

UNIVERSIDAD PRIVADA “ANTENOR ORREGO”.
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS.
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO.



**“LA OVODONACION Y LA NECESIDAD DE
REGULACIÓN EN LA LEGISLACIÓN PERUANA”.**

PARA OPTAR EL TITULO DE ABOGADO.

AUTOR : Bach. Antony Brayan Castro Haro.
ASESOR : Abog. Mauricio Juárez, Francisco Javier.

TRUJILLO - PERÚ.
2016.

UNIVERSIDAD PRIVADA “ANTENOR ORREGO”.
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS.
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO.



**“LA OVODONACION Y LA NECESIDAD DE
REGULACIÓN EN LA LEGISLACIÓN PERUANA”.**

PARA OPTAR EL TITULO DE ABOGADO.

AUTOR : Bach. Antony Brayan Castro Haro.
ASESOR : Abog. Mauricio Juárez, Francisco Javier.

TRUJILLO - PERÚ.
2016.

CONTRAPORTADA

DEDICATORIA

A Dios y a mis padres, por su motivación constante para alcanzar mis metas profesionales.

A mis queridos maestros universitarios que día a día nos guían para así poder ser grandes en el futuro.

“Año de la Consolidación del Mar de Grau”.

Trujillo, 13 de Junio del 2016

Sres. Miembros del Jurado.

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.

Universidad Privada “Antenor Orrego”.

Trujillo.

De mi consideración:

*Tengo el agrado de dirigirme a ustedes, para presentar el trabajo de investigación titulado **“LA OVODONACION Y LA NECESIDAD DE REGULACIÓN EN LA LEGISLACIÓN PERUANA”** El mismo que servirá como cumplimiento del requisito previsto en el Reglamento de Grados y Títulos, y que me permitirá obtener, con vuestra aceptación, el título profesional de abogado.*

La lectura de éste trabajo me ha resultado apasionante y no obstante ser el tema poco familiarizado con las lecturas jurídicas, está escrito en un lenguaje asequible, dado que al término de ésta, podremos los abogados utilizar en nuestras defensas, como argumentos valederos para todo lo relacionado con los derechos de familia y de la persona.

Conocedora de mis limitaciones en el campo de la investigación, agradezco vuestra indulgencia con los errores que de seguro descubrirán tras la lectura del mismo; no obstante siendo éstas novatas experiencias investigadoras el resultado de mi esfuerzo y del esfuerzo de mi familia, estoy segura que sabrán excusar y valorar mucho más que el continente, el contenido de la presente.

Agradezco de antemano la atención que se brinde al presente trabajo de investigación, quedo de ustedes, aprovechando la oportunidad para expresarles los sentimientos de especial consideración y estima personal.

Atte.

ANTONY BRAYAN CASTRO HARO
Bachiller en Derecho

RESUMEN

En la actualidad muchas parejas se encuentran biológicamente imposibilitadas de procrear, debido a problemas de infertilidad. Las cuestiones en torno a la infertilidad son variadas y complejas, se estima que afecta entre el 16% y 20% de las parejas, alrededor de noventa y cuatro millones de personas en el mundo. El avance de la ciencia facilita la reproducción humana con las técnicas de reproducción asistida, con éstas, la fecundación es enteramente realizada por el médico en un laboratorio, donde el ser humano parece disponer de un poder casi supremo al crear una nueva vida. Es así que existe una cierta cantidad de mujeres en edad fértil que por determinados problemas no producen óvulos o estos no son de buena calidad. Para ellas la única opción de lograr un embarazo es considerar la ovodonación.

La ovodonación, es una técnica relativamente nueva, aparecida a mediados de la década del '80 como una variante de fertilización in Vitro. Es definida como la aportación de gametos femeninos por una mujer distinta de la que los recibe. De esta manera se utilizan óvulos de una mujer donante, y se transfieren embriones obtenidos al útero de la mujer receptora.

Debido a ésta situación el presente trabajo centra su atención en tratar de establecer y dilucidar la problemática jurídica que se plantea en nuestra legislación derivada del uso de la Reproducción Humana Asistida en particular del caso de la (ovodonación) estableciendo al mismo tiempo las alternativas, propuestas o posibles cambios que se deben realizar en nuestra normativa vigente porque a los más de veinte años de vigencia de nuestra norma sustantiva vigente han quedado algunos artículos en desuso encontrándose vacíos legales frente a las controversias sociales surgidas del avance de la ciencia en la vida cotidiana y específicamente de las del tema propuesto.

ABSTRACT

Today many couples are unable to procreate biologically, due to infertility problems. The issues surrounding infertility are varied and complex, is estimated to affect between 16% and 20% of couples, around ninety-four million people in the world. The advance of science facilitates human reproductive techniques assisted reproduction, with these, the fertilization is entirely done by the doctor in a lab, where the human being seems to have an almost supreme power to create new life. Thus there is a certain amount of women of childbearing age that certain problems are not producing eggs or they are not good quality. For them the only option to achieve pregnancy is to consider egg donation. The egg donation is a relatively new technique, published in the mid-'80s as a variant of IVF. It is defined as the contribution of female gametes by a woman other than the recipient. In this way a woman uses donor eggs and embryos are transferred to the uterus of the recipient woman. Due to this situation, the present work focuses on trying to establish and clarify the legal issues raised in our civil law from the use of the Assisted Human Reproduction in particular Case (Oocyte Donation) while establishing alternatives, proposed or potential changes that must be made in our current civil legislation because more than twenty years of operation of our existing substantive rule have been some articles in finding loopholes des use against social controversies arising from the advance of science in the everyday life and specifically with the theme

TABLA DE CONTENIDO

I. ASPECTOS INFORMATIVOS	13
1.1. Título:	13
1.2. Tipo de Investigación:	13
1.3. Unidad Académica:	13
1.4. Lugar donde se realiza la Investigación:	13
1.5. Duración estimada del trabajo:	13
1.6. Cronograma de Actividades:	13
II. RECURSOS	14
2.1. Personal:	14
2.2. Bienes:	14
2.3. Servicios:	14
III. PRESUPUESTO	14
3.1. Financiación:	16
3.2. Recursos Propios:	16
3.3. Recursos de Terceros:	16
IV. DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN	16
4.1. El Problema:	16
4.1.1. Planteamiento del Problema:.....	16
4.2 Enunciado:	20
4.3 Hipótesis:	20
4.4 Objetivos:	21
4.4.1 General:	21
4.4.2 Específicos:	21
V. MATERIAL	21
5.1. Material:	21
VI. MÉTODOS:	22
MARCO TEÓRICO	26
CAPITULO I: DERECHO DE FAMILIA EN EL CODIGO CIVIL PERUANO.	27
1. DERECHO DE FAMILIA EN EL CODIGO CIVIL PERUANO:	27
1.1. CONCEPTO.	27
1.1.1. EVOLUCION:	29

1.1.2.	NOCIÓN:	31
1.1.3.	CLASES	32
1.2.	FUENTES	36
1.2.1.	EL MATRIMONIO	36
1.2.2.	CONCUBINATO	40
1.2.3.	PARENTESCO	42
1.2.3.1.	CLASES DEL PARENTESCO	46
1.2.3.1.1.	PARENTESCO POR CONSANGUINIDAD	46
1.2.3.1.2.	PARENTESCO POR AFINIDAD	47
1.2.3.1.3.	PARENTESCO POR ADOPCION	49
CAPÍTULO II: LA FILIACIÓN EN EL DERECHO CIVIL PERUANO.		50
2.	LA FILIACION EN EL DERECHO CIVIL PERUANO	50
2.1.	CONCEPTO DE FILIACION	50
2.1.1.	FILIACION MATRIMONIAL	55
2.1.2.	FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL	66
2.1.3.	FILIACION POST. MORTEM:	80
2.2.	CLASIFICACION	81
2.2.1.	FILIACION CONSANGUINEA	85
2.2.2.	FILIACION ADOPTIVA	86
2.2.3.	FILIACION ARTIFICIAL	89
CAPITULO III: METODOS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA		92
3.	METODOS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA	92
3.1.	ANTECEDENTES:	92
3.2.	MÉTODOS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA:	96
3.2.1.	CONCEPTO	100
3.2.2.	DEFINICIÓN DE REPRODUCCIÓN	101
3.2.3.	DEFINICION DE FECUNDACION	102
3.2.3.1.	FECUNDACION ARTIFICIAL	103
3.2.4.	FINES	104
3.3.	CLASIFICACION DE LOS METODOS	105
3.3.1.	INSEMINACION ARTIFICIAL	105
3.3.1.1.	PRINCIPIOS DE LA INSEMINACION ARTIFICIAL	108
3.3.1.1.1.	PRINCIPIO DE VOLUNTARIEDAD	108

3.3.1.1.2.	INTERES JURIDICO PROTEGIDO	108
3.3.1.1.3.	PRINCIPIO DE IDEMNIAD.....	109
3.3.1.1.4.	PRINCIPIO DE ORDEN PUBLICO	109
3.3.1.2.	CLASIFICACION DE LA INSEMINACION ARTIFICIAL.....	109
3.3.1.2.1.	INSEMINACION HOMOLOGA	109
3.3.1.2.2.	INSEMINACION HETEROLOGA	111
3.3.2.	FERTILIZACION IN VITRO, EXTRAUTERINA O EXTRACORPOREA.....	112
3.3.2.3.	VARIACIONES DE LA FECUNDACION IN VITRO	115
3.3.3.	TRANSFERENCIAS INTRATUBARICA DE GAMETOS	117
3.3.4.	CRIOCONSERVACION DE EMBRIONES	118
3.4.	OVODONACIÓN.....	118
3.4.1.	CONCEPTO.....	118
3.4.2.	CAUSAS QUE ORIGINAN EL SOMETIMIENTO A LA OVODONACION 119	
3.4.3.	PROCEDIMIENTO DE LA OVODONACION	120
3.5.	INSEMINACION POST MORTEM.....	121
3.6.	MATERNIDAD SUSTITUTA, SUBROGADA, PORTADORA O RECEPTORA 126	
3.7.	SITUACION DE LOS PARTICIPANTES EN LAS TECNICAS DE PROCREACION.....	127
3.8.	CONSENTIMIENTO INFORMADO CON RESPECTO A LOS PARTICIPANTES.	136
3.9.	PROBLEMÁTICA JURÍDICA DE LA REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA:.....	137
CAPÍTULO IV: REGULACIONES EN EL DERECHO COMPARADO Y LEGISLACION PERUANA RESPECTO A LA DETERMINACION DE LA FILIACION DERIVADA DE LAS TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA		
4.1	EL DERECHO COMPARADO.....	142
4.1.1	DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA.	142
4.1.2	VISION GENERAL DE LA NORMATIVIDAD JURIDICA SOBRE LA PROCREACION HUMANA ASISTIDA	144
4.1.2.1	ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA.....	144
4.1.2.2	CONSEJO DE EUROPA.	145
4.1.2.3	CONSENTIMIENTO INFORMADO	151
4.1.2.4	DETERMINACION LEGAL DE LA FILIACION MEDIANTE EL USO DE LAS TECNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDA:.....	152

4.1.2.5 DETERMINACION LEGAL RESPECTO DE LA MADRE SUSTITUTA, SUBROGADA O PORTADORA.....	158
CONCLUSIONES.....	166
RECOMENDACIONES.....	167
BIBLIOGRAFÍA.....	168

PROYECTO DE INVESTIGACION

PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

I. ASPECTOS INFORMATIVOS.

1.1. Título:

“La ovodonacion y la necesidad de regulación en la legislación peruana”.

1.2. Tipo de Investigación:

Aplicada.

1.3. Unidad Académica:

Escuela Profesional de Derecho - Facultad De Derecho y Ciencias Políticas.

1.4. Lugar donde se realiza la Investigación:

Trujillo-Perú.

1.5. Duración estimada del trabajo:

18 semanas.

1.6. Cronograma de Actividades:

Etapas	Fecha de Inicio	Fecha de término	Dedicación semanal (horas)
Planificación	15.01.2016	29.01.2016	15 horas(2 semanas)
Organización	30.01.2016	06.02.2016	15 horas(2semanas)
Análisis bibliográfico	07.02.2016	10.03.2016	15horas(2semanas)
Procesamiento de datos	12.03.2016	22.03.2016	15 horas (2 semanas)

Análisis de Datos	25.03.2016	10.04.2016	15 horas (2 semanas)
Redacción de borradores	13.04.2016	13.05.2016	20 horas (2 semanas)
Redacción de informe final	15.05.2016	04.06.2016	24 horas (3 semanas)

II. RECURSOS.

2.1. Personal:

- El investigador
- El asesor
- El digitador

2.2. Bienes:

- De consumo:
Material bibliográfico y de oficina.
- De inversión:
S/.1,500.00.

2.3. Servicios:

- Movilidad

III. PRESUPUESTO.

NATURALEZA DEL GASTO	DESCRIPCIÓN	CANTIDAD	UNIDAD	PRECIO UNITARIO	PRECIO TOTAL
BIENES:	Papel Bond A4	05	millar	S/.	S/.
				15.00	75.00

	Lapiceros	06	½ docena	2.50	15
	Corrector	01	Unidad	3.00	3.00
	Lápiz	06	½ docena	2.00	12.00
	Tajador	01	Unidad	1.00	1.00
	Borrador	01	Unidad	1.00	1.00
	Resaltador	06	½ docena	3.00	18.00
	USB	01	Unidad	40.00	40.00
	Archivador	1	Unidad	6.00	6.00
	Libros	05	Unidad	80.00	400.00
	POST IT	01	DOCEN A	7.00	7.00
	BANDITAS	01	DOCEN A	8.00	8.00
SUB TOTAL					S/.586.00
SERVICIOS	Internet	(--)	Servicio mensual	100	600
	Llamadas	(--)	Servicio mensual	50.00	50.00
	Pasajes interprovinciale s y locales	(--)	(--)	Local 50 Interprovin	700

				cial 125	
	Fotocopiado	300	Unidades	0.10	50.00
	Impresión	300	Unidades	0.10	30.00
	Anillados	05	Unidades	3.50	17.50
SUB TOTAL					S/.1417.50
<u>TOTAL:</u>					S/.2003.50

3.1. Financiación:

3.2. Recursos Propios:

La totalidad de los gastos que requiera la presente investigación serán asumidos con recursos propios.

3.3. Recursos de Terceros:

La presente investigación no requiere recursos de terceros.

IV. DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN

4.1. El Problema:

4.1.1. Planteamiento del Problema:

En la actualidad muchas parejas se encuentran biológicamente imposibilitadas de procrear, debido a problemas de infertilidad o anatómicos.

Debido a esto, el acto generativo por excelencia, resultado de la unión sexual de un hombre y de una mujer, se sustituye por la actuación médica o científica, dando cabida así a las nuevas técnicas de

reproducción humana. Con estas, la fecundación es enteramente realizada por el médico en un laboratorio, donde el ser humano parece disponer de un poder casi supremo al crear una nueva vida. En este sentido, existe una gran gama de técnicas que permiten tanto a la mujer como al hombre formar una familia, teniendo en consideración que la esterilidad es un problema de salud cada vez más común que afecta a la pareja, y no únicamente al individuo.

Es decir, los recientes avances y descubrimientos científicos y tecnológicos; en especial, en los campos de la Biomedicina, Biotecnología y la Ingeniería Genética, han posibilitado, entre otros, el desarrollo y utilización de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida como alternativas frente a la esterilidad de la pareja humana.

Siguiendo esta idea, resulta importante reflexionar sobre el proceso evolutivo del Derecho como ciencia y creación social, pues no es estático, sino temporal, variable y dinámico en tanto que debe adecuarse a los cambios sociales, políticos, económicos y científicos. De allí la exigencia que las normas jurídicas sean revisadas periódicamente, a fin de contar con una legislación actualizada, basada en principios éticos; sin embargo, a través del transcurso del tiempo nos damos cuenta que el Derecho no corre al mismo paso de la ciencia, y podemos advertir que algunas de las normas vigentes en nuestra legislación suelen ser discordantes con nuestra realidad, sobre todo en lo que a Técnicas de Reproducción Humana Asistida se refiere, en concreto, la ovodonación.

La ovodonación es una técnica relativamente nueva, surgió a mediados de la década del 80 como una variante de la Fertilización in Vitro; y se realiza cuando la mujer:

- a) carece de óvulos en el ovario
- b) cuando la cantidad o calidad de los óvulos es mala
- c) en caso de ser portadora de enfermedades genéticas que puedan ser transmitidas a la descendencia

La fertilidad en la mujer, contrariamente a lo que ocurre en el hombre, tiene un límite cronológico: los óvulos no se dividen; por eso, una vez que la mujer agota su reserva entra en menopausia. La menopausia ocurre alrededor de los 50 años de edad y suele ser precedida por cinco a diez años en los que la fertilidad está marcadamente disminuida; cuando este proceso se presenta antes de los 40 años, se habla de menopausia precoz. El motivo por el cual el ovario agota su contenido de óvulos tempranamente se desconoce en varios casos; en otros, la causa está bien definida y puede obedecer a una alteración congénita de los ovarios, a que fueran extirpados por alguna enfermedad, o destruidos por acción de la quimioterapia o de la radioterapia en el curso del tratamiento de una enfermedad maligna.

Es necesario precisar que nuestros órganos jurisdiccionales no son ajenos al tema de la ovodonación. El Expediente N° 183515-2006-001137, revisado por la Décimo Quinta Sala Civil de la Corte Suprema, versa respecto a un caso de ovodonación en el cual una señora procreó

a una niña utilizando el óvulo de una donante anónima y el esperma de su ex conviviente, luego de haberse separado de este último. Sin embargo, la actual esposa del progenitor acudió ante el órgano jurisdiccional alegando que el esperma de su marido fue utilizado sin su consentimiento, promoviendo así una acción de impugnación de maternidad en representación del hijo de ambos, y haciendo hincapié que la maternidad de la mujer sería falsa por no ser ella la madre genética, situación que violaría el derecho a la identidad del medio hermano de la niña (hijo del matrimonio). Frente a esta situación, la corte ordenó contrarrestar el ADN de la niña con el de la madre demandada, y al dar negativo, consideró que la mujer que buscó la gestación, dio a luz y crio a la niña, al no poderse probar un vínculo genético con ella, incurrió en una maternidad ilegal, ya que el artículo 7 de la Ley General de Salud 26842 dice:

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

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

Dando e entender entonces la prohibición de la ovodonacion, razón por la cual se le quitó todo vínculo legal con su hija, para ser entregada a su padre biológico (con quien no convivía) y su esposa (quien fue la promotora de la impugnación de maternidad).

Es debido a esta situación socio jurídica que nos avocamos a tratar de establecer y dilucidar la problemática que aqueja a nuestras normas, derivada de la falta de regulación de una de las técnicas de reproducción asistida utilizada en el Perú; la ovodonación, estableciendo al mismo tiempo las alternativas, propuestas o posibles cambios que se deban realizar en nuestra legislación vigente.

4.2 Enunciado:

¿Es necesaria la regulación de la técnica de reproducción asistida de ovodonación para determinar los derechos de los padres biológicos en la legislación Peruana?

4.2.1 Variable Independiente:

- Regulación de la ovodonacion como técnica de reproducción asistida en el Perú.

4.2.2 Variable Dependiente:

- Determinación de los derechos de los padres biológicos.

4.3 Hipótesis:

Sí, es necesaria la regulación de la técnica de reproducción asistida de ovodonación en nuestra legislación Peruana, porque con ello permitiría delimitar los derechos de los padres biológicos.

4.4 Objetivos:

4.4.1 General:

- Determinar la necesidad de establecer la regulación sobre técnica de reproducción asistida de ovodonación en la legislación Peruana.

4.4.2 Específicos:

- Establecer los alcances de la Ley General de Salud N° 26842 sobre técnicas de reproducción asistida.
- Identificar los problemas jurídicos se genera el no contar con una legislación sobre técnicas de reproducción asistida en ovodonación.
- Analizar la situación legal de los padres biológicos que practican la ovodonación.
- Comparar la tratativa jurídica de la ovodonación en España y Chile.

V. MATERIAL.

5.1. Material:

- Ley General de Salud N°26842
- Casación 5003-2007
- Expediente N° 183515-2006-001137
- Código de los niños y adolescentes
- Legislación comparada

VI. MÉTODOS:

6.1. Inductivo:

El método inductivo es aquel método científico que obtiene conclusiones generales a partir de premisas particulares. Se trata del método científico más usual, en el que pueden distinguirse cuatro pasos esenciales: la observación de los hechos para su registro; la clasificación y el estudio de estos hechos; la derivación inductiva que parte de los hechos y permite llegar a una generalización; y la contrastación.

6.2. Analítico:

El Método analítico es aquel método de investigación que consiste en la desmembración de un todo, descomponiéndolo en sus partes o elementos para observar las causas, la naturaleza y los efectos. El análisis es la observación y examen de un hecho en particular. Es necesario conocer la naturaleza del fenómeno y objeto que se estudia para comprender su esencia. Este método nos permite conocer más del objeto de estudio, con lo cual se puede: explicar, hacer analogías, comprender mejor su comportamiento y establecer nuevas teorías.

6.3. Exegético:

El Método exegético es el estudio de las normas jurídicas civiles artículo por artículo, dentro de éstos, palabra por palabra buscando el origen etimológico de la norma, figura u objeto de estudio,

desarrollarlo, describirlo y encontrar el significado que le dio el legislador .

6.4. Analógico:

En el contexto del derecho el presente método puede aplicarse en la modificación legislativa y en la elaboración de normas jurídicas, para lo cual conviene considerar siempre la experiencia normativa en el tiempo y en el espacio, situación que origina la comparación histórica y la comparación sociológica.

VII. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS:

7.1. Técnicas:

7.1.1. Fichaje.-

Es una técnica que facilita la sistematización bibliográfica, el orden lógico de las ideas y la recolección de información en su manera más sintetizada, constituye la memoria escrita del investigador, representa el procedimiento más especializado de tomar notas.

7.1.2. Análisis del contenido.-

El análisis de contenido parte del principio de que examinando textos es posible conocer no sólo su significado, sino información al respecto de su modo de producción. Es decir, trata los textos no sólo como signos dotados de un significado conocido por su

emisor, sino como indicios que dicen sobre ese mismo emisor, o generalizando, indicios sobre el modo de producción de un texto.

7.1.3. Entrevista.-

Es un proceso de comunicación que se realiza normalmente entre dos personas; en este proceso el entrevistador obtiene información del entrevistado de forma directa. Si se generalizara una entrevista sería una conversación entre dos personas por el mero hecho de comunicarse, en cuya acción una obtendría información de la otra y viceversa. En tal caso los roles de entrevistador / entrevistado irían cambiando a lo largo de la conversación.

7.2. Instrumentos:

7.2.1. Ficha:

Las fichas se utilizan para registrar y resumir los datos recogidos de fuentes (como libros, revistas y periódicos) o bibliográficas. Tradicionalmente las fichas eran tarjetas de forma rectangular de diversos tamaños para recolectar información.

7.2.2. Cuestionario:

El cuestionario es un documento formado por un conjunto de preguntas que deben estar redactadas de forma coherente, y organizadas, secuenciadas y estructuradas de

acuerdo con una determinada planificación, con el fin de que sus respuestas nos puedan ofrecer toda la información.

7.2.3. Protocolo de análisis:

Un análisis de protocolo, Es una indagación válida y confiable de los procesos cognitivos que realiza un sujeto durante la resolución de un problema, es recomendable que el reporte verbal sea de los tipos y niveles indicados en el párrafo anterior y que se apliquen los siguientes pasos para su análisis.

MARCO TEÓRICO

CAPITULO I: DERECHO DE FAMILIA EN EL CODIGO CIVIL PERUANO.

1. DERECHO DE FAMILIA EN EL CODIGO CIVIL PERUANO:

1.1. CONCEPTO.

La familia¹ es tal vez el concepto más complejo en cuanto a las variables que le dan origen dentro del derecho. Es que la conceptualización jurídica de la familia, es en realidad sociológica. El artículo 4 de la constitución dice:

“La comunidad y el Estado (...) también protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad”.

La familia, entonces, es reconocida por el Estado al margen de las formalidades de su constitución existe en virtud de las relaciones sociales establecidas. Desde luego, el derecho podrá en ciertos casos recortar los efectos jurídicos del concepto de *familia*, pero no puede recortar en sí misma la calidad de natural que tiene por mandato constitucional.

Por consiguiente, la familia se formara no solo mediante actos jurídicos con formalidad expresa (como los tipos de matrimonio civil existentes),

¹ RUBIO CORREA, Marcial. “Reproducción Humana Asistida y Derecho.- Las Reglas del Amor en Probetas de Laboratorio”. Fondo Editorial: Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima: 1996. P.50-51

sino por el fenómeno social de la interrelación humana. Esto será muy importante para determinar consecuencias para las relaciones sociales emergentes de la reproducción artificial, ya que los vínculos personales que se crean con ella son variados y complejos, y tienen relevancia no solo para la estructura de las relaciones de parentesco, sino también para las obligaciones concretas como alimentos, etc.

La expresión Derecho de familia tiene una doble acepción. En sentido *subjetivo* significa una serie de facultades jurídicas que pertenecen a la familia como tal; pero en sentido *objetivo* comprende aquel, conjunto de normas jurídicas que regulan la institución familiar.

Para Peralta Andía² desde un punto de vista jurídico – descriptivo, considera al derecho de familia como una rama del derecho en general que está formado por un conjunto de principios y normas jurídicas que regulan las relaciones que derivan de la sociedad conyugal, de las paterno – filiales y de las instituciones de amparo familiar. La relación jurídica familiar se puede conceptuar como aquella que el ordenamiento jurídico establece entre personas, imputando deberes o atribuyendo derechos, interdependientes y recíprocos para la realización de fines o intereses familiares.

²PERALTA ANDIA, Javier R. "Derecho de Familia en el Código Civil". Editorial Idemsa. Lima 2002, p.49.

Asimismo, en el Código Civil Peruano Vigente, en su Libro III de Derecho de Familia en su artículo 233° prescribe: “*la regulación jurídica de la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento, en armonía con los principios y normas proclamados en la Constitución Política del Perú*”.

1.1.1. EVOLUCION:

La evolución histórica de la familia se relaciona indiscutiblemente, en forma directamente proporcional, con el tema de la evolución social del hombre dentro de la comunidad; de manera tal que, en esta devenir histórico, encontramos que la antigüedad encontramos formas elementales de esta noble institución. Así tenemos, que el hombre solía agruparse en hordas, clanes y tribus; comunidades primitivas que permitían al ser humano no solo ver satisfechas sus necesidades individuales, sino a su vez, pertenecer a un colectivo capaz de interrelacionarse para lograr subsistir.

Históricamente, en Roma, el concepto de familia fue evolucionando y así en una primera época, implicaba pensar en un grupo más o menos amplio de personas subordinadas a la autoridad de un jefe denominado, *pater familias*, las que estaban unidas a este por filiación legítima, o por otra clase de *nexumiuridicus* el surgimiento de la familia responde a las necesidades de subsistencia de las *civitas*³, pues se trata de la unidad primigenia de carácter política, social y económica sobre las que

³ Ciudadanía o sociedad romana.

descansa la *civitas* romana; por ello, la familia se convirtió en un organismo vital dentro de las *civitas*, pues la confederación de la familia constituía una *gens* que tenía por base presunto orígenes comunes. A semejanza de la *gens*, la familia se organizó bajo la potestad de un jefe o *pater familias*, con poderes absolutos de orden político, judicial y religioso.

La familia – según VarsiRospigliosi⁴ - encuentra regulación jurídica plena con la generación y creación de la sociedad, donde el Derecho normo aspectos importantes del interactuar de sus integrantes, marcando reglas de conducta y comportamiento; este hecho se ve afianzado con la aparición de la Monogamia, donde es el hombre quien busca y encuentra en su pareja elementos de productividad, dominio y poder que le permitirán en adelante sus necesidades básicas (tener decencia, protección y el derecho de propiedad sobre las cosas). Acontecimiento que resultó ser un gran paso hacia la evolución del instituto familiar, ya que marca la pauta de su original constitución.

Esta aparición primero del concepto de familia, se dio a través de las primigenias relaciones entre el hombre y la mujer, las cuales tuvieron lugar durante la convivencia, que es anterior a la institución jurídica del matrimonio; pues esta última, solo viene siendo la juridización de la primera, una manera que encontró el Derecho de regularizar o formalizar estas uniones de hecho libres, sin restringir la existencia de estas.

⁴VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. "Derecho Genético". Editorial Grijley. Lima 2014.

Actualmente, la familia ha decaído y se ha vuelto más compleja, a tal punto que algunos autores que la misma se encuentra en una fase de crisis como institución social, en comparación con el vigor y la cohesión que mantuvo en anteriores épocas. Las probables causas de la evidente decadencia de la familia, se deben a la acción de factores económicos, extensión y el predominio de la vida urbana, necesidad de especializarnos en un trabajo social determinado que caracteriza a la fase actual de la civilización; el resultado de estos y otros factores, es el estilo de vida y la mentalidad predominante en nuestra era.

1.1.2. NOCIÓN:

En principio debiésemos aludir a la etimología en la que subyace la palabra “*familia*”, empero la misma ha presentado, a lo largo del tiempo, cierta duda en cuanto su origen. Así pues, algunos refieren que deviene del latín “*fames*” refiriéndose a la palabra “*hambre*”, esto es, el hombre, al interior del grupo doméstico, satisface sus necesidades⁵.

La familia, según la Declaración Universal de los Derechos Humanos, es “*el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado*”.

Ahora bien, la estructura y funcionamiento de la familia reposa sobre el ordenamiento jurídico, el matrimonio o concubinato, la filiación y la patria potestad; por lo que si otros tres factores socio-jurídicos encuentran

⁵CORNEJO CHAVEZ, Héctor. “Derecho Familiar Peruano”. Décima Edición. Lima: Gaceta Jurídica Editores S.R.L, 1999.

desarrollo, la institución familiar adquirirá solidez y estabilidad que le permitirá avanzar hacia el futuro.

El hombre, a lo largo de la historia, adecuó la familia a sus propias necesidades; por lo que es factible precisar que la noción de la familia ha ido evolucionando y cambiando, producto de una transformación constante, al que se ve sometido el propio ser humano de ahí que se indique actualmente que la conceptualización más apropiada para describir el significado de familia, sea la del conjunto de personas ligadas por el afecto. Este sentimiento es un principio inmanente al Derecho Familiar, y consiste en querer o desear conformar una familia, desplazando la concepción ortodoxa que se tiene de ella (grupo integrado por el padre, madre e hijos, unidos por lazos de parentesco y/o afinidad). Si bien estos individuos irrefutablemente conforman el grupo familiar, no podemos negar que este renovado concepto incluye, a su vez, a parientes o personas, que no constituyen parte del núcleo familiar, pero que el afecto, trato y convivencia estrecha, los llamamos también familiares.

1.1.3. CLASES

Código civil vigente reconoce a dos tipos de familias dentro del Derecho Peruano, la familia matrimonial y extramatrimonial; siendo esta clasificación noticia común en casi todos los países del mundo; empero debe expresarse que estas dos clases no son las únicas que existen en la realidad, y ello propio de la evolución y profundo cambio que irrumpe

en la familia, permitiendo extender el concepto a otro tipo de “*conformaciones*” que en virtud a ella se producen; así hay:

- **Familia Matrimonial:** calificada en medio a la institución jurídica del matrimonio e instaurada debido al determinante influjo de la iglesia católica. Siguiendo esta perspectiva, la familia en un principio estuvo asentada sobre el sacramento matrimonial, es decir, circunscrita al ámbito religioso; empero a partir del código civil peruano de 1936, este hecho cambio dando prevalencia al matrimonio civil sobre el eclesiástico; ya que ahora, en nuestro país aquel es el único que genera efectos legales.
- **Familia Extramatrimonial:** este tipo de familia (reconocida a partir de la codificación de 1936) se encuentra conformada por el concubinato o las uniones de hecho libres y estables; esto es, la unión permanente de un hombre y una mujer, que sin estar unidos por matrimonio, mantienen una comunidad de habitación y de vida, de modo similar a la que existe entre los casados. No es concubinato la unión sexual circunstancial o momentánea de un varón o una mujer. Se requiere la comunidad debida que confiere estabilidad a la unión y que se proyecta en la posesión de Estado.
- **Familia Monoparental:** es aquella conformada por uno de los padres con sus hijos. Caso típico lo tenemos en las madres solteras, o madres casadas pero abandonadas; también el caso de las viudas que terminan siendo padre y madre a la vez. No debe olvidarse que el tema puede aplicarse perfectamente al hombre, no es exclusivo de la mujer.

- **Familia Anaparental:** grupo de personas con o sin emparentamiento que llevan a cabo relaciones de contenido familiar. Convivencia, ayuda, integración y afecto en lo que permite su desenvolvimiento. Por ejemplo, hermanos que viven en la casa de la familia y amigos que comparten una vida por razones de trabajo siendo compañeros de habitación. Son relaciones personales de tipo horizontal y las que generan vínculos por apariencia, pero que se comportan como familia.
- **Familia Pluriparental, reconstituida, ensamblada, recompuesta, familia de segundas nupcias o Familiastras:** el Tribunal Constitucional Peruano refiriéndose a esta clase de familia, en el expediente N° 09332-2006-PA/TC del 30 de noviembre del 2006, expresa: “... *Son familias que se conforman a partir de la viudez o el divorcio. La nueva estructura familiar surge a consecuencia de un nuevo matrimonio o compromiso. Así, la familia ensamblada puede definirse como la estructura familiar originada en el matrimonio o la unión concubinaria de una pareja en la cual uno o ambos de sus integrantes tienen hijos provenientes de una relación previa*”. La conformación de este tipo de familias (por matrimonio o concubinato) implica, de suyo, un proceso de integración de hijos afines o hijastros) a una familia nueva tras la ruptura o el fracaso matrimonial o concubinario del grupo al cual perteneció o con el cual pese a la crisis y sucesiva integración, no romperá jamás los lazos que los unen.

- **Familia Homoafectiva:** prima la libertad de relacionarse sin tener en cuenta la diversidad de sexos reconociéndose la convivencia homosexual o a través de diversas formas (sociedad de hecho, unión civil, pacto de solidaridad).
- **Familia Nuclear o Reducida:** constituida por padres casados e hijos biológicos, denominado también como “*círculo familiar*”.
- **Familia Extensa:** además de la familia nuclear, incluye a los abuelos, tíos, primos y otros parientes sean consanguíneos o afines.
- **Familia Paralela:** llamada simultánea ya que existen coetáneamente dos núcleos familiares. Existen dos familias que comparten un miembro, la matrimonial y la paralela (un hombre y dos mujeres, viceversa). Se trata de relaciones en las que una de las partes, o ambas, tienen un impedimento para casarse, su estado civil se lo impide. Nos referimos a los amantes que hacen una vida casi de pareja, una convivencia *sui géneris*. Tienen hijos, adquieren patrimonio, asumen compromisos. El amante y el amado mantienen una relación no solo sentimental, sino que trasciende al mundo jurídico pero que la ley los niega, prohíbe sus efectos jurídicos. El sustento es claro, la ley no puede reconocer dos familias con un integrante afín, solo se aceptan aquellas que se ajustan a la norma. Dentro de estos casos tenemos el concubinato impropio (impuro, adulterino o de mala fe). Son uniones producto del devaneo y de la concupiscencia carnal de las personas.

1.2. FUENTES

Es fácil observar que los hechos biosociales que regulan el derecho son exclusivamente los que derivan de las instituciones del matrimonio, parentesco, concubinato y por ende también encontramos a la filiación como resultado o producto de estas fuentes tanto de la familia, como del derecho de familia.

Sin embargo el derecho de familia no se agota en la regulación de estas instituciones ya que en ausencia de descendientes de la pareja se origina otra figura jurídica, por medio de la cual se ha pretendido suplir el hecho biológico de la procreación como es la adopción, que se constituye en la otra fuente de las relaciones familiares.

A continuación, para estar en mejores posibilidades de entender cada una de estas instituciones, se presenta un breve desarrollo de cada una de ellas de acuerdo a lo establecido en el Código Civil Peruano vigente.

1.2.1. EL MATRIMONIO

El matrimonio es una *consortiumomnis vitae*, es decir, un convenio para toda la vida, pero esta institución es tan antigua como el hombre mismo. Tal vez, no hubo etapa del desarrollo humano en que no haya existido el matrimonio.

En los pueblos primitivos se practicó el matrimonio por raptó y por compra. El primero caracterizado porque fue más violento y el segundo a título lucrativo. Sin embargo, se le considero como acto muy serio del que dependía la perpetuidad de la familia y de sus cultos, por eso, su celebración se llevaba a efecto con mucha seriedad, ritualidades e inclusive sacrificios.

El matrimonio en el derecho antiguo, particularmente en roma tuvo carácter monógamico y admitió varias formas como: a) la *confarreatio* matrimonio reservado para patricios, que se cumplió en presencia de la estatua de Júpiter, de un pontífice y de diez testigos; b) la *coemptio* o matrimonio por compra, que al principio fue efectiva y luego meramente simbólica; y c) el *usus*, que fue la adquisición de la mujer por una suerte de prescripción durante un año y que diera lugar a la *usurpatio trinoctii* (abandono del lecho conyugal durante tres días al año). Igualmente, el matrimonio *cum manus* consistió en una especie de adopción de la mujer por el marido y, el matrimonio *sine manus*, en un concubinato moderado.

Asimismo, a través del tiempo se ha ido modificando la figura de la familia a concepción de la sociedad se puede hablar de la época del Derecho germano el matrimonio era una institución civil consistente en la compra simbólica de la mujer, El Derecho medieval, la iglesia tomo la regulación del matrimonio bajo su exclusiva responsabilidad, hecho que se reafirmó en los concilios de letas (siglo XIII) y de trento (siglo XVI). Se consideraba así al matrimonio canónico como un contrato y; al mismo tiempo como un sacramento. Ahora bien hablando del matrimonio religioso se tenía como algo de carácter indisoluble, porque al igual que hoy, solo concluye con la muerte.

Al iniciarse el Derecho moderno, el Edicto de Nantes permitió a los protestantes casarse ante sus pastores, pero la expulsión de sus ministros torno difícil la situación, ya que en 1685 los protestantes fueron obligados a casarse nuevamente ante sacerdotes católicos. Se inicia así

la lucha por descomponer el matrimonio en sacramento, cuya validez solo pertenecía a la iglesia y sus tribunales y, en contrato, con efectos civiles cuyas competencias correspondían solo a las jurisdicciones laicas.

En la actualidad, se dice que el matrimonio civil – particularmente burgués, es considerado como un contrato, como una cuestión de derecho que depende, en mayor parte de las veces en consideraciones económicas, sociales y culturales; convirtiendo a la mujer en instrumento de producción y también en un objeto sexual.

Solo por excepción, se presentan los matrimonios basados en el amor y concertados verdaderamente con toda libertad, lo que constituye reglas para las clases oprimidas.

Desde el punto de vista sociológico, el matrimonio constituye la institucionalización de las relaciones; que tienen por base la unión intersexual sancionada por la ley. Queda así elevada la unión sexual a la categoría de fundamento principal del matrimonio. En ese sentido la fuente más importante del derecho de familia es el matrimonio, por el cual el varón y mujer asociados en una perdurable vida sancionada por la ley se comprometen recíprocamente para cumplir con sus fines.

El primer Código Civil peruano definía al matrimonio como la unión perpetua del hombre y la mujer en una sociedad legítima, para hacer vida común, concurriendo a la conservación de la especie humana.

El Código de 1936 omite intencionalmente una definición del matrimonio dejando dicha labor a la tarea interpretativa de la doctrina y de la jurisprudencia. El artículo 4º de la vigente constitución del estado, solo

establece que la forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por ley.

Entonces, reflejando la concepción del Código Civil vigente, el matrimonio es una institución fundamental del Derecho de Familia y que consiste en la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizadas con sujeción a las disposiciones legales a fin de hacer vida en común, tal cual lo refiere el artículo 234º del código sustantivo.

Dando un claro alcance ***el matrimonio en nuestra legislación tiene como finalidad el establecimiento de una plena comunidad de vida,*** lo cual supone la no necesaria procreación de hijos, ni la limitación en la generación de la prole; sino el hecho de traerlos responsablemente y conscientemente al mundo, en condiciones adecuadas para su subsistencia, por lo que ya no se refiere a sus aspectos parciales de la vida, sino a la vida misma.

Este carácter está vinculado a otros dos aspectos como son la paternidad responsable y la inseminación artificial.

Así, el matrimonio es una institución fundada en la voluntad de ambos pretendientes, vale decir, que no podría celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los mismos. Resumiendo, se dice que el consentimiento es la causa eficiente del vínculo matrimonial que presupone la capacidad de los contrayentes, que deben expresarlo en forma escrita en la declaración del proyecto matrimonial.

1.2.2. CONCUBINATO

El concubinato es la unión de dos personas, un hombre y una mujer, sea que tenga o no impedimento para contraer matrimonio, que hacen vida en común, como si estuvieran casados, por dos años, o antes si han concebido un hijo en común en dicha relación. La concubina y el concubinario tienen derecho y obligaciones recíprocos: alimentarios y sucesorios, independientemente de los demás reconocidos en las leyes. Rigen todos los derechos y obligaciones inherentes a la familia, en lo que fueren aplicables.⁶

El concubinato es un fenómeno social que tiene vigencia ancestral, histórica y universal ha conseguido mantenerse sin ninguna o escasa protección jurídica; tan solo, porque tiene raíces sustancialmente naturales. Esta comunidad es frágil en razón de estar sujeta a la voluntad arbitraria de cada uno. Lo inminente es su ruptura, donde los sujetos que soportan las consecuencias y muchas veces el despojo patrimonial son la mujer y los hijos.

En el Derecho germano las uniones libres estaban permitidas solamente, para libres y esclavos, pero luego sustituida por el matrimonio de mano izquierda o morganático, por el cual, la mujer plebeya no participaba de los títulos ni rango social del marido. Los hijos mantenían la condición de la madre sin heredar al padre.

En el derecho moderno, el concubinato es una costumbre muy extendida en todos los países del mundo; sin embargo en Francia, el Código de

⁶<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3270/8.pdf>, p.1

Napoleón no lo incluye en su texto, siguiendo la corriente de que el concubinato es un “acto inmoral” que afecta las buenas costumbres por lo que el derecho debía ignorar su existencia.

Ya, en el Derecho contemporáneo, particularmente en Alemania aunque con algunas restricciones se admite el concubinato mediante ley de 1875.

En el Perú, el concubinato es un fenómeno latente, porque como realidad cultural y sociológica ha existido tanto en el derecho precolonial como colonial.

Existe hoy en el Derecho republicano como una costumbre muy arraigada, particularmente, entre los habitantes de la sierra centro y sur del país, sin contar a los que viven en zonas occidentalizadas.

El código del 1936, comprendió al concubinato solo en lo que concierne a la protección de la mujer y cuestiones relativas a la propiedad de los bienes. La constitución política del Perú de 1979, abordó el problema de manera epidémica que no responde a una realidad bastante extendida en nuestro país.

El Código Civil de 1984, regula el concubinato propio e impropio en el artículo 326º, contemplando al texto constitucional de 1979. La constitución política del estado de 1993, reproduce casi textualmente a su antecesora, excepto en cuanto al tiempo y la consideración de que la sociedad de hecho genera una comunidad de bienes.

Entonces se podría definir al concubinato como la “la unión de varón y de la mujer, que sin estar casados, sostienen una convivencia marital, sea que tenga o no impedimentos legales...”. Por su parte, expresa

bossert⁷, que es “la unión permanente de un hombre y una mujer que, sin estar unidos por matrimonio, mantiene una comunidad de habitación y de vida, de modo similar a la que existe entre cónyuges”.

Por otro lado se da lugar a las clases de Concubinato en nuestra legislación Civil las cuales son:

- **Concubinato Propio:** Llamado también puro y se presenta como una unión extramatrimonial duradera, entre un varón y una mujer, de modo que pueden transformar su situación de hecho en una de derecho, por no existir impedimento alguno que obste la realización del matrimonio civil. Viven en concubinato propio los solteros, los viudos, los divorciados y aquellos cuyo matrimonio has sido declarado nulo judicialmente.
- **Concubinato Impropio:** Denominado Impuro o imperfecto, donde la unión concubinaria se presenta como una unión extramatrimonial ilegítima por existir un impedimento legal que obstaculiza la realización del matrimonio. En este caso, los concubinos, los concubinos no pueden contraerlo porque uno de ellos o ambos a la vez se hallan unidos a otro enlace civil.

1.2.3. PARENTESCO

La palabra parentesco proviene etimológicamente de las voces latinas *parere* que significa parir; *parens*, pariente, de modo especial, el padre, la

⁷BOSSERT, Gustavo. “Régimen jurídico del concubinato”. Buenos Aires: Astrea, 1982. p.36

madre y demás ascendientes; y, *parentes*, plural de *parens* o *parientes* y, además equivale también a súbditos.

La familia origina el parentesco, siendo este el que forma las relaciones o conexiones existentes entre los miembros de ella. En su acepción general y amplia – dice Cornejo Chavez– se da nombre de parentesco a la relación o conexión familiar existente entre dos o más personas en virtud de la naturaleza, de la ley o la religión. En su significación restringida el parentesco es el vínculo que nace de la relación consanguínea.

Ahora bien, nuestro Código Civil actual se inscribe en una posición intermedia, por eso se le puede conceptuar al parentesco como una institución básica del derecho de familia que consiste en el vínculo existente entre las personas, en virtud de la consanguinidad, de la afinidad o de la adopción. Se trata de una institución básica, por que determina la conexión familiar existente entre personas, la que deriva de los lazos de sangre, de la celebración del matrimonio y del parentesco legal.

En el estudio del parentesco en general, resultan indispensable las nociones de tronco, línea, rama y grado que constituyen los elementos fundamentales de la estructura parental.

El tronco.- es la persona que se le reconoce como ascendiente común de las personas de cuyo parentesco se trata. También, se dice que es el ascendiente común de dos o mas ramas, o sea, aquel de quien por generacion se generan dos o más líneas. Los hijos (hermanos) tiene por tronco al padre (la madre). Los primos hermanos, al abuelo, asi como

también al tío y sobrino. En cambio los primos segundos tienen como tronco común al bisabuelo.

La línea.- en cambio es la sucesión ordenada y completa de personas que proceden de un mismo tronco o también “la serie no interrumpida de grados” con un margen de error. La línea puede ser de cuatro clases: recta, colateral, paterna y materna.

1. La Línea Recta: se forma con personas que descienden unas de otras y tiene dos ramas: ascendentes y descendentes. La primera, si se toma como punto de partida a una persona con relación a sus antecesores como: hijo, padre, abuelo, bisabuelo, tatarabuelo y; la segunda, cuando sirve de referencia una persona respecto de sus sucesores tales como: tatarabuelo, bisabuelo, abuelo, padre, hijo, etc.
2. La Línea Colateral: se forma con personas que sin descender unas de otras, unen sus respectivas líneas en un ascendiente común, por ejemplo, existe parentesco consanguíneo en la línea colateral entre hermanos, primos, tíos y sobrinos.
3. La Línea Paterna: surge cuando en la generación se nombra al padre, así por ejemplo, si una persona refiere que son sus parientes solo por lado paterno.
4. La Línea Materna: cuando en la generación se nombra a la madre, tal el caso de quien afirma que algunas personas son sus parientes solo por el lado de la madre.

La *generación*, es otro elemento estructural que viene a ser la sucesión uniforme y armónica de los grados, por ejemplo, forma la primera

generación los abuelos, la segunda los padres, la tercera los hijos y la cuarta los nietos.

Por último, el *grado*, es el vínculo existente entre dos individuos, formado por cada generación también dicese que es la distancia, tránsito o intermedio entre dos parientes. En este sentido, el grado de parentesco se determina por generaciones. Primer grado, segundo grado, tercer grado, etc. Entre padre e hijo existe un grado, entre nieto y abuelos dos grados, entre bisnieto y bisabuelo tres grados.

A propósito, Ricardo Coke, citado por Enrique Varsi Rospigliosi⁸, ya habla de una **“Nueva teoría del parentesco genético”** cuando pregona que en el Derecho Romano y los códigos civiles estatuyen que los grados de parentesco de la familia están determinados por las distancias generacionales entre las personas, ascendiendo hasta un antecesor común. Por el contrato *la teoría genética estatuye que los grados de parentesco están determinados en proporción a los genes idénticos por descendencia.*

El parentesco⁹, es la vinculación de las personas entre si debido a dos factores: el hecho de tener un antepasado común (parentesco consanguíneo), o de contraer un vínculo jurídico que determina la relación por mandato de la ley (son los dos casos de los parientes por afinidad y de la adopción).

⁸ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. “Derecho Genético”. Lima: Grijley, 2001. P.197.

⁹ RUBIO CORREA, Marcial. “Reproducción Humana Asistida y Derecho.- Las Reglas del Amor en Probetas de Laboratorio”. Fondo Editorial: Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima: 1996. P.25

1.2.3.1. CLASES DEL PARENTESCO

De acuerdo a los lineamientos conceptuales, el parentesco por su origen puede ser: por consanguinidad, afinidad y adopción.

Según los artículos 236 a 238 del Código Civil, existen tres formas de parentesco: por consanguinidad, por afinidad y por adopción.

1.2.3.1.1. PARENTESCO POR CONSANGUINIDAD

El parentesco por consanguinidad deriva de los lazos de sangre ya en la línea recta o colateral. De acuerdo con el artículo 236° del Código Civil: "*El parentesco consanguíneo es la relación familiar existente entre las personas que descienden una de otra o de un tronco común. El grado de parentesco se determina por el número de generaciones. En la línea colateral, el grado se establece subiendo de uno de los parientes al tronco común y bajando después hasta el otro. Este parentesco produce efectos civiles solo hasta el cuarto grado.*

La Línea recta por consanguinidad tiene dos formas:

- La línea recta que está formada por las relaciones entre ascendientes y descendientes directos. La filiación es determinante para establecer este tipo de parentesco. Se supone que entre los parientes en línea directa, hay un emparentamiento genético de padres (o madres) a hijos y así será en la generalidad de los casos, pero hay que notar que cuando un varón reconozca un hijo sin ser padre genético, o el marido asuma para sí la paternidad del hijo de su mujer con un tercero, el parentesco seguirá siendo calificado por la Ley

como de consanguinidad, pero en realidad se tratara de una ficción de la ley. de esto puede notarse, que el parentesco y los criterios de vinculación dependen más de las prescripciones de la ley que de la realidad tal cual es. podemos, así, decir que el parentesco en línea recta está fundado en el vínculo consanguíneo, pero que también puede fundarse en el mandato de la ley.

- En línea colateral, está conformado por todos los que descienden de un tronco común. Es inmensamente arborescente y, por ello, el artículo 236 del Código Civil lo limita hasta el cuarto grado.

Si bien la colateralidad hace parecer a este parentesco independientemente de la filiación, en realidad depende de ella tanto como el de línea recta en la medida que hay que ascender hasta los troncos comunes. Se le aplica, según su naturaleza, la misma observación hecha antes sobre la posibilidad de que sea hijo legal quien no lo es biológicamente. Por tanto, la regla general para determinar el parentesco colateral será la consanguinidad pero excepcionalmente también lo será el mandato de la ley.

1.2.3.1.2. PARENTESCO POR AFINIDAD

El parentesco por Afinidad, es el que proviene de la celebración del matrimonio civil, tal es así que nuestro Código Civil en su artículo 237° nos refiere: "El matrimonio produce parentesco de afinidad entre cada uno de los cónyuges con los parientes

consanguíneos del otro. Cada cónyuge se halla en igual línea y grado de parentesco por afinidad que el otro por consanguinidad. La afinidad en línea recta no acaba por la disolución del matrimonio que la produce. Subsiste la afinidad en el segundo grado de la línea colateral en caso de divorcio y mientras viva el ex cónyuge".

Apreciamos que, de lo mencionado este tipo de parentesco no incluye a los cónyuges entre sí por el mero hecho de haber contraído matrimonio y que de acuerdo con la teoría de la *unitascarnis* del Derecho Canónico son más que parientes ya que el matrimonio es una unión.

Hay que notar que, las bases originales del parentesco por afinidad son dos: el matrimonio civil que es el catalizador de la aparición de la afinidad, y la consanguinidad (con las posibles excepciones antes mencionadas) que es el factor determinante de las modalidades (directa y colateral) así como del grado.

Sin embargo, el segundo párrafo del artículo 237 indica claramente que la permanencia del parentesco por afinidad no depende necesariamente de la subsistencia del matrimonio: una vez producida la relación de parentesco adquiere vida propia y se independiza del catalizador: la línea recta no se pierde y el segundo grado de la colateral subsiste mientras viva el ex - cónyuge.

En síntesis, al hablar de parentesco en nuestro Derecho, tenemos que decir que la base fundamental es la consanguinidad (la más

importante por lejos en el parentesco por consanguinidad, y uno de los dos componentes en el parentesco por afinidad).

Adicionalmente la ley crea fuentes de parentesco independientes de la consanguinidad. Es el caso del parentesco consanguíneo, (tanto en línea recta como colateral), bajo la presunción *pateres* cuando el marido no niega al hijo de su mujer y de un tercero; también es el caso del que reconoce o da la calidad de hijo al que no lo es biológicamente; y, finalmente el del parentesco por afinidad que subsiste al matrimonio que lo actualizó, en las diversas modalidades del segundo párrafo del artículo 237.

1.2.3.1.3. PARENTESCO POR ADOPCION

El parentesco por Adopción, es el vínculo existente entre adoptante y el adoptado por una mera ficción de la ley. El artículo 238 del Código Civil expone que: “la adopción es fuente de parentesco dentro de los alcances de la institución”. Este parentesco solo comprende en la línea recta a los consanguíneos y adoptivos y en la línea colateral a los consanguíneos y adoptivos dentro del cuarto grado, a los afines en línea recta y a los afines en línea colateral en segundo grado.

CAPÍTULO II: LA FILIACIÓN EN EL DERECHO CIVIL PERUANO.

2. LA FILIACION EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

2.1. CONCEPTO DE FILIACION

Para Valverde y Valverde:

“... *La filiación* (...) (es) considerada como relación de parentesco existente entre la prole y sus progenitores. Esta filiación, (...) no es otra cosa que la generación (...).

La filiación (...) es un estado civil del hijo con relación a su padre o su madre, de donde se derivan de recíprocos los dos estados de paternidad y maternidad, el primero de ellos que es el estado civil del padre respecto del hijo engendrado por él, y el segundo, que es el estado civil de la madre respecto de los hijos que ha dado a luz” Valverde y Valverde, 1926, Tomo IV: 405¹⁰.

Entonces se puede determinar que la filiación es la relación que existe entre dos personas de las cuales una es el padre o la madre de otra, o en otras palabras es la relación existente entre padres e hijos. Si se le examina desde el punto de vista de la relación entre madre e hijo, se le llama maternidad; si se contempla de padre a hijo se llama paternidad; si de hijo a padres se designa filiación. La filiación es el punto de partida del parentesco, base del grupo familiar. En cuanto a la filiación materna, el parto permite conocer con certeza la relación biológica entre la madre y el hijo que ha dado luz. La filiación paterna puede ser conocida por la prueba de ADN y por sus presunciones.

¹⁰Yolanda Gallegos Canales y Rebeca S. Jara Quispe “*manual de derecho de familia*”. Juristas Editores, p.276 edición: enero 2014

Una vez que ha quedado probada la maternidad, un conjunto de circunstancias de tiempo y lugar nos permite inferir razonablemente que el varón ha engendrado aquella persona cuya filiación se trata de establecer.

Etimológicamente la palabra filiación deriva de la voz latina *filius* (que los antiguos españoles pronunciaban como fillo, fiiio, fijo y por último hijo), que a su vez se origina *filium* que significa hijo, procedencia del hijo respecto de los padres o, simplemente, relación del hijo con sus progenitores. Teniendo al respecto en cuenta, que la relación paterno-filial varía según se contemple desde el lado de los progenitores (paternidad o maternidad) o desde el lado de la progenitura (filiación).

Es más, esta se determina según las circunstancias legales de la unión de los padres.

La filiación es el vínculo determinado por la procreación entre progenitores y sus hijos, sus antecedentes se remontan a épocas muy remotas. En la doctrina tradicional se sabe que existían dos categorías: los hijos legítimos generados dentro del matrimonio o legitimados por subsecuente casamiento de los padres y los hijos ilegítimos nacidos fuera de la institución matrimonial.

Ahora, por su parte, López del Carril manifiesta lo siguiente respecto de la filiación:

“...No existe un cabal y ceñido concepto de lo que es filiación pues para algunos es un hecho, sin determinar si ese hecho es biológico o jurídico; otros se pliegan al concepto de que se trata de un hecho jurídico, olvidando que se trata fundamentalmente de un hecho biológico, otros confunden

filiación con parentesco, y omiten que es el resultante, del hecho biológico y no su antecedente; otro le ven como un status y olvidan que este es el resultado del emplazamiento preciso en el carácter de padre e hijo; y finalmente otros lo ven como un hecho natural, regulado por el derecho como un hecho jurídico, pero olvidan la conversión en un acto jurídico.

Nuestro pensamiento con respecto al concepto de filiación es que esta es la relación biológica que une a una persona con el padre que lo engendro y con la madre que lo alumbro. Importa desde el ángulo biológico un hecho de la naturaleza, que por sí solo implica un emplazamiento natural en el carácter y condición de hijo y padre y madre, cuya posición posterior es regulada por el derecho. Afirmamos que, por razones biológicas todas las personas tienen un padre y una madre, aun cuando estos fuesen desconocidos, es decir no se sepa quiénes son el padre y/o la madre. Y sostenemos esto porque es un hecho de la naturaleza, mediante una acción del hombre, que es la causa productora de derechos y obligaciones, como son los que derivan de la concepción en el seno materno, (...) ya que es un suceso que ocurre en el mundo de nuestras percepciones, por efecto inmediato de la voluntad del hombre...” (LOPEZ DEL CARRIL, 1984: 415-416)¹¹.

Espin Canovas indica:

“... si la relación de paternidad o maternidad, aisladamente considerada, nos muestra la relación de filiación entre el padre o la madre y el hijo, una consideración completa de la relación de filiación, deberá comprender tanto

¹¹ Yolanda Gallegos Canales y Rebeca S. Jara Quispe “*manual de derecho de familia*”. Juristas Editores, p.277 edición: enero 2014

la paternidad como la maternidad y por tanto será una noción más compleja (la filiación), que podríamos definir como la relación existente entre una persona de una parte, y otras dos, de las cuales una es el padre y otra la madre de la primera.

Conforme a esta consideración completa de la relación de filiación descubrimos en la misma un doble elemento, maternidad y paternidad. En principio, parece evidente que ambos elementos deberían y podrían probarse para poder afirmar la existencia de una relación completa de filiación. La maternidad, resultara del hecho del parto de una mujer y de la identidad del nacido de aquel parto con el que pretenda demostrar su relación de filiación respecto a la misma. La paternidad deberá probar que un hombre determinado ha sido el autor del embarazo de la madre, por lo que es natural que la paternidad presuponga que se conoce ya la filiación materna, salvo el caso de confesión de paternidad sin revelar el nombre de la madre.

Maternidad y paternidad, son pues, los dos elementos en que se basa la relación de filiación...” (ESPIN CANOVAS, 1956, Volumen IV: 208)¹²

Ahora bien en la legislación peruana, en el código de 1852, adopto la orientación tradicional al establecer la gran diferencia existente entre hijos legítimos e ilegítimos, sub-clasificándolos los últimos en naturales y no naturales. El código de 1936, hizo lo propio, suprimió formalmente la clasificación referida, aun cuando la mantuvo en varios casos. La denominación de “legítimos” o “ilegítimos” que usaban los códigos

¹² Yolanda Gallegos Canales y Rebeca S. Jara Quispe “*manual de derecho de familia*”. Juristas Editores, p.278 edición: enero 2014

derogados, calificaban, sin duda alguna, la condición de los hijos y todo parecía eludir el hecho de que estaban dentro y fuera de la ley, de tal forma que la filiación legítima o ilegítima estaba muy vinculada a la idea de la moralidad de las relaciones sexuales que la originaban (hijos legítimos e ilegítimos: adulterinos, sacrílegos, incestuosos, espurios, etc.)

Los hijos legítimos resultaban de una unión matrimonial legal, confundiendo la legalidad con la legitimidad. Esta última, era una noción creada para dar al matrimonio los efectos jurídicos más importantes en razón de la función y utilidad social, de ese modo, la legitimidad se reflejaba en el derecho de los hijos de llevar los apellidos de sus padres, el derecho alimentario y el sucesorio, determinando a la vez la discriminación de los hijos ilegítimos.

En cambio, la legalidad, viene a ser la consideración de los pretendientes de constituir una familia sujeta al ordenamiento jurídico de un país.

Y teniendo en cuenta ahora la constitución de 1979 proclamo la igualdad de derechos de todos los hijos prohibiendo toda mención sobre el estado civil de los padres y la naturaleza de la filiación tanto en los registros civiles como en cualquier documento de identidad, con lo que parecía haberse puesto fin a la discriminación de los hijos; sin embargo, cuando se pensó que tales diferencias habían quedado atrás, los legisladores de 1984 insertan en el código actual la figura d los hijos matrimoniales, extramatrimoniales, adoptivos y alimentistas; estableciendo diferencias conceptuales. La prima Lex de 1993 reproduce el mismo texto de la constitución anterior estableciendo que “todos los hijos tiene los mismos derechos y deberes”

2.1.1. FILIACION MATRIMONIAL

La filiación matrimonial proviene de los términos latinos *filius* y *matrimonium* o hijo que procede de padre y madre casados, dicho de otra manera, son hijos matrimoniales los nacidos de padres que han contraído nupcias de acuerdo con las leyes vigentes.

En el derecho romano se conoció en la época clásica los *iusti liberi*, osea, los hijos no matrimoniales, posteriormente en la época de Constantino se conocieron a los *liberi naturalis*. En el antiguo derecho español hablaron de los hijos legítimos e ilegítimos. La filiación legítima, por tanto, esta necesariamente vinculada al matrimonio de los padres. Sin la existencia de este, sea antes o después de la concepción, no había legitimidad posible, por cuanto que aquella era un defecto del matrimonio y no solamente una valoración ética o moral.

Dando un concepto más claro se puede decir, que se trata de una institución fundamental del derecho de familia que consiste en la relación paterno-filial íntimamente vinculada al matrimonio. En ese sentido, son hijos matrimoniales los nacidos de padres que han contraído matrimonio de acuerdo con el ordenamiento jurídico de un país.

El código civil, no defiende lo que es en si la filiación matrimonial, pero el artículo 36º del mismo cuerpo legal, expresa que el hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido.

Existiendo así los presupuestos de la filiación matrimonial, los cuales son:

A. **Matrimonios de los progenitores.**- el casamiento de los padres en un requisito legal y formal, el substrato social en el que se inserta la filiación matrimonial.

Este presupuesto es el que define la filiación matrimonial frente a la extramatrimonial y que le da un tinte ético a esta clase de relación paterno-filial, así como actúa en cuanto hace mujer a la esposa y progenitor al esposo y, a los seres que sobreviven, la de los hijos matrimoniales.

Por consiguiente, debe tratarse de un matrimonio civil válido celebrado conforme a las prescripciones legales. Comprende al matrimonio putativo o nulo pero contraído de buena fe por uno o ambos cónyuges, cuya justificación no solo está en la protección de la buena fe, sino también en el interés del hijo de la sociedad.

Finalmente, debe de indicarse, que no podrá haber filiación matrimonial, si no se prueba el matrimonio de los progenitores, lo que se hace o hará ordinariamente presentado el certificado de la partida de matrimonio y excepcionalmente en forma supletoria.

B. **Concepción y nacimiento.**- se refiere a que la concepción y el nacimiento del hijo hayan ocurrido dentro del matrimonio. Es otro requisito importante para establecer la filiación matrimonial, porque tanto el hecho de la concepción como el nacimiento deben ocurrir dentro del matrimonio, pero es posible que los dos momentos no ocurran dentro de él. Por citar un ejemplo; el caso del hijo antenupcial que es concebido antes del matrimonio y

nacido dentro de él o, contrariamente, del hijo que es concebido en el matrimonio, pero que nace después de su disolución.

Ciertamente, los términos de la teoría de la concepción o del nacimiento, varían partiendo como hecho determinante el comienzo de la vida de la persona;

- a. Teoría de la concepción.- para esta, son matrimoniales los hijos engendrados por padres casados, sea que nazcan durante el matrimonio o sean alumbrados después de disuelto o anulado el nexo conyugal. De acuerdo con esta tesis, los concebidos antes del matrimonio son hijos extramatrimoniales, si bien susceptibles de legitimación (la legitimación ha sido excluida del código civil vigente).
- b. Teoría del nacimiento.- en cambio, son matrimoniales los concebidos con anterioridad a la celebración del matrimonio y nacidos durante la vigencia de este y, contrariamente, no son matrimoniales los nacidos después de la disolución o anulación del casamiento, aunque hubieran sido procreados durante su vigencia.
- c. Teoría ecléctica.- esta teoría es una combinación de las anteriores, según la cual, son matrimoniales los nacidos durante el matrimonio, aunque hubieran sido concebidos antes, así como los nacidos después de la disolución del vínculo conyugal, pero que hubieran sido concebidos durante su vigencia.

El actual código civil peruano, adopta la teoría ecléctica. Por un lado, establece que la persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento, pero la vida humana comienza desde su concepción, de tal manera, que el concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece, así como que la atribución de los derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo y; de otro, determina que el hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los 300 días siguientes a su disolución tiene por padre al marido (art.1º y 361º CC).

C. **Paternidad del cónyuge.**- implica que el hijo fue engendrado por el marido de la mujer, estableciendo así una relación paterno-filial. Es otro de los presupuestos de la filiación matrimonial; quizá el más importante y decisivo si llegara a probarse definitivamente. Sobre la paternidad, hasta hace poco los autores insistieron en resaltar el misterio que la rodea y la dificultad de la prueba, misterio y dificultad que constituyeron la vieja preocupación del hombre reflejada en los antiguos monumentos literarios, donde el clásico *mater Semper certa est* aparece en contraste, en la incerteza de la paternidad; *pater Semper incertus*. Hoy, la dificultad de la prueba ha sido superada enormemente con la aparición de las pruebas biológicas y otras de validez científicas, como el ADN, que permiten determinar la paternidad casi con absoluta certeza.

Luego la paternidad es el lazo biológico que une al padre con el hijo habido en su esposa a través del acto procreador, sin embargo, el secreto que rodea a la concepción y la dificultad de

su probanza, llevan consigo el problema de determinarla en cada persona que viene al mundo, lo que depende sin duda de la prueba.

Pero por otro lado el hecho de que la mujer casada haya concebido y/o alumbrado un hijo, no quiere decir que el marido de esta sea siempre el padre del nuevo ser, lo que en opinión de Cornejo Chávez- debe examinarse a través de dos hipótesis:

- a) Que, el nacimiento se haya producido después de ciento ochenta días de celebrado el matrimonio y antes de vencidos los trescientos siguientes a su disolución o anulación.

Esta primera hipótesis, se resuelve con la presunción de paternidad (*pater is est quem nuptie demonstrant*), según la cual, padre es quien las nupcias demuestra, la que ha evolucionado con el significado siguiente: el hijo nacido durante el matrimonio tiene por padre al marido o el hijo tenido por mujer casada se reputa del marido, salvo prueba en contrario.

Esta presunción, reposa en un doble fundamento: en la cohabitación que el matrimonio implica y en la fidelidad que supone que la mujer guarda al marido.

Se considera que se funda más bien en la teoría de la cohabitación casual, porque para la procreación humana es necesaria la unión sexual de los progenitores, de tal manera, que presunta o probada la cohabitación entre cónyuges, la ley a través de la regla *pater is est* conduce o presume que tal unión ha sido fecunda.

Así, la mujer que da a luz a un hijo debe haber tenido relaciones sexuales con su marido o con un tercero, en tal forma, que la regla mencionada al atribuir la paternidad al esposo, lo que hace suponer, en principio, que la esposa ha cohabitado con su marido y, luego, que el hijo ha nacido precisamente de esa cohabitación y no de otra aunque la hubiera habido.

Al presumirse la paternidad del marido, no se hace lo mismo con la fidelidad de la esposa. Esta no entra en juego directamente, sino de manera indirecta. Lo que se presume es que el hijo ha nacido por obra de la cohabitación del marido. Es el carácter fecundo y generante de esas relaciones lo que excluye que el hijo pueda ser de otro, por eso, ocuparse de la fidelidad como concausa necesaria y justificadora de la presunción de paternidad, como lo hacen algunas teorías y no darle valor decisivo cuando desaparece, resulta ilógico e inconsecuente. De ahí, que la presunción en referencia sea *juris tantum*, que funciona solamente en los casos y circunstancias en que la ley permite la impugnación por el marido y *jure et de jure* en los demás supuestos posibles, así como cuando hubiera prescrito o caducado dicha acción impugnatoria.

De acuerdo al libro de familia, la concepción supone haber ocurrido antes de la celebración del casamiento y entonces se suscitan dos importantes cuestiones: determinar quién es el padre y cuál es la calidad de la filiación. Respecto de la primera cuestión, cabe la doble posibilidad de que el padre sea quien desposó a la

madre, o de que lo sea varón distinto; por consiguiente, padre será quien se casó conociendo el estado de embarazo de la mujer y admitió al hijo como suyo tácita o expresamente, o por haber dejado que expire el plazo legal de impugnación o negación; de lo contrario el hijo es de varón distinto del marido sobre todo distinto del marido sobre todo cuando este niega con éxito la paternidad, por lo que no habrá duda de que el hijo es matrimonial. Luego en la segunda cuestión, el hijo es definitivamente extramatrimonial y lo será aun cuando su padre fuera el ex marido de la madre.

- b) Que, el nacimiento haya ocurrido antes de cumplidos ciento ochenta días de su celebración y después de trescientos días de su desaparición:

De otro lado, en la segunda hipótesis, el hecho de que una mujer casada haya concebido o alumbrado un hijo, no significa que el marido de esta sea el padre del nuevo ser, lo que debe examinarse a través de dos supuestos:

- Que, el nacimiento del hijo se haya producido antes de 180 días de celebrado el matrimonio y
- Que, haya ocurrido después de vencidos los 300 días siguientes a su disolución o anulación.

Esto es, cuando el hijo ha nacido después de los 300 días de disuelto o anulado el matrimonio, no cabe duda, de que el hijo fue concebido fuera del matrimonio, por lo que tiene la calidad de extramatrimonial.

D. Maternidad del cónyuge.- significa que el hijo haya sido alumbrado por una mujer casada generando entre ambos una relación materno-filial. Se trata del último presupuesto básico, primario y ostensible de la filiación matrimonial. Según el cual, los hijos matrimoniales están unidos a su madre por el vínculo de la maternidad, que no es más que la condición o el estado de la madre de una mujer casada.

La maternidad legítima se atribuye por el hecho visible y cierto del parto, por eso, la prueba de esta supone la comprobación de dos hechos: a) el parto de la mujer casada, b) identidad del hijo en cuestión por el alumbramiento de dicha mujer en un parto concreto. Por cierto, es imprescindible la prueba de la maternidad para que pueda entrar en juego la presunción de paternidad, vale decir, que deberá probarse que la madre es mujer casada.

Una defensa vehemente, al respecto, de la maternidad de la mujer casada se revela cuando el legislador consagra en el código actual una norma que dispone que el hijo se presume matrimonial aunque la madre declare que no es de su marido o sea condenada como adúltera.

El artículo 362 protege al hijo nacido durante el matrimonio contra el que no surte efecto alguno la declaración propia de la madre, en el sentido de que ese hijo “no es de su marido”, aunque cuando resulte condenada como adúltera.

En relación a la reclamación de la filiación, es la que tiene por objeto que el juez declare que el demandante goce de determinado status familiar.

El artículo 373° del código civil vigente, prescribe que: “el hijo no puede pedir que se declare su filiación. Es, por tanto, una acción que permite al accionante que el órgano jurisdiccional le reconozca el goce de la filiación matrimonial con relación a personas determinadas”. Tal hecho acontece en dos casos:

1. Cuando el hijo matrimonial no tiene respecto de sus progenitores el título ni la posesión de estado o cuando falta uno de estos elementos, lo que ocurre si el hijo tiene título pero no la posesión de estado o, en su caso, tiene esta pero no el título
2. Cuando el hijo matrimonial no tiene el título ni la posesión de estado del padre, mas no respecto de la madre o viceversa, y cuando aparece como hijo extramatrimonial de ambos, en cuyo caso, reclama la maternidad o la paternidad matrimonial.

Con respecto a los titulares de la acción, la ley dispone que esta corresponde al propio hijo, si este es capaz, pero si es incapaz puede hacerlo el padre que ejerce la patria potestad, el tutor con autorización del consejo de familia, el mismo menor si tiene capacidad de discernimiento sin intervención del tutor, el curador si cuenta con autorización del consejo familiar (art. 373, 423 inc. 6, 407, 455 y 568).

No obstante lo mencionado, **en cuanto de muerte, la acción de reclamación de la filiación pasa a los herederos de los hijos:**

- a. Si este murió antes de cumplir veintitrés años sin haber interpuesto la demanda.
- b. Si devino incapaz antes de cumplir dicha edad y murió en el mismo estado.
- c. Si el hijo dejó iniciado el proceso.

Los **requisitos necesarios para intentar una acción de reclamación de la filiación** son los siguientes:

- a. Que no exista un hijo matrimonial.
- b. Que el mismo no tenga respecto de sus progenitores el título ni la posesión de estado.
- c. Que uno o ambos padres le nieguen la calidad de hijo matrimonial.
- d. Que lo declare el órgano jurisdiccional.

Ahora bien, la prueba de la filiación viene a ser la demostración de la existencia de un hecho material o de un acto jurídico, mediante las formas establecidas por la ley, en este caso, de la filiación matrimonial; pero, la prueba de la filiación matrimonial debe entenderse, de acuerdo al libro de familia, de dos modos distintos:

- a. Como título o instrumento mediante el cual una persona demuestra frente a terceros, aun fuera de juicio, su calidad de hijo matrimonial y,
- b. Como el conjunto de medios probatorios exigidos o admitidos por la ley procesal, dentro de un proceso, para obtener una

sentencia que declare al demandante como hijo matrimonial del demandado.

Respecto de los **Medios de Prueba de la Filiación Matrimonial**, aquí se presenta dos situaciones.-

- a. Si la filiación matrimonial del hijo está ya establecida fuera de proceso, en cuyo caso, se prueba, en primer lugar, con las partidas de nacimiento del hijo y del matrimonio de los padres obtenidas regularmente, luego en defecto de las mismas con otro instrumento público en que el marido de su madre admitió el hijo como suyo, si hubiera nacido antes de los 180 días de la celebración del matrimonio de sus padres o de reconciliados estos.
- b. Si la filiación del hijo extramatrimonial no está establecida y se demanda judicialmente su declaración o reconocimiento, la filiación queda acreditada por sentencia recaída en juicio en que se ha demostrado la posesión constante del estado o por cualquier otro medio siempre que exista un principio de prueba escrita que provenga de uno de los padres, sentencia esta que será prueba suficiente de filiación frente a terceros, lo que podrá extenderse en registro civil (artículo 375°CC.)

Además, nuestra constitución política vigente expresa que el estado ampara la paternidad responsable, lo que puede entenderse como un cierto control de la natalidad, que es excesiva en el país o a la planificación familiar con métodos y procedimientos adecuados, lo

cual implica concebir un número determinado de hijos que este en relación directa con las posibilidades económicas de los padres¹³

2.1.2. FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL¹⁴

La concepción tradicional la denomina “filiación ilegítima” y es la que proviene generalmente de las relaciones no matrimoniales.

Desde el punto de vista legal, el artículo 348° del código derogado, preceptuaba que eran hijos ilegítimos lo que nacían fuera del matrimonio.

Tratándose del hijo extramatrimonial, la paternidad solo puede ser establecida por el reconocimiento expreso del padre o por sentencia judicial que declare que existe vínculo paterno-filial. Nuestro código contempla estos casos de filiación extramatrimonial:

Determinación de la Filiación por Reconocimiento

La palabra reconocimiento etimológicamente deriva del verbo latino *recognoscere* que significa confesar, declarar, admitir, convenir con algo o, en su caso, examinar un hecho para percatarse de su naturaleza e identidad.

En sentido jurídico, el reconocimiento puede ser definido como “el acto jurídico consistente en la afirmación solemne de paternidad biológica hecha por el generante, acto que confiere al reconocido un status filii que lo liga al reconocedor”. Se trata pues de una declaración de

¹³ PERALTA ANDIA, Javier. Ob. Cit., p.109.

¹⁴ *Ibíd*em, p. 408-436

voluntad destinada a producir efectos jurídicos, como es la creación del estado familiar o, cuanto menos, la creación de un título de estado, pero el error está en que solo se refiere a la paternidad y no a maternidad.

También se dice que el reconocimiento es un acto jurídico familiar por la cual el padre o a madre o, ambos a la vez, declaran como hijo suyo a los habidos fuera del matrimonio.

El reconocimiento importa una manifestación de voluntad por lo que una persona admite expresamente la paternidad o maternidad, según sea el varón o la mujer respectivamente sea quien lo reconozca y que no requiere de aceptación del reconocido, salvo se trate de una persona mayor de edad. En ese entender el reconocimiento de los hijos es también un derecho de los hijos, así como un derecho-de los padres.

Puede decirse, que el reconocimiento de hijos extramatrimoniales es un acto jurídico familiar por el que una persona declara la paternidad o la maternidad de un hijo extramatrimonial, manifestando formalmente la relación paterno-filial por razones de conciencia, de una íntima convicción o por cualquier otro motivo semejante. Así, pues, hablar de reconocimiento de hijos extramatrimoniales es una acepción correcta que de reconocimiento voluntario, en tanto que todo acto jurídico tiene ese carácter.

La doctrina tradicional, considera al reconocimiento como una confesión, vale decir, un medio de prueba destinado a demostrar un hecho.

Este criterio doctrinal ha sido seriamente cuestionado, en razón en que el reconocimiento excede a la categoría de un simple medio de prueba

que solo tendría efecto entre las partes, siendo así que el reconocimiento es un acto que produce efectos *erga omnes*.

Dentro de esta concepción se haya también la teoría de la doble naturaleza, según la cual, el reconocimiento es el acto de voluntad, por el cual, el padre admite al hijo en el goce de la filiación y, también, una confesión de la paternidad o medio de prueba. Es por eso que se habla de un reconocimiento y/o confesión.

En cambio, las doctrinas más recientes consideran que el reconocimiento es un acto jurídico que consagra la aceptación voluntaria del hijo como tal por uno o ambos padres. No obstante, ello, se discute si tal acto es constitutivo de la filiación, declarativo del mismo o de naturaleza ecléctica.

Sobre el particular, el actual código civil no trae una disposición expresa, por lo que debe resolverse teniendo en cuenta la doctrina y legislación comprada, que coinciden y comparten el carácter declarativo del reconocimiento, cuyo contenido implícito es la “declaración” de que ha existido el hecho biológico de la procreación del que ha nacido el hijo sobre el que recae el acto del reconocimiento.

Caracteres Jurídicos

El reconocimiento de hijos extramatrimoniales es un acto jurídico facultativo, esto es absolutamente voluntario porque nadie puede ser obligado a manifestar libremente su voluntad de declararse padre o madre de un determinado hijo, con la única limitación de que cuando el padre o la madre hiciera el reconocimiento separadamente, no puede

revelar el nombre de la persona con quien hubiera tenido el hijo, porque toda indicación al respecto se tiene por no puesta.

Sin embargo, tal cosa no rige con respecto al padre que reconoce al hijo simplemente concebido o cuando el reconocimiento lo hagan conjuntamente el padre y la madre.

Este carácter, no impide para que el hijo pueda obtener su reconocimiento por otros medios legales como serían los casos en los que se permiten la investigación de la paternidad o de la maternidad a través de la declaración judicial de filiación extramatrimonial, que la doctrina antigua denominaba “reconocimiento forzoso”.

Por regla general, la formulación de reconocimiento es un acto de carácter personal, porque nadie más que el padre o la madre pueden afirmar la existencia de un lazo de filiación con el hijo que se reconoce; sin embargo, por excepción el reconocimiento puede hacerse mediante apoderado con poder especial, en cuyo caso, este solo será un portavoz de la voluntad exclusiva del padre o de la madre que confiere facultades especiales para este acto.

Además, la ley establece, que el hijo extramatrimonial puede ser reconocido por los abuelos o abuelas en la línea respectiva en caso de muerte del padre o la madre, o cuando estos se hallen comprendidos en ciertos casos de incapacidad y de ausencia.

También, el reconocimiento es un acto jurídico de carácter unilateral, desde que no requiere la aceptación expresa del hijo reconocido, excepto de si es hijo mayor de edad que pretenda reclamar derechos sucesorios y/o alimentarios.

El reconocimiento además es un acto jurídico individual, porque solo liga al padre que reconoce con el hijo reconocido; sin embargo, el reconocimiento puede hacerse conjuntamente por ambos padres y, como se tiene expresado, si se hiciera por separado, el padre que reconoce no podrá revelar el nombre de la persona con quien hubiera tenido el hijo, lo que obviamente no obstaculiza para que la madre pueda señalar al padre de su hijo en un proceso judicial.

Igualmente, el reconocimiento es de carácter incondicional, esto es, puro y simple, porque no está sujeto a un plazo, condición o cargo que pueda modificar sus consecuencias jurídicas. El fundamento se halla en el hecho de que se trata de un estado o situación jurídica que no se puede modificar por voluntad de las partes; en todo caso, resultaría nula toda modalidad impuesta.

El reconocimiento es, asimismo, un acto formal, porque requiere del cumplimiento de ciertas solemnidades establecidas en la ley, ya que un acto de esta naturaleza importa que se deje constancia de su realización, por eso, establece la ley, que el reconocimiento deberá hacerse en el registro de estado civil, por escritura pública o por testamento.

Finalmente, el reconocimiento es un acto irrevocable, ya que no puede dejarse sin efecto una vez verificado el acto, lo que se funda no solo en su naturaleza declarativa sino en una razón moral y de seguridad jurídica que hace preciso dotar estabilidad al estado de las personas.

Sujetos de Reconocimiento:

A. Sujeto Activo.- Es la persona del reconociente y, como tal es un acto personal de este, pero que también puede ser efectuado mediante mandatario con poder especial. La naturaleza peculiar del derecho de familia y el principio de protección familiar, hacen que no sea necesario la plena capacidad jurídica del reconociente, con algunas limitaciones de acuerdo a la situación. Los sujetos activos del reconocimiento en el actual código civil son:

a. Ambos padres o uno solo de ellos.- En efecto, la ley prescribe, que el hijo extramatrimonial puede ser reconocido por el padre y la madre conjuntamente o por uno solo de ellos (artículo 388°).

b. Por uno de los padres.- El artículo 392 del código sustantivo previene cuando el padre o la madre hicieran el reconocimiento separadamente, no puede revelar el nombre de la persona con quien hubiera tenido el hijo. Toda indicación al respecto se tiene por no puesta; sin embargo esta norma no rige respecto del padre que reconoce al hijo simplemente concebido.

c. Los abuelos en las respectivas líneas.- Igualmente el artículo 389° modificado por ley 27201 preceptúa que el hijo extramatrimonial puede ser reconocido por los abuelos o abuelas de la respectiva línea, en caso de muerte del padre o de la madre, o cuando se hallen privados de discernimiento, sean sordomudos,

ciegosordos o ciegomudos que no puedan expresar su voluntad de modo indubitable, sufran de retardo mental o adolezcan de deterioro mental que les impide expresar su voluntad o se hallen en situación de desaparecido, o cuando los padres sean menores de 14 años.

El código derogado tenía el mismo contenido pero exigía que los padres fueran legítimos, restringiéndose así las posibilidades de reconocimiento.

Contrariamente en el código vigente desaparece tal restricción pues queda perfectamente establecido que los ascendientes en sus respectivas líneas pueden efectuar dicho reconocimiento.

Empero, debe dejarse establecido que es requisito indispensable, tratándose de incapaces, que se proceda previamente a la declaración de la interdicción para luego solicitar que el juez suspenda provisionalmente al incapaz en el ejercicio de sus derechos civiles. Una vez instituida la curatela, los ascendientes en la línea correspondiente podrán practicar el reconocimiento.

- d. **Los menores de edad.**- La capacidad para reconocer no se rige por las reglas de la capacidad en general, ya que basta que el sujeto activo tenga capacidad de discernimiento que le permita darse cuenta de su actitud generadora y del acto de reconocimiento. En consecuencia, el menor de edad está también en

posibilidad de realizar un reconocimiento valido, siempre que goce de discernimiento suficiente para hacerlo.

Después de indicar a los sujetos activos del reconocimiento, es preciso detallar algunos casos especiales:

a. **Reconocimiento de hijo extramatrimonial de mujer casada.-** Tratándose del cónyuge o varón casado puede este efectuar reconocimiento del hijo adulterino quedando por cierto a salvo el derecho de la cónyuge para plantear la acción de separación de cuerpos o de divorcio por adulterio a efecto de conseguir la desheredación del marido.

Pero, refiriéndose a la mujer casada, no existe inconveniente alguno para que reconozca a un hijo habido antes de la celebración del matrimonio, caso en el cual, queda reservado el derecho del marido a plantear la anulabilidad del casamiento por ignorar un defecto sustancial que haga insoportable la vida en común, como es la vida deshonrosa de la mujer; pero se trata de resolver el problema de hijo adulterino de la cónyuge, habido dentro del matrimonio con tercera persona.

b. **Caso de hijo extramatrimonial reconocido por otro.-** Por último, cabe hacer alusión al caso de quien considerándose progenitor del hijo extramatrimonial de alguien y, teniendo el propósito de reconocerlo, se hallara con que persona distinta lo haya reconocido. No

existiendo disposición legal alguna sobre este supuesto, se juzga que el segundo reconocimiento es nulo mientras no se impugne la filiación resultante del primer reconocimiento, para evitar la incertidumbre en el estado del hijo.

B. Sujeto Pasivo.- Es la persona del reconocido, cuya voluntad no cuenta para este acto, razón por la cual se puede realizar sin su concurso y si coincidiera su verdadera filiación pudiera ser impugnada. De acuerdo con el código actual los sujetos pasivos del reconocimiento son los siguientes:

a. Hijos extramatrimoniales.- De acuerdo con nuestra legislación, pueden serlo todos los hijos extramatrimoniales sin excepción. Tratándose de hijos mayores de edad, la ley prescribe que este reconocimiento no confiere al que lo hace derecho sucesorio ni alimentario, sino tan solo en el caso de que el hijo tenga respecto del padre la posesión constante de estado o consienta en el reconocimiento (artículo 398°).

b. Hijos simplemente concebidos.- Se ha suscitado una gran discusión respecto del reconocimiento de una persona por nacer en razón de que podría revelarse el nombre de la persona con quien se ha tenido el hijo y con ellos situarse en contra de la ley; sin embargo, ningún

problema se presenta si la madre lo reconoce simultáneamente con el padre.

La ley dispone que tal restricción no rige respecto del padre que reconoce al simplemente concebido, desde que este es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece (artículo 392° in fine)

Formas de Reconocimiento

El reconocimiento es un acto formal, que exige determinadas solemnidades establecidas por la ley para que tenga validez y eficacia.

El fundamento se encuentra en la trascendencia que posee el acto y en la conveniencia de que sea meditado, indubitado y fehaciente. La ley establece que el reconocimiento debe constar en el registro de nacimientos, en escritura pública o en testamento y no existe otra forma de practicar uno válido.

A. Registro civil de nacimiento.- El reconocimiento en el registro de estado civil deberá efectuarse mediante acta que pueda extenderse en el mismo momento de la inscripción del nacimiento o por acta posterior firmada por quien lo practica y autoriza por el funcionario correspondiente. En este sentido podrá verificarse mediante declaración del padre o de la madre, o de ambos a la vez (artículos 390° y 391°CC).

B. Escritura pública.- En cambio, el reconocimiento realizado en escritura pública requiere también del cumplimiento de las formalidades establecidas por la ley el notariado, sin embargo, se

ha creído necesario aclarar si ha de tratarse de un reconocimiento expreso y directo del tácito o sobreentendido.

C. Testamento.- El reconocimiento realizado mediante testamento, deberá cumplir con los requisitos exigidos por la ley del notariado. No obstante ello, resulta también problemático establecer si ha de tratarse de un reconocimiento expreso o sobreentendido, siendo la legislación peruana la que se inclina por la última.

En consecuencia, no es admisible otras formas de reconocimiento como el verificado en instrumento privado, por declaración de parte y otras formas similares, salvo para ser presentados como pruebas en los procesos sobre filiación.

Efectos Jurídicos

A. Principales.- El reconocimiento de hijos extramatrimoniales genera las siguientes consecuencias jurídicas:

a. Adquisición del estado de hijo extramatrimonial.- Sin duda alguna el efecto sustancial del reconocimiento es la atribución a una persona del estado de hijo no matrimonial, por lo que adquiere todos los derechos, obligaciones y deberes inherentes a su calidad de tal.

Por lo que, un estado jurídico familiar tiene validez y vigencia para todos (eficacia erga omnes) con efecto retroactivos. Como se tiene indicado el reconocimiento voluntario es ya irrevocable, incondicional y que afecta solamente al padre y/o madre que lo ha reconocido, de tal

manera que no arrastra al que no ha efectuado el reconocimiento.

b. Ejercicio de la patria potestad.- Por la patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona de sus hijos menores reconocidos libremente y voluntariamente.

Tratándose de hijos extramatrimoniales, su ejercicio corresponde al padre o a la madre que lo haya reconocido en forma voluntaria pero, si ambos lo hubieran hecho conjuntamente y hubiera discrepancia, el Juez de familia determinara a quien corresponde este ejercicio, atendiendo principalmente a su edad, sexo, y a las circunstancias de vivir juntos o separados de los padres y, en este caso a los intereses del menor.

Solo existe una limitación respecto del hijo extramatrimonial reconocido por uno de los cónyuges, de que no podrá vivir en la casa conyugal sin el asentimiento del otro.

c. Derecho alimentario.- Se entiende por alimentos a todo lo que se indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia medica; pero, cuando el alimentista es menor de edad, los alimentos comprenden también su educación, instrucción y capacitación para el trabajo.

La recreación y los alimentos temporales de acuerdo con el Código de los Niños y Adolescentes.

En este sentido, el hijo extramatrimonial tiene derecho a alimentarlo respecto del padre que lo hubiera reconocido en forma voluntaria. Se entiende, que si el padre se encontrara posteriormente en estado de necesidad, tendrá derecho a ser alimentado por el hijo no matrimonial no reconocido.

d. Derecho hereditario.- Por disposición legal el hijo reconocido por el padre y/o la madre es su heredero forzoso, que concurren con los hijos matrimoniales en igualdad de condiciones.

Se entiende, también, que los padres extra matrimoniales heredan al hijo reconocido voluntariamente, pero si este reconocimiento se produjo cuando este ya era mayor de edad, tal derecho no funciona si el hijo consintió en el reconocimiento o tuvo la posesión constante de estado.

B. Secundarios.- Ciertamente, el reconocimiento de hijos extramatrimoniales genera consecuencias jurídicas de segundo orden, aunque no menos importante. Estos son:

a. Adquisición del apellido.- Por virtud de la ley, al hijo no matrimonial le corresponden los apellidos del progenitor que lo haya reconocido voluntariamente, pero si tal reconocimiento hubiera sido efectuado por ambos padres, llevara el apellido de los dos.

b. Asentimiento para patrimonio de menores.- Los menores de edad para contraer matrimonio civil requieren

del asentimiento expreso de sus padres; pero si se trata de hijos extramatrimoniales, requieren solo autorización del padre que lo hubiera reconocido o, en su caso, de los abuelos paternos, cuando aquel lo hubiera reconocido espontáneamente. La misma regla se aplica a la madre y a los abuelos en línea materna.

c. Con relación a las instituciones de amparo familiar.-

En lo que concierne a la tutela, el padre o la madre sobreviviente tiene facultad para nombrar tutor testamentario o escriturario para los hijos que se hayan bajo su patria potestad. A falta de tal designación, desempeñan el cargo los abuelos y demás ascendientes en el derecho de ejercer la tutela legítima, mas esta queda supeditada a la confirmación del juez. Es más, no podrán ser tutores las personas excluidas expresamente de la tutela por el padre o la madre que haya reconocido al hijo extramatrimonial.

En cuanto a la curatela, el reconocimiento confiere a los padres el ejercicio del cargo de curadores respecto de sus hijos incapaces mentales y minusválidos, así como los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil. Confiere también el derecho para pedir la interdicción de los mismos incapaces, así como el derecho de designar curador testamentario o escriturario para el hijo enfermo o débil mental o sordomudo cuando no tengan parientes.

Por último, tratándose del consejo de familia los padres están facultados para designar a los miembros que deben integrarlos y también para prohibir la formación de tal organismo o para excluir de él a determinadas personas. Además, atribuye a los parientes del padre o de la madre que reconocieron al hijo para integrar dicho consejo.

2.1.3. FILIACION POST. MORTEM:

El requisito inicial para la validez de esta forma de fecundación *post mortem*¹⁵ es la constancia indubitable del consentimiento del esposo fallecido; de manera que si no hay tal constancia o si la hay, pero en contra de la fecundación y a pesar de ello, la viuda se somete a dichas técnicas; las consecuencias no pueden ser otras que la negación del carácter de hijo matrimonial del nacido.

La fecundación *post mortem*, efectuada fuera de las condiciones señaladas, darán al nacido la condición de hijo no matrimonial de la madre, sin que pueda atribuirse ningún vínculo jurídico en relación con el varón fallecido.

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

¹⁵ MIRANDA CANALES, Manuel. "Derecho de Familia y Derecho Genético". Ediciones Jurídicas. 1998. P. 398-399.

En todo caso, parece inevitable proceder a una modificación de las normas del Código Civil de muchos países, en relación con la presunción de paternidad, pues conservado en su actual redacción, que darían fuera de su contenido los nacimientos producidos por fecundación *post mortem*.

Asimismo, para su inscripción como hijo matrimonial en el Registro Civil, de esta forma de filiación, será preciso acreditar:

- a. El consentimiento del marido en testamento o en documento público, con referencia a los gametos en determinado establecimiento autorizado.
- b. La prueba que en el establecimiento se llevó a cabo la fecundación con los gametos identificados.
- c. Que, el nacimiento se produzca en un plazo prudencial y que no ocurra presunción de paternidad derivada de un nuevo matrimonio de la viuda.

2.2. CLASIFICACION

La filiación en nuestra normativa jurídica, nos plantea diversas modalidades de ser asumida por quienes serán los padres de un niño, pero frente a estos se debe de considerar o tener presente que para el derecho peruano, tanto el padre como la madre deben de ser ciertos, subsumiéndose en los que se denominaría una ***presunción Pater Is*** en torno al derecho de familia y por ende al núcleo básico y primario de la sociedad, como es la familia.

- **Presuncion Pater Is**

La presunción *Pater Is*, contenida en el artículo 361 del Código Civil, dice: “*el hijo nacido durante matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido*”.

Estamos ante una presunción que puede ser desvirtuada con prueba en contrario contenida en el artículo 363º con los límites del artículo 366º del Código Civil vigente.

La presunción *pater is* no constituye una norma fundada en la consanguinidad sino en el vínculo de carácter jurídico formal: el marido es padre del hijo de su mujer dentro de los límites temporales establecidos. Pudiendo tener consecuencias como:

- La primera, que el padre biológico sea efectivamente el marido y entonces la norma se adecua a la naturaleza de las cosas.
- La segunda, que el marido no sea el padre biológico pero se convierta en el padre legal al no ejercitar la acción contestatoria de paternidad dentro de los cortos plazos de caducidad establecidos.

El artículo 396º del Código Civil dice: “el hijo de mujer casada no puede ser reconocido sino después que el marido no hubiese negado y obtenido sentencia favorable” y el artículo 404 del mismo Código dice: “si la madre estaba casada en la época de la concepción, solo puede admitirse la acción (de declaración judicial de filiación extramatrimonial) en caso que el marido hubiera contestado su paternidad y obtenido sentencia favorable”. De manera que si el marido no contesta la paternidad, o no vence en la acción, será el padre legal del niño.

En este caso, la norma crea un vínculo de parentesco puramente civil, no acomodado a la naturaleza de las cosas desde el punto de vista genético.

La tercera, que el marido no sea el padre biológico y conteste exitosamente la paternidad, con lo que el niño no será tenido por hijo suyo. En tal caso, el padre biológico podrá reconocerlo y, eventualmente, se podrá exigir la declaración judicial de paternidad extramatrimonial. Nuevamente, en este caso las normas se acomodan a la naturaleza de las cosas desde el punto de vista genético.

- Dice Héctor Cornejo Chávez en torno al tema:

“(…) una antigua presunción, según la cual *pater is est quem nuptiae demonstrant*, o dicho en otros términos, el hijo tenido por mujer casada se reputa hijo del marido.

Esta presunción reposa en un doble fundamento: de una parte, en la cohabitación o relación sexual que el matrimonio implica, de manera que, aun sin otro indicio, se puede suponer que entre los cónyuges se ha producido y se produce el contacto sexual; y de otro lado, la fidelidad que supone que la mujer guarda a su marido consideraciones de orden ético y de organización social, como por el cumplimiento de un deber que la ley le impone¹⁶.

Esta cita es importante porque muestra que el fundamento de la existencia de la presunción no es otro que suponer que el padre

¹⁶ CORNEJO CHAVEZ, Héctor. “Derecho Familiar Peruano”. Lima, Librería Studium Ediciones, 5ªed.s/f, cap. I, p.20 del Tomo II. En Rubio Correa. Ob. Cit. P. 29-30.

biológico es el marido. Solo a ello apuntan las suposiciones de que la relación sexual entre marido y mujer existe y que la mujer guarda fidelidad al marido.

Esta ratio iuris queda confirmada cuando vemos las razones por las cuales el marido puede negar al hijo de su cónyuge:

- Código Civil, artículo 363.- El marido 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 veintiún días de los trescientos anteriores al del nacimiento del hijo.
 3. Cuando esta judicialmente separado durante el mismo periodo indicado en el inciso 2; salvo que hubiera cohabitado con su mujer en ese periodo.
 4. Cuando adolezca de impotencia absoluta.

Y añade el artículo 366º del mismo Código Civil:

- Artículo 366º.- el marido no puede contestar la paternidad del hijo que alumbró su mujer en los casos del artículo 363, incisos 1 al 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.

Los incisos 2, 3 y 4 del artículo 363 son totalmente coherentes con el fundamento de las relaciones entre marido y mujer.

Por lo tanto se puede concluir que el fundamento de la presunción *pater is* y de sus excepciones, está en las suposiciones de que marido y mujer sostienen relaciones sexuales y que la mujer es fiel al varón, por lo que el hijo no puede ser otro hombre. Los efectos de la presunción *pater is* pueden ser tanto de apoyar la filiación en el vínculo consanguíneo, como de apoyarla en un vínculo civilmente establecido aunque no consanguíneo.

2.2.1. FILIACION CONSANGUINEA

La filiación consanguínea, delimita a la unión biológica que existe entre el padre y el hijo, en donde el hijo es concebido y nacido dentro del matrimonio, pues el vínculo de sangre es la parte medular de esta relación. Y aún más importante es que esta sea filiación es necesaria que el padre lo reconozca e inscribe como tal.

La esencia de la filiación consanguínea es, la existencia del vínculo biológico del padre y el hijo lo cual es causa para consolidar la unión matrimonial en donde se le da total respaldo al principio de seguridad jurídica.

Asimismo, el Código Civil en su libro de Familia busca la protección del hijo asegurando el derecho de reconocer quienes son sus verdaderos padres; pero la supresión de la jerarquía de las filiaciones género, a nivel

doctrinario, largos debates entre los diversos autores, pues algunos de ellos sostenían que había que proteger a los hijos , pero con mayor rigor el matrimonio pues este por su carácter de institución social es en donde reposa la familia y esta es la que conforma la sociedad, pues la filiación está considerada como un hecho puramente biológico¹⁷.

2.2.2. FILIACION ADOPTIVA

En la época antigua los romanos ya utilizaban la adopción para fines puramente civiles y políticos para lograr adquirir el derecho de ciudadano, mediante esta figura cambiaban a los plebeyos en patricios o viceversa para ejercer el cargo de tribunos de la plebe; durante el imperio romano se utilizó mucho la adopción con el fin único de transmisión de poder, convirtiéndose así en un instrumento muy importante para las políticas de ese momento. Ejemplo de ello es que el emperador tiberio fue adoptado por el emperador Augusto y Nerón lo fue por Claudio.

El acto de adopción genera el efecto de desvincular de forma absoluta al hijo adoptivo de su familia consanguínea o biológica, llegando a formar parte integrante de la familia adoptiva; con la legislación de Justiniano se produce ese resultado pero únicamente cuando el hijo es dado en adopción a un ascendiente, en todos los demás casos las repercusiones de la adopción son menos importantes pues el hijo mantiene sus lazos

¹⁷ <https://sites.google.com/site/filiacionfamiliar/clases-de-filiacion>. Actualizado 15 de marzo del 2016.

jurídicos con su familia de origen y adquiere un derecho sucesorio en caso de fallecimiento del adoptante.

En efecto, la adopción confiere al adoptado, en virtud de una sentencia judicial, el estado familiar de hijo consanguíneo matrimonial de los adoptantes con todas sus características de permanencia en el tiempo, esto con base al artículo 167 del código, este carácter se encuentra estrechamente vinculado al hecho de que la adopción sea una ficción legal. Así, se descarta de los hechos de la realidad biológica el verdadero estado familiar del adoptado para sustituirlo por una situación ficticia o irreal, con el propósito de alcanzar un resultado socialmente favorable y beneficioso para el adoptado.

El régimen establece que la adopción puede ser plena o simple, conjunta o individual en donde la que tiene mayor trascendencia es la conjunta y la individual, pues acoge simultáneamente la adopción simple y plena, por lo que se considera que debe pasarse por un régimen de transición en el cual coexistan la adopción simple y la plena, pero se deberá tener en cuenta que la clase de adopción a considerarse como la más beneficiosa para el adoptado es la conjunta, pues le da mejores garantías al adoptado aceptándose mantener la simple para circunstancias excepcionales.

Este tipo de filiación desliga completamente al adoptado de su familia biológica para hacer entrar a una nueva familia con los mismos derechos y obligaciones de un hijo matrimonial de los adoptantes o simplemente consanguíneo, en nuestro caso los hijos de cualquier clase están equiparados por disposición legal pues confiere al adoptado una filiación

que sustituye a la de origen o biológica, de esta manera los adoptados forman parte para todo efecto de la familia del adoptante. Por otra parte el adoptado de manera plena se desvincula de forma total de su familia consanguínea, de cual no le corresponde ni derechos ni deberes.

Sin embargo se conservan los impedimentos matrimoniales por causa del parentesco si este tipo de adopción tiene como finalidad la asimilación total del adoptado al hijo matrimonial, o al consanguíneo; en nuestro caso, este objetivo se mal lograría sino va acompañada de la irrevocabilidad.

Como se ha expresado, el otorgamiento de la adopción es un acto de potestad pública, constitutivo del estado familiar que por su naturaleza y por su propia estabilidad de la familia exige la condición de irrevocabilidad de la adopción plena, no puede terminar por la mera voluntad de uno de los interesados, ni siquiera por el acuerdo de adoptante y adoptado. Sin embargo el hecho de que la adopción plena es irrevocable; no existe la posibilidad de que se anule. Aparte se ha conseguido que se decrete una adopción plena mediante fraude, cabe anularla y esto en nada contradice la característica de la irrevocabilidad, ya que puede ocurrir que se haya decretado una adopción plena y sin vicios¹⁸.

¹⁸ *Ibíd.*

2.2.3. FILIACION ARTIFICIAL

La filiación artificial como se mencionó líneas precedentes, es una relación que une a la persona con el padre que lo engendro y con la madre que lo alumbró o producto de la adopción; pero es preciso recordar que no siempre este lazo deviene de la unión sexual, ya que puede provenir de la inseminación artificial o de la fecundación extrauterina.

Es obvio que la producción humana puede darse en forma natural como artificial. Esta última, llamada también reproducción asistida, se practica a consecuencia de la esterilidad, la subfertilidad y la infertilidad matrimonial.

La primera, implica incapacidad para engendrar o concebir un hijo; la segunda, describe un estado reducido de la fertilidad que limita las posibilidades para que se produzca la fecundación; y, la última, se asocia a la incapacidad de concebir.

Pero, los avances científicos de la biología, la genética y la embriología con sus nuevas técnicas de reproducción como la inseminación artificial y la fecundación extrauterina, plantean innumerables cuestiones jurídicas que algunas veces los ordenamientos jurídicos no lo contemplan. Estos avances científicos y sus espectaculares logros pueden llegar a conmover los cimientos mismos de los principios seculares del derecho.

Entonces, la reproducción humana asistida es un concepto amplio que involucra a todos los métodos y procedimientos sobre la inseminación

artificial y la fecundación extrauterina, la maternidad subrogada y la fecundación post mortem.

Así, la *inseminación artificial* va a consistir en depositar espermatozoides en los genitales de la mujer, mediante cánula, jeringa o cualquier otro dispositivo adecuado para tal fin.

Técnicamente, es un método de reproducción asistida, por el cual, se fecunda a una mujer sin la realización del acto sexual a través de la implantación de espermatozoides en el órgano reproductor de la mujer.

Se sabe que la inseminación artificial se clasifica teniendo en cuenta como presupuesto, el carácter de la filiación y como determinante el origen del factor masculino, en homóloga y heteróloga.

La **inseminación homóloga**, es la que se practica en una mujer casada con espermatozoides provenientes del marido y puede ocurrir en vida de este o post mortem, ya que los métodos de congelación permiten la conservación del semen de aquel aun después de muerto.

La **inseminación heteróloga**, es la que se realiza en la mujer casada, pero con espermatozoides provenientes de un tercero.

En esta nueva situación los componentes genéticos son el ovulo de la mujer casada y espermatozoide de un donante.

La esterilidad del marido o la incompatibilidad de los gametos, determina la colocación del semen de un tercero anónimo en el organismo de la mujer.

Luego, el hijo será biológicamente del donante y no del marido lo que depende si se practicó con o sin aprobación de este.

La fecundación extrauterina, es otro método de reproducción asistida, que consiste en la extracción del ovulo de la mujer y la consiguiente fertilización en el laboratorio con el semen proporcionado, quedando el embrión en un habitat adecuado para luego ser nuevamente implantado en el útero de la misma o de otra.

La fecundación extrauterina puede ser también homologa y heteróloga, del que depende evidentemente las soluciones que se planteen con relación a los problemas que suscitan.

Existiendo también la fecundación homologa, en la fusión del ovulo y del espermatozoide, en forma extracorpórea, pertenecen a la pareja de esposos; hasta aquí, parece no presentarse mayores conflictos sobre temas de filiación, que los mencionados para la inseminación artificial homologa que por su gran similitud son los mismos aunque con particularidades de consideración.

En cambio, hay fecundación heteróloga, si la fusión, fuera del cuerpo de la mujer, se realiza con ovulo de la esposa y el semen de un tercero, el ovulo de una tercera persona y el semen del esposo o, en su caso, el ovulo y semen de terceros.

Hoy en día, ya es posible tener un bebe normal con la intervención de cinco personas, una, sería la madre sustituta que dio al niño; otros dos los padres genéticos que proporcionaron el esperma y el ovulo, embrión viviente, que se implanta en la matriz de la madre sustituta. Por último, están los padres o pareja estéril que se llevan a casa al bebe y lo consideran hijo suyo.

CAPITULO III: METODOS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA

3. METODOS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA

3.1. ANTECEDENTES:

Los avances de la bioquímica que hacen referencia a la reproducción asistida comienzan en el año de 1776 cuando el científico spallanzini intento la inseminación artificial de reptiles y estudio el efecto de la congelación sobre los espermatozoides.

El primer intento de fecundar in vitro óvulos de coneja y cobaya fue realizado en 1878 por el biólogo alemán schenck, sin existo.

Poco después, en 1886, montegazza propuso la creación de bancos de semen congelado; y en 1890 se realizó la primera inseminación con donante de semen.

Además en 1899, en EE.UU. Dickinson concreto la primera inseminación con semen de donante. Entre 1850 y 1900 se publican varios trabajos sobre inseminación artificial.

En 1930, Gregory Pincus publico el primer experimento con éxito de fecundación in vitro de conejos, consiguiendo fecundar óvulos y transfiriéndolos a la trompa de Falopio, pero no lo logro ningún embarazo.

En humanos, la primera fecundación in vitro la intentaron en 1944 Rock y Menkin.

Finalmente, la moderna historia del tema arranca en 1953, cuando los Drs. Bunge y Sherman lograron concretar los primeros embarazos utilizando esperma humano congelado. En 1954 se publica el primer trabajo realizado con semen congelado, consiguiéndose cuatro embarazos.

Además, en 1959, Chang consiguió la primera fecundación in vitro con embarazo en una coneja, y también demostró que los espermatozoides se podían capacitar en medios sencillos. A partir de entonces, la práctica de la inseminación se ha difundido con intensidad en diversos países.

En los años setenta diversos métodos de fecundación in vitro se pusieron a prueba, con el fin de aplicarse en veterinaria. En 1960 se realizan nuevos ensayos de este tipo de fecundación con ovocitos humanos.

Así pues, en 1965, Robert Edwards consiguió fecundar in vitro ovocitos de mujeres, pero no logró la división celular al ser ovulo inmaduro. Luego, en 1969 se realizaron los primeros estudios con embriones humanos e cultivo, y en 1971, con el uso de la laparoscopia que permite obtener grandes cantidades de ovocitos, se empezaron a transferir a mujeres infértiles embriones obtenidos in vitro, sin alcanzar la implantación.

El francés Jackes Testard, en 1972, obtuvo el primer nacimiento de una ternera, cuya fecundación se originó in vitro.

Luego en 1973, después de varios años de práctica privada, se recomienda en Inglaterra que la inseminación con donante se realice dentro del sistema

de salud pública. Todas las técnicas de reproducción asistida que han sido descritas hasta aquí, se refiere a la técnica denominada in situ, o lo que es lo mismo, dentro del cuerpo de la mujer.

Aunque especialmente en EE.UU. donde en 1977, se estimó que habían nacido ya 250000 niños por inseminación.¹⁹

Los primeros estudios de la fertilización in vitro realizados en seres humanos fueron de Park Steptoe, médico gineco-obstetra del hospital distrital de Oldham, Lancashire, al norte de Inglaterra, quien introdujo la laparoscopia en ese país; y Robert Edwards, que era embriología y genetista del laboratorio de fisiología de la Universidad de Cambridge.

El camino hacia el éxito no fue nada fácil; Edwards tuvo que montar un laboratorio en Oldham y, frecuentemente, manejaba 200 kilómetros entre su lugar de trabajo y el de Steptoe. Existía mucha crítica opositora acerca de la ética de su trabajo y no recibieron ningún apoyo económico o científico del departamento de investigación médica, pero esto representó el inicio de más de 20 años de colaboración entre dos hombres.

Estos autores llevaron con éxito la primera concepción efectuada a través de una fecundación realizada fuera del cuerpo de la madre. Leslie, de 29 años de edad, que sufría un bloqueo en sus trompas de Falopio que le impedía tener hijos, por lo que había decidido someterse a un novedoso tratamiento llamado fecundación in vitro. Para sorpresas de muchos, la niña

¹⁹ BOSSERT. Gustavo "*fecundación humana asistida*". En: Derecho Civil de Nuestros Tiempos. 1ª Edición. 1995. P.93-94

Louise Brown, nació el 25 de julio de 1978, perfectamente sana, convirtiéndose en el primer “bebe probeta” de la historia. La noticia tuvo resonancia mundial, conmovió a la humanidad y desató polémica.

A pesar de la fuerte oposición de algunos sectores, continuó con sus trabajos que han hecho posible unos 5.000.000 de nacimientos en todo el mundo mediante la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida por el iniciadas. En el 2010 fue galardonado con el premio Nobel en Fisiología y Medicina por el desarrollo de la técnica de fecundación in vitro que supuso un hito en la historia de la medicina y contribuyó a solucionar los problemas de fertilidad que afectan al 10 % de las parejas.²⁰

Para lograr este resultado, Steptoe y Edwards habían realizado más de cien intentos fallidos, y el último intento se realizó en 79 mujeres, obteniendo 4 embarazos, con dos abortos y dos nacimientos, primero Louisa Brown y posteriormente un niño. El tercer humano donde se empleó la fecundación in vitro, nació unos meses más tarde.

En Francia la primera niña nacida con esta técnica fue Armandie, en mayo de 1981.

Los primeros estudios donde se señalan embarazos producto de la ovodonación²¹ fueron publicados en 1983 por Buster y colaboradores. Este investigador realizó una inseminación artificial con semen del esposo de la paciente a una donante, después de la fertilización in vitro, le practicaron un

²⁰http://www.fertilab.net/ginecopedia/fertilidad/fertilizacion_in_vitro/historia_de_las_tecnicas_de_reproduccion_asistida_1. Última actualización 13 de abril de 2016

²¹ Ibídem.

lavado uterino transcervical para obtener el embrión que fue transferido al útero de la esposa.

Un año más tarde Luten y colaboradores logran el primer embarazo y nacimiento mediante la fertilización in vitro de ovocitos donados en una mujer que no producía óvulos, convirtiéndola en una técnica de aplicaciones clínicas más amplias. Adicionalmente, tiene la ventaja de disponer de múltiples ovocitos en mujeres donadoras que han sido sometidas a una hiperestimulación ovárica controlada.

El primer logro con la técnica de Transferencia intratubárica de gametos (GIFT) fue realizado por Ricardo Asch quien en 1984 publicó por primera vez, el nacimiento de mellizos obtenidos a través de la técnica GIFT en una pareja con ocho años de infertilidad primaria, que había sido tratada infructuosamente por médicos de diversos países. En este investigador usaba la laparoscopia para extraer los ovocitos que luego colocaba, junto con los espermatozoides dentro de la región distal de la trompa.

La noticia recorrió el mundo. Fue tan exitosa que tuvo la aceptación de diversos grupos culturales y religiosos, como la iglesia católica y la judía. De hecho, GIFT es uno de los pocos métodos de reproducción asistida que existen hasta la fecha y que se practica en unidades de salud dependientes de autoridades religiosas.

3.2. MÉTODOS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA:

El derecho civil elaboro conceptos trascendentales para su sistemática, dando por cierto que la fecundación de la vida humana²² solo ocurría mediante la relación sexual entre padre y madre; y que la mujer que daba a luz al niño era su madre en todos los sentidos de la palabra. Esto trae consecuencias importantes:

- Una, que el hijo tendría por padre genético y por tanto legal, a quien de manera comprobada, hubiera sido el único varón en tener relaciones sexuales con la madre en la época de la concepción.
- Por supuesto, de esta proposición, era muy fácil deducir una segunda: si la madre era casada podría presumirse que el marido era el padre genético de la criatura porque en el matrimonio esta contenido la cohabitación sexual y se presume la fidelidad.
- Que, probado que cierta mujer había dado luz a cierto niño, ella era su madre. Esto llevo al derecho a decir que “la madre siempre es cierta”, afirmación cuestionable y cuestionada desde tiempo atrás en la doctrina.
- Las técnicas de reproducción humana asistida permiten que no exista vínculo fecundación y relación sexual; que pueda ser padre quien no tiene relaciones sexuales con la madre, que puede ser madre genética una mujer que no fue la madre gestante y, por tanto, la que dio a luz.

²² RUBIO CORREA, Marcial. Ob. Cit. p. 17-24

El inicio de la vida humana para el derecho

Las reglas existentes son de dos tipos y bastantes sencillas:

1. La primera consiste en que la vida humana, esto es, la existencia de un ser humano, comienza con la concepción. A partir de ella y hasta antes del nacimiento esa vida humana se llama *concebido*. A partir del nacimiento y hasta la muerte se llamara persona. Concebido y persona son sujetos de derecho aunque de distinta manera. Las reglas del artículo 1º del Código Civil que dice:

Código Civil, Artículo 1º.- La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento.

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

2. La concepción se produce dentro de los primeros ciento veintiún días de los trescientos anteriores al parto. Esta definición no está explícita en norma alguna, pero puede fácilmente inferirse del contenido de tres dispositivos: el artículo 361º y los incisos. 1 y 2 del Artículo 363º del Código Civil que dicen:

Artículo 361º.- el hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido.

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

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

- b.** Cuando sea manifiestamente imposible, dada las circunstancias, que haya cohabitado con su mujer en los primeros ciento veintiún días de los trescientos anteriores al del nacimiento del hijo.

El único problema serio que tenía el derecho al pretender precisión consistía en que si bien el periodo humano de gestación es de treinta y seis semanas, se sabe que la persona es viable cuando nace luego de seis meses de gestación, y que el parto puede ocurrir muchas veces luego de las 36 semanas de gestación y hasta alrededor de los 300 días posteriores a la fecundación.

Para determinar quién es el padre del niño hay que saber cuál varón tuvo relaciones sexuales con la madre en la época de la concepción y, por consiguiente, teniendo en cuenta las variaciones antedichas, no se pudo lograr mayor precisión que la establecer que el espermatozoide fecundante, correspondía al varón que tuvo relaciones sexuales con la mujer, en cualquiera de los días en que pudo producirse la concepción de un embarazo que tal vez haya durado seis meses o quizá trescientos días.

Es así, que se llega a la fórmula de “los primeros ciento veintiún días de los trescientos anteriores al parto”.

Toda esta construcción normativa y conceptual parte, del hecho de que la fusión de ovulo y espermatozoide ocurre por la realización del acto sexual entre la madre y un tercero.

El objeto de la norma es identificar al varón que pudo tener dicha relación sexual para considerarlo padre del futuro niño.

En definitiva, puede apreciarse que el principio de que la vida humana empieza con la concepción y que esta se produce dentro de los ciento veintinueve primeros días de los trescientos anteriores al nacimiento, es cuestionado por la reproducción asistida de dos maneras:

- a. La primera, cuestionando por demasiada agregación y simplicidad la idea de que es la simple fusión de espermatozoide y ovulo el inicio propiamente dicho de la existencia de un ser humano.
- b. La segunda, cuestionando en base a los hechos que este principio siga siendo relevante para determinar la paternidad en los casos de reproducción asistida.

3.2.1. CONCEPTO

Las técnicas de reproducción asistida (TERAS O TRA), son aquellos métodos técnicos que sirven para suplir la infertilidad en la persona, brindándole la posibilidad de tener descendencia²³. Son procedimientos artificiales desarrollados con la finalidad de ayudar a las parejas que por distintos motivos no pueden tener descendencia, a tenerla.

En los últimos tiempos se han desarrollado aceleradamente y han significado la intromisión del ser humana en una area tan delicada, y hasta hace poco considerada una actividad natural, en una artificial.

Si bien las primeras experiencias datan de inicios del siglo pasado, es recién en julio de 1978 en que por primera vez se logra el nacimiento en

²³ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. "Derecho Genético principios generales". Editora Normas Legales. Trujillo: 1995, p. 62.

Inglaterra de Louise Brown, una bebe producto de la fecundación de un ovulo fuera del cuerpo materno.

Desde esa fecha a la actualidad dichas técnicas se han desarrollado, a tal extremo que existe una serie de variantes de estas, las que permiten hacer con mayor frecuencia estos procedimientos con una tasa de existo elevado y en parejas a las que alguna vez se les informo que no podrían tener descendencia.

Para la doctrina nacional especializada las TERAS “son aquellos métodos técnicos que sirven para suplir la infertilidad de la persona, brindándole la posibilidad de tener descendencia. En ningún caso podemos decir que representan una terapia puesto que nada curan²⁴. Las Teras son entonces un instrumento que la ciencia nos permite utilizar para garantizar el derecho constitucional a la procreación, siendo que estas técnicas tiene un límite.

3.2.2. DEFINICIÓN DE REPRODUCCIÓN

La reproducción es un fenómeno natural y común de todos los seres vivos, mediante el cual se engendran varios individuos. Su objetivo principal perpetuar la especie²⁵.

- La característica fundamental de la reproducción sexual es que el nuevo individuo se origina por la fecundación o fusión de dos células cada una de las cuales procede de un progenitor diferente

²⁴ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Derecho Genético. Cuarta Edición. Editorial Grijley, p.253

²⁵ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Derecho y Manipulación Genética.- calificación jurídica de la clonación”. 2ª Edición Actualizada, 1997. Editorial Fondo de Desarrollo, p.72.

sexualmente. Al fusionarse las dos células se forma una nueva, llamada huevo o cigoto, cuyo núcleo contiene los cromosomas aportados por los dos progenitores. La fusión de los cromosomas paterno y materno origina unos descendientes genéticamente distintos entre sí pero también de sus padres.

- Otra característica de la reproducción sexual es que las células que dan origen al cigoto son células especializadas, son las células sexuales o gametos, las cuales se originan en unos órganos diferenciados: los órganos sexuales.

Nos encontramos con que en los seres vivos que tienen reproducción sexual bien se han animales o plantas, existen dos tipos fundamentales de células: las somáticas, que son las que configuran el organismo y se reproducen por mitosis; y las células sexuales o gametos, que son las únicas que tiene capacidad para reproducirse sexualmente²⁶.

3.2.3. DEFINICION DE FECUNDACION

La unión de los genotipos es la fecundación y, tiene como consecuencia, que ser originado, manifiesta una combinación de genes de ambos genotipos.

La fusión de los genotipos se produce mediante la intervención de células especiales, las células germinales o gametos, producidos en el

²⁶ Extraído de Internet: http://galerias.educ.ar/v/ciencias_naturales/la_reproduccion_humana/.

conjunto del organismo pluricelular a través de un proceso complejo que se denomina la gametogénesis.

En términos biológicos, tras la fecundación, se inicia la vida de un individuo. Desde ese momento sus cambios morfológicos y funcionales seguirán un desarrollo programado, con absoluta autonomía²⁷.

3.2.3.1. FECUNDACION ARTIFICIAL

La fecundación artificial²⁸, se basa en la realización de algunas técnicas que pueden clasificarse en tres grupos, de acuerdo al objetivo que persiguen:

- a. Extraer y conservar gametos condicionados para fusionarse y producir una fecundación.
- b. Poner en contacto gametos en un lugar adecuado para que se produzca la fusión y, tanto, la fecundación.
- c. Conservar adecuadamente e instalar cigotos en un medio que permita la anidación.

Dentro del grupo a, se inscriben:

1. Las maniobras de extracción de óvulos dispuestos para la fecundación.
2. La obtención del semen por eyaculación controlada.

²⁷ MIRANDA CANALES, Manuel. Ob. Cit, p. 314.

²⁸ La fecundación artificial.- “es la fecundación conseguida con maniobras artificiales que permiten alcanzar la aproximación de los gametos o la anidación de los cigotos”. MIRANDA CANALES, Manuel. Ob. Cit, p. 314

3. Los bancos de semen.

Dentro del grupo b, se inscriben:

1. La inseminación artificial con semen de cónyuge (IAC) o inseminación homóloga.
2. La inseminación artificial con semen del donante (IAD) o inseminación heteróloga.
3. La fecundación in vitro (FIV).
4. La transferencia intratubaricas de gametos (TIG)

Dentro del grupo c, se inscriben:

1. Los bancos de embriones (BE).
2. La transferencia de embriones (TE).

Desde el punto de vista genético y biológico, ninguna de las técnicas de estos tres grupos, modifica la herencia biológica, por tanto, no pone en duda la filiación o linaje del nuevo ser, mientras se conozca a los individuos que generaron los gametos utilizados para la fusión²⁹.

3.2.4. FINES

Para CLARA MOSQUERA, las técnicas de reproducción humana asistida son procedimientos artificiales desarrollados con la finalidad de

²⁹ BARBERA GUILLEN, Emilio. "la manipulación o mediación científica en la reproducción humana". En la filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana. II congreso mundial vasco. Departamento de derecho privado. Universidad del país vasco. Editorial trívium, Madrid 1988, p. 13. Cit. MIRANDA CANALES, Manuel. Ob. Cit, p. 314-315.

ayudar a tener descendencia a las parejas que por distintos motivos no pueden tenerla.

ENRIQUE VARSÍ ROSPIGLIOSI, las definía como métodos supletorios, más no alternativos. Supletorios, pues buscan superar una deficiencia biosíquica que impide a la pareja tener descendencia cuando otros métodos han fracasado.

Así pues, las técnicas de reproducción humana asistida fueron concebidas con un fin humanitario de auxilio, para aquellas personas que naturalmente estuvieran imposibilitados de procrear, al ser un método eficaz para suplir la infertilidad. Sin embargo, este fin humanitario, se ha visto en muchos casos, reemplazado por conductas contrarias a la bioética y a la dignidad humana (...) ³⁰

3.3. CLASIFICACION DE LOS METODOS

Los métodos de reproducción humana asistida se clasifican en: inseminación artificial homóloga y heteróloga; fertilización in vitro homóloga y heteróloga; transferencia intratubáricas de gametos, fertilización ICSI, criopreservación de embriones, ovodonación.

3.3.1. INSEMINACION ARTIFICIAL

³⁰ Extraído de internet: <http://escribiendoderecho.blogspot.com/2009/07/el-uso-de-las-tecnicas-de-reproduccion.html>. Fuentes consultadas.- MOSQUERA VASQUEZ Clara. Personas, derecho, libertad. Escritos en homenaje al profesor Carlos Fernández Sessarego. Primera edición. Editorial motivensa. Lima, 2009; VARSÍ ROSPIGLIOSI Enrique. Derecho Genético. Cuarta Edición. Editorial Grijley. Lima, 2001. Actualizado el 25 de julio del 2009

Es una técnica que consiste en introducir el semen del varón, previamente recolectado, en tracto reproductor de su pareja o cónyuge sin que medie una relación sexual. Este procedimiento permite lograr un embarazo cuando el semen del varón presenta una deficiencia ya sea en movilidad o en cantidad. El procedimiento consiste en colocar el semen previamente recolectado en un catéter especial conectado en una jeringa, luego se introduce el catéter en el útero de la usuaria y se deposita el semen. En este caso se habla de una inseminación intrauterina. Si se deposita el semen en el cuello uterino se habla de una inseminación intracervical.

Para PERALTA³¹, consiste en depositar espermatozoide en los genitales de la mujer, mediante cánula, jeringa o cualquier otro dispositivo adecuado para tal fin.

Técnicamente, es un método de reproducción asistida, por el cual, se fecunda a una mujer sin la realización del acto sexual a través de la implantación de espermatozoides en el órgano reproductor de la mujer.

De la misma forma para MIRANDA CANALES³², la inseminación artificial es la introducción de esperma en el interior de los órganos genitales de la mujer, (útero), de un modo que no sea una relación sexual para lograr de esta manera el encuentro fecundado del espermatozoide y el ovulo.

³¹ PERALTA ANDIA, Javier Rolando. Ob.cit, p.411-413

³² MIRANDA CANALES, Manuel. Ob. Cit, p. 354

Asimismo, los elementos determinantes para la inseminación artificial son los siguientes:

- a. Consiste en un procedimiento, que complementariamente, requiere de un método especial.
- b. Que, de tal procedimiento, resulte la procreación de un ser humano, que es el fin que se persigue.
- c. Que, se realice sin que exista unión sexual.

La inseminación artificial es la inoculación del semen en el órgano genital femenino por medios no naturales, por eso, lo que es artificial es la inseminación y no la fecundación; porque la fecundación nunca es artificial y siempre es natural.

Tiene como fin esencial la procreación, pues el semen se inyecta, de manera directa pero asistida, en la vagina de la mujer y no hay posibilidad de realizar experimentación alguna (salvo a lo que respecta a la selección, previa a la inseminación, de gametos masculinos)³³.

La inseminación artificial viola la ley natural y es discutible desde el punto de vista del derecho y la moral.

Sin embargo, se acepta lo que sea dado en llamar la inseminación complementaria, que es una ayuda para la consecución del fin de la procreación por el medio natural.

En otras palabras lo reprobable, éticamente, sería el medio empleado para la obtención del semen del marido por procedimientos antinaturales; pero, si el semen se obtiene en la vagina tras una relación

³³ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. "derecho y manipulación genética.-calificación jurídica de la clonación". 2^{da} edición actualizada, 1997. Editorial Fondo de desarrollo, p.70

sexual marital normal entre marido y mujer, sería aceptable el procedimiento que complemente el acto conyugal para lograr la fecundación³⁴.

3.3.1.1. PRINCIPIOS DE LA INSEMINACION ARTIFICIAL

Los principios generales de naturaleza jurídica de la inseminación artificial humana³⁵ para el jurista y el legislador, tiene una función especialísima y trascendental, que es, recoger la realidad y resolver los problemas que esa realidad presenta, creando las normas necesarias para que ese fenómeno social se desenvuelva sin lesionar los derechos de los demás.

Los sectores científicos, demandan a los poderes públicos, la reglamentación o una solución jurídica que determine la viabilidad legal, sobre cuáles son los derechos de filiación, como se genera la paternidad, cuales son los vínculos de parentesco y que conductas dan lugar a hechos punibles, etc.

3.3.1.1.1. PRINCIPIO DE VOLUNTARIEDAD

Se refiere a que su práctica respeta la voluntad de quienes desean someterse, sin excederse de su ámbito y de los resultados logrados.

3.3.1.1.2. INTERES JURIDICO PROTEGIDO

³⁴ MIRANDA CANALES, Manuel. Ob. Cit, p. 366

³⁵ Ibídem, p.367-368.

En materia penal la existencia de interés o valores de carácter individual o colectivo como la vida, la libertad, el orden jurídico familiar, la integridad personal, entre otros, que pudieran ser lesionados o puestos en peligro por la inseminación artificial homologa exigen una normativa protectora que los sancione a título de hechos punibles.

3.3.1.1.3. PRINCIPIO DE IDEMNIIDAD.

La admisibilidad o aceptación legal de la inseminación artificial homologa, no debe causar perjuicios a terceros, ni cabe la posibilidad en que se lesionen los sentimientos medios de la comunidad a nivel de eticidad o sentimientos religiosos.

3.3.1.1.4. PRINCIPIO DE ORDEN PUBLICO

La ley debe entrar o regular o delimitar la admisibilidad de la inseminación artificial homologa, de lo contrario, la voluntariedad y el entusiasmo científico de los resultados obtenidos pueden desbordar en problemas, dadas las profundas lagunas legales.

3.3.1.2. CLASIFICACION DE LA INSEMINACION ARTIFICIAL

La inseminación artificial se clasifica en:

3.3.1.2.1. INSEMINACION HOMOLOGA

Se le conoce como inseminación artificial homologa cuando el semen proviene de la pareja de la mujer.

Es la que se practica en una mujer casada con el esperma proveniente del marido. Es en si los componentes genéticos son el espermatozoide y el ovulo pertenecientes a una pareja. La inseminación en este caso, solo facilita un encuentro acto para conseguir la fecundación que no se podría normalmente³⁶.

La inseminación artificial intercónyugal, es una TERA aceptable, ya que no crea mayores problemas, pues existe principalmente un vínculo matrimonial que le otorga seguridad jurídica a dicha práctica y sus consecuencias o, como es también en caso admitido, el de la unión de hecho que la ofrece una presunción legal de paternidad al producto de la concepción³⁷.

En el caso en que el marido dona semen a su mujer³⁸, es el elemental de todas las posibles técnicas, pues en lugar de la relación sexual normal, por alguna razón como enfermedad o incapacidad, la pareja decide hacer reproducción asistida.

Cuando la cónyuge es madre biológica y se le insemína artificialmente con esperma del marido, es una donación dentro del matrimonio y se haya cubierta por la presunción *pater is*. En este caso, es la pareja casada la que asume plenamente la filiación y no existe un reto al a los principios tradicionales del derecho.

³⁶ PERALTA ANDIA, Javier Rolando. Ob. Cit., p. 412

³⁷ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Ob. Cit., p. 71

³⁸ RUBIO CORREA Marcial

Si la pareja es de compañeros permanentes la presunción *pater is* no es aplicable pero de todas formas se sabe que es el padre genético de la criatura y el estado de compañero permanente, además, puede permitir que se le aplique, analógicamente a la presunción *pater is*, el principio que es reputado padre el que tuvo relaciones sexuales con la madre en la época de la concepción. Esta aplicación analógica es extraña al derecho tradicional, pero parece un uso adecuado a las circunstancias de que se trata, por que desde el punto de vista de los intereses del niño tiene una consecuencia muy importante: el compañero permanente de su madre será su padre extramatrimonial, con lo que se garantiza paternidad y familia consolidada.

3.3.1.2.2. INSEMINACION HETEROLOGA

Es la que se realiza en la mujer casada, pero con esperma proveniente de un tercero. En esta nueva situación los componentes genéticos son el ovulo de mujer casada y el esperma de un donante.

La esterilidad del marido o la incompatibilidad de los gametos determinan la colocación del semen de un tercero anónimo en el organismo de la mujer. Luego el hijo será biológicamente del donante y no del marido lo que depende si se practicó con o sin la aprobación de este³⁹. Puede ocurrir que frente a la esterilidad del

³⁹ PERALTA ANDIA, Javier Rolando Ob. Cit., p. 412-413

marido, la pareja decidiese recurrir a la inseminación artificial heteróloga, utilizando el esperma fértil de un tercero. En ese caso, la inseminación no es solo una técnica o método para permitir la fecundación genéticamente conyugal, sino que, además, aporta un componente genético ausente en la pareja para fecundar⁴⁰.

3.3.2. FERTILIZACION IN VITRO, EXTRAUTERINA O EXTRACORPOREA

Este procedimiento consiste en obtener la fecundación de los óvulos fuera del cuerpo de la mujer, en una probeta de laboratorio, y luego se implantara el embrión obtenido en el aparato reproductor de la mujer.

El procedimiento implica someter a la mujer a un tratamiento hormonal para lograr la producción de más de un ovulo.

Se hace un seguimiento al desarrollo folicular de los ovarios para determinar el momento adecuado para aspirar los ovocitos directamente de los ovarios; luego se pone en contacto los óvulos con los espermatozoides.

Una vez fecundados los óvulos, se transfieren al útero los embriones obtenidos. Hay que tener en cuenta que solo son transferidos de dos a cuatro embriones como máximo, los demás son almacenados en los bancos de embriones para su posterior transferencia.

⁴⁰ ZANNONI, Eduardo. *"inseminación artificial y fecundación extrauterina. Proyecciones jurídicas"*. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1978., p. 44.

Entre las diversas situaciones que se presentan al usarse esta técnica están:

- a. Cuando el ovulo proviene de la pareja y el semen de un tercero.
- b. Cuando el ovulo proviene de una tercera y el semen de la pareja.
- c. Cuando el ovulo y el semen provienen de terceros.

Es otro método de reproducción asistida, que consiste en la extracción del ovulo de la mujer y la consiguiente fertilización en el laboratorio con el semen proporcionado, quedando el embrión en un habitat adecuado para para luego ser nuevamente implantado en el útero de la misma mujer o de otra⁴¹.

Esta técnica consiste en la estimulación de la función ovárica de la mujer, para así recoger, por procedimiento quirúrgico, varios óvulos que, luego, en laboratorio, son colocados en platos de cultivos (in vitro) a los que se le agregan, a través de específicos procedimientos, los espermatozoides en el ovulo (fecundación), lo cual da origen primero al cigoto (unicelular) que evoluciona hacia el estado de embrión⁴², cuando estos gametos no pudieron encontrarse por el mecanismo natural⁴³.

La fecundación extracorpórea, supraconyugal, crea situaciones en parte nada seguras, ya que con el cedente se carece de una relación jurídico familiar reconocida para exigirle el cumplimiento de determinadas obligaciones legales (alimentos), derechos derivados (transmisión

⁴¹ PERALTA ANDIA, Javier Rolando. Ob. Cit., p. 414

⁴² BOSSERT, Gustavo. Ob. Cit., p. 108

⁴³ MIRANDA CANALES, Manuel. Ob. Cit., p. 359

sucesoria), o deberes naturales (reconocimiento), ofrece dificultades y crea conflictos.

A pesar de ello, en determinados casos es necesaria, por tanto debe dársele márgenes de permisibilidad⁴⁴.

A efectos de la permisibilidad indicada sobre esta TERA, Luigui Lombardi⁴⁵ señala que 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.
- d. Que previamente haya realizado de manera infructuosa un procedimiento de adopción.

Sin embargo, la utilización y aplicación de las TERAS, no siempre van en provecho directo e inmediato, ya que sirven también para canalizar experimentos negativos o manipulaciones que por su esencia son contrarias a su naturaleza y a la dignidad del ser humano, llevando implícita una presunción de ilegalidad, contrariando las normas de la paz social, el orden público y las buenas costumbres⁴⁶.

⁴⁴ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Ob. Cit., p. 71

⁴⁵ LOMBARDI VALLAURI, Luigui. *“las biomanipulaciones: cuestiones éticas y jurídicas”*. En: persona y derecho N° 15. Navarra: Universidad de Navarra, 1986, p. 95-96, mencionado por VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Ob. Cit., p. 71

⁴⁶ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Ob. Cit., p. 71

La fecundación extrauterina puede ser también homologa y heteróloga, del que dependen evidentemente las soluciones que se planteen en relación a los problemas que suscitan⁴⁷

3.3.2.1. FERTILIZACION IN VITRO HOMOLOGA

Existe si, la fusión del ovulo y el espermatozoide, en forma extracorpórea, pertenecen a la pareja de esposos. Hasta aquí, parece no presentarse mayores conflictos sobre temas de filiación, que los mencionados para a inseminación artificial homologa que por su gran similitud son los mismos aunque con particularidades de consideración⁴⁸

3.3.2.2. FERTILIZACION IN VITRO HETEROLOGA

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

3.3.2.3. VARIACIONES DE LA FECUNDACION IN VITRO

Las variaciones de este tipo de fecundación, se presentan de la siguiente forma:

⁴⁷ PERALTA ANDIA, Javier Rolando. Ob. Cit., p. 414

⁴⁸ *Ibíd*em

- La transferencia de embriones (TE), es el método por el cual se coloca el cigoto directamente en la pared uterina.
- La transferencia intrauterina de gametos (TIG), que consiste en colocar los gametos masculinos y el femenino en la trompa de Falopio, es decir, en su lugar natural, a fin de que sea allí donde se realice la concepción.
- La transferencia intrauterina de embriones (TIE), que es una combinación de la TE y la TIG, en la que se practica la fecundación *in vitro*, pero el embrión se transfiere directamente a la trompa de Falopio, no hay útero, permitiendo un crecimiento y una anidación natural.
- El método ICSI (inyección intracitoplasmática de espermatozoide) es una novísima técnica (1996) que permite realizar la fecundación del ovulo con solo un espermatozoide, es decir, no existe un grupo de estos que estarían pugando por ingresar al ovulo, dejando al destino a ver quién logra, sino que esta técnica busca que únicamente un espermatozoide con un ovulo (en probeta) logren la fecundación.

Esta técnica permite obtener características más concretas y específicas en la futura descendencia.

Para VARSÌ ROSPIGLIOSI, existe además de estas dos técnicas de procreación asistida, la técnica de reproducción *mixta*⁴⁹, llamada también confusa, combinada o biseminal,

⁴⁹ VARSÌ ROSPIGLIOSI, Enrique. Ob.cit., p. 70-71

realizada con la mezcla de componentes genéticos de dos o más varones. Siendo considerada por algunos autores como una forma de manipulación genética, mientras que para un sector de la doctrina es una variante técnica heteróloga.

3.3.3. TRANSFERENCIAS INTRATUBARICA DE GAMETOS

Cuando se realiza una transferencia intratubarica de gametos (GIFT, por sus siglas en inglés) la fecundación del ovulo tiene lugar en el cuerpo. El ovulo se extrae a través de una punción de los ovarios de la mujer. El espermatozoide se introduce a través de las trompas de Falopio, del abdomen o con ayuda de un catéter fino a través del cuello uterino. El ovulo y el espermatozoide se fecunda en el cuerpo de la mujer. Antes de realizar la inseminación artificial mediante GIFT es necesario seguir un tratamiento hormonal para que se produzca la maduración de los ovocitos a través de la estimulación ovárica.

Es un procedimiento de reproducción asistida de mediana complejidad, consiste en la colocación de los gametos (ovulos y espermatozoides) en el interior de las trompas uterinas, que es el lugar donde fisiológicamente ocurre el fenómeno de la fertilización.

El objeto pues es ofrecer una condición más natural para el encuentro de las células

Para esto se estimula a la mujer con las hormonas, tal cual como se realiza en la inseminación artificial y la fertilización in vitro. Se extraen los ovulos de los folículos al llegar a la madurez, por vía sonográfica, y luego se colocan a través de la laparoscopia en una cánula dentro de las

trompas, junto a un concentrado de espermatozoides previamente obtenidos por masturbación y procesados en el laboratorio.

3.3.4. CRIOCONSERVACION DE EMBRIONES

La crioconservación de embriones forma parte esencial de los tratamientos de reproducción asistida ya que permite conservar los embriones para su utilización posterior. Se pueden beneficiar de la congelación tanto las parejas que ya ni hayan conseguido embarazo en el primer ciclo, como aquellas que lo consiguieron y luego desean intentar una segunda gestación.

En los ciclos de FIV, se realiza tras la transferencia embrionaria para guardar los embriones sobrantes o bien cuando no es posible realizar la transferencia embrionaria por motivos diversos (contraindicación médica, etc.), conservándose la totalidad de los embriones obtenidos. También se recurre a esta técnica de determinados casos de preservación de la fertilidad.

La crioconservación de embriones es una técnica consolidada tanto en embriones en estado de cigoto (en D+1 de desarrollo) como en estado de células (D+2 o D+3 de desarrollo) existiendo también la opción de crioconservarlos en estado de blastocito (D+5, +6 o +7).

3.4. OVODONACIÓN.

3.4.1. CONCEPTO.

La ovodonación consiste en aquel tratamiento indicado en las pacientes que por diferentes razones no generan óvulos capaces de dar lugar a un

embrión evolutivo y sano. En este sentido, consiste en realizar la fecundación in vitro, con los óvulos de una donante y el semen del varón, transfiriendo después los embriones a la paciente receptora.

Esta técnica es un tipo de subrogación en la maternidad, en el cual la mujer tiene una deficiencia ovárica, en virtud de la cual no genera óvulos, pero sí puede gestar, por lo que necesita una mujer que solo le ceda óvulos.

Como dice ENRIQUE VARSI, es un caso de maternidad parcial, no integral. Se produce un caso de trigeneración humana: 1) espermatozoides del marido, 2) ovulo de una mujer cedente y 3) gestación de la mujer. La madre procreante no es la misma que la gestante⁵⁰.

3.4.2. CAUSAS QUE ORIGINAN EL SOMETIMIENTO A LA OVODONACION

La función ovárica está relacionada normalmente en forma directa con la edad ya que el período más fértil de la mujer es alrededor de los 25 años, disminuye lentamente hasta los 30 y algo más hasta los 35, acentuándose a partir de ese momento.

Sin embargo, esta disminución también puede producirse en los tiempos naturales y normales; puede suceder en forma prematura, lo que se da en llamar falla ovárica temprana en general determinada genéticamente; o puede presentarse como consecuencia de tratamientos oncológicos como cirugía, rayos o quimioterapia. Entonces, *¿Quiénes se benefician*

⁵⁰ VARSI ROSPIGLIOSI Enrique Antonio. *Derecho genético*. 4ª Edición, Editorial Grijley, Lima, 2001, p.247.

con la ovodonación?: - Mujeres que han dejado de menstruar: por menopausia precoz, o por la extirpación de los ovarios debido a un cáncer, quistes benignos o endometriosis entre otras causas.

Los crecientes problemas de esterilidad que afectan al hombre tornan cada vez más imperiosa la intervención médica en la reproducción humana. En muchas ocasiones las técnicas de reproducción asistida representan la única solución para los casos en los que la naturaleza por sí sola no alcanza.

3.4.3. PROCEDIMIENTO DE LA OVODONACION

En este caso, se deben someterse a estudios a estudios en pos de mejorar la compatibilidad con la donante, a saber:

- Grupo y factor sanguíneo.
- Pruebas que determinen que no se padece de ninguna enfermedad de re-producción sexual.
- Examen ginecológico.
- Espermatograma.
- Estudio genético.

Como en cualquier tratamiento de fertilidad las mujeres deben cumplir con una serie de requisitos, en pos de minimizar los riesgos, y optimizar las probabilidades de quedar embarazada.

- Revisión de historia clínica.
- Estudios que afirmen que no padecen ninguna enfermedad de transmisión sexual (SIDA, Hepatitis B y C, Toxoplasmosis, Sífilis, etc.)

- Ecografía trasvaginal
- Histeroscopia
- Mamografía
- Consulta Psicológica

3.5. INSEMINACION POST MORTEM

La posibilidad de admitir esta inseminación se fundaría en el respeto a la libertad individual que, no hace sino expresar la vacación de supervivencia, al menos a través de los hijos, que todos los hombres tienen. Pero, se advierte que, por este procedimiento, se crea un hijo de antemano huérfano; es decir, que aun antes del inicio de su gestación, esta predeterminado que nacerá en un hogar que no es óptimo para él, pues carece de padre.

La expresión “fecundación post mortem” puede ser tomada en varios sentidos⁵¹.

- a. Referirse al supuesto en el que donante del semen o los donantes del embrión, hayan fallecido antes de su empleo y se proceda con posterioridad a su utilización o implantación en su mujer receptora.
- b. Implantación en una mujer viuda, de un embrión humano ajeno, es decir, en cuya formación no ha tomado parte el esposo fallecido.
- c. Inseminación en mujer viuda, con semen de su marido fallecido o implantación en la viuda, de embrión fecundado, con semen dejado por persona que ha muerto. Este es el supuesto que en rigor debe llamarse fecundación post mortem.

⁵¹ MIRANDA CANALES, Manuel Ob. Cit. P.398.

Cuando la cónyuge es madre biológica, pero la fecundación ocurre luego de fallecido el marido, se presentan aquí dos problemas: el de la paternidad y el de los derechos sucesorios del *concepturus* a la muerte de su parte.

Sobre estos temas, una respuesta a la letra desde el derecho tradicional, consiste en lo siguiente:

- La muerte pone fin a la personalidad por lo que nadie puede concebir hijos después de muerto (tenerlos si, y aun de acuerdo a la presunción paterna).
- La sucesión queda configurada a la muerte del causante y a esa fecha el *concepturus* no existe por lo que no le corresponden derechos sucesorios.

Sin embargo, habría que hacer las siguientes observaciones a estas afirmaciones:

- Mientras no hubo reproducción asistida no fue posible que un muerto engendrara genéticamente. Ahora si es posible y hay que preguntarse si el derecho debe o no aceptar que un varón pueda engendrar un hijo después de muerto, con semen congelado.

Un primer tema a discutir consiste en que ese niño va a nacer sin padre y esto no es deseable ética, ni psicológica ni legalmente.

Además, podemos encontrar a este derecho supuesto en los artículos 3 y 9 inciso 1 de la convención sobre los Derechos del Niño, y expresamente establecido en el artículo 9 del Código de los Niños y Adolescentes Peruano que dice:

Artículo 9.- Todo niño y adolescente tiene derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia.

El niño y adolescente que carecen de familia natural, tienen derecho a crecer y desarrollarse en el seno de su familia.

El niño y adolescente no podrán ser separados de su familia natural sino por circunstancias especiales definidas en la ley con la exclusiva finalidad de protegerlos.

Es deber de los padres velar que sus hijos reciban los cuidados necesarios para su adecuado desarrollo integral.

Por lo tanto, la inseminación post mortem que hace que el niño nazca sin padre, quien es parte consustancial de su familia, a criterio de los autores debería de ser prohibida por el derecho. También tendría que establecerse que el semen depositado en bancos debería ser eliminado al morir el donante.

Desde este punto de vista, a su vez, todos los actos jurídicos realizados para proceder a la fecundación *post mortem* y solo en tanto ese efecto deben ser normados como nulos por afectar las normas de orden público.

Puede server de argumentación, que será emocionalmente de mucho beneficio para la madre tener un hijo de su marido fallecido, pero hay que tener en cuenta con prioridad los intereses del menor cuyo daño por nacer sin padre, será sin duda mayor que el que sufra la madre por no tenerlo, consideradas objetivamente las cosas.

- Si de todas formas ocurriera la concepción y el nacimiento, se abre una doble alternativa:
 - De un lado, cabe la posibilidad de considerar que todo lo sucedido es ilegal, por consiguiente que no tiene efectos jurídicos en lo que a la paternidad se refiere (ya que el nacimiento y la maternidad son irreversibles).

- De otro lado, cabe la posibilidad de reconocer el hecho y considerar que el humano nacido podría tener no solo madre sino también padre, dando fuerza jurídica a la realidad genética.
- Para ello, consideramos que sería determinante la voluntad del fallecido:

- Si el deyo de manera indubitable la declaración de querer tener ese hijo por reproducción asistida con su cónyuge (aun cuando no se hubiera puesto en la situación de que la concepción fuera *post mortem*) se tendría que reconocer la paternidad legítima, si no se hubiera dado declaración de voluntad alguna (situación que resultaría extraña se ha donado semen, a menos que lo haya donado para tercera persona, no para su cónyuge), o si en vida hubiera negado la posibilidad de que ese material genético fuera utilizado para engendrar un hijo suyo después de su muerte, entonces habría que negar la paternidad al niño

Por lo tanto encontramos a que el principio de que si la declaración de voluntad (o la sentencia), pueden ser títulos de filiación. En este caso, no se trataría de legitimar un hecho prohibido sino de dar la mejor solución a lo que ocurre en la realidad: siempre será mejor que al recién nacido se le atribuya padre a que no lo tenga (siempre y cuando haya declaración del difunto en tal sentido).

- Desde luego, si el derecho prohíbe la concepción después de muerto el donante, esta declaración de voluntad debería ser entendida como nula para dicho tiempo, pero también es cierto

que el derecho puede reconocerle validez para corregir la situación como la de esa concepción y nacimiento, que existen y no resultan *invalidables*. Hay numerosas circunstancias en las que la voluntad declarada en vida es vinculante luego de la muerte.

- Tendríamos, todavía, la posibilidad de que probado que el semen era del mismo marido de su madre, y no habiendo voluntad del difunto de tener a ese hijo, pudiera este último pedir la declaración judicial de paternidad. Aquí nos encontramos frente al problema de si la realidad genética por sí misma es título para dar reconocimiento jurídico a la paternidad.

De acuerdo al tratadista RUBIO CORREA, considera que no por dos razones:

- a. La primera, por que como se ha visto al analizar los principios generales del Derecho tradicional en esta materia, el vínculo de filiación (tanto el de paternidad y maternidad) siempre es determinado jurídicamente, con relativa independencia de las ataduras de la realidad por lo que no tenemos por qué seguir ciegamente la paternidad genética para dar la paternidad jurídica y, menos aún, cuando hay intervención artificial de por medio para producir la concepción.
- b. La segunda, porque la voluntad tiene que ver en los criterios que ha utilizado el Derecho hasta ahora para dar o no la paternidad o maternidad jurídica.

- No cabe, en consecuencia reconocer eficacia alguna a la declaración de voluntad por la que un sujeto autoriza el empleo de su esperma tras su muerte con fines de procreación, puesto que en el momento del fallecimiento cesa la posibilidad de revocación y, por ende, no puede predicarse en lo sucesivo la “actualidad” de su consentimiento al respecto; consentimiento que, parece obvio, no puede ser sustituido por el de sus herederos o parientes próximos.

3.6. MATERNIDAD SUSTITUTA, SUBROGADA, PORTADORA O RECEPTORA

Si una mujer no presenta dificultades para el desarrollo de un embarazo en su útero, el embrión, formado extracorporalmente con su ovocito y con semen del marido, es implantado en su útero para el proceso de gestación.

Pero hay casos en que ello, por anomalías o ausencia del útero, no resulta posible, aparece la posibilidad de acudir a madres sustitutas o subrogadas, es decir, mujer en cuyo vientre se implanta el embrión logrado con los gametos de una pareja formada por otra mujer y su esposo, para que allí transcurra el embarazo y, tras el nacimiento el niño sea entregado a sus padres biológicos.

De tal manera que produciéndose tal acuerdo entre estos, abra resolver, con prescindencia de él, si será el hijo de la madre que dio el ovulo o de la que aportó el vientre para la gestación.

En el caso de la reproducción asistida en el que una mujer acuerda gestar al hijo de otra mujer existirán problemas; por lo que bien se podría tratar de

una pareja casada contrata a una madre gestante para que, luego de nacido, les entregue el niño que será hijo matrimonial de los dos cónyuges.

Sin embargo, al final resulta que la madre gestante exige, y logra mediante argumentos que no cabe discutir aquí, retener la maternidad legal con lo que incumple el contrato previo.

El hecho que el gameto femenino utilizado sea de la propia madre gestante, o que se le haga un implante de ovulo fecundado de la mujer del padre biológico, no afecta el problema de la paternidad.

Desde la perspectiva teórica, es fácil sostener la reprobación a este procedimiento que representa una alteración sustancial de los términos en que ha de producirse la gestación y el alumbramiento, ya que intervienen no una, sino dos madres para ello.

Por lo tanto sobre la madre subrogada se puede decir que comienza con un contrato en el que una mujer acepta gestar al niño pero no ser la madre legal, porque otra será la que tenga este reconocimiento.

3.7. SITUACION DE LOS PARTICIPANTES EN LAS TECNICAS DE PROCREACION

Sobre la importancia de los participantes en la realización de las técnicas de reproducción artificial, también surge la importancia del contenido a que conlleva el uso de estas técnicas respecto a quienes participan de ella, tenemos así en su realización lo siguiente:

- Un varón dona espermatozoides (padre genético).
- Una mujer dona óvulos (madre genética).

- Otra mujer acepta que el embrión concebido *in vitro* sea implantado en su cuerpo (madre biológica) y que, una vez nacido el niño, será entregado a quien finalmente será su madre legal.
- Otra mujer es la que realiza toda esta operación y ordena las cosas para que el niño le sea entregado y pueda ser su hijo frente al derecho (madre legal).

En adición a todas las personas, intervinientes las siguientes:

- El embrión que es vida humana y que se transformara en niño a su nacimiento.
- Los cónyuges o parejas permanentes de cada una de las personas que intervienen en las relaciones indicadas antes, quienes pueden o no haber estado de acuerdo con la participación de los convenios de que se trate (o simplemente pueden no haber sido informados de ellos).
Irrelevante porque si concurso no es necesario para que todo pueda llevarse a cabo.
- Los cónyuges o las parejas permanentes de quienes participan en los convenios, si aceptan tal participación, deberían tener algún grado de responsabilidad frente a los embriones y niños así concebidos y procreados.

a. Sobre la madre legal, no genética ni biológica.

La madre legal, es una mujer que elabora una serie de convenios en virtud de los cuales los gametos de dos personas serán fecundados y el embrión implantado en una tercera mujer que lo gestara y, una vez el niño, se lo entregara para que ella sea madre.

La que será madre legal acuerda con una segunda mujer que ella done un ovulo y lo fertilice *in vitro* con esperma del marido de la donadora del ovulo, para que luego esa misma donadora se lo implante en el cuerpo y geste al niño, hasta finalmente entregarlo a quien será la madre legal. Por tanto, y estrictamente desde el punto de vista de las raíces de la maternidad, paternidad y filiación, hay ciertas circunstancias en las que el pretendido contrato de madre *subrogada* es en realidad una donación.

b. Sobre la madre y padre genéticos (donantes).

Los problemas que se presentan en relación a estos son los siguientes:

- Existe la libertad de donar, aun partes del cuerpo, órganos y tejidos siempre que se cumplen determinadas condiciones⁵². Sin embargo, cabe preguntarles si las condiciones para donar cualquier componente del cuerpo son absolutamente las mismas que deben regir para la donación de los gametos humanos en la medida que, estos últimos, darán origen a un nuevo ser y esto marca diferencia cualitativa con cualquier otra donación.

La donación de gametos⁵³ es un acto esencialmente personal, individual, en tanto que son partes separables del cuerpo humano. Aun en el matrimonio, existe una dimensión individual de la intimidad a la que pertenece a cada persona como un valor en sí mismo, y dentro de ese ámbito esta indudablemente la particularidad genética de cada uno. Por

⁵² Artículo 5º del Código Civil Peruano.

⁵³ RUBIO CORREA, Marcial. Ob. Cit., pp. 116-118.

consiguiente, la donación de material reproductivo efectivamente pertenece al ámbito personal individual. Sin embargo, es muy distinto decir que dicha donación sea hecha para generar una nueva vida a través de la reproducción asistida por que en el matrimonio existe una mutua entrega, expresada en el uso de la capacidad reproductiva de cada cónyuge en confluencia con el otro.

Se ha tendido predominantemente a considerar que los donantes deber ser completamente irresponsables frente al niño por nacer, lo que significa que ni se verán obligados a sumir relación de paternidad o maternidad, ni tampoco a prestar forma alguna de alimentos. Esto parece difícil de sostener en el derecho, en la medida que todo acto de ejercicio de la libertad engendra correlativamente una responsabilidad. Es algo que el Derecho contemporáneo debe repensar porque es bastante obvio que as tendencias van en sentido contrario.

Existe también una corriente de pensamiento extendida en el sentido de que los donantes tienen derecho a la reserva de la condición. Sin embargo, este derecho choca con el derecho a la identidad (genética) del futuro ser humano.

La situación de la mujer donante, no es exactamente la misma que la de una mujer que realiza un embarazo sin consentimiento de su marido, porque no está introduciendo un hijo en la vida familiar, al menos directamente.

c. **Sobre la madre biológica**

Se puede encontrar las siguientes situaciones:

- Es una mujer que ha convenido gestar al niño y entregarlo a la futura madre legal. Pero, aquí no solo están en juego los derechos de la madre biológica, sino también los derechos del niño y la psicología respecto de la relación entre el feto y el cuerpo de su madre biológica, que más tarde tendrá consecuencias muy grandes en el proceso de socialización del niño.
- Un segundo factor consiste en que la madre biológica es la que se halla más cerca de los aspectos objetivos y subjetivos que en la naturaleza corresponden a ser madre: ha gestado al niño y lo ha dado a luz. El niño ha convivido con ella en su seno y se ha alimentado de su cuerpo. Antes estas eventualidades, el Derecho le debiera establecer responsabilidades en caso de necesidad que, desde luego, están relacionadas a derechos del niño.

Existen dos situaciones a resaltar:

- La primera es la expresión de voluntad del marido de aceptar la inseminación artificial o la transferencia de embrión al cuerpo de su mujer.
- En segundo lugar, ocurrirá el nacimiento del niño dentro del periodo cubierto por la presunción *pater is*. La combinación de ambos factores hace a criterio razonable e ineludible aplicar la presunción *pater is* y considerar al marido padre legal del niño, siendo esta respuesta a varios aspectos positivos:
 - ✓ Hace una síntesis adecuada entre las nuevas circunstancias y los principios tradicionales del Derecho.

- ✓ Hace mérito al principio de que esta en el interés del menor tener padre y madre.
- ✓ Brinda al menor la protección de contar con una familia consolidada.
- ✓ En el orden de las relaciones humanas, se asume las consecuencias y responsabilidades que recaen en el marido que dio su aceptación.

Entendemos que por la naturaleza esencialmente personal del conjunto de relaciones que aparecen antes este fenómeno, el marido pueda revocar su aceptación en las siguientes circunstancias:

1. En cualquier momento antes de producida la concepción.
2. Si se ha realizado un primer intento fallido de fecundación y se está por iniciar un segundo.
3. Si producida la implantación el embarazo se frustra.

Asimismo, no podrá revocarse la aceptación:

1. Después de iniciados los procedimientos biológicos que conducen ineludiblemente a la concepción y mientras ellos no se demuestren fallidos.
2. Des que la concepción se ha producido, mientras exista vida humana a partir de ella.
3. La decisión será irrevocable luego del nacimiento porque, con él, nace la persona y quedan establecidos vínculos de paternidad y maternidad de manera indeleble para el derecho.

d. Sobre el cónyuge que no acepta que el otro forme parte del convenio

- Si su pareja dono material genético es posible que el hijo resultante de esta reproducción asistida tenga parecidos y relación genética con sus propios hijos. Si se trata de madre biológica, tendrá que convivir con su mujer embarazada contra su voluntad. Si se trata de la que será la madre legal, deberá aceptar en casa un niño y, tal vez, hasta se le aplique la presunción de ser padre de los hijos de su mujer.
- En caso de la mujer casada que no cuenta con autorización de su marido para la inseminación artificial o para la implantación de embrión con semen donado por tercero, este fenómeno presenta dos problemas distintos: el del funcionamiento de la presunción *pater is* y el de la existencia de problemas de fidelidad en relación al marido.
 - ✓ La madre está casada y las reglas del Derecho tradicional indican que el hijo de la mujer dentro del matrimonio tiene por padre al marido. Se trata de analizar la situación y ver si existe razón aparente para negar la aplicación de esta norma. Lo único que varía en relación a los fenómenos tradicionales de fecundación, es que la mujer ha sido sometida a un proceso de reproducción asistida sin autorización de su marido, en vez de tener una relación sexual extramatrimonial.
 - ✓ Esta diferencia no altera en nuestro juicio la naturaleza de las cosas al contrario, desde el punto de vista de la norma tradicional, podría inclusive sostenerse que el

sometimiento a la reproducción asistida esta desprovisto del entorno emocional de infidelidad que existe en una relación jurídica extramatrimonial por la que la presunción *pater is* no deba ser aplicada.

- ✓ Sin embargo, la diferencia consistía en que el marido no ha prestado consentimiento para la reproducción asistida en el cuerpo de su mujer y, además, en que los gametos masculinos utilizados no son los de él.
- ✓ Se produce aquí una situación abiertamente inequitativa con el marido: se le imputa una paternidad por razones formales, en la que no tiene vínculo genético pero, además, sobre la cual no ha sido siquiera consultado. La decisión de producir la concepción ha sido exclusivamente atribuible a la mujer (o a ella y al tercero, donante del semen).
- ✓ La situación del marido en este caso, es análoga a la de las causales por las cuales puede negar la presunción *pater is*, en lo que se refiere al contenido de la *ratio legis*, por que los supuestos del artículo que contienen las posibilidades negaciones de la paternidad, suponen dos cosas: que no hay vinculación genética entre el marido y el niño, y que tampoco hubo la posibilidad de que lo engendrara.
- ✓ Por consiguiente, se comparte la opinión de que en este caso quede abierta, por analogía con los presupuestos de

la negación de la presunción *pater is*, la posibilidad de negación de la paternidad por el marido.

Esta posición es sustancialmente similar a la que ocurre en el contexto de las relaciones humanas tradicionales y de la aplicación del Derecho tradicional: la presunción *pater is* no funcionara y en principio el niño será hijo del marido. Nadie sino el contestara su paternidad.

e. Sobre el niño

¿Tiene el niño derecho a tener padre y a tener madre?, este derecho aún no ha sido declarado de manera expresa, porque en la procreación natural podría bien ocurrir que el padre muriera antes que el niño naciera. Esto hizo que no se garantizara un padre al niño. Sin embargo en las actuales circunstancias tecnológicas tal vez valdría la pena establecer que todo niño tiene derecho a su padre y a su madre, porque sería muy fácil que llegue a tener madre, pero no tanto que llegue a tener padre.

Además, tiene derecho, en la medida de lo posible, a vivir bajo el mismo techo que con su padre y su madre, siendo esto indispensable para su adecuada formación integral.

f. Los derechos involucrados.

En relación a los derechos involucrados, se resumen de la siguiente forma:

- En referencia el derecho a la vida, está la necesaria protección que debe darse a los embriones que contienen vida humana y que, según hemos sostenido, existen como tales desde la fecundación del ovulo por el espermatozoide. Desde luego, no cabe duda que el derecho a la vida alcanza a la vida humana en estado fetal y al niño nacido.
- El derecho a la salud integral que debe proteger al embrión, al feto y al niño de cualquier amenaza, particularmente experimental.
- El derecho a la identidad que aparece fundamentalmente cuando el niño nacido por procedimientos de reproducción humana asistida, desea conocer sus antecedentes genéticos.
- El derecho a la intimidad, que tiene que ver con dos aspectos. En primer lugar, con el posible interés del donante de no ser identificado (en el que pueden colisionar este derecho con el de identidad del ser procreado). En segundo lugar, la intimidad también tiene que ver con la situación del cónyuge que no acepta que su pareja forme parte de las relaciones que dan origen a una reproducción humana asistida.

3.8. CONSENTIMIENTO INFORMADO CON RESPECTO A LOS PARTICIPANTES.

Independientemente del consentimiento que cabe requerir al marido de la mujer que habrá de ser inseminada con semen de dador, debe considerar

un principio general que se extiende a todas las prácticas de asistencia a la procreación, la necesidad de que todas las partes interesadas tengan clara información del acto que habrá de realizar y las consecuencias que de ello se derivaran, y en base a eso presten su consentimiento.

De manera que, el consentimiento informado debe extenderse al marido, la mujer a quien practicara inseminación o se le extraerán los ovocitos para fecundarlos in vitro, y en caso de madre portadora a la mujer a quien se le extrae el ovocito para fecundar y a la mujer que presta su vientre; y, también, el recaudo del consentimiento informado debe extenderse al donante de esperma, en el sentido que debe de conocer el alcance y consecuencia de su donación, sin que esto implique la necesidad de poner en su conocimiento los datos de la receptora de su semen.

De tal forma que, la reglamentación de los centros de salud donde se practiquen estas técnicas debe exigir el consentimiento informado, de lo que debe quedar constancia escrita, para lo cual convendrá la preparación de un formulario claramente explicativo que cada parte vinculada a estos actos habrá de suscribir.

3.9. PROBLEMÁTICA JURÍDICA DE LA REPRODUCCIÓN HUMANA

ASISTIDA:

Con la relación a la inseminación artificial se presentan los siguientes problemas:

a. Filiación.- Tratándose de la inseminación homologa que se realiza dentro del matrimonio, dara lugar a un hijo matrimonial; pero, respecto de la heteróloga, el padre podrá negar la paternidad pero sobre la base de las causales. El Código Civil Peruano, ha contemplado como causal de negación el hecho de que el marido no haya consentido la inseminación artificial heteróloga. Siendo aplicables, por lo tanto, los artículos 362 y 363⁵⁴.

Así, si la práctica se realiza con el semen cierto y consentido, ya sea del marido o del conviviente (inseminación artificial homologa), el hijo tendrá establecida su filiación asimilada a la matrimonial o extramatrimonial reconocida.

En cambio, si se ha practicado una *inseminación heteróloga*, es decir cuando el semen es de una tercera persona, llamada donante, que puede realizarse en mujer casada, en estado de convivencia o en mujer sola, se presentan diversas interrogantes, como si conviene la identidad la identidad o anonimato del donante de los gametos y puede carecer de padre, caso de practicarse a una mujer sola, pudiendo darse situaciones como las siguientes:

- **Inseminación heteróloga con asentimiento del marido.-** En primer término, la autorización del marido constituye el presupuesto interrogatorio del acto jurídico de inseminación en cuanto a la realización y efectos, pero la decisión es personalísima de la mujer.

⁵⁴ PERALTA ANDIA, Javier Rolando. Ob cit., 415-416

El asentimiento de aquel crea la atribución legal de la paternidad a su favor y excluye la posibilidad de impugnación, por lo tanto, el hijo sería matrimonial. Sin embargo, podría ocurrir que luego de la aprobación el marido desconociera la paternidad sobre la base de que naturalmente el hijo no le pertenece.

– **Inseminación artificial sin asentimiento del marido.-**

Probada la inseminación artificial y la falta de autorización marital, el hijo será extraño al marido y, por lo tanto, hijo extramatrimonial de la madre. El marido puede impugnar la paternidad que se le atribuye alegando que él no es el padre. El hijo también puede impugnar, en cualquier tiempo, la paternidad atribuida al marido de su madre.

– **Situación legal del dador cuando no existe autorización del marido.-**

En principio, debe mantenerse al dador, rigurosamente en el anonimato y aun sabiendo este del destino de su espermia no podrá violar los presupuestos de mantenerse ignorado ya que el mismo implica renunciar a los derechos emergentes del resultado del uso de su espermia y en su eventual paternidad. Pero, en el supuesto que el marido o el hijo impugnen la paternidad, este podría ser reconocido por el padre biológico.

– **Herederos del marido.-**

Si el esposo no consintió la inseminación, los herederos tendrían la posibilidad de impugnarla si el deceso ase produjo antes de transcurrido el

termino de caducidad; empero, este plazo podría correr desde que los herederos se enteraran de la inseminación y demuestran que el marido había muerto sin tener conocimiento de ella. La admisibilidad de la acción implicara que el hijo resulte extramatrimonial de la mujer y sea excluida de la herencia del marido.

En estos casos, el ordenamiento jurídico, debe dispensar protección a quien actúa en la realidad social, asumiendo la función del padre-madre, con lo que deberá impedirse la constatación del vínculo genético, con la finalidad de atribuirse al donante ad- hoc, responsabilidades paterno-filiales.

b. Hijo post mortem.- si se practica una inseminación homologa o heteróloga sin ser contestada la paternidad después del nacimiento, durante el matrimonio y el hijo nace dentro de los 300 días siguientes a la muerte del marido, se entenderá que se trata de un hijo matrimonial y tendrá por padre al marido. Contrariamente, si el hijo nace con posterioridad a los 300 días, se tratara de un hijo extramatrimonial y no tendrá por padre al marido. Es aplicable el artículo 361 del código civil.

c. Concepción del hijo después de la muerte del marido.- El problema se plantea, “luego del fallecimiento del marido con semen de este, obteniendo antes su muerte”. Aquí lo que interesa no es el momento del nacimiento sino de la concepción, consiguientemente,

el hijo que nazca será extramatrimonial y no tendrá por padre al marido. Tal se desprende del artículo 386 del Código Civil Peruano.

Con la relación a la fecundación extrauterina, se suscitan otros problemas.

- a. Filiación.- En el Derecho de familia rige el principio *mater Semper certa est, pater Semper incertus*, el que se verá destruido, puesto que podría darse el caso de que quien realice el embarazo no sea la misma mujer que ha proporcionado el ovulo.
- b. Concepción extrauterina.- si la vida humana comienza con la concepción, debe preguntarse si existe una concepción intrauterina y otra extrauterina, por lo que no se descarta la posibilidad de que el primer artículo del Código Civil comprenda también el embrión que aún no ha sido implantado en la mujer.
- c. Destrucción de embriones.- cualquier manipulación que se efectúe contra el embrión fecundado antes de su implantación y que conduzca a su muerte, no será pasible de sanción penal por aborto no otro por delito, porque dicha conducta no encuadra en ninguno de los tipos penales existentes.

La Inseminación Artificial y la Fecundación In Vitro con transferencia de embriones o técnicas afines tendrán como finalidad fundamental la actuación médica ante la esterilidad irreversible de la pareja humana, para facilitar la procreación cuando los demás medios terapéuticos se hayan descartado por inadecuados, ineficaces o imposibles de realizar.

**CAPÍTULO IV: REGULACIONES EN EL DERECHO COMPARADO Y
LEGISLACION PERUANA RESPECTO A LA DETERMINACION DE LA
FILIACION DERIVADA DE LAS TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA
ASISTIDA**

4.1 EL DERECHO COMPARADO.

4.1.1 DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA.

La incidencia de la Fecundación Artificial en los Derechos Fundamentales de la persona, se plasman en legislaciones de países como:

- Italia y España, han elaborado proyectos de ley que intentan regular los supuestos de filiaciones asistidas y sus consecuencias. Al respecto existen dos consideraciones:
 - La *primera*, que en relación a la inseminación artificial (IA), existen ya diversas leyes y diversos códigos que se ocupan de regular el problema de la acción de la impugnación de la filiación por el marido de la madre.
 - La *segunda*, es que en todos los países, los problemas se plantean ahora en torno a la fecundación in vitro (FIV); la conservación y/o destrucción de embriones, la maternidad subrogada y la ingeniería genética.

- **La Ley Sueca N° 1193-1984**, que entro en vigencia el primero de marzo de 1985, Ley que regula la inseminación artificial; **el art. 1839 del Código Civil Portugués**, redactado por una Ley Federal de 25 de junio de 1976, que entro en vigencia el 14 de enero de 1978, impiden al marido de la madre, que ha consentido una inseminación artificial, aun con semen de donante, la acción de impugnación de la paternidad matrimonial. En igual sentido regulan **Estados de los Estados Unidos de Norte América**⁵⁵
- En **América del Sur, el Código de Familia de Bolivia**, en su artículo 187 prescribe:

“El marido puede desconocer al hijo concebido durante el matrimonio demostrando por todos los medios de prueba que no puede ser el padre del mismo.

*Sin embargo, el desconocimiento no es admisible si el hijo fue concebido por fecundación artificial de la mujer, con autorización escrita del marido*⁵⁶”

El Derecho Civil tradicional, parte del sujeto ya nacido, para otorgarle más derechos y situarlo dentro de una cedula social, la familia, que velara por él.

⁵⁵ ROCA TRIAS, Encarna. “La Incidencia de la Inseminación – Fecundación Artificial en los Derechos Fundamentales y su Protección Jurisdiccional. En la Filiación a finales del siglo XX”. p.23

⁵⁶ CODIGO DE FAMILIA DE BOLIVIA. 4^{ta} Edición. Colección de Legislación Boliviana. Empresa Editora Urquiza S.A. La Paz, Bolivia, 1994. p. 78.

- Asimismo, en el Código de Familia de Costa Rica en su artículo 672, tercer párrafo, referido a la impugnación de la paternidad, establece:

“La inseminación artificial de la mujer con semen del marido, o de un tercero con el consentimiento de ambos cónyuges equivaldrá a la cohabitación para efectos de la filiación y paternidad.

Dicho tercero no adquiere ningún derecho ni obligación inherentes a tales calidades⁵⁷.

4.1.2 VISION GENERAL DE LA NORMATIVIDAD JURIDICA SOBRE LA PROCREACION HUMANA ASISTIDA

4.1.2.1 ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA

- a. En Estados Unidos⁵⁸ conforme a la distribución de poderes, entre el Gobierno Federal y los Estados Unidos, corresponde a estos últimos regular el derecho de familia, pues no existe un derecho de familia federal.
- b. Existe un derecho constitucional federal que protege los derechos individuales a la procreación y crianza de hijos, fundamentado en el derecho a la intimidad y a la vida privada, considerándose que dicha protección se extiende tanto a la reproducción sexual como a la no sexual.

⁵⁷ RUBIO CORREA, Marcial. “Reproducción Humana Asistida y Derecho.- Las Reglas del Amor en Probetas de Laboratorio”. Fondo Editorial: Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima: 1996. P.90

⁵⁸ MIRANDA CANALES, Manuel. “Derecho de Familia y Derecho Genético”. Ediciones Juridicas. 1998. P. 344-345.

- c. En la Nación de Norteamérica se acepta la inseminación artificial, homologa y heteróloga.
- d. La maternidad sustituida, suplente o subrogada es cuestionada y todo parece indicar que varios Estados encaminan a aprobar la legislación correspondiente, regulándola, de aceptarla, o declarándola ilegal, de rechazarla⁵⁹.

4.1.2.2 CONSEJO DE EUROPA.

La contribución del Consejo de Europa⁶⁰ para resolver los problemas legales creados por la procreación artificial humana, plantea que una nación es colectividad de personas, quienes comparten una historia común, territorio, cultura y el deseo de mantener estas relaciones en el futuro.

Las reglas pertinentes al status de los individuos en la sociedad, reflejan la existencia de un orden biológico y social, referido a como se ha desarrollado desde los orígenes de la humanidad: leyes sobre la paternidad y la familia sobre la capacidad legal, nacionalidad, derechos civiles y políticos, propiedad y sucesión.

Estas reglas tienen como base la presunción de que un niño nace dentro de un matrimonio, cuyos padres están vivos y tiene la misma nacionalidad, la cual también será del niño.

⁵⁹ SILVA RUIZ, Pedro F. "Panorámica General de la Fecundación Humana Asistida (inseminación artificial, fertilización in vitro y maternidad sustituida, suplente o subrogada). En la filiación a finales del siglo XX". II Congreso Mundial Vasco. Ed. Trivium S.A. Madrid, 1988, p.96.

⁶⁰ *Ibíd*em

El Congreso Mundial Vasco, trata de temas que pueden ser capaces de afectar algunos parámetros importantes de la vida y la sociedad humana, referida a las ciencias biomédicas.

El derecho y la moral no dan una respuesta precisa o unificada acerca de las preguntas formuladas por estas ciencias, por lo que existe el peligro de un vacío legal ético.

Frente a este desafío, los gobiernos y parlamentos, la comunidad científica, la profesión médica, la iglesia y las diferentes organizaciones interesadas por la salud y el bienestar, están discutiendo las consecuencias y examinando las opciones políticas legales.

Si bien, el Consejo de Europa es una organización interparlamentaria a intergubernamental de 21 Estados miembros quienes a través de los Mandatos⁶¹ establecidos, generan los grandes debates sobre el desarrollo e impacto de las ciencias biomédicas se ha realizado en la Asamblea Parlamentaria, la cual está compuesta de delegaciones de los parlamentos nacionales de cada Estado miembro.

En el campo de las ciencias biomédicas la Asamblea Parlamentaria ha adoptado 2 textos importantes:

- El 26 de enero de 1982, adopto la recomendación 934 sobre Ingeniería Genética, en la cual expresa su interés público acerca del uso de nuevas técnicas científicas para la “recombinación” de material genético de organismos vivos.

⁶¹ *Ibíd.* P. 346-347

- El 24 de setiembre de 1996, la Asamblea adoptó un texto más amplio; la recomendación N° 1046, que solicitó el Comité de Ministros, sugerir a todos los gobiernos que limiten el uso de embriones a situaciones terapéuticas estrictamente necesarias, sometidas bajo severas condiciones y prohibir terminantemente en forma expresa la creación de embriones fertilizados in vitro para realizar experimentos o investigaciones.

El Comité ad-hoc de Expertos sobre el Progreso de las Ciencias Biomédicas (CAHBI) del Consejo de Europa, a través del Proyecto de Recomendación sobre la Procreación Artificial Humana⁶², tiene un criterio común sobre diferentes aspectos, tales como el respeto por la vida y la dignidad humana, la pluralidad de ideas y de opiniones, libertad personal, vida privada, familia, etc.

- Reconoció las nuevas perspectivas abiertas por las ciencias biomédicas para brindar ayuda a las parejas que sufren de infertilidad.
- Advierte y previene que el uso de métodos de procreación artificial humana, no debe ser de conveniencia y solamente debe realizarse como “último recurso”.
- Se mantiene atento sobre la variedad de opiniones en relación con el estatus legal del embrión, pero, menciona que cualquiera fuere la opinión que uno pueda tener, el embrión debe ser tratado con el debido respeto respecto de la

⁶² *Ibíd.* P. 347-348

dignidad humana y que el uso de las técnicas de procreación artificial humana, deben regirse bajo principios éticos, médicos, jurídicos y sociales.

La parte sustantiva del Proyecto de Recomendación, describe las diferentes *técnicas de la procreación artificial*⁶³ humana:

- a. La inseminación artificial o sea la introducción del espermatozoide en el tracto genital de la mujer por otros medios que no sean las relaciones sexuales.
- b. Fertilización in vitro o unión de un ovulo y un espermatozoide que han sido separados previamente por medio de instrumentos en un laboratorio.
- c. Métodos que comprende la donación de espermatozoides, óvulos o embriones, entendiéndose por estos últimos, el resultado de la fusión de los gametos humanos en todas las etapas del desarrollo antes de la etapa fetal.

El CAHBI⁶⁴ ha propuesto que los gobiernos europeos, respecto al acceso de las técnicas de procreación artificial⁶⁵, que deben restringir el uso de estas y solo autorizarlo a parejas heterosexuales que reúnan las condiciones suficientes para el sostenimiento del bienestar del niño y a condición de que estas técnicas tengan posibilidad de éxito.

⁶³ *Ibíd*em

⁶⁴ Comité Ad Hoc de Expertos sobre el Progreso de las Ciencias Biomédicas (CAHBI) del Consejo de Europa.

⁶⁵ MIRANDA CANALES, Manuel. Ob. Cit, p. 348-349.

El CAHBI es partidario de prohibir el uso de las técnicas de procreación artificial por razones “eugenésicas”, entendiéndose por Eugenesia, la aplicación de las leyes biológicas hereditarios al perfeccionamiento de la especie humana, ejemplo, la selección deliberada de ciertas características particulares del niño futuro, incluso su sexo.

Las recomendaciones del Consejo de Europa de 1984 dice:

“Artículo 9.- 1. Cuando la procreación artificial haya sido llevada a cabo de conformidad con esta recomendación, el niño será considerado por la ley como el hijo de la mujer que lo hubiese dado a luz, si la mujer estuviese casada, el cónyuge estará considerado por la ley como el padre legítimo, y si hubiese dado su consentimiento, ni él ni ningún otro podrán disputarse la legitimidad del niño por el solo hecho de la procreación artificial”⁶⁶

Asimismo, el Consejo de Europa, en sus recomendaciones de 1984 es partidario de establecer una regla general de no aceptación⁶⁷ de la procreación con semen de quien ya falleció, aunque admite la posibilidad de excepciones:

“Artículo 11.- No se permitirá la procreación artificial llevada a cabo con semen del marido o compañero difunto. (Sin embargo, un Estado podrá permitirlo siempre y cuando se establezcan los derechos de la persona resultado de este nacimiento)”.

⁶⁶ VIDAL, Marciano; ELIZARI, Javier; RUBIO, Miguel. *El Don de la Vida.- Antología de Documentos*. Editorial Covarrubias. Madrid: 1987. P.178.

⁶⁷ *Ibíd*em, p.75.

El consejo de Europa en sus recomendaciones citadas antes no dice exactamente que los actos de disposición del donante sean declarados nulos luego de su muerte.

Más bien, recomienda que el derecho de uso de los gametos depositados por quien ha muerto, no sea heredado sino que pase a mano de la autoridad que las almacena, la que dispondrá de ellos con los deseos previamente expresados por el interesado.

En esto es importante recalcar sin embargo que, el Consejo opina por no aceptar la fecundación *post mortem*.

De esto se observa que según la recomendación de los gametos deberían ser desechados y que, según esta, hay que seguir los deseos expresados por el donante, lo que solo puede tener coherencia si esto último se refiere a la excepción que autoriza para que determinados Estados permitan la fecundación *post mortem*.

El artículo 12 de las Recomendaciones del Consejo de Europa dice en su acápite 4:

“Artículo 12.- (...) 4. Cuando una persona, de uno u otro sexo, depositase gametos para su propio uso futuro, la autoridad de almacenaje se asegurará periódicamente de que los deseos del depositante no han cambiado.

Si el depositante muriese durante el periodo de almacenaje.

Para decidir el método de disposición la autoridad deberá actuar de disposición la autoridad deberá actuar de

acuerdo con los deseos previamente expresados por la persona interesada.⁶⁸

4.1.2.3 CONSENTIMIENTO INFORMADO

En relación al Consentimiento Informado⁶⁹ que debe de tener en cuenta las partes respecto al Centro de Salud que las va a practicar, en el Derecho Comparado tenemos a legislaciones de países como:

a) Brasil.- No existe una ley sobre el tema, sin embargo el actual *Código de Ética Médica (Resolución 1246 del 08/01/1988), art. 68°, prohíbe a los médicos “practicar inseminación artificial sin que los participantes estén enteramente de acuerdo y debidamente informados sobre el procedimiento”.*

b) España.- La ley española, art. 2º, inciso 2 y 3, exige la “información y asesoramiento suficientes a quienes deseen recurrir a estas técnicas, o sean donantes...”.

Señala, al respecto, la responsabilidad de los equipos médicos y de los Centros Sanitarios, y agrega: “La aceptación de la realización de las técnicas se reflejara en un formulario de contenido uniforme en el que se expresara

c) Alemania.- La Ley alemana, en su artículo 4º, pena con reclusión o multa a quien fecunde un ovocito sin que hayan dado su consentimiento la mujer de quien aquel proviene y el hombre cuyo espermatozoide se empleó para la fecundación.

⁶⁸ *Ibíd*em, p. 76.

⁶⁹ BOSSERT, Gustavo. *Ob. Cit.*, p. 93.

d) Italia.- Congreso de Perugia.- El congreso reunido en Perugia en 1987. En su recomendación N°3 indica, como exigencia a incluir en la regulación legal que propicia, “la plena explicitación del consenso previo de todas las partes interesadas, directa o indirectamente, (entre las cuales el cónyuge de la mujer comitente o gestante) con previa y exacta información de las mismas”.

4.1.2.4 DETERMINACION LEGAL DE LA FILIACION MEDIANTE EL USO DE LAS TECNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDA:

En este punto se abordara el uso de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en el Derecho Comparado en países europeos como: Italia, Francia y España; así también como se configura la institución de la filiación a través de estas técnicas, en los países mencionados.

a. **Italia.-** Ley N° 40, de 19 de febrero de 2004, referente a normas en materia de procreación medica asistida:

La ley italiana 40/2004, considera la fecundación artificial como un recurso permitido en el caso que no existan otros métodos terapéuticos eficaces para eliminar las causas de infertilidad o esterilidad.

La ley manifiesta, explícitamente, que la procreación medicamente asistida no es un método procreativo al natural, sino que es el último recurso terapéutico contra la esterilidad.

En ese sentido, la ley permite únicamente el uso de gametos de la pareja, excluyendo donantes de distinto sexo, estables, casadas o uniones de hecho, mayores de edad y en edad “potencialmente fértil” ambos miembros de la pareja deben estar vivos.

Por tanto, las usuarias de la aplicación de las técnicas de reproducción, a tenor de este artículo, son mujeres casadas o que no estando casadas vivan con varón, para lo cual se requiere que ambos convivientes manifiesten conjuntamente su consentimiento de acceder a la procreación artificial, en la misma forma que ha de prestarlo los cónyuges.

b. Francia.- ley N° 2004-800, de 6 de agosto, relativa a la bioética:

El código civil francés, en el Título VII, sección IV, en virtud de las reformas de la anterior ley de 1994, regula la reproducción asistida.

El artículo L.2141-2 del Código francés de salud pública, en la redacción dada por la ley 2004-800, afirma que la procreación artificial está destinada a responder a la demanda parental de una pareja y tiene por objetivo remediar la infertilidad cuyo carácter patológico haya sido medicamente diagnosticado, o evitar la transmisión al niño o a un miembro de la pareja una enfermedad de particular gravedad.

En los siguientes párrafos de este artículo se determinan los requisitos para la aplicación de las técnicas de reproducción asistida. Dispone que la procreación artificial esté destinada para el hombre y la mujer, que formen parte de la pareja, que estén vivos (no está permitida la fecundación post mortem, párrafo 3: el hombre y la mujer que formen pareja deben estar vivos y la muerte de cualquiera de ellas impide la inseminación o transferencia de embriones), en edad de procrear (la ley no permite a mujeres de más de cuarenta años ser receptoras de óvulos donados), casadas o convivientes sin vínculo matrimonial (en condiciones de poder aportar una convivencia acreditada de al menos dos años), y prohíbe la denominada “madre de alquiler” o útero de alquiler (artículo 16-7 del código civil).

El artículo siguiente, L.2141-3, determina que un embrión solo puede ser concebido in vitro, con gametos procedentes de, al menos, uno de los miembros de la pareja, el cual deberá haber dado el consentimiento. Por tanto, se permite la fecundación heteróloga, pero no podrá establecerse ninguna relación de filiación entre el niño nacido por esta fecundación y el donante de los gametos (art. 311-19 de código civil).

Por tanto, al igual que la legislación española, la legislación francesa permite la fecundación heteróloga. El párrafo primero del artículo 311-20 del código civil francés redactado por la ley número 94-653, de 29 de junio de 1994, sección III de la

asistencia médica a la reproducción, dispone que los cónyuges o concubino que, para procrear, recurran a un donante deberán previamente dar su consentimiento al juez o notario.

Dado este a la procreación médica asistida prohíbe toda acción de impugnación de la filiación.

Sin embargo, el consentimiento queda privado de efecto en caso de fallecimiento, de presentación de una demanda de divorcio o de fallecimiento, de presentación de una demanda de divorcio o de separación de cuerpo o de cese de convivencia antes de realizarse la reproducción asistida. Queda, también sin efecto la revocación por escrito del hombre o la mujer del consentimiento antes de la realización de la reproducción asistida ante el médico responsable de la aplicación de esta técnica.

Ahora bien, se declara judicialmente la paternidad no matrimonial de quien después de haber consentido la asistencia médica no reconociere al hijo que ha nacido.

Resumiendo, al igual que la legislación italiana, en la francesa también se prohíbe la utilización de las técnicas de reproducción asistida por una mujer sola. Se exige, por ello, el consentimiento de ambos convivientes para acceder a dichas técnicas. Se permite la fecundación asistida solo a las parejas casadas o que convivan establemente. No se permite la fecundación post mortem, ni la gestación por sustitución o

maternidad subrogada. Sin embargo, a diferencia de la legislación italiana se autoriza la fecundación heteróloga.

c. España.- ley 14/2006, sobre técnicas de reproducción humana asistida:

Con la entrada en vigor de la ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida, quedan derogadas todas las disposiciones normativas anteriores y, en particular las leyes 35/88 y 45/2003.

La ley referencia a los donantes, al contrato de donación y a la determinación legal de la filiación que la reproducción artificial supone respecto a los hijos nacidos por estas técnicas tanto para el marido como para el varón no casado; y a los efectos que se derivan de la premoriencia del marido o del varón no unido por vínculo matrimonial.

En el artículo 3.1 se establece las “las condiciones personales de la aplicación de las técnicas”: se limita el recurso a las técnicas de reproducción asistida a los casos que haya posibilidades razonables de éxito, no supongan riesgo grave para la salud, física o psíquica, de la mujer o la posible descendencia y previa aceptación libre y consciente de su aplicación por parte de la mujer, que deberá haber sido anterior y debidamente informada de sus posibilidades de éxito, así como de sus riesgos y de las condiciones de dicha aplicación. Dicho de forma sumaria, si no existen riesgos

graves para la mujer o su posible descendencia bastara con informarla para someterse a estas técnicas.

En el artículo 5.5 sobre los “Donantes y contratos de donación” se dispone que:

“la donación será anónima y deberá garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes por los bancos de gametos, así como, en su caso, por los registros de donantes y de los centros que se constituyan”.

En cuanto a la identidad del donante, la ley establece:

“los hijos nacidos tienen derecho por sí o por sus representantes legales a obtener información general de los donantes que no incluyan su identidad. Solo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comparten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando se proceda con arreglo a leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad de los donantes, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicara en ningún caso publicidad de la identidad de los donantes.

La ley establece la prohibición de conocer la identidad de los donantes a no ser que dicha revelación sea indispensable para evitar un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las leyes procesales penales.

4.1.2.5 DETERMINACION LEGAL RESPECTO DE LA MADRE SUSTITUTA, SUBROGADA O PORTADORA

La Legislación Internacional en torno a la Maternidad Sustituta, Subrogada o Portadora, se presenta en países como:

- a) **España.-** La ley española de 1988 (art. 10º), declara la nulidad de cualquier contrato al respecto, “con o sin precio”, pero no prohíbe ni sanciona penalmente este procedimiento; establece que la filiación será determinada por el parto.
- b) **Sudáfrica.-** La ley sudafricana, admite expresamente este procedimiento, atribuyendo el hijo a la madre en cuyo seno fue gestado.
- c) **Alemania.-** La ley alemana, en cambio, sanciona penalmente a quien realice éstas prácticas.
- d) **Consejo de Europa.-** El Consejo de Europa en 1984, propuso:

“Artículo 9. (...). 2. Ninguna relación de filiación podrá establecerse entre los donantes de gametos y el niño concebido como resultado de la procreación artificial. Ningún procedimiento de manutención podrá ser dirigido contra un donante o por éste contra el niño.

Asimismo, éstas Recomendaciones del Consejo de Europa, cuando

en el art. 13°, se sostiene que este procedimiento “podrá permitirse si se realizase sobre una base exclusivamente benévola”, agregando la atribución de maternidad a la mujer que da a luz al niño, y declarando nulo cualquier acuerdo por el cual ésta se comprometiese a entregarlo.

Existe sobre este tema un caso jurisprudencial famoso, resuelto por el Tribunal Supremo de New Jersey en 1987 y conocido como **Baby M**. Trata de un contrato que hace el Sr. Stern con el señor y señora Whitehead por el cual, contra un pago de 10, 000 dólares, la Sra. Whitehead se hará fertilizar artificialmente con esperma del Sr. Stern.

Producido el nacimiento entregará el bebé a los Stern (la Sra. Stern es infértil) y renunciarán, tanto la Sra. Whitehead como su marido, a sus relaciones paterno filiales con la criatura. La Sra. Whitehead decide luego del nacimiento devolver los 10, 000 dólares y quedarse con la niña.

El caso llegó a los tribunales y, en los que nos interesa en esta parte, el Tribunal Supremo de New Jersey, aceptó que Stern, padre biológico, era también el padre legal y a él se entregó la custodia de la niña.

La presunción de paternidad del Sr. Whitehead fue contrariada de conformidad con la ley vigente en el Estado.

El caso Baby M, es un antecedente comparado de la posibilidad de

reconocer como padre legal al padre biológico en este tipo de circunstancias.

Respecto de este tema, el Consejo de Europa realizó varias alternativas de recomendación sobre esta problemática, en ella señala lo siguiente:

“Artículo 14-

Alternativa I

La fecundación “in vitro” deberá ser realizada usando gametos de, por lo menos, uno de los miembros de la pareja. No se permitirá la fecundación “in vitro” realizada por gametos donados por dos personas ajenas.

Alternativa II

En principio, la fecundación “in vitro” deberá realizarse con los gametos de, por lo menos, uno de los miembros de la pareja. Sin embargo, el uso de gametos donados por dos personas ajenas podrá admitirse cuando las condiciones previstas en el artículo 2 sean aplicables a ambos miembros de la pareja.

Alternativa III

En principio, la fecundación “in vitro” deberá realizarse con los gametos de los miembros de la pareja. Sin embargo, en casos

excepcionales, podrá ser utilizado el espermato de un donante ajeno. No se permitirá el uso de huevos, ni embriones donados”.

e) **Reino Unido: Comisión Warnock.**- En 1992, el gobierno inglés designó una Comisión encabezada por Dame Mary Warnock con la finalidad de considerar el reciente y potencial desarrollo de la medicina y la ciencia en relación con la fertilización humana y la embriología; considerar que políticas y salvaguardas deben ser aplicadas, incluyendo consideraciones sobre sus aplicaciones éticas, sociales y legales, haciendo recomendaciones pertinentes.

El informe de esta Comisión, lleva por nombre Reporte Warnock en honor de quien presidió el mismo y que fue dado a conocer por el Departamento de Salud y Seguridad Social de Inglaterra en el año 1984; es innegable que los razonamientos ahí contenidos orientaron a otros países de Europa en esta investigación.

La Comisión Warnock (Recomendación 54), propone que sin prohibir esta práctica, deben otorgar la maternidad a la mujer de quien nazca el niño “y la donante del óvulo no debe ostentar derecho ni obligación alguna en relación con ese niño”.

Tal es así, en torno a esta situación, que se presentó un caso

peculiar, que es el de la niña **Melissa Elizabeth Stern** (“**Baby M**”), que tuvo amplia repercusión en la prensa presenta una particularidad:

La señora Mary Goudin fue inseminada con semen de! Dr. Stern, tras firmar un contrato por el cual se comprometía a entregar a la niña al matrimonio Stern a cambio de una suma de dinero.

El juez de primera instancia en marzo de 1987, declaró la validez del contrato, por lo que “desposeyó” a la Sra. Goudin de sus derechos de madre, entregando a la niña al matrimonio Stern, y autorizando la adopción de la Sra. Stern que se integraría con la paternidad de su marido. Recientemente, la Corte Suprema de New Jersey declaró la nulidad del contrato, señaló que no podía alterarse a través de un negocio la maternidad de la sra. Goudin; pero dio en custodia a la niña al matrimonio Stern, estableciendo un derecho de visita a favor de la madre natural.

Destacó el tribunal que la invalidez de este tipo de contratos, ratifica el derecho de la madre natural a arrepentirse de la entrega prometida.

El problema trasciende a los textos positivos sancionados sin tener a la vista expresamente esta cuestión; y trasciende incluso al planteo jurídico, pues es previo a él. Las normas no

habrán de dictarse por una determinada concepción jurídica, sino que éstas deben ser reflejo de una concepción sobre el ser humano, que abarca la noción sobre su esencia.

Tal es así que, establece en su Artículo 18°.- *“Un correcto proceder pide que cualquier tercero, donante de gametos para el tratamiento de la infertilidad ha de ser desconocido para la pareja receptora antes, durante y después del tratamiento; igualmente, el donante no ha de conocer la identidad de la pareja asistida*

Empero, el artículo 52° expresa que: *“Debe modificarse la ley de manera que el donante de semen carezca de derechos y deberes paternos respecto al hijo.*

Además, el artículo 55° de esta Recomendación, establece que:

“La Legislación debe disponer que cuando nazca un niño de una mujer como resultado de la donación del óvulo por otra, la mujer que dé a luz ha de considerarse legalmente para todos los efectos como la madre del niño; la donante del óvulo no debe ostentar ni derecho ni obligación alguna en relación con ese niño”. Asimismo, el artículo 56° señala lo siguiente: *“La legislación propuesta debe aplicarse también a los niños como resultado de la donación de embriones.*

Para concluir el presente capítulo podemos determinar que en otros países existen regulaciones desde años atrás respecto de la reproducción asistida, existen legislaciones que delimitan la calidad de derecho de los padres, cuando se puede acudir a este tipo de métodos reproductivos asistidos, se apegan al matrimonio para que se dé la figura de la reproducción asistida, y que además se utilice como último recurso en caso de infertilidad.

Los países europeos aceptan la idea de la reproducción asistida en matrimonios y parejas estables, pero solo entre heterosexuales, rechazan el extremo de otorgarle derechos de paternidad a parejas homosexuales. Asimismo los códigos declaran las obligaciones y deberes de los participantes de la inseminación artificial respecto del embrión quien en estos casos no puede desconocer la paternidad, estableciendo entonces desde el momento de la fecundación derechos al embrión brindándole protección y estabilidad jurídica, lo que lo reconoce como sujeto de derecho.

Bolivia y Costa Rica existe legislación que regula el tema desde hace varios años, donde en ambos casos el tercero donante no tiene derechos de paternidad respecto del embrión, además constituye que si la inseminación artificial se da con células de un tercero con consentimiento de la pareja ninguno de los dos puede desconocer al embrión; es decir que la ley de estos países ampara la vida y derechos del embrión y que además genera deberes y obligaciones sobre los padres.

En España y Sudáfrica otorgan los derechos de la madre en el parto o en el vientre donde fue gestado es decir rechazarían el tema del vientre de alquiler más estarían a favor de la inseminación in vitro o inseminación artificial donde siempre es la madre quien determina la filiación.

CONCLUSIONES.

- Hoy en día nuestra constitución política vigente debe definir la investigación de la paternidad y maternidad responsable, dado los casos de procreación asistida; a fin que con estos puedan salvaguardar el principio de interés superior del niño concebido por estas Técnicas de Reproducción Asistida.
- Las relaciones socio-jurídicas actuales, deben reiterar la convicción que la realidad siempre desborda las previsiones de la ley y urge una reforma; pero, que dadas las particularidades trascendentales como la filiación en las Técnicas de Reproducción Asistida.
- Deberá regularse el consentimiento informado en este tipo de Técnicas de Reproducción Asistida ya sea tratado en un matrimonio o pareja cuya mujer se someta a una inseminación artificial con semen de donante o una fecundación in vitro con transferencia de embriones y/o donación de óvulos, ya que en cualquiera de este tipo de técnicas previa y fehacientemente deberán ser consentidas por ambos sujetos de aquel vínculo, de tal forma que estos sean los padres legales del o de los hijos que nazcan.

RECOMENDACIONES.

- Debería considerarse como obligatoria la información y asesoramiento de quienes desean recurrir a estas Técnicas de Reproducción Asistida ya sean donantes o receptores de gametos humanos, sobre los aspectos de implicaciones posibles de las Técnicas, como pueden ser los resultados previsibles o sus riesgos. La implicancia de estar asesorado con respecto a estos tipos de Técnicas deberían proteger el aspecto jurídico, biológico, ético y económico.
- Nuestros legislaciones y doctrinarios peruanos deben establecer cimientos a una futura y urgente reforma respecto a la Técnicas de Reproducción Humana Asistida, en la cual se trate de manera detallada estos métodos, procurando ampliar la Ley General de Salud – Ley N° 26842 mediante la confección de una ley especial, permitiendo una visión más amplia para encontrar mecanismo de solución frente a las controversias que se presentan en donde es necesario rescatar legislaciones extranjeras las cuales siguen determinados lineamientos y son acordes a las necesidades que la sociedad requiere.
- Las facultades de Derecho de las Universidades del país deberían ser las que afronten o establezcan soluciones en un corto plazo frente a las graves situaciones jurídicas que derivan de las diversas Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

BIBLIOGRAFÍA.

LIBROS:

- ✚ BARBERA GUILLEN, Emilio. "*La Manipulación o Mediación Científica en la Reproducción Humana*", En la filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana. II Congreso Mundial Vasco. Universidad del País Vasco. Editorial Trivium, Madrid. 1988,
- ✚ BELLUSCIO, Augusto. "*Derecho de Familia*". Editorial Depalma 1975. Tomo I. Buenos Aires - Argentina.
- ✚ BORDA, Guillermo. "*Manual de Derecho de Familia*" Editorial Perrot, 1984. Buenos Aires - Argentina,
- ✚ BOSSERT, Gustavo. "*Régimen Jurídico del Concubinato*". Editorial Astrea, 1982. Buenos Aires - Argentina.
- ✚ BOSSERT, Gustavo. "*Fecundación Humana Asistida*". En: Derecho Civil de Nuestros Tiempos: Universidad de Lima, Gaceta Jurídica Editores S.R.L. 1ª Edición. 1995. Lima - Perú.
- ✚ BOSSERT, Gustavo y ZANNONL Eduardo. "*Manual de Derecho de Familia*". Editorial Astrea, 1989. Buenos Aires - Argentina.
- ✚ CÓDIGO DE FAMILIA DE BOLIVIA. 4ª Edición. Colección de Legislación Boliviana. Empresa Editora Urquiza S.A. La Paz - Bolivia, 1994.
- ✚ CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. "*Derecho Familiar Peruano*". Librería Studium, 1985. Ediciones, 5º ed. s/f, cap. I, Tomo II. Lima - Perú.
- ✚ Dialogo con la Jurisprudencia. Actualidad, Análisis y Crítica Jurisprudencial N° 121.

- ✚ Año 14. GACETA JURIDICA, 1ª Edición. Octubre 2008, Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L, Lima - Perú.

- ✚ FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, "Derecho de las Personas. Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Primero del Código Civil Peruano¹", librería Studium, 1988 Lima - Perú.

- ✚ LOM8ARDI VALLAURI, Luigí. "Las Biomanipulaciones: Cuestiones Éticas y Jurídicas En; Persona y Derecho N° 15. Navarra: Universidad de Navarra - España, 1986.

- ✚ MALESPINA, María Laura. "Fecundación Humana Asistida. Desafíos para el Derecho de Familia", Actualidad Jurídica. Publicación Mensual de Gaceta Jurídica. T. 95, octubre 2001, Lima ~ Perú.

- ✚ MIRANDA CANALES, Manuel. "Derecho de Familia y Derecho Genético" Ediciones Jurídicas. 1998. Lima - Perú.

- ✚ PERALTA ANDÍA, Javier Rolando, *Derecho de Familia en el Código C/V/f*, 3ª Edición. Editorial Moreno S.A. Agosto 2002. Urna - Perú.

- ✚ PERALTA ANDÍA, Javier Rolando. "Derecho de Familia en el Código C/V/TL 4ta Edición. Editorial Moreno S.A. Lima - Perú.

- ✚ ROCA TRIAS, Encarna. "La Incidencia de la Inseminación- Fecundación Artificial en los Derechos Fundamentales y su Protección Jurisdiccional". En: La filiación a finales del siglo XX. II Congreso Mundial Vasco- Gobierno Vasco- Departamento de Derecho Privado- Universidad del País Vasco. Madrid, Editorial Trivium S.A., 1998.

- ✚ RUBIO CORREA, Marcial. "Reproducción Humana Asistida y Derecho.- Las Regías del Amor en Probetas de Laboratorio". Fondo Editorial:

Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima: 1996.

- ✚ RUBIO CORREA, Marcial, *“Retos que la Reproducción Humana Asistida presenta al futuro de los Derechos Humanos”*. En: Derechos Humanos en el Umbral del Tercer Milenio: Comisión Andina de Juristas, 1997. Lima - Perú.
- ✚ SILVA RUIZ, Pedro F. *“Panorámica General de la Fecundación Humana Asistida (inseminación artificial, fertilización in vitro y maternidad sustituida, suplente o subrogada) En la filiación a finales del siglo XX”*. 1º Congreso Mundial Vasco, Ed. Trivium S.A. Madrid, 1988,
- ✚ VARSÍ ROSPIGLIOSI Enrique. *“Bases de Derecho Genético”*, En Diario Oficial El Peruano, sea B, Lima. 11 de agosto de 1994.
- ✚ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *“Derecho Genético. Principios Generales”*. Editora Normas Legales: 1995. Trujillo - Perú,
- ✚ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, *Derecho y Manipulación Genética Calificación Jurídica de la Clonación*. 2ª Edición actualizada, 1997. Editorial Fondo de Desarrollo. Lima - Perú.
- ✚ VARSÍ ROSPIGLIOSI Enrique. *“Derecho Genético”*, Cuarta Edición. Editorial Grijley, 2001. Actualizado, 25 de julio de 2009, Lima ~ Perú.
- ✚ VIDAL, Marciano; ELIZARL Javier; RUBIO, Migue!. *“El Don de la Vida Antología de Documentos”*. Editorial Covarrubias: 1987. Madrid - España.
- ✚ YUNGANO, Arturo, *“Manual Teórico Práctico de Derecho de Familia”*. Ediciones Jurídicas, 1989. Buenos Aires - Argentina.
- ✚ ZANNONI, Eduardo. *“Inseminación Artificial y Fecundación Extrauterina. Proyecciones Jurídicas”*. Editorial Astea, 1978, Buenos Aires - Argentina.

VIRTUAL:

- ✚ ALKORTAIDIAKEZ, ITZIAR. "Regulación Jurídica de la Medicina Reproductiva", Colección de Monografías Aranzadi: 2003.

www.labconvergencia.org:16080/sitio1/.../Lec_der_com_repro_asis.doc. Navarra- España.

- ✚ [Http://brd.edu.mx/recursosAa%20familia%20en%20derecho%20civil/Bloque%205A.lecturas/4_efectosJeJa_filiacion.pdf](http://brd.edu.mx/recursosAa%20familia%20en%20derecho%20civil/Bloque%205A.lecturas/4_efectosJeJa_filiacion.pdf).

- ✚ <http://www.buenastareas.com/ensayos/Definiciones-DeFDerecho-Por-DiversoS-Autores/155839>.

- ✚ <http://www.buenastareas.com/ensayos/Defmiciones-De-Derecho-Por-Diferentes-Autores/594344.html>.

- ✚ CLÍNICA EUGIN, <http://www.eugin.es/tratamientos/fiv/icsi>. Barcelona - España.

- ✚ CLÍNICA SANTA MARÍA. <http://www.ciinicasantamaria.net/traiamienios/icsi/>. Guatemala - Guatemala.

- ✚ CONSULTORIO DEXEUS.- Salud de la Mujer: http://www.dexeus.com/es_es/salud-mujer-información-medica-detalle.aspx?a~3&P5c_1-9. Barcelona - España.

- ✚ Corte Suprema de Justicia de San Salvador.- Biblioteca Judicial: <http://www.csi.cob.sv/BVirtual.nsf/0/f06f62bb8f5c5e6aQ6257837GQ58f6a6?OpenDocument>.

✚ DÉBORA FRIO. *Tecno Ciencia y Salud - Técnicas de Reproducción Asistida*

para lograr la Fecundación. Artículo publicado en: www.tecnociendaysaiud.com. España.

✚ FERNANDEZGUARDO, José Luis:
<http://www.monografias.com/trabajos23/reproduccion-asistida/reproduccion-asistida.shtml#consider>.