claramente el Tribunal Constitucional reconoce mediante la Constitución, que el respeto a la dignidad humana es la prioridad y fin supremo de la sociedad y del Estado; por ende, este último debe hacer valer y garantizar ese respeto en todas las áreas institucionales para no caer en una injusticia o violar los derechos humanos de la persona, lo último también incluye al concebido, dando a conocer que este también es persona, en consecuencia es sujeto de derechos, y así lo establece el artículo 2°, inciso 1°, de la Constitución Política del Perú.

En segundo lugar, en el fundamento 12 de la STC N° 02005-2009-PA/TC (2009), se establece lo siguiente:

Igualmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos - Pacto de San José de Costa Rica- dispone en su artículo 4°, inciso 1), que "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley, y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente. (Fundamento 12)

Respecto a lo instaurado en este fundamento, el Tribunal Constitucional alega que evidentemente el Estado Peruano es Estado parte de estos tratados y documentos internacionales, es por ello que ratifica que todo ser humano tiene derecho a la vida, y este debe ser protegido desde la concepción, pues a partir del derecho a la vida, los demás derechos pueden ser reconocidos y uno puede gozar de estos. Siguiendo el mismo orden de ideas, es menester recalcar que, al respetar el derecho a la vida desde la concepción, estamos respetando la dignidad humana de la persona, que es sujeto de derechos.

En tercer lugar, el mismo fundamento 12 de la STC N° 02005-2009-PA/TC (2009), siguiendo la misma línea, respecto a lo mencionado anteriormente, establece lo siguiente:

Este mismo documento, en su artículo 5°, inciso 1), agrega: "Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral"; y, en el artículo 11°, inciso 1), establece que "Toda persona tiene derecho al respeto de su hora y al reconocimiento de su dignidad". Asimismo, la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 (párrafo 3 del Preámbulo) "Considerando que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento." (Fundamento 12)

Tal y conforme lo establece este último fragmento del fundamento 12 de la Sentencia, podemos ver claramente que por la dignidad del hombre es que nacen los derechos, porque

es de la naturaleza humana que nace la dignidad. Por lo tanto, el Estado debe procurar defender a la persona desde la concepción y velar por sus derechos.

Por otro lado, en uno de los fundamentos referente al voto del Magistrado Mesía Ramírez, instauro lo siguiente:

El nasciturus, en el marco de la Constitución, posee dignidad humana y, por ende, es también titular de derechos. Nuestra Constitución -a diferencia de otros países- declara expresamente que el concebido es sujeto de derechos. Esta posición principista obliga a que se establezca un trato de igualdad entre el nasciturus y la mujer. Otorgarle al concebido el status de sujeto con derechos implica:

- a) Que el nasciturus no es para la Constitución un proyecto de vida o vida potencial. Es un sujeto con derechos.
- b) No es un bien jurídicamente protegido, sin derechos fundamentales, según el conocido pronunciamiento del Tribunal Constitucional de España.
- c) Nuestra Constitución no otorga a la mujer el derecho de abortar de un modo libre. (Fundamento 8)

Respecto a lo mencionado anteriormente, lo que el Magistrado nos plasma en este fundamento es la posición constitucional del concebido y cómo debe ser estimado en el Estado peruano, por otro lado, se instituye que la concepción es la etapa que da inicio a un nuevo ser humano con pleno goce de dignidad humana porque como sabemos es inherente al ser humano, y por ende titular de derechos.

De todo lo expuesto en los párrafos precedentes de este apartado, es necesario concluir entonces que en nuestro ordenamiento jurídico la dignidad es el presupuesto ontológico en el cual se fundan los derechos humanos y fundamentales, por lo cual, el Estado debe velar el respeto de la dignidad y así velar los derechos de la persona. Ahora centrándonos en el ámbito de la Biomedicina, el respeto de la dignidad humana debe ser central para no permitir la violación de la persona, o ser utilizada como un instrumento, violando así su integridad y sus derechos.

Con relación a lo anterior, en nuestra legislación, tenemos al respecto los lineamientos para garantizar un correcto ejercicio de la Bioética en nuestro país, teniendo como principio base y eje central de todo nuestro sistema jurídico: el principio de respeto de la dignidad humana, que protege a la persona y sus derechos, poniendo barreras a la Biomedicina al momento de intervenir en la persona, materializando así el Bioderecho en el Estado peruano.

Es por ello que el Estado debe ser precavido y supervisar cuidadosamente los avances de la Biomedicina en nuestra sociedad con el fin de salvaguardar el bienestar integral y los derechos de la persona involucrada, porque si nos centramos en el caso en concreto, al atentar contra la familia mediante la intervención de las biotecnologías, tal como lo es la fecundación *post mortem*, sin duda es un atentado a la dignidad de ese ser humano que intentan traer al mundo porque están atentando contra sus derechos como el derecho a vivir en una familia

funcional, el derecho de gozar de un padre y una madre, es un derecho natural que todo ser humano debe gozar, y al privar este derecho, también se está atentando contra la institución familiar.

### **3.1.2. La Fecundación *Post Mortem* desde la perspectiva de la Biojurídica**

#### **A) Contradicciones jurídicas que trae consigo la regulación de la fecundación *post mortem***

Así como existen paradojas en el ámbito de la Bioética también existen objeciones discutibles en el ámbito del Derecho respecto a la práctica de la fecundación *post mortem* para no admitir jurídicamente este tipo de fecundación.

Diversos autores al momento de analizar la fecundación *post mortem* han coincidido en la afirmación respecto a que esta desafía y genera repercusiones en el derecho de familia y sucesiones como también genera daño al niño respecto a sus derechos fundamentales y bienestar.

Las principales contradicciones que se han podido evidenciar son las siguientes:

#### **a.1. Reducción del ser humano como un medio mas no como un fin en sí mismo y sujeto de derechos**

Se debe tener en cuenta que cuando hablamos de la “dignidad humana”, Andorno (2012) comenta que “hay un elemento central que no puede ser sometido a comparación, que no reconoce propiamente gradación” (s.p.), y hace referencia a lo que expresó en aquel entonces Kant, que al hombre no se le puede tratar como un medio o simple instrumento porque tiene un elemento íntimo y central que lo hace diferente a los demás seres, que es siempre un fin en sí mismo. Por ello, es a partir de ese elemento que podemos entender el por qué del repudio o la repulsión cuando se intenta poseer integralmente a un hombre como objeto, a un niño como objeto de placer o un medio para satisfacer un deseo o un interés personal, como también tomar un organismo humano como donador de órganos, etc., ningún ser humano puede estar sometido a nuestro arbitrio (Vial y Rodríguez, 2009, p. 57).

Respecto a lo anterior, se puede afirmar que con la práctica de la fecundación *post mortem* se transgrede aquel elemento íntimo sobre no tratar al ser humano como un medio para obtener algún beneficio que uno quiere alcanzar, puesto que ya no se trata de dar una solución al problema de esterilidad de la pareja, sino de realizar el deseo de alcanzar la maternidad a pesar del fallecimiento del esposo o la pareja, manipulando o utilizando al hijo como un simple medio instrumental en aras de la consecución de un interés personal de la mujer, en querer ser madre o también cabe el supuesto de cumplir el deseo de ser padre de su esposo fallecido o su pareja fallecida (Valverde, 2014, p. 174).

Se debe recordar que el ser que traerán a la vida o el concebido es un ser humano como también persona por ende se trata de un sujeto de derechos, el cual goza de una serie de derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, desde el primer derecho humano y fundamental, el derecho a la vida.

En la misma vertiente, Varsi (2000) comenta que de acuerdo a dicha Convención y en el Código de Niños y Adolescentes el ser humano adquiere la categoría jurídica de niño en el momento de la concepción, asimismo sostiene que la gran parte de declaraciones sobre Bioética, sustentan que el embrión es un ser humano y posee como también goza de todos los derechos ineludibles para su protección y respeto de su dignidad (p. 277).

De acuerdo a ello, Varsi (2000) afirma que “el respeto a la dignidad y la protección de los derechos de la persona son la base sobre la que debe estructurarse las aplicaciones y el desarrollo de la ciencia médica en pro de la infancia” (p. 279).

Debemos resaltar también que, en nuestro ordenamiento jurídico, inicialmente en la Constitución Política del Perú, reconocen al concebido un sujeto de derechos, específicamente en el artículo 2º, inciso 1º. Asimismo, en el Código de Niños y Adolescentes, en el Título Preliminar, artículo I, instaura que el niño es un ser humano desde la concepción, y por ende es sujeto de derechos (Título Preliminar, artículo II).

La fecundación *post mortem* es un claro ejemplo de la pérdida de protección especial a los seres más vulnerables que no pueden defenderse, de la misma forma, esta refleja que la ciencia médica pierde la tendencia a la protección de la dignidad y los derechos fundamentales del infante, que es uno de los principios rectores de ciertas Declaraciones como, por ejemplo, la Declaración de Mónaco. En este caso, con la práctica de esta fecundación se llega a cercenar el derecho del niño a acceder a una relación biparental, en otras palabras, a una familia funcional, como también se le priva el derecho a la filiación, el derecho a la identidad, el derecho a la herencia, derechos que sin duda están establecidos y reconocidos por la Convención sobre Derechos del Niño.

## **a.2. Privación al menor a su derecho a la filiación (identidad)**

Uno de los derechos fundamentales y humanos que se vulnera como también surge el hendimiento del concepto que hoy tenemos de filiación a causa de la práctica de la fecundación *post mortem*, es el derecho a la filiación (identidad) que forma parte de la personalidad del ser humano y lo individualizan, en este caso la del niño.

Este derecho está consagrado en nuestra norma suprema: la Constitución Política del Perú, en su artículo 2º: “Toda persona tiene derecho”, inciso 1º: “A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece”.

Además, está establecido en el artículo 7º y 8º de la Convención sobre los Derechos del Niño, como uno de los derechos humanos:

Artículo 7º de la C.D.N.:

El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

Artículo 8° de la C.D.N.:

Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

Esto significa que desde el momento en que nacen los niños necesitan forjarse de identidad, que los hace únicos en la sociedad.

De la misma forma, en el artículo 6° de nuestro Código de Niños y Adolescentes, reconoce dicho derecho:

El niño y el adolescente tienen derecho a la identidad, lo que incluye el derecho a tener un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y llevar sus apellidos. Tienen también derecho al desarrollo integral de su personalidad.

Es obligación del Estado preservar la inscripción e identidad de los niños y adolescentes, sancionando a los responsables de su alteración, sustitución o privación ilegal, de conformidad con el Código Penal.

En caso de que se produjera dicha alteración, sustitución o privación, el Estado restablecerá la verdadera identidad mediante los mecanismos más idóneos (...)

Cuando nos encontramos ante un caso o un supuesto de fecundación *post mortem*, Alza (1995) afirma que:

Tenemos un concebido en probeta producto de la fecundación del óvulo con semen congelado del padre muerto al momento de la concepción, con lo que se presenta la problemática de determinar la filiación (jurídica) entre el dador del semen y el concebido. (p.34)

Frente a esta situación, existen autores como Zannoni que consideran al niño concebido mediante estas técnicas como a un hijo sin padre, por lo tanto, no tiene identidad ni relación parental con este último, tal vez para la realidad biotecnológica este argumento sea insuficiente, pero para la ley sí lo es.

Cabe recalcar que, para la ley, puede que ontológicamente el hijo haya sido concebido cuando el padre ya había fallecido, pero siguiendo esta perspectiva, el hijo fue engendrado con semen conservado de su padre muerto, pero no por su padre; y ello llevaría a concluir que ese hijo no tiene padre (Alza, 1995, p. 34).

En la legislación peruana, se tiene conocimiento sobre la aplicación de las leyes civiles para regular la filiación de los hijos nacidos a través de las técnicas de reproducción asistida, pero resulta imposible aplicar se podría decir las normas del Código Civil sobre filiación a la fecundación *post mortem*. Porque, en primer lugar, si se analiza el artículo 361° del Código Civil que establece la presunción de paternidad:

El hijo o hija nacido/a durante el matrimonio o dentro de los trescientos (300) días calendario siguientes a su disolución tiene como padre al marido, salvo que la madre declare expresamente lo contrario.

Al analizar el artículo se puede evidenciar que en primer lugar no se cumpliría con el plazo legal sobre filiación para la aplicación de la fecundación *post mortem*, por otro lado, en el supuesto se establece el hecho del “hijo nacido”, más no el hijo “recién concebido”, es por ello que las leyes tradicionales no se adecúan a este tipo de fecundación. Salvo exista una reforma del Código Civil como en otros países que han superado los problemas jurídicos que causa este tipo de fecundación, estableciendo ciertos requisitos para su admisión a pesar que esta técnica contravenga las normas constitucionales, como en el caso de España. Uno de los requisitos principales que establece la doctrina es el consentimiento previo del esposo para determinar la filiación del hijo póstumo.

De todo lo expuesto, es menester recalcar, que la tecnología no debe revertirse en perjuicio del niño, porque en la medida de lo posible la filiación *post mortem*, debería responder a causas naturales y no a decisión del hombre.

### **a.3. Privación al menor a su derecho sucesorio**

Otro derecho fundamental del niño, que se vulnera con la práctica de la fecundación *post mortem*, es el derecho sucesorio.

Este derecho también está establecido en nuestra norma suprema, en el mismo artículo 2°: “Toda persona tiene derecho”, inciso 1°: “A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece”.

Como también en nuestro Código Civil, en el artículo 1°. - La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento.

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

El derecho sucesorio es la transmisión hereditaria de un conjunto de bienes, derechos y obligaciones que tiene una persona; en este supuesto, del padre difunto a sus herederos (Alza, 1995, p. 35).

Esta definición está establecida en el artículo 660° “la transmisión de pleno derecho” del Código Civil: “desde el momento de la muerte de una persona, los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia se transmiten a sus sucesores”.

El problema se centra en que el hijo nacido por medio de la técnica de fecundación *post mortem* no podrá suceder a su padre difunto por el hecho de que este último muere antes de que el hijo fuera concebido, en otras palabras, el hijo no sobreviene al causante; siendo la norma general y requisito fundamental para la sucesión.

Alza (1995) citando a Cornejo, al respecto comenta que "la existencia es un elemento indispensable para heredar, negándose esta posibilidad a quién no existe por lo menos en estado de concepción al momento de la muerte del causante" (p.36).

Lo que no es posible que el *concepturus* pueda suceder, por el hecho de que no es una persona cierta y no existe al momento que muere el "padre".

Esto está reconocido también en el artículo 734° "Institución de heredero o legatario" del Código Civil: "la institución de heredero o legatario debe recaer en persona cierta, designada de manera indubitable por el testador, salvo lo dispuesto en el Artículo 763°, y ser hecha sólo en testamento".

Asimismo, dicho artículo va concatenado con el artículo 856° "Suspensión de la participación por heredero concebido" del Código Civil: "la partición que comprende los derechos de un heredero concebido, será suspendida hasta su nacimiento. En el intervalo la madre disfruta de la correspondiente herencia en cuanto tenga necesidad de alimentos".

Con este último artículo, quiere decir, que dicha figura jurídica: la "suspensión de la participación" hace referencia al concebido futuro heredero y no al heredero por concebir (*concepturus*).

Por otro lado, existe otro problema a la par respecto a la sucesión sucesoria que se deslinda de lo dicho anteriormente, y se trata sobre la existencia de otros herederos forzosos, que reclamen la herencia correspondiente, como por ejemplo los padres del difunto.

Dada las circunstancias, nuestra normativa vigente, o las normas tradicionales sobre Derecho de Sucesiones en nuestro ordenamiento jurídico no consideran la posibilidad de que el *concepturus* pueda suceder o heredar a su padre.

#### **a.4. Privación al menor a su derecho a la familia**

De la misma forma con la práctica de la fecundación *post mortem* se transgrede el derecho a la familia del infante, el derecho de gozar de un padre, porque se debe entender que al practicar esa técnica se trae al mundo un niño sin padre, se priva al menor de manera deliberada a vivir en familia.

Al respecto Cárdenas (2014) citando a Rubio, comenta que: "como la inseminación *post mortem* hace que el niño nazca sin padre, quien es parte consustancial de la familia, ella debe ser prohibida" (p. 86).

Con ello se debe aclarar que el niño debe desarrollarse y desenvolverse en un hogar compuesto por un padre y una madre, donde pueda identificar los roles de cada uno, es decir un hogar que sea óptimo para ese niño que llaman a la vida. Es importante que un niño crezca con atención de su padre y se relacione con él porque ayuda a su personalidad y desarrollo integral.

Asimismo, Cárdenas (2014) citando a Sambrizzi, comenta que “además, también tiene el menor un derecho integral de asistencia moral y material exigible a sus progenitores” (p. 87). Por lo que ese derecho del menor se verá igual frustrado al no tener vivo a su padre y no poder disfrutar de su compañía.

Por otro lado, es menester precisar que la fecundación *post mortem* se centra en hacer posible un deseo o un interés particular ya sea de la mujer o del esposo o acompañante difunto, y el hijo no puede ser objeto o un medio para satisfacer un simple interés de los progenitores. Se debe recordar que el bienestar del niño debe prevalecer sobre los deseos o intereses de los demás. El Estado, la sociedad y los padres deben procurar que el niño viva y crezca en un ambiente sano e ideal para su desarrollo integral y con ello goce de sus derechos fundamentales sin obstáculos o interrupciones provocados por acciones de terceros.

Todo ello se fundamenta en el principio rector del Interés Superior del Niño, reconocido en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989.

Es menester que, en nuestra Constitución, en el artículo 4° establece que la familia es un instituto natural y fundamental de la sociedad, respecto a ello debemos aclarar y hacer énfasis en que la familia no es algo inventado por el hombre, sino que es propio de la naturaleza, y es ahí donde se forja los valores y principios como las virtudes, también es donde da lugar a figuras tan humanas, naturales y esenciales como es el amor, la concepción, la maternidad, la paternidad, la filiación, la identidad, etc., por lo cual no podemos caer en el error de que las nuevas estructuras de familia que están siendo más visibles y frecuentes actualmente creadas por la sociedad, sean iguales a la familia natural.

De acuerdo a ello, en la figura de la fecundación *post mortem* se forma una aberración en el hecho de que la viuda traiga a la realidad la maternidad que quiere obtener forzosamente de una manera artificial en contra de lo natural. Asimismo, en esta figura no existe tampoco la paternidad, que es un instituto tan natural y esencial, por más que exista el fundamento de la viuda interesada centrado en cumplir el deseo de su esposo o pareja fallecida de querer ser padre; está claro que esa paternidad no existe, porque aún así el niño nunca lo podrá conocer ni gozarlo y ni el padre podrá gozar de su hijo ni tampoco ejercer toda esa gama de derechos que implica la paternidad, lo único que los vincula es el lazo genético y biológico que proviene de un proceso artificial o sobrenatural realizado en un laboratorio.

Además, se puede dar la situación en que la familia del esposo de la viuda no esté de acuerdo con el procedimiento de la fecundación *post mortem*, y no acepte al niño, y este no pueda conocer a su familia paterna.

De ello también se desprende lo que consagra el artículo 8° del Código de Niños y Adolescentes, sobre que el niño tiene el derecho de vivir en una familia, a esa familia que todo niño desea tener, una familia funcional que es de la propia naturaleza, a gozar de un padre y una madre, a conocer a sus padres, y no a lo que la sociedad quiere imponerle o privarle al infante.

Por ello es inaceptable que la viuda acuda a la técnica de la fecundación *post mortem* para engendrar un hijo con el líquido seminal de su difunto esposo o acompañante porque no le podrá dar una familia constituida que es derecho de todo niño sin excepción, además se

resume en acudir o poner de partida medios artificiales de manera predeterminada para generar una orfandad arbitraria (Valverde, 2014, p. 173).

Otro punto a recalcar, es que la viuda estaría solventando un servicio con el establecimiento médico o el laboratorio, mediante un contrato, para crear vida o traer a la vida a un ser humano, que vendría ser su futuro hijo, a pesar de que su padre ya no siga con vida, básicamente se materializa en ponerle precio a la vida de un niño para que la viuda pueda convertirse en madre o hacer realidad ese deseo de ser madre.

Con lo expuesto anteriormente se agrega lo establecido por Domínguez (2009): “nadie quiere la muerte de sus progenitores por lo que mal podría pensarse que es indiferente nacer o peor aún ser concebido sin ellos” (p. 217).

Este panorama refleja lo que una vez dijo Hannah Arendt. Gamboa (2016) citando a Hannah Arendt comenta que:

Hannah Arendt denunció que los nuestros son tiempos de oscuridad (9), de oscuridad ética, donde banalizar el mal (165) lleva a hacer desaparecer o a flaquear en la tendencia natural del hombre a buscar el bien y evitar el mal. Los límites en este terreno están cada vez más difuminados y las nuevas generaciones no aprenden a distinguir el rumbo recto del actuar humano, sino que asimilan con pasmosa facilidad la tendencia al bienestar, a lo fácil, al poco esfuerzo, a buscar el placer y a huir del dolor y del sacrificio. (p. 338)

En otras palabras, no existe una racionalidad en cuanto a lo que hoy en día solicitamos, o deseamos como humanos, pues lo más lógico o por sentido común, una madre sentiría angustia y desolación al darse cuenta que su hijo se quede sin padre, el no poder gozar de la compañía de su progenitor y este quede huérfano por causas naturales, pero ahora ha cambiado la forma de pensar, que por un deseo egoísta, o solo por satisfacer un interés personal no observamos con claridad o atención la realidad de las cosas, las consecuencias que puede causar el estimar un interés egoísta y lesivo para un ser humano vulnerable que vendría ser el niño.

#### **a.5. Privación al derecho a conocer el origen biológico**

Es conveniente traer a colación este derecho porque frente a las técnicas de reproducción humana asistida, este derecho en diferentes situaciones se ha visto transgredido. La vulneración de este derecho implica en ocultarle al niño la verdad de quiénes son realmente sus padres y los lazos familiares de los padres, como, por ejemplo: los abuelos, hermanos, etc., básicamente esto es lo que engloba el origen biológico, dicho en las palabras de Cárdenas (2013) “son los vínculos familiares y afectivos que son parte de la propia historia de una persona” (p. 42).

Centrándonos en la fecundación *post mortem*, se puede dar la situación en que la viuda no crea conveniente decirle al niño cómo fue procreado o cómo él vino a la vida por un tema de privacidad o no querer perjudicar su bienestar psíquico al revelar la verdad; puede darse también el caso en que la madre no quiera que su hijo tenga contacto con los familiares de su esposo o conviviente fallecido por intereses particulares, también puede darse la situación en que el esposo o conviviente no haya tenido familiares como padres, hermanos, tíos, etc., o también puede plantearse la situación en que los familiares del esposo o conviviente fallecido

no estén de acuerdo con dicho procedimiento (recurrir a la técnica de fecundación *post mortem*) por más que exista previamente un consentimiento por parte del esposo o conviviente y finalmente no acepten al niño, provocando que este no pueda conocer a su familia paterna, a sus ancestros, privándolo de gozar del derecho a conocer las relaciones familiares que es algo humano, natural como esencial.

De la misma forma también lo establece la Convención sobre Derechos del Niño de 1989, haciendo mención en primer lugar, al principio rector y protector que es el interés superior del niño que lo consagra en el artículo 3°, el cual insta que en todo ámbito donde los niños están involucrados se debe dar una consideración primordial al interés superior del niño, con ello se agrega lo establecido en el artículo 7°: “El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”. Asimismo, el artículo 8° al respecto funda lo siguiente: “Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas”.

En concordancia con lo mencionado en el párrafo anterior, el Estado peruano, siendo un Estado Parte que firmó dicha Convención, debe comprometerse totalmente a través de sus autoridades, a respetar el derecho a conocer a sus padres y preservar las relaciones familiares, que es el tema que se está discutiendo en este apartado. Entonces queda claro que según la Convención el niño tiene derecho a conocer sus orígenes.

En concordancia con lo establecido en dicha Convención, de la misma forma lo instituye la Constitución Política del Perú en su artículo 2° “Toda persona tiene derecho”, inciso 1°: “A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece”. Asimismo, el Código de Niños y Adolescentes lo consagra en su artículo IX.- Interés superior del niño y del adolescente:

En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos.

Y con ello también el artículo 6°. - A la identidad, inciso 1° de la C.D.N.:

El niño, niña y el adolescente tienen derecho a la identidad, lo que incluye el derecho a tener un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y llevar sus apellidos. Tienen también derecho al desarrollo integral de su personalidad.

Para ello, Cárdenas (2013) al respecto expresa lo siguiente:

Junto con el derecho a la identidad como sustento para que una persona pueda acceder al conocimiento de su origen biológico, puede agregarse también la consideración del

principio del interés superior del niño, el respeto de la dignidad de la persona humana, el derecho a la información, el derecho a la salud y el derecho a la verdad. (p. 43)

De lo expresado por el autor, podemos rescatar que evidentemente toda situación que involucra a los niños, se debe priorizar principalmente el bienestar de estos y el respeto a sus derechos, por la dignidad que ellos poseen, es por eso que merecen un trato digno dentro de la sociedad.

Los niños son seres humanos que pertenecen a uno de los grupos vulnerables del Estado y por ello merecen una protección especial. Tanto la sociedad como el Estado debe velar por lo que es mejor para ellos, con el fin de garantizar la efectividad del principio de interés superior del niño, que es un escudo de protección del bienestar integral del niño en todos los ámbitos. Esto también está establecido en el artículo 3° de la Convención de Derechos del Niño.

Es menester mencionar que en la Convención de Derechos del Niño respecto al derecho a la información y con ello implica el derecho a la verdad está avalado en su artículo 13° que instauro lo siguiente: “Tienen derecho a expresar libremente sus opiniones, a recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, siempre que no vayan en contra de los derechos de otras personas”.

Si interpretamos este fragmento del artículo, nos da luces sobre que el niño merece recibir o recepcionar información de todo lo que le favorece sobre todo si se trata de su origen biológico, merece saber de dónde proviene, quiénes son sus progenitores, saber la historia de ellos, porque sus ancestros pertenecen a la historia de vida del infante, con todas esas piezas ayuda a construir su personalidad e identidad; así también lo señala De Lorenzi (2015) al afirmar que “el derecho a conocer los orígenes biológicos es como un elemento del derecho a la identidad” (p. 318); entonces el origen biológico es más que un simple dato genético, es saber la historia existente de las personas que constituyeron aquel germen de vida dando inicio a un nuevo ser humano, que es el infante.

Por otro lado, es necesario recalcar los análisis en el ámbito psicológico frente a esta situación, pues tal como lo menciona Araya, citado por Cárdenas (s.a.), menciona que:

En general los estudios muestran que entre más tarde y más fortuitamente es informado un sujeto de su origen en base a TRA más negativos son los sentimientos que emergen frente a los padres y al hecho de haber nacido de esta manera. (p. 44)

Asimismo, De Lorenzi (2015) al respecto, afirma que:

La razón que motivó el reconocimiento del derecho a conocer a los progenitores y las relaciones familiares en la Convención de Derechos del Niño, es fundamental importancia para la estabilidad psicológica de los niños, niñas y adolescentes respecto a su crecimiento físico y mental para la formación de su personalidad. (p. 317)

Según lo dicho por estos dos últimos autores, tanto Araya como De Lorenzi, es pertinente e importante que los niños sepan el origen biológico, qué hechos se encuentran detrás de la

forma del acto procreativo, quién es su progenitor, el derecho a conocer las relaciones familiares, y mejor aún recibir toda esa información de parte de su madre y en el tiempo pertinente, sin ocultarle un mínimo detalle. Asimismo, según el estudio realizado por médicos bioeticistas – que señalé en las primeras páginas de esta investigación – añadieron que resulta también brusco e impensable traer a la vida a un ser humano después de la muerte del esposo, que para el niño tomar conocimiento de ello afectará su ámbito psíquico y emocional al saber que su padre no lo acompañará en su vida, no podrá conocerlo y tampoco gozará de su presencia, a sabiendas que la figura paterna es pieza clave para su desarrollo. Es por ello que no es correcto acudir a la fecundación *post mortem* porque genera una grave lesión al bienestar integral del niño.

Por último, Hodgkin y Newell, citado por De Lorenzi (2015) afirma que

el Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child, en su estudio del art. 8 C.D.N., refiere al derecho a la preservación de la identidad, expresión amplia que no solo hace referencia al derecho a conocer a los progenitores (art. 7) sino que también incluye el derecho a tener relaciones familiares. (p. 318)

Según lo establecido en el párrafo anterior, podemos asentar que el fin del artículo 8° es reforzar el reconocimiento y la consagración del derecho al origen biológico que está establecido en el artículo 7° de dicha Convención y garantizar el respeto del derecho a la identidad protegiendo todos los elementos implicados en la conformación del derecho a la identidad y así el ser humano tenga la oportunidad de encontrarse con uno mismo y conocerse, pues el derecho a la identidad abarca al derecho que tiene el niño de gozar de las relaciones paterna-filiares y esto se expande a las relaciones afectivas con los familiares de sus padres, es decir con los abuelos, tíos, primos, etc.

### **3.1.3. La Fecundación *Post Mortem* desde la perspectiva del Bioderecho**

#### **A) Documentos y Declaraciones Internacionales que instauran límites a la práctica de la fecundación *post mortem***

De acuerdo al Bioderecho Internacional, es menester mencionar ciertos Documentos y Declaraciones Internacionales que instauran límites a la práctica de la fecundación *post mortem*.

Estos son las siguientes:

##### **a.1. La Declaración Universal del Genoma y los Derechos Humanos**

Esta Declaración fue aprobada en el año 1997 por la UNESCO, es un documento importante de base jurídica internacional, en el cual todos los estados miembros deberían basarse para establecer normas sobre Derecho Genético en sus ordenamientos jurídicos.

La Declaración Universal del Genoma y los Derechos Humanos tiene como objetivo principal respetar la dignidad humana y los derechos humanos de toda persona.

Al respecto Varsi (2000) comenta que “el equilibrio de la Declaración es el respeto de los derechos fundamentales y el afán de garantizar la libertad de investigación, sustentándose en el hecho de que no todo lo técnicamente posible es éticamente aceptable”. (p. 266)

Así lo establece los artículos 1° y 2° de la Declaración Universal del Genoma y los Derechos Humanos:

Artículo 1°: El genoma humano es la base de la unidad fundamental de todos los miembros de la familia humana y del reconocimiento de su dignidad intrínseca y su diversidad. En sentido simbólico, el genoma humano es el patrimonio de la humanidad.

Artículo 2°:

(a) Cada individuo tiene derecho al respeto de su dignidad y derechos, cualesquiera que sean sus características genéticas.

Por otro lado, dicha Declaración ha incluido al genoma en su reflexión y análisis, afirmando que es la esencia base de los derechos humanos, es a partir de ello que se confirma la relación existente entre Bioética y Derecho al reflejar el máximo derecho del hombre que es el derecho a ser tratado como un ser humano desde la primera señal de vida, es decir desde la concepción, lo cual explica que el embrión es un ser humano y por lo tanto goza de dignidad humana, merece que sus derechos humanos sean respetados, y ser tratado como tal. E inclusive nos da la luz para reflexionar a futuro en no someter a ningún ser humano a que sea esclavo de las biotecnologías transgrediendo sus derechos humanos a causa de la Biomedicina.

Con lo dicho anteriormente se puede afirmar que claramente la fecundación *post mortem* no es éticamente aceptable, porque como se explicó también en los apartados anteriores, esta técnica no tiene respeto por la dignidad humana de aquel ser humano que llaman a la vida, utilizándolo como un medio para lograr cumplir un objetivo de los padres, no pensando en el bienestar de aquel niño, cercenando sus derechos humanos y fundamentales desde antes de la concepción. Es evidente que esta técnica reproductiva se aleja de lo establecido en la Declaración Universal del Genoma y los Derechos Humanos.

## **a.2. La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO**

Esta Declaración fue emitida en el año 2005 por la UNESCO en París, teniendo como base lo establecido en las siguientes Declaraciones: la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos (1997) y la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos (2003).

La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos tiene 8 objetivos principales, pero de acuerdo a este tema en específico: fecundación *post mortem*, resaltan 2 principios que están establecidos en el artículo 2°, literal c y d, y estos son los siguientes:

c) promover el respeto de la dignidad humana y proteger los derechos humanos, velando por el respeto de la vida de los seres humanos y las libertades fundamentales, de conformidad con el derecho internacional relativo a los derechos humanos;

d) reconocer la importancia de la libertad de investigación científica y las repercusiones beneficiosas del desarrollo científico y tecnológico, destacando al mismo tiempo la necesidad de que esa investigación y los consiguientes adelantos se realicen en el marco de los principios éticos enunciados en esta Declaración y respeten la dignidad humana, los derechos humanos y las libertades fundamentales.

Asimismo, se debe tener presente dos principios básicos que establece esta Declaración, consagrado en el artículo 8° y 10°, que instaura lo siguiente:

Artículo 8°: Respeto de la vulnerabilidad humana y la integridad personal

Al aplicar y fomentar el conocimiento científico, la práctica médica y las tecnologías conexas, se debería tener en cuenta la vulnerabilidad humana. Los individuos y grupos especialmente vulnerables deberían ser protegidos y se debería respetar la integridad personal de dichos individuos.

Artículo 10°: Igualdad, justicia y equidad

Se habrá de respetar la igualdad fundamental de todos los seres humanos en dignidad y derechos, de tal modo que sean tratados con justicia y equidad.

Al tener esta Declaración como objetivo principal la dignidad humana y la protección de los derechos humanos, claro está que la fecundación *post mortem* es lesiva para el ser humano, específicamente para ese ser que llaman a la vida mediante esta técnica, por otro lado, de acuerdo con el principio que está establecido en el artículo 8° establece rígidamente que se debe proteger y respetar la integridad personal de los seres o grupos vulnerables, pues uno de los grupos vulnerables son los niños desde la concepción. Además, una de las funciones de la Bioética es pensar en todas las partes involucradas (incluyendo al concebido producto de esta técnica) y a largo plazo haciendo referencia a las posibles consecuencias que pueden recaer en ese niño, sobre su estado emocional, psicológico, social, etc., al saber que crecerá sin padre, cercenándole ese derecho fundamental de vivir en familia, entonces no sería justo para ese niño privarle de ese valor supremo del menor a gozar de una familia completa o funcional.

Por ello no se debe olvidar los límites que tiene la Ciencia, sustentándose en que todo lo técnicamente posible no siempre es éticamente aceptable, como tampoco jurídicamente posible.

### **a.3. Coloquio Internacional sobre Bioética y Derechos del Niño (Declaración de Mónaco)**

Este Coloquio Internacional se llevó a cabo mediante una Conferencia General en Mónaco del 28 al 30 de abril del año 2000 por la Asociación Mundial de Amigos de la Infancia (AMADE) y la UNESCO, con el fin de reforzar y de aplicar la protección de los derechos del niño frente a los avances biotecnológicos.

Al realizarse el Coloquio Internacional sobre Bioética y Derechos del Niño se tomó en cuenta lo establecido en la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos (1997) y por la Convención sobre los Derechos del Niño (1990).

Varsi (2000) comenta que:

La Declaración de Mónaco ha planteado como principio que la "ciencia debe estar al servicio del niño y no el niño al servicio de la ciencia", tomándose como premisas dos situaciones de trascendencia: 1) la protección integral del niño en razón de su estado de inmadurez antes y después de su nacimiento; y, 2) el progreso de la ciencia biomédica puede generar un peligro para los niños. (p. 276)

Con el principio señalado por el Coloquio Internacional sobre Bioética y Derechos del Niño deja muy en claro que el niño no puede estar a disposición de la Ciencia médica o de las biotecnologías como si fuera un objeto de explotación o material biológico.

Es por ello que la Declaración ha planteado elementos primordiales que se deben tener en cuenta al momento de aplicar las biotecnologías a este grupo vulnerable que son los niños y mencionaré los más relevantes de acuerdo al eje central de esta investigación. Estos son los siguientes:

- a) *Todo niño es un ser humano especial*, por lo tanto, merece una protección jurídica especial en todos los ámbitos.
- b) *Destacar los valores esenciales del respeto de la vida y la dignidad del ser embrión*, el embrión es un ser humano, por lo cual, no se deben admitir procedimientos biomédicos atentatorios contra la dignidad humana y la vida.
- c) *El derecho a conocer el propio origen biológico*, el niño merece tener conocimiento de quiénes son sus padres y cómo fue procreado.
- d) *La familia es el núcleo natural en el cual el niño debe desarrollarse*, la familia es la célula básica e importante en una sociedad, es por ello que debemos tender a que el niño se desarrolle en este tipo estructural natural buscando los medios necesarios para consolidar los lazos familiares.
- e) *El interés superior del niño*, es el principio rector para que todas las decisiones y medidas que tome un estado en relación a los niños siempre sea en beneficio de estos frente a los intereses de los demás, con el fin de proteger el bienestar integral del niño.
- f) *Protección y respeto a la dignidad*, el respeto y la protección a la dignidad y los derechos de la persona son la base sobre la que debe estructurarse las aplicaciones y el desarrollo de la ciencia médica a favor de la infancia.

De acuerdo a estos elementos primordiales, la fecundación *post mortem* no debe ser admitida, porque es evidente que esta reduce al ser humano a solo un medio para cumplir un objetivo o interés de los padres, la figura de esta fecundación se centra en atender o dar más importancia al interés particular de los progenitores, cercenando el derecho del niño a vivir en familia, causando específicamente la orfandad del infante.

Asimismo, el Coloquio Internacional reafirma y recalca el Principio de Interés Superior del Niño, como principio rector que los Estados siempre deben tener presente en cuanto a

prevalecer el bienestar del niño frente al avance de las biotecnologías que siempre estarán en constante evolución con el paso del tiempo y que a la par ponen en riesgo a la humanidad sobre todo a los más vulnerables, como en el caso de los niños y sus derechos humanos como fundamentales.

Por otro lado, en nuestra legislación, contamos con un Decreto Supremo N° 011-2011-JUS, que abarcaría un Bioderecho Nacional, con el fin de regular la aplicación o el ejercicio de la Biomedicina en nuestra nación, y según el contenido de esta norma, prohibiría de cierto modo la fecundación *post mortem*, si bien es cierto no tenemos una ley que prohíba expresamente este tipo de fecundación, lo cual es necesario en nuestra legislación, pero existen principios básicos que están contemplados en dicho Decreto que desestiman la aplicación de esta técnica que transgrede la dignidad humana y los derechos humanos.

## **B) Prohibiciones legales a la Fecundación *Post Mortem* en el Derecho Comparado**

Es importante mencionar la regulación de la fecundación *post mortem* en el Derecho Comparado porque es un claro ejemplo de cómo los países europeos, específicamente Francia, Alemania e Italia han establecido una respuesta jurídica en sus ordenamientos jurídicos a base de normas estrictas para equilibrar el desarrollo científico con el fin de proteger a la persona humana, sus derechos fundamentales como humanos y sobre todo su dignidad humana. Esto sin duda, refleja la finalidad del Bioderecho, establecer normas estrictas y principios generales para que los estados puedan considerarlos en sus ordenamientos jurídicos con el fin de proteger al ser humano de prácticas médicas crueles.

Para ello, frente a las contradicciones jurídicas que genera la fecundación *post mortem*, se ha decidido establecer prohibiciones expresas legales a este tipo de fecundación en el Derecho Comparado, y estas son las siguientes:

### **b.1. Prohibición a la Fecundación *Post Mortem* en Francia**

El ordenamiento jurídico francés, rechaza la práctica de la fecundación *post mortem*, esta prohibición o rechazo se centra en el bienestar del niño, en el Estado debe procurar que los infantes crezcan en un ambiente sano e ideal para él, que goce de una familia constituida de padre y madre.

Esta prohibición está establecida en la Ley francesa N.º 94 - 654 del 29 de julio de 1994 que modificó el Código de la Salud Pública, en su artículo 152, inciso 1º y 2º:

Art. 152.1.- Por técnicas de reproducción asistida se entenderán las prácticas técnicas y biológicas que permitan la concepción *in vitro*, la transferencia de embriones y la inseminación artificial, así como toda técnica de efecto equivalente que permita la reproducción fuera del proceso natural.

Art. 152.2.- Las técnicas de reproducción asistida estarán dirigidas a responder a las peticiones de descendencia de una pareja. Tendrán como objeto remediar la esterilidad cuyo carácter patológico haya sido médicamente diagnosticado. Asimismo, podrá tener como objetivo evitar la transmisión al niño de una enfermedad de especial gravedad.

El hombre y la mujer que formen la pareja deberán estar vivos, en edad de procrear, casados o en situación de poder acreditar una vida en común de al menos dos años y consentir plenamente la transferencia de embriones o la inseminación.

En el último párrafo del artículo advierte que ambos padres deben estar vivos si se desea recurrir a las técnicas de reproducción artificial, de lo contrario, no será posible recurrir a estas técnicas, especialmente la técnica de la fecundación *post mortem*.

### **b.2. Prohibición a la Fecundación *Post Mortem* en Alemania**

En el ordenamiento jurídico alemán se ha considerado regular las técnicas de reproducción humana asistida pero no con el fin de admitir todas las técnicas posibles que existen actualmente sino han decidido equilibrar y limitar el avance biotecnológico para no caer en ninguna arbitrariedad en cuanto a la protección del ser humano y su dignidad humana, por lo tanto, se ha procurado al embrión dotarlo de estatus jurídico y darle así una protección debida (Pérez, 2007, p. 145).

De acuerdo a ello, existe en Alemania, una Ley de Protección de Embriones aprobada en el año 1990, la cual se centra en la fecundación arbitraria, transferencia arbitraria de embriones y fecundación artificial después de la muerte, todo ello, establecido en el artículo 4° (Valverde, 2014, p. 180):

Art. 4.- Será sancionado con pena privativa de libertad de hasta tres años o con pena de multa quien:

- a) Emprenda la fecundación artificial de un óvulo sin que la mujer cuyo óvulo es fecundado y el hombre cuyo espermatozoide es utilizado para la fecundación hayan consentido en ello.
- b) Emprenda la transferencia de un óvulo a una mujer sin su consentimiento.
- c) Fertilice artificialmente a sabiendas un óvulo con el semen de un hombre después de la muerte de éste.

### **b.3. Prohibición a la Fecundación *Post Mortem* en Italia**

De la misma forma, sucede con el ordenamiento jurídico italiano al prohibir la fecundación *post mortem* en la Ley N.º 40 “Normas en materia de fecundación asistida”, artículo 5º, estableciendo que las parejas podrán acceder a las técnicas de reproducción humana asistida si las parejas son de sexo diferente, ya sean casadas o convivientes, si tienen edad correspondiente para la fertilidad, si son mayores de edad y si ambos están vivos (Valverde, 2014, p. 182).

El capítulo V de dicha Ley sobre las prohibiciones y sanciones, establece que si alguien viola lo que está dispuesto en el artículo 5º es sancionado con una sanción administrativa pecuniaria de 200,000 a 400,000 euros, asimismo menciona que el médico será sancionado con suspender su ejercicio o labor profesional entre uno a tres años (Valverde, 2014, p. 182).

### **3.2. Propuesta de modificación total para el artículo 7° de la Ley General de Salud N° 26842 fundamentada en el Principio de Interés Superior del Niño**

De acuerdo a la normativa internacional y nacional referente a los derechos fundamentales de la persona, especialmente de los niños, existe un principio rector básico que garantiza la protección como también el respeto de los derechos fundamentales y el bienestar del niño frente a los intereses de terceros, este principio se le conoce como: “El Principio de Interés Superior del Niño”. Pero para que este principio sea factible, protegido y respetado en todos los ámbitos por el Estado peruano, específicamente en el ámbito sobre el avance biotecnológico, el cual es un peligro para la humanidad cuando suele ser gravemente lesivo para el ser humano, más aún para el desarrollo integral de los niños, que son un grupo vulnerable y se encuentran en un estado de indefensión, se necesita la modificación total del artículo 7° de la Ley General de Salud N° 26842, donde se establezca de forma expresa la prohibición a la práctica de las técnicas de reproducción humana asistida, incluyendo la fecundación *post mortem*, sustentada dicha prohibición en el Principio de Interés Superior del Niño.

#### **3.2.1. La inexistencia de norma alguna que prohíba la técnica de la fecundación *post mortem***

En nuestro ordenamiento jurídico no existe ninguna norma que prohíba expresamente la técnica de la fecundación *post mortem*.

Si revisamos la Ley N° 26842, la “Ley General de Salud” que es la una única Ley encargada de regular las técnicas de reproducción humana asistida en nuestro país, en su artículo 7°, que sin duda es una Ley deficiente porque no regula ni se pronuncia sobre todas las técnicas de reproducción humana asistida que existen como tampoco establece ciertos parámetros o límites que aclaren o equilibren el avance biotecnológico con el fin de proteger al ser humano, respetar la dignidad humana, y sus derechos fundamentales.

Por otro lado, se debe recordar que, por el principio de legalidad, todo lo que no está prohibido o regulado está permitido, siendo uno de los principios básicos del Derecho, así también lo establece Varsi (2005): “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe” (s.p.). Como también Siverino (2012) al respeto comenta que “las prohibiciones no pueden interpretarse de manera analógica, sino que deben estar explicitadas. Lo contrario vulneraría el principio de clausura que establece que aquello que no está prohibido, está permitido” (p. 216).

Entonces no se deben admitir estos peligros o inconsistencias en nuestro ordenamiento jurídico, que ponen en riesgo el Principio de Interés Superior del Niño. Por lo que tendríamos una permisón implícita para la práctica de la fecundación *post mortem* en nuestro país.

#### **3.2.2. Permisón implícita configurada en el artículo 7° de la Ley General de Salud N° 26842 para la práctica de la fecundación *post mortem* a propósito de su adecuación con la condición que establece el artículo para la admisión de las TRHA**

Al analizar e interpretar el artículo 7° de la Ley General de Salud, tenemos establecida una permisón implícita para la práctica de la fecundación *post mortem*:

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

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

Si leemos detenidamente, el artículo dispone casualmente en su texto una condición para recurrir a las técnicas de reproducción humana asistida: “siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona”, la cual se cumple en la figura de la fecundación *post mortem*, porque en esta técnica la madre genética y la madre gestante recae en la misma persona.

Entonces frente a esta situación, se tendría un peligro para el Principio de Interés Superior del Niño, en resumen, el artículo configura una permisión para la práctica de la fecundación *post mortem*. Por otro lado, si el legislador hubiera querido prohibir la práctica de la fecundación *post mortem*, lo hubiera prohibido sin ningún problema, para evitar alguna inconsistencia, por lo que también estaríamos yendo en contra del principio de legalidad en cuanto a las prohibiciones, el cual ya se mencionó en el apartado anterior.

### **3.2.3. Incorporar en el artículo 7° de la Ley General de Salud N° 26842 una prohibición expresa a la práctica de las técnicas de reproducción humana asistida, la cual incluye a la fecundación *post mortem* fundamentada en el Principio de Interés Superior del Niño**

Para desarrollar este acápite, debemos partir desde la definición y qué implica el Principio de Interés Superior del Niño, cuál es la función de este principio y qué impacto genera para la sociedad y el Estado.

Entonces, el Principio de Interés Superior del Niño, es un estribo base de defensa para el infante, siendo este principio un mandato regulado y avalado por tratados internacionales y normas nacionales con el fin de asentar firmemente a la sociedad y el Estado, el respeto y atención a cada etapa de la vida del niño para preservar el bienestar y el ejercicio y goce de sus derechos en toda situación, en la que ellos estén involucrados.

La aplicación de este principio abarca todos los derechos que el niño pueda tener, sin excepción alguna. Al respecto, Rivera (2018) citando a Freedman, menciona lo siguiente:

Es un principio jurídico garantista que establece el deber estatal de privilegiar los derechos de los niños pertenecientes al “núcleo duro” frente a otros derechos e intereses colectivos. Lo cual, implica un deber de privilegio de los derechos fundamentales de los niños en el diseño e implementación de las políticas públicas estatales. (p. 237)

Claramente lo menciona el autor en dichas líneas, este principio sirve como una garantía de protección y privilegio los derechos de los niños frente a los intereses y derechos de los demás o de un colectivo en un conflicto determinado, con el fin de velar el bienestar y desarrollo del infante. Asimismo, las autoridades del Estado se encuentran limitadas ante la

existencia de este principio para no generar ninguna arbitrariedad en el ejercicio y respeto de los derechos de los niños, haciendo recordar al juez y a todos los que administran la justicia que, al momento de tomar alguna decisión, sentenciar o solucionar jurídicamente un conflicto, de la misma forma el legislador al momento de promulgar nuevas normas o leyes tendrá que provenir o emanar de aquel principio.

El Principio de Interés Superior del Niño es un principio rector que surgió estrictamente con la entrada en vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño (1990) que tiene la función de proteger y privilegiar los derechos de los niños, generando un impacto en el Estado y la sociedad al establecer límites a los intereses del Estado, la sociedad y la familia para así asegurar el bienestar del niño en el plan físico, psíquico y social, es decir la protección integral del niño (Barletta, 2018, p. 43).

El mencionado principio al implementarse oficialmente en la Convención sobre los Derechos del Niño (1990) ha generado una obligación, de tal forma que coacciona a las instituciones tanto públicas como privadas, tribunales, órganos legislativos, y toda autoridad que gestione justicia a primar el bienestar del niño y proteger sus derechos con la aplicación de este principio, es decir que todo Estado que ha suscrito esta convención está obligado a cumplir lo mandado por esta Ley internacional. Cabe recalcar que, por el carácter vinculante de la Convención, la aplicación de este principio tiene carácter obligatorio y además este principio se fundamenta en la perspectiva del niño adoptada por la Convención como sujeto de derechos, es decir, al adoptar esta condición del niño, no se estaría brindando protección desde un paradigma asistencialista que implicaría minimizarlo o ver al niño como objeto de protección o asistencia, sino desde la perspectiva de reconocer que el niño posee la condición de persona humana que goza de dignidad y es merecedor de respeto y resguardo de sus derechos y de su dignidad misma.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2002), se ha pronunciado sobre este principio indicando lo siguiente:

Este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades, así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño. (Opinión Consultiva 17, fundamento 56)

A este respecto, el principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño (1959) establece: El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño. (Opinión Consultiva 17, fundamento 57)

El principio anterior se reitera y desarrolla en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que dispone: 1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las

autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. (Opinión Consultiva 17, fundamento 58).

En aras de la tutela efectiva del niño, toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho, debe tomar en cuenta el interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia. (Opinión consultiva 17, fundamento 65)

Ahora, dejando en claro los conceptos básicos y generales de este principio en los párrafos anteriores, nos corresponde a partir de estas líneas en adelante, centrarnos en desarrollar el tema central de este apartado respecto al principio de Interés Superior del Niño como fundamento límite a la regulación de la fecundación *post mortem*, y que este límite se vea a futuro materializado en la modificación total del artículo 7° de la Ley General de Salud N° 26842 a través de consagrar expresamente la prohibición de esta fecundación en el ordenamiento jurídico peruano.

Como sabemos, el Perú, es uno de los Estados miembros de la Convención, y de acuerdo a lo establecido en ella, se ha optado por tener una normativa que protege a los niños, sus derechos fundamentales y su dignidad, como también ha dado un reconocimiento expreso en las normas especiales al Principio de Interés Superior del Niño. Partiendo de nuestra norma suprema, la Constitución Política del Perú, la cual establece el pilar de los derechos fundamentales: la dignidad humana, en su artículo 1°: la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado. A la par establece desde un inicio que el concebido es sujeto de derecho, y está consagrado en el artículo 2°, inciso 1. - Toda persona tiene derecho:

1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.

El Código Civil, tampoco ha sido indiferente a lo que consagra la Constitución Política del Perú, el cual establece también que el concebido es sujeto de derecho, en su artículo 1°:

Artículo 1°. - Sujeto de derecho:

(...) La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece (...)

De igual manera en nuestro Código de Niños y Adolescentes, en el artículo I y II del Título Preliminar:

Título I: Definición

Se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad y adolescente desde los doce hasta cumplir los dieciocho años de edad.

El Estado protege al concebido para todo lo que le favorece (...).

Artículo II: Sujeto de derechos

El niño y el adolescente son sujetos de derechos, libertades y de protección específica (...).

Asimismo, en el artículo IV del Título Preliminar, hace referencia a que los niños gozan de determinados derechos específicos respecto a su desarrollo integral:

#### Artículo IV.- Capacidad

Además de los derechos inherentes a la persona humana, el niño y el adolescente gozan de los derechos específicos relacionados con su proceso de desarrollo (...).

Por otro lado, el Interés Superior del Niño tiene un reconocimiento expreso en nuestra legislación, siendo consagrado en la normativa especial sobre los derechos del niño, es decir en el Código de Niños y Adolescentes y a la par nuestro ordenamiento cuenta con la vigente Ley N° 30466 y su reglamento referente solo al Interés Superior del Niño.

En el artículo 2° de la respectiva Ley N° 30466, en su artículo 2° establece la definición optada por nuestra legislación del Interés Superior del Niño, esta es la siguiente:

El interés superior del niño es un derecho, un principio y una norma de procedimiento que otorga al niño el derecho a que se considere de manera primordial su interés superior en todas las medidas que afecten directa o indirectamente a los niños y adolescentes, garantizando sus derechos humanos.

De acuerdo a lo que dice en dicho artículo, se entiende al Interés Superior del Niño como una herramienta eficaz y protectora que garantiza la promoción y el pleno goce de los derechos del niño y el adolescente.

Asimismo, El Código de Niños y Adolescentes, también tiene establecido el Interés Superior del Niño en la parte del Título Preliminar, para garantizar la protección a sus derechos fundamentales y pueda gozar plenamente de estos:

#### Artículo IX.- Interés superior del niño y del adolescente

En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos.

Claramente de acuerdo a esta normativa el Principio de Interés Superior del Niño, en nuestro país tiene un debido reconocimiento y fuerza rígida para proteger y garantizar los derechos concernientes a la infancia y adolescencia. Por otro lado, este principio no solo obliga a las autoridades, sino también a la sociedad incluyendo a la familia, sus efectos alcanzan y son aplicables a las situaciones particulares, y esto está consagrado en el artículo 18 de la Convención sobre los Derechos de Niño, en el cual establece que los padres siempre deben educar y priorizar el desarrollo del niño tomando como base y guía el Principio de Interés Superior del Niño.

Entonces como ya se advirtió anteriormente este principio, engloba todos los derechos humanos del niño, siendo un principio protector del bienestar, los derechos y dignidad del infante en todos los ámbitos que involucren al niño, incluyendo los avances científicos, que

es el tema central de esta investigación que afectan a las leyes y a la esencia del Derecho, como también perjudican y alteran instituciones tan naturales como la identidad, descendencia, linaje, la familia, el parentesco.

A continuación, analizaremos qué implica la función protectora del Principio de Interés Superior del Niño reflejada en cada uno de los derechos involucrados en la problemática de esta investigación y que sirve como impedimento o límite a la realización y regulación de la fecundación *post mortem* en el ordenamiento jurídico peruano:

Conforme al Código de Niños y Adolescentes, el niño goza de ciertos derechos específicos con relación a lo establecido en la Convención sobre Derechos del Niño (1990), como: el derecho a la vida e integridad, a la identidad, a vivir en familia, entre otros.

Como primer punto, uno de los derechos afectados, es el derecho a la identidad (reconocido por la Convención sobre Derechos del Niño y el Código de Niños y Adolescentes), en el artículo 6° del Código Civil establece el derecho a la identidad que tienen los niños, y en una de las líneas del texto de dicho artículo establece que el infante tiene derecho a conocer a sus padres y llevar sus apellidos como también tiene derecho al desarrollo integral de su personalidad, que incluso también está consagrado en el artículo 2°, inciso 1° de la Constitución.

El Principio del Interés Superior del Niño, protege rígidamente este derecho, porque implica la determinación de quién es la persona, de poder encontrarse a uno mismo y se hace efectiva en la posesión de un nombre, un apellido, una identificación, fecha de nacimiento, sexo, una nacionalidad, y todos estos componentes constituyen la identidad que es la prueba de la existencia de un individuo en la sociedad y pueda ser parte de esta, que lo caracteriza, individualiza y diferencia de los demás, asimismo es el derecho que da pie a hacer efectivo el ejercicio de otros derechos que goza un ciudadano dentro de un Estado, es por ello que es un derecho humano y fundamental, y está reconocido en nuestra Constitución, por ende no se le puede negar ni mucho menos violar este derecho a ninguna persona porque estaríamos violando su desarrollo integral.

Por otro lado, la identidad es uno de los efectos de la filiación, esta última en concordancia con el derecho a la identidad, tendrían como consecuencia un “estado de familia” efectivo, pues con esta relación se busca una verdad material que permite a la persona identificarse, definirse e individualizarse de los demás en una sociedad para evitar conflictos y tener paz social y familiar (Rivera, citando a Varsi, 2018, p. 240).

Asimismo, el derecho a la identidad, implica otro derecho, y se trata del derecho al nombre, incluyendo los apellidos, este derecho hace referencia a que cuando uno nace y con el fin de identificarse e individualizarse debe tener un nombre y este estar inscrito en la RENIEC, para así ser reconocido como ciudadano del Estado, ser protegido por este último y poder ejercer otros derechos. Es por ello que al no respetar este derecho de la persona no se le estaría considerando en la planificación del desarrollo social, asimismo se le estaría privando la posibilidad de reconocerse a sí mismo, saber de dónde proviene, conocer sus relaciones familiares, quiénes son sus ancestros, como también no pueda gozar ni mucho menos hacer respetar sus derechos, en otras palabras, se le estaría privando a esa persona que

pueda libremente desarrollar su vida personal dentro de la sociedad (Rivera, 2018, p. 240 - 241).

Por tal motivo, no se le puede privar a nadie, ni mucho menos a un niño a gozar de su derecho a la identidad porque es a partir de ese derecho en el que uno puede ser ciudadano existente en un Estado, desarrollarse libremente dentro de la sociedad a través del ejercicio de sus demás derechos reconocidos, en otras palabras, al desarrollo de su libre personalidad, que es la expresión de la persona en su ámbito físico, psíquico y mental.

Como segundo punto, a partir del derecho a la identidad que goza una persona puede ejercer otro derecho que es consecuencia del primer derecho, este es el derecho a la herencia (otro de los derechos afectados), que está consagrado en primer lugar en el artículo 2, inciso 1° y 16° de la Constitución, como también en el artículo 1° del Código Civil.

Respecto a ello, el Principio de Interés Superior del Niño protege el derecho a la herencia, siendo uno de los derechos fundamentales del niño, debemos aclarar que la “herencia” es uno de los elementos que el niño va a gozar o es merecedor de dicho beneficio del que gozará plenamente de los padres o de su propia familia para su bienestar integral desde su crecimiento o desarrollo y a futuro. Según Santamaria (2017) El principio de interés superior del niño protege la herencia familiar porque implica la inclusión de dos ámbitos, tanto el ámbito monetario o material como también el ámbito psíquico, emocional o moral, con el fin de que el niño pueda tener un equilibrio o estabilidad en su desarrollo integral durante su crecimiento y a futuro, cuando este sea adulto (p. 72).

Es por ello que en el entorno familiar o en su propia familia el niño debe encontrar su estilo educativo, formación, su cultura, costumbres, religión, las relaciones afectivas, y también los bienes materiales que podrá adquirir de acuerdo a ley, con el fin de que viva en un ambiente sano, seguro, estable y tenga una buena calidad de vida desde su infancia hasta el adulto que llegará a ser, todos estos aspectos son esenciales y beneficiosos para el niño, es parte del interés del infante o del hijo.

Debemos dilucidar que se debe prestar atención y tener en cuenta las necesidades del niño en el presente y las situaciones que se pueden presentar en el futuro con relación al infante, es decir, la herencia es un derecho que le pertenece al niño y que podrá gozar cuando este sea adulto luego del fallecimiento de sus padres o familiares en el momento adecuado con el fin de buscar una seguridad y estabilidad de vida y fortalecer el proyecto de vida en unos años, pues el deber y la responsabilidad de los padres es velar y proteger, el interés y el bienestar integral del hijo en el ahora y mañana, tanto económica, material, psicológica, espiritual y emocional, tal como lo menciona el artículo 18° de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Y, como tercer punto, otro derecho del niño que se vulnera y que no se podrá reparar el daño por más que realicen una reforma al código civil respecto a la filiación y al derecho sucesorio, es el derecho a vivir en familia (art. 8° del Código de los Niños y Adolescentes), esto se refiere a que el menor tiene derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de una familia, a vivir en una familia funcional, conformado de padre y madre, que la misma naturaleza le brinda al ser humano.

La familia es una institución natural y un pilar importante para la sociedad, en donde el ser humano se forma, se desarrolla, se educa y adquiere como también fortalece su personalidad y las buenas costumbres para un buen obrar dentro de una sociedad y el Estado.

La importancia de la familia está regulada en el artículo 4° y 7° de la Constitución Política del Perú que establece que la familia es una institución natural y fundamental para la sociedad y que obliga al Estado a prestarle protección debida.

Entonces, de acuerdo a ello, el Principio del Interés Superior del Niño, protege rígidamente el derecho a la familia, porque este derecho implica un espacio fundamental para el desarrollo integral de los seres humanos. La familia tiene un rol garantista que tiene la finalidad de satisfacer las necesidades materiales, afectivas y psicológicas porque es un instituto básico, natural y fundamental de la sociedad para el desenvolvimiento y bienestar de todos los miembros, especialmente de los niños, que son los seres más vulnerables y están en pleno desarrollo y crecimiento. (Barletta, 2018, pág. 102)

Debemos recordar que el derecho a la integridad es un derecho que se relaciona al derecho al desarrollo integral y que constituye la construcción de la personalidad en el ser humano, y esto se hace posible en el seno familiar.

Respecto al desarrollo integral, es importante desarrollar en este espacio la importancia que tiene el derecho a vivir en familia en el desarrollo integral del niño, porque el desarrollo integral abarca tanto el ámbito físico, moral, espiritual, social, cultural como también el psicológico, y este último es el ámbito más delicado y que genera un impacto en el desarrollo y personalidad del infante.

Si bien es cierto, la familia ha tenido con el paso del tiempo diferentes cambios estructurales en la sociedad, y respecto a ello, el Comité de Derechos del Niño se ha pronunciado al respecto, sin duda el Comité ha reconocido que los cambios estructurales de la familia han cambiado, y que la estructura natural de la familia se ha ido alterando por la sociedad misma, pero también afirma que esto último va afectando a los niños en la convivencia con ellos, genera impacto en su desenvolvimiento y desarrollo porque la crianza de los niños es expuesta a un riesgo y peligro.

Con lo mencionado en el párrafo anterior, centrándonos en nuestro ordenamiento jurídico, la Constitución reconoce el derecho a la familia, pero este derecho como todos los derechos deben responder o estar acorde a la dignidad humana o del hombre (art. 3°), de acuerdo a ello, se desprende el derecho a una familia funcional que garantiza las potencialidades del ser humano, en la medida que la subsistencia del niño no es probable sin un entorno que le brinde cuidado y atención, donde el niño pueda reconocer los roles parentales e identificar la función paternal y maternal (Barletta, 2018, pág. 104).

De forma complementaria, lo mencionado en el párrafo anterior está relacionado con lo dicho en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 que señala lo siguiente:

El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de seguridad moral y material.

Asimismo, el derecho a la familia está fundamentado en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño al establecer que la familia es un grupo fundamental de la sociedad, por tratarse del medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros, es por ello que el niño para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.

Por lo cual, es una obligación del Estado de asumir su responsabilidad respecto a la atención que debe brindarle a la familia para que esta tenga un carácter funcional a fin de que logre garantizar el desarrollo pleno y armonioso del niño.

Con relación al desarrollo integral del niño específicamente en el ámbito psicológico y mental del infante que influye en el desenvolvimiento de su personalidad, se ha realizado estudios tanto biomédicos, psicológicos como sociológicos sobre lo grave y la afectación que se le causa a su personalidad y psiquis al niño cuando no crece en una familia funcional o cuando se le priva al infante a uno de sus padres de manera deliberada, especialmente cuando no crece sin la figura paterna.

Calvo (2015) comenta que los tiempos actuales y en adelante la función paterna está siendo desvalorizada progresivamente, existe un convencimiento social generalizado que el modelo social ideal y dominante es el consistente en la relación madre e hijo y que la figura paterna no es necesaria en la familia porque solo es un “adorno” en la relación madre-hijo y que no es fundamental o primordial para el crecimiento y desarrollo de los hijos (pág. 3).

Popenoe citado por Calvo (2015) afirma que “los padres son mucho más que simplemente los segundos adultos del hogar. Los padres implicados traen múltiples beneficios a los niños que ninguna otra persona es capaz de aportar” (pág. 4).

Lo dicho anteriormente está comprobado debido al estudio científico que se realizó en Estados Unidos al mando de la organización científica y educativa *National Center for Fathering*, fundada por el doctor Ken Canfield acerca de la influencia paterna en el desarrollo personal y social del niño, y los resultados revelaron que los niños que gozaron de la presencia física y psíquica de un padre, tienen un mayor coeficiente intelectual, mayor capacidad lingüística y cognitiva, son más sociables, tienen mayor autocontrol, sufren menos dificultades de comportamiento en la adolescencia, sacan buenas calificaciones, tienen el autoestima más alta, no suelen tener problemas con las drogas ni el alcohol, desarrollan más empatía y sentimientos de compasión hacia los demás e inclusive cuando se casan tienen matrimonios más estables y una mejor convivencia con sus propios hijos<sup>1</sup>.

Pinto (2017) afirma que la figura paterna incide en el establecimiento de la personalidad de los hijos y es primordial porque acompaña durante toda la vida del niño, por más que este se encuentre en la etapa de la adolescencia y la adulta, además refleja estabilidad emocional,

---

<sup>1</sup> Datos extraídos del estudio científico de la organización *National Center for Fathering*.

psíquica, espiritual y moral, por el contrario cuando la figura paterna está ausente o no es la ideal o es defectuosa, se presentan cuadros negativos en el comportamiento y en la personalidad de los niños, surge alteraciones en el comportamiento que en ciertas ocasiones los llevan a la ideación o imaginación de tener un padre ideal o en todo caso los llevan al suicidio. Por otro lado, en casos extremos, se presentan irregularidades manifestadas en patologías como trastornos cognitivos, psicóticos, dependencias y trastornos alimenticios (pág. 19).

Morales, citado por Pinto (2017), señala al respecto que es necesario un tipo de vínculo, aunque sea el mínimo entre padre e hijo con el fin de privilegiar el control del hijo, su comportamiento, porque genera un efecto numéricamente significativo para disminuir la probabilidad de una muerte emocional o psíquica de alta severidad que afecte su comportamiento, su actuar, su personalidad, es decir, perjudique su desarrollo integral (pág. 20).

Por otro lado, siguiendo la misma vertiente, la ausencia del padre es un problema social muy común y grave porque no podrá corregir, educar, acompañar ni tampoco darle fortaleza emocional de manera apropiada a los hijos afectando así su estado psíquico y emocional, haciendo que no se relacione correctamente con los demás dentro de una sociedad (Ramos, 2016, pág. 8).

Asimismo, es necesario recalcar que uno de los tipos de ausencia del padre es la muerte, como se sabe es un proceso natural que todo ser humano tiene que pasar y enfrentar cuando pierde a un ser querido, y esto tiene que ser superado de la mejor manera posible, especialmente cuando los niños tienen que enfrentar la muerte de un ser querido, y más difícil es aun cuando la muerte sucede de una manera espontánea, inesperada o sorpresiva, e inclusive cuando los niños no llegan a conocer a su padre a causa de la muerte; en estos casos extremos la madre debe encontrar la manera adecuada para explicar y acompañar al infante en el duelo, de lo contrario generará confusión en su pensamiento y sentir, provocará en el niño un desequilibrio en todos los ámbitos de su vida, tanto emocional como social.

En consecuencia, la muerte del padre genera que la familia se vuelva monoparental, y según estudios, Papalia citado por Ramos (2016) afirma que:

Los niños y adolescentes con este modelo de familia suelen irles bien en general, pero tienden a mostrar un “rezago social”, en comparación con los niños y adolescentes que viven con ambos padres y tienen una buena interacción con ellos, tienden a participar más en actividades extracurriculares. (pág. 13)

Centrándonos en el punto clave que es la muerte, se ha realizado un estudio bioético específico acerca del tema central de esta investigación - la fecundación *post mortem* -, centrándose en las consecuencias y el impacto que puede generar en la psiquis del niño que es llamado a la vida mediante esta técnica.

La investigación que realizaron los profesionales expertos en Ciencias de la Salud para la Revista Colombiana de Bioética de la Universidad de Colombia “El Bosque”, se centra en

demostrar o revelar las consecuencias que causa la fecundación *post mortem* en el niño. Estas son las más relevantes:

- Barbosa et al. (2015), afirman que “la fecundación *post mortem* es un procedimiento que tiene implicaciones muy significativas y que pueden desencadenar situaciones sociales y psicológicas adversas y lesivas para el niño” (pág. 176).
- Barbosa et al. (2015) afirman que “la privación del padre es diferente a la situación donde los niños pierden su padre después de la concepción” (pág. 176), porque la técnica de la fecundación *post mortem* implica que el niño concebido sea privado de un padre, la privación de un bien elemental para él.
- Barbosa et al. (2015), afirman que “los niños que son llamados a la vida mediante esta técnica se les deben desarrollar estudios y seguimientos para que de esta forma permitan ver el proceso de salud y bienestar psicológico” (pág. 176 -177).
- Barbosa et al. (2015), afirman que:

Existen mayores riesgos para la salud del niño, que beneficios; por eso, la decisión que se tome por parte de cualquier profesional debe dar prioridad al bienestar del niño. Es importante entender que el deseo de la concepción póstuma es una expresión amorosa en la memoria del cónyuge perdido, pero la descendencia no tiene tal memoria. (pág. 177)

- Barbosa et al. (2015) señalan que todo niño se inclina a gozar de una paternidad, pero no cualquier paternidad sino una paternidad integral, esa paternidad que toda persona conoce, la que se hace cargo de los hijos, tanto económica como emocionalmente y cumplir con las responsabilidades de alimentar, vestir y educar a los hijos (pág. 178). Es cierto que no es común ver una paternidad integral hoy en día, pero es la natural a la que todo ser humano aspira, quiere lograr y tener porque nace de la naturaleza humana y va acorde a la dignidad del hombre.

En concordancia con lo dicho anteriormente por parte de los expertos, nos deja en claro que es mejor no arriesgar el bienestar de un niño con técnicas que pueden dañar el desarrollo integral de ese ser humano vulnerable a quien llaman a la vida de una forma no natural porque es posible que provoque fuertes repercusiones para su buen desarrollo.

Es menester aclarar que, si en una situación natural y espontánea es difícil y dolorosa la pérdida del padre que tiene que afrontar un niño afectando su estado psicológico y emocional, más grave será la situación generada a causa de la fecundación *post mortem*, en primer lugar: explicarle el cómo vino a la vida, el origen biológico al niño, por más que la madre busque medios o maneras adecuadas con el fin de no afectar su psiquis, el niño de todas formas merece saber la verdad sobre su origen y en segundo lugar que es lo más delicado y perjudicable, es afrontar y combatir la realidad de vivir y crecer sin un padre, ocasionada por la voluntad deliberada y predeterminada de la madre.

Es cierto que últimamente se ven hogares monoparentales, y por la coyuntura que se está viviendo actualmente acerca del empoderamiento de la mujer, y la perspectiva que se tiene acerca de que las madres solas o solteras pueden con la educación y la formación de los hijos, que incluso la misma sociedad asienta que ellas sobran y bastan con relación a la crianza de los hijos, pero los estudios y la realidad del problema muestra todo lo contrario, efectivamente algunos hogares tienen la suerte de que los niños crezcan de forma sana, a pesar de la falta de uno de los padres, o en este caso a falta del padre; pero no en todos los hogares se muestran resultados satisfactorios o buenos, de todas formas se genera un perjuicio para el niño, y con la fecundación *post mortem*, se le está cercenando al niño e incluso antes de que nazca, el derecho a vivir en el seno de una familia, se le está privando de manera deliberada de gozar de un padre. Todo niño merece tener a ambos padres en su crecimiento y desarrollo, es parte de la naturaleza humana y tener una familia funcional es algo tan natural y esencial, que hace honor y mérito al respeto de la dignidad humana.

Como punto complementario, no podemos hablar de derecho ni de justicia si no velamos por los derechos futuros de un ser humano, recordemos que el derecho de una persona termina cuando empieza el derecho de otro, siguiendo esta línea, los derechos e intereses de terceros, no pueden estar por encima de los derechos de los niños, no se debe negociar y violar los derechos de un ser humano, especialmente de un ser vulnerable, que es un niño.

En este orden de ideas, es pertinente traer a colación y dejar por asentada la postura de que no existe como tal el derecho a ser padres como algunos autores afirman y que anexan ese “supuesto derecho” con el derecho a la reproducción, la libre sexualidad y el derecho a acudir a las técnicas de reproducción para así fortalecer el supuesto “derecho a ser padre”. Respecto a ello, debo señalar que ese supuesto derecho a ser padre es más que nada un mero deseo más no un derecho, un deseo que quiere ser impuesto como derecho, y si analizamos la situación, ese deseo pierde el estatuto de deseo porque el deseo es una posibilidad de que ocurra o no un determinado anhelo. Siguiendo la misma línea, el deseo casi nunca en la realidad será jurídicamente viable y éticamente posible, todo lo que deseamos probablemente puede estar en contra del derecho y la justicia. En otras palabras, el deseo tiene límites y condiciones que si no se abstienen pueden desatar irregularidades, injusticias y peligros específicamente en el ámbito del derecho.

Según las psicoanalistas Álvarez y Galarraga (2018) afirman que desde el principio el deseo de ser padre es más una posibilidad que un derecho como tal, porque un derecho nunca puede transgredir otros derechos o estar fundamentado en criterios injustos para ser reconocido; un derecho debe ser legítimo y justo sin lesionar los derechos ni la integridad del ser humano, por lo que el deseo de ser padre es una posibilidad y esa posibilidad cae en el hecho peligroso de ser padre a cualquier precio, y eso es algo que está en contra del derecho, nadie tiene permitido de hacer lo que quiera dentro de un Estado, el libre albedrío tiene límites. Además, cabe recalcar que ningún ser humano es dueño de otro, eso pasa con el niño y los padres, el niño no puede ser utilizado como un objeto, medio o fin para satisfacer un deseo al igual que acudir a una tercera persona como material biológico para poder satisfacer el deseo de ser padres (lo que ocurre en las técnicas de reproducción humana asistida).

Asimismo, Cárdenas (2013) al respecto afirma lo siguiente:

Debe tenerse en cuenta, en cuanto a la relación del hijo con la madre que, como señala Roberto Vásquez, la maternidad debe entenderse en función del hijo y no al revés; hablar, por ejemplo, de que la mujer tiene un derecho al hijo, haría de este último, que es fin en sí mismo, un medio al servicio de los deseos o intereses de otra persona. (pág. 45)

De esta manera, es posible suscitar todo un escenario de reflexión en torno a la presencia y efectividad del padre en la vida y los procesos de acompañamiento familiar que deben ser fortalecidos al interior de los hogares, entendiendo que los roles a desempeñar trascienden la provisión y lo material, y se instauran fundamentalmente en el aparato psíquico de los niños y adolescentes a partir de los cuidados parentales mediados por el componente emocional que puedan entretenerse en la vida cotidiana (Pinto, 2017, pág. 20).

Por otro lado, de acuerdo a la doctrina jurídica, la afectación del derecho a la integridad se llama daño psicosomático, que puede recaer indistintamente en el aspecto físico o psicológico, es definida como una alteración, modificación, perturbación o menoscabo de carácter patológico del equilibrio mental del sujeto, generalmente permanente y de reconocida magnitud (Barletta, 2018, pág. 75).

Por esta razón al adoptarse la doctrina de protección integral del niño, se instauró el Principio de Interés Superior del Niño con el fin de proteger los derechos e intereses del infante con el fin de garantizar la estabilidad de su integridad en todos los ámbitos de su vida.

Respecto a lo dicho en los párrafos anteriores, Cárdenas (2014), citando a Sambrizzi afirma que “la aceptación de la figura fecundación *post mortem* significaría privar al niño de la atención y la relación con su padre, lo que puede afectar su personalidad y desarrollo” (p. 87). De igual forma, se violaría el derecho a la identidad, porque conforme a nuestro ordenamiento jurídico el niño nacido por medio de dicha técnica no sería hijo de su padre muerto, entonces no habría filiación, no podría ese niño ser inscrito inmediatamente en el Registro del Estado Civil (artículo 7° del Código de los Niños y Adolescentes) y a la par no podría gozar de la herencia de su padre, de acuerdo a las normas del Derecho Sucesorio.

En otras palabras, con la fecundación *post mortem* se crea un ambiente familiar no óptimo para el niño, el cual no contribuiría a su desarrollo integral.

Por su parte, Pérez (2007) comenta a propósito que:

El acceso a las técnicas de mujeres solas y mujeres tras el deceso del cónyuge o conviviente resultan los modelos no idóneos de familia para el niño, pues, en este último sí que hay una “orfandad” premeditada, y si bien, el término no es el más apropiado, lo empleo en un sentido genérico, como ausencia perenne del rol paterno, y no sólo del padre, sino también de la familia paterna. Aquí sí que se construye un hogar monoparental. (p. 145)

Respecto a lo dicho anteriormente por el autor, efectivamente es un daño irreparable que se le causa al niño porque con la fecundación *post mortem* se está construyendo voluntariamente un hogar monoparental o un proyecto previamente planeado para ejecutarlo

en el futuro sin importar las consecuencias negativas que afrontará el niño, el hecho de no respetar el derecho de que este pueda relacionarse e interactuar con su padre.

Como dice Díaz de Terán Velasco, siguiendo a Pompedda y Vega, citado por Cárdenas (2013), afirma que:

La propia dignidad de persona humana del concebido exige el reconocimiento de su soberana autonomía tanto frente a sus padres como frente a la sociedad, agregando que: “...precisamente, la humanización de la procreación exige estimar el interés del hijo como guía de ponderación. Humanizar, por tanto, no significa confiar a una biotecnología sin restricción ética alguna la misión, sólo aparentemente humanitaria, de encontrar recursos para satisfacer cualquier posible deseo de fabricación de una familia, sino construir responsablemente el fundamento de la sociedad del mañana redescubriendo –muy especialmente en el terreno jurídico- el sentido y las exigencias de las relaciones personales naturales. (pág. 45)

Recordemos que antes de la vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño, se promulgó la Declaración de los Derechos del Niño en el año 1959, la cual establece en su preámbulo la siguiente premisa: “La humanidad debe al niño lo mejor que pueda darle”, a partir de esta premisa se puede entender que los Estados miembros deben velar por el bienestar del niño, por lo cual, si los Estados emiten leyes, estas deben atender al interés superior del niño, deben ser seguras, precisas y eficientes, sin ninguna ambigüedad, así lo establece su segundo principio, y también lo reafirma la Convención sobre los Derechos del Niño.

Finalmente, por todo lo expuesto, se necesita entonces una modificación total del artículo 7° de la Ley General de Salud, donde se establezca una prohibición expresa a la práctica de la fecundación *post mortem*, fundamenta dicha prohibición en el Principio de Interés Superior del Niño con el fin de garantizar la protección y respeto de este principio para salvaguardar los derechos como también el bienestar del niño.

#### **3.2.4. Fórmula legal**

Con el fin de proteger y respetar el Principio de Interés Superior del Niño, en el ámbito de la biotecnología, es menester modificar totalmente el artículo 7° de la Ley General de Salud N° 26842 para limitar el desarrollo científico de las biotecnologías, que son lesivas tanto para la mujer y el niño, como el caso de la fecundación *post mortem* que vulnera gravemente el Principio de Interés Superior del Niño. Para ello se ha planteado la siguiente propuesta de modificación del artículo 7° de la Ley:

**Artículo 7°.** – *Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, mediante el uso de la nanotecnología, con el fin de tratar el problema de manera natural, sin prácticas lesivas. Queda prohibida el uso de las técnicas de reproducción humana asistida.*

## Conclusiones

La fecundación *post mortem* desde la perspectiva de la Biojurídica y del Bioderecho es una técnica que no es ética y jurídicamente posible porque transgrede la dignidad y derechos del ser humano, utilizando al niño como un medio o mecanismo para satisfacer un interés o deseo de los progenitores, cercenando sus derechos humanos y fundamentales, y a la vez es una técnica que de alguna forma resulta paradójica frente a los principios y normas básicas que establecen los documentos y declaraciones que rigen los avances científicos y biotecnológicos, uno de ellos es el principio rector de la dignidad humana, que busca proteger a la persona humana de ciertos daños o lesiones que a veces causan los avances científicos como biotecnológicos.

El Principio de Interés Superior del Niño siendo un principio rector de la Convención sobre los derechos del Niño (siendo Perú estado parte), teniendo la función de protección y privilegiar los derechos de los niños frente a las arbitrariedades del Estado, la sociedad y la familia, tiene la legítima facultad y justificación de instaurarse como fundamento límite para la modificación total del artículo 7° de nuestra Ley General de Salud N° 26842 planteando una prohibición a la práctica de las técnicas de reproducción humana asistida (fecundación *post mortem*), las cuales resultan lesivas para el ser humano, con el fin de salvaguardar e imponer respeto a la dignidad, los derechos y el bienestar del niño.

## Recomendaciones

A fin de proteger y respetar el Principio de Interés Superior del Niño en todos los ámbitos donde involucren al niño, y esté en riesgo su dignidad, sus derechos y bienestar, como es en el caso del avance biotecnológico, es necesario que el legislador modifique totalmente el artículo 7° de la Ley General de Salud con la finalidad de prohibir la fecundación *post mortem*, de lo contrario seguiría existiendo una incoherencia jurídica en nuestro ordenamiento jurídico respecto a los derechos del infante.

Si bien es cierto, los avances biotecnológicos son de alguna forma benéfica para la humanidad (tanto para la salud y la vida), estos deben estar acorde y en sintonía con la dignidad humana y respetar los derechos humanos y fundamentales de toda persona, especialmente de los seres más vulnerables que son los niños desde la concepción. Dicho esto, es necesario que se plantee una nueva formulación del artículo 7° con el fin de prohibir las técnicas de reproducción humana asistida y se establezca la práctica de Naprotecnología que es un avance biotecnológico que sirve de gran ayuda a las mujeres al tratar de manera natural el problema de la infertilidad sin ocasionar lesiones ni a la mujer ni al niño (los embriones), no se arriesga la vida ni la salud de ningún ser humano interviniente.

Es por ello que urge que los científicos y profesionales de la salud investiguen con rigurosidad esta nueva ciencia que es la Naprotecnología y a la par sea regulada en nuestro país al ser un avance biotecnológico más adecuado, pertinente e idóneo en el ámbito de problemas de infertilidad porque no vulnera la dignidad, los derechos y el bienestar de la persona.

## Referencias Bibliográficas

- 1) Aguilar, G. (2008). El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Estudios Constitucionales*, 6(1),223-247. ISSN: 0718-0195. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=820/82060110>
- 2) Alza, C. (1995). El concebido in-vitro post mortem y sus derechos sucesorios. *Derecho & Sociedad*, (10), 28-41. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/14306>
- 3) Andorno, R. (2019). La dignidad humana como principio biojurídico y como estándar moral de la relación médico-paciente. *Arbor*, 195 (792), a501. doi: <http://dx.doi.org/10.3989/arbor.2019.792n2002>
- 4) Andorno, R. (2012). El principio de dignidad humana en el bioderecho internacional. *Boletín Del Consejo Académico De Ética En Medicina*, 8. de <http://ppct.caicyt.gov.ar/index.php/bcaeem/article/view/1059>
- 5) Andrango, F. (2018). *Fecundación Post Mortem Derecho a la Identidad y Derechos Patrimoniales de Niños, Niñas y Adolescentes*. (tesis de pregrado). Universidad Central del Ecuador. Quito. <http://www.dspace.uce.edu.ec/handle/25000/17446>
- 6) Aparisi, A. (2007). Bioética, bioderecho y biojurídica (Reflexiones desde la filosofía del derecho). *Dialnet*. ISSN 0518-0872, 63-84. <https://dialnet.unirioja.es/>
- 7) Aparisi, A. (2013). El Principio De La Dignidad Humana Como Fundamento De Un Bioderecho Global. *Cuadernos de Bioética*, vol. XXIV, núm. 2, 201-221
- 8) Aristóteles. (2008). *Ética Nicomáquea*. (Trad. Julio Pallí Bonet). Gredos: Madrid
- 9) Barbosa, S., Cárdenas, D., Patiño, J., Noguera, E., De Brigard, A., Echeverri, S., & Esguerra, R. (2015). Extracción de semen post mortem: aspectos éticos y legales. Descripción de caso y estudio en Colombia. *Revista Colombiana de Bioética*, 10(1),170-181. ISSN: 1900-6896. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=1892/189242405012>
- 10) Barletta, M. (2018). *Derecho de la Niñez y Adolescencia*. Lima: Fondo Editorial
- 11) Cárdenas, R. (2014). Autonomía de la voluntad y reproducción asistida. *CONSENSUS*. 19 (2), 73-90. <https://www.unife.edu.pe/>
- 12) Castidia, L., Ovideo, J., Silva, M., Ornelas, A., Herrera, A., Sánchez, J., Saúl, H., & Ramos, M. (2017). *Artavia Murrillo vs. Costa Rica*. Análisis crítico a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fallo sobre fertilización in vitro. Querétaro y Santiago
- 13) D'Agostino, F. (s.f.). *Ética y derecho en bioética*. Bioética. *Estudios de Filosofía del Derecho*
- 14) Domínguez, M. (2009). Breve referencia a la filiación post mortem. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, p. 195-217. <http://www.ulpiano.org.ve/revistas/indexarticulos.html>
- 15) Enguer, P. y Ramón, F. (2018). Dilemas bioéticos y jurídicos de la reproducción asistida en la sociedad actual en España. *Revista Latinoamericana de Bioética*, 18(1), 104-135. <https://doi.org/10.18359/rubi.3160>
- 16) Escribano, P. (2016). Algunas cuestiones que plantea la reproducción asistida post mortem en la actualidad. *Anuario de Derecho civil*, N° vol. 69, (4), p. 1259- 1320. <http://repositori.uji.es>
- 17) Esteban, R. (2018). *La primacía de la persona. Ética, bioética y sus principios morales*. Ediciones Rialp: Madrid.

- 18) Freedman, D. (2017). Funciones normativas del interés superior del niño. En: Jura Gentium, Revista de Filosofía de Derecho Internacional y de la Política Global. <https://www.juragentium.org/topics/latina/es/freedman.htm>
- 19) Gamboa, G. (2016). Las Técnicas de Reproducción Asistida (TRA) a la luz de la Bioética. Escritos. Vol. N° 24, Núm. 53. 319-344. <https://revistas.upb.edu.co/index.php/escritos/article/view/6755>
- 20) Gaona, G. (2019). La Regulación del Consentimiento paterno en las Técnicas de Reproducción Humana Asistida Post Mortem en el Perú. (Tesis de Pregrado). Universidad Nacional de Piura. <http://repositorio.unp.edu.pe/bitstream/handle/UNP/2140/DER-GAO-JIM-2019.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- 21) Gatica, N., y Chaimovic, C. (2002). “La justicia no entra a la escuela. Análisis de los principales principios contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño”, en La Semana Jurídica
- 22) González, A. (2009). Ficción e identidad. Ensayos de cultura postmoderna. Ediciones Rialp: Madrid.
- 23) González, A.M. (1996). Naturaleza y dignidad. Eunsa, Pamplona
- 24) López A. y K.J. (2018). Derecho a la identidad personal, como resultado del libre desarrollo de la personalidad. Ciencia Jurídica. (N° 14)
- 25) Kass, L. (2004). Life, Liberty & The Defense of Dignity: The Challenge for Bioethics. Encounter books: Estados Unidos
- 26) López-Contreras, R. (2015). Interés Superior de los niños y niñas: Definición y contenido. Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud, 13 (1), pp. 51-70
- 27) Moadie, V. (2015). Reflexión Crítica sobre la Fecundación Post-Mortem como Técnica de Reproducción Asistida en el ordenamiento jurídico colombiano y su incidencia en el ámbito filial y sucesoral. XI Jornadas de Sociología. Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires. <https://www.aacademica.org/000-061/327>
- 28) Martínez, V. (2013). Reflexiones sobre la dignidad humana en la actualidad. Investigaciones Jurídicas UNAM. V. 46, p. 39-67. [https://doi.org/10.1016/S0041-8633\(13\)71121-9](https://doi.org/10.1016/S0041-8633(13)71121-9)
- 29) Millán Puelles, (1976). Sobre el hombre y la sociedad, Rialp, Madrid
- 30) Núñez, J. (2019). El principio de la Dignidad Humana como fundamento de un Bioderecho en el Perú. (tesis de pregrado). Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo. Chiclayo, Perú. <http://tesis.usat.edu.pe/>
- 31) Pérez, L. (2007). Inseminación artificial y transferencia de preembriones post mortem: procreación y nacimiento más allá de los límites de la existencia humana. IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C., (20), 139-163. ISSN: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=2932/293222932009>
- 32) Plácido, A. (2015). Manual de Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes. Perú: Instituto Pacífico
- 33) Rendón, A. (s.f.). El bioderecho como investigación interdisciplinaria: una respuesta jurídica. Revista Amicus Curiae, IV (6), 1-22. <http://www.revistas.unam.mx/index.php/amicus/article/view/29297#:~:text=El%20bioderecho%20como%20investigaci%C3%B3n%20interdisciplinaria,hombre%2C%20entre%20los%20cuales%20se>

- 34) Rivera, K. (2018). La afectación del Principio del Interés Superior del Niño a partir de la presunción pater is est. *Revista Derecho & Sociedad*, N° 50, pp. 235-248
- 35) Santamría, S. (2000). Técnicas de Reproducción Asistida. Aspectos Bioéticos. Cuadernos de Bioética. 41°. ISSN: 1132-1989, 34-47. <http://aebioetica.org/cuadernos-de-bioetica/archivo-historico/ano-2000/numero-41.html>
- 36) San Martín, J. (1988). El sentido de la Filosofía del hombre. El lugar de la Antropología Filosófica en la filosofía y en la ciencia. *Anthropos*: Barcelona
- 37) Siverino, P. (2012). Una mirada desde la bioética jurídica a las cuestiones legales sobre la infertilidad en el Perú. *Revista Peruana de Ginecología y Obstetricia*, 58(3), 213-220. [http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2304-51322012000300009&lng=es&tlng=es](http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2304-51322012000300009&lng=es&tlng=es)
- 38) Torrecuadrada, S. (2016). El interés superior del niño. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XVI, 2016, pp. 131-157, México, D. F., ISSN 1870-4654 <https://revistas.juridicas.unam.mx/>
- 39) Spaemann, R. (1988). Sobre el concepto de dignidad humana”, en *Persona y Derecho*.
- 40) Spaemann, R. (2000). *Personas. Acerca de la distinción entre algo y alguien*, Eunsa, Pamplona
- 41) Schaefer, F. (2017). Bioderecho: ¿una disciplina autónoma? *Revista Bioética*, 25 (2), 282-289. <https://dx.doi.org/10.1590/1983-80422017252188>
- 42) Sepulveda, M. (2009). La dignidad humana como un valor ético jurídico implicado en la bioética y el bioderecho. *Misión Jurídica*, 2(2), 99-131. <https://revistas.unicolmayor.edu.co/index.php/mjuridica/article/view/405>
- 43) Trevizo de la Garza, A. (2014). Dilemas bioéticos que se desprenden de la fertilización in vitro y gestación subrogada: Diálogo multidisciplinario con expertos. (tesis de postgrado). Universidad Nacional Autónoma de México.
- 44) Tomás de Aquino. (1993). *Summa Theologica*, I-I, Cuestión 42, artículo 4, edición de Biblioteca de Autores Cristianos: Madrid
- 45) Urtecho, J. (2018). El derecho a la procreación de la cónyuge supérstite mediante la fecundación médica asistida post mortem en el Perú. (Tesis de Pregrado). Universidad Nacional de Trujillo. <http://dspace.unitru.edu.pe/handle/UNITRU/10984>
- 46) Valverde, R. (2014). ¿Debería permitir la futura ley peruana sobre técnicas de reproducción humana asistida (teras) la figura del “embarazo post mortem”? *VOX JURIS*, ISSN: 1812-6804. Lima (Perú) 28(2): 161-187. <https://www.aulavirtualusmp.pe/>
- 47) Varsi, E. (2005). Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe. El principio de libertad personal y el principio de legalidad. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 742. <https://jus.com.br/artigos/6997>
- 48) Varsi, E. (2000). Bioética, Genoma y Derechos Humanos: efectivizando la protección de la humanidad. *IUS ET VERITAS*, 10 (21), 264-280.
- 49) Zermatten, J. (2003). “El interés Superior del Niño. Del Análisis literal al Alcance Filosófico”. Informe de Trabajo, pp. 1-30. [http://www.childsrighs.org/html/documents/wr/2003-3\\_es.pdf](http://www.childsrighs.org/html/documents/wr/2003-3_es.pdf)

- 50) Tintant, E. (2012). Principios jurídicos y principios bioéticos. Separación, vinculación, integración. *Revista de la Facultad de Derecho PUCP. Bioética y Desarrollo*, 69, 45-63.
- 51) Bavo, P. S. (2021). Bioética y Derecho: La Importancia De Promover La Formación En Bioética Jurídica. *Ius Inkarri*, (3), 167–176. <https://doi.org/10.31381/iusinkarri.vn3.4148>
- 52) Cárdenas Krenz, R. (2013). La información sobre el origen biológico como derecho fundamental de la persona. *Lumen*, (9), 39–48. <https://doi.org/10.33539/lumen.2013.n9.505>
- 53) De Lorenzi, M. (2015). *El derecho a conocer los orígenes biológicos. La necesidad de su reconocimiento para garantizar el derecho a la identidad personal de los adoptados y nacidos por reproducción humana asistida* [Tesis doctoral, Universitat de Barcelona]. Dipòsit Digital de la Universitat de Barcelona <http://hdl.handle.net/2445/96722>
- 54) Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-17/2002. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
- 55) Calvo, M (2015). La importancia de la figura paterna en la educación de los hijos: estabilidad familiar y desarrollo social. *The Family Watch*. <https://www.thefamilywatch.org/wp-content/uploads/Informe20151.pdf>
- 56) National Center for Fathering (s.a.). *Las consecuencias de la falta de padre*. <https://fathers.com/the-consequences-of-fatherlessness/>
- 57) Pinto, J. (2017). *La figura paterna y su incidencia en la construcción de imaginarios sociales sobre paz de niños y niñas en el espacio escolar* [Tesis magistral, Universidad Distrital Francisco José de Caldas] Repositorio Institucional de la Universidad Distrital Francisco José de Caldas <http://hdl.handle.net/11349/7494>
- 58) Ramos, V. (2016). Padre ausente y rasgos de personalidad [Tesis de licenciatura, Universidad Rafael Landívar] <http://recursosbiblio.url.edu.gt/tesisjcem/2016/05/42/Ramos-Victoria.pdf>
- 59) M. Álvarez y G. Galarraga. (30 de octubre del 2018). *¿Quieres lo que deseas? Excentricidades del deseo, disrupciones de goce*. PsiAra. [http://www.psiara.cat/view\\_article.asp?id=4850](http://www.psiara.cat/view_article.asp?id=4850)