

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

ESCUELA DE POSTGRADO

MAESTRÍA EN DERECHO DE FAMILIA



PROBLEMÁTICA DE LA FILIACIÓN EN LA REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA, AREQUIPA – 2017.

Tesis presentada por la Bachiller:

KATIA SCARLET REYES LOAIZA

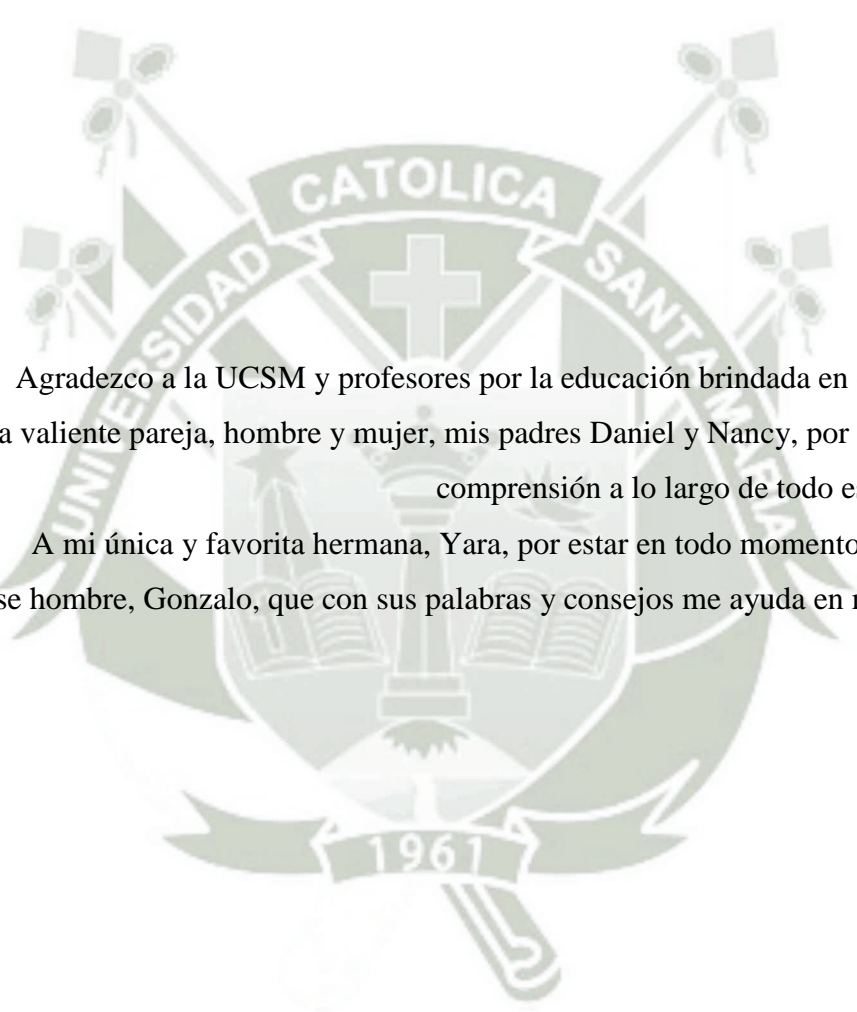
Para optar el Grado Académico de:

MAESTRO EN DERECHO

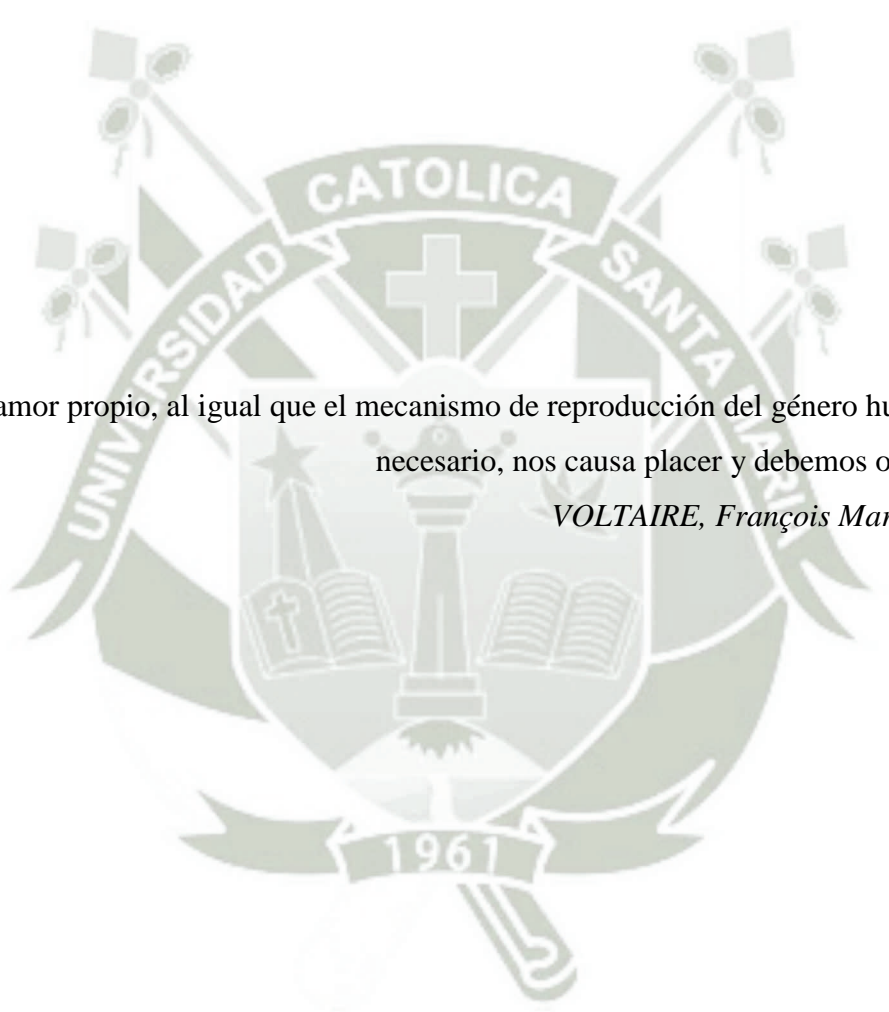
Asesor. Dr. Eliseo Chávez Chávez

AREQUIPA – PERÚ

2017



Agradezco a la UCSM y profesores por la educación brindada en estos años,
A esa valiente pareja, hombre y mujer, mis padres Daniel y Nancy, por su apoyo y
comprensión a lo largo de todo este tiempo,
A mi única y favorita hermana, Yara, por estar en todo momento a mi lado,
A ese hombre, Gonzalo, que con sus palabras y consejos me ayuda en mi camino.



“El amor propio, al igual que el mecanismo de reproducción del género humano, es necesario, nos causa placer y debemos ocultarlo.”

VOLTAIRE, François Marie Arouet

INDICE GENERAL

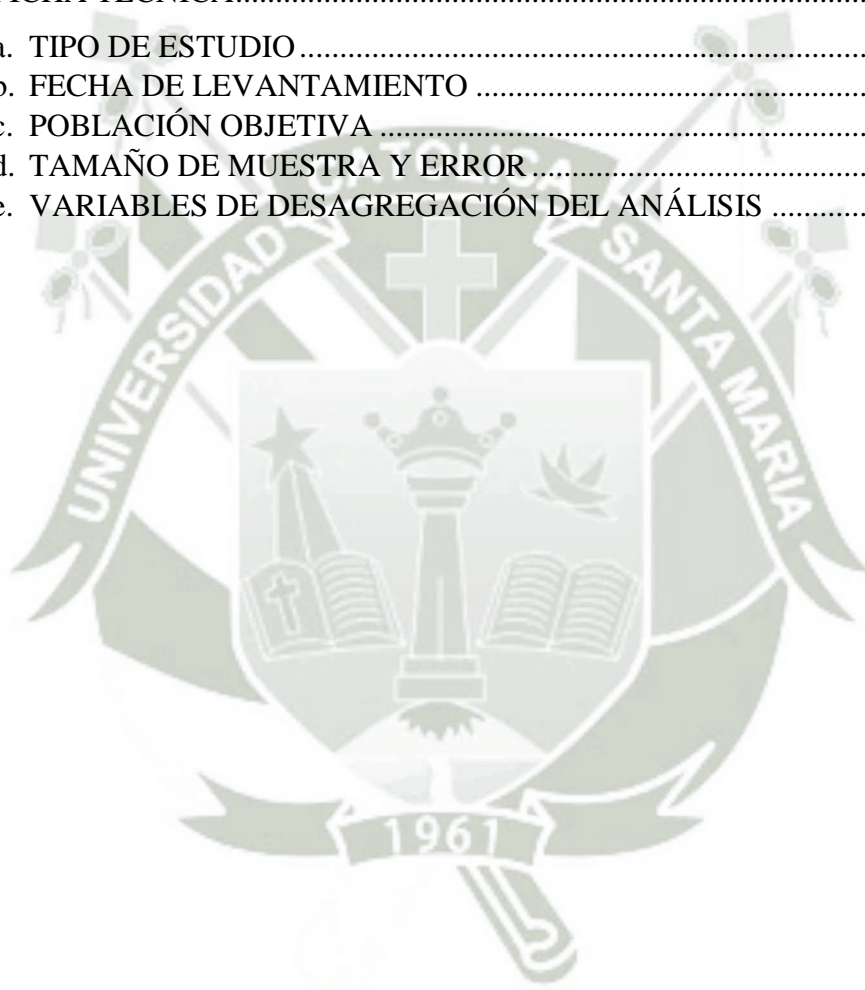
RESUMEN.....	9
ABSTRACT	10
INTRODUCCIÓN	11
CAPÍTULO I: CONCEPTOS PRELIMINARES	14
SUB CAPÍTULO I: REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.....	14
A. INFERTILIDAD Y ESTERILIDAD	14
B. LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS.....	16
C. DERECHO A LA PROCREACIÓN	17
D. TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.....	17
1. CLASIFICACIÓN DE LAS TERAS	18
a. CLASIFICACIÓN DE LAS TÉCNICAS INTRACORPÓREAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA (A., 1994)	18
b. CLASIFICACIÓN DE LAS TÉCNICAS EXTRACORPÓREAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA	20
1) TÉCNICAS SIN MICROMANIPULACIÓN DE GAMETOS	20
2) TÉCNICAS CON MICROMANIPULACIÓN DE GAMETOS	21
2. FORMAS UTILIZADAS.....	21
a. INTERCONYUGAL.....	21
b. SUPRACONYUGAL.....	22
1) MADRE PORTADORA	23
2) MADRE SUSTITUTA.....	23
3) OVODONACIÓN	23
4) EMBRIODONACIÓN	24
3. PRINCIPIOS RELACIONADOS CON LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.....	24
a. PRINCIPIO DE RESPETO DE LA DIGNIDAD HUMANA	25
b. PRINCIPIO DE PRIMACÍA DEL SER HUMANO Y DE DEFENSA DE LA VIDA FÍSICA	26
c. PRINCIPIO DE AUTONOMÍA Y RESPONSABILIDAD PERSONAL ..	26
d. PRINCIPIO DE TOTALIDAD O PRINCIPIO TERAPÉUTICO.....	27
e. PRINCIPIO DE SOCIABILIDAD Y SUBSIDIARIDAD.....	27
f. PRINCIPIO DE BENEFICENCIA Y AUSENCIA DE DAÑO.....	28
g. PRINCIPIO DE IGUALDAD, JUSTICIA Y EQUIDAD	28
h. PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.....	28

4.	LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN EL PERÚ.....	31
a.	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ.....	31
b.	CÓDIGO CIVIL	32
c.	DECRETO LEGISLATIVO N° 823, LEY DE PROPIEDAD INDUSTRIAL	35
d.	LEY N° 27337. CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTE.....	35
e.	LEY N° 26842, LEY GENERAL DE SALUD	36
f.	LEY 27104, LEY DE PROTECCIÓN DE RIESGOS DERIVADOS DEL USO DE BIOTECNOLOGÍA	38
 SUBCAPÍTULO II: FILIACIÓN		39
A.	LA FAMILIA	40
1.	PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE LA REGULACIÓN JURÍDICA DE LA FAMILIA.....	41
a.	PRINCIPIO DE PROTECCIÓN DE LA FAMILIA	42
b.	PRINCIPIO DE PROMOCIÓN DEL MATRIMONIO	43
c.	PRINCIPIO DE AMPARO DE LAS UNIONES DE HECHO.....	43
d.	PRINCIPIO DE IGUALDAD DE CATEGORÍAS DE FILIACIÓN	44
2.	TIPOS DE FAMILIA	45
a.	ENTIDADES FAMILIARES EXPLÍCITAS, PALMARIAS O EXPRESAS	45
1)	FAMILIA NUCLEAR.....	45
2)	FAMILIA EXTENDIDA.	45
3)	FAMILIA COMPUESTA	46
b.	ENTIDADES FAMILIARES IMPLÍCITAS O TÁCITAS.....	46
1)	FAMILIA MONOPARENTAL	46
2)	FAMILIA ENSAMBLADA.....	47
B.	PARENTESCO	47
C.	FILIACIÓN.....	48
1.	CLASES DE FILIACIÓN.....	48
a.	PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD.	49
b.	PRESUNCIÓN DE MATERNIDAD	50
1)	EL PARTO	51
2)	LA IDENTIDAD DEL HIJO	52
c.	FILIACIÓN ADOPTIVA.....	52
2.	EL DERECHO DEL NIÑO DE CONOCER LA IDENTIDAD DE SUS PADRES.....	52

CAPÍTULO II: RESULTADOS.....	56
SUBCAPÍTULO I: LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN EN LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA	57
A. TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HOMÓLOGAS Y LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN	58
1. REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA HOMÓLOGA CON EL CONSENTIMIENTO DE AMBOS CÓNYUGES	59
a. HIJO NACIDO DENTRO DE LA PRESUNCIÓN PATER IS Y MATER IS	59
b. HIJO NACIDO FUERA DE LA PRESUNCIÓN PATER IS Y MATER IS	60
2. REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA HOMOLOGA SIN EL CONSENTIMIENTO DE AMBOS CÓNYUGES	61
3. REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA EN UNA PAREJA ESTABLE NO CASADA.....	62
a. REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA APLICADA CON EL CONSENTIMIENTO DEL CONVIVIENTE	62
B. TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA HETERÓLOGAS Y LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN.....	64
1. REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA HETERÓLOGA Y DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN PATERNA.....	66
a. REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA HETERÓLOGA CON EL CONSENTIMIENTO DEL VARÓN QUE NO APORTA MATERIAL GENÉTICO	66
b. REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA HETERÓLOGA SIN EL CONSENTIMIENTO DEL VARÓN QUE NO APORTA MATERIAL GENÉTICO	67
2. REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA HETERÓLOGA Y DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN MATERNA	68
C. DETERMINACIÓN DE LA PATERNIDAD Y MATERNIDAD EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA	71
1. LA PREVALENCIA DEL DESARROLLO TÉCNICO	71
2. LA PROTECCIÓN A LA PERSONA	72

SUBCAPÍTULO II: ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS DADAS EN NUESTRO PAÍS	77
A. CASACIÓN 5003-2007-LIMA	77
B. EXPEDIENTE 183515-2006-00113-LIMA.....	79
C. CASACIÓN 4323-2010-LIMA	80
D. CASACIÓN 563-2011-LIMA	82
SUBCAPÍTULO III: ANÁLISIS DE LA NECESIDAD DE REGULACIÓN DE TEMAS RELACIONADOS CON LA APLICACIÓN DE LAS TERAS	85
A. RESPECTO DE LAS GENERALIDADES DE LOS ENCUESTADOS	85
B. REFERENTE A LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA EN GENERAL	90
C. SOBRE LA RELACIÓN TERAS – FILIACIÓN	108
SUBCAPÍTULO IV: PRESUPUESTOS Y PRINCIPIOS VINCULADOS, AFECTADOS Y PROPUESTOS CON LA RELACIÓN FILIACIÓN-TERAS Y SU NECESIDAD DE REGULACIÓN	118
A. PRESUNCIONES DE PATERNIDAD Y MATERNIDAD	118
1. PRESUNCIÓN DE MATERNIDAD.....	118
2. PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD	120
B. PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.....	123
C. “INTER PATERNITATEM E INTER MATERNITTEM”	125
SUBCAPÍTULO V: PROYECTO DE LEY PROPUESTO.....	128
A. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS	128
B. EFECTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL	129
C. ANÁLISIS COSTO – BENEFICIO	129
D. FÓRMULA LEGAL.....	130

CONCLUSIONES	132
SUGERENCIAS	134
BIBLIOGRAFÍA	135
ANEXOS.....	139
A. PROYECTO DE TESIS	139
B. ENCUESTA	159
1. FICHA TÉCNICA.....	159
a. TIPO DE ESTUDIO	159
b. FECHA DE LEVANTAMIENTO	159
c. POBLACIÓN OBJETIVA	159
d. TAMAÑO DE MUESTRA Y ERROR	159
e. VARIABLES DE DESAGREGACIÓN DEL ANÁLISIS	160



RESUMEN

La presente tesis abordará el tema de la determinación de la filiación materna y paterna cuando un niño es concebido a través de las técnicas de reproducción humana asistida (TERAS), situación ya presentada en el país, donde nuestros Órganos Jurisdiccionales han resuelto conflictos de intereses e incertidumbres jurídicas sin establecer directrices generales, por lo que, se debe analizar el actual conjunto de normas existentes en nuestro país y evaluar una solución específica para la determinación de la filiación en la Reproducción Humana Asistida, a fin de establecer si las actuales presunciones de paternidad y maternidad son aplicables a la luz de los avances científicos o en su defecto deben ser modificadas.

Entonces, diremos que, la determinación de la maternidad y paternidad debe de ser analizada según el caso concreto, es por ello que, la presente tesis abordará la relación PRESUNCIONES – FILIACION - TERAS, analizando desde diversas aristas cada uno de estos elementos, pasando por la actual determinación de la filiación en la reproducción humana asistida tanto en la doctrina nacional, como la comparada; seguidamente, se analizaron sentencias de nuestro país donde se abordan temas de derecho genético y reproducción humana, para poder determinar mediante una encuesta a abogados de Arequipa, la necesidad de regulación de temas relacionados con las TERAS, con los resultados que arrojaron las encuestas se analizaron los presupuestos y principios que se verían involucrados en una eventual reformulación de la determinación de la paternidad y maternidad; y, finalmente se reformularon las presunciones de paternidad a través de un proyecto de ley.

PALABRAS CLAVES

Filiación – Reproducción - Paternidad

ABSTRACT

The present thesis will address the issue of determination of maternal and paternal filiation when a child is conceived through assisted human reproduction techniques (TERAS), a situation already presented in the country, where our Jurisdictional Organs have resolved conflicts of interest and Legal uncertainties without establishing general guidelines, therefore, it is necessary to analyze the current set of existing norms in our country and to evaluate a specific solution for the determination of filiation in Assisted Human Reproduction, in order to establish whether the current presumption of paternity And maternity are applicable in the light of scientific advances or in their absence must be modified.

Then, we will say that the determination of motherhood and paternity should be analyzed according to the specific case, which is why, this thesis will address the relationship PRESUMES - FILIACION - TERAS, analyzing from several edges each of these elements, passing through The present determination of filiation in human reproduction assisted in both national and comparative doctrine; Next, we analyzed judgments of our country where genetic rights and human reproduction issues are addressed, in order to determine, through a survey of Arequipa lawyers, the need for regulation of topics related to the TERAS, with the results that the surveys were analyzed The budgets and principles that would be involved in an eventual reformulation of the determination of paternity and maternity; And, finally, the presumptions of paternity were

KEY WORDS

Filiation - Reproduction - Paternity

INTRODUCCIÓN

Desde los primeros días de la humanidad, la reproducción y, por ende, la fertilidad de mujeres y hombres fueron temas que inquietaron al ser humano, esto debido a que la procreación es un proceso derivado de la propia naturaleza humana; y, porque el hombre, debido a su inteligencia, tiene la capacidad de proyectarse más allá de su realidad, a través de la reproducción. Así, desde mediados del siglo pasado han sucedido avances con consecuencias espectaculares e impensables en el campo de la genética y de la biología molecular que despertaron un renovado interés no sólo en el campo de la ciencia biológica, sino en la ciencia jurídica; puesto que, estos avances tienen consecuencias jurídicas relevantes para el desenvolvimiento de la sociedad jurídicamente organizada.

Uno de estos avances, son las diversas técnicas de reproducción humana asistida, que como fin principal pretenden reducir los niveles de infertilidad de las parejas que tienen como anhelo la creación de una familia, por los medios naturalmente conocidos. Es así que, con la presente tesis se pretende realizar un estudio de uno de los problemas que esta nueva forma de reproducción puede traer consigo, como los problemas de filiación, en la determinación de la paternidad y maternidad.

En el proyecto de investigación presentado con anterioridad, se delimitaron los parámetros a seguir en la presente investigación; donde se pretende dar solución a un problema jurídico; por lo tanto, el presente ha sido delimitado en dos grandes capítulos: Capítulo I, Conceptos Preliminares y Capítulo II, Resultados:

En el Capítulo I, se tomaron en cuenta los siguientes subcapítulos:

- En el Sub Capítulo I, se analizarán las diversas técnicas de reproducción humana asistida, dando especial importancia a las técnicas que podrían generar un conflicto jurídico relacionado con la filiación.
- Seguidamente, en el Sub Capítulo II, se tocarán temas relacionados con la institución de la filiación, para de esta manera poder dar un alcance exacto de la

forma de determinación de esta figura, analizando las presunciones para su establecimiento.

Durante el desarrollo del Capítulo II denominado Resultados, se analizó la doctrina ya reseñada en Capítulo precedente, y se desarrollaron las técnicas planteadas en el proyecto de tesis, culminando con el respectivo aporte jurídico:

- Sub Capítulo I; Determinación de la filiación en la utilización de Técnicas de Reproducción Asistida.
- Sub Capítulo II; Análisis de Sentencias vinculantes al tema de Filiación y TERAS.
- Sub Capítulo III; Análisis de la Necesidad de Regulación, mediante la utilización y consecuente interpretación de encuestas aplicadas a letrados de la ciudad de Arequipa.
- Sub Capítulo IV; Presupuestos y principios vinculados a la inminente regulación de las TERAS en nuestro país.
- Sub Capítulo V; Proyecto de Ley propuesto.

Finalmente, en los dos siguientes capítulos se presentarán las conclusiones y sugerencias para una mejor utilización de las técnicas de reproducción humana asistida, tomando en cuenta los aspectos jurídicos que esta contempla.

Dentro de las limitaciones presentadas para la realización del presente, se tuvo una falta de bibliografía significativa a nivel nacional para poder recabar información jurídica sobre el particular; sin embargo, a nivel jurídico existen algunas sentencias que, debido a problemas jurídicos relacionados con las técnicas de fertilización asistida, generan interés en la comunidad jurídica.

Por lo tanto, al ya existir problemas jurídicos en nuestra sociedad, es menester determinar un lineamiento base para la regulación de las técnicas de reproducción humana asistida y prevenir futuros problemas, situación que se pretende alcanzar en las siguientes páginas de la investigación realizada

LA AUTORA.



CAPITULO I

CONCEPTOS PRELIMINARES

CAPÍTULO I: CONCEPTOS PRELIMINARES

SUB CAPÍTULO I: REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

La naturaleza de todo ser humano se circunscribe en las siguientes etapas: nacer, crecer, convivir y fallecer, siendo producto de dos personas, hombre y mujer que mantienen una relación dentro de una triada común y natural: “*vida (relación biovivencial), sexualidad (relación generacional) y familia (relación social)*” (Varsi Rospigliosi E. , Derecho Genético: Principios Generales, 2013).

Los patrones de la reproducción de los seres humanos son inconstantes, al adecuarse a los cambios que la propia realidad humana desarrolla; los patrones a los que se hace referencia juegan un papel importante en la salud de la población y sobre todo en las tendencias que ayudan a conceptualizar los nuevos tipos de familia y sobre todo la posición que se tiene respecto a la reproducción humana.

A. INFERTILIDAD Y ESTERILIDAD

La esterilidad es un problema que, actualmente hasta el 15% de parejas a nivel mundial sufren, consideraremos entonces a la infertilidad como: “*La ausencia involuntaria de embarazo después de un año de relaciones sexuales regulares, sin el uso de métodos que impidan el embarazo, construyendo entonces un problema de salud pública*”. (Hornstein, 1996), explicándose así, el gran interés que este problema acarrea en las diferentes ramas de la medicina, psicología y sociología; por lo que, el derecho debe intervenir para la reglamentación de ciertos procesos que pondrán solución a este problema, ello con el fin de evitar conflictos de interés o incertidumbres jurídicas.

Ahora bien, es menester, distinguir entre infertilidad y esterilidad:

- i. La esterilidad es como ya se indicó, la incapacidad de una pareja sexualmente activa de procrear, diferenciando entre esterilidad primaria, si la pareja nunca ha conseguido tener un hijo, y la esterilidad secundaria, cuando después de haber tenido hijos no consigue un nuevo embarazo.

- ii. La infertilidad se da cuando una mujer ha conseguido uno o más embarazos, pero no han llegado a término o incluso se ha producido la muerte del bebé horas después del parto, distinguiéndose entre infertilidad primaria, cuando embarazada la madre esta no llega a término o fallece el menor; y, la infertilidad secundaria, cuando la pareja ya tuvo hijos, pero cuando vuelve a quedar embarazada la madre no llega a término este segundo o siguientes embarazos.

Para investigar la causa de la ausencia de reproducción es necesario estudiar a ambos individuos, hombre y mujer; mundialmente se ha determinado que, el 40% de todas las parejas que no pueden concebir un vástago presentan una combinación de ambas causas infertilidad y esterilidad. Asimismo, se ha establecido la existencia de diversos factores coadyuvantes:

- El factor ovulatorio necesita una anamnesis exhaustiva, examen físico, probable detección de la ovulación y perfil hormonal para una evaluación completa.
- El factor tubo-peritoneal representa aproximadamente el 30% de las causas de infertilidad. Las principales opciones para evaluar este factor son la histerosalpingografía y la laparoscopia. La endometriosis tiene alta incidencia en las pacientes infértiles (48%) y se han propuesto varios mecanismos en la endometriosis relacionada con la infertilidad.
- El factor masculino está presente en el 30% de las parejas y varias enfermedades están relacionadas con la infertilidad masculina. El varicocele es la patología más frecuente, seguida de oligozoospermia idiopática.

El estudio de la infertilidad, tanto femenina como masculina, ha sido extensamente influido por el desarrollo de la biología molecular y la genética. Estas dos disciplinas ahora son cruciales para el estudio, diagnóstico y evaluación de las parejas infértiles.

Hoy en día la esterilidad es uno de los problemas de salud más comunes, siendo este un problema de pareja, tanto de un sólo individuo, como por incompatibilidad de la pareja; por lo que, se considera la infertilidad más que una enfermedad, siendo

considerado como el síntoma de una condición subyacente, o en su defecto una enfermedad endocrina o genital que afecta al sistema reproductivo de las personas. Los especialistas indican que cuando una pareja lleva practicando relaciones sexuales sin lograr un embarazo por un periodo de un año debe practicarse un examen para descartar la esterilidad e infertilidad en la pareja. Esto se ve plasmado en datos estadísticos: “25% logran el embarazo en el primer mes; 60% en 6 meses; 75% en 9 meses; 80% en un año, y 90% en 18 meses” (Rodríguez-Cadilla Ponce, 1997).

La concepción natural in vivo, por ciclo mensual en parejas normales en edad reproductiva que tienen relaciones sexuales de manera regular sin usar anticonceptivos, es de 60% aproximadamente. De esas concepciones, 50% abortan espontáneamente, antes del reconocimiento clínico del embarazo entre las 8 y 22 semanas de gestación. La otra mitad prosiguen como embarazos viables después de las 22 semanas. Es decir, de cada 100 óvulos expuestos a fertilización en parejas fértiles solo 30 tienen éxito. (Soules, 1985).

B. LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS

Al hablar de la reproducción humana asistida, debemos obligatoriamente hacer referencia a los derechos reconocidos a nivel internacional y nacional que amparan el derecho reproductivo de las personas.

La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer, define a estos derechos como “*aquellos derechos humanos que todo ciudadano, varón o mujer – sin importar su condición social, edad, raza, religión, estado civil u opción sexual – tiene al ejercicio pleno, libre y responsable de su sexualidad centrada – o no- en la procreación*” (Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, 1979).

Según Varsi Rospigliosi, estos derechos reproductivos permiten a las personas amplias facultades para:

- Disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental.
- Al acceso, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, a los servicios que incluyan la planificación familiar y la salud reproductiva.
- A ser atendidos en salud reproductiva sin ningún tipo de coacción.
- Decidir libremente y responsablemente el número y el espaciamiento de sus hijos y disponer de la información, educación y medios necesarios para poder hacerlo.
- Que las instituciones de salud velen porque se cumplan estos principios en todas las fases de la atención. (Varsi Rospigliosi E. , Derecho Médico Peruano, 2001).

C. DERECHO A LA PROCREACIÓN

Es aquella *“facultad individual que tiene toda persona para procrear con quien quiera, cuando quiera y como quiera”* (Medina, Derecho a la procreación, 1995), ello respondiendo a la facultad inherente de procrear como derecho derivado de la vida, la integridad y la libertad de la persona.

Este derecho a la procreación es un derecho relativo, pues la facultad de procrear es limitada, debiendo ser realizada dentro de ciertos parámetros, como son la defensa, respeto y consideración. Asimismo, se ha de considerar al interés superior del niño, que se analizará posteriormente, por ser uno de los principios fundamentales en los que se fundamenta el derecho de familia.

D. TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

Las técnicas de reproducción humana asistida *“son aquellos métodos técnicos que sirven para suplir la infertilidad en la persona, brindándole la posibilidad de tener descendencia. En ningún caso podemos decir que representan una terapia, puesto que nada curan, solamente paliar los efectos de la esterilidad.”* (Varsi Rospigliosi E. , Derecho Genetico, 2001).

La reproducción humana asistida es de larga data, los primeros vestigios de prácticas asistidas de reproducción las tenemos en los pueblos babilónicos y arábigos, quienes hallaron en *“ciertos vegetales el método de reproducción con cópula, ya que lograron polinizar artificialmente palmeras para conseguir mayor producción de dátiles”* (Veciana, 1957); ya en la Antigua Grecia y Roma, así como en el Siglo VI, se utilizó la técnica de reproducción asistida, inseminación artificial en animales.

Es en la edad Media, que, un médico árabe practica el baño en una tina con esperma para curar a sus pacientes con problemas de fertilidad; entre los años 1424 y 1474, el médico Anaud de Villanueva inseminó artificialmente a doña Juana de Portugal, segunda esposa de Enrique VI de Castilla, quien era considerado impotente. En 1799 se reporta el primer embarazo por inseminación artificial, siendo que, con el devenir de los años los avances fueron progresando hasta nuestros días.

Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en adelante TERAS) abarcan a todos aquellos métodos técnicos en los que, independientemente de las manipulaciones realizadas, sirven para suplir la infertilidad de una persona, obteniendo la posibilidad de tener una descendencia. Estas técnicas de fecundación asistida deben ser acogidas por el ordenamiento jurídico como técnicas que ayudan a solucionar un problema que podría catalogarse como enfermedad.

1. CLASIFICACIÓN DE LAS TERAS

a. CLASIFICACIÓN DE LAS TÉCNICAS INTRACORPÓREAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA (A., 1994)

En primer lugar, y haciendo referencia al origen de los gametos, las TERAS intracorpóreas pueden ser homólogas o heterólogas.

- Se entiende por técnica homóloga aquella en la que tanto el espermatozoide como el óvulo proceden de la pareja que se somete a la técnica correspondiente.

- Se entiende por técnica heteróloga aquella en la que ya sea uno de los gametos (óvulo o espermatozoide) o ambos, proceden de donantes ajenos a la pareja, por ejemplo, en el caso de la inseminación artificial efectuada

En segundo lugar, y haciendo referencia a la metodología seguida, podemos clasificar las TERAS intracorpóreas según el esquema siguiente:

- **IA: Inseminación artificial:** La Inseminación Intrauterina (IA) es un proceso en el cual se deposita de forma no natural los espermatozoides previamente capacitados y se coloca dentro del útero de la mujer, con el objeto de conseguir un embarazo.
- **IIUD: Inseminación intrauterina directa:** Es una técnica de fertilidad que consiste en depositar directamente en el útero (inseminación) un concentrado de espermatozoides sin el líquido seminal, de tal manera que los espermatozoides tengan mayor probabilidad de llegar a las trompas de Falopio, fertilizar al óvulo y aumentar las probabilidades de un embarazo exitoso.
- **IIP: Inseminación intraperitoneal:** La técnica consiste en colocar los espermatozoides tratados con la técnica de swim-up dentro de la cavidad abdominal. El objetivo es que, así como las trompas captan al óvulo del ovario también capten a los *espermatozoides*, de manera tal que el esperma recorra un camino inverso al que naturalmente realiza. Es decir que en vez de entrar por la vagina hasta el útero y de ahí acceder a las trompas, lo haga subiendo desde el abdomen hacia las trompas, donde fertiliza al óvulo. Este procedimiento es más doloroso que los anteriores a causa de la inyección, pero se realiza en el consultorio sin anestesia.
- **GIFT: Transferencia intratubárica de gametos (Gamete Intrafallopian Transfert):** Por este término entendemos una técnica

ginecológica usada en casos de infertilidad en los que, al menos, una de las dos trompas uterinas se mantiene íntegra. La GIFT es una técnica de reproducción asistida, que se caracteriza porque el personal técnico transfiere el óvulo y los espermatozoides, por separado, al cuerpo de la mujer, para posibilitar que puedan juntarse en la fecundación. El médico busca que la fecundación ocurra dentro del organismo, en el lugar más adecuado para la fecundación; la zona mejor preparada para el encuentro del óvulo con el espermatozoide es en una de las trompas del útero.

b. CLASIFICACIÓN DE LAS TÉCNICAS EXTRACORPÓREAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

En primer lugar, hay que indicar que de modo análogo a lo que sucede con las intracorpóreas, las extracorpóreas pueden ser homólogas o heterólogas, según se utilicen para la fecundación gametos de la pareja o procedentes de donantes.

Dado que, en estos métodos el embrión obtenido *In-Vitro* debe de ser posteriormente transferido al útero materno, existe la posibilidad de que esta transferencia no se lleve a cabo en el útero de la madre biológica sino en el de otra mujer (maternidad subrogada), estaríamos frente a profundas implicaciones éticas, para la aplicación de este tipo de Técnicas de Reproducción.

Desde el punto de vista metodológico las TERA extracorpóreas se pueden clasificar del modo siguiente:

1) TÉCNICAS SIN MICROMANIPULACIÓN DE GAMETOS

- **FIVET: Fecundación *In-Vitro* con transferencia de embriones:**
Es la técnica central de las TERA extracorpóreas, esta técnica posibilita la manipulación del embrión previa a su implantación

para fines diagnósticos, eugenésicos, experimentales o terapéuticos. La metodología utilizada, según lo explican los científicos, consiste en la estimulación ovárica a fin de extraer los ovocitos cuando estén listos a través de la punción del fondo del saco vaginal mediante un catéter guiado por ecografía. Esos ovocitos se maduran en un medio de cultivo a la vez que se recoge y capacita el espermatozoide y se realiza un co-cultivo de ovocitos y espermatozoides. En este momento es cuando se produce la fecundación.

2) TÉCNICAS CON MICROMANIPULACIÓN DE GAMETOS

- **SUZI: Inserción subzonal de espermatozoides:** consiste en inyectar espermatozoides por debajo de la cubierta del óvulo, que se llama zona pelúcida, y por fuera de su membrana.
- **ICSI: Inyección intracitoplásmica de espermatozoides (Intra-Cytoplasmatic Sperm Injection):** Fundamentalmente la técnica consiste en la inyección de un solo espermatozoide dentro del ovocito. El porcentaje de fecundación de los ovocitos que son maduros es de aproximadamente un 70%, lo que lo equipara a los porcentajes obtenidos en F.I.V. (60-70%). La elección de una técnica u otra (FIV o ICSI) en el laboratorio, debe realizarse en función de la historia médica de la pareja tratada.

2. FORMAS UTILIZADAS

Tanto las técnicas intracorpóreas y extracorpóreas pueden ser de forma interconyugal, supraconyugal o mixta

a. INTERCONYUGAL

Esta forma de fecundación es también llamada homóloga, en esta forma utilizada no se crea problemática jurídica alguna, puesto que entre las

personas involucradas existe un vínculo matrimonial, donde existen las presunciones de paternidad y maternidad que la ley establece.

b. SUPRACONYUGAL

También llamada heteróloga, crea situaciones que traen consigo problemas jurídicos, al carecer las partes intervinientes de una relación jurídica filial, donde no se podrían exigir el cumplimiento de ciertas obligaciones legales; esta forma se relaciona con la técnica de cesión de gametos, tanto productos biológicos del hombre (espermatozoides) como de la mujer (óvulos).

Esta forma de reproducción humana asistida tiene su fundamento en la libre disposición que toda persona tiene; sin embargo, el uso de TERAS ha disminuido constantemente la adopción; prefiriendo las parejas agotar todos los medios necesarios para poder procrear por lo menos con productos biológicos de un miembro de la pareja.

Siguiendo los lineamientos de la presente tesis, es necesario analizar cuidadosamente la forma supra conyugal de las técnicas de reproducción humana asistida, especialmente lo referente a la *maternidad subrogada* que, según la definición del Informe Warnock, es definido cuando “*Una mujer gesta o lleva en su vientre a un niño para otra mujer, con la intención de entregárselo después de que nazca*”. (Perazzo & Gargiulo, 2009) Asimismo, Alfonso Banda nos indica que, es una situación donde:

La mujer, siendo incapaz de desarrollar el embarazo, alquila a otra para que la sustituya en dicha función, situación que, sin embargo, podría ocurrir no solo en el caso que haya una verdadera incapacidad por parte de la mujer que desea procrear, sino que, estando capacitada para ello, no desea que el proceso de gestación del nuevo ser se desarrolle en su propio cuerpo. (Banda Vergara, 1998)

Por las definiciones antes brindadas, existen algunos casos de reproducción asistida heteróloga, dentro de la maternidad subrogada, que deben ser analizados especialmente para determinar sus implicancias respecto del tema de análisis.

1) MADRE PORTADORA

Las mujeres que se someten a este tipo de procedimiento son aquellas que generan óvulos, pero debido a una deficiencia uterina o física se encuentran impedidas de gestar un menor. En este caso estaríamos frente a una trigenación humana: “1) Aporte de espermatozoides del marido, 2) Aporte de óvulo de su mujer y 3) La madre gestante es una tercera” (Varsi Rospigliosi E. , Derecho Genético: Principios Generales, 2013)

2) MADRE SUSTITUTA

En este caso, la mujer no genera óvulos, ni se encuentra preparada para gestar un nuevo ser, por lo que es necesario que una mujer ajena a la relación de pareja sustituya a la primera, para que, mediante técnicas de reproducción humana se pueda gestar un nuevo ser; aquí, estaríamos frente a un caso de progeneración humana: “1) Espermatozoides del marido y 2) Inseminación en tercera mujer” (Varsi Rospigliosi E. , Derecho Genético: Principios Generales, 2013). Siguiendo esta técnica, Graciela Medina indica que: “En este caso, no hay maternidad por sustitución, podríamos considerarla como una derivación de una técnica de reproducción asistida por cedente” (Medina & Erades, Maternidad por otro y alquiler de uteros, 1987)

3) OVODONACIÓN

La mujer, debido a un problema de deficiencia física interna, no puede producir óvulos, pero si tiene la capacidad de gestar a un menor, por lo

que necesita que le sean donados gametos femeninos para poder quedar embarazada, aquí nos encontramos frente a una situación de trigeneración humana: “1) *Espermatozoides del marido*, 2) *Óvulo de una mujer cedente* y 3) *Gestación de la mujer*” (Varsi Rospigliosi E. , Derecho Genético: Principios Generales, 2013).

4) EMBRIODONACIÓN

En este caso estamos frente a un caso de infertilidad completa de la pareja, es decir, existe deficiencia ovárica, imposibilidad de gestar de la mujer e infertilidad del varón, Aquí, se produce la multigeneración humana: “1) *El embrión es de una pareja cedente*, 2) *El marido es infértil* y 3) *el embrión es gestado por una tercera mujer o por la cedente del óvulo*. (Varsi Rospigliosi E. , Derecho Genético: Principios Generales, 2013).

3. PRINCIPIOS RELACIONADOS CON LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

Los adelantos de la medicina, biología y tecnología son ciertamente destacables y todas las personas deben beneficiarse de sus progresos; más aún cuando estos avances pueden lograr que los seres humanos alcancen sus más grandes anhelos, como el de dar vida a un nuevo ser. Sin embargo, es evidente que, por la naturaleza de los avances científicos y las cualidades naturales del hombre, los avances de la ciencia tienen que guardar un carácter ético específico, para proteger la dignidad de la persona humana.

La rama de la ética que se dedica a proveer los principios para la correcta conducta humana respecto a la vida, es la bioética, que surge entonces como una disciplina que sirve de puente entre la práctica de la medicina, biología y tecnología, y la ética; aspectos esenciales para el desarrollo científico del hombre. Esto ha sido reconocido a nivel internacional donde se aprobó la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos humanos de la Organización

de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura - UNESCO, lo cual muestra, el carácter global de esta disciplina y la necesidad de integrar el fundamento de la dignidad de la persona humana y los derechos inherentes a bioética.

Siendo deber del Estado garantizar la plena vigencia de los derechos humanos y la práctica de la biología y la medicina conjuntamente con la tecnología, es necesario que el Estado apruebe normas que incorporen principios bioéticos a la legislación existente; por lo tanto, en toda investigación y aplicación científica y tecnología en torno a la vida humana se habrán de considerar los siguientes principios según el D.S. N° 011-2011-JUS¹:

a. PRINCIPIO DE RESPETO DE LA DIGNIDAD HUMANA

La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad constituyen fin supremo de la sociedad y del Estado y fundamento para el ejercicio de los derechos que le son propios. La dignidad intrínseca de la persona humana prohíbe la instrumentalización de ésta; asimismo, la persona humana es considerada siempre como sujeto y no como objeto; mientras que, el valor de la persona humana no depende de factores ajenos a su dignidad. El ser humano es respetado no solo como persona, sino también conforme a su permanencia a la familia humana.

Entonces, la dignidad es el sustrato sobre el que descansa el estatuto constitucional de la persona. Ahora bien, surge la interrogante, ¿Esta dignidad se verá afectada por el uso indiscriminado de las técnicas de reproducción humana asistida? Para responder esta interrogante, es preciso, entender que, para la ciencia debe prevalecer el interés y bienestar del ser humano sobre el interés de la sociedad y la ciencia misma.

¹ El peruano, Lima, miércoles 27 de Julio de 2011. Decreto Supremo No. 011 – 2011 – JUS

Por lo que, las diversidades culturales y plurales de nuestro país no pueden representar una justificación para transgredir los legítimos límites que establece el reconocimiento del principio de respeto de la dignidad humana.

b. PRINCIPIO DE PRIMACÍA DEL SER HUMANO Y DE DEFENSA DE LA VIDA FÍSICA

El interés humano debe prevalecer sobre el interés de la ciencia; es así que, la investigación y aplicación científica y tecnológica deben procurar el bien integral de la persona humana. Es la ciencia la que se encuentra al servicio de la persona humana y no la persona humana al servicio de la ciencia.

Cualquier investigación realizada en personas humanas considerará la aplicación del principio de lo más favorable para la persona humana, buscando hacer siempre el bien y evitar el mal.

La vida corporal y espiritual de la persona humana representa un valor fundamental reconocido, la tutela de la vida humana considera la protección de la salud, la misma que tendrá en cuenta la vulnerabilidad y la integridad personal.

c. PRINCIPIO DE AUTONOMÍA Y RESPONSABILIDAD PERSONAL

La autonomía debe siempre estar orientada al bien de la persona humana y nunca puede ir en contra de su dignidad, en este entendido viene integrada a la responsabilidad personal. En el campo médico, en la relación médico – paciente se considera tanto la autonomía del paciente como la del médico tratante.

Toda investigación y aplicación científica y tecnológica se desarrollará respetando el consentimiento previo, libre, expreso e informado de la persona interesada, basado en información adecuada; el consentimiento en

tales términos supone el reconocimiento del derecho del paciente a ser tratado como persona libre y capaz de tomar sus decisiones. El consentimiento efectuado puede ser revocado en cualquier momento, sin que esto entrañe desventaja o perjuicio alguno para el paciente.

En el caso de las personas que no tienen la capacidad de ejercer su autonomía se tomarán medidas destinadas a salvaguardar sus derechos, velando siempre por lo que le resulte más favorable.

d. PRINCIPIO DE TOTALIDAD O PRINCIPIO TERAPÉUTICO

La Corporeidad humana es un todo unitario; existe una totalidad física, espiritual y psicológica de la persona. Este principio de la totalidad rige la licitud y obligatoriedad de la terapia médica y quirúrgica, de ahí que este principio se conoce también como principio terapéutico.

Entonces diremos que, en el caso de una intervención quirúrgica, es lícito lesionar una parte del organismo sólo si esto ayudara al mismo organismo en su integridad. Se debe buscar el bien corporal dentro del conjunto del bien espiritual y moral de la persona.

e. PRINCIPIO DE SOCIABILIDAD Y SUBSIDIARIDAD

La vida y salud no solo corresponden a un bien personal sino también social; toda persona debe comprometerse a considerar su propia vida y salud, así como la de los demás como un verdadero bien. La subsidiaridad comienza por el respeto a la autonomía del paciente, que considera atender a sus necesidades sin sustituir su capacidad de decidir y actuar.

El principio de sociabilidad y subsidiaridad obliga a la comunidad a ayudar donde la necesidad sea mayor, por ello se entiende que la protección de la salud es de interés público y que es responsabilidad del Estado regularla, vigilarla y promoverla.

f. PRINCIPIO DE BENEFICENCIA Y AUSENCIA DE DAÑO

Al fomentar y aplicar el conocimiento científico, la práctica médica y las tecnologías conexas se deberá tener como objetivo el bien del paciente. Ese bien abarca el bien total de la persona humana en su integridad y en su concreta situación familiar y social.

Existe la obligación de no producir daño intencionadamente, aunque el paciente tiene la posibilidad de decidir sobre el tratamiento a seguir, se considerará el daño posible a ocasionar y el parecer del médico tratante.

g. PRINCIPIO DE IGUALDAD, JUSTICIA Y EQUIDAD

Toda Investigación y aplicación científica y tecnológica en torno a la vida humana considerará la igualdad ontológica de todos los seres humanos, indistintamente de la etapa de vida por la que éstos atraviesen.

De acuerdo a las necesidades sanitarias y la disponibilidad de recursos, se adoptarán las medidas adecuadas para garantizar el acceso a la atención de salud de manera justa y equitativa.

h. PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

La Convención sobre los Derechos del Niño, suscrita por el Perú el año 1990, reconoce al niño como sujeto de derechos al definirlo según sus atributos y sus derechos ante el Estado, la sociedad y la familia. En su artículo 3° señala:

- 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.

- Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.
- Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

La Declaración de los Derechos del Niño señala en sus principios 7 y 8 que: *“El interés superior del niño deber ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres”*, pues *“El niño debe, en todas las circunstancias, figurar entre los primeros que reciban protección y socorro”*.

En términos generales, puede considerárselo como un principio de interpretación y aplicación de la ley el cual es de obligatorio cumplimiento por la familia, la sociedad y el Estado en la toma de decisiones concernientes a los niños y adolescentes, y que a su vez está dirigido a asegurar el desarrollo integral de los mismos, así como el disfrute pleno y efectivo de sus derechos y garantías.

Se entenderá entonces que, el principio del interés superior del niño se concreta al conocer su propia génesis, su procedencia, quienes lo han engendrado, por lo que la valla puesta en el camino de acceso a esa verdad (defensa procesal previa a la discusión del fondo del hecho controvertido)

atenta contra ese interés que se traduce en una directa vulneración del derecho fundamental de conocer de forma plena su verdadera identidad.

Por lo tanto, es relevante subrayar que corresponderá a los Estados velar porque en cualquier medida adoptada por instituciones públicas o privadas relativas a los niños, así como en cualquier controversia en la que se vea involucrado, sea imperativo tener como premisa de acción la atención prioritaria al interés superior del niño. Siguiendo esta línea, nuestra Constitución Política de Perú señala en su artículo 4° que “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente (...)”. La tutela permanente que con esta disposición se reconoce tiene una base justa en el interés superior del niño y del adolescente, doctrina que se ha admitido en el ámbito jurídico como parte del bloque de constitucionalidad conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, a través del artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, precisándose que en toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo y Ministerio Público, entre otros, se considerará prioritario el principio del interés superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos.

El Artículo I del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes precisa que 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.

En consecuencia, el deber especial de protección sobre los Derechos del Niño vincula no sólo a las entidades estatales y públicas sino también a las entidades privadas e inclusive a la comunidad toda, a fin de que en cualquier medida que adopten o acto que los comprometa velen por el interés superior del niño, el cual debe anteponerse a cualquier otro interés. Por tanto, constituye un deber el velar por la vigencia de los derechos del niño y la preferencia de sus intereses, resultando que ante cualquier situación en la que colisione o se vea en riesgo el interés superior del niño,

indudablemente, este debe ser preferido antes que cualquier otro interés. Y es que la niñez constituye un grupo de personas de interés y de protección prioritaria del Estado y de toda la comunidad, por lo que las políticas estatales le deben dispensar una atención preferente.

En consecuencia, en la eventualidad de un conflicto frente al presunto interés del adulto sobre el del niño, prevalece el de este último; y es que parte de su esencia radica en la necesidad de defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos a plenitud por sí mismo y de quien, por la etapa de desarrollo en que se encuentra, no puede oponer resistencia o responder ante un agravio a sus derechos. Es en este sentido que el análisis de una controversia constitucional de los derechos del niño debe realizarse a la luz del interés superior del niño y del adolescente, principio investido de fuerza normativa que en el presente caso debe ser concebido como vértice de interpretación de los derechos (de las menores favorecidas) materia de la controversia constitucional que nos ocupa.

4. LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN EL PERÚ

En nuestro país, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia reconoce que son métodos supletorios para la procreación, más no alternativos, pues buscan superar una deficiencia biopsíquica que impide a la pareja tener descendencia cuando otros métodos han fracasado².

Pese al avance científico, en temas de reproducción en nuestro país, no se ha regulado específicamente las técnicas de Reproducción Humana Asistida, sin embargo, existe normatividad vigente que hace alusión al tema:

a. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ

En el Perú, el derecho a procrear se ubica en el artículo 6° de la Constitución, donde precisa que “la política nacional de población tiene

² Cas. N° 4323-2010-LIMA.

como objetivo difundir y promover paternidad y maternidad responsable. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir, haciendo mención indirectamente al derecho a la procreación como un presupuesto para poder hablar de paternidad y maternidad responsable. Nuestra Constitución señala en su artículo 2º inciso 1) que “toda persona tiene derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece”, Observamos que nuestra Carta Magna señala que el concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece, norma suprema que como tal, prima ante toda otra”

b. CÓDIGO CIVIL

En el año 1999, se publicó la ley 27048, que modificaba algunos artículos del Código Civil:

“Artículo 1.- Admisibilidad de la Prueba Biológica, Genética u otras”. En los casos de negación de paternidad matrimonial, impugnación de maternidad y acción de filiación a que se refieren los Artículos 363, 371 y 373 del Código Civil es admisible la prueba biológica, genética u otras de validez científica con igual o mayor grado de certeza.

Artículo 2.- Norma modificatoria. Modifíquense los Artículos 363, 402, 413 y 415 del Código Civil, en los siguientes términos:

"Artículo 363.- El marido que no se crea padre del hijo de su mujer puede negarlo:

(...)

5) Cuando se demuestre a través de la prueba del ADN u otras pruebas de validez científica con igual o mayor grado de certeza que no existe vínculo parental. El Juez desestimaré las presunciones de los incisos

precedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza.

Artículo 402.- La paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada:

(...)

6) Cuando se acredite el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo a través de la prueba del ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza. Ante la negativa de someterse a alguna de las pruebas luego de haber sido debidamente notificada bajo apercibimiento por segunda vez, el Juez evaluará tal negativa, las pruebas presentadas y la conducta procesal del demandado declarando la paternidad o al hijo como alimentista, correspondiéndole los derechos contemplados en el Artículo 415.

Lo dispuesto en el presente inciso no es aplicable respecto del hijo de la mujer casada cuyo marido no hubiese negado la paternidad.

(...)

Artículo 413.- En los procesos sobre declaración de paternidad o maternidad extramatrimonial es admisible la prueba biológica, genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza.

(...)

Artículo 415.- Fuera de los casos del Artículo 402, el hijo extramatrimonial sólo puede reclamar del que ha tenido relaciones sexuales con la madre durante la época de la concepción una pensión alimenticia hasta la edad de dieciocho años. La pensión continúa vigente si el hijo, llegado a la mayoría de edad, no puede proveer a su subsistencia por incapacidad física o mental. El demandado podrá solicitar la aplicación de la prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza. Si éstas dieran resultado negativo, quedará exento de lo dispuesto en este artículo."

Artículo 3.- Consecuencia de la aplicación de la prueba. En Los casos contemplados en los Artículos 373 y 402 del Código Civil

cuando se declare la paternidad o maternidad como consecuencia de la aplicación de la prueba de ADN u otras pruebas de validez científica con igual o mayor grado de certeza el demandado deberá reintegrar el pago por la realización de la misma a la parte interesada.

Artículo 4.- Mecanismos para el acceso de las personas a la prueba de ADN. El Estado determinará los mecanismos necesarios para facilitar el acceso de las personas a la prueba de ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza. Para tal efecto el demandante deberá acogerse a los alcances del auxilio judicial establecido en los Artículos 179 al 187 del Código Procesal Civil.

Artículo 5.- Responsabilidad por mala fe. La persona que de mala fe inicia un proceso de declaración de paternidad valiéndose de la prueba de ADN u otras pruebas de validez científica con igual o mayor grado de certeza, ocasionando así un daño moral y económico al demandado deberá pagar una indemnización, la cual será fijada a criterio del Juez.”

Como puede apreciarse, nuestro Código Civil hace referencia a las formas de determinación de la filiación mediante el análisis de ADN de los individuos de los cuales se pretende determinar el nivel de parentesco. Sin embargo, con el uso de las técnicas de reproducción humana asistida se han de tener en cuenta ciertas especificaciones a analizar, puesto que, un donador de gametos anónimo puede ser sujeto de investigación para determinar la filiación respecto de una persona, con el objeto de establecer obligaciones con este último, hecho que sería incongruente con la decisión de los donantes de permanecer en el anonimato para poder “ayudar” a una pareja con problemas para la concepción; esta sería una de los múltiples incertidumbres jurídicas referentes a la relación FILIACION – TERAS.

c. DECRETO LEGISLATIVO N° 823, LEY DE PROPIEDAD INDUSTRIAL

La Ley de Propiedad intelectual en su artículo 28 establece lo siguiente:

“Artículo 28:

No serán patentables:

- e) Las invenciones sobre las materias que componen el cuerpo humano y sobre la identidad genética del mismo”

Mediante este artículo, se trata de disminuir el interés lucrativo que pueda tener cualquier individuo, en lo que refiere a la manipulación genética del ser humano, buscando en todo momento la protección de la dignidad humana.

d. LEY N° 27337. CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTE

“Artículo 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. Si existiera duda acerca de la edad de una persona, se le considerará niño o adolescente mientras no se pruebe lo contrario.

Artículo II.- Sujeto de derechos. -

El niño y el adolescente son sujetos de derechos, libertades y de protección específica. Deben cumplir las obligaciones consagradas en esta norma.

(...)

Artículo 1.- A la vida e integridad. -

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

Estos articulados brindan protección a los menores frente a cualquier tipo de manipulación genética destructiva o no provechosa que pudieran sufrir; sin embargo, es preciso preguntar ¿No es un poco obsoleta frente a las nuevas formas de reproducción humana que existen? ¿Debería existir normativa que contemple el derecho de reproductivos y de procreación? La respuesta es afirmativa, sin embargo, nuestro actual sistema normativo no es congruente con dicha respuesta.

e. LEY N° 26842, LEY GENERAL DE SALUD

“**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.

(...)

Artículo 28.- La investigación experimental con personas debe ceñirse a la legislación especial sobre la materia y a los postulados éticos contenidos en la Declaración Helsinki y sucesivas declaraciones que actualicen los referidos postulados.”

En el artículo sétimo solo se considera que el reconocimiento del derecho a la salud reproductiva es exclusivamente para el caso de personas que sufren esterilidad, asimismo, mediante el derecho a la procreación se puede recurrir a los métodos asistenciales.

Las técnicas de reproducción son medios para el tratamiento de la infertilidad y el logro de la procreación, estableciéndose como métodos supletorios, buscando evitar el uso inadecuado, siendo solamente aplicado en problemas reproductivos con una finalidad terapéutica. La normatividad peruana no ha considerado aspectos primordiales que se han de tener en cuenta respecto de las técnicas de reproducción humana asistida: i. Sujetos a los que se pueden realizar estos procedimientos; ii. Precisiones sobre el consentimiento de la pareja; iii. Las implicancias de la donación de gametos (en forma anónima o no); iv. Determinación de la maternidad y paternidad; v. Destino de embriones supernumerarios, etc.; situación que genera un vacío legal, dejando a nuestro sistema jurisdiccional la tarea de decidir frente a las situaciones antes descritas.

Marcial Rubio Correa enseña que la norma jurídica es un mandato de que a cierto supuesto debe seguir lógicamente una consecuencia, estando tal mandato respaldado por la fuerza del Estado para su eventual incumplimiento. Menciona además Rubio Correa que:

La norma tiene tres elementos que conforman su estructura interna: el supuesto (S) que es aquella hipótesis que, de ocurrir, desencadena la consecuencia; la consecuencia (C) que es el efecto atribuido por el derecho a la verificación del supuesto en la realidad; y el nexo lógico - jurídico (N) que es el elemento lógico vinculante entre el supuesto y la consecuencia. (Rubio Correa, 2007)

Conforme lo anterior podemos analizar que, el artículo 7° de la siguiente manera:

- a. Supuesto o verificación de la realidad: Toda persona infértil tiene derecho a procrear mediante técnicas de reproducción asistida
- b. Nexos: Siempre que Consecuencia: la condición de madre genética y madre gestante recaiga sobre la misma persona.
- c. Consecuencia: Toda persona infértil tiene derecho a recurrir a las técnicas de reproducción asistida debiendo coincidir sobre la misma persona, la madre genética y la madre gestante.

Aquí surge la siguiente interrogante: ¿Está prohibida la reproducción Heteróloga Asistida en nuestro país? Diremos que explícitamente no existe norma jurídica que impida la realización de esta TERA.

f. LEY 27104, LEY DE PROTECCIÓN DE RIESGOS DERIVADOS DEL USO DE BIOTECNOLOGÍA

La Ley 27104, presenta normas generales que son de aplicación en las actividades de investigación, producción, introducción, manipulación, transporte, almacenamiento, conservación, intercambio, comercialización, uso confinado y liberación con Organismos Voluntariamente Modificados bajo condiciones controladas. Empero, esa ley no ha considerado los procedimientos que involucren a la fertilización in vitro y otros métodos análogos de reproducción humana asistida.



SUB CAPÍTULO II: FILIACIÓN

Posteriormente al análisis de las técnicas de reproducción humana asistida que se emplean para solucionar los problemas de infertilidad, es necesario, analizar la institución jurídica de la filiación es preciso conceptualizar las bases de *familia*, *parentesco* y *filiación*:

Se ha dicho incansablemente que la familia es la célula básica de la sociedad, respondiendo a la Definición de la Real Academia Española: “*La familia es el grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas*” (Española, 1992).

Pese a la denominación común, no existe una calificación adecuada del término familia, es por ello que, el Dr. Varsi Rospigliosi conceptualiza a la familia de la siguiente forma: “*La familia es más que un componente jurídico, la familia es una institución reconocida por el derecho como un requerimiento social del hombre, en la que satisface sus necesidades a través de la convivencia*” (Varsi Rospigliosi E. , Divorcio, filiación y patria potestad, 2004).

Por su parte, el parentesco según el Dr. Cornejo Chávez es definido como: “*La relación o conexión familiar entre dos o más personas en virtud de la naturaleza, la ley o la religión*” (Cornejo Chavez, 1985). Asimismo, la Filiación es la procedencia de los hijos respecto de los padres, siendo esta la calidad que el hijo tiene con respecto de su padre o madre. La filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción; entonces, la filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial, surtiendo los mismos efectos.

Es importante conocer nuestros orígenes, ya que, saber quién es nuestro progenitor, es un deseo natural y un derecho que se remonta a los inicios de la humanidad, más aún al ser reconocido en la Convención Internacional de los Derechos del Niño, al tener todo niño el derecho de la identidad.

Suárez Franco enseña que:

La filiación es un estado jurídico que la ley asigna a determinada persona, como consecuencia de la relación natural de procreación que la liga contra otra. Es un estado social en cuanto se tiene con respecto a otra u otras personas; es un estado civil, por cuanto implica la situación jurídica del hijo frente a la familia y a la sociedad, lo cual determina su capacidad para el ejercicio de ciertos derechos y el cumplimiento de determinadas obligaciones. (Suarez, 1987)

A. LA FAMILIA

Cuando escuchamos hablar de familia, de inmediato pensamos en padres, abuelos, hermanos e hijos, en un conjunto de personas unidas por lazos consanguíneos y/o por el matrimonio de uno de sus miembros con terceras personas.

La etimología de la palabra familia no ha podido ser establecida con exactitud. Hay quienes afirman que proviene del latín *fames* ("hambre") y otros del término *famulus* ("sirviente"). Por eso, se cree que, en sus orígenes, se utilizaba el concepto familia para referirse al conjunto de esclavos y criados propiedad de un solo hombre. (Compilaciones.com)

Según Giraud *"familia se deriva de la voz etrusca, famel, esclavo que no designaba en su sentido primitivo, a la pareja conyugal y a los hijos, sino simplemente al conjunto de los esclavos pertenecientes al Pater Familias."* (Monroy Cabra, 2008).

Javier Rolando Peralta Andía citando a Rossental, nos habla de la familia como una categoría histórica, *"es decir, un fenómeno social, mutable, basado en el matrimonio y en el parentesco"* (Peralta Andía, 2002) pero claro está que nos hemos referido a la llamada familia extensa; pues actualmente algunos autores tomando en cuenta el estado actual de esta importante institución consideran que la familia está conformada sólo por los padres y los hijos pero las normas legales y la jurisprudencia nos habla de personas que viven en un mismo inmueble sin necesidad de la existencia de un matrimonio, incluso hoy se considera la existencia

de las llamadas familias ensambladas y del vínculo existente entre los convivientes y los familiares de sus parejas.

Según Arturo Yungano, es una asociación de personas integradas por dos individuos de distinto sexo y sus hijos, que viven en una morada común bajo la autoridad de ambos padres, que están en relación con los ascendientes, descendientes y colaterales por vínculos de sangre y lazos de parentesco, y que constituye el grupo humano fisiogenético y primero por excelencia. (Yungano, 2001).

Pese a la importancia que se desprende de las acepciones antes bridadas, sobre esta institución, la Constitución Política del Perú, no define su concepto en ninguno de sus articulados, situación que crea a la fecha vacíos en la normatividad que no permiten el avance jurídico.

Resulta curioso comprobar como tratadistas de renombre soslayan, de una u otra manera, el problema de la definición para pasar rápidamente al examen de diversas acepciones que suelen atribuirse al vocablo; hablan así de familia en sentido amplio, en sentido estricto, en sentido intermedio, etc., pero no se detienen a determinar qué es lo que sustancialmente debe entenderse por familia. (Corral Talciani H. , Derecho y Derechos de Familia, 2005).

1. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE LA REGULACIÓN JURÍDICA DE LA FAMILIA.

El referente obligatorio para abordar temas relacionados con la familia es la Constitución Política del Perú; por tanto, se han de estudiar los principios constitucionales que tienen que ver con la familia.

Nuestra Constitución ha seguido la corriente contemporánea de introducir normas referentes a la familia:

La función inmediata de la familia se manifiesta en torno de tres centros: centro de perpetuación de la especie, centro de seguridad ética y económica y centro de imputación de los vínculos jurídicos. Estas funciones inmediatas de la familia no son indiferentes para el Estado y requieren indudable atención y permanente protección. No ya solo desde la perspectiva del Derecho civil, sino también y fundamentalmente, del llamado derecho social y más allá, a partir del propio derecho constitucional como un reconocimiento de que no hay sociedad sin preexistencia de la familia y que ésta es la piedra sobre la cual se asienta la sociedad. (Zannoni, Derecho Civil: Derecho de Familia, 2002).

Los especialistas reducen a dos categorías las normas constitucionales (Aquize Cáceres, 2014):

1. Normas programáticas, estas proponen un postulado, requiriendo de una ley que las desarrolle.
2. Normas autónomas, son aquellas que pueden ser aplicadas inmediatamente, por no requerir un desarrollo legislativo.

Los principios relativos a la familia contenidos en la Constitución Política del Perú son:

a. PRINCIPIO DE PROTECCIÓN DE LA FAMILIA

Nuestra Carta Magna, en su Artículo 4³. precisa que la comunidad y el estado protegen a la familia, no se hace referencia a la forma de constitución de esta, evidenciándose que se protege no solo a un tipo de familia, sin importar que sea de origen matrimonial o extramatrimonial, estableciéndose así una gran diferencia en relación a la Constitución de 1979, que en su

³ Artículo 4 de la Constitución Peruana: *"La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio.*

Reconocen a estos-últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por ley"

Artículo 5, primer párrafo establecía: *"El Estado protege el matrimonio y la familia, como sociedad natural e institución fundamental de la Nación"*.

Esta tendencia es seguida desde hace mucho, así respecto a la constitución española Rafael Mendizábal Allende refiere: "La doctrina constitucional construida a respecto en estos casi veinte años, vista en su conjunto, no hace sino reflejar la nueva concepción de la familia vigente en la sociedad española de nuestro tiempo, con un "modelo plural" distinto del tradicional, basado exclusivamente en el matrimonio" (Mendizabal de Allende, 2000)

b. PRINCIPIO DE PROMOCIÓN DEL MATRIMONIO

Como se indicó anteriormente, mediante el artículo 4 de la Constitución de 1993 el Estado protege especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono, también protegen a la familia y promueven el matrimonio.

Guarda relación con el de la forma del matrimonio, contenido también en el párrafo final de artículo 4, y significa que el matrimonio que debe promoverse es el celebrado conforme a la ley civil; estableciendo esta forma como única y obligatoria para alcanzar los efectos matrimoniales previstos en la ley. De otra parte, debe distinguirse este principio del referido a las causas de separación y de disolución del matrimonio, tratado igualmente en el último párrafo del artículo 4, no pudiéndose sostener que la promoción del matrimonio trasciende en su indisolubilidad, toda vez que se expresa y reconoce la disolución del vínculo matrimonial por las causas que establezca la ley (Placido, 2002)

c. PRINCIPIO DE AMPARO DE LAS UNIONES DE HECHO

La Constitución de 1993, en su artículo 5 instituye: *"La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un*

hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes, sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable"

Este principio se sustenta en que la unión de hecho propia, sin impedimento matrimonial, produce efectos personales y patrimoniales reconocidos en la ley y similares a los del matrimonio, así no se aprueba ni fomenta; pero tampoco, se desconoce una realidad social, debiendo procurarse que esta cause los menores daños posibles, pues surge de ella una familia que merece protección, sin desconocer que debe promoverse al matrimonio.

d. PRINCIPIO DE IGUALDAD DE CATEGORÍAS DE FILIACIÓN

El Artículo 6 de la Constitución de 1993 establece:

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

Es deber y derecho de los padres, alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. Los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres.

Todos los hijos tienen iguales derechos y deberes. Está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y sobre la naturaleza de la filiación en los registros civiles y en cualquier otro documento de Identidad.

Se dice que, el principio de Igualdad de categorías de filiación interesa fundamentalmente al idéntico tratamiento que hace la ley en cuanto al contenido y a los efectos de las relaciones jurídicas que tienen su origen en la procreación humana, esto es, el establecimiento de la paternidad y de la maternidad. Por último, el derecho del niño a ser cuidado por sus padres se

centra en la idea de que el ejercicio compartido de la patria potestad por el padre y la madre que conviven, atiende mejor el interés de los hijos menores, que constituye el reconocimiento de la igualdad de ambos progenitores para asumir los deberes que aquella importa" (Placido, 2002).

2. TIPOS DE FAMILIA (Calderon Beltran, 2014)

Dentro de las diversas tipologías de familia, se considera clasificar a la familia en dos grandes grupos:

a. ENTIDADES FAMILIARES EXPLICITAS, PALMARIAS O EXPRESAS

1) FAMILIA NUCLEAR

La familia es un grupo social caracterizado por una residencia común, la cooperación económica y la reproducción. Contiene adultos de ambos sexos, los cuales mantienen una relación sexual socialmente aprobada. También incluye uno o más hijos, propios o adoptados, de los adultos que cohabitan sexualmente.

El término familia nuclear fue desarrollado en el mundo occidental para designar el grupo de parientes conformado por los progenitores, usualmente padre, madre y sus hijos.

En algunas ocasiones, se emplea el término para describir los hogares monoparentales y aquellas familias en las cuales los padres no constituyen una pareja conyugal.

2) FAMILIA EXTENDIDA.

La familia extensa es un concepto que se puede aplicar a diferentes tipos de familia. En primer lugar, es empleado como sinónimo de familia consanguínea. En segundo lugar, en aquellas sociedades dominadas por la familia conyugal, refiere a la parentela. Finalmente, una tercera acepción es aquella que define a la familia extendida como aquella estructura de parentesco que habita en una misma unidad doméstica (u hogar) y está conformada por parientes pertenecientes a distintas generaciones.

3) FAMILIA COMPUESTA

Se le denomina familia compuesta cuando el padre o madre y los hijos, principalmente si son adoptados o tienen vínculo consanguíneo con alguno de los dos padres, esto quiere decir que comparten sangre por tener algún pariente común.

b. ENTIDADES FAMILIARES IMPLÍCITAS O TÁCITAS

Es el grupo conformado por todas aquellas entidades familiares, que tienen existencia y continuidad en la sociedad, que generan relaciones jurídicas y que sin embargo no han sido reguladas en forma expresa por el derecho de familia.

Varsi Rospigliosi las define como aquellos tipos de familia no considerados expresamente por la norma pero que, en mérito del reconocimiento de la dignidad de la persona, la ley no puede desconocerlos. Estos tipos especiales de familia han ido conformándose de acuerdo a los criterios propios de cada realidad social. (Rospigliosi, 2011).

1) FAMILIA MONOPARENTAL

Una familia monoparental no es ni más ni menos que una familia formada por un sólo padre o cabeza de familia. Con más frecuencia se trata de madres que han quedado solas al cuidado de sus hijos tras un

divorcio. Sin embargo, también hay padres en tal situación. En otros casos, las familias monoparentales se constituyen a partir de un hombre o mujer, que no desea sacrificar su deseo de paternidad o maternidad, por el hecho de no haber formado una pareja. En tal caso, acuden a la adopción o a las técnicas de fertilización asistida.

2) FAMILIA ENSAMBLADA.

Son grupos familiares donde conviven o circulan niños y adolescentes de distintos matrimonios o convivencias que conforman una red de sustento emocional y material, pero al mismo tiempo no exenta de antagonismos y conflictos.

B. PARENTESCO

Actualmente y de acuerdo a la concepción ya antes dada de parentesco, tenemos que esta puede darse del parentesco o la adopción; ello, según los artículos 236 a 238 del Código Civil, tenemos 3 formas de parentesco: por consanguinidad, afinidad y legal.

El parentesco nace de la naturaleza humana, cuando se sustenta en la consanguinidad a la que hace referencia el artículo 236 del Código Civil, siendo este parentesco por línea recta y línea colateral, ante la existencia de un tronco común.

El parentesco acarrea ciertos efectos jurídicos relevantes: El parentesco consanguíneo, produce efectos en lo que refiere a los impedimentos para contraer matrimonio, invalidez del matrimonio, vocación hereditaria y la obligación de prestar alimentos. En cuanto al parentesco por afinidad, tenemos efectos relacionados con los impedimentos del matrimonio, circunscritos al cónyuge.

C. FILIACIÓN

Para la determinación de la filiación existen diversas presunciones para su estudio, dentro de las que podemos apreciar: Filiación paterna y filiación materna.

Es común definir a la filiación matrimonial, refiriéndola al hijo tenido en las relaciones matrimoniales de sus padres, sin embargo, esta definición en nuestros días carecería de eficacia; puesto que, la ciencia viene avanzando a pasos agigantados, por lo que es necesario un cambio respecto a lo que comúnmente se entendía por filiación, más aún cuando hablamos de filiación y las técnicas de reproducción asistida.

1. CLASES DE FILIACIÓN

Al hablar de filiación, tenemos que remitirnos necesariamente a las presunciones existentes; entonces diremos que el término “presunción” “proviene del latín *prae*, que significa antes, y *sumere*, tomar; tomar de antemano, en la composición de los vocablos *praesumere*, *praesumptioy presumitur* (latín vulgar): Por la presunción se toma una cosa como verdadera antes de que conste de otro modo” (Abagnano, 1963).

Entonces, diremos que estaremos frente a expresiones que fijan una función mental de creer, presentir o suponer por un resultado válido un hecho que aún no se ha comprobado, apoyándose en hechos y presupuestos de que debe ser verdadero un hecho que en ocasiones anteriores fue considerado cierto.

Por su parte, las presunciones legales se componen de tres elementos: una afirmación base, una afirmación presumida y un enlace que permite el paso de la afirmación base a la afirmación presumida, con la peculiaridad de que en el caso de las presunciones legales el enlace entre la afirmación base y a la afirmación presumida está determinado previamente por el legislador. (Fories, 1974).

Las presunciones legales son de dos clases: i. Absolutas, no admiten prueba en contrario (*iuris et de iure*), el juzgador tiene la obligación de aceptar por cierto el hecho presumido en cuanto se haya acreditado el hecho que le sirve de antecedente. ii. Relativas, admiten prueba en contrario (*iuris tantum*); esto es, por mandato de la ley se presume o se tiene por cierto un determinado hecho una vez que se haya acreditado el antecedente o elemento indicador, sin embargo, la ley admite prueba en contrario.

Ahora bien, conociendo la etimología de la palabra presunción y sus alcances a nivel jurídico, debemos abordar el tema de las presunciones utilizadas para la determinación de la filiación.

a. PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD.

Desde Roma nos llega esta presunción *iuris tantum*, conocida como *pater is quem nuptiae domostrant*, que significa:

Padre es quien las nupcias demuestran, y que se traduce en el hecho de que, si una mujer casada alumbró un hijo, se tiene como padre de este a su marido, y ello en función de las obligaciones que impone el matrimonio, principalmente la cohabitación y la fidelidad que se deben los cónyuges, sin embargo, el hecho que una mujer casada conciba o alumbró a un hijo no significa necesariamente que ese hijo sea de su marido. (Aguilar, 2010)

La presunción de que el hijo de mujer casada tiene por padre al marido es una de las consecuencias de mayor utilidad social que ha aportado el matrimonio a la cultura occidental. La fórmula de la presunción fue acuñada en el Digesto en una sentencia atribuida a Paulo: *pater is est quem nuptiae domostrant* esto es, al padre lo ponen de manifiesto – lo delatan, podrían algunos decir- las mismas nupcias de la madre.

El artículo 361 de nuestro Código Civil establece que el hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes por padre al marido.

Respecto a este tema Ripert y Boulanger anotan lo siguiente:

Respecto a la presunción de paternidad, donde indica que, mediante el efecto normal de las presunciones, el hijo estaría dispensado de presentar una prueba directa de su filiación paterna. Cuando la filiación paterna se encuentra establecida, la filiación paterna se encuentra demostrada al mismo tiempo. No hay necesidad de buscar al padre: es el marido de la madre. (Ripert & Boulanger, 1963)

La presunción de paternidad debe guardar ciertos caracteres: i. Se trata de una presunción simplemente legal, que admite prueba en contrario; ii. La prueba en contrario no puede ofrecerse sino en un determinado procedimiento; iii. Opera por el simple ministerio de la ley y aun antes de su recepción en el Registro Civil; y, iv. Es imperativa: cumplidos los presupuestos la presunción se aplica aun cuando marido y mujer estén de acuerdo en que el hijo es atribuible a un tercero.

Para el hijo concebido en matrimonio, la presunción de paternidad obedece a dos constataciones: primero, que habiendo matrimonio debe presumirse la cohabitación de los cónyuges. *“La mera cohabitación, sin embargo, no es suficiente para explicar la fuerza con que se despliega la presunción de paternidad fundada en el matrimonio”* (Abeliuk, 2000).

La filiación matrimonial completada en su determinación por la presunción de paternidad del marido puede entrar en conflicto con la determinación de una paternidad diversa. La colisión puede producirse con otra presunción de paternidad aplicable a otro marido o con el reconocimiento efectuado por un tercero que no es el marido de la madre.

b. PRESUNCIÓN DE MATERNIDAD

La maternidad está dada por la propia naturaleza, pero debe ser legitimada para poder tener consecuencias jurídicas, mediante el reconocimiento o una investigación judicial. Aquí se ha de probar el parto de la madre y la identidad con el hijo que ha dado a luz.

Nuestro Código civil establece en el artículo 409 considera los casos en los que se admite debate alguno sobre la filiación materna, donde se estaría hablando sobre un reconocimiento forzoso por sentencia expedida por el juez.

La prueba del parto y la identidad del recién nacido determinan la filiación materna, cualquiera sea el estado civil o edad de la madre, a fin de contribuir a que toda persona acceda a su título de estado de hijo, siempre y cuando, al ser certificado de nacimiento prueba suficiente, no se requiere capacidad legal de la progenitora, puesto que la determinación maternal prescinde de su voluntad. Todo lo contrario, sucede en el reconocimiento: *“el pretense hijo deberá alegar y hacer una doble prueba, por un lado, del parto de la mujer, que pretende sea su madre, situado en el tiempo y en el espacio, así el de su identidad de quien dio a luz.”* (De Costa Pimienta, 1986)

1) EL PARTO

El parto es un hecho que acarrea consecuencias jurídicas tanto para la madre como para el nacido. Es así que, el parto es concebido como el proceso mediante el cual el producto de la concepción y sus componentes biológicos son expulsados del organismo materno.

El Código de los Niños y Adolescentes, en su artículo 7, menciona que en el certificado de nacimiento vivo constara la identificación dactilar de la madre y a identificación pelmatoscópica del recién nacido. Asimismo, el artículo 3 del D.S. N° 38-94-JUS, indica que en el certificado médico de nacimiento del menor debe de constar la

identificación decadactiloscópica del recién nacido y de su madre; finalmente la Resolución de gerencia N° 05-2003-GO/RENIEC, adiciona la impresión pelmatoscópica del recién nacido.

2) LA IDENTIDAD DEL HIJO

Aquí se trata de demostrar que el parido es de la partuerina, en este punto entraría a tallar la identidad del menor como un elemento esencial para acreditar la filiación del mismo.

Tal y como indica Méndez Costa:

La identidad de hijo está en relación directa con la identificación de la parturienta, lo que debe realizarse durante el trabajo de parto, producido el nacimiento y antes de cortar el cordón umbilical. La identificación se efectúa mediante impresión decadactilar de la madre y los calcos papilares palmares y plantares derechos del neonato y la clasificación de ambos. El identificador y el profesional médico a cargo del parto son responsables por la protección de la identificación del binomio madre-hijo, al margen de la responsabilidad del establecimiento medico asistencial por incumplimiento de la ley. (Mendez Costa, 1996)

c. FILIACIÓN ADOPTIVA

La doctrina indica que esta es una clase de filiación que se constituye por una “creación legal”, gozando, por lo tanto, esta figura un carácter provisional.

2. EL DERECHO DEL NIÑO DE CONOCER LA IDENTIDAD DE SUS PADRES

El derecho del niño a conocer a sus padres, aparece expresamente recogido en el Artículo 7, número 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño.⁴, el fundamento de este derecho se encuentra en los ideales ilustrados del Derecho Positivo, donde a lo largo de los años hemos visto que el proceso de filiación y determinación de la paternidad y maternidad ha ido evolucionando:

En los siglos XVIII y XIX, había un desconocimiento de la filiación y un conocimiento restringido, mientras que, el siglo XX, se destacó por la búsqueda de mecanismos para poder lograr una determinación adecuada de la filiación, teniendo como fundamento principal la dignidad humana de toda persona.

A nivel Internacional, la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, en el artículo 19⁵, reconoce implícitamente el derecho de los menores de conocer a sus respectivos padres: asimismo, en el artículo 2.1,⁶ de la Constitución Peruana de 1993, se hace referencia a la igualdad ante la ley, que también es considerado un fundamento del derecho de los niños de conocer la identidad de los padres; sin embargo, pese a que se hace referencia tácitamente a la filiación, no existe una definición específica esta institución.

Entonces, se debe indicar que *“el derecho de conocer a sus padres por parte de los hijos se centra en la determinación jurídica del vínculo filial, que tiene origen en la procreación humana, esto es, el establecimiento de la paternidad y maternidad”* (Placido V., 2005). En lo que respecta a la naturaleza de este derecho *“no es sólo un derecho subjetivo de defensa, sino que es también, por una parte, un derecho que lleva consigo unas obligaciones positivas a cargo*

⁴ Artículo 7, numeral 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño: *“El niño será inscrito 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 ser cuidado por ellos”*

⁵ Artículo 19 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos: *“Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.”*

⁶ Artículo 2.1 de la Constitución Política del Perú: *“A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.”*

del Estado, y, por otra, un derecho que implica ciertas exigencias institucionales o procedimentales” (Fernandez Segado, 1994).

De acuerdo a la doctrina sobre el particular, se puede concluir que el derecho a conocer a los progenitores, debe de ser protegido frente a normatividad que pueda acarrear su ineficacia, brindándole una protección positivizada, en varias ramas del derecho, respondiendo para tales efectos a su condición de derecho fundamental.

Existe una íntima relación entre el derecho a conocer a los padres y la dignidad humana:

Si bien es cierto que en todos y cada uno de los derechos fundamentales se manifiesta un núcleo de existencia humana derivado de la idea de dignidad, existen determinados derechos fundamentales en los que la misma se hace más patente, entre los que se encuentra sin duda el derecho a la verdad biológica. (Perez Luño, 1984).

El derecho a conocer la identidad de los progenitores, “*es un derecho inherente a la persona, dentro de las esferas de acción de la propia persona*” (Robles Morchon, 1995), entonces, podríamos indicar que este derecho es derivado de la dignidad de la persona, configurando la tan conocida *identidad biológica*, de allí la razón de ser del carácter de imprescriptibilidad e irrenunciabilidad de la institución de filiación.

Es preciso indicar que el derecho a la identidad de origen lleva consigo dos facetas: Una referida a la determinación de la filiación, tanto paterna como materna, y otra con el simple conocimiento del origen biológico de la persona; que han de ser analizadas a la luz de la ciencia para determinar las implicancias que las técnicas de reproducción humana asistida tienen sobre el derecho a la identidad biológica de todo ser humano.



CAPÍTULO II RESULTADOS

CAPÍTULO II: RESULTADOS

En el presente capítulo se buscará analizar cada uno de los aspectos establecidos en el proyecto de tesis a través de la información doctrinaria que se ha recopilado, siguiendo un orden lógico de acuerdo a los pasos realizados en la investigación:

- Análisis de la determinación de la filiación cuando se han aplicado técnicas de reproducción asistida, en sus diversas formas, teniendo en cuenta un elemento importante, el cual es el consentimiento de las personas que aportan gametos para la formación del nuevo ser, a la luz de legislación peruana, para realizar a manera de conclusión una comparación con legislación de otros países.
- Una vez analizado las diversas formas de determinación de filiación; así como casos que, la utilización de TERAS conlleva respecto de la misma, es necesario examinar las sentencias dictadas en los últimos años sobre los problemas de la determinación de la filiación en la aplicación de las TERAS, para determinar la posiciones que han adoptado los magistrados respecto de la materia y poder formular una línea de trabajo jurídico a adoptar.
- Seguidamente, se realizará un estudio sobre la necesidad de regular la relación filiación TERAS, a través de una encuesta a abogados habilitados y suscritos al Colegio de Abogados de Arequipa; quienes se consideró eran las personas idóneas para la realización de un análisis jurídico por sus conocimientos sobre la materia y sobre todo por su contacto con la población a través de los casos que estos patrocinan.
- A continuación, se realizó un análisis de principios y presunciones que se verían afectados con la posible regulación de la determinación de la filiación a la luz de los avances de la ciencia en temas de reproducción asistida evaluando la posibilidad de su inaplicación o modificación.
- Finalmente se propondrá un proyecto de Ley donde se incluirán las modificaciones que sean necesarias según los resultados de la investigación realizada.

SUBCAPÍTULO I: LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN EN LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

La filiación respecto a la paternidad se sustenta en la verdad genética (aporte del material genético), mientras que, la filiación materna se sustenta en la verdad biológica (el hecho de parir), estos fundamentos han de replantearse cuando nos encontramos con los avances de la ciencia, como es el caso de las técnicas de reproducción humana asistida.

El esquema típico de la filiación no responde a las necesidades de la procreática, la complican más, la alteran. Esta es la postura que el Dr. Varsi sostiene en sus diferentes obras: *“Y así cuando verificamos que no siempre hay coincidencias entre el aspecto biológico y el aspecto legal”*. (Varsi Rospigliosi E. , 2010); situación que se ha de tener en consideración cuando se pretende determinar la filiación respecto de un menor que ha sido procreado con la ayuda de técnicas de reproducción, donde, la identidad de los padres biológicos no coincide en algunos casos con la identidad de los padre genéticos.

Como se ha indicado en el Capítulo I, en nuestro país no existe normatividad sobre las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, salvo limitadas normas jurídicas que permiten su aplicación mientras que la identidad de la madre genética y madre biológica, recaiga en la misma persona; sin embargo, en el Derecho comparado, algunos países de Europa, permiten la aplicación de técnicas de reproducción asistida, donde pensando en las consecuencias jurídicas de las mismas, han implementado mecanismos para la determinación de la filiación en relación a las TERAS, dando mayor importancia a la manifestación de la voluntad que a los resultados genéticos, situación que busca que, los niños nacidos mediante técnicas de reproducción asistida ante la inexistencia de vínculo biológico. Por lo tanto, se estará hablando de filiación civil, cuando nos referimos a la voluntad de las partes, progenitores, de procrear, de aportar, de gestar, así como la voluntad de no asumir una relación paterno filial con el menor producto de la técnica de reproducción asistida, desplazando la presunción de paternidad y maternidad, por el afecto, amor y comprensión, donde han de primar las categorías sociológicas y culturales.

Nuestro actual sistema de filiación, como ya se ha determinado en el Sub capítulo anterior, depende enteramente del matrimonio, de la determinación biológica o de la paternidad y maternidad, no tomando en consideración el motivo de la reproducción humana asistida.

Para poder precisar la problemática de la determinación de filiación en la aplicación de las TERA, es necesario analizar las técnicas que mayores problemas tendrán en la precisión de la relación paterno filial.

A. TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HOMÓLOGAS Y LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN

La inseminación artificial o fecundación in vitro homóloga realizada dentro del matrimonio, con componentes genéticos de los propios cónyuges, dará lugar a un hijo matrimonial a tenor de lo dispuesto en el Art. 301 del Código Civil⁷, toda vez que, se entiende que ambos han dado su consentimiento para la aplicación de la técnica de reproducción asistida y sobre todo ambos han aportado material genético para la reproducción.

Al respecto, Eduardo A. Zannoni sostiene que: *“la técnica conducente a la inseminación homóloga no afrenta la naturaleza ni los fines del matrimonio y merece aprobación como un medio para superar siendo posible, la infertilidad de los cónyuges”* (Zannoni, Inseminación Artificial y Fecundación Extraterina: Proyecciones Jurídicas, 1978); siguiendo esta misma línea, Cárdenas Quirós indica:

Sin desconocer la autoridad de la opinión contraria de la Iglesia sobre el particular, no encuentro objeción ética alguna para la fecundación extracorpórea homóloga, siempre y cuando el procedimiento empleado para que se produzca no lleve la destrucción de algunos embriones, pues en caso contrario la fecundación importaría una violación flagrante del derecho a la vida de seres humanos. (Cardenas Quiros, 1998).

⁷ Artículo 301 del Código Civil Peruano: *“El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido”.*

Mientras que Taboada nos dice que: “*Nuestra opinión es que las TERAS homólogas son conductas perfectamente ajustadas a derecho y que como tal deben ser reguladas*”. (Taboada, 1997). De acuerdo a esta posición, se deben de realizar normas jurídicas que puedan tener a buen recaudo las posibles contingencias que las aplicaciones de las TERAS puedan causar, sin embargo, cuando hablamos de inseminación artificial homóloga, con material genético de ambos padres, no nos encontraremos problemas en la determinación de la filiación de menores producto de esta técnica; sin embargo, existen algunos casos que se deben considerar:

1. REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA HOMÓLOGA CON EL CONSENTIMIENTO DE AMBOS CÓNYUGES

Existen dos presupuestos que pueden darse en este caso de inseminación artificial:

a. HIJO NACIDO DENTRO DE LA PRESUNCIÓN *PATER IS* Y *MATER IS*

La determinación de la filiación de menores nacidos mediante la utilización de técnicas homólogas, opera con plenitud las presunciones *pater is* y *mater is*, pues, en cuanto al varón, operaran siempre que se cumplan los presupuestos del artículo 301 del Código Civil, de tal manera que, la filiación matrimonial del nuevo ser quedará determinada por la simple inscripción del nacimiento independiente de quien sean la persona que declare el nacimiento. Esta filiación resulta siendo más firme que la filiación matrimonial normal.

En lo que respecta a la filiación materna, al recaer la identidad de la madre biológica y gestante en la misma persona, sería la madre biológica quien dé a luz al menor por lo que se cumpliría la presunción *mater is*.

determinada por el parto, no existiendo problemas para la determinación de la filiación materna.

b. HIJO NACIDO FUERA DE LA PRESUNCIÓN *PATER IS* Y *MATER IS*

En cuanto a la filiación paterna tenemos el Artículo 361⁸ del Código Civil, por el que la filiación se determinaría según la presunción del artículo antes mencionado; sin embargo, se encontraría disminuido por lo dispuesto en el Art. 363⁹ del código acotado que faculta al cónyuge a negar la presunción de paternidad ejercitando la acción contestatoria de la paternidad basada en las causales contenidas en el Art. 363 Inciso 1 del C.C., dentro del plazo de noventa días contados desde el día siguiente del parto, si estuvo presente en el lugar o desde el día de su regreso, si estuvo ausente.

En el caso de la presunción *mater is*, al ser una reproducción asistida homologa, no habría casos fuera de la presunción *mater is*

En este punto, hay que tener en cuenta que, para todo tratamiento de inseminación artificial, realizado a una persona que se encuentra casada, se necesita obligatoriamente la autorización de ambos cónyuges; por lo tanto, no podría ejercitar la acción contestatoria de paternidad, por haber admitido expresamente el procedimiento, situación que se puede contrastar con la historia clínica del cónyuge que se sometió al procedimiento médico; de no existir este consentimiento informado,

⁸ Artículo 361 del Código Civil: “El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido.”

⁹ Artículo 363 del Código Civil: “El marido que no se crea padre del hijo de su mujer puede negarlo:

1. Cuando el hijo nace antes de cumplidos los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio.

2. Cuando sea manifiestamente imposible, dadas las circunstancias, que haya cohabitado con su mujer en los primeros ciento veintidós días de los trescientos anteriores al del nacimiento del hijo.

3. Cuando está judicialmente separado durante el mismo período indicado en el inciso 2); salvo que hubiera cohabitado con su mujer en ese período.

4. Cuando adolezca de impotencia absoluta.

5. Cuando se demuestre a través de la prueba del ADN u otras pruebas de validez científica con igual o mayor grado de certeza que no existe vínculo parental. El Juez desestimaré las presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza.”

estaríamos frente a la realización del procedimiento en forma irregular o incluso frente a un procedimiento que busca alterar una realidad preexistente.

La exigencia de tal consentimiento está bien justificada, pues la inseminación artificial de la mujer casada sin el consentimiento de su marido sería una grave deslealtad (infidelidad moral y jurídica), una falta de respeto a su esposo que podría dar lugar a la separación y al divorcio, sin perjuicio de otras consecuencias. Cuando se practica una I.A. homóloga, la ley no determina las consecuencias jurídicas, debiendo entenderse que, por aplicación de] régimen general, el hijo será matrimonial pudiéndose utilizar, caso de impugnación, toda clase de pruebas.

2. REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA HOMÓLOGA SIN EL CONSENTIMIENTO DE AMBOS CÓNYUGES

Es poco probable que se practique una técnica de este tipo por un Hospital o Clínica sin contar con el consentimiento expreso del marido, ya que, conllevaría a responsabilidades contra el cuerpo médico que realice la técnica sin embargo existen clínicas al margen de la legalidad que podrían realizar este tipo de procedimiento con el semen del marido obtenido de manera anómala e irregular.

En este caso, se podrá determinar la filiación mediante la presunción de paternidad contenida en el Art. 361 del C.C, al encontrarnos frente a un menor que nace durante la vigencia de una relación matrimonial; no obstante, de que no medía el consentimiento del marido, sobre este particular María. Jesús Moro Almaraz citando a Satoososso sostiene:

Sin llegar a tanto, se trata de una disposición ilícita por terceros de un producto orgánico del marido y ello podrá dar lugar a una reparación. Resulta en cambio menos aceptable la no atribución de paternidad ¿de

quién será el hijo? No habría posibilidad de una atribución alternativa porque no intervino donante. (Almaraz, 2005).

Postura que se comparte, en correlación al principio de interés superior del menor, al no poder dejar a un niño sin la determinación de la filiación, pese a que el marido no haya dado su consentimiento para la utilización de la técnica de reproducción.

En lo que se refiere al consentimiento de la mujer, tenemos que, si el marido desea realizar un procedimiento de reproducción humana asistida con persona diferente a su cónyuge, existiría un problema pues se ha de verificar que las personas que desean someterse al procedimiento asistido son o no personas unidas bajo un vínculo marital; entonces, esta posibilidad solo podría concretizarse si existe una falacia en la información brindada por las personas a someterse al procedimiento reproductivo.

3. REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA EN UNA PAREJA ESTABLE NO CASADA

Según el artículo 386¹⁰ del Código Civil, serán considerados hijos extramatrimoniales aquellos menores que no hayan nacido bajo la persistencia del vínculo matrimonial de los progenitores, En este supuesto tenemos que tener presente si él o la conviviente manifestó o no su consentimiento para la realización de la inseminación artificial:

a. REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA APLICADA CON EL CONSENTIMIENTO DEL CONVIVIENTE

La filiación del menor nacido mediante las TERA con el consentimiento del(a) conviviente se determinará de las siguientes formas:

¹⁰ Artículo 386 del Código Civil” Son *hijos extramatrimoniales los concebidos y nacidos fuera del matrimonio*”.

- a. Mediante el reconocimiento que realizarán los padres ante el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC), mediante Escritura Pública o en Testamento, tal como se indica en el Artículo 390¹¹ del Código Civil.
- b. A través de una sentencia declaratoria de paternidad o la maternidad. Situación que se producirá cuando el varón conviviente se negase a reconocer como hijo suyo al nuevo ser, pese de haber dado su consentimiento para la Inseminación Artificial.

En el proceso judicial que se ha de llevar a cabo, se deberán de probar los presupuestos del artículo 402¹² del Código Civil, pudiendo en todo caso, de existir, el consentimiento del conviviente que obra en la historia clínica, para la realización del procedimiento de inseminación artificial como prueba en el proceso; asimismo, probando la relación convivencial de los padres en el tiempo de la concepción o en su defecto mediante una prueba de ADN, ya que al ser un proceso homologo, se obtendrán los resultados necesarios para determinar la filiación extramatrimonial.

¹¹ Artículo 390 del Código Civil: “El reconocimiento se hace constar en el registro de nacimientos, en escritura pública o en testamento”

¹² Artículo 402 del Código Civil: “La paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada:

1. Cuando exista escrito indubitado del padre que la admita.
2. Cuando el hijo se halle, o se hubiese hallado hasta un año antes de la demanda, en la posesión constante del estado de hijo extramatrimonial, comprobado por actos directos del padre o de su familia.
3. Cuando el presunto padre hubiera vivido en concubinato con la madre en la época de la concepción. Para este efecto se considera que hay concubinato cuando un varón y una mujer, sin estar casados entre sí, hacen vida de tales.
4. En los casos de violación, rapto o retención violenta de la mujer, cuando la época del delito coincida con la de la concepción.
5. En caso de seducción cumplida con promesa de matrimonio en época contemporánea con la concepción, siempre que la promesa conste de manera indubitable.
6. Cuando se acredite el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo a través de la prueba del ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza. Lo dispuesto en el presente inciso no es aplicable respecto del hijo de la mujer casada cuyo marido no hubiese negado la paternidad. El juez desestimará las presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza.”

B. TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA HETERÓLOGAS Y LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN

La diferencia fundamental entre la aplicación de esta técnica, inseminación artificial heteróloga, y la homóloga, reside en la donación de gametos de una tercera persona para que la pareja o persona puedan convertirse en padres; creando por lo tanto un problema en la determinación de la maternidad o paternidad según sea la persona que donó los gametos para el procedimiento.

Este es un procedimiento que se utilizará cuando uno a ambos miembros de la pareja sean estériles, un gran avance para la ciencia, que amerita un análisis de los futuros problemas jurídicos que puedan acarrear.

Respecto a optar una postura positivista, donde se tengan que establecer requisitos mínimos y necesarios para aplicar las técnicas de reproducción asistida heterólogas, el Doctor Varsi Rospigliosi citando a Luigi Lombardi señala que:

A efectos de su permisibilidad debe verificarse a) la infecundidad de la pareja, (no superable ni siquiera con la FEC), b) la existencia de un grave riesgo de transmisión de tara hereditaria c) que la pareja sea capaz de adoptar y d) que previamente haya realizado de manera infructuosa un procedimiento de adopción (Varsi Rospigliosi E. , Derecho Genético: Principios Generales, 2013).

Sobre la misma línea de acción Taboada apunta lo siguiente:

Pues bien, desde nuestro punto de vista las técnicas de reproducción humana asistida heterólogas no sólo satisfacen la necesidad social relevante de la procreación, sino que además permiten que determinadas parejas puedan llegar a ser padres cuando el material genético de uno de los que las conforman es deficiente. No nos parece que el hecho de utilizar material genético de un tercero sea un elemento que sirva para privar de legitimación jurídica a dichas técnicas. No aceptamos ningún argumento de orden supuestamente moral, religioso o de orden psicológico en contra de su legitimación. Sería absurdo e injusto calificarlas jurídicamente como actos

ilícitos y menos aún considerarlas como hechos intrascendentes o irrelevantes. Por ello, nuestra posición es que las mismas deben ser también consideradas como negocios jurídicos tipificados legalmente, debiendo ser por lo demás rigurosos en lo que se refiere a sus requisitos legales. Dicho de otro modo, las técnicas de reproducción humana asistida heterólogas deben ser también contempladas como negocios jurídicos típicos en el sistema jurídico nacional por cumplir una función socialmente relevante y digna, debiendo en todo caso ajustarse a rigurosos requisitos legales en protección del hijo nacido por su aplicación. (Taboada, 1997).

Teniendo en consideración ambas posturas direccionadas a un mismo objetivo, se puede indicar que nuestro país no está considerando esta postura, puesto que, nuestro país no cuenta con normatividad sobre el particular, a diferencia de otros países con legislación familiar con mayor novedad y orientada a la ciencia y sus avances.

Sin embargo, existen posturas divergentes a las ya presentadas, siguiendo estas, Cárdenas nos dice que:

Los hijos deben ser el resultado de la intervención personal de la pareja. De admitirse la fecundación heteróloga se daría el caso de un hijo que, genéticamente, lo sería de un tercero, distinto al marido o a la mujer, según el caso, o de terceros (Cardenas Quiros, 1998).

La postura antes indicada es seguida parcialmente por nuestro cuerpo normativo, al aceptarse en el Artículo 7 de la Ley General de Salud, la utilización de técnicas de reproducción asistida en el varón sin restricción alguna; sin embargo, en la mujer debe de cumplir con el requisito de que la identidad de madre genética y biológica se encuentren en la misma persona, posición que es repetida en el Proyecto de Ley N° 3744/2014-CR (julio del 2014), donde se proscribe todo tipo de fecundación mediante la técnica de madre subrogada; entonces es preciso determinar las formas de filiación para las TERA, al ser una realidad latente en nuestro país que no cuenta con regulación apropiada.

Por otro lado, en la legislación comparada sobre el particular existe la tendencia de atribuir la paternidad y maternidad basada en el consentimiento libre y voluntaria del cónyuge en aquellos casos en que interviene un donante ajeno al matrimonio o pareja conviviente estable, en relación a esto, Rivero Ibáñez citado por Hernández Ibáñez afirma: “*que entiende que el elemento más importante en la determinación de la filiación como categoría jurídica formal, es el de la voluntad o decisión de que ese ser naciera, porque los demás elementos, biológicos, pueden ser sustituidos*” (Hernandez Ibáñez, 1989), sin embargo, existen opiniones adversas, donde afirman que la solución se encontraría en la adopción por parte del padre que no participa genéticamente del embarazo.

1. REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA HETERÓLOGA Y DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN PATERNA

Cuando el marido o conviviente varón es la persona que no participa genéticamente de la técnica de reproducción asistida, se han de tener en cuenta dos posibles situaciones: que el procedimiento se realice con el consentimiento de este o en su defecto, sin el consentimiento de la pareja:

a. REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA HETERÓLOGA CON EL CONSENTIMIENTO DEL VARÓN QUE NO APORTA MATERIAL GENÉTICO

De encontrarnos con esta figura dentro de un matrimonio, estaríamos dentro de la presunción *pater is*, si el menor nace dentro del periodo de tiempo de presunción de la misma, entonces estaríamos frente a un *hijo legal* del marido.

Hoy en día, la legislación comparada otorga gran importancia a la manifestación de voluntad del marido, pues ello determina que asuma la paternidad legal, aunque no sea el padre genético.

El artículo 361 de nuestro Código Civil, establece que, en el caso de que la pareja se encuentre unida por el vínculo matrimonial, el hijo se reputará del marido. Sin embargo, analizando la realidad que en nuestro país se presenta, ¿Cómo solucionar los casos cuando el padre y madre de una familia se separan y el marido decide negar la paternidad, teniendo como fundamento el no ser el padre genético del menor?, nuestro sistema jurídico peruano es de *números clausus* respecto a este tema, por lo que, en correlación con el Artículo 366¹³, el parentesco se fundamentará en un parentesco civil, siendo considerado padre legal.

Es sumamente importante indicar que se debe de incluir el consentimiento de la pareja en la Historia Clínica de la madre que se somete a un proceso de inseminación heteróloga, como una prueba indispensable para poder establecer la filiación respecto del nuevo ser.

En otros ordenamientos jurídicos diferentes al Perú, como es el caso de Bolivia y Australia, tenemos ciertas Bases para una legislación sobre técnicas de reproducción humana asistida, donde consideran que, “El marido que ha dado su consentimiento para la fecundación de la mujer con semen de dador no podrá impugnar la paternidad”.

b. REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA HETERÓLOGA SIN EL CONSENTIMIENTO DEL VARÓN QUE NO APORTA MATERIAL GENÉTICO

Sobre este particular, la doctrina tiene una posición definida, toda vez que, no puede atribuírsele una filiación a aquella persona, sea marido o conviviente que no otorgó su consentimiento para la realización del procedimiento de reducción asistida.

¹³ **Artículo 366 del Código Civil:** “El marido no puede contestar la paternidad del hijo que alumbró su mujer en los casos del artículo 363, incisos 1 y 3:

1.- Si antes del matrimonio o de la reconciliación, respectivamente, ha tenido conocimiento del embarazo.

2.- Si ha admitido expresa o tácitamente que el hijo es suyo.

3.- Si el hijo ha muerto, a menos que subsista interés legítimo en esclarecer la relación paterno-filial.”

Rubio Correa indica que en estos casos:

Se produce una situación abiertamente inequitativa con el marido: Se le imputa una paternidad por razones formales, en las que no tiene vínculo genético, pero además sobre la cual no ha sido ni siquiera consultado (o a la que hasta puede haber rechazado expresamente). La decisión producir la concepción ha sido exclusivamente atribuible a la mujer o a ella y al tercer donante de semen.

Sin embargo, con la promulgación de la Ley 27048, queda abierta la posibilidad de un varón de negar la paternidad de un menor aplicando una prueba de ADN, situación que no sería la más idónea para aplicar en casos de determinar la filiación de menores nacidos mediante técnicas de reproducción humana asistida, debiendo reformular nuestro sistema legal, incrementando a las causales del negación de paternidad del artículo 363 del Código Civil una causal referente al carecimiento de consentimiento por parte del marido para la aplicación de TERAS, motivo por el cual se reitera la importancia de contar con un consentimiento expreso del conyugue en las Historias Clínicas de las mujeres casadas que decidan someterse a este procedimiento, para poder determinar si el marido consintió el mismo.

Por lo tanto, y de acuerdo a lo antes expresado, existen aún vacíos legales en la determinación de la paternidad cuando estamos frente a un caso de un menor que nació gracias a la ayuda de la medicina, mediante las técnicas de Reproducción Humana Asistida.

2. REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA HETERÓLOGA Y DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN MATERNA

Como se ha establecido en el subcapítulo anterior, la filiación materna es determinada mediante la gestación y el parto, sin embargo, en los casos de maternidad subrogada, la filiación materna no podrá ser determinada mediante

las formas ya establecidas al no conjugarse la maternidad natural y maternidad legal en la misma persona.

La maternidad biológica puede ser diferenciada de la maternidad genética y maternidad gestante, en el primer caso es la mujer quien aporta el gameto femenino (óvulo con sus 23 cromosomas haploides) fecundado, en el segundo caso la mujer es quien gesta al nuevo ser a ella se le transfiere los gametos masculinos o se le implanta el pre embrión desarrollando el embarazo. Ahora la maternidad biológica puede ser plena o parcial, será plena si la madre ha gestado al hijo con su propio gameto (óvulo), será parcial si solo aporta su gameto (óvulos) en cuyo caso nos encontramos con la maternidad genética y si sólo aporta la gestación, pero no ambos. (Reyes Farfan, 2002).

En el subcapítulo II, se identificaron los diversos tipos de maternidad subrogada, los mismos que generan ciertos problemas jurídicos:

- a. Que la madre gestante quiera quedarse con el nuevo ser.
- b. Que ni la madre gestante, ni la contratante quieran quedarse con el nuevo ser, por adolecer este de problemas físicos o genéticos.
- c. Que durante el periodo de duración de la gestación se adviertan ciertas anormalidades o taras en el feto, proponiendo la pareja contratante practicar el aborto terapéutico, mientras la gestante se reúse a tal procedimiento.
- d. Que se ponga fin al vínculo que une a la pareja contratante, durante el transcurso del embarazo de la gestante.

Para poder determinar la filiación materna en los casos de inseminación supraconyugal, nos tenemos que remontar al principio *partus sequitur venirem*, que se fundamenta a su vez en que la madre siempre es cierta; sin embargo, diversos autores indican que estos principios no son totalmente precisos en nuestra realidad, Boza Dibós, afirma que es preocupante los siguiente:

Los casos en que quien piensa fungir de padre o de madre no proporciona el material genético, sino que este es de un tercero (ej. Caso típico el donante anónimo a un banco de espera, o la donante que

no sólo cede su vientre, sino que provee el óvulo). Más aún, ¿Cuál será la situación del menor frente a sus padres homosexuales? En este contexto toda la serie de presunciones legales con que tradicionalmente el Derecho tutela el bienestar del menor, resultan inoperantes. A manera de ejemplo, basta pensar en el caso de la mujer casada que decide fungir de “madre sustituta”: la criatura si bien genéticamente no es hijo de su marido, sino de un tercer (ya que fue inseminada artificialmente) en virtud de la presunción *pater is* legalmente resulta siendo hijo del marido. Es más, la mujer no puede demostrar lo contrario. La dificultad no se acaba aquí, sino que también involucra a la mujer. Supongamos que ella solo alquiló su vientre, es decir, que le implantaron un embrión ya concebido solo para que lo gestara durante los nueve meses del embarazo. Cuando da a luz ¿a quién se reputa madre de la criatura.? El legislador tradicionalmente ha tenido en mente a la mujer que alumbró, ¿Y ahora? (Boza Dibós, 1991).

Según nuestra normatividad vigente, en el caso de que la maternidad subrogada sea realizada por una mujer que no se encuentra casada, el hijo que esta mujer alumbró se reputará extramatrimonial, quedando abierta la investigación judicial de paternidad o maternidad; sin embargo, si la madre gestante se encuentra unida mediante un vínculo matrimonial:

La investigación de la paternidad respecto de un tercero donante del gameto masculino no será posible si previamente el cónyuge no impugna la paternidad por alguna de las causales contenidas en el artículo 363 del Código Civil y logra sentencia favorable. De no impugnar y no lograr sentencia favorable, el marido será considerado padre legal del menor a tenor de lo dispuesto en el artículo 361 del Código Civil. (Varsi Rospigliosi E. , Derecho Genético: Principios Generales, 2013).

Sin embargo, en nuestro país no existe legislación específica que pueda dar solución a este tema, por lo que, la opinión de varios expertos radica, en optar por la filiación adoptiva, para dar una solución con las figuras jurídicas que cuenta la ley peruana.

C. DETERMINACIÓN DE LA PATERNIDAD Y MATERNIDAD EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA

Actualmente, la legislación comparada es diversa en el tema de la determinación de la filiación de un menor, ello debido a los pocos países que han regulado el derecho genético, que contendrían ciertos principios y temas rectores para la aplicación de criterios para poder determinar la filiación de una persona.

Existen dos corrientes específicas sobre las tendencias legislativas: prevalencia del desarrollo técnico y la otra que protege a la persona.

1. LA PREVALENCIA DEL DESARROLLO TÉCNICO

Mediante esta corriente se busca el avance tecnológico sobre el interés de la persona, siendo sustentada en los postulados:

- El inicio de la vida humana es retardado cierto tiempo (lo general catorce días) luego de la fecundación.
- Amplia libertad en material de manipulación y de creación de embriones en exceso, con congelación, donación o destrucción de los sobrantes. (Varsi Rospigliosi E. , Derecho Genético: Principios Generales, 2013)

Siguiendo esta corriente tenemos los siguientes países:

- España, regula esta materia, mediante la Ley 14/2006, publicada el 26 de mayo del 2006, sobre las técnicas de reproducción humana asistida; asimismo, cuenta con la Ley 14/2007, publicada el 03 de julio del 2007, sobre la Investigación biomédica, quedando derogadas todas las leyes sobre la materia anteriores a esta.
- Gran Bretaña, mediante el Human Fertilisation and Embriology Act de 1990, se siguió esta tendencia. No obstante, este texto fue corregido y modificado el 13 de noviembre del 2008, donde se asegura que todos los

embriones humanos fuera del cuerpo, cualquiera que sea el proceso utilizado en su creación, están sujetas a una determinada regulación, prohibiendo la selección del sexo de los fetos por razones no médicas, siendo razones médicas, el evitar una enfermedad grave que afecta sólo a los niños; asimismo, reconoce a las parejas del mismo sexo como padres legales de los niños concebidos mediante el uso de esperma, óvulos o embriones donados. En sus disposiciones pretende mantener la obligación de tener en cuenta el bienestar del niño en la prestación de un tratamiento de fertilidad, sustituyendo términos en el mismo, cambiando el de *la necesidad de un padre* por el de *la necesidad de apoyo para padres*.

- Francia, mediante la Ley 94-653, sobre el respeto al cuerpo humano; asimismo, la Ley 94-654, sobre donación y utilización de elementos y productos del cuerpo humano, la asistencia médica para la procreación y el diagnóstico prenatal se han integrado normas relativas al Derecho Genético a los diferentes cuerpos normativos de ese país, Código Penal, Código Civil y Código Sanitario.

2. LA PROTECCIÓN A LA PERSONA

A través de esta corriente, se pretende proteger al ser humanos desde el momento de su concepción, más aún a los menores que sean fruto de la aplicación de TERAS, esta tendencia se basa en los siguientes postulados:

- Evitar la artificialización (cedentes) y la desnaturalización (fecundación *post mortem*) de la familia;
- Lograr la coincidencia entre el vínculo biológico de paternidad y maternidad y el vínculo social.
- Fomentar y resguardar la salud psíquica del niño;
- Reconocer al niño el derecho a indagar su identidad genética (pruebas biológicas) y evitar las prácticas contrarias a la identidad genética (maternidad subrogada). (Varsi Rospigliosi E. , Derecho Genético: Principios Generales, 2013)

Referente a esta corriente tenemos distintos países que han adoptado la misma como propia:

- Alemania, regula parcialmente la materia, mediante la Ley 745-90, publicada el 13 de diciembre del 1990, donde se pretende proteger al embrión frente a la manipulación genética, respondiendo estas tanto a su historia como a las bases deontológicas de la Comisión Benda (1985) y el Congreso Médico (1985). Recientemente, en el año 2002, se publicó la Ley de Garantía de Protección del Embrión en relación con la Importación y la Utilización de Células Troncales Embrionarias de origen Humano, comúnmente llamada Ley de Células Troncales, publicada, el 28 de junio de 2002, donde, entre otras disposiciones establece la prohibición como principio general, la importación y la utilización de células troncales embrionarias.
- Austria, mediante norma publicada el 1 de julio de 1992, se publicó una ley similar a la alemana, donde se permiten las técnicas de reproducción asistida homólogas, mientras que, las técnicas heteróloga son permitidas de forma excepcional, con ciertas condiciones: espermatozoides solamente utilizados en máximo tres parejas, no ser guardado por un periodo mayor a un año, derecho del niño nacido mediante estas técnicas de conocer la identidad de su padre biológico, entre otros.
- Suecia, a través de la Ley 2250, de fecha 20 de diciembre de 1984, sobre la inseminación artificial, se permite la utilización de técnicas de reproducción asistida heteróloga en mujer casada o concubina, brindando el derecho al menor de indagar sobre su identidad genética. Contrariamente, mediante la Ley 711, publicada el 14 de junio de 1988 referente a la fecundación in vitro, solo se permite la reproducción homóloga para esta técnica de reproducción asistida. Sin embargo, el 14 de marzo de 1991, se publica la Ley 115, que manifiesta una posición contraria, puesto que autoriza la experimentación en embriones de menor de 14 días, situación que crea confusión sobre la posición sueca sobre la materia.
- Suiza, mantiene una regulación meramente constitucional, donde su condición Helvética de 1999, protege a las personas contra los abusos que

conlleva la utilización de técnicas de procreación y la manipulación genética, específicamente, en sus artículos 118 a 120, se precisan ciertos principios generales a saber: Derecho al uso de la medicina reproductiva de todo ser humano, protección frente al abuso de la medicina reproductiva, Uso de las técnicas de procreación asistida para sustituir los problemas de fertilidad y de taras en la sociedad, no se permite el comercio de material genético, Dar mayor importancia al patrimonio genético, donde toda persona tiene derecho a sus datos genéticos. Reconocimiento legal del trasplante de células, Protección del uso de la ingeniería genética en ámbito no humano.

En América existe un caso particular, que es el de Costa Rica, donde el Decreto Ejecutivo N° 24089-S de fecha 3 de febrero de 1995, normaba la regulación de la reproducción asistida, donde se restringen las técnicas de reproducción asistida y se prohíbe todo tipo de manipulación genética; empero, este Decreto Ejecutivo, fue declarado inconstitucional, donde declararon que las TERAS, atentan contra la dignidad de la persona humana.

Por lo antes enunciado, es preciso determinar cuáles son las principales nociones que se han de tener en cuenta para poder realizar una adecuada regulación jurídica de las TERAS, pues merecen una protección social y determinación legal inmediata, por encontrarse hoy en día posiciones contrapuestas, necesitándose un nuevo análisis que lleve a buen puerto la relación ciencia – hombre.

Estas nociones deben estar basadas según diversos autores en ciertos principios fundamentales, para Varsi Rospigliosi, estos son:

- Proteger al concebido y a la persona permitiendo sólo la fecundación asistida como un remedio a la infertilidad.
- La libertad de investigación científica dentro de los límites de la plena integridad psicosomática, salud, intimidad y dignidad humana.
- Estricto respecto a las reglas de la procreación en las fases de experimentación.

- Fijar las pautas de la identificación, consentimiento e información de las partes intervinientes.
- Reprimir la responsabilidad a la actividad médica por la manipulación o investigación científica no autorizadas o contrarias a las normas comunes de la conducta biosocial.
- Sancionar la negligencia, así como el no haberse asegurado del consentimiento libre e informado del paciente.
- Penalizar la ejecución de técnicas contrarias a las leyes de la naturaleza.
- Fijar las pautas de reparación integral de la víctima por daños.
- Determinar la prohibición de publicar los resultados de la experimentación con consecuencias dañinas.
- Evaluar los riesgos y poner limitaciones. (Varsi Rospigliosi E. , Derecho Genético: Principios Generales, 2013)

Siguiendo los mismos lineamientos Corral Talciani indica que se deben de tener en cuenta tres principios fundamentales para poder legislar en materia de reproducción humana asistida:

- La protección de la vida y dignidad de la persona humana.
- La consideración preferente de los intereses y derechos del niño.
- La protección de la familia, cuyo cauce de constitución, social, jurídica y éticamente deseable, se encuentra en matrimonio. (Corral Talciani H. , Procreación medicamente asistida, 1994)

Según la opinión de los tratadistas nacionales debemos tener muy presente, los principios que ya indicamos en el capítulo de los Conceptos Generales, dando mayor interés a la interpretación del principio de interés superior del niño, por ser un precepto fundamental en nuestro ordenamiento jurídico; por consiguiente, en los casos de controversias entre los derechos de los niños y derechos de los adultos, la cuestión debe resolverse en favor de los niños.

Este principio, ha sido aceptado por nuestra doctrina nacional, siendo que la autora respalda el hecho de que las TERAS no violan ninguna manera el interés superior del niño, sino que por lo contrario se fomenta el cumplimiento del principio pues

fomenta la vida de los niños, al permitirlos nacer en familias que los esperan y desean para criarlos en una forma éticamente y socialmente adecuada; no oponiéndose por ningún motivo el deseo de los adultos, pues la filiación se dará en forma organizada y programada.



SUBCAPÍTULO II: ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS DADAS EN NUESTRO PAÍS

Como ya ha quedado establecido en subcapítulos anteriores nuestro país no posee legislación uniforme sobre la materia; por lo tanto, urge una legislación que guarde relación con los principios de protección de la dignidad humana, poniendo fin al conflicto que esta tesis abarca sobre la determinación de la filiación en casos de aplicación de TERAS, sin embargo, a la fecha existen algunas sentencias emitidas por el órgano jurisdiccional donde se establecen algunas directrices para la resolución de temas relacionados con la determinación de filiación y aplicación de TERAS:

A. CASACIÓN 5003-2007-LIMA

- **Fecha:**
06 de mayo del 2008
- **Demandante:**
Mónica Cedelinda Oblitas Chicoma en representación de su menor hijo Olsen Fabrizio Quispe Oblitas.
- **Demandado:**
María Alicia Alfaro Dávila.
- **Materia:**
Impugnación de maternidad.
- **Hechos:**
En el caso resuelto por la Corte Suprema de Justicia, se planteó un proceso de impugnación de maternidad, donde la demandante representa a su menor hijo, solicitando la impugnación del reconocimiento de maternidad efectuado por la demandada sobre quien aparece como su mejor hija, la menor hija fue concebida dentro del vientre de la demandada, no siendo la madre genética de dicha menor, teniendo como padre al esposo de la demandante, al haber utilizado sus espermatozoides para dicha fecundación, haciendo presente que la fecundación se llevó a cabo gracias a una ovodonación y utilizando la fecundación in vitro.

- **Decisión adoptada por el Poder Judicial:**

La primera instancia declaró improcedente la demanda fundamentado su decisión en que la demandante no había acreditado el interés económico o moral para ejercer su derecho de acción, ya que no ha demostrado que con el reconocimiento se haya afectado directa o indirectamente al hijo de la demandante, por lo que carece de interés para obrar. En similar sentido resolvió la Sala Civil de la Corte Superior.

La Corte Suprema señala en su considerando sétimo que el menor hijo de la demandante y en cuyo nombre se actúa, su hijo, es hermano paterno de la demandada ha reconocido como hija, conforme al resultado de ADN de lo que se colige que el padre de ambos menores es Custodio Olsen Quispe Condori y que se impugna la maternidad porque el reconocimiento no coincide con la realidad biológica. Es así que, en el considerando octavo argumenta que no se trata de acreditar solamente la afectación al recurrente por el reconocimiento sino su legítimo interés en el pronunciamiento judicial por la condición de hermano de la menor de iniciales A.B.A.D. y, por tanto, la necesidad que el Poder Judicial decida respecto al reconocimiento efectuado por la demandada que se señala transgredió lo dispuesto en el artículo 7 de La Ley General de Salud y porque se vulneraría derechos fundamentales de la citada menor como su derecho a la propia intimidad.

- **Análisis:**

En el caso analizado, se presentó un conflicto de intereses entre la demandante y demandada, por la tenencia y custodia de la menor reconocida como hija de demandante, quien genéticamente no era hija de la demandada; al ser el menor producto de la utilización de una técnica de reproducción asistida.

Como ya se ha establecido, el artículo 7 de la Ley General de Salud no permite la utilización de técnicas de reproducción cuando exista divergencia entre la identidad de la madre genética y madre gestante; sin embargo, en este caso en particular, operaría la presunción de maternidad, declarándose como madre a la demandada, por haber sido quien alumbró a la menor;

asimismo, se ha de considerar la posesión del estado que ostenta la menor como hija de la demandada, toda vez que, desde su fecha de nacimiento, vivía bajo los cuidados y la creencia de ser hija de la demandada.

B. EXPEDIENTE 183515-2006-00113-LIMA

- **Fecha:**

06 de enero del 2009.

- **Demandante:**

Carla Monic See Aurish.

- **Demandado:**

Lucero Aurish de Oliva y otro.

- **Materia:**

Impugnación de maternidad.

- **Hechos:**

En el expediente se resuelva el caso de una señora y su esposo que desean tener hijos, pero cuando ella consulta a su médico este le informa que, por problemas de salud, un embarazo pondría en riesgo su vida. Es en ese contexto que los esposos deciden recurrir a la fecundación in vitro, utilizando su propio material genético, y contando además con la madre de la esposa, quien lleva adelante la gestación de su nieta. Al nacer la niña, es anotada en la Clínica Miraflores como hija de la gestante y su yerno como padre de la pequeña. Debido a ello, la madre genética interpone una acción de impugnación de la maternidad. La jueza de la causa reconocerá entonces que si bien en principio la accionante no estaría legitimada, en la medida que la impugnación de la maternidad procedería en caso de suplantación del hijo o simulación del parto, considera que, dado que media una fecundación in vitro, el concepto tradicional de maternidad resulta obsoleto, y el derecho genético debe crear nuevos conceptos de maternidad y por ende representa un problema jurídico con diferentes matices, cuya regulación legal resulta insoslayable para armonizar las relaciones humanas en la sociedad.

- **Decisión adoptada por el Poder Judicial:**

La magistrada decide recurrir al criterio de verdad de la prueba de ADN, demostrándose que la demandada era la madre genética de la menor. Por otro lado, enterada la jueza en el curso del proceso que de la fecundación in vitro se lograron seis embriones, de los cuales se implantaron tres y se crioconservaron los otros tres, ordena se tomen las medidas adecuadas para “hacer efectivo su derecho a la vida, que tiene todo concebido en su calidad de niño”. Por ello la magistrada ordena que, en el curso de dos años desde la sentencia, los justiciables hagan efectivo el derecho a la vida de los embriones congelados, gestándolos por sí o mediante subrogación de vientre sin fines de lucro. En caso de no cumplir lo antedicho, el Ministerio Público les iniciará un proceso de abandono de los embriones y dispondrá su adopción por padres sustitutos.

- **Análisis:**

En el expediente se puede apreciar como la voluntad de procrear, tanto de la demandada como la demandante, mediante TERAS y un concierto de voluntades para tal procedimiento, situación que, desvirtúa la presunción de maternidad, otorgada por el hecho del parto de la demandada.

Otro aspecto importante de la sentencia analizada, se centra en la decisión de la jueza de someter a un proceso cautelar los embriones crioconservados no utilizados para el procedimiento de fecundación in vitro por parte de la demandante y su esposo; fallo novedoso y sin precedentes en nuestro país, al demostrar que el interés superior del niño no solo debe alcanzar a menores ya nacidos, sino a aquellos con alto potencial de convertirse en uno, realizando un análisis extensivo del principio de interés superior del niño.

C. CASACIÓN 4323-2010-LIMA

- **Fecha:**

11 de agosto del 2011.

- **Demandante:**
PRANOR S.R.L. (Instituto de Ginecología y Reproducción – Clínica de Fertilidad Asistida y Ginecología Concebir) y Custodio Olsen Quispe Condori

- **Demandado:**
María Alicia Alfaro Dávila

- **Hechos:**
En este proceso, una pareja acudió a una clínica de fertilidad para poder concebir un hijo mediante las técnicas de reproducción asistida, en la clínica donde asistieron suscribieron tres documentos: i) consentimiento informado y crioconservación de embriones humanos (5 de agosto del 2004); ii) solicitud de crioconservación de espermatozoides (17 de agosto del 2004); y iii) convenio de realización de técnicas de reproducción asistida (18 de agosto del 2004), Gracias a la técnica realizada, pudieron concebir a una niña, tiempo después, surgieron desavenencias entre la pareja, situación que originó un proceso judicial por parte del marido, demandante, quien exigía la nulidad de los documentos firmados, toda vez que, firmó solamente el tercer documento que se mencionó anteriormente, mientras que los otros dos fueron documentos en blanco.

- **Decisión adoptada por el Poder Judicial:**
Primigeniamente, la demanda fue declarada infundada, puesto que, en el documento donde se autorizaba la realización de técnicas de reproducción humana asistida, se establecían otras cláusulas donde las partes tenían pleno conocimiento del procedimiento a realizarse, por lo tanto, no existiría nulidad en el acto firmado. Apelada la demanda, esta fue declarada fundada, declarando nulos los actos jurídicos, al considerar la ovodonación prohibida según el Artículo 7 de la Ley General de Salud. Sin embargo, la Sala Suprema Civil, dictaminó lo contrario, declarando fundado el recurso de casación e infundada la demanda de nulidad de acto jurídico, con lo demás que contiene.

El fundamento de la Sala, se fundamentó en su considerando tercero que, si bien dicho procedimiento (ovodonación) no se encuentra legislado, sin embargo en virtud al axioma jurídico de que “todo lo que no está prohibido está permitido”, reconocido por el Tribunal Constitucional: “En el ámbito del derecho

constitucional opera el apotegma jurídico que dice que “sólo le está permitido al Estado aquello que expresamente le ha sido conferido”, ello a diferencia de lo dispuesto para la ciudadanía, la que se rige por el principio de que ‘aquello que no está prohibido, está permitido’, por consiguiente el aludido procedimiento de “ovodonación” no es ilícito ni constituye delito, constituyendo más bien un vacío normativo y jurisprudencial.

- **Análisis:**

En la sentencia existen dos aspectos importantes a analizar; i. La legalidad de la ovodonación; y, ii. La manifestación de voluntad para la aplicación de TERAS.

En cuanto a la realización de la ovodonación, se puede indicar que, esta no se encuentra expresamente prohibida ni constituye delito, por lo tanto, la ley no debe dejar un vacío frente a la determinación de la filiación y la aplicación de esta técnica de reproducción; sin embargo, se debe mencionar nuevamente al Artículo 7 de la Ley General de Salud que, para la aplicación de TERAS exige la igualdad entre la identidad de la madre genética y gestante, situación que a la fecha crea un conflicto de leyes que debe ser subsanado.

La manifestación de la voluntad, requisito indispensable para la validez de los actos jurídicos, debe respetarse a cabalidad, más aun cuando la identidad de un menor se encuentra en juego; requisito que se ha recogido en el planteamiento de la propuesta legislativa en la presente tesis; donde, para la realización de TERAS de una pareja estable se requiere necesariamente el consentimiento del varón, siendo este un reconocimiento expreso y primigenio de la paternidad, pese a que no se comparta material genético.

D. CASACIÓN 563-2011-LIMA

- **Fecha:**

06 de diciembre de 2011.

- **Demandantes:**

Dina Felicitas Palomino Quicaño y Giovanni Sansone.

- **Demandado:**

Isabel Zenaida Castro Muñoz.

- **Hechos:**

Aquí se analiza el caso de un matrimonio que encargó a una mujer la gestación de un niño, que debía ser entregado a los esposos tras su nacimiento a cambio de la suma de US\$18,900.00 dólares americanos, esta fecundación se realizó con el gameto del esposo, por lo que, biológicamente, la niña alumbrada era hija del comitente y de la madre de alquiler. Tras el nacimiento de la menor, la filiación materna se inscribió a favor de la gestante y, la paterna, a favor de su conviviente, por lo tanto, el padre de biológico no figuraba como padre formal o legal. Inmediatamente después del alumbramiento, la niña, de nueve días de nacida, fue entregada a los esposos contratantes, iniciando estos un proceso de adopción por excepción, pero la madre de alquiler y su pareja se arrepienten de finalizar el proceso y se desisten de continuar con la adopción.

- **Decisión adoptada por el Poder Judicial:**

Pese al desistimiento, en primera y segunda instancia se declaró fundada la demanda de adopción por excepción interpuesta por los comitentes. Ante ello, la madre portadora y su pareja interponen recurso de casación. alegando: a) transgresión del artículo 115 del Código de Niños y Adolescente, por no proceder la adopción debido a que el padre adoptante era a la vez el padre biológico de la menor; b) infracción del artículo 128 del Código de Niños y Adolescente, inciso b), porque la adoptante, presunta tía demandante, no guardaba ningún parentesco con la menor. Ello a causa de que el padre legal, familiar de dicha adoptante, no era el padre biológico; c) infracción del artículo 378 del Código Civil, incisos 1 y 5, debido a que los adoptantes carecían de solvencia moral.

La Corte Suprema determinó que todas las causales carecían de sustento. Entendió que sí procedía la adopción porque la paternidad que figuraba en la partida de nacimiento era la de del conviviente de la mujer, siendo este, por

ende, el padre legal de la niña, estableciéndose la existencia de un conflicto entre el interés superior de la niña a tener una familia y el derecho de los padres recurrentes a ejercer la patria potestad. Teniendo en cuenta el actuar las partes, primó el interés superior de la niña, decidiéndose que continúe viviendo con los demandantes, quienes, le proporcionaban un ambiente adecuado, declarando infundado el recurso de casación.

- **Análisis:**

La adopción es una figura jurídica que, para las técnicas de reproducción asistida opera como una medida de solución alternativa frente al vacío legal existente, teniendo a la adopción por excepción como su principal bastión. Asimismo, podemos apreciar una constante sobre la aplicación del interés superior del niño y la prevalencia del estado como hijo, que a todas luces beneficia únicamente al menor, al respetar sus derechos, reconocidos mundialmente.

De acuerdo a lo analizado en las casaciones y expedientes expuestos, podemos apreciar que distintos órganos jurisdiccionales de nuestro país han realizado un juicio de valor de las posibles consecuencias que la aplicación de las técnicas de reproducción asistida puede traer respecto a la determinación de la filiación, tanto materna como paterna; sin embargo, a la fecha no existe regulación específica sobre la materia; por lo tanto, es preciso determinar si es necesario legislar el tema de las TERAS, hecho que se realizará en el próximo capítulo.

SUBCAPÍTULO III: ANÁLISIS DE LA NECESIDAD DE REGULACIÓN DE TEMAS RELACIONADOS CON LA APLICACIÓN DE LAS TERAS

Para la determinación de la necesidad de regulación jurídica de las TERAS y su relación con la problemática de la determinación de la filiación, se realizó una encuesta tomando como referencia la población de Arequipa que desempeña funciones como abogado, habilitada ante el Colegio de Abogados de Arequipa, toda vez que, son estas las personas que conocen sobre la normatividad existente en el país, pudiendo discernir si existiese algún problema jurídico para poder legislar sobre el tema analizado.

Tomando en cuenta una muestra de la población de abogados que se encuentra habilitada para el ejercicio de la población, se han de entrevistar al azar a 383 abogados miembros del Colegio de Abogados de Arequipa, quienes respondieron a una encuesta formulada por la autora de la presente, donde se realizaron 13 preguntas que se analizarán a continuación:

A. RESPECTO DE LAS GENERALIDADES DE LOS ENCUESTADOS

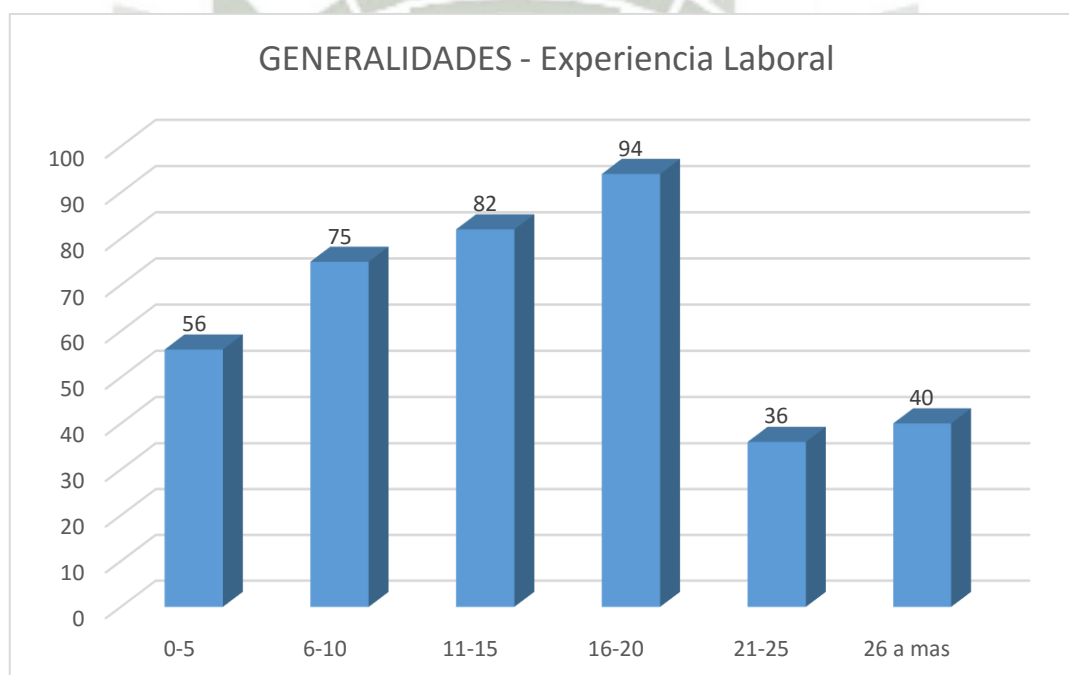
Como primera pregunta, referente a las generalidades de los encuestados, se consultó sobre la experiencia laboral de los mismos, para tener una referencia, tanto de la edad de los encuestados, como la experiencia laboral de estos, para poder tener una mejor perspectiva de los encuestados para poder analizar cualitativamente las respuestas brindadas a la encuesta:

CUADRO N° 01

RPTA	Experiencia Laboral (en años)					
	0-5	6-10	11-15	16-20	21-25	26 a mas
TOTAL	56	75	82	94	36	40
%	14.6	19.6	21.4	24.5	9.4	10.4
TOTAL GENERAL	383					

Fuente: Elaboración propia – 2017.

GRÁFICA N° 01

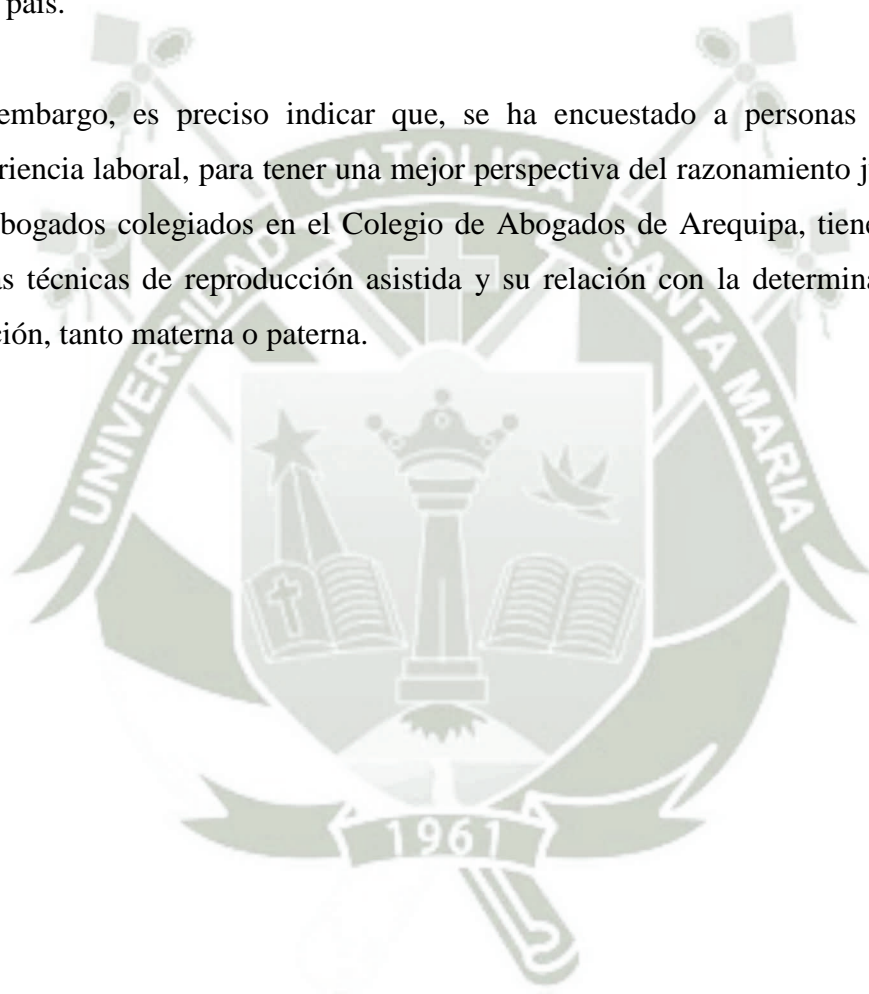


Fuente: Elaboración propia – 2017.

En la encuesta se obtuvo que, la mayoría de la población encuestada es una población joven en términos de experiencia laboral, teniendo que el 24.5 % y 21.4% son abogados con 16-20 años de experiencia y 11-15 años de experiencia respectivamente; seguido por 6-10 y 0-5 años de experiencia con el 19.6% y 14.6% respectivamente; mientras que, el 10.4% y 9.4% corresponde a encuestados con 26 a más años de experiencia y 21-25 años respectivamente.

Con los resultados antes mencionados, podemos apreciar que, la población encuestada, en su mayoría no sobrepasa los 20 años de experiencia como abogados; sería arbitrario afirmar que el rango de edad de estas personas es menor a los 45 años; sin embargo, se puede afirmar que, al tener una experiencia laboral no mayor de 20 años podemos indicar que la educación en la etapa de formación de los encuestados, se encuentra a la luz de los nuevos dispositivos legales, teniendo en consideración que las normas referentes a las técnicas de reproducción asistida son novedosas, tanto en la doctrina comprada como en nuestros sistema jurídico actual en el país.

Sin embargo, es preciso indicar que, se ha encuestado a personas de diversa experiencia laboral, para tener una mejor perspectiva del razonamiento jurídico que los abogados colegiados en el Colegio de Abogados de Arequipa, tienen respecto de las técnicas de reproducción asistida y su relación con la determinación de la filiación, tanto materna o paterna.

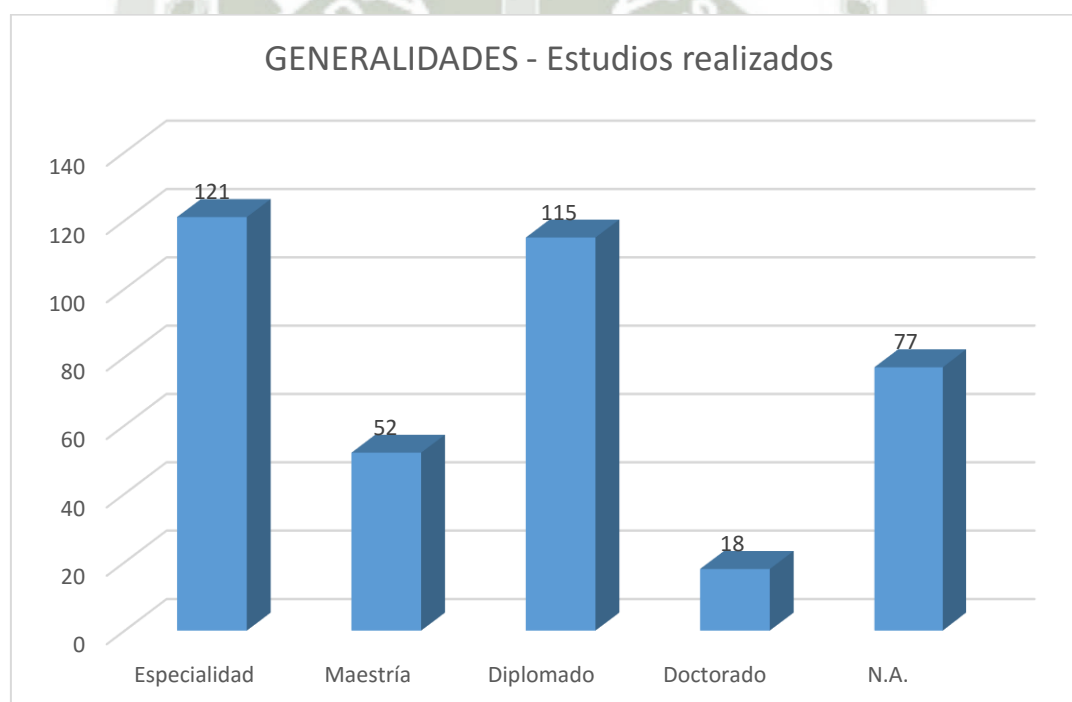


CUADRO N° 02

RPTA	Estudios realizados				
	Especialidad	Maestría	Diplomado	Doctorado	N.A.
TOTAL	121	52	115	18	77
%	31.6	13.6	30.0	4.7	20.1
TOTAL GENERAL	383				

Fuente: Elaboración propia – 2017.

GRÁFICA N° 02



Fuente: Elaboración propia – 2017.

Como segunda pregunta referente a las generalidades de los encuestados, se preguntó sobre el nivel de estudios de los mismos, ello con el fin de determinar el grado de preparación que tienen estos para poder discernir sobre la filiación y las técnicas de reproducción humana asistida; es así que, los resultados obtenidos fueron:

- El 31.6% de los encuestados, manifestaron tener una especialidad, independientemente de la especialidad de los mismos, esto denota, el nivel de interés y de preocupación que las personas tienen para perfeccionar sus conocimientos profesionales que les fueron impartidos,
- 30.0% de los encuestados, realizó estudios de diplomado, que pese a que estos pueden tener una duración que va de uno a más meses, brinda nuevos conocimientos a los participantes, quienes se mantienen actualizados, situación que favorece al análisis de la encuesta presentada y analizada en la presente.
- Sin embargo, el 20.1% no ha realizado estudios de especialización o actualización, situación que debe ser corregida, para evitar la desactualización e inadecuada aplicación de las normas jurídicas.
- Por otro lado, el 13.6% realizó estudios de posgrado a nivel de maestría y solo el 4.7% a nivel de doctorado

Por lo tanto, concluiremos que, los encuestados, se encuentran en un estado óptimo de preparación para una adecuada contrastación de los resultados de la presente encuesta.

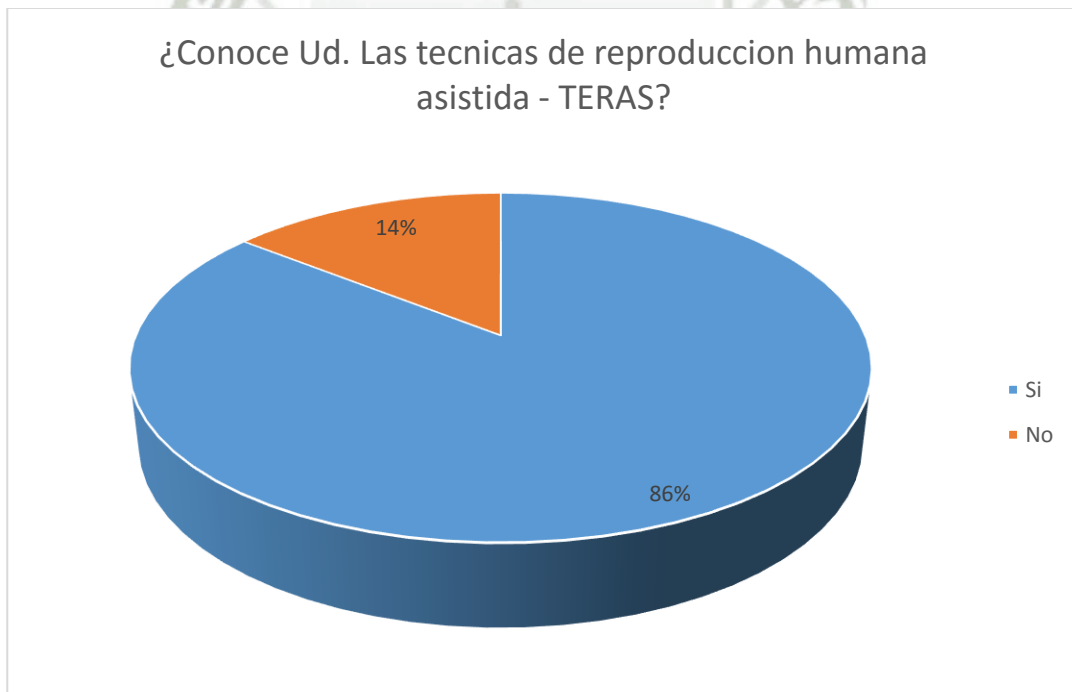
B. REFERENTE A LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA EN GENERAL

CUADRO N° 03

RPTA	¿Conoce Ud. Las técnicas de reproducción humana asistida - TERAS?	
	SI	NO
TOTAL	328	55
%	85.6	14.4
TOTAL GENERAL	383	

Fuente: Elaboración propia – 2017.

GRÁFICA N° 03



Fuente: Elaboración propia – 2017.

Como primera pregunta sobre las técnicas de reproducción humana asistida en general, se consultó si los encuestados conocían sobre las mismas, indicando en esta pregunta sus siglas como “TERAS”, resulta tal vez ilógico consultar si las

personas conocen sobre las TERAS, sin embargo, el 14% de los encuestados manifestó no conocer las diversas técnicas de reproducción humana que existen; mientras que, el 86% conoce sobre las distintas clases de TERAS.

Entonces, se puede concluir que, la mayoría de encuestados conoce sobre los diversos tipos de TERAS, dentro de los que se encuentran la inseminación artificial y fecundación in vitro dentro de sus dos grandes técnicas conocida, ello en razón al nivel de difusión de las mismas; por lo que, al conocer del tema de investigación se pueden obtener respuestas tentativas de solucionar un problema jurídico existente y latente en la actualidad.

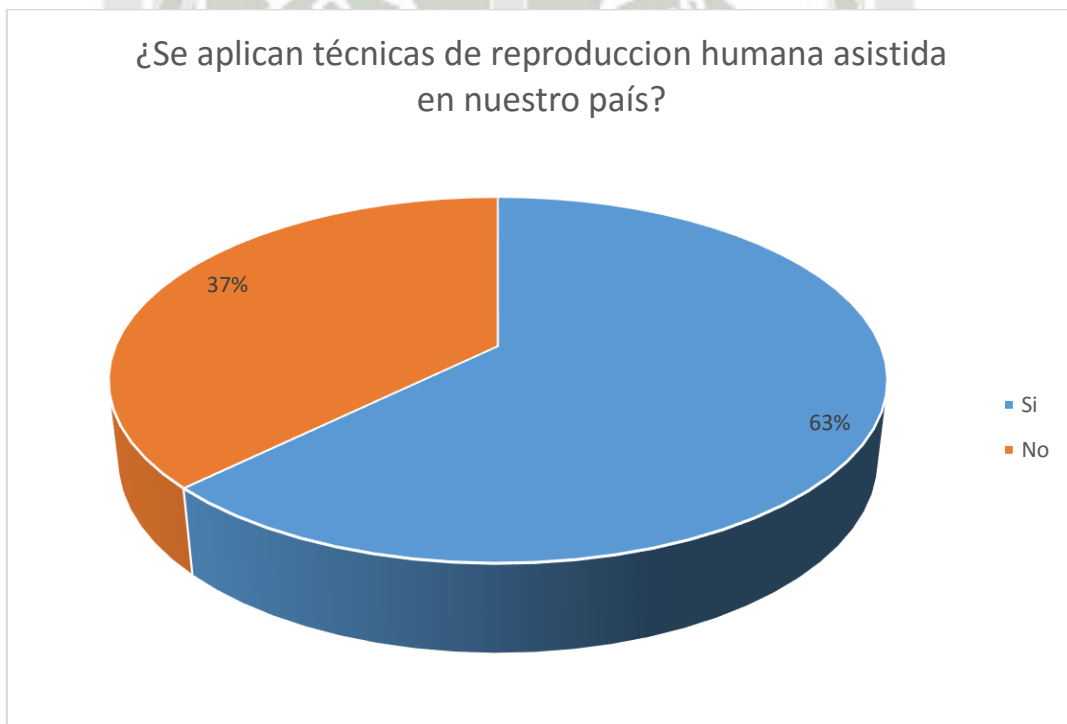


CUADRO N° 04

RPTA	¿Se aplican técnicas de reproducción humana asistida en nuestro país?	
	Si	No
TOTAL	240	143
%	62.7	37.3
TOTAL GENERAL	383	

Fuente: Elaboración propia – 2017.

GRÁFICA N° 04



Fuente: Elaboración propia – 2017.

Seguidamente, se consultó a la muestra de personas entrevistadas si en nuestro país se aplican técnicas de reproducción humana asistida, obteniendo como resultado que, solo el 37% indicó que esta no era una realidad propia de nuestro país; mientras que, el 63% manifestó que, las TERAS son aplicadas día a día en nuestro país.

Esta respuesta refleja claramente la realidad de nuestro país, donde día a día las clínicas de fertilización se han proliferado, tanto en la capital como en provincias como Arequipa, donde, incluso los hospitales estatales ofrecen este tipo de servicios para ayudar a las parejas a concebir, teniendo en cuenta que, se estima que, un 10 – 15% de parejas afrontan un problema de fertilidad a lo largo de su etapa reproductiva en el Perú.

Otro motivo por el cual las TERAS se practican en nuestro país, pese al poco interés del Estado, es el bajo costo de los tratamientos, donde, el precio que paga una pareja peruana en las clínicas de fertilidad del Perú por un tratamiento de Reproducción humana no pasa de 4 o 5 mil dólares, precio considerablemente bajo al promedio del mercado internacional e inclusive latinoamericano, aspecto que atrae incluso a parejas de otros países.

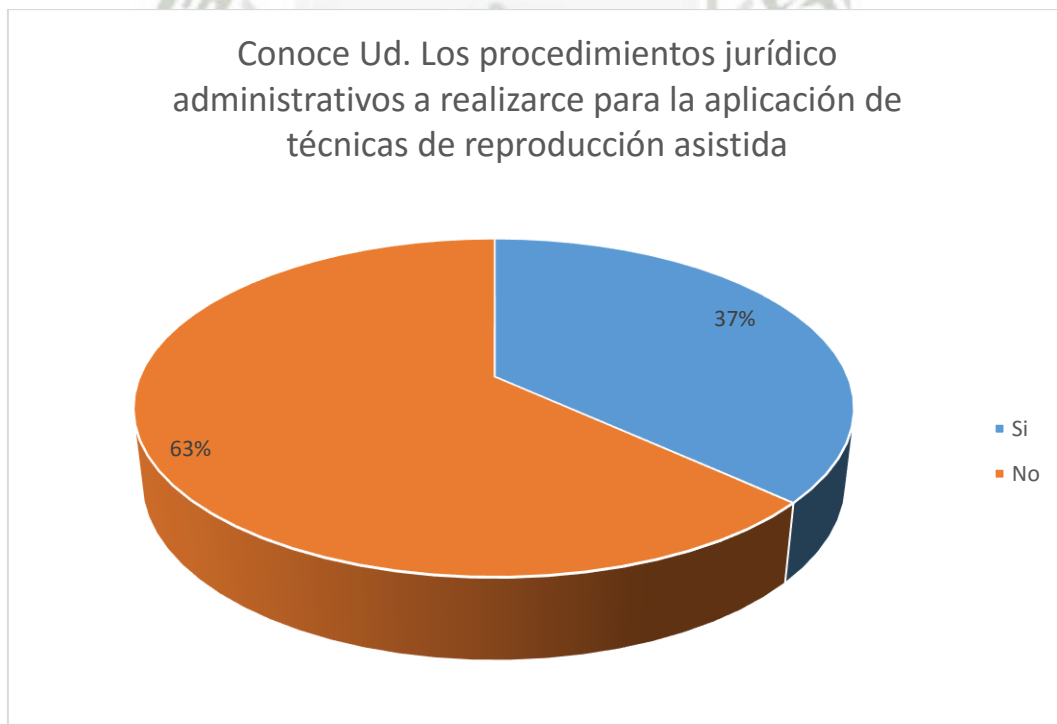
El tratamiento más común de fertilidad en nuestro país es la Fecundación In Vitro que, como se ha indicado en el desarrollo de la presente tesis, consta en un proceso de fertilización de un óvulo propio o donado que luego se implanta en el útero de la paciente para su desarrollo. Entonces, teniendo en consideración las respuestas brindadas y la realidad de nuestro país, es necesaria un adecuado estudio de las TERAS, para su correcta aplicación conforme a nuestro sistema jurídico.

CUADRO N° 05

RPTA	Conoce Ud. Los procedimientos jurídico administrativos a realizarse para la aplicación de técnicas de fecundación asistida	
	Si	No
TOTAL	141	242
%	36.8	63.2
TOTAL GENERAL	383	

Fuente: Elaboración propia – 2017.

GRÁFICA N° 05



Fuente: Elaboración propia – 2017.

En la pregunta anterior se obtuvo que la mayoría conocía sobre las técnicas de reproducción humana asistida, por lo que, fue imprescindible consultar si estos

encuestados conocían sobre los procedimientos jurídico administrativos, pregunta donde se obtuvo como respuesta que, sólo el 37% conocía los procedimientos jurídico administrativos que se deben seguir para la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida, mientras que, el 63% desconoce los procedimientos que han de seguirse para tal efecto.

De acuerdo a los resultados hasta el momento analizados, podemos apreciar que existe una contradicción entre el nivel de conocimiento de la existencia de las TERAS y su aplicación en nuestro país contrastadas con el nivel de conocimiento de los procedimientos jurídico administrativos que estas técnicas traen consigo.

Inmerso en los procedimientos administrativos que se han de practicar para la aplicación de TERAS, tenemos el consentimiento informado sobre los procedimientos, riesgos y beneficios que las diversas técnicas puedan traer consigo; cuando las personas que se someten a los procedimientos de reproducción son una pareja casada, se tiene que tener muy presente el consentimiento que el esposo ha de brindar para la realización de una técnica reproductiva.

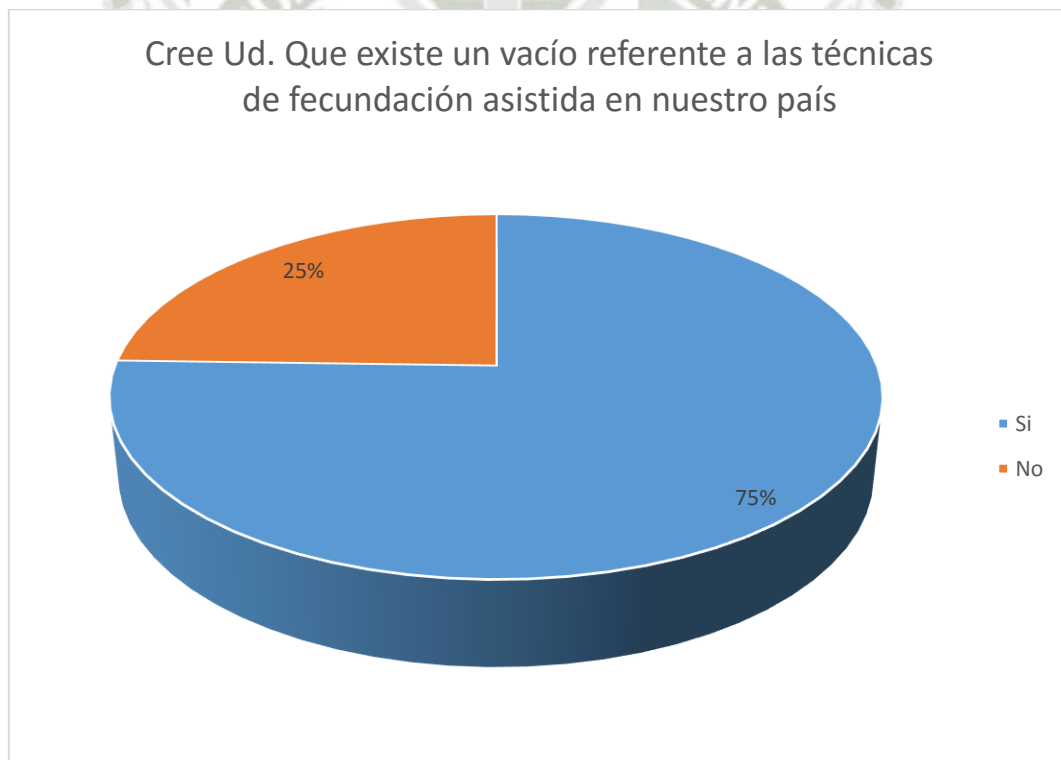
En lo que respecta a los procedimientos jurídicos para la aplicación de las TERAS, existen diversos problemas en la actualidad, puesto que estos no han sido delimitados expresamente, dependiendo del tipo de técnica que se aplica y según el caso en concreto, por lo que la presente tesis tratará de abordar este tema analizando las diversas figuras que se podrían ver afectadas, así como los diversos principios que se han de seguir para su regulación e incorporación en nuestro sistema normativo.

CUADRO N° 06

Cree Ud. Que existe un vacío referente a las técnicas de fecundación asistida en nuestro país		
RPTA	Si	No
TOTAL	289	94
%	75.5	24.5
TOTAL GENERAL	383	

Fuente: Elaboración propia – 2017.

GRÁFICA N° 06



Fuente: Elaboración propia – 2017.

Analizando la pregunta relativa a la existencia de un vacío de regulación sobre temas de fecundación humana asistida, un 75% de los encuestados exteriorizó que

en nuestro país existe una deficiencia en torno a la regulación de las TERAS; en contrapartida, sólo el 25% afirmó que no existe vacío alguno.

De acuerdo a los contenidos preliminares que se analizaron para la presente tesis, se puede precisar que, inmerso en los vacíos que pudieran existir respecto de las TERAS, tenemos entre otros:

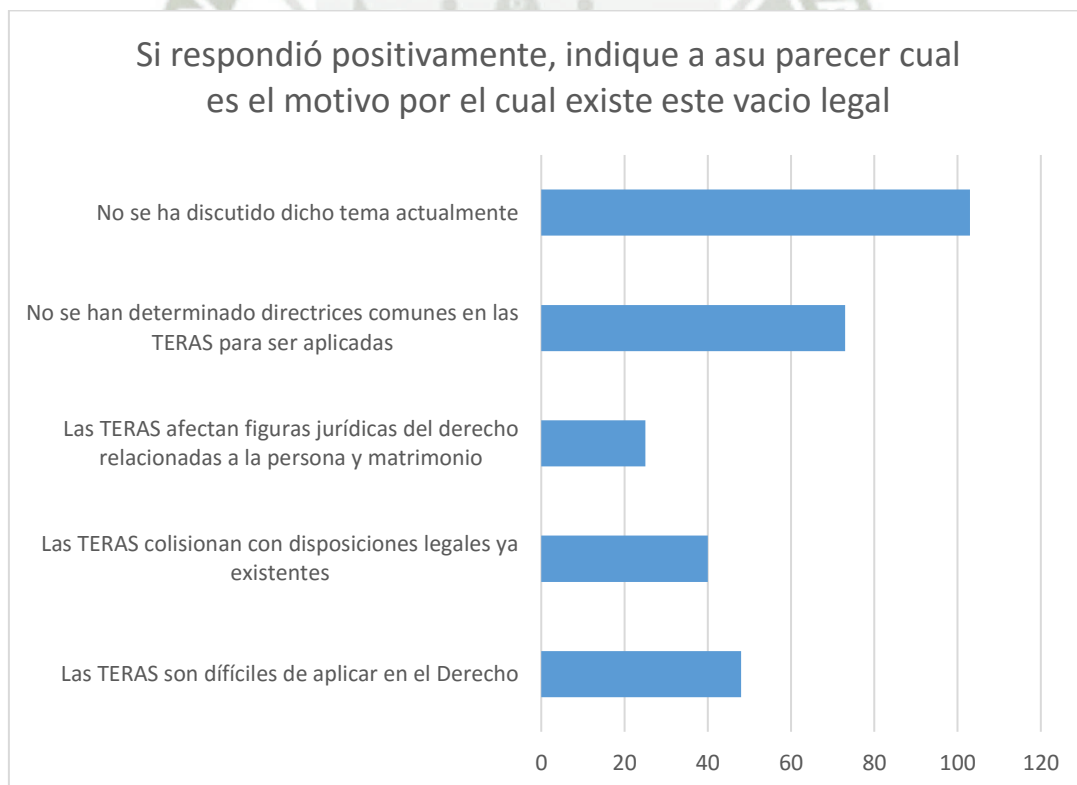
- La ambigüedad en torno a permisibilidad o no de las técnicas de reproducción humana asistida, al existir diversas normas jurídicas de diverso rango que, en algunos casos permiten, prohíben o regulan requisitos específicos para la aplicación de estas “nuevas” formas asistidas de reproducción, situación que se analizará en preguntas posteriores.
- La determinación de la paternidad y maternidad, cuando los menores son productos de la aplicación de TERAS, más aún aquellas que involucran la donación de gametos, tanto de un miembro de la pareja o de ambas personas; donde la determinación de la filiación contradice los diversos principios de paternidad y maternidad que nuestro ordenamiento jurídico recogió y recoge a lo largo de su historia.
- La disminución de la eficacia jurídica de la figura de la adopción, que en esencia es tratar de dar cobijo, cuidado y amor a menores que han sufrido la pérdida de sus progenitores; las parejas, al poder tener descendencia mediante el auxilio de la tecnología reproductiva, dejaran de acudir a la institución de la adopción, solamente utilizándola como la última opción.

Entonces, podemos identificar, gracias a la encuesta, la existencia de un vacío de regulación, que es necesario analizar detenidamente y proponer una solución para tal vacío legislativo.

CUADRO N° 07

Si respondió positivamente, indique a su parecer cual es el motivo por el cual existe este vacío legal					
N°	Las TERAS son difíciles de aplicar en el Derecho	Las TERAS colisionan con disposiciones legales ya existentes	Las TERAS afectan figuras jurídicas del derecho relacionadas a la persona y matrimonio	No se han determinado directrices comunes en las TERAS para ser aplicadas	No se ha discutido dicho tema actualmente
TOTAL	48	40	25	73	103
%	16.6	13.8	8.7	25.3	35.6
TOTAL GENERAL	289				

GRÁFICA N° 07



Fuente: Elaboración propia – 2017.

Para poder analizar el motivo del supuesto vacío jurídico en relación a las TERAS, se consultó sobre las diversas razones, por las que este fenómeno se estuviera realizando donde se obtuvieron los siguientes resultados:

- Los encuestados precisaron en un 8.7% que, las TERAS afectan figuras jurídicas del derecho, relacionadas a la persona y matrimonio; donde debemos tener presente que el Estado promueve el matrimonio, sin embargo, ya es una corriente en otros países europeos, el tener hijos gracias a técnicas científicas sin haber contraído matrimonio gracias a la donación de gametos, tanto femeninos como masculinos; de la misma manera, en torno a la determinación de la filiación existen en ciertos problemas para su determinación.
- De la misma manera, los abogados indicaron, en razón al 13.8% que, las TERAS colisionan con disposiciones legales ya existentes, respecto a este punto, el artículo 7 de la Ley General de Salud, es uno de los dispositivos que permiten la aplicación sin restricciones de las técnicas de reproducción humana asistida en los hombres, mientras que se restringe en las mujeres al especificar que la madre genética y madre gestante recaigan sobre la misma persona; sin embargo, nuestra Constitución Política, la norma de mayor jerarquía, indica en su artículo 2, inciso 24 que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe; por lo que, al no existir norma expresa que prohíba la realización de técnicas heterólogas con donación de gametos femeninos o masculinos, esta práctica podría llevarse a cabo, empero no existe regulación para este supuesto en nuestro país.
- Seguidamente, tuvimos la alternativa que indicaba que, las TERAS son difíciles de aplicar en el Derecho, donde el 16.6% escogió esta opción; sin embargo, es preciso indicar que no existen temas que sean difícil de aplicar, solamente se debe de analizar cuidadosamente para evitar incongruencias en su implementación.
- Como las alternativas con mayor cantidad de respuestas se tuvo, no se han determinado directrices comunes a las TERAS para ser aplicadas y no se ha discutido dicho tema actualmente con 25.3% y 35.6% respectivamente; lo

que refleja la decidía de las personas en cargadas de legislar en nuestro país; por lo que es preciso brindar un análisis adecuado de la problemática que la aplicación de las TERAS pueda traer consigo a nuestra realidad.

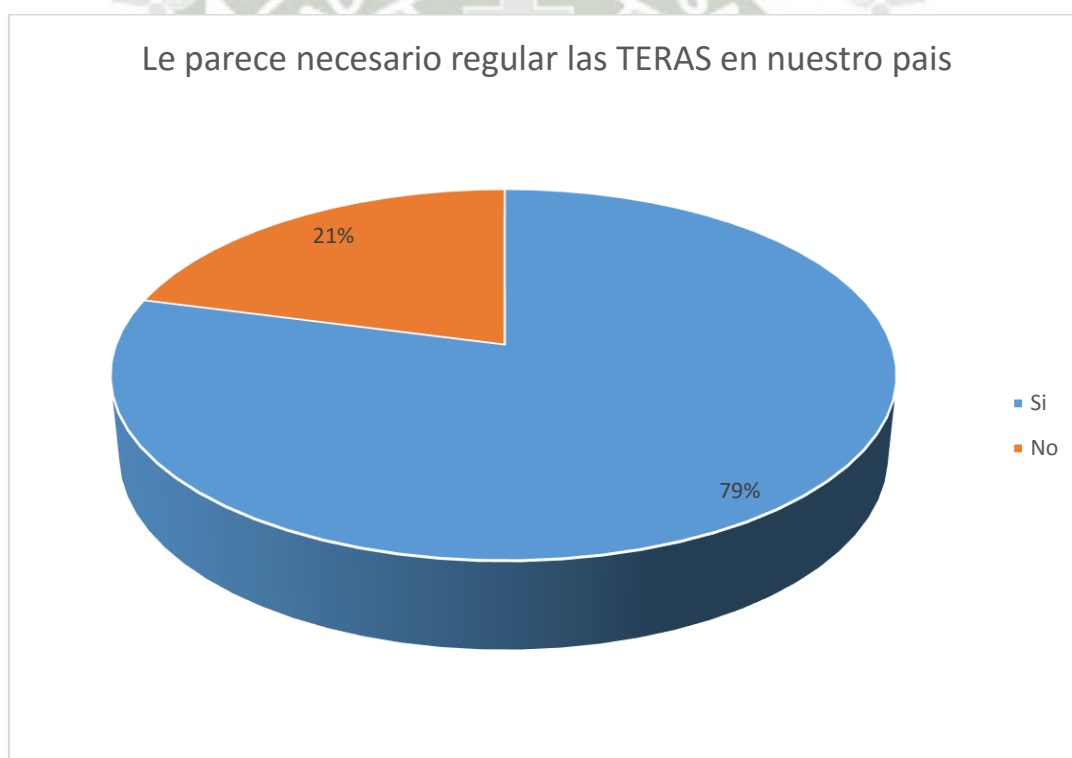


CUADRO N° 08

		Le parece necesario regular las TERAS en nuestro país	
RPTA		Si	No
TOTAL		303	80
%		79.1	20.9
TOTAL GENERAL		383	

Fuente: Elaboración propia – 2017.

GRÁFICA N° 08

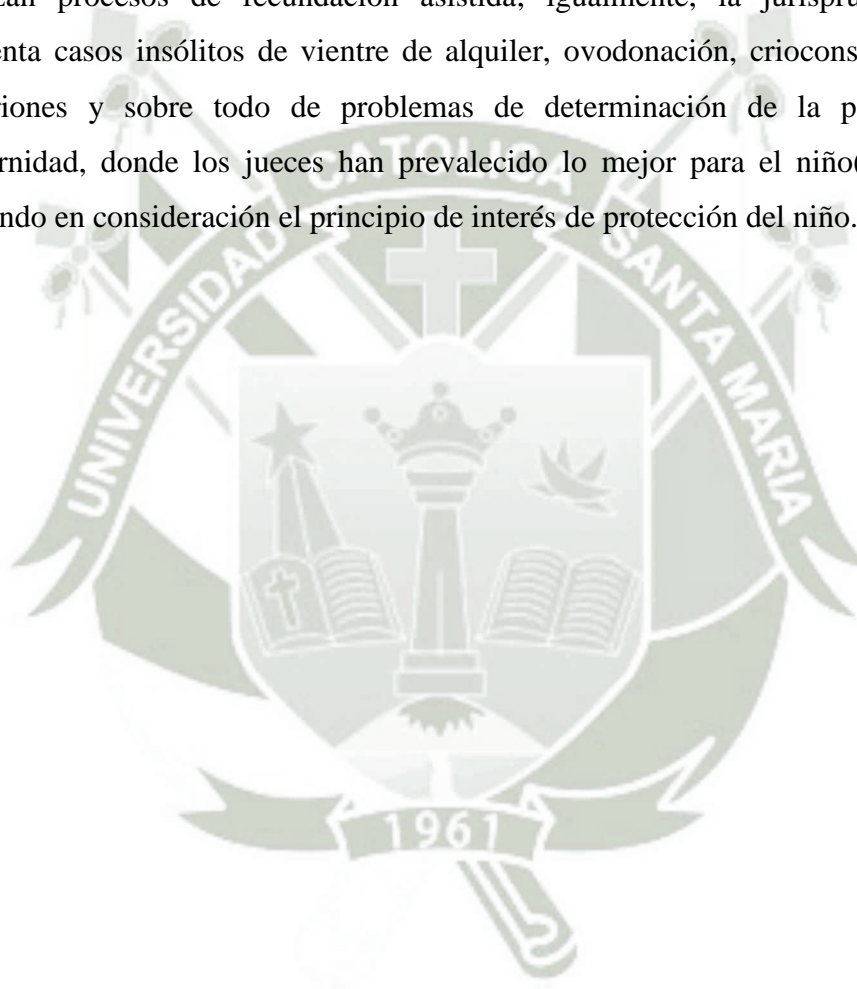


Fuente: Elaboración propia – 2017.

Teniendo en cuenta la pregunta anteriormente analizada y la condición de conocedores de la materia por parte de los encuestados, se consideró indispensable preguntar sobre la necesidad de regular sobre las TERAS en nuestro país; hecho que al ser planteado en la encuesta obtuvo una respuesta mayoritariamente positiva

con un 79% de respuestas a su favor, mientras que solo el 21% indicó que no era necesario regular sobre el particular.

Teniendo en cuenta las respuestas a la encuesta preparada, es necesario determinar si existe la necesidad real de legislar sobre las técnicas de reproducción humana asistida; para resolver esta interrogante, solo basta revisar a nivel jurídico, la jurisprudencia y a nivel práctico, las noticias, donde podemos valorar la realidad de nuestro país, donde como ya se ha indicado anteriormente, existen clínicas que realizan procesos de fecundación asistida; igualmente, la jurisprudencia nos presenta casos insólitos de vientre de alquiler, ovodonación, crioconservación de embriones y sobre todo de problemas de determinación de la paternidad y maternidad, donde los jueces han prevalecido lo mejor para el niño(a), siempre tomando en consideración el principio de interés de protección del niño.



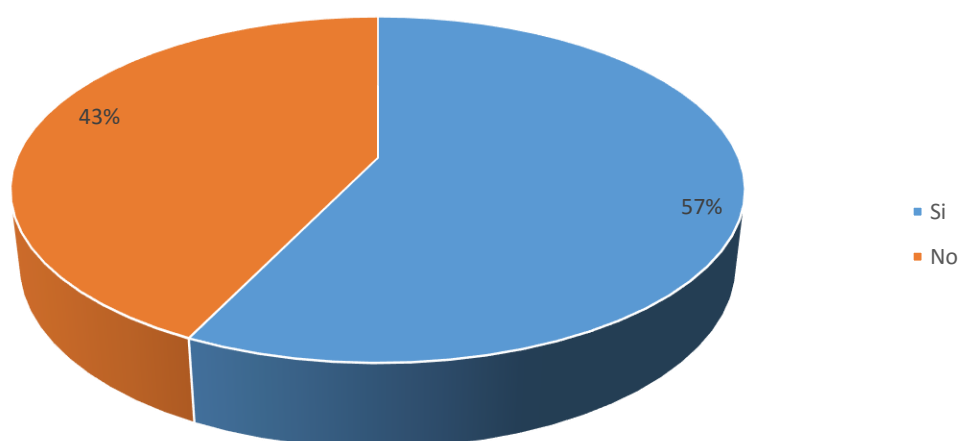
CUADRO N° 09

Cree Ud. Que el procedimiento de fecundación asistida colisiona con normas existentes referentes al tema de la reproducción humana en nuestro país		
RPTA	Si	No
TOTAL	219	164
%	57.2	42.8
TOTAL GENERAL	383	

Fuente: Elaboración propia – 2017.

GRÁFICA N° 09

Cree Ud. Que el procedimiento de fecundación asistida colisiona con normas existentes referentes al tema de la reproducción humana en nuestro país

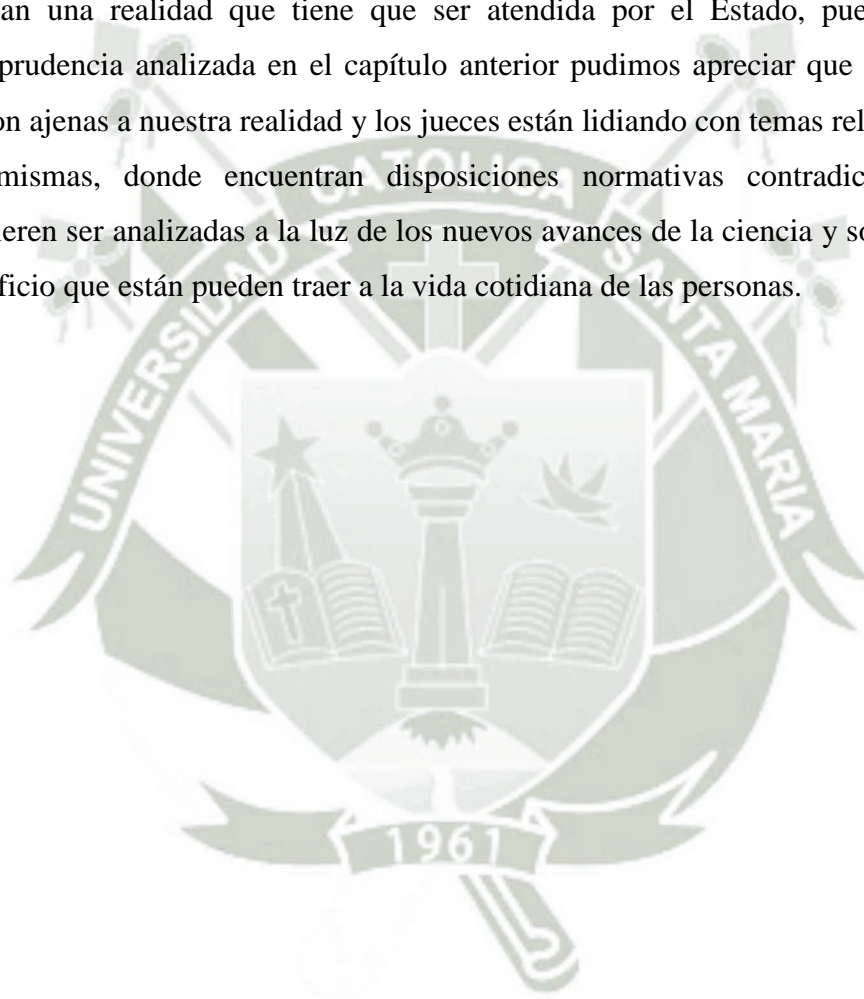


Fuente: Elaboración propia – 2017.

En el Perú existen normas jurídicas que colisionan con la reproducción humana asistida y tal y como ya se ha analizado en preguntas anteriores existen normas que

restringen la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida, ello se ha visto reflejado en la encuesta realizada, donde el 57% de personas siguieron esta hipótesis. Sin embargo, el 43% afirmó que no existe una colisión de leyes con las TERAS, pudiendo entonces coexistir en nuestro ordenamiento jurídico sin problema alguno.

Si bien es cierto, la diferencia entre las personas que respondieron positivamente y las que respondieron negativamente no es significativa, las cifras porcentuales revelan una realidad que tiene que ser atendida por el Estado, pues ya en la Jurisprudencia analizada en el capítulo anterior pudimos apreciar que las TERAS no son ajenas a nuestra realidad y los jueces están lidiando con temas relacionadas a las mismas, donde encuentran disposiciones normativas contradictorias, que requieren ser analizadas a la luz de los nuevos avances de la ciencia y sobre todo el beneficio que están pueden traer a la vida cotidiana de las personas.

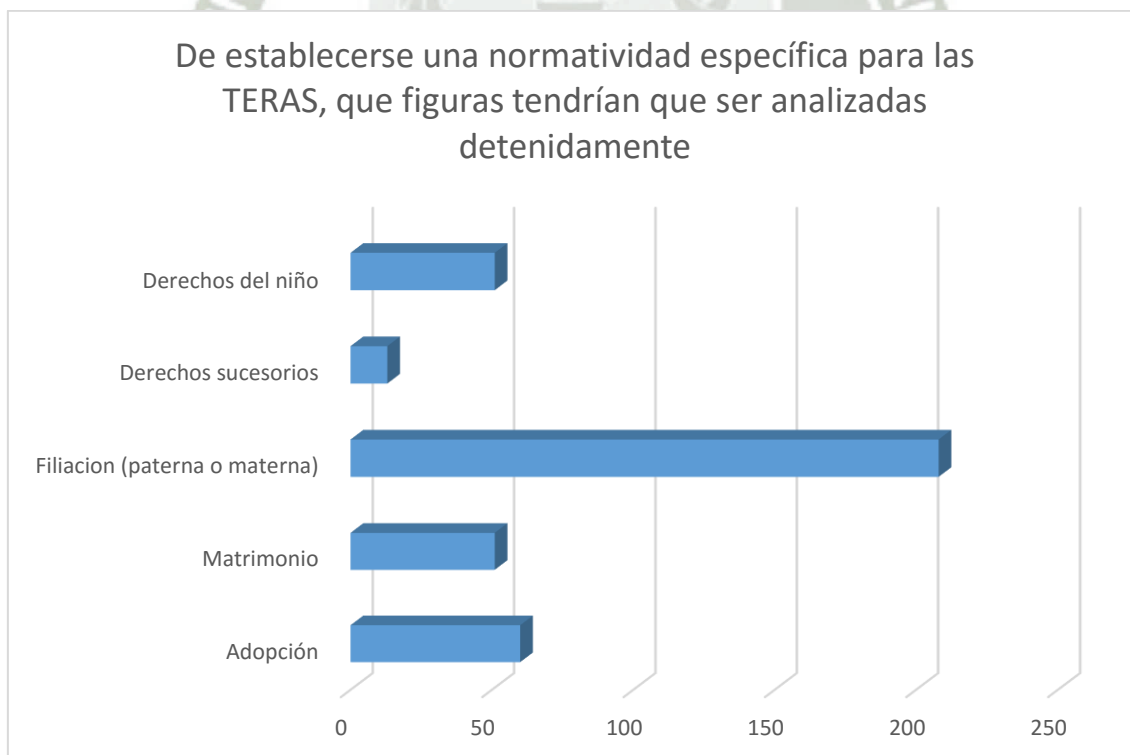


CUADRO N° 10

De establecerse una normatividad específica para las TERAS, que figuras tendrían que ser analizadas detenidamente					
RPTA	Adopción	Matrimonio	Filiación (paterna o materna)	Derechos sucesorios	Derechos del niño
TOTAL	60	51	208	13	51
%	15.7	13.3	54.3	3.4	13.3
TOTAL GENERAL	383				

Fuente: Elaboración propia – 2017.

GRÁFICA N° 10



Fuente: Elaboración propia – 2017.

Al existir una necesidad de regulación precisada en la Gráfica N° 09, es preciso determinar que figuras jurídicas se verían afectadas con los alcances de las TERAS, por lo que se consultó sobre este tema a los encuestados:

- Un 3.4% preciso que la figura más afectada serían los derechos sucesorios, puesto que, al ser uno de los principales problemas la realización de ser padres en forma personal, sin un padre o madre, se suprimirían por una parte la seguridad alimenticia, ya que el niño no podría reclamar alimentos y, por otra, los derechos sucesorios por vía paterna o materna.
- Los abogados encuestados encontraron que la figura del Matrimonio se vería afectada por la incorporación de normas relativas a las TERAS, siendo sus respuestas el 13.3% del total; siguiendo el lineamiento anterior de formar una familia en forma solitaria, al ya cumplir individualmente con uno de los fines del matrimonio que es la procreación, muchas personas piensan que la figura del matrimonio carece de importancia para ellos, no buscando recurrir a las mismas a lo largo de su vida, poniendo en peligro así el matrimonio y el rol de promoción que tiene el Estado con el mismo.
- El 13.3% afirmó que los Derechos del Niño, se verían perjudicados con las TERAS; ello tal vez respondiendo al derecho que todo menor tiene de conocer su identidad genética, que, en muchas ocasiones, por los convenios establecidos en la propia técnica no son factibles, al establecerse acuerdos de confidencialidad de los donantes. Sin embargo, se debe de analizar también los beneficios que estas técnicas pueden traer para los menores, siempre y cuando se respete el principio de interés superior del niño.
- Sobre la figura de la adopción, el 15.7% indicó que, esta figura se vería afectada en una eventual regulación de las técnicas modernas que ayudan a la reproducción de los seres humanos; puesto que, las parejas con problemas de fertilidad recurrirán principalmente a la ayuda científica para concebir, dejando de acudir a la figura de la adopción, lo que pudiera generar un aumento de niños que no puedan ser adoptados a nivel nacional, requiriendo entonces de mayores subsidios para poder solventar los gastos de los mismos.

- Finalmente, el 54.3%, en forma mayoritaria escogió la alternativa de la Filiación, donde tenemos que diferenciar claramente la filiación materna de la filiación paterna:
 - Filiación paterna, esta figura no acarrea grandes problemas cuando se encuentran relacionadas con las TERAS; sin embargo, se tiene que considerar cuidadosamente la presunción *pater is* para una adecuada determinación.
 - Filiación materna, es un caso aparte, puesto que, nuestra legislación no ha sido clara al respecto; de la misma manera, la determinación actual de la maternidad ligada al embarazo y parto ha de ser evaluada, para determinar su actual eficacia, teniendo en consideración los continuos avances de la ciencia en temas de fertilidad humana, donde la madre que gesta no es necesariamente la madre genética, teniendo que analizar estos casos en concreto para poder precisar las normas que han de ser reestructuradas para una adecuada inclusión de las TERAS.

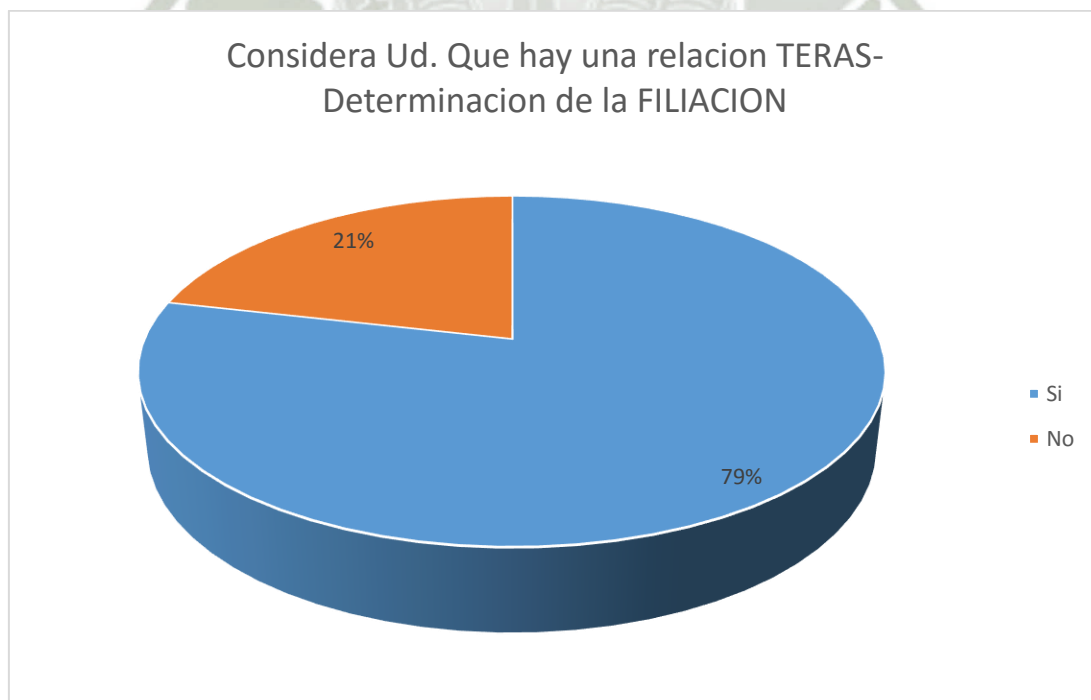
C. SOBRE LA RELACIÓN TERAS – FILIACIÓN

En este apartado de la encuesta y conforme a las respuestas del apartado anterior, se buscará determinar la existencia de una relación entre las TERAS y la determinación de la Filiación, materna y paterna, en nuestro sistema normativo, así como la necesidad de legislar sobre el particular.

CUADRO N° 11

RPTA	Considera Ud. Que hay una relación TERAS-Determinación de la FILIACION	
	SI	NO
TOTAL	301	82
%	78.6	21.4
TOTAL GENERAL	383	

GRÁFICA N° 11



Fuente: Elaboración propia – 2017

Como primera pregunta del apartado, se consultó sobre la existencia de una relación, independientemente de esta, entre las TERAS y la determinación de la Filiación, de donde se desprende conforme a la Gráfica N° 11, que la respuesta mayoritaria fue afirmativa, con un 79%, por lo que, solo el 21% respondió negativamente.

Entonces, queda establecido que existe una relación entre las TERAS y la determinación de la Filiación; ahora bien, resta determinar qué tipo de relación existe entre ambas partes, se considera que, la relación entre ambas es de dependencia, al ser la determinación de la filiación dependiente del tipo de técnica de reproducción humana se utilice para cada caso en concreto.

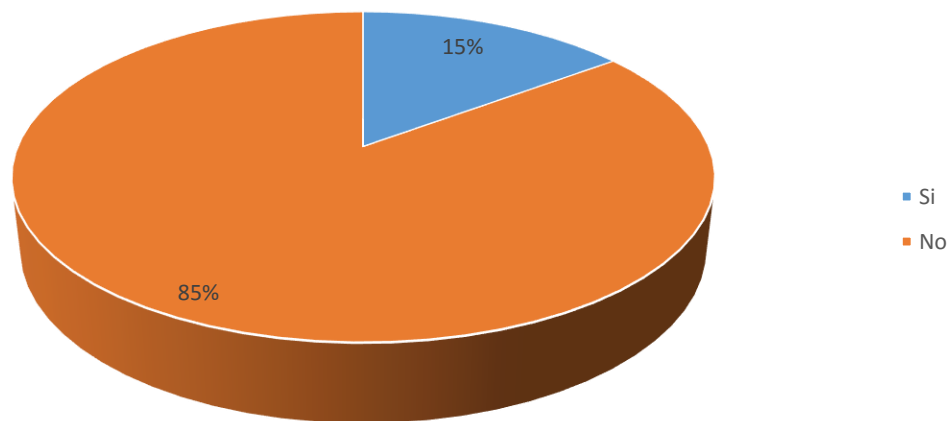


CUADRO N° 12

En nuestro país existe alguna norma para determinar la filiación cuando se aplican técnicas de fecundación humana asistida en nuestro país		
RPTA	Si	No
TOTAL	57	326
%	14.9	85.1
TOTAL GENERAL	383	

GRÁFICA N° 12

En nuestro país existe alguna norma para determinar la filiación cuando se aplican técnicas de fecundación humana asistida en nuestro país



Fuente: Elaboración propia – 2017.

A la pregunta referente a la existencia de alguna norma para determinar la filiación cuando se aplican técnicas de fecundación humana asistida en nuestro país, el 85% respondió negativamente y solo el 15% afirmativamente, quedando demostrado el vacío jurídico sobre el particular.

En nuestro para la determinación de la filiación paterna, debe respetar el principio de *pater is*, que se encuentra consagrado en nuestro Código Civil; igualmente, la determinación de la filiación materna responde al parto y el periodo de gestación de la madre.

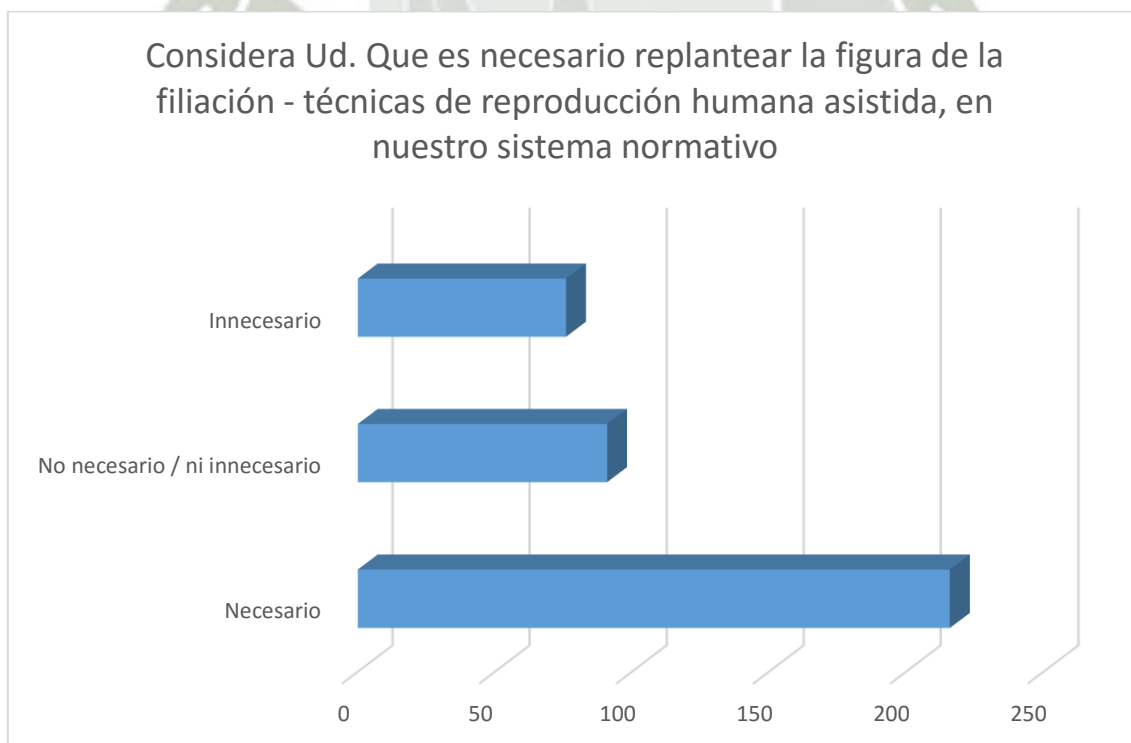
Entonces, teniendo en cuenta la naturaleza de las TERAS es preciso reformular la determinación de la filiación, tanto masculina como femenina, para poder responder a la realidad que ya existe en nuestro país, conforme se ha visto en el análisis de la jurisprudencia realizada en el capítulo anterior, para de esta manera determinar directrices que los órganos jurisdiccionales puedan seguir al momento de resolver conflictos de interés o incertidumbres jurídicas.



CUADRO N° 13

Considera Ud. Que es necesario replantear la figura de la filiación - técnicas de reproducción humana asistida, en nuestro sistema normativo			
N°	Necesario	No necesario / ni innecesario	Innecesario
TOTAL	216	91	76
%	56.4	23.8	19.8
TOTAL GENERAL	383		

GRÁFICA N° 13



Fuente: Elaboración propia – 2017.

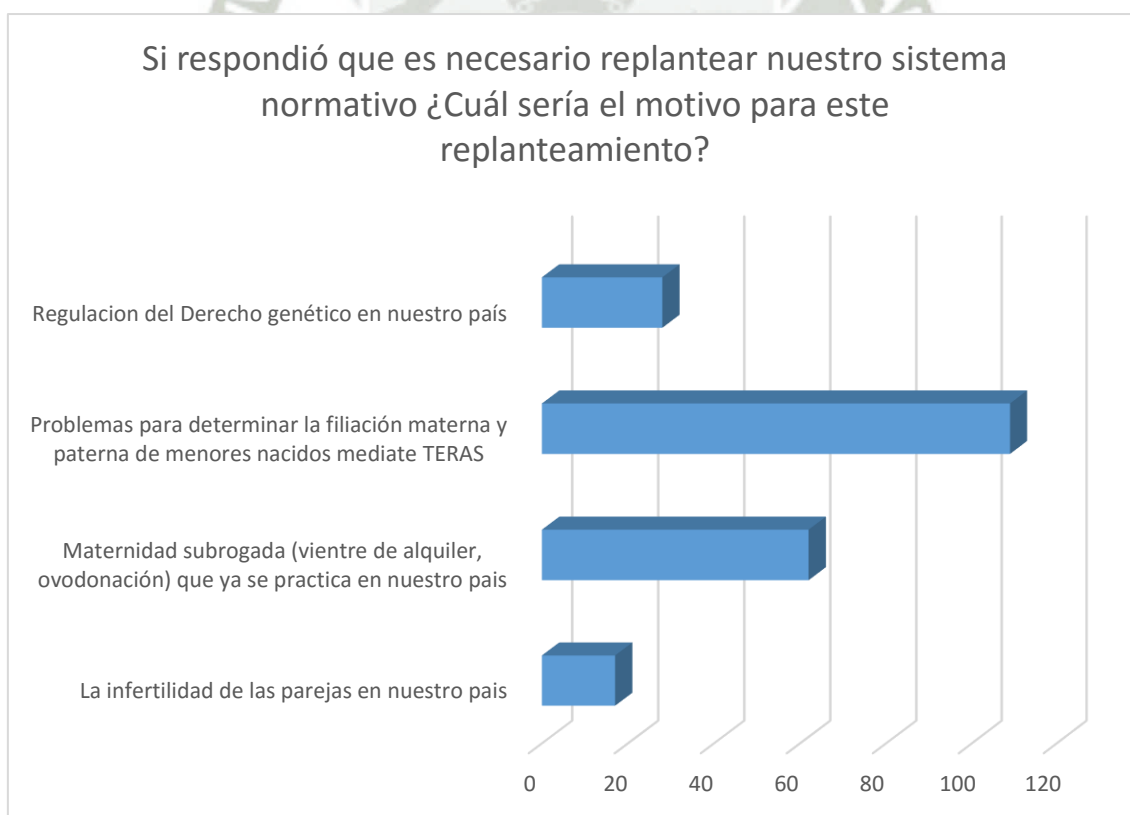
Ahora bien, corresponde cuestionar la necesidad de reformulación de la legislación existente, situación que fue planteada a los encuestados, ofreciéndoles tres alternativas a la pregunta de si consideran necesario replantear la figura de la filiación - técnicas de reproducción humana asistida, en nuestro sistema normativo, que son innecesario, necesario y no necesario/ ni innecesario, obteniéndose que, la mayoría de encuestados, el 56.4%, consideró necesario realizar un replanteamiento de la normatividad actual; tal vez por encontrarlo deficiente según los avances de la ciencia o la jurisprudencia comparada.

Existen diversos ejemplos de países que han replanteado la determinación de la maternidad y paternidad, como es el caso de España, que tiene una regulación en temas de familia novedoso, sin embargo, tenemos otros países con un posición más conservadora, ahora resta definir cuál es la posición que nuestro país va a adoptar frente a las TERAS; sin embargo, sería prudente tener en consideración, como ya se ha indicado en múltiples ocasiones en la presente tesis, que en nuestro país, ya se ha resuelto casos relacionados con las TERAS, por lo que se ha de regular específicamente dicho tema y evitar incongruencias y contradicciones con las decisiones ya tomadas por los órganos jurisdiccionales.

CUADRO N° 14

Si respondió que es necesario replantear nuestro sistema normativo ¿Cuál sería el motivo para este replanteamiento?				
N°	La infertilidad de las parejas en nuestro país	Maternidad subrogada (vientre de alquiler, ovodonación) que ya se practica en nuestro país	Problemas para determinar la filiación materna y paterna de menores nacidos mediante TERAS	Regulación del Derecho genético en nuestro país
TOTAL	17	62	109	28
%	7.9	28.7	50.5	13.0
TOTAL GENERAL	216			

GRÁFICA N° 14



Fuente: Elaboración propia – 2017.

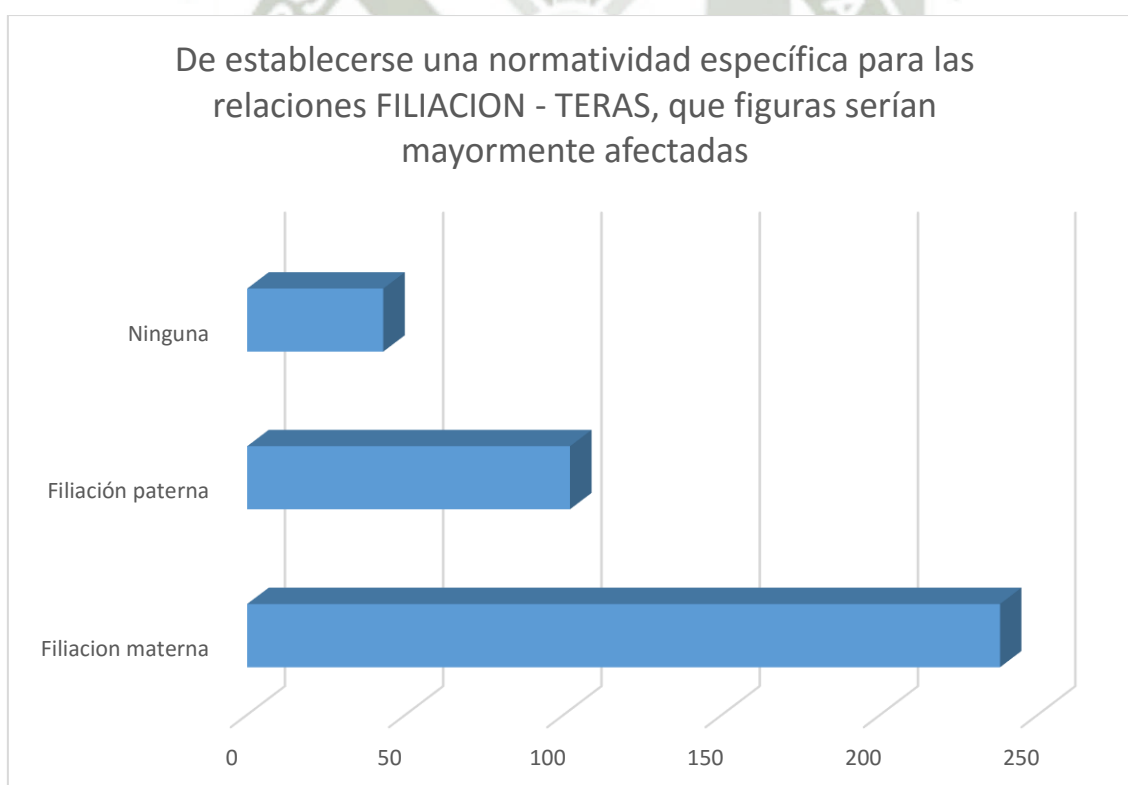
A continuación, se preguntó a los encuestados sobre la motivación que pueda tener este posible replanteamiento, obteniendo como resultados los siguientes:

- La infertilidad de las parejas en nuestro país, fue considerado como la alternativa con menor cantidad de respuestas al tener el 7.9%; posiblemente, los encuestados consideraron que este no era un tema con relevancia jurídica al existir diversas formas para lidiar con este problema, no necesitando intervención del Estado.
- La Regulación del Derecho Genético en el Perú, alcanzo un 13% en las respuestas de las encuestas realizadas; este es un tema que debería de abordarse en futuras investigaciones, puesto que no existe suficiente material doctrinario ni normativo sobre el particular, al no haberse regulado expresamente esta rama del derecho.
- La Maternidad subrogada practicada en el país obtuvo el 28.7% de las respuestas; por lo que es preciso indicar, que sobre el particular se realizaron algunas acotaciones en la presente tesis, al ser una de las formas más polémicas de reproducción humana asistida en el país.
- La alternativa con mayor porcentaje de respuestas fue la problemática para la determinación de la filiación materna y paterna en menores nacidos mediante las TERAS, con un 50.5%; situación que fundamenta la elaboración de la presente tesis.

CUADRO N° 15

De establecerse una normatividad específica para las relaciones FILIACION - TERAS, que figuras serían mayormente afectadas			
RPTA	Filiación materna	Filiación paterna	Ninguna
TOTAL	238	102	43
%	62.1	26.6	11.2
TOTAL GENERAL	383		

GRÁFICA N° 15



Fuente: Elaboración propia – 2017.

Finalmente, se cuestionó que determinación de la filiación se vería mayormente afectada, concluyendo mayoritariamente los encuestados que, la filiación materna

sería la más afectada; pues bien, la determinación de la filiación materna con las diversas formas de aplicación de las técnicas de reproducción asistida, tanto heterólogas como homologas, conlleva una serie de problemas para la determinación de la filiación, al no poder ser en muchos casos la madre quien dé a luz al menor, contradiciendo a todas luces las estipulaciones peruanas sobre la filiación.

Por otro lado, la filiación paterna también se vería afectada, según el estudio realizado en la presente tesis, podemos indicar que la mayor problemática que se podría advertir sería en la donación de gametos masculinos de persona casada o miembro de una unión de hecho o cuando el varón no ha manifestado su consentimiento en forma expresa para la realización de TERAS en su pareja para poder concebir.



SUBCAPÍTULO IV: PRESUPUESTOS Y PRINCIPIOS VINCULADOS, AFECTADOS Y PROPUESTOS CON LA RELACIÓN FILIACIÓN-TERAS Y SU NECESIDAD DE REGULACIÓN

A. PRESUNCIONES DE PATERNIDAD Y MATERNIDAD

Tanto la paternidad como maternidad conllevan categorías, las cuales se pueden dividir en: i. Biológicas, ii. Sociales; y iii. Genéticas, estas tres reconocidas en la Convención de los Derechos del Niño, donde además se considera al individuo como miembro de la familia; sin embargo alguna de estas tres categorías no se encuentra regulada en el Código Civil Peruano de 1984; pese que, a lo largo de los años existieron modificaciones, estas no son aplicables al hijo de mujer casada cuyo padre no hubiese negado la paternidad; entonces para los fines de la presente tesis, nos encontraríamos frente a un problema jurídico cuando una mujer casada participa en un proceso de maternidad subrogada, donde según los lineamientos jurídicos vigentes en nuestro país prepondera la presunción de paternidad y maternidad matrimonial sobre la evidencia biológica.

El régimen legal de filiación en el Sistema Jurídico Peruano se encuentra basado en los principios *favor veritatis*, evidencia biológica y genética, *favor legitimatis*, presunciones de paternidad y maternidad y *favor fili*, relacionado con el interés superior del niño; sin embargo, con la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, algunos principios deben ser analizados para ampliar sus alcances y de esta manera asegurar una adecuada determinación de la filiación.

1. PRESUNCIÓN DE MATERNIDAD

La maternidad, como ya hemos precisado anteriormente se determina mediante el parto, considero que en esta presunción se encuentra relacionada con el principio *mater semper certa est*; sin embargo, esta presunción estaría en

contra de la categoría genética, cuando nos encontremos frente a situaciones donde se ha aplicado técnicas de reproducción asistida.

Aunque nuestro país carezca de una ley que regule la utilización de técnicas de reproducción asistida, esta se viene realizando cotidianamente, bajo varios subterfugios como la impugnación de la maternidad o el reconocimiento por parte del marido que brinda sus gametos y, por lo tanto, esta persona no incurriría en un reconocimiento complaciente al ser, efectivamente, el padre biológico y procediendo después su esposa a solicitar la adopción por integración. También, en algunos casos, se falsifican las partidas de nacimiento a los efectos de que la comitente figure como madre, en lugar de la gestante que dio a luz, hecho que a la luz de nuestro Código Penal constituye un delito.

Pese a que nuestro país no cuenta con una ley específica, contamos con alguna jurisprudencia sobre la materia, misma que ya fue analizada en el subcapítulo anterior, donde, de cierta forma avalan la utilización de técnicas de reproducción asistida, como el vientre de alquiler, donde mediante formas procesales se busca dar legalidad a una situación no normada.

Entonces, diremos que, la excepcionalidad del principio *Mater semper certa est* se asienta en nuestra sociedad peruana en el marco de un sistema jurídico que no vuelve los ojos a la historia y se muestra perpleja ante el cambio de la organización y estructura familiar, pues se fundamenta en la maternidad, y por ende no permite la realización de técnicas heterólogas de fecundación asistida.

La doctrina recoge los argumentos y criterios en virtud de los cuales se decanta por mantener esa prohibición, al considerar que así no se contempla a la mujer como mero recinto gestador. La maternidad así entendida se convierte en un mero ambiente o incubadora humana, contemplando dicha “cosificación” como la conculcación de la libertad y autonomía de la mujer al entender que no consienten libremente. Asimismo, refieren al quebrantamiento del vínculo materno filial, así como los inconvenientes que puede generar hacer frente a varias figuras maternas.

Si la sociedad y las ciencias experimentan cambios se debe afrontar la transformación de la ley, y debe hacerse sin temor, y en ello debemos formar parte los profesionales del derecho, exigiendo una constante presencia de las ciencias jurídicas básicas en el desarrollo de las normas. Asimismo, existe una creciente concienciación de que en una sociedad liberal la gente debería elegir dentro de sus posibilidades, la forma en que desean tener hijos y el tipo de familia que quieren constituir, y no deberían ser penalizados por elegir alternativas al formato de familia tradicional.

La gestación por sustitución es una práctica existente y hasta más frecuente de lo generalmente conocido. Ante esta nueva realidad puesta de manifiesto, la mejor solución, la más garantista, no es cerrar los ojos, ni prohibir, sino regular. El derecho es evolutivo; una situación pudo no estar contemplada por la norma porque no existía fácticamente; nada impide que la regulación surja cuando la situación aparece, adaptando y moldeando las nuevas realidades.

Entonces, a falta de una legislación específica sobre la materia consideramos que una solución de *lege ferenda* en nuestro medio en los casos de maternidad subrogada realizada con donación de ambos materiales genéticos (gameto masculino y femenino) o de un embrión la filiación del nuevo ser debería ser determinada a través de un proceso de adopción para no vulnerar la normatividad vigente de esta institución, salvo que aceptemos una nueva presunción de maternidad.

2. PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD

La presunción de paternidad en el cuerpo normativo peruano es parte del *ministerio legis*, donde no se requiere reconocimiento expreso del supuesto padre; sin embargo, esta es una presunción relativa, al asignársele un carácter imperativo.

La paternidad se fundamenta en varios principios, teorías y presunciones:

- Teoría de la accesión, esta es consecuencia del dominio que supuestamente el marido ejerce sobre la esposa, por lo que el fruto sería accesorio.
- Presunción de fidelidad de la esposa en correlación con el principio de inocencia frente a un posible delito de adulterio.
- El principio de la cohabitación exclusiva que existe entre los esposos como una de las relaciones personales inherentes en el matrimonio.
- Vigilancia que tiene el marido sobre la esposa como potestad marital.
- Admisión anticipada de la paternidad por parte del marido.
- La conceptualización de la posesión del estado de hijo matrimonial.

En atención a estas teorías, habría que señalar que su contenido se encuentra desfasado, a la luz del rol de los cónyuges dentro del matrimonio, no podría sostenerse ninguna de estas tesis, que se basan en la preeminencia del marido sobre la mujer o la potestad marital; la igualdad de los cónyuges es un principio del ordenamiento peruano y que el supuesto basado en que la mujer funge de hija del marido ha sido desechado a la luz de la perspectiva de género y del derecho a la igualdad.

Una primera impresión que nos dejan las teorías permite afirmar que la presunción *pater is est* resulta obsoleta en nuestros tiempos; sin embargo, esta presunción cumple un papel relevante en el reconocimiento de derechos al satisfacer una necesidad social, para que el niño cuente con un padre cierto desde el momento mismo del nacimiento. Ciertamente, la presunción protegería el derecho a la identidad del hijo, antes que la protección de la familia.

En líneas generales, la presunción *pater is est*, si bien tiene vigencia en el ordenamiento y cumple una función importante para la determinación del vínculo de la filiación, también es cierto que ella debe adecuarse a los principios constitucionales también vigentes en el ordenamiento peruano.

Es preciso indicar que, la presunción *pater is est* se encuentra delimitada por un concepto de familia que protege a sus individuos y sus derechos por encima de cualquier aspecto o situación que impida su libre desarrollo, es decir, el derecho a la identidad del hijo y el libre desarrollo de su personalidad son los principios protegidos de manera primordial por este principio.

Este principio juega un papel importante en la figura del matrimonio generando una serie de diferencias estructurales entre la filiación que se deriva de ella y de la que no deviene de esta. Existe una presunción de que el hijo de un matrimonio nace en el seno de una comunidad que existe entre sus padres, los que tienen compromisos jurídicos asumidos al momento de contraer nupcias.

En relación con el hijo de filiación no matrimonial, la presunción no se generará, ya que, aunque ambos padres estén determinados ellos no tienen deberes entre sí ni forman, ante el Derecho una comunidad ni tampoco están obligados a formarla o mantenerla.

En lo que respecta a la determinación de la paternidad y la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida, según lo ya desarrollado en la presente tesis no se encuentra mayor problemática jurídica, salvo aquellos casos donde.

- La mujer se someta a procesos de reproducción sin consentimiento del marido o pareja estable en su oportunidad, donde ya se ha indicado que el requisito fundamental para la realización de un proceso de reproducción asistida es el consentimiento expreso del cónyuge o conviviente, siendo que, la unión de hecho se encuentra reconocida por la Ley, requisito que puede ser comprobado en la historia clínica de la madre.
- La mujer sea parte de un proceso de maternidad subrogada en calidad de madre portadora y se encuentre casada o en una unión estable con un tercero, toda vez que, el hijo nacido producto de la genética se reputaría del marido de la gestante en aplicación del principio *pater is est*; teniendo en todo caso que negar previamente la paternidad del menor para de esta manera el verdadero padre puede realizar la filiación debida.

Ahora bien, proponer la eliminación de la presunción *pater is est* resultaría más gravoso que mantenerla, pues se generaría inseguridad jurídica para el hijo de padres casados y la filiación dependería de la voluntad del padre. Creo que, en ese sentido, se desnaturalizaría la finalidad del matrimonio que entre ellos implica proteger los derechos y promover el desarrollo pleno de cada uno de sus miembros.

B. PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

Para la determinación de la filiación, es de suma importancia el interés superior del niño, que ha sido reconocido ya hace mucho tiempo, como un principio anterior al debido proceso, este principio se encuentra formalmente en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 e implícitamente en diversos los artículos de nuestro Código Civil, ello con distintas aseveraciones como son: "bienestar de los hijos" en el Art.340, "lo más beneficioso para los hijos" en el Art. 341, "interés del menor" o "intereses del menor" o "intereses de los hijos" en distintos artículos tales como 421, 460, 535, 606 inciso.4, 619, 640, 643, 654 y 606 inc.1.

El interés superior del niño se encuentra recogido en el artículo 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño, como *"el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona y los bienes de un menor... y entre ellos el que más conviene a su situación histórica determinada"* (Martinez Ruiz, 2002), entonces, se puede colegir que el interés superior del niño busca la efectividad de los derechos de los niños en todas las instancias de la sociedad.

Este interés conlleva un concepto triple:

- Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración que se evalúe y tenga en cuenta el sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños

en general. El Artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicación inmediata) y puede invocarse ante los miembros.

- Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus protocolos facultativos establecen en un marco interpretativo a seguir.
- Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños en concreto a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos.

Entonces, debemos de apreciar el interés superior del niño en correlación con el derecho a la identidad y a la identificación al ser las características de la persona, lo que define a la persona. Por otro lado, la identificación es un proceso específico que cumple generalmente el Estado y se encuentra vinculada a la función de tutela del interés público. Por lo que, tanto el interés superior del niño como el derecho a identidad cohabitan en la esfera de la dignidad humana.

Asimismo, es de tenerse en cuenta que los niños tienen derecho a vivir con su familia biológica, derecho que constituye un aspecto de su identidad y que incluye poder contar con información importante para su desarrollo, así como de establecer vínculos con su familia biológicas. Las relaciones familiares y los aspectos

biológicos de la historia de una persona, particularmente de un niño o una niña, constituyen parte fundamental de su identidad, por lo que, toda acción u omisión del Estado tendrá efectos sobre tales componentes, pudiendo constituir violaciones al derecho a la identidad.

Finalmente, siguiendo esta línea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos considera que es derecho de todo niño el crecer con su familia de origen al ser de vital importancia, de acuerdo con la aplicación de los principios 17 y 19 de la Convención Americana, así como de los artículos 8, 9, 18 y 21 de la Convención de los Derechos del niño.

Entonces, diremos que, este principio es de suma importancia para la determinación de la filiación pues, es menester que todo menor se encuentre identificado con sus progenitores y por ende con su ascendencia, no pudiendo existir normas que perjudiquen los derechos que este principio reconoce, más aun cuando se ha establecido que el estado peruano al momento de legislar debe respetar el interés superior del niño a su cabalidad, por lo tanto una adecuada regulación de la determinación de la filiación en la aplicación de TERAS no perjudica en ningún sentido la aplicación del interés superior del niño, sino todo lo contrario, pues regula una situación que a la fecha era considerada un vacío legal.

C. “INTER PATERNITATEM E INTER MATERNITATEM”

Como ya se ha sustentado a lo largo de la presente tesis, la filiación debe de sustentarse en un vínculo de poder y deseo mas no de un vínculo sanguíneo como antiguamente se creía y sustentaba, pues, los avances de la ciencia hacen necesario un cambio de paradigma, ello en relación con el rol del derecho de ser puente entre el avance de la ciencia y la sociedad.

Del análisis ya realizado, hemos concluido que la técnica de reproducción asistida que necesita de mayor aporte jurídico en su reglamentación es la técnica heteróloga, donde la identidad de la madre gestante y madre genética son diferentes; empero, debemos de dejar sin regulación a las técnicas homólogas; así, llegaremos a la

conclusión que un aspecto determinante para la realización de las TERAS es el consentimiento de las partes para la realización de los procedimientos diversos que estas implican.

Entonces, al ser el consentimiento la base de las TERAS y teniendo en cuenta la necesidad de regulación ya establecida en acápite anterior y la identificación de aplicación de técnicas homólogas y heterólogas en nuestro país, se debe de incorporar un tipo de maternidad y paternidad que sigan los avances de la ciencia, regulando su intervención en la procreación de seres humanos; diremos así que, las figuras propuestas responderán al nombre de **“INTER PATERNITATEM E INTER MATERNITATEM”**.

Para el “*inter paternitatem e inter maternitatem*”, el consentimiento, bajo libre albedrío de las partes es sumamente importante; sin embargo, hay que tener en cuenta que este acuerdo entre las partes para someterse a un proceso de reproducción asistida no debe estar orientada a la comercialización del cuerpo humano, pues iría en contra del orden público y las buenas costumbres; por tanto, diremos que para esta nueva presunción si serán válidos los acuerdos de maternidad subrogada, mientras que en estos no intervenga intercambio pecuniario entre las partes; constando el acuerdo en la historia clínica de la madre gestante, donde se exprese claramente la voluntad de todas las partes intervinientes.

Mientras tanto, según esta presunción, se requiere el consentimiento expreso del marido, tanto cuando se practicas técnicas heterólogas y homólogas; este consentimiento ha de constar en la historia clínica de la madre gestante; donde también ha de constar el consentimiento informado que se dará a esta de los riesgos de la técnica y las consecuencias de su decisión.

Con esta presunción no se está desvirtuando las anteriores presunciones *pater is* y *mater is*, solamente se busca dar un grado de especialidad a la determinación de la paternidad y maternidad en la utilización de TERAS; por lo tanto, ambas

presunciones seguirán vigentes dependiendo del caso en concreto y de acuerdo a lo más favorable al menor, en aplicación al principio de interés superior del niño.



SUBCAPÍTULO V: PROYECTO DE LEY PROPUESTO

A consecuencia de la investigación realizada, es preciso reformular parte de nuestro articulado en el tema civil, para poder implementar directrices para la determinación de la filiación en nuestro país, ello debe ser realizado mediante un proyecto de Ley, el mismo que se ha elaborado, tomando en consideración la realidad del país, así como el Proyecto de Ley N° 3744/2014-CR, mismo que se reformulará según lo investigado.

“PROPUESTA LEGISLATIVA QUE REGULA LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN EN LA UTILIZACIÓN DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA”

A. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La presente propuesta legislativa tiene como fin la incorporación de articulado especial para la determinación de la filiación, tanto materna como paterna, cuando un menor es fruto de la aplicación de métodos científico médicos para la reproducción asistida, tanto en su forma heteróloga, homóloga, conyugal y supraconyugal.

Las técnicas de reproducción asistida han surgido como la solución para parejas que, por problemas biológicos, psicológicos, etc., no pueden concebir, aplicando diversos procedimientos para lograr mejores oportunidades de concepción.

Ahora bien, como parte de la responsabilidad del Estado de regular, vigilar y promover la salud, debe diseñar una política reproductiva adecuada y segura, que considere las directrices para la una adecuada determinación de la filiación, a la luz de los nuevos avances de la medicina y la ciencia; por lo que, es necesario precisar algunos términos relacionados con el particular.

Las *técnicas de reproducción humana asistida*, son procedimientos medico científicos, mediante los cuales nacen seres humanos, los cuales pueden ser clasificados en tres grandes grupos:

- i) Inseminación artificial, que se produce cuando depositan espermatozoides en el interior de la mujer, mediante una cánula, o jeringa o cualquier otro dispositivo;
- ii) Fecundación in vitro, que se diferencia de la anterior en la fusión de gametos masculino y femenino realizada de manera extracorpórea, para ser posteriormente implantados los óvulos en la mujer; y,
- iii) Transferencia intratubárica de gametos, siendo una técnica intermedia entre las dos primeras, donde se transfieren los gametos previamente recolectados, para luego ser transferidos a las trompas de Falopio, con el fin de que se produzca la fecundación de manera natural.

Estos procedimientos como alternativa reproductiva, generan dificultades al momento de la determinación de la filiación que se regula por dos principios fundamentales en nuestra legislación: *mater semper certa est* y *pater is*, figuras que se tornan arcaicas a la luz de los avances médicos, siendo necesario un urgente pronunciamiento sobre la determinación de la filiación.

B. EFECTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL

La presente propuesta legislativa no modifica ni altera el marco constitucional existente en nuestro país, pues solo persigue incorporar articulado específico para la determinación de la filiación en casos donde se aplique las técnicas de reproducción humana asistida, siguiendo las normas y Tratados internacionales ratificados por el Estado; fortaleciendo las normas ya existentes.

C. ANÁLISIS COSTO – BENEFICIO

El proyecto, lejos de irrogar algún costo al tesoro nacional, trascenderá favorablemente, beneficiando a las parejas que solucionen sus problemas de las parejas que deciden tener hijos mediante el apoyo de la ciencia médica, mediante las técnicas de reproducción humana asistida; brindando de esta manera, protección a la familia y los menores, independientemente de su forma de concepción.

D. FÓRMULA LEGAL

Libro III: Derecho de Familia

Sección Tercera: Sociedad paterno – filial

Título II: Filiación Extramatrimonial

Capítulo IV: Filiación por reproducción humana asistida

Artículo 417-A.- Filiación mediante fecundación humana asistida

La filiación derivada de la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida, se deberá regular por las normas vigentes a nivel nacional, salvo las disposiciones especiales del presente capítulo.

Artículo 417-B.- Asentamiento del reconocimiento de menor

No podrá hacerse ninguna referencia acerca del tipo de reproducción en ningún documento persona, ni en el estado civil.

Artículo 417-C.- Determinación de la filiación matrimonial

1. Los hijos se considerarán matrimoniales cuando se utiliza material genético del marido para la realización de la reproducción asistida.
2. Los hijos se consideran matrimoniales cuando existe asentimiento expreso del cónyuge, formalizado en un documento de fecha cierta, para la realización de la reproducción asistida con la utilización de material genético de tercero.

Artículo 417-D.- Determinación de la filiación extramatrimonial

1. No mediando relación matrimonial entre las personas que recurren a una técnica de reproducción humana asistida, el asentimiento de la otra persona en documento de fecha cierta o testamento para la utilización de dichas técnicas, equivale al reconocimiento expreso de la filiación sobre el menor fruto de la aplicación de la técnica.

2. La utilización de material genético de un cedente anónimo no dará lugar al establecimiento de una relación paterno-filial.

Artículo 417-E.- Determinación de la maternidad

1. El parto determina la maternidad. Sin embargo, en la determinación de la filiación de menores producto de maternidad subrogada, se tendrá en cuenta la comprobación del consentimiento de las partes intervinientes en la técnica de reproducción empleada, dejando así a salvo la posible acción de reclamación de maternidad, respecto de la madre biológica.
2. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.

Artículo 417-F.- Impugnación de la paternidad

Procede la impugnación de la paternidad dispuesta en el Artículo 363 del presente código cuando se realice una técnica de reproducción humana asistida en la mujer, sin el asentimiento expreso del marido, en documento de fecha cierta.

Artículo 417-G.- La paternidad extramatrimonial declarada judicialmente

La paternidad extramatrimonial puede ser declarada judicialmente, según los presupuestos estipulados en el artículo 402 del presente código, entendiéndose como escrito indubitado del padre el asentimiento para la aplicación de técnicas de reproducción asistida de varón que autorice el procedimiento a practicar.

CONCLUSIONES

- PRIMERA .-** A través del trabajo de investigación realizado, podemos concluir que, a la fecha, en nuestro país existe una problemática latente para la determinación de la filiación en menores nacidos por técnicas de reproducción asistida; al ya haberse presentado casos donde los jueces han dictaminado en muchas ocasiones en forma contraria al ordenamiento jurídico existente, más aun, cuando la Ley General de la Salud, en su artículo siete, presenta restricciones tácitas para la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida.
- SEGUNDA .-** La actual forma de determinar la filiación materna y paterna en el país, se rige bajo los principios *mater sempre certa est* y *pater is*; donde la filiación materna está determinada por el periodo de gestación y el parto; mientras que, la filiación paterna por aquella persona que declara ser el padre, siempre y cuando este no se encuentre en una relación matrimonial, donde la paternidad se presume, mientras que esta se encuentre dentro del plazo establecido por la ley, presunciones que con los avances de la ciencias son obsoletas en nuestros días, más aun cuando las TERAS son ya aplicadas, haciendo necesario un reformulamiento de las mismas.
- TERCERA .-** La situación jurídica de las técnicas de reproducción asistida en el país, se encuentra en un estado de confusión, pues la normatividad no permite expresamente, ni prohíbe explícitamente el acceso y aplicación de las TERAS; por lo que, los jueces han tenido que realizar una interpretación extensiva de lo indicado en las diferentes normas, para poder solucionar casos concretos donde tuvieron que anteponer los principios de identidad genética y derecho a la procreación de las parejas; sin embargo, es necesario contar con una regulación específica sobre la materia.

CUARTA .- La determinación de la filiación paterna de nacidos mediante técnicas de reproducción asistida debe de responder a la manifestación de voluntad del varón para la realización del procedimiento de reproducción humana asistida, donde, este asentimiento debe constar en un documento de fecha cierta indubitable; asimismo, se debe de considerar que, cuando el donador de material genético para las TERAS es casado, se debe de presentar igualmente el asentimiento para tal efecto, e inclusive considerar la situación de la mujer de este y los hijos que tengan

QUINTA .- En lo que respecta a la determinación de la filiación materna de menores nacidos mediante técnicas de reproducción asistida, se tiene que precisar cuál es la forma de realizar la misma, dependiendo de múltiples factores y situaciones especiales: i) cuando nos encontramos frente a casos de maternidad subrogada, donde, la identidad de la madre genética y madre gestante recaigan en la misma persona, pero diferente a la madre solicitante, se tendrá que recurrir a presunciones alternativas como el *inter maritatem*; y, ii) cuando la identidad de la madre solicitante y madre genética recaen en la misma persona, se podrá recurrir de igual manera a la presunción *de maternidad*.

SUGERENCIAS

- PRIMERA .-** Gracias a la presente investigación se sugiere como punto de partida general la regulación específica del Derecho Genético, en nuestro país a través de una Ley concreta, donde se estipulen los lineamientos básicos para la investigación científica, los principios para su realización y aplicación sobre seres humanos, así como, establecer los lineamientos para la inclusión de nuevas realidades que se presenten con el avance continuo de la ciencia, que día a día es mayor y competente en el país.
- SEGUNDA. -** Se sugiere, asimismo, la creación de un organismo especializado que pueda controlar y supervisar la adecuada aplicación de técnicas de reproducción asistida; donde se lleve el control de las clínicas de fertilidad. De la misma manera, esta entidad deberá controlar que se cumplan ciertos requisitos mínimos para acceder a las TERAS, o ser donador para las mismas; donde se sugiere preservar el derecho a la identidad genética de las personas y reconocida en Tratados Internacionales ratificados por nuestro país; sin que este derecho origine responsabilidad alimenticia entre el donante y el menor.
- TERCERA. -** En la presente tesis se ha preparado una propuesta legislativa, que se sugiere aplicar para la adecuada determinación de la filiación materna y paterna, utilizando en la misma un articulado bajo la forma *numerus apertus*, en cuanto a la determinación materna de la filiación, al permitir el reconocimiento de maternidad según la voluntad que expresen las partes, de acuerdo al caso en concreto.

BIBLIOGRAFÍA

1. A., P. (1994). *Manual de Bioética General*. Madrid: Editorial Rialp.
2. Aguilar, B. (2010). *La Familia en el Código Civil Peruano*. Lima: Ediciones Legales.
3. Almaraz, M. J. (2005). *Lecciones de Derecho de Familia*. Madrid: Editorial Colex.
4. Aquize Cáceres, R. (2014). *Matrimonio, Unión de Hecho y sus efectos*. Arequipa: Universidad Católica de Santa María.
5. Banda Vergara, A. (1998). Dignidad de la persona u reproducción humana asistida. *Revista Jurídica Universidad de Valdivia*(9), 10.
6. Boza Dibós, B. (1991). Los adelantos de la ciencia y la permeabilidad del Derecho: Reflexiones en torno a la reproducción humana asistida. *Derecho: Pontificia Universidad Católica del Perú*(45), 72.
7. Calderon Beltran, J. (2014). *La familia ensamblada en el Perú*. Arequipa: Editorial Adrus.
8. Cardenas Quiros, C. (1998). Fecundación extracorporea, protección jurídica del embrión y Reforma del Código Civil del Perú. *Ius et veritas*, Pontificia Universidad Católica del Perú.
9. *Compilaciones.com*. (s.f.). Recuperado el 18 de Noviembre de 2015, de <http://www.compilaciones.com/familia/definicion-familia.html>
10. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Asamblea General de las Naciones Unidas Dieciocho de Diciembre de 1979).
11. Cornejo Chavez, H. (1985). *Derecho Familiar Peruano*. Lima: Studium ediciones.
12. Corral Talciani, H. (1994). Procreación mecánicamente asistida. *Separata del Seminario de Derecho de matrimonio y familia*, 46.
13. Corral Talciani, H. (1994). Procreación medicamente asistida. *Separata del Seminario de Derecho de matrimonio y familia, Pontificia Universidad Católica de Chile*, 46.
14. Corral Talciani, H. (2005). *Derecho y Derechos de Familia*. Lima: Ed. Grijley.
15. De Costa Pimienta, J. (1986). *Filiacao*. Portugal: Editotial Coimbra.
16. Española, R. A. (1992). *Diccionario de la lengua española*. Madrid.
17. Fernandez Segado, F. (1994). *La dogmática de los derechos humanos*. Lima: Ediciones Juridica.

18. Hernandez Ibañez, C. (1989). Filiación en la Fecundación Asistida: Consecuencias. *AAVV Ingeniería Genética y Reproducción Asistida*.
19. Hornstein, S. (1996). *Gynecology*. Atlanta: Maryland Williams and Wilkins editors.
20. Lucena, E. (1978). *Panel de inseminación artificial humana*. Lima: Centro Colombiano de Fertilidad y Estirilidad.
21. Medina, G. (1995). *Derecho a la procreación*. Lima: Universidad de Lima.
22. Medina, G., & Erades, G. (1987). *Maternidad por otro y alquiler de uteros*. Buenos Aires: Giraud.
23. Mendez Costa, M. (1996). *Derecho de Familia*. Buenos Aires: Editorial RUBinzal Culzoni.
24. Mendizabal de Allende, R. (2000). *El proceso de familia desde una perspectiva constitucional*. Madrid.
25. Monroy Cabra, M. G. (2008). *Derecho de Familia y la Infancia y la Adolescencia*. Bogota: Editorial ABC.
26. Peralta Andía, J. R. (2002). *Derecho de Familia en el Código Civil*. Lima: Editorial IDEMSA.
27. Perez Luño, A. (1984). *Los derechos fundamentales*. Madrid.
28. Placido V., A. (2005). "Creditor virgini pregnant..." volviendo al ancient droit. *Actualidad Civil*, 12.
29. Placido, A. F. (2002). *Derecho de Familia, un NUEvo Enfoque de Estudio del Derecho de Familia*. Lima: Ed. Gaceta Jurídica.
30. Reyes Farfan, A. M. (21 de noviembre de 2002). Implicancias de la Reproducción Asistida en el Derecho de Familia. *Estafeta Jurídica Virtual de la Academia de la Magistratura del Perú*. Obtenido de <http://www.amag.edu.pe/webestafeta2/index.asp?warproom=articles&action=read&idart=257>
31. Ripert, & Boulanger. (1963). *Tratado de Derecho Civil* (Vols. Volumen I, Tomo II). Lima: Editorial la Ley.
32. Robles Morchon, G. (1995). *El libre desarrollo de la personalidad*. España: Universidad de Alcalá de Henares.
33. Rodríguez-Cadilla Ponce, R. (1997). *Derecho Gnetico: Técnicas de reproducción humana asistida. Su trascendencia jurídica en el Perú*. Lima: Editorial San Marcos.
34. Rospigliosi, V. (2011). *Tratado de Derecho de Familia* (1 Edición ed., Vol. Tomo I). Lima: Gaceta Jurídica.

35. Rubio Correa, M. (2007). *Aplicación de la Norma Jurídica en el Tiempo*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
36. Soules, M. R. (1985). *The In Vitro Fertilization pregnancy rate: Let's be honest With One Another*. Fertil Steril.
37. Suarez, F. (1987). *Derecho de Familia* (Vol. II Volumen). Lima: Editorial Temis.
38. Taboada, L. (1997). La calificación de las técnicas de reproducción humana asistida como negocios jurídicos atípicos. *Ius et-praxis*, Universidad de Lima.
39. Varsi Rospigliosi, E. (2001). *Derecho Genético*. Lima: Editorial Grijley.
40. Varsi Rospigliosi, E. (2001). *Derecho Médico Peruano*. Lima: Universidad de Lima.
41. Varsi Rospigliosi, E. (2004). *Divorcio, filiación y patria potestad*. Lima: Editoria Jurídica Grijley.
42. Varsi Rospigliosi, E. (2010). *El moderno tratamiento legal de la filiación extramatrimonial*. Lima: Jurista Editores.
43. Varsi Rospigliosi, E. (2013). *Derecho Genético: Principios Generales*. Lima: Editorial Grijley.
44. Veciana, R. R. (1957). *la eutelegenesia ante el Derecho Canónico*. Barcelona: Editorial Bosh.
45. Yungano, A. (2001). *Derecho de Familia: Teoría y Práctica*. Editorial Macchi.
46. Zannoni, E. A. (1978). *Inseminación Artificial y Fecundación Extrauterina: Proyecciones Jurídicas*. Editorial Astrea.
47. Zannoni, E. A. (2002). *Derecho Civil: Derecho de Familia*. Buenos Aires: Editorial Astrea.



ANEXOS

A. PROYECTO DE TESIS

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

ESCUELA DE POSTGRADO

MAESTRÍA EN DERECHO DE FAMILIA



PROBLEMÁTICA DE LA FILIACIÓN EN LA REPRODUCCIÓN HUMANA
ASISTIDA, AREQUIPA – 2017.

Proyecto de Tesis presentado por la Bachiller:

KATIA SCARLET REYES LOAIZA

Para optar el Grado Académico de:

MAGISTER EN DERECHO DE FAMILIA

AREQUIPA – PERÚ

2017

I. PREÁMBULO.

Desde los primeros días de la humanidad, la reproducción y, por ende, la fertilidad de mujeres y hombres fueron temas que inquietaron al hombre, esto debido a que la procreación es un proceso derivado de la propia naturaleza humana; de la misma manera, porque el hombre, debido a su inteligencia, tiene la capacidad de proyectarse más allá de su realidad, ello a través de la reproducción.

Así, desde mediados del siglo pasado han sucedido avances con consecuencias espectaculares e impensables en el campo de la genética y de la biología molecular que despertaron un renovado interés no solo en el campo de la ciencia biológica, sino en la ciencia jurídica; puesto que, estos avances tienen consecuencias jurídicas relevantes para el desenvolvimiento de la sociedad jurídicamente organizada.

El origen de la idea para la presente tesis surge a raíz de las diversas Sentencias que se han dado, debido a problemas jurídicos relacionados con las técnicas de fertilización asistida, entre las que mayores intereses despertaron en la autora tenemos: Sentencia dictada por el 15 Juzgado Especializado en Familia, resolución recaída en el Exp. 183515-2009-00113 con fecha 06 de enero del 2009, donde se interpone demanda de impugnación de maternidad a efectos de que se declare que la menor concebida por la accionante y su cónyuge, pero gestada bajo el procedimiento de maternidad subrogada, es suya por ser la madre biológica. Esta Sentencia es considerada novedosa, tomando en cuenta la regulación normativa de nuestro país con relación a la Técnicas de Reproducción Asistida y más aun con las normas de adopción.

Asimismo, tenemos la Casación N° 563-2011-LIMA, dictada por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la Republica, con fecha 06 de diciembre del 2011, donde se interpuso recurso de casación contra la sentencia de vista que declara fundada una demanda de adopción por excepción donde una pareja de esposo demandan a los padres de la menor para obtener la adopción de la misma; sin embargo, la menor fue engendrada mediante la técnica de vientre de alquiler entre el adoptante y la demandada, en esta sentencia se concedió la adopción a favor de los demandantes en base al interés superior del niño.

En el Perú los tratamientos con Técnicas de Reproducción Asistida se vienen realizando ya desde hace más de 12 años, sin embargo, estas técnicas no se encuentran adecuadamente reguladas en nuestro Sistema Normativo, originando diversos conflictos jurídicos, tal y como se aprecia de las sentencias mencionadas líneas arriba. Los problemas de relevancia jurídica más

preocupantes los tenemos en la filiación de menores que nacen producto de técnicas de reproducción asistida.

Al no encontrarse adecuadamente reguladas estas formas de reproducción alternativa, crea problemas jurídicos, que, afectan a las personas más vulnerables de este problema, los niños. La investigación de la filiación tiene como fin el establecimiento de una adecuación entre la verdad biológica y la relación jurídica de filiación y con ello, la superación del formalismo que históricamente ha rodeado esta cuestión, ello en relación a los derechos declarados en la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 7) y nuestra Constitución (artículo 3 y Cuarta Disposición Final y Transitoria).

Por lo tanto, debemos de dar énfasis a las posibles soluciones para afrontar la problemática de la Filiación y las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, objeto que la presente tesis tratará de dilucidar.



II. PLANTEAMIENTO TEÓRICO.

1. PROBLEMA.

1.1. Enunciado del problema.

PROBLEMÁTICA DE LA FILIACIÓN EN LA REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA, AREQUIPA – 2017.

1.2. Descripción del Problema.

1.2.1. Campo, Área y Línea de Acción.

- a. **Campo** : Derecho.
- b. **Área** : Derecho de Familia.
- c. **Línea** : Filiación y Reproducción Asistida.

1.2.2. Análisis de variable.

El estudio es de una Variable Independiente y otra Variable Dependiente.

VARIABLE	INDICADORES	SUBINDICADORES
VARIABLE INDEPENDIENTE: Reproducción Humana Asistida	Técnicas	- Heteróloga - Homóloga
	Principios	- Dignidad Humana - Primacía del ser humano y defensa de la vida - Autonomía y responsabilidad - Igualdad, justicia y equidad - Sociabilidad y Subsidiaridad - Totalidad - Interés Superior del Niño
	Consentimiento	- Con Consentimiento - Sin Consentimiento
VARIABLE DEPENDIENTE: Filiación	Presunciones	- Paternidad - Maternidad
	Regulación Jurídica	- Doctrina - Jurisprudencia

1.2.3. Interrogantes

1.2.3.1. Interrogante Principal

¿Cuál es la problemática para la determinación de la filiación en menores nacidos por técnicas de reproducción asistida?

1.2.3.2. Interrogantes Secundarias

- a. ¿Cómo se determina la filiación materna y paterna en el país?
- b. ¿Cuál es la situación jurídica de las técnicas de reproducción asistida en el país?
- c. ¿Cómo se determina la filiación paterna de nacidos mediante técnicas de reproducción asistida en el país?
- d. ¿Cómo se determina la filiación materna de nacidos mediante técnicas de reproducción asistida en el país?

1.2.4. Tipo y Nivel del Problema.

El tipo de problema a investigar es documental.

El Nivel es descriptivo - analítico.

1.3. Justificación.

La presente investigación tiene gran importancia en las diferentes ramas de la ciencia, ya que, si bien es cierto las técnicas de reproducción asistida son un método novedoso de reproducción humana, aun no se han regulado jurídicamente sus alcances en cuanto a menores nacidos mediante las diversas técnicas, tanto heterólogas como homogéneas.

La importancia social de la investigación estará dada en función al grado de satisfacción que la conclusión y el aporte jurídico brinden a la comunidad, para que, de esta forma, las personas se encuentren respaldadas jurídicamente y se difundan las técnicas de reproducción asistida como una forma alternativa de concebir, cuando las personas son infértiles.

Finalmente, la importancia jurídica radicará en el Proyecto de ley, que la tesis ofrecerá, el mismo que resultará de la adecuación a la realidad del proyecto de Ley ya existente, en esta revisión y nuevos aportes, se podrán determinar soluciones alternativas a los conflictos de filiación y reproducción asistida.

2. MARCO CONCEPTUAL.

2.1.FAMILIA

La noción más genérica de familia, es definida en la mayoría de los casos como un núcleo, más o menos reducido, basado tanto en el afecto como en necesidades primarias, que conviven o han convivido íntimamente.

Díaz de Guijarro indica que, al hablar de Familia se está ante una institución social, permanente y natural, compuesta por un grupo de personas ligadas por vínculos jurídicos emergentes de la relación intersexual y de la filiación (Díaz de Guijarro).

Este concepto es refutable, ya que, el vínculo de intersexualidad no es un requisito indispensable en la familia, en nuestra realidad vemos que existen matrimonios no consumados, que son pasible de una futura anulación; asimismo, existe la filiación por adopción y la reproducción asistida, que desbarataría el concepto de Díaz de Guijarro.

La familia es una institución histórica, debido a que, su existencia y sus formas están condicionadas por las relaciones sociales de una determinada realidad, donde se ha de tener en cuenta las costumbres de cada sociedad.

En la antigüedad las relaciones sexuales de las personas ofrecían un carácter desordenado en la sociedad y la familia no existía. Es así que la familia surge en el periodo del régimen gentilicio sobre la base de la división del trabajo según el sexo y la edad. Ya en el periodo del matriarcado, existía la gran familia matriarcal, que posteriormente dio paso al matrimonio por parejas; en el periodo del patriarcado surge la gran familia patriarcal, que, con el establecimiento de la democracia militar, originó el matrimonio monógamo.

2.2.TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.

Las Técnicas de Reproducción Asistida (en adelante TERAS) abarcan a todos aquellos métodos técnicos en los que, independientemente de las manipulaciones realizadas, sirven para suplir la infertilidad de una persona, obteniendo la posibilidad de tener una descendencia. Estas técnicas de fecundación asistida deben ser receptadas por el ordenamiento jurídico como técnicas que ayudan a solucionar un problema que podría catalogarse como enfermedad.

Las técnicas pueden dividirse en extracorpóreas que, en primer lugar, y haciendo referencia al origen de los gametos, las TERAS intracorpóreas pueden ser homólogas o heterólogas.

- Se entiende por técnica homóloga aquella en la que tanto el espermatozoide como el óvulo proceden de la pareja que se somete a la técnica correspondiente.
- Se entiende por técnica heteróloga aquella en la que ya sea uno de los gametos (óvulo o espermatozoide) o ambos, proceden de donantes ajenos a la pareja, por ejemplo, en el caso de la inseminación artificial efectuada

En segundo lugar, y haciendo referencia a la metodología seguida, podemos clasificar las TERAS intracorpóreas según el esquema siguiente:

- IA: Inseminación artificial.
- IIUD: Inseminación intrauterina directa.
- IIP: Inseminación intraperitoneal.
- TIPEO: Transferencia intraperitoneal de espermatozoide y ovocitos.
- GIFT: Transferencia intratubárica de gametos (Gamete Intrafallopian Transfert).

Por su parte las técnicas extracorpóreas, de modo análogo a lo que sucede con las intracorpóreas, las extracorpóreas pueden ser homólogas o heterólogas, según se utilicen para la fecundación gametos de la pareja o procedentes de donantes.

Además, y dado que en estos métodos el embrión obtenido *In-Vitro* debe de ser posteriormente transferido al útero materno, existe la posibilidad de que esta transferencia no se lleve a cabo en el útero de la madre biológica sino en el de otra mujer (maternidad subrogada), lo cual también presenta profundas implicaciones éticas.

Desde el punto de vista metodológico las TRA extracorpóreas se pueden clasificar del modo siguiente:

- Técnicas sin micromanipulación de gametos:
FIVET: Fecundación *In-Vitro* con transferencia de embriones.
- Técnicas con micromanipulación de gametos:
SUZI: Inserción subzonal de espermatozoides (Sub Zonal Insemination).
ICSI: Inyección intracitoplásmica de espermatozoides (Intra-Cytoplasmatic Sperm Injection).

La regulación jurídica de las TERAS en general, así como la experimentación científica sobre el hombre necesitan una protección jurídica inmediata. Cualquier tipo de legislación debe de tener en cuenta los siguientes principios:

- Protección del concebido y la persona permitiendo la fecundación asistida como remedio de la infertilidad.
- Libertad de investigación científica dentro de los límites de la integridad, respetando las fases de la experimentación humana
- Determinar pautas específicas para la identificación y consentimiento informado de las partes que tomen parte en el proceso.
- Penalizar cualquier tipo de técnicas contrarias a las leyes naturales y jurídicas relacionadas con las técnicas de reproducción asistida.
- Evaluar los potenciales riesgos y prever soluciones a las mismas.

Tal y como in indica Elkin Lucena, los países están en la necesidad de legislar no solo el unísono de la ciencia, sino adelantándose a la misma que marcha a pasos agigantados, hacia el porvenir, descubriendo cada día nuevas cosas, que asombran a la humanidad. Es indudable que se impone la necesidad que los científicos, propicien la conciencia en los pueblos, que deban legislar sobre todas estas situaciones nuevas, para evitar el desajuste de la sociedad con la ciencia. (Lucena E, 1987)

2.3.FILIACIÓN.

La Filiación es la procedencia de los hijos respecto de los padres, siendo la calidad que el hijo tiene con respecto de su padre o madre. La filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial, surtiendo los mismos efectos.

Es importante conocer nuestros orígenes, ya que saber quién es nuestro progenitor, es un deseo natural y un derecho que se remonta a los inicios de la humanidad, más aún al ser reconocido en la Convención internacional de los Derechos del niño, al tener todo niño el derecho de la identidad.

Suárez Franco enseña que: “La filiación es un estado jurídico que la ley asigna a determinada persona, como consecuencia de la relación natural de procreación que la liga contra otra. Es un estado social en cuanto se tiene con respecto a otra u otras personas; es un estado civil, por cuanto

implica la situación jurídica del hijo frente a la familia y a la sociedad, lo cual determina su capacidad para el ejercicio de ciertos derechos y el cumplimiento de determinadas obligaciones. (Suarez F., 1979)

Esta figura desde el ángulo del hijo se llama filiación, mientras que, desde el punto de vista de los progenitores se denomina paternidad o maternidad. De acuerdo a nuestro Código, dentro de la filiación matrimonial podemos considerar: Filiación paterna y filiación materna.

Es común definir a la filiación matrimonial, refiriéndola al hijo tenido en las relaciones matrimoniales de sus padres, sin embargo, esta definición en nuestros días carecería de eficacia, puesto que la ciencia viene avanzando a pasos agigantados, por lo que es necesario un cambio respecto a lo que comúnmente se entendía por filiación, más aún cuando hablamos de filiación y las técnicas de reproducción asistida.

2.3.1. PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD

Desde Roma nos llega esta presunción *iuris tantum*, conocida como *pater is quem nuptiae domonstrant*, que significa padre es quien las nupcias demuestran, y que se traduce en el hecho de que si una mujer casada alumbró un hijo, se tiene como padre de este a su marido, y ello en función de las obligaciones que impone el matrimonio, principalmente la cohabitación y la fidelidad que se deben los cónyuges, sin embargo, el hecho que una mujer casada conciba o alumbró a un hijo no significa necesariamente que ese hijo sea de su marido. (Aguilar B.,2010)

El artículo 361 de nuestro Código Civil establece que el hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes por padre al marido.

Respecto a este tema Ripert y Boulanger, anotan lo siguiente respecto a la presunción de paternidad, donde indica que, mediante el efecto normal de las presunciones, el hijo estaría dispensado de presentar una prueba directa de su filiación paterna. Cuando la filiación paterna se encuentra establecida, la filiación paterna se encuentra demostrada al mismo tiempo. No hay necesidad de buscar al padre: es el marido de la madre. (Ripert y Boulanger, 1963)

2.3.2. PRESUNCIÓN DE MATERNIDAD

La maternidad está dada por la propia naturaleza, pero debe ser legitimada para poder tener consecuencias jurídicas, mediante el reconocimiento o una investigación judicial. Aquí se ha de probar el parto de la madre y la identidad con el hijo que ha dado a luz. Nuestro Código civil establece en el artículo 409 considera los casos en los que se admite debate alguno sobre la filiación materna, donde se estaría hablando sobre un reconocimiento forzoso por sentencia expedida por el juez.

La prueba del parto y la identidad del recién nacido determinan la filiación materna, cualquiera sea el estado civil o edad de la madre, a fin de contribuir a que toda persona acceda a su título de estado de hijo, siempre y cuando, al ser certificado de nacimiento prueba suficiente, no se requiere capacidad legal de la progenitora, puesto que la determinación maternal prescinde de su voluntad. Todo lo contrario, sucede en el reconocimiento: el pretense hijo deberá alegar y hacer una doble prueba, por un lado, del parto de la mujer, que pretende sea su madre, situado en el tiempo y en el espacio, así el de su identidad de quien dio a luz. (De Costa Pimienta J., 1986)

2.3.3. LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS

La vida del ser humano inicia en el instante de la fecundación de un óvulo por un espermatozoide, la concepción. “La identidad del nuevo ser humano está dada desde el momento en que los veintitrés cromosomas del padre se unen a igual número de cromosomas procedentes de la madre. El embrión así formado ya no es ni un óvulo ni un espermatozoide. Se trata de un “nuevo” ser genéticamente diferente a sus progenitores” (Fernandez Sessarego C., 1992)

Por su calidad de ser humano, el menor goza de ciertos derechos, que el Estado a de proteger en toda instancia, más aún para salvaguardar el interés superior del niño, reconocido en los diferentes tratados y convenciones que el Perú ha ratificado.

El derecho del niño a conocer a sus padres se encuentra recogido en el artículo 7, numeral 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño 18, con el siguiente texto: "El niño será inscrito 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”. Esta afirmación toma validez, ya que, para poder exigir el respeto y cumplimiento de sus derechos, se debe de determinar en primera instancia la filiación de los menores para la atribución de derechos y obligaciones.

En materia de filiación hay un conflicto de derechos con pretensiones distintas; debido a que se dilucidará y perfilará los límites de éstos, por lo que debemos de utilizar la ponderación de bienes. “La llamada ponderación de bienes es el método para determinar, en abstracto o en concreto, cómo, cuándo y en qué medida debe ceder el derecho fundamental que entra en colisión con otro o con un bien. (Otto y Pardo I., 1988)

La Casación N°2675-2001-Lima expone que "el artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Estado consagra el derecho a la identidad y, en virtud del mismo, toda persona tiene el derecho a conocer quiénes son sus progenitores y antecesores, con todos los privilegios que por ello le pudiera corresponder; encontrándose facultada, en caso de incertidumbre en el conocimiento de dicha identidad, para acudir al órgano jurisdiccional a fin de obtener la dilucidación respectiva".

El derecho a la integridad física y moral puede resultar también vulnerado si se prohíbe a un menor conocer el origen de su existencia, pues la falta de información puede dificultar diagnósticos y tratamientos médicos, así como problemas psicológicos.

3. ANTECEDENTES INVESTIGATIVOS.

Al hacer la revisión de estudios de investigación referentes al tema se encontraron algunas investigaciones, dentro de las cuales se consideran las más importantes:

- a. La necesidad de regular la inseminación artificial heteróloga en el Perú, presentada por Miriam Aurora Fernández Garate, quien concluyo que, pese a que, algunas técnicas de Reproducción Humana Asistida se vienen realizando en nuestro país desde hace una década a cargo de clínicas privadas, no existe una regulación jurídica orgánica que legisle su desarrollo.

- b. Consecuencias jurídicas de las técnicas de reproducción humana asistida en la ciudad de Arequipa a la luz de la Legislación actual en el Perú, 2004; presentada por Ricardo Rene Montoya Bornas, quien concluyó sobre la existencia de un vacío legal que permite la realización de TERAS en forma indiscriminada originando consecuencias sociales y éticas en su aplicación.
- c. Alcances ético jurídicos de la crioconservación de embriones producto de las técnicas de reproducción humana asistida (TERAS), presentada por Fernando Javier Deza Medina, donde se concluyó que, en las técnicas de reproducción humana asistida donde la crioconservación juega un papel importante, debe tomarse en cuenta el aspecto ético y la dignidad del embrión.
- d. Consecuencias jurídico sociales y éticas de la fecundación asistida en el Perú, 2004, presentada por Consuelo Cecilia Aquize Díaz donde indicó que, el vacío legal de las técnicas de reproducción humana asistida encuentra su explicación en que la regulación actual se halla cada vez más lejos del debate científico debido a una orientación religiosa que toma la norma.
- e. Existencia de vacío legal y necesidad normativa sobre la fertilización in vitro, Arequipa, 2009, presentada por Gloria Angélica Achata Gonzales, quien arribó a la conclusión que, en la actualidad nuestro país no cuenta con una ley sobre reproducción asistida, donde se incluya la fertilización in vitro y ante esta situación es necesario que el Congreso elabore y promulgue una ley sobre esta temática con la finalidad de delimitar los alcances, así como las consecuencias de las mismas. Pese a las investigaciones encontradas, es preciso indicar que el presente proyecto de tesis busca enfocarse solamente en las consecuencias jurídicas de la Filiación en los niños nacidos por la utilización de técnicas de Reproducción Asistida.

4. OBJETIVOS.

4.1. Interrogante Principal

Precisar la problemática de la filiación en menores nacidos por técnicas de reproducción asistida.

4.2. Interrogantes Secundarias

- a. Establecer cómo se determina la filiación materna y paterna en el país.
- b. Determinar la situación jurídica de las técnicas de reproducción asistida en el país.

- c. Identificar cómo se determina la filiación paterna de nacidos mediante técnicas de reproducción asistida en el país.
- d. Identificar cómo se determina la filiación paterna de nacidos mediante técnicas de reproducción asistida en el país.

5. HIPÓTESIS.

Dado que, no existe regulación alguna sobre los Métodos de Fertilización Artificial y su única incorporación se encuentra limitada a una mención en un artículo en la Ley General de Salud, donde se menciona que toda persona tiene derecho a recurrir a tratamientos de fertilidad, siempre y cuando la madre genética y gestante recaigan en la misma persona, y teniendo presente la actual situación de la utilización de técnicas de reproducción humana asistida por parte de médicos en nuestro país.

Es probable que, la actual legislación cree un vacío en la determinación de la filiación en los casos de menores concebidos con técnicas de reproducción humana asistida, lo que haría necesario una nueva normativa sobre el al quedar desfasadas las presunciones de maternidad y paternidad aplicadas hasta la actualidad.

III. PLANTEAMIENTO OPERACIONAL.

1. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE VERIFICACIÓN.

1.1. Técnicas.

Para la dilucidación de los objetivos planteados es necesario, conocer la realidad que se va a estudiar; asimismo, de encontrarse falencias, se evaluará la necesidad de regulación de nuevas formas de determinación de la filiación frente a la utilización de técnicas de reproducción asistida. Entonces, se utilizarán diversas técnicas dependiendo del objetivo de cada etapa de la investigación a realizar:

- Técnica de Observación Clásica: Se utilizará en la etapa inicial de la investigación, en la recolección de datos (normas y documentos) para la recolección de doctrina; asimismo, se utilizará esta técnica para el análisis de casos presentados en nuestro país donde los jueces han resuelto temas de filiación y Técnicas de Reproducción Humana Asistida pese a la inexistencia de norma específica sobre la materia.
- Técnica de Entrevista: se utilizará la técnica de la entrevista a abogados, para determinar la necesidad de regulación sobre el particular basándonos en la experiencia de los encuestados.

1.2. Instrumentos.

El instrumento será una ficha de observación, tanto para documentos jurídicos como doctrinales.

- **Fichas de Observación Documental:**

FICHA DE OBSERVACIÓN DOCUMENTAL (Documentos Doctrinales)	
Autor (es)	: _____
DATOS DEL LIBRO	
Título	: _____
Edición	: _____
Editorial	: _____
Año	: _____
Página	: _____
CONTENIDO:	_____
COMENTARIO:	_____

FICHA DE OBSERVACIÓN DOCUMENTAL (Documentos Jurídicos)

Tipo de Normativa: Constitución () Ley () Código ()
Reglamento ()

Artículo(s) : _____

Artículo(s) : _____

FICHA DE OBSERVACIÓN DOCUMENTAL (Casos Jurídicos)

Demandante : _____

Demandado : _____

Materia : _____

TERA : SI () NO ()

TERA utilizada : _____

Figuras : _____

Comentario : _____

- **Cuestionario**

FECHA: _____	N°	ENCUESTA:
CUESTIONARIO		
<p>Se le agradece responder en forma anónima a este breve cuestionario con el fin de determinar la necesidad de legislar sobre las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en nuestro sistema normativo:</p>		
GENERALIDADES DE LOS INFORMANTES:		
<p>- Experiencia Laboral (en años): 0-5 () 6-10 () 11-15 () 16-20 () 21-25 () 26 a más () Estudios realizados: Especialidad () Maestría () Diplomado () Doctorado () N.A. ()</p>		
SOBRE LAS TERAS		
<p>1. Conoce Ud. Las técnicas de reproducción humana asistidas-TERAS Si () No ()</p> <p>2. ¿Se aplican técnicas de reproducción humana asistida en nuestro país? Si () No ()</p> <p>3. Conoce Ud. Los procedimientos jurídico administrativos a realizarse para la aplicación de técnicas de fecundación asistida: Si () No ()</p> <p>4. Cree Ud. que existe un vacío legal referente a las técnicas de fecundación asistida en nuestro país: Si () No ()</p> <p>5. Si respondió positivamente, indique a su parecer, cual es el motivo por el cual existe este vacío legal:</p> <p style="margin-left: 20px;">a. Las TERAS son difíciles de aplicar en el Derecho. b. Las TERAS colisionan con disposiciones legales ya existentes. c. Las TERAS afectan figuras jurídicas del derecho relacionadas a la persona y el matrimonio d. No se han determinado directrices comunes en las TERAS para ser aplicadas. e. No se ha discutido dicho tema actualmente</p> <p>6. Le parece necesario regular las TERAS en nuestro país Si () No ()</p> <p>7. Cree Ud. Que el procedimiento de fecundación humana asistida colisiona con normas existentes referentes al tema de la reproducción humana en nuestro país Si () No ()</p> <p>8. De establecerse una normatividad específica para las TERAS, que figuras tendrían que ser analizadas detenidamente.</p> <p style="margin-left: 20px;">a. Adopción b. Matrimonio c. Filiación (paterna o materna) d. Derechos sucesorios e. Derechos del niño</p>		

SOBRE LA RELACIÓN TERAS – FILIACIÓN

1. Considera Ud. Que hay una relación TERAS- Determinación de la FILIACIÓN
Si () No ()
2. En nuestro país existe alguna norma para determinar la filiación cuando se aplican técnicas de fecundación humana asistida en nuestro país:
Si () No ()
3. Considera Ud. Que es necesario la replantear la figura de la filiación – técnicas de reproducción humana asistida, en nuestro sistema normativo:
Necesario () No necesario/ ni necesario () innecesario ()
4. Si respondió que es necesario replantear nuestro sistema normativo ¿Cuál sería el motivo para este replanteamiento?
 - a. La infertilidad de las parejas en nuestro país.
 - b. Maternidad Subrogada (vientre de alquiler, ovodonación) que ya se practica en el país.
 - c. Problemas para determinar la filiación materna y paterna de menores nacidos mediante TERAS.
 - d. Regulación del derecho genético en nuestro país.
5. De establecerse una normatividad específica para las relaciones FILIACIÓN -TERAS, que figuras tendrían sería mayormente afectada:
 - a. Filiación materna
 - b. Filiación Paterna
 - c. Ninguna

2. CAMPO DE VERIFICACIÓN.

2.1. Ubicación Espacial.

El estudio se realizará en el ámbito de las Leyes Dictadas dentro del Cuerpo Normativo del País.

2.2. Ubicación Temporal.

El horizonte temporal del estudio está referido a las normas Vigentes a la actualidad.

2.3. Unidades de Estudio.

2.3.1. En la investigación documental.

- Las Unidades de estudio están constituidas por las Leyes Dictadas dentro del Cuerpo Normativo del País; especialmente Constitución Política del Perú, Código Civil, Código Procesal Civil y Código de los Niños y Adolescentes.

- Las unidades de estudio son también constituidas por los casos relacionados con la determinación de la Filiación y las Técnicas de Reproducción Humana Asistida

2.3.1. En la investigación de campo.

Las unidades de estudio estarán conformadas por aproximadamente 9000 abogados que existen en Arequipa y en vista que el universo es numeroso se tomará una muestra intencionada al azar según las tablas de Arkin y Colton. Por lo tanto, la muestra será de 383 abogados encuestados.

3. ESTRATEGIA DE RECOLECCIÓN DE DATOS

3.1. En la investigación documental

- Para efectos de la recolección de datos, se realizará un análisis documental de diversas normas jurídicas vigentes, en bibliotecas de la ciudad de Arequipa y bases de datos jurídicas a nivel nacional.
- En lo que respecta a los casos jurídicos a analizar se buscarán los mismos y analizarán las figuras que intervienen, así como las posturas que los jueces tomaron para la resolución de los casos a analizar.

3.2. En la investigación de campo

La encuesta a realizarse a profesionales del derecho será posteriormente tabulada y sistematizada en cuadros para su respectivo análisis.

4. MEDIOS

DENOMINACIÓN	CANTIDAD	COSTO
Papel Bond	1000	S/. 24.00
Copias Fotostáticas	400	S/. 30.00
Empastado	3	S/. 60.00
Uso de computadoras	1	S/. 100.00
Tinta de impresora	1	S/. 45.00
Material de escritorio	-	S/. 30.00
Movilidad	-	S/. 200.00
	TOTAL	S/. 489.00



5. CRONOGRAMA DE TRABAJO

Tiempo Actividad	Abril				Mayo				Junio			
	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4
1. Elaboración del Proyecto	X	X	X									
2. Desarrollo del Proyecto												
Recolección de datos				X	X	X	X					
Sistematización								X	X			
Conclusiones y Sugerencias									X	X		
3. Elaboración del Informe											X	X

IV. BIBLIOGRAFIA

- A. Palaino. (1994). Manual de Bioética General. Madrid: Editorial Rialp
- Cabanellas G. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo IV. 20 Edición. Buenos Aires: Editorial Heliasta
- Ciuro M. (2007). Metodología Dikelogica. 2da edición actualizada. Rosario: Fundación para las investigaciones jurídicas.
- Cofre J. (2001) “Reproducción asistida y Constitución”. En: Teoría y Realidad Constitucional. ÚNED. México: N° 7.
- Decreto Supremo No. 011 – 2011 – JUS
- Krasnow A. (2010). Filiación. Editorial Juris.
- Rojina R. (2001). Compendio de Derecho Civil: Introducción, personas y Familia: Editorial Porrúa.
- Rubio M. (2007). Aplicación de la Norma Jurídica en el Tiempo. Lima: Fondo Editorial de Pontificia Universidad Católica del Peru.
- Sosa V. (2006). Comienzo de la existencia de las Personas físicas. Protección Jurídica. en Revista Electrónica Cartapacio de Derecho. Volumen 10.
- Suarez F. (1979). Derecho de Familia. II Volumen. Lima: Editorial Themis.
- Osorio M. (2010). Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales: Editorial Heliasta
- Varsi Rospigliosi. (2011). Tratado de Derecho de Familia. Tomo I. Primera Edición. Lima: Editorial Gaceta Jurídica
- Yorio A. (1942). La sucesión y su personalidad en nuestro derecho. El ateneo.

B. ENCUESTA

1. FICHA TÉCNICA

a. TIPO DE ESTUDIO

Cuestionario a abogados.

b. FECHA DE LEVANTAMIENTO

Del 25 al 29 de Julio del 2016.

c. POBLACIÓN OBJETIVA

Nueve mil (9, 000) Abogados colegiados habilitados para el ejercicio de la profesión, inscritos en el Colegio de Abogados de Arequipa.

d. TAMAÑO DE MUESTRA Y ERROR

Los profesionales en Estadística, como Arkin y Colton, han proporcionado tablas para la determinación de la muestra a utilizar, donde se consignan los datos de Margen de error, amplitud de muestra, y se utilizarán dependiendo del nivel de confianza a utilizar; siendo que, en este caso se utilizará la tabla del margen de confianza de 95.5%:

<i>AMPLITUD DE LA POBLACIÓN</i>	<i>Márgenes de Error</i>					
	<i>±1</i>	<i>±2%</i>	<i>±3%</i>	<i>±4%</i>	<i>±5%</i>	<i>±10%</i>
500					222	83
1,000				385	286	91
2,000			714	476	333	95
3,000		1364	811	517	353	97
4,000		1538	870	541	364	98
5,000		1667	909	556	370	98
6,000		1765	938	566	375	98
7,000		1842	949	574	378	99
8,000		1905	976	580	381	99
9,000		1957	989	584	383	99
10,000	5000	2000	1000	588	385	99
15,000	6000	2143	1034	600	390	99
20,000	6667	2222	1053	606	392	100

25,000	7143	2273	1064	610	394	100
50,000	8333	2381	1087	617	397	100
100,000	9091	2439	1099	621	398	100

En base a la población objetiva a la cual se orienta la presente encuesta, nueve mil (9, 000) Abogados colegiados habilitados para el ejercicio de la profesión, inscritos en el Colegio de Abogados de Arequipa, tenemos como:

- Tamaño de la población : 9,000 abogados
- Tamaño de la muestra : 383 abogados
- Margen de confianza : 95.5%
- Margen de error : $\pm 5\%$
- Proporción : 50%

e. VARIABLES DE DESAGREGACIÓN DEL ANÁLISIS

Nivel de preparación, experiencia laboral, conocimientos sobre as técnicas de reproducción humana asistida, regulación de la filiación – TERAS, y la necesidad de regulación respecto de la relación Filiación – TERAS

PALABRAS CLAVE

Filiacion

Reproduccion

