UNIVERSIDAD NACIONAL
“PEDRO RUIZ GALLO”
ESCUELA DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO

“LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA IMPLICANCIAS EN EL DERECHO DE FAMILIA”

TESIS

PRESENTADA PARA OPTAR EL GRADO DE MAESTRO EN DERECHO CON MENCIÓN EN CIVIL Y COMERCIAL

AUTOR:

ABOG. MARCELA LEONOR CORREA MENDO

ASESOR:

Mg.Sc. MARIANO LARREA CHUCAS

LAMBAYEQUE - PERÚ

2017

“LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA IMPLICANCIAS EN EL DERECHO DE FAMILIA”

ABOG. MARCELA LEONOR CORREA MENDO
AUTORA

Mg.Sc. MARIANO LARREA CHUCAS
ASESOR

PRESENTADA A LA ESCUELA DE POST GRADO DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL PEDRO RUIZ GALLO PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRA EN DERECHO CON MENCIÓN EN CIVIL Y COMERCIAL

APROBADO POR:

DR. RAFAEL HERNÁNDEZ CANELO
PRESIDENTE

DR. MIGUEL ARÉANGEL ARANA CORTEZ
SECRETARIO

Mg. OSCAR RAMÓN VÍLCHEZ VELEZ
VOCAL

LAMBAYEQUE, 18 DE JULIO DE 2017

DEDICATORIA

A Dios

Por haberme colmado de bendiciones constantes.

A mi esposo

por su apoyo invalorable para la culminación del presente proyecto personal.

A mi familia

Por su aliento constante en la consecución de todas mis metas.

AGRADECIMIENTOS

A la Escuela de Post Grado de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo
Por la calidad de la enseñanza brindada.

A mis profesores de la Escuela de Post Grado de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo
Por su paciencia y comprensión.

A mi asesor de tesis
Por las orientaciones brindadas.

TABLA DE CONTENIDOS – ÍNDICE

DEDICATORIA 3
AGRADECIMIENTOS 4
TABLA DE CONTENIDOS - ÍNDICE 5
RESUMEN 7
ABSTRACT 8
INTRODUCCIÓN 9
ANÁLISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO 11
MARCO TEÓRICO 15

CAPITULO I 15
LA FILIACIÓN Y EL DERECHO A LA IDENTIDAD DEL MENOR

1. LA FILIACIÓN 15
   1.1. DEFINICIÓN 15
   1.2. IMPORTANCIA 17
   1.3. PRINCIPIO DE UNIDAD O IGUALDAD 18
   1.4. TIPOLOGÍA 19
   1.5. DETERMINACIÓN 23
   1.6. DECLARACIÓN JUDICIAL DE FILIACIÓN 28
   1.7. ACCIONES DE FILIACIÓN 29
2. EL DERECHO A LA IDENTIDAD DEL MENOR 34
   2.1. ANTECEDENTES 34
   2.2. DEFINICIÓN Y CONTENIDO 36
   2.3. EL DERECHO A LA IDENTIDAD DEL MENOR EN EL DERECHO PERUANO 37

CAPITULO II 40
LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA

1. INTRODUCCIÓN 40
2. LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS 40
3. TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA (TERAS) 43
   3.1. DEFINICIÓN 43
   3.2. DENOMINACIÓN 44
   3.3. TIPOLOGÍA 45
   3.4. VARIANTES 49
   3.5. ANTECEDENTES HISTÓRICOS 51
   3.6. DESARROLLO 54

3.7. TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA ACTUALES 57
3.8. ASPECTOS DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA 72
4. INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETEROLOGA 77
5. DERECHO COMPARADO 77
6. DERECHO NACIONAL 80

CAPITULO III 83
LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA Y EL IMPACTO EN EL DERECHO DE FAMILIA
INFLUENCIA EN LA FILIACIÓN Y EL DERECHO A LA IDENTIDAD DEL MENOR

1. INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETEROLOGA E IMPACTO EN LA FAMILIA 83
2. INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETEROLOGA Y DERECHO A LA IDENTIDAD DEL MENOR 85
3. INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETEROLOGA Y FILIACIÓN 87
3.1. DETERMINACIÓN DE LA MATERNIDAD 90
3.2. DETERMINACIÓN DE LA PATERNIDAD 93

CAPÍTULO IV 98
LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA Y SU INFLUENCIA EN EL DERECHO DE FAMILIA EN EL DERECHO COMPARADO

1. ESPAÑA 98
2. FRANCIA 108
3. ALEMANIA 111
4. SUIZA 113

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS 114

CONCLUSIONES 118

RECOMENDACIONES 120

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS 121

RESUMEN

La investigación aborda el tema de las implicancias en el derecho de familia del uso de métodos de inseminación artificial, concretamente la de carácter heteróloga, debido a la falta de previsión por el sistema jurídico nacional de una respuesta para hacer frente aquel fenómeno social surgido en mérito del avance de la ciencia.

El objetivo principal de la tesis es evidenciar la necesidad de prever legislativamente una respuesta para las múltiples implicancias de la inseminación artificial heteróloga, principalmente en la esfera de las relaciones familiares, pues además proyecta situaciones complicadas en ámbitos como el derecho sucesorio, previsional, administrativo, entre otros.

La investigación se encuentra distribuida en cuatro capítulos como son la filiación y el derecho a la identidad del menor, la inseminación artificial heteróloga y la inseminación artificial heteróloga y el impacto en el derecho de familia, en particular en la filiación y el derecho a la identidad.

La tesis abordará dos temas centrales, que a su vez justifican desde un plano teórico, la investigación jurídica de la investigación: 1°) en primer lugar, la aplicación de la técnica científica de la inseminación artificial heteróloga, desarrollando cuestiones como su origen, su aplicación y riesgos; y, 2°) en segundo lugar, los actuales desafíos del derecho de familia surgidos como consecuencia de las técnicas de reproducción asistida, como la inseminación artificial heteróloga, en particular en relación al tema de la filiación.

ABSTRACT

The research addresses the issue of implications for family law the use of artificial insemination methods, namely the heterologous nature, due to the lack of foresight by the national legal system response to address social phenomenon that emerged in merit the advancement of science.

The main objective of the thesis is to show the need to legislatively provide an answer to the multiple implications of heterologous artificial insemination, mainly in the field of family relationships, as well as projected complicated situations in areas such as inheritance, pensions, administrative law, among others.

The research work is divided into four distinct headings, such as family law, in particular the issue of affiliation, heterologous artificial insemination and artificial insemination heterologous and its influence on family law.

The thesis will address two main issues, which in turn justified from a theoretical level, the legal research of the thesis: 1) first, the application of scientific technique of heterologous artificial insemination, developing issues such as its origin, its application and risks; and 2nd) second, the current family law challenges arising as a result of assisted reproductive techniques such as artificial insemination heterologous.

INTRODUCCIÓN

La ciencia, producto de todo un proceso evolutivo, ha terminado por suplir el proceso de procreación, no sólo para aquellas parejas que enfrentan el problema de infertilidad o esterilidad, sino también decisión unilateral de mujeres que prescinden de formar parte de una familia tradicional, creación una manifestación moderna a través de la concepción artificial.

En este contexto, han surgido y desarrollado mecanismos alternos a efectos de lograr la concreción de las aspiraciones maternales y paternales que se ven amenazadas por la infertilidad o que responden a una decisión unilateral, surgiendo en este panorama las denominadas "**técnicas de reproducción asistida" (TERAS)**, que a su vez pueden ser dos: 1°) **la inseminación artificial**; y, 2°) la fecundación in vitro[1].

La inseminación artificial es una técnica de reproducción asistida cuyo fin esencial es la procreación pues el semen se inocula, de manera directa pero asistida, en la vagina de la mujer, no confiriendo posibilidad alguna de realizar experimentación (salvo en lo que respecta a la selección de gametos masculinos); técnica que a su vez puede adoptar dos variantes: 1°) homóloga o interconyugal; y, 2°) heteróloga o supraconyugal.

La inseminación artificial homóloga, también denominada fecundación interconyugal, es aquella técnica en que se utiliza el semen del esposo, lo cual presupone la existencia de un vínculo matrimonial que le otorga seguridad jurídica a dicha práctica y sus consecuencias.

La **inseminación artificial heteróloga**, o fecundación supraconyugal, es aquella técnica en que se utiliza el semen de un donante. La naturaleza

[1] Varsi Rospigliosi denomina la fecundación in vitro, como fecundación extracorpórea. VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. Derecho Genético. 2ª ed. Trujillo: Normas Legales. 1997, p. 62.

de la presente técnica implica que su empleo cree situaciones en parte nada seguras puesto que con el cedente se carece de una relación jurídica reconocida para exigirle el cumplimiento de obligaciones legales (alimentos), derechos derivados (transmisión sucesoria) o deberes naturales (reconocimiento). [2]

Uno de los principales conflictos que genera la **inseminación artificial heteróloga** está referido al derecho a la identidad del procreado[3]. En efecto, la naturaleza compleja de la técnica, caracterizada por la intervención de tres personas (la esposa quien también es madre biológica del niño, el esposo que no es padre biológico del niño, pero se convertiría en el padre legal del niño y el donante que es un tercero y padre biológico del niño por haber aportado el gameto masculino) determina el nacimiento de conflictos.

La presente investigación tiene por objeto de estudio las **consecuencias de la inseminación artificial heteróloga respecto del niño resultante de la implementación de aquella técnica**, en razón que, no obstante la existencia de una norma positiva que pretende evitar los conflictos posteriores a través de la exigencia del consentimiento expreso del cónyuge, la realidad desborda el presupuesto normativo, precisamente ante el incumplimiento de la norma legal.

---

[2] Andorno señala que este tipo de técnicas fomentan toda una gama de disociación, partiendo de la disociación inicial entre la relación sexual y la procreación genera, en una suerte de reacción en cadena, otras a diversos niveles: disociación de la paternidad biológica y de la paternidad social; disociación de la maternidad genética, de la maternidad uterina y de la maternidad social; disociación del lugar de la concepción y del lugar de nacimiento, etc. ANDORNO, Roberto. Bioética y Dignidad de la Persona. Madrid: Tecnos, 1998, p. 126.

[3] Taborelli y Bianchi señalan que la reproducción asistida supraconyugal puede implicar el nacimiento de un nuevo derecho, el del cedente de conocer el destino de su componente genético. TABORELLI, José y BIANCHI, Silvia. Fertilidad asistida. El derecho del donante a conocer el destino del componente genético. En "Jurisprudencia Argentina" 1996-II, p. 799.

ANÁLISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO

En cuanto a la ubicación del problema, debemos señalar que aquel fue identificado en la Región Lambayeque, aunque al estar basado en una omisión o vacío de la legislación nacional se extiende a todo el territorio peruano.

En cuanto al origen del problema, debemos señalar que surge de los conflictos que genera la inseminación artificial heteróloga en el ámbito del derecho de familia, como el derecho a la identidad del procreado.

En cuanto a la manifestación del problema, aquella se evidencia en la revisión de la legislación nacional que no ofrece ningún tratamiento a las implicancias de la inseminación artificial, sumado a la necesidad de ofrecer una regulación por la necesidad de cubrir el impacto de su empleo.

El problema es formulado de la forma siguiente: ¿Cuál es el impacto que genera la implementación de la inseminación artificial heteróloga en el ámbito del derecho de familia?

La investigación se justificó por las siguientes razones:

- Justificación teórica: La tesis abordó dos temas centrales, que a su vez justifican desde un plano teórico, la investigación jurídica de la tesis: 1°) en primer lugar, la aplicación de la técnica científica de la inseminación artificial heteróloga, desarrollando cuestiones como su origen, su aplicación y riesgos; y, 2°) en segundo lugar, los actuales desafíos del derecho de familia surgidos como consecuencia de las técnicas de reproducción asistida, como la inseminación artificial heteróloga.

- La justificación práctica. La realidad social nacional ha ido

evolucionando en forma paralela a nuestra mejoría macroeconómica, lo que ha conllevado la presencia cada vez más frecuente de centros médicos especializados en la implementación de técnicas modernas y extranjeras para enfrentar el problema de la esterilidad. Así, esta nueva realidad viene poniendo a prueba las reglas del derecho de familia, por lo que resulta útil, sobre la base de la legislación y la doctrina extranjera conocer cuál sería el tratamiento judicial al respecto para que en su momento se manejen pautas para solucionar los problemas derivados de aquellas nuevas prácticas médicas-científicas.

- La justificación personal. El desempeño profesional como Fiscal de Familia y la asistencia de eventos relacionados con los nuevos desafíos del derecho de familia, ha generado una válida inquietud académica por conocer cuál es la situación actual normativa para hacer frente a fenómenos nuevos como la inseminación artificial heteróloga, de ahí que surge la motivación de desentrañar muchos de aquellos aspectos a través de la presente investigación, para lo cual se recurrirá a bibliografía y legislación principalmente extranjera, sin que ello conlleve una exclusión de investigaciones locales, pues existen destacados juristas investigadores al respecto como Enrique Varsi Rospigliosi.

En cuanto a los objetivos, la investigación procuró la consecución de los siguientes: 1°) Objetivo general: Identificar las principales implicancias jurídicas -no previstas en la legislación peruana- generadas como consecuencia de la inseminación artificial heteróloga; y, 2°) Objetivos específicos: a) Desarrollar el marco teórico de la institución de filiación, como definición, origen, regulación a nivel del derecho nacional y comparado, y tratamiento jurisprudencial; b) Desarrollar el marco teórico de las técnicas de reproducción asistida (TERAS), que a su vez pueden ser dos: 1°) la inseminación artificial; y, 2°) la fecundación in Vitro; y ello con la

finalidad ubicar la inseminación artificial heteróloga; y, c) Evidenciar la falta de regulación de la inseminación artificial heteróloga y la necesidad de normar aquel fenómeno debido a las implicancias sustanciales en el derecho de familia, como la identidad y la filiación paternal.

La hipótesis es formulada bajo el siguiente texto: SI el legislador nacional logra ofrecer una regulación legal debida y adecuada a la inseminación artificial heteróloga, ENTONCES se lograría enfrentar en forma adecuada las implicancias negativas que aquella técnica de reproducción asistida genera en el ámbito del derecho de familia, como la identidad y filiación de hijos nacidos de la mencionada técnica científica.

Las variables que integran la hipótesis son: 1°) variables independientes: a) La falta de regulación de la inseminación artificial heteróloga; y, b) La desprotección del menor ante los riesgos que conlleva la inseminación artificial heteróloga. 2°) variables dependientes: a) La falta de previsión de mecanismos para enfrentar las implicancias negativas de la inseminación artificial heteróloga; y, b) La debida tutela del menor y, por ende, la plena vigencia del Principio de primacía de los Derechos del Niño.

La población está determinada por las ciudadanas peruanas que padecen de infertilidad, ya sea masculina o femenina, y por, ende, son potenciales usuarios sobre la inseminación artificial heteróloga. La muestra está determinada por las ciudadanas peruanas que padecen de infertilidad, ya sea masculina o femenina, y por, ende, son potenciales usuarios sobre la inseminación artificial heteróloga.

La investigación aplicó tres métodos concretos: 1°) El método de observación se aplicará por cuanto a través de una observación de la jurisprudencia extranjera sobre inseminación artificial heteróloga; 2°) El método comparativo será empleado para tener una visión del tratamiento

que en otros ordenamientos jurídicos se efectúa a la inseminación artificial heteróloga y, principalmente, a los mecanismos de tutela de los derechos del niño involucrados en el tema; y, 3º) El método inductivo será empleado para tener una visión sobre la necesidad, a partir de la exposición de casos determinados (jurisprudencia extranjera sobre inseminación artificial heteróloga), de implementar la recomendación en torno a las hipótesis.

MARCO TEÓRICO

CAPITULO I

LA FILIACIÓN Y EL DERECHO A LA IDENTIDAD DEL MENOR

1. LA FILIACIÓN

La relación o lazos de parentesco son diversos, ya sea en su origen e intensidad, y se establecen entre dos o más personas en virtud de la naturaleza (consanguinidad), del matrimonio (afinidad) o de la propia voluntad humana (reconocimiento o adopción).

Ahora bien, de todas estas relaciones de parentesco la más importante es la filiación, entendida ésta como la relación jurídica existente entre hijo y padre.

1.1. DEFINICIÓN

Planiol y Rippert definen la filiación como "(…) la relación que existe entre dos personas, de las cuales una es el padre o la madre de la otra".[4]

Méndez Costa la define como "(…) el estado de familia que deriva inmediatamente de la generación con respecto del generado".[5]

[4] PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Tratado elemental de derecho civil. Tomo IV. La Habana: Editorial Cultural, S.A. 1948, p. 454.
[5] MENDEZ COSTA, María Josefa. La filiación, Santa Fe: Rubinzal y Culzoni, 1986, p. 13.

Cicu define la filiación como "(…) el estado cuya característica es "que forma parte de una serie de relaciones que unen al hijo, no sólo con sus padres, sino con todos los parientes de sus padres".[6]

López del Carril expresa que la filiación es "(…) la relación biológica que une a una persona con el padre que lo engendró y con la madre que lo alumbró".[7]

Barbero define la filiación como "(…) el hecho de la generación por nacimiento de una persona, llamada 'hijo', de otras dos personas, a quienes se llama "progenitores".[8]

Zannoni sostiene que la filiación es "(…) el conjunto de relaciones jurídicas que, determinadas por la paternidad y maternidad, vinculan a los padres con los hijos dentro de la familia".[9]

Diez Picazo y Gullón[10] señalan que la relación de filiación se establece entre personas a quienes el Derecho coloca en la condición de padre y madre y las que sitúa en la de hijos.

Espín Cánovas, manifiesta que la filiación es aquella "(…) 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".[11]

Soto Lamadrid, sostiene que "(…) la filiación, como categoría

---

[6] CICU, Antonio: La filiación, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1930, p. 18.
[7] LOPEZ DEL CARRIL, Julio J.: La filiación, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1976, p. 11.
[8] BARBERO, Doménico: Sistema del Derecho privado, Tomo II, Buenos Aires, EJEA, 1967, p. 105.
[9] ZANNONI, Eduardo: Derecho de familia, Tomo II, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1989, p. 283.
[10] DIEZ PICAZO, Luis y GULLON, Antonio: Sistema de Derecho civil, Madrid, Tecnos, t.IV, Derecho de Familia, 1992, p. 247.
[11] ESPIN CANOVAS, Diego: Manual de Derecho civil español, vol. IV, 7ª ed., Madrid, Ed. Revista de Derecho privado, 1982, p. 338.

jurídica, es más que un hecho jurídico, es un acto jurídico familiar, porque el surgimiento de la filiación no existe hasta que haya una manifestación de voluntad del reconociente, y sólo a falta de tal voluntad, surge la declaración judicial que atribuye, ahora sí, las consecuencias de lo biológico".[12]

Varsi Rospigliosi señala que "(…) la filiación es aquella que une a una persona con todos sus ascendientes y descendientes, y, en sentido estricto, es la que vincula a los hijos con sus padres y establece una relación de sangre y de derecho entre ambos"[13]

Alex Plácido sostiene que la "(…) filiación en términos amplios puede significar descendencia en línea directa, pero en términos jurídicos tiene un significado más restringido, equivalente a la relación inmediata del padre o madre con el hijo".[14]

Por nuestra parte, **la filiación es el estado de familia nacido de la relación entre dos personas de las cuales una es el hijo (a) y la otra el padre o la madre del mismo.**

1.2. IMPORTANCIA

La importancia de la filiación es incuestionable debido a que es fuente de un amplio espectro de derechos, deberes y obligaciones.

Lafaille al respecto señala: "Esa relación de causa a efecto origina el estado civil de las personas y al mismo tiempo el vínculo que puede

[12] SOTO LAMADRID, Miguel Ángel. Biogenética, filiación y delito. La fecundación artificial y la experimentación genética ante el derecho. Buenos Aires: Astrea, 1990. pp. 68-69.
[13] VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique y SIVERINO BAVIO, Paula. Determinación de la paternidad matrimonial, En: Código Civil Comentado, Tomo II, derecho de familia, Lima: Gaceta Jurídica, 2003, p. 660
[14] PLÁCIDO VILCACHAUA, Alex. Filiación y patria potestad en la doctrina y en la jurisprudencia. Lima, Gaceta Jurídica, 2003, p. 27

ligar a un individuo determinado con el grupo, fuente de todas las ventajas que tal situación comporta, como ser los derechos sucesorios, la prestación de alimentos y otras consecuencias jurídicas".[15]

Varsi Rospigliosi al respecto señala: "La filiación es la condictio sine qua non para conocer la situación en que se encuentra una persona como hijo de otra. Es una forma de estado de familia".[16] Agrega, "(…) la filiación implica un triple estado: i) Estado jurídico. Asignado por la ley a una persona, deducido de la relación natural de la procreación que la liga con otra; ii) Estado social. En cuanto se tiene respecto a otra u otras personas; y, iii) Estado civil. Implica la situación jurídica del hijo frente a la familia y a la sociedad".[17]

1.3. PRINCIPIO DE UNIDAD O IGUALDAD

El principio de igualdad de categorías de filiación o principio de igualdad jurídica de efectos de la filiación matrimonial y no matrimonial, significa que todos los hijos tienen iguales derechos y deberes frente a sus padres.[18]

Zapata Durán expresa: "Este principio se encuentra establecido en la máxima legal en el sentido de que "todos los hijos tienen iguales derechos y deberes", principio que tiene que venir a eliminar en los códigos civiles los grados de hijos, quitándoles definiciones de legítimos e ilegítimos, siendo en la actualidad para toda la denominación de:

---

[15] LAFAILLE, Héctor: Derecho de familia, Buenos Aires, Biblioteca Jurídica Argentina, 1930, p. 302.
[16] VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. Derecho genético y procreático. 4ª ed., La Paz: Abiodge, 2005, p. 130
[17] VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. Derecho genético y procreático. Ob. Cit. p. 130
[18] PINELLA VEGA, Vanessa. El interés superior del niño/niña vs. principio al debido proceso en la filiación extramatrimonial. Tesis (Título de Abogado), Lambayeque: Universidad Santo Toribio de Mogrovejo, 2014. p. 25

hijos de sus padres".[19]

Méndez Costa al respecto señala: "(…) la filiación produce los mismos efectos prescindiendo de la situación jurídica de los progenitores al momento de la concepción o del nacimiento, en cuanto relación paterno-materno-filial"[20]. Agrega: "(…) los preceptos constitucionales, programáticos u operativos, coinciden en proclamar la equiparación de las filiaciones, sin incidir en la situación de los progenitores, dejando de lado la protección del matrimonio y la familia fundada en él. Por tanto, se llega al derecho positivo privado interno descendiendo de lo doctrinario a las pautas internacionales y de éstas a las constitucionales, sin superación de la misma problemática de conciliar el respeto por la persona y la defensa de la familia legítimamente constituida".[21]

En efecto, el principio de unidad está basado "(…) en el respeto y máxima consideración que merece el ser humano y (específicamente) en la igualdad y dignidad que goza el mismo".[22]

En mérito del principio de unidad se produce la equiparación entre las filiaciones, desapareciendo distingos como el previsto en el Código Civil de 1932, que regulaba hijos legítimos e ilegítimos y naturales y no naturales.

1.4. TIPOLOGÍA

La revisión de la literatura permite advertir dos principales clases

[19] ZAPATA DURÁN, Roberto Wesley. La prueba en los procesos de filiación. Tesis (título de Abogado). Universidad de Salamanca, 2011, p. 29. Disponible en https://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/110836/1/DDAFP_Zapata_Duran_RW_LaPrueba.pdf
[20] MENDEZ COSTA, María Josefa: Op. cit., p. 60.
[21] MÉNDEZ COSTA, María Josefa, La Filiación; Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, p. 53;
[22] VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. Derecho genético y procreático. Ob. Cit. p. 132

de filiación: matrimonial y extramatrimonial.

La clasificación descrita, señala Zapata Durán, tienen su antecedente y deben su origen al Derecho romano, "(…) donde el advenimiento de la prole se consideró como un beneficio de los dioses y su falta como un castigo, lo cual se explicaba porque con la perpetuación de la prole, se procuraba la existencia de seres que rindiesen culto a los antepasados". [23]

1.4.1. LA FILIACIÓN MATRIMONIAL

La filiación matrimonial, según Corral Talciani, "(…) es una de las formas en las que se realiza la filiación por naturaleza, por oposición a la adoptiva y a la resultante de técnicas de reproducción humana artificial".[24]

Baquero y Cruz expresan: "La filiación matrimonial es el vínculo jurídico que surge entre un hijo y sus progenitores cuando la criatura ha sido concebida o ha nacido durante el matrimonio de ellos; también hay filiación matrimonial cuando en el acto del matrimonio posterior al nacimiento del hijo se reconoce a éste como tal".[25]

Varsi Rospigliosi al respecto señala: "Esta filiación es una institución que se encuentra unida al matrimonio entre los

[23] ZAPATA DURÁN, Roberto Wesley. La prueba en los procesos de filiación. Tesis. Universidad de Salamanca, 2011, p. 29
[24] CORRAL TALCIANI, Hernán. La filiación matrimonial. Disponible en https://corraltalciani.files.wordpress.com/2010/04/la-filiacion-matrimonial.pdf
[25] BAQUERO VEGA, Irma Carolina y CRUZ GONZÁLEZ, Cristian Mauricio. La filiación a la luz del derecho colombiano, chileno, argentino, venezolano y peruano. Tesis (título de Abogado). Pontificia Universidad Javeriana, 2002, p. 17

progenitores, siendo su causa esencial.".[26]

La doctrina ha formulado una diversidad de teorías que tratan de determinar cuando estamos ante hijos matrimoniales: teoría de la concepción, del nacimiento y mixta.

1.4.1.1. TEORÍA DE LA CONCEPCIÓN

La presente teoría, según Varsi Rospigliosi, postula que "Son hijos matrimoniales los engendrados por los padres casados, sea que nazcan dentro del matrimonio, o sean alumbrados después de disuelto o anulado el vínculo. Es decir, los concebidos antes del matrimonio serán extramatrimoniales, aun cuando su nacimiento ocurra una vez realizado el casamiento".[27]

La teoría, actualizada, es seguida por los Códigos civiles de Francia (artículo 312), Italia (artículo 231) y Nicaragua (artículo 199).

1.4.1.2. TEORÍA DEL NACIMIENTO

La presente teoría, según Varsi Rospigliosi, postula que "Serán hijos matrimoniales los nacidos en el momento en que sus padres estén casados, no importando el momento en que hayan sido engendrados".[28]

La tesis postula que los concebidos con anterioridad a la celebración del matrimonio son hijos matrimoniales si

[26] VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. Derecho genético y procreático. Ob. Cit. p. 136
[27] VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. Derecho genético y procreático. Ob. Cit. p. 136
[28] VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. Derecho genético y procreático. Ob. Cit. p. 136

nacen cuando aquellas hayan sido ya contraídas, y que no lo serán si nacen después de la disolución del matrimonio, pese a que la procreación se produjo durante su vigencia.

La teoría hace depender de manera ventajosa la calidad de la filiación de tres hechos: i) La celebración del matrimonio; ii) El parto; y, iii) La disolución o anulación de aquel

1.4.1.3. TEORÍA MIXTA

La presente teoría, denominada del nacimiento-concepción, fue adoptada por el legislador de 1984 (artículos 1, 243 inciso 3, 361 y 363 incisos 1 y 2).

La teoría mixta, sostiene Varsi Rospigliosi[29], está basada en los siguientes planteamientos: i) La vida humana se inicia con la concepción; ii) El marido de la mujer se presume padre del hijo del esta; iii) La no permisibilidad del matrimonio de la viuda en tanto no transcurran 300 días de la muerte de su marido, salvo que diera a luz, disposición que se amplia para la mujer divorciada; y, iv) La facultad del marido de impugnar la paternidad del hijo de su mujer.

1.4.2. LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL

El legislador de 1932 diferenció entre hijos "legítimos" e hijos "ilegítimos", atribuyendo para cada uno de ellos un trato diferenciado. Sin embargo, producto de la aprobación de un nuevo texto constitucional, aquella denominación y tratamiento

[29] VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. Derecho genético y procreático. Ob. Cit. p. 137

diferenciado desapareció, siendo reemplazado por hijos matrimoniales e hijos extramatrimoniales, no existiendo respecto de ambos ninguna diferencia legislativa.

Varsi Rospigliosi expresa: "En la filiación extramatrimonial, los progenitores carecen de un estado legal vinculante con respecto a su descendencia, de allí que la voluntad (reconocimiento) o la imposición legal (declaración judicial) son los medios de establecerla"[30].

1.5. DETERMINACIÓN

La determinación de la filiación es "(…) la afirmación jurídica de una realidad biológica presunta"[31].

La filiación se determina mediante dos formas: 1°) por naturaleza, pudiendo a su vez ser matrimonial o extramatrimonial; y, 2°) por forma, surgiendo de la adopción o por técnicas de reproducción humana asistida.

1.5.1. DETERMINACIÓN DE FILIACIÓN MATRIMONIAL

La filiación de los hijos matrimoniales es determinada conjuntamente respecto del padre y de la madre. En efecto, ante la determinación de la maternidad se manifiesta, propiamente y siempre, la paternidad del marido (principio de la indivisibilidad de la paternidad matrimonial), pese a que posteriormente sea cuestionada.

[30] VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. Derecho genético y procreático. Ob. Cit. p. 138

[31] LACRUZ BERDEJO, José y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís: Derecho de familia, Barcelona, Bosch, 1982, p. 606.

La filiación matrimonial se fundamenta en la presunción pater est y en la presunción reafirmatoria de paternidad, atribuyéndose legal o automáticamente el vínculo paternal (atribución de paternidad ministerio legis u ope legis).

La presunción es "(…) una dispensa de prueba o evidencia de otro hecho, (siendo) que el hecho que no se necesita probar depende (de) la experiencia ordinaria".[32]

La presunción pater est se encuentra prevista en el artículo 361 del Código Civil y la presunción reafirmatoria de paternidad en el artículo 362 del Código Civil.

Grosman indica que el presupuesto de la presunción de la paternidad del marido es la cohabitación entre los esposos y el respeto de la mujer al deber de fidelidad: presunción positiva de contacto y presunción negativa de infidelidad.[33]

La presunción de paternidad estaba prevista por el derecho clásico romano, específicamente en el Digesto, según lo evidencia el siguiente texto: "(…) pater is est quem nuptiae demonstrant (una excepción digna de tenerse en cuenta es el hecho de alcanzar cargos sacerdotales) frente a la certeza natural de la madre: mater semper certa est, y teniendo en cuenta la regla complementaria de que se nace dentro del matrimonio cuando los padres llevan al menos siete meses casados, o cuando se nace antes de los diez meses de cesar el matrimonio". (D. 2. 4, 5).

---

[32] MARTÍNEZ DE MORETÍN LLAMAS, María Lourdes. El régimen jurídico de las presunciones, Colección Monografías de Derecho Romano, Sección: Derecho Público y Privado Romano N° 34, Madrid: Dykinson, 2007, pp.5 y ss

[33] GROSMAN, Cecilia. Acción de impugnación de paternidad del marido, Buenos Aires: Editorial Abaco, 1987, p. 50

Royo Martínez expresa que esta regla postula que "(…) ha de ser tenido por padre el varón casado con la madre y es el significado actual".[34]

El fundamento de la presunción pater est se basa en lo que aún hoy se considera como la base de la presunción de paternidad actual: 1°) la fidelidad de la mujer; 2° el nacimiento en el tempus legitimum o el plazo legal de gestación; y, 3°) la cohabitación entre los esposos[35].

La presunción pater est era de carácter relativo, pues podía ser desmentida por prueba contraria. Sohm al respecto señala: "(…) dicha presunción es sólo juris tantum toda vez que admite prueba en contrario, en tal sentido, es claro que su único objeto es facilitar a la mujer la prueba, que el hijo que alumbró ha sido engendrado por su marido".[36]

El establecimiento de la paternidad matrimonial se sustenta en el denominado período de la concepción y gestación de manera tal que, legalmente, la gestación tiene una duración mínima de 180 días y máxima de 300, mientras que la concepción se produce dentro de los primeros 121 días de los 300 anteriores al nacimiento.

Bossert y Zannoni expresan que la presunción de paternidad matrimonial "(…) si bien dispensa de probar el hecho biológico, no descansa sino en un presupuesto de regularidad social que se traduce en contenidos éticos que dan sentido a la institución del

[34] MARTÍNEZ DE MORETÍN LLAMAS, María Lourdes. Ob. Cit., p. 134

[35] ZANNONI, Eduardo y BOSSERT, Gustavo. Manual de derecho de familia, Buenos Aires: Astrea, 5ª ed., 2000, p. 78

[36] SOHM, Rodolfo. Instituciones de Derecho Privado Romano, Historia y Sistema. 17ª ed., Traducción del Alemán por W. Roces Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1928 p. 487

matrimonio mismo"[37], tales como la fidelidad y la cohabitación.

Varsi Rospigliosi, por su parte, sostiene que "(…) la presunción de paternidad descansa no tanto en la fidelidad sino en la convivencia matrimonial, presentándose ésta última como su principal fundamento".[38]

La vigencia de la presunción de paternidad se ha puesto en entre dicho debido a que reposa en "(…) un carácter de historicidad que deberá dar paso o andar a la par con una información técnica pues su carácter histórico desmedra su eficacia y no le otorga valor absoluto"[39]; posición plenamente compartida en un escenario en el cual el avance de la ciencia y el descubrimiento de nuevos conocimientos debilitan la referida presunción, como por ejemplo, mediante pruebas de ADN.

1.5.2. DETERMINACIÓN DE FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL

La filiación extramatrimonial puede estar establecida por la maternidad y la paternidad de ambos hechos biológicos de los progenitores.

1.5.2.1. FILIACIÓN MATERNA

El axioma tomado por Paulo del DIGESTO mater semper certa est etiam si vulgo concepterit[40] nos decía que la maternidad era siempre indubitable y que su prueba era sencilla, directa y demostraba un hecho simple y común: el sólo ver en estado gestante a una mujer, el hijo que luego

[37] BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo: Hijos legítimos, Buenos Aires, Astrea, 1981, p. 246.
[38] VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. Derecho genético y procreático. Ob. Cit. p. 138
[39] VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. Derecho genético y procreático. Ob. Cit. p. 138
[40] DIGESTO: Ley 5, Título 4, Libro 2

viéramos llevara en sus brazos entendíamos que era de ella (partus séquitur ventrem, INSTITUTA: 2,1,19).

El sustento es que tanto la gestación como el nacimiento son hechos biológicos que pueden ser probados de manera más segura a través del parto, no así la concepción[41].

El primer alcance legal sobre el tema lo dio la Ley de las XII Tablas[42], estableciendo: "4.- Una mujer conocida por su indiscutida honestidad dio a luz en el undécimo mes de la muerte de su marido; y se originó cuestión respecto la concepción, que se reputó posterior a la muerte de aquél; pues los decenviros establecieron que los partos legales debían tener lugar dentro del décimo mes; no, del undécimo".

El sistema de maternidad en la práctica ofrece dificultades, pues es justamente en los casos de pleito cuando la maternidad no puede presentarse como indubitable, salvo que el juez haya asistido al parto.

En este contexto, señala Varsi Rospigliosi, "(…) los supuestos de simulación de embarazo o de parto, inscripción registral indebida, maternidad disputada, transcurso del tiempo que posibilite el examen de parto, etc. son casos en

[41] La Corte Colombiana ha dicho que: "(…) el parto significa que la mujer es la madre, pero no significa jamás con la misma evidencia quien es el padre. Débase ello a que la paternidad no la determina el nacimiento, sino un hecho anterior, o sea, la concepción. Esta implica siempre la participación de un hombre, consistente en haber cohabitado con una mujer y ser la concepción el efecto de la cohabitación". BUENO RINCON, Fabio Enrique: Op. cit., p. 32.

[42] VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. La Ley de las XII Tablas (Su vigencia en el Código Civil peruano de 1984). Disponible en www.ulima.edu.pe/ul.doc/iuristexto/REVOO3/varsi.html

los cuales sólo podrá determinarse la maternidad con ayuda de las pruebas heredobiológicas".[43]

1.5.2.2. FILIACIÓN PATERNA

La determinación de la filiación paterna queda afectada por una situación confusa producto de las relaciones sexuales y el momento de la fecundación. Fernandez Clerigo al respecto señala: "(…) el fenómeno de la generación está, en cuanto al padre rodeado de un misterio casi impenetrable y pocas veces propicio a la justificación mediante prueba directa, razón por la cual es preferible establecer situaciones objetivas, solemnes y comprobables fácilmente que, por otra parte, sirvan de base para instaurar una presunción, allí donde no es posible instaurar una demostración".[44]

Ante el panorama descrito, el derecho romano estableció ciertas presunciones (praesumptio hominis) para determinar la paternidad (demostración etérea) que han perdurado hasta nuestros días sumiéndonos en un sistema cerrado y social de paternidad.

Empero, el avance de la ciencia en el ámbito de la genética ha puesto en cuestionamiento las presunciones romanas.

1.6. DECLARACIÓN JUDICIAL DE FILIACIÓN

[43] VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. Derecho genético y procreático. Ob. Cit. p. 138
[44] FERNANDEZ CLERIGO, Luis: El Derecho de familia en la legislación comparada, México, Ed. Hispano-Americana, 1947, p. 179.

La falta de reconocimiento voluntario respecto del hijo extramatrimonial es solucionada a través de un proceso judicial de carácter declarativo, el cual ha sido objeto de constantes modificaciones legislativas.

Así, el menor perjudicado con la ingratitud paternal, ya sea de manera directa o a través de su representante legal, goza de la facultad de pedir que se practique la investigación correspondiente y que se declare en su momento la relación jurídico familiar.

La regulación del referido mecanismo legal es incuestionable, pues debe reconocerse la facultad inherente que tiene el hijo de reclamar su estado filiativo y exigir a sus padres que cumplan con los deberes y obligaciones naturales que tiene respecto de él.

Varsi Rospigliosi al respecto señala: "(…) la relación paterno-filial y su connotación universal ha determinado que el Estado no sólo haya tomado medidas legales para remediar los problemas suscitados, sino que ha tenido que valerse de alternativas médicas, como las más adecuadas, para resolver el problema de la relación filial. A ello se suman los programas de planificación familiar que han servido para disminuir la tasa de natalidad."[45]

1.7. ACCIONES DE FILIACIÓN

La revisión de la literatura en derecho de familia permite advertir que se hace una referencia a "acciones" de filiación sin embargo discrepamos de la referida denominación pues en estricto no son acciones, por ser éste un derecho abstracto, correspondiendo más

[45] VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. Derecho genético y procreático. Ob. Cit. p. 139

bien a "pretensiones".

A efectos de fortalecer la referida distinción, debemos previamente referirnos a la confusión recurrente entre ambos conceptos, y para cuyo efecto recurrimos a Guasp, quien nos advierte: "Mientras que nociones más o menos importantes han hecho alegremente su carrera en la evolución científica del derecho procesal, otras han sido conservadas en permanente y extraño silencio tanto más difícil de explicar cuanto que la observación de la realidad procesal clamaba a gritos por su entronización".[46] Esta omisión, es particularmente grave por cuanto se trata "... de la sustancia misma del proceso, su clave definidora y explicativa".[47] ¿Cómo ha podido llegarse a tal situación? En el pensamiento del autor español, esto ocurrió porque en el lugar conceptual de la pretensión, se colocaron dos instituciones diferentes. En primer lugar el de acción, que la doctrina, en vez de estudiarla como génesis del proceso, se dedicó a "averiguar la esencia del poder jurídico a que dicha acción se halla conexionada".[48] Un ejemplo del autor aclara la idea: "Del mismo modo que un civilista estudia el matrimonio sin indagar el derecho a casarse, cuestión que a lo sumo es estudiada por el derecho político, del mismo modo el procesalista tiene que estudiar la pretensión procesal sin preocuparse (entiéndase bien, como tal procesalista) del derecho a pretender que es lo que consiste realmente el tan debatido concepto de acción".[49]

En suma, y siendo concordantes con la actual terminología, emplearemos el término "pretensiones" de filiación.

---

[46] GUASP DELGADO, Jaime. La Pretensión Procesal. Madrid: Civitas. 1985, p. 14.
[47] GUASP DELGADO, Jaime. La Pretensión Procesal. Ob. Cit, p. 16.
[48] GUASP DELGADO, Jaime. La Pretensión Procesal. Ob. Cit, p. 49.
[49] GUASP DELGADO, Jaime. La Pretensión Procesal. Ob. Cit, p. 54.

1.7.1. DEFINICIÓN

Las acciones de filiación, según Varsi Rospigliosi, "(…) son acciones dirigidas a la afectación del estado civil del sujeto pues sus resultados pueden variar completamente los atributos de la persona y su identidad personal, justificándose su denominación como acciones de estado".[50]

Por nuestra parte, **las pretensiones de filiación son aquellos mecanismos previstos a favor de aquellos sujetos de derecho, ya sea de manera directa o a través de representación, que buscan el establecimiento del verdadero status filii o calidad de hijo.**

1.7.2. OBJETIVO

El objeto de las pretensiones de filiación es facilitar la adecuación entre la filiación como hecho y la filiación como relación jurídica.

Varsi Rospigliosi señala: "El fundamento de estas acciones reside en la prueba de un hecho: la correspondencia entre la verdad biológica (procreación) y el estado filial (situación de hecho). De allí que sea de la realidad biológica que se establezca (determinación) o quede sin efecto (impugnación) el vínculo filiativo respecto del hijo y sus progenitores".

En suma, las pretensiones de filiación buscan la adecuación entre la verdad formal y la verdad biológica.

[50] VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. Derecho genético y procreático. Ob. Cit. p. 139

1.7.3. CARACTERÍSTICAS

Las pretensiones de filiación tienen como principales características el ser:

- Imprescriptibles: El paso del tiempo no influye en su admisibilidad o requerimiento.
- Inalienables: No pueden ser limitadas ni restringidos sus efectos.
- Personales: Sólo pueden ser utilizadas por un número limitado de personas.
- Intransmisibles: No pueden ser transferidas bajo ningún título.
- Irrenunciables: El goce natural de estas acciones limita la posibilidad de que pueda renunciarse a la acción, no obstante que si podrá renunciarse al derecho a ejercitarlas.
- Eficacia erga omnes: Sus efectos son generales respecto a las personas que están vinculadas filiativamente. No cabe el establecimiento de una filiación in diminuto.

1.7.4. CLASES

1.7.4.1. ACCIÓN DE RECLAMACIÓN

La acción de reclamación o acción de declaración positiva o vindicación de estado civil, señala Varsi Rospigliosi, "Es una acción de emplazamiento, es decir busca establecer una filiación a quien no la tiene".[51]

1) Matrimonial.- Se da a falta de una inscripción regular. Tales son los casos: inscripción sin mención a los padres, inscripción como hijo extramatrimonial de otras personas, inscripción como hijo matrimonial de otros.

[51] VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. Derecho genético y procreático. Ob. Cit. p. 139

2) Extramatrimonial.- Se sustenta en el principio de la investigación de la filiación y permite su determinación respecto de quien no la tiene legalmente, por haber nacido fuera de matrimonio y sus padres biológicos se niegan a reconocerlo. Lógicamente es exigible al padre o a la madre, teniendo: 1°) Paternidad.- Acreditado los supuestos sociales o la vinculación de genética. 2°) Maternidad.- Acreditado los supuestos biológicos o la vinculación de genética.

1.7.4.2. ACCIÓN DE DESCONOCIMIENTO

La acción de desconocimiento o de declaración negativa o de repudio filial, según Varsi Rospigliosi, "Es una acción de desplazamiento, es decir busca dejar sin efecto la filiación de quien la goza fuera de los supuestos permitidos por ley".[52]

1) Paternidad matrimonial: 1.1) **Impugnación**.- Denominada desconocimiento riguroso. En este caso el marido ataca la paternidad que tiene con el hijo concebido por su mujer durante el matrimonio. En ella está vigente la presunción pater est, existe una verdad biológica probable. Se presume que el hombre tenía relaciones sexuales con la madre en la época de la concepción; y, 1.2) **Negación,** Denominada desconocimiento simple o negación ad nutum. En este caso no existe la presunción de paternidad, no hay una verdad biológica probable. Se presume que el hombre no tenía relaciones sexuales con la madre en la época

[52] VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. Derecho genético y procreático. Ob. Cit. p. 139

de la concepción.

2) Maternidad matrimonial: 2.1) **Impugnación**.- El caso típico que genera esta figura es el supuesto o suplantación de hijo, lo que a su vez significa la comisión de los delitos de alteración del estado civil.

3) Casos especiales: 3.1°) **Impugnación de legitimidad**.- Esta acción busca probar que el hijo no es matrimonial. A pesar de que su paternidad legal coincida con la biológica, el hecho de haber sido concebido o alumbrado cuando sus padres no estaban casados motiva la impugnación. Es una acción propia de los padres. 3.2°) **Repudio de la filiación legítima**.- Busca dejar sin efecto una filiación matrimonial a efectos de declararse hijo extramatrimonial. Es una acción propia del hijo. Estas acciones ya no tienen aplicación, son infrecuentes y han sido desplazadas por el principio de unidad de la filiación y el de igualdad entre los hijos.

2. EL DERECHO A LA IDENTIDAD DEL MENOR

2.1. ANTECEDENTES

El interés y sistematización del derecho a la identidad de las personas es atribuido al jurista italiano Adriano de Cupis, quien al explicar el derecho a la identidad expresaba que la identidad personal, es decir, el ser sí mismo con los propios caracteres y acciones, constituyendo la misma verdad de la persona, no puede, en sí y por sí, ser destruida, y ser sí mismo significa serlo también aparentemente, en el conocimiento y en la opinión de los otros, y significa serlo

socialmente.[53]

Italia es el primer país donde el derecho a la identidad se configura judicialmente. La Corte Suprema italiana de 1971 estableció el derecho de cada uno a ser reconocido en "su peculiar realidad" con los "atributos, calidad, caracteres, acciones, que lo distinguen respecto de cualquier otro individuo". Esto, sobre el caso siguiente: En un cartel utilizado para propaganda se reprodujeron las imágenes de un hombre y una mujer que, siendo notorios partidarios de la ley de divorcio y coautores de la norma, eran mostrados pronunciándose a favor de la abrogación de ella; aparecían casados y como agricultores, lo que no era cierto. El pretor atendió a las tres inexactitudes y se refirió a la imagen y al derecho a la identidad sustentado en la Constitución. El juez encontró afectado el derecho a la identidad de la pareja porque estaba falseada la ideología, el estado de familia y la posición social de las personas, cuya imagen también se había utilizado sin su consentimiento[54].

En Italia la Corte de Casación de 22 de junio de 1985, sentenció: cada sujeto tiene un interés, generalmente considerado como merecedor de tutela jurídica, de ser representado en la vida de relación con su verdadera identidad, tal como ésta es conocida o podría ser conocida en la realidad social, general o particular, con la aplicación de los criterios de la normal diligencia y de la buena fe subjetiva. [55]

---

[53] CANTORAL DOMÍNGUEZ, Karla. El derecho a la identidad del menor: el caso de México. Disponible en http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2070-81572015000200003

[54] FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Nuevas tendencias en el derecho de las personas, Lima: Fondo Editorial de la Universidad de Lima, 1990, p. 151

[55] FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Derecho a la identidad personal, Buenos Aires: Astrea, 1992, p. 86.

2.2. **DEFINICIÓN Y CONTENIDO**

El Derecho a la identidad, según Fernández Sessarego, "(…) es el conjunto de atributos y características psicosomáticas que permiten individualizar a la persona en la sociedad; en suma, sería todo aquello que hace que cada cual sea "uno mismo" y no "otro".[56]

Asimismo, Fernández Sessarego distingue entre la identidad estática y la identidad dinámica.

- La identidad estática está conformada por características que no varían en el tiempo, tales como el nombre, el sexo, la nacionalidad, el idioma de origen, el grado de parentesco,
- La identidad dinámica se encuentra conformada por la edad, el entorno socio familiar, etcétera.

Álex Plácido consideran que el derecho a la identidad personal "(…) supone para cada individuo el acceso concreto y cierto al conocimiento de su origen biológico con independencia de su filiación".[57]

Epstein expresa: "La identidad se encuentra íntimamente vinculada con la idea de Ser. Las características identitarias resultan una condición indispensable para la propia existencia de la persona. Es la identidad la que permite a cada uno y cada una la especificidad de ser una persona única e irrepetible. Por tanto, el derecho a la identidad aparece como necesidad prioritaria para la definición del ser persona.". Agrega: "Podemos pensar a la identidad desde una doble conformación de la misma: de un lado se encuentra el factor biológico de la filiación, por el otro, nos encontramos con el espacio

[56] FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Derecho a la identidad personal, Ob. Cit., p. 87.
[57] PLÁCIDO VILCACHAUA, Alex. Filiación y patria potestad en la doctrina y en la jurisprudencia. Lima, Gaceta Jurídica, 2003, p. 16

socio psicológico. La afectación o modificación de alguno de los dos, genera necesariamente un cambio que repercute en la conformación identitaria de la persona"[58].

Michel Fariña sostiene dos facetas relacionadas con el tema de la identidad: "Por un lado, la evidencia de su importancia, más allá de cualquier especulación. El valor que tiene para las personas el conocimiento fehaciente de su filiación biológica es hoy un dato incontrastable. Por otro lado, el análisis de ADN es un dato que debiera funcionar como un punto de pasaje, nunca de llegada. [...] La dictadura militar se ocupó de suprimir las coordenadas de la filiación para que estos niños, hoy adultos, no pudieran ser recuperados. [...] Pero el borramiento de las marcas nunca es una operación totalmente exitosa."[59]

En suma, el derecho a la identidad incluye el nombre, la nacionalidad, la filiación, los caracteres físicos y morales, la profesión y los acontecimientos diversos de la vida.

2.3. EL DERECHO A LA IDENTIDAD DEL MENOR EN EL DERECHO PERUANO

El derecho a la identidad se encuentra previsto a nivel constitucional, infralegal y supranacional.

A nivel supranacional, tenemos los siguientes instrumentos internacionales: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Americana de Derechos Humanos y Convención sobre

[58] EPSTEIN. Martin. La identidad como derecho inherente a los niños y las niñas. Disponible en http://webiigg.sociales.uba.ar/iigg/jovenes_investigadores/5jornadasjovenes/EJE1/Mesa2_Epstein.pdf

[59] MICHEL FARIÑA, Juan Jorge y GUTIÉRREZ, Carlos. La encrucijada de la filiación. Tecnologías reproductivas y restitución de niños. Buenos Aires: Grupo Editorial Lumen. 2001, p. 15

los Derechos del Niño.

El artículo 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos indica: “Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”.

Asimismo, el artículo 3 de la Convención Americana de Derechos Humanos señala: “Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica". Asimismo, en el artículo 19 de la CADH se establece que “Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario". Finalmente, el artículo 20.1 del mismo texto normativo indica que: “Toda persona tiene derecho a una nacionalidad".

El artículo 8.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificado por el Perú y parte del ordenamiento interno, expresa: “Los Estados parte se comprometerán a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas".

El artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño sostiene: “Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.”[60]

[60] El presente artículo, de alta importancia desde la Convención que cuenta con la mayor cantidad de ratificaciones en el plano del sistema universal, tiene una historia particular: es conocido como el artículo argentino. El rol de las defensoras de derechos humanos, centralmente las Abuelas de Plaza de Mayo, permitió incorporar dentro del corpus de derechos del niño, el derecho a la identidad, sosteniendo la responsabilidad estatal frente al incumplimiento de tal derecho.

A nivel legal tenemos el artículo 6 del Código de los Niños y Adolescentes, cuyo texto señala: "El niño y adolescente tienen derecho a un nombre, a la nacionalidad peruana, a conocer a sus padres y a ser cuidado por éstos. Será registrado por su madre o responsable inmediatamente después de su nacimiento en el registro civil correspondiente".

El Tribunal Constitucional peruano respecto del derecho a la identidad ha señalado: "(…) la identidad a que se refiere el inciso 1) del artículo 2º de la Constitución ocupa un lugar esencial entre los atributos esenciales de la persona. Como tal representa el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo como es, encontrándose constituido por diversos elementos tanto de carácter objetivo como también de carácter subjetivo. Entre los primeros cabe mencionar los nombres, los seudónimos, los registros, la herencia genética, las características corporales, etc., mientras que entre los segundos se encuentran la ideología, la identidad cultural, los valores, la reputación, etc. (STC. EXP. N° 2223-2005-PHC/TC).

En suma, a nivel normativo queda reconocido el derecho a la identidad, el cual es de titularidad de todo sujeto de derecho y en particular del menor, en aplicación del principio de interés superior del niño.

CAPITULO II
LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA

1. INTRODUCCIÓN

Una idea generalizada es el desarrollo de la vida de todo hombre, esto es, que éste nace, crece, se reproduce y muere, afirmación de la cual podemos extraer dos relevantes momentos, unidos entre sí, como son el nacimiento y la reproducción. El nacimiento de todo hombre es un resultado biológico producto de la previa unión de dos personas, nuestros padres, de sexos opuestos quienes nos han engendrado genéticamente y que, por lo general, están casados. Sin embargo, ante el surgimiento de una serie de nuevos factores, físicos o sociales, aquel proceso de nacimiento y de reproducción son completamente suplidos por la ciencia.

En este contexto surge la reproducción biológica, a través de las denominadas **TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA (TERAS).**

2. LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS

Los derechos sexuales y reproductivos, según Varsi Rospigliosi, "(…) son aquellos que reconocen la facultad de las personas para tomar decisiones libres respecto a su capacidad reproductiva y su vida sexual".[61]

Los Derechos Sexuales y Reproductivos abarcan tanto las libertades como las facultades correspondientes a los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. Estos derechos son parte del marco de los derechos humanos reconocidos en los documentos y tratados

[61] VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. Derecho genético y procreático. Ob. Cit. p. 140

internacionales aprobados por consenso y en el corpus legislativo argentino. Los derechos reproductivos se basan en el reconocimiento del derecho de toda persona a decidir libremente si tener o no hijos, cuántos hijos tener y el espaciamiento entre nacimientos, y a disponer de la información y de los medios para alcanzar el más elevado estado de salud sexual y reproductiva sin sufrir discriminación, coacción ni violencia.[62]

Cook, Dickens y Fathalla expresan: "La salud reproductiva es un estado general de bienestar físico, mental y social y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos de procrear y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia [...] el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permiten los embarazos y los partos sin riesgos y den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos".[63]

Ávalos Capín señala: "Con la expresión "derechos reproductivos y sexuales" nos referimos de manera amplia al derecho de todas las personas, sin importar su edad, identidad de género, orientación sexual u otras características, a decidir sobre su propia reproducción y sexualidad, en el respeto a los demás".[64]

Los derechos reproductivos confieren a su vez a toda persona, un acceso igualitario, sin distinción de sexo, edad, condición cultural, socioeconómica a la realización plena, segura y libre de la vida sexual; la

---

[62] Fondo de Población de las Naciones Unidas. UNFPA. Disponible en http://www.unfpa.org.ar/sitio/index.php?option=com_content&view=article&id=48&Itemid=62

[63] COOK, Rebecca J., DICKENS, Bernard M., FATHALLA, Mahmoud. Salud reproductiva y derechos humanos, Bogotá, Profamilia, Oxford, 2003, p. 74.

[64] ÁVALOS CAPÍN, Jimena. Derechos reproductivos y sexuales. Disponible en http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/8/3568/38.pdf

libre opción de la maternidad / paternidad; y, a la planificación familiar voluntaria y responsable.

El fundamento de los derechos sexuales y reproductivos es el derecho de las personas a ejercer plenamente su capacidad sexual y reproductiva y el control sobre el propio cuerpo y su salud.

Varsi Rospigliosi agrega que se basan además "(…) en considerar a las personas sujetos capaces de decidir en forma autónoma sobre su sexualidad y reproducción y en la igualdad entre varones y mujeres para que compartan el compromiso respecto a la reproducción".[65]

Los derechos sexuales y reproductivos comprenden los siguientes derechos y libertades:

- Libertad de vivir una sexualidad plena, orientación sexual libre de coerción y violencia, acceso a la información sobre el cuerpo y la sexualidad.
- Anticoncepción segura y efectiva.
- Información actualizada y veraz sobre sexualidad y salud reproductiva, sobre beneficios y riesgos de los medicamentos, tecnologías y tratamientos médicos.
- La atención segura del embarazo y parto.
- Tratamientos seguros para la infertilidad.
- Aborto seguro y legal.
- Prevención y tratamiento de enfermedades de transmisión sexual y VIH/SIDA, canceres genito-mamarios.
- Derecho a no sufrir violencia, abuso o coerción sexual y corporal.
- Decidir tener o no tener hijos, el número de hijos y el intervalo entre los nacimientos.

[65] VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. Derecho genético y procreático. Ob. Cit. p. 140

3. TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA (TERAS)

3.1. DEFINICIÓN

Las técnicas de reproducción asistida, según Lizardo Taboada, "(…) son los métodos técnicos que sirven para suplir la infertilidad de las personas".[66]

Graciela Medina define las técnicas de reproducción asistida, como "(…) los métodos destinados a suplir la infertilidad en los seres humanos, logrando satisfacer el derecho a la procreación, entendido como aquella facultad individual que tiene la persona para procrear con quien quiera, cuando quiera y como quiera".

Varsi Rospigliosi define las técnicas de reproducción asistida como "(…) aquellos métodos técnicos que sirven para suplir la infertilidad en la persona, brindándole la posibilidad de tener descendencia".[67]

Aizenberg define la fertilización o reproducción humana asistida como "(…) el conjunto de técnicas que se utilizaban en el ámbito de la medicina reproductiva, para intentar la fecundación de un óvulo y un espermatozoide".[68]

Se llama técnicas de reproducción asistida (TRA) a los diferentes procedimientos que, en mayor o menor medida, pueden reemplazar

---

[66] TABOADA CORDOVA, Lizardo. Negocio Jurídico, Contrato y Responsabilidad Civil. Lima: Editorial Jurídica Grijley. 2008, p. 271.

[67] VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. Derecho Genético". 2ª ed., Lima: Normas Legales. 1997, p. 62.

[68] AIZENBERG, Marisa S. El tratamiento legal y jurisprudencial de las técnicas de reproducción humana asistida en Argentina. En Revista Derecho Privado. Año I - N° 1 - Mayo 2012. Buenos Aires: Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, p. 48.

o colaborar en uno o más pasos naturales del proceso de reproducción.[69]

Las Técnicas de Reproducción Asistida (TERAS) son métodos supletorios, no alternativos.

- Son supletorios pues buscan superar una deficiencia biológica o síquica que impide tener descendencia cuando otros métodos han fracasado o han resultado ineficaces, de manera tal que, como acto médico[70], robustecen el derecho a la salud.
- Son no alternativos, pues siendo la finalidad directa la procreación ésta no puede estar supeditada a la mera voluntad de la persona.

3.2. **DENOMINACIÓN**

El conjunto de técnicas cuyo objeto es obtener la procreación humana recibe en los textos legislativos que dotan de una normativa legal al sector sanitario, diferentes denominaciones.

Así, por ejemplo, en el proyecto de resolución del Parlamento

---

[69] Instituto Interamericano de Derechos Humanos Reproducción asistida, género y derechos humanos en América Latina / Instituto Interamericano de Derechos Humanos. – San José, IIDH, 2008, p. 11.

[70] "El acto médico es aquella intervención sobre el cuerpo humano realizada por el profesional de la salud titulado que tiene una finalidad de diagnóstico o de terapia. Sus características son: profesionalidad, ejecución regular o típica y licitud. Los actos médicos se presentan de la siguiente forma: Actos médicos corpóreos.- Actos Directos: prevención o profilaxis, diagnóstico, prescripción, tratamiento, rehabilitación. Actos Indirectos: transplantes de órganos, transfusiones sanguíneas, autopsias y la investigación o experimentación tanto en seres vivos como en cadáveres. Actos médicos extracorpóreos: Son los casos de investigación o experimentación médica. La Ley general de salud indica que toda información relativa al el acto médico tiene el carácter de reservado (art. 25). Asimismo que 'El acto médico debe estar sustentado en una historia clínica veraz y suficiente que contenga la prácticas y procedimientos aplicados al paciente para resolver el problema de salud diagnosticado' (art.29). Por otro lado, establece (art. 42) que 'Todo acto médico que se lleve a cabo en un establecimiento de salud o servicio médico de apoyo es susceptible de auditorías externas en las que puedan verificarse los diversos procedimientos a que es sometido el paciente, sean éstos para prevenir, diagnosticar, curar, rehabilitar o realizar acciones de investigación'. VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. Derecho Médico. Lima: Editorial Grijley. 2003, pp. 133-135.

Europeo, de 1979, estas técnicas eran denominadas "Técnicas de procreación artificial". En los EEUU, también en 1979, el Departamento de Salud, Educación y Bienestar emitió un informe sobre "Fecundación 'in vitro' y transferencia de embriones". En la Gran Bretaña, el informe sobre esta materia, considerado por el Parlamento en 1984, denomina esta materia, en sentido amplio, "Fertilización humana", y con este término es designada en la ley de 1990 que la regula. En 1985 algunos estados de Canadá aprobaron un informe en el que se designaba esta cuestión como "Reproducción humana artificial". En España, la ley de 1988 aprobada por el Congreso y el Senado, la denomina "Reproducción asistida". En Francia, la Asamblea Nacional recogió el término "Procreación médicamente asistida" en la ley debatida y aprobada en 1992. De ese mismo año es la ley federal de Austria de "Reproducción médica". Hace unos meses la Cámara de Diputados y el Senado de Italia han debatido la ley de "Procreación asistida" (2002). En Brasil, la Resolución 1.358/92 del Consejo Federal de Medicina emitió unas normas ético-deontológicas sobre "Técnicas de Reproducción Asistida". En la cámara legislativa brasileña han sido debatidos varios proyectos de ley (que no han sido finalmente aprobados) en las que se empleó el término "Reproducción asistida" (proyectos de ley 2.855/97 y 90/99).

Por nuestra parte, el conjunto de técnicas cuyo objeto es obtener la procreación humana las denominamos "**TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA (TERAS)**".

3.3. TIPOLOGÍA

La ciencia regula una diversidad de procedimientos técnicos encaminados a alcanzar la procreación de un ser humano por una vía diversa de la unión sexual del varón con la mujer, mediante la

implantación de gametos o embriones en la mujer.

Las técnicas actuales de procreación asistida suelen clasificarse en tres tipos: 1. fecundación "in vivo"; 2. fecundación "in vitro" con transferencia embrionaria; y, 3. técnicas coadyuvantes.

Aizenberg al respecto señala: "Los avances tecnológicos, quirúrgicos y farmacológicos en la materia han permitido el adecuado tratamiento de estas enfermedades y comprenden variadas técnicas —con diferentes grados de complejidad—, según lo requiera el caso, pudiendo citarse a título de ejemplo la inseminación intrauterina (IIU), la fertilización in vitro (FIV), la transferencia de gametos en las trompas (GIFT) o de embriones (ZIFT), la inyección intracitoplasmática de espermatozoides en óvulos (ICSI), entre otros".[71]

Por nuestra parte, clasificamos las Técnicas de Reproducción Asistida (TERAS) en: **INSEMINACIÓN ARTIFICIAL** (IA) y **FECUNDACIÓN EXTRACORPÓREA** (FEC).

3.3.1. **LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL – IA**

La inseminación artificial, según Lema Añón, "(…) consiste básicamente en el depósito de semen (fuera del marco de una relación sexual) realizada por parte de un especialista (médico ginecólogo) en los genitales internos de una mujer. Con esto se pretende que algunos espermatozoides lleguen a entrar en contacto con el óvulo, para que la fertilización si se produce, ocurra en el lugar y la forma habitual".[72]

[71] AIZENBERG, Marisa S. Ob. Cit., p. 49.

[72] LEMA AÑON, Carlos. Reproducción, poder y derecho. Ensayo Filosófico sobre las técnicas de reproducción asistida". Madrid, Trotta, 1999, p. 35

Maris, por su parte, expresa: "(...) la inseminación artificial consiste en la intervención médica para depositar el semen en la vagina, en el cuello uterino o en el interior de la cavidad del útero o matriz, pero no logra resultado alguno en los casos de esterilidad femenina debido a problemas insolubles en las trompas de Falopio, de esterilidad masculina secundaria por reducción del número de espermatozoides, de esterilidades de origen inmunológica y finalmente, en los casos de esterilidades sin diagnóstico, supuesto este último que alcanza a una significativa cantidad de parejas".[73]

Una de las técnicas más antiguas y más simples es la inseminación artificial (IA). Este procedimiento reemplaza la relación sexual en la pareja como medio para lograr el embarazo y se utiliza, especialmente, para superar algunos casos leves de infertilidad masculina y femenina. La inseminación artificial se puede realizar con el esperma de la pareja (homóloga) o con el de un donante (IAD), también denominada heteróloga.[74]

3.3.2. **LA FECUNDACIÓN EXTRACORPÓREA – FEC.**

La fecundación in vitro (FIV) es una técnica utilizada para la mujer con producción normal de óvulos, quien a pesar de poseer un útero apto para gestar, no consigue lograr el embarazo debido a problemas en las trompas de Falopio y, en consecuencia, no se permite al óvulo fecundado llegar al útero. En este caso, la fecundación deberá hacerse en un laboratorio y no directamente en el cuerpo de la mujer; es decir, la fusión del

[73] MARIS MARTÍNEZ, Stella. Manipulación genética y derecho penal. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1994, p. 40.
[74] Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Reproducción asistida, género y derechos humanos en América Latina / Instituto Interamericano de Derechos Humanos. – San José, IIDH, 2008, pp. 38-39.

óvulo y el espermatozoide se realizarán en un laboratorio, en lugar de hacerlo en las trompas de Falopio.

Casado, señala que la Fecundación in Vitro clásica es un método relativamente sencillo que por lo general no plantea conflictos, y que se lleva mediante una la inyección intracitoplasmática de espermatozoides[75]

Soto, por su parte, sostiene: "La fecundación in vitro consiste básicamente en reproducir, con técnicas de laboratorio, el proceso de fecundación del óvulo que normalmente ocurre en la parte superior de las trompas de Falopio, cuando obstáculos insuperables impiden que este fenómeno se realice intra corpore".[76]

En suma, la fecundación in vitro o extracorpórea busca la unión del espermatozoide y óvulo en una probeta y tiene entre sus objetivos (además) la investigación humana científica.

La técnica consiste en la extracción de óvulos de la mujer. El procedimiento de aspiración de gametos femeninos (óvulos) requiere un monitoreo cuidadoso del ciclo de inducción en el cual la mujer recibe las drogas de fertilidad, un procedimiento quirúrgico para aspirar los óvulos (laparoscopía), hoy en día frecuentemente reemplazada por una aspiración trasvaginal bajo control ecográfico y una técnica de laboratorio especial para este tratamiento. Una vez obtenidos los óvulos se los pone en una probeta con una solución similar a la que se encuentra en las trompas de Falopio. A esta solución se le agrega el esperma.

---

[75] CASADO, María. Nuevos materiales de bioética y derecho, México D.F.: Fontamara, 2007, p. 245.
[76] SOTO LAMADRID, Miguel Ángel. Ob. Cit., p. 33

El óvulo fertilizado puede examinarse durante un par de días mientras se divide celularmente, para después introducirlo por la vagina en el útero. Cuando el embrión se implanta en la pared uterina hay embarazo. De esta manera, la tecnología logra superar, por ejemplo, el bloqueo de las trompas de Falopio, que impedía que el esperma llegara al óvulo.[77]

Los avances biotecnológicos permiten que éstas técnicas pueden realizarse estando en vida la pareja o el cedente o después de producida la muerte pues la crioconservación de gametos y de embrión permiten la transferencia en cualquier momento.

De Estrella Gutiérrez[78] señala que existen otras formas o tratamientos de complejidad secundaria como:

- PDZ, realización de un corte en la zona pelúcida del óvulo para facilitar el ingreso de los espermatozoides.
- SUZI, inyección de los espermatozoides bajo la zona pelúcida del óvulo, podría decirse que fue el inicio del método ICSE.
- ASISTED HATCHING, realización de una pequeña abertura en la zona pelúcida del embrión para ayudarlo a desprenderse de ella e implantarse en la pared uterina.

3.4. VARIANTES

Tanto la IA como la FEC pueden ser interconyugal (**homóloga**), con material genético (óvulo y semen) del cónyuge o conviviente o supraconyugal (**heteróloga**) con material de tercero o cedente; o mixta, realizada con la mezcla de componentes genéticos de dos o

[77] Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Ob. Cit., pp. 41-42.
[78] MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, Graciela N. Bioderecho. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998, pp. 73 y 74

más varones.

3.4.1. TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA INTERCONYUGAL U HOMOLOGA

La inseminación artificial interconyugal u homóloga (IAH), según Quincosa Márquez "(…) utiliza cuando los factores de tipo psicológicos o mecánicos impiden o dificultan la cópula; ya sea por una baja movilidad de los espermatozoides o porque el tracto genital femenino no permita su entrada".[79]

La fecundación homóloga no crea mayor problema puesto que existe un vínculo matrimonial que le otorga seguridad jurídica a dicha práctica y sus consecuencias. Asimismo, la unión de hecho que le ofrece una presunción legal de paternidad al producto de la concepción.

3.4.2. TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA SUPRACONYUGAL O HETEROLOGA

Quincosa Márquez al respecto señala: "La inseminación artificial heteróloga, criticada por algunos especialistas en cuanto a su terminología (pues en términos biomédicos lo heterólogo hace referencia al procedimiento realizado entre especies distintas), es indicada en los casos de esterilidad masculina, esterilidad por causas desconocidas o para evitar la transmisión de enfermedades hereditarias o bien, es la más recomendada

[79] QUINCOSA MÁRQUEZ, Rocio Mayrelle. Análisis sobre la importancia de legislar la reproducción asistida en México. Tesis de Maestría en Derecho Civil. Universidad La Salle, 2010. Disponible en http://www.ordenjuridico.gob.mx/Publicaciones/Tesis2011/2Analisis_sobre_la_importancia_de_legislar_la_reproduccion_asistida_en_Mexico.pdf

para mujeres sin pareja.".[80]

En suma, la fecundación supraconyugal o heteróloga es aquella técnica en que se utiliza el semen de un donante.

3.5. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

La reproducción asistida tiene una larga historia por ser el método más antiguo para combatir la esterilidad.

Los pueblos babilónicos y arábigos hallaron en los vegetales el método de reproducción sin cópula, ya que lograron polinizar artificialmente palmeras para conseguir mayor producción de dátiles. En la Antigua Grecia y en el Imperio Romano se realizó esta técnica con animales.

En el siglo VI los árabes utilizaban rudimentariamente, pero casi de manera constante, la inseminación artificial en animales.

En el siglo XII (Edad Media) un médico árabe practicaba en sus pacientes con problemas de fertilidad el baño en una tina que contenía agua con esperma.

Posteriormente, y con fechas más exactas, tenemos que en 1322 un jeque árabe, utilizando una esponja, fecundó a su yegua con semen extraído de un caballo; alrededor de los años 1424 y 1474 el médico Arnaud de Villaneuve inseminó artificialmente a doña Juana de Portugal, segunda esposa de Enrique VI de Castilla (El Impotente);

---

[80] QUINCOSA MÁRQUEZ, Rocio Mayrelle. Análisis sobre la importancia de legislar la reproducción asistida en México. Tesis de Maestría en Derecho Civil. Universidad La Salle, 2010. Disponible en http://www.ordenjuridico.gob.mx/Publicaciones/Tesis2011/2Analisis_sobre_la_importancia_de_legislar_la_reproduccion_asistida_en_Mexico.pdf

1776 se estudian las consecuencias de la congelación de espermatozoides; 1780 se insemina a una hembra de la especie canina; 1799 se reporta el primer embarazo por inseminación artificial; 1890 se logra la primera fecundación in vitro del ovocito de una coneja y la correspondiente transferencia del embrión; 1930 se logra la activación artificial del óvulo de una coneja y el primer parto de un conejo vivo sin padre.

En 1937 un editorial anónimo de una prestigiosa revista[81] sugirió la posibilidad de fecundar extracorpóreamente material genético humano; 1944 se fecunda un óvulo humano en probeta, pero rápidamente muere; 1949 descubren que la glicerina puede ser usada para congelar el esperma; es en 1950 cuando se produce el verdadero impulso en el campo de la reproducción asistida, al lograrse congelar semen de bovino y luego inseminarlo con éxito; 1951 se transfiere exitosamente el embrión de una vaca a otra; 1952 nace el primer becerro producto de semen congelado, en ese mismo año se clonan células de renacuajo[82]; 1953 se usa semen congelado en una inseminación humana, así también se logra que un embrión fecundado in vitro sobreviva hasta el estado de mórula; 1959 vive el primer conejo fruto de la fertilización in vitro.

En 1970 embriones de ratones son clonados; 1971 se mantiene vivo un embrión humano durante 60 días en un tubo de ensayo, lo que

---

[81] "Conception in a Watch Glass", en: The New England Journal Medicine, Inglaterra, No. 217, 1937, p. 678.

[82] El diario USA Today (Miami, 2/11/1993, sección D, p. 7), refiere en un artículo intitulado "From tadpoles, a theory is born", que esta intervención fue realizada por los doctores Robert Briggs y Thomas King del Instituto de Investigación de Cáncer de Fialdelfia por la que se creó docenas de renacuajos genéticamente iguales. "La idea --detallada el artículo-- fue originariamente propuesta a finales de los treinta por el premio Nobel Hans Apermann. Pero aún entonces los científicos se hallaban ya ocupados trabajando con el antecedente de la clonación, conocida como partogénesis (la habilidad para inducir la reproducción asexual en criaturas sexualmente comunes)." Concluye el reportaje que las células clonadas fueron extraídas del estómago del renacuajo. (La Traducción ha sido realizada por María del Pilar Espejo Barthelmes).

fue condenado por la Iglesia; 1972 sobreviven crías de ratones de embriones congelados; 1973 nace el primer becerro de embrión congelado; 1975 se logra la multiplicación por clones en conejos; 1978 nace la primera bebé probeta, Louise Brown, Gran Bretaña; 1979 embriones de oveja son clonados; 1980 el embrión de una res es clonado; 1981 nace la segunda bebé probeta, Amandine, Australia y, a finales de año se logra obtener ratones transgénicos (que llevaban en el ovocito fecundado un gen introducido artificialmente) como transnucleados (derivados de ovocito con núcleo sustituido); 1983 nace el primer bebé producto del esperma del esposo y del óvulo de donante; 1984 nace el primer bebé de un embrión congelado, Zoe (en griego, "regalo de vida"), Australia; 1985 nacen los primeros cuádruples producto de las técnicas de reproducción; 1985 madre subrogada se niega a entregar al hijo que gestó[83]; 1993 clonan embriones humanos; en 1995 se desarrolla la ingeniería de tejido e implante de órganos artificiales; en este mismo año se desarrolla el método ICSI de fecundación asistida; en 1996 se discute mundialmente la destrucción de embriones congelados; en 1997 se clona (autorreproduce) a una oveja, Dolly.

---

[83] "El caso jurisprudencial más célebre es el conocido con el nombre de 'Baby M', en los Estados Unidos. Los hechos fueron los siguientes: en febrero de 1985, la señora Mary Beth Whitehead firmó un contrato de maternidad subrogada, aceptando ser inseminada artificialmente con el esperma de William Stern y entregar el niño a su nacimiento. A cambio de la entrega del niño recibiría la suma de diez mil dólares. Al mismo tiempo, aceptaba ser sometida a una amniocentesis y, si se detectaban anomalías en el feto, se obligaba a abortar a petición de la pareja que lo había 'encargado', bajo pena de perder el precio convenido. En marzo de 1986 la señora Whitehead dio a luz a una niña (Melisa, de donde deriva el nombre del caso) y la entregó, no sin reticencias, a los Stern, quienes decidieron confiársela 'a título provisorio y para su salud moral'. Ella conservó a Melisa durante cuatro meses, sin intención de entregarla a los stern, hasta que fue obligada por una decisión judicial. En marzo de 1987 un juez declaró extinguidos los derechos maternos de la señora Whitehead. Diez meses después, la Corte Suprema del Estado de Nueva Jersey la restableció en sus derechos y declaró nula la adopción hecha por la señora Stern. La niña fue declarada legalmente hija natural de la señora Whitehead y del señor Stern. Fundándose en el interés superior de la menor, la Corte decidió que ella residiría normalmente con el matrimonio stern, pero que la madre subrogada --que era la madre genética--, tenía un derecho de visita (Corte Suprema de Nueva Jersey, 3 de febrero de 1998, Atlantic Reporter, 2. Serie, N.J. 1998, p. 1227)". Cfr. CHABAS, Francois: "Jurisprudence relative aux meres de substitution", en: La Revue du Praticien, No. 37, del 10 de octubre de 1998, p. 95. Cit. ANDORNO, Roberto: Bioética y dignidad de la persona, Madrid, Tecnos, 1998, pp. 142 y 143, nota 34.

3.6. DESARROLLO

La fecundación asistida tiene en la actualidad, una doble fisionomía: la de la fecundación "in vivo" o **inseminación artificial**, en la que ésta acontece de modo artificial dentro del cuerpo de la mujer (intracorpórea) y la de la fecundación "in vitro", en la que la fecundación artificial se realiza extracorporalmente.

3.6.1. DESARROLLO DE LAS TÉCNICAS DE FECUNDACIÓN "IN VIVO" O INSEMINACIÓN ARTIFICIAL

La primera fecundación artificial que se conoce en la historia fue la realizada por Spallanzani en el S. XVIII, que consiguió la fecundación de una perra por inseminación artificial. Años después del experimento de Spallanzani, tras la muerte del famoso cirujano inglés John Hunter, su albacea testamentario descubrió entre sus papeles el testimonio de que éste había conseguido efectuar con éxito en 1785 la primera inseminación artificial humana, con el sucesivo nacimiento de un niño. Era el caso de un matrimonio en el que el marido era afecto de hipospadia. Hunter había pedido recoger el esperma y había procedido a la inseminación artificial en la mujer, con una técnica muy parecida a la de Spallanzani.

Al principio la idea de Hunter fue contemplada con rechazo. Pero durante el S. XIX fueron varios los autores que propusieron el empleo de la inseminación artificial en la curación de ciertos tipos de esterilidad femenina, aunque siempre empleando semen del marido. En 1884 Pancoast, en Filadelfia, no obstante la opinión pública contraria, realizó la primera inseminación artificial heteróloga (con semen de un donante), de la que hoy se tenga constancia. El famoso ginecólogo neoyorquino James Marion

Sims publica en 1886, en Londres "Clinical notes on uterine surgery, with special reference to the management of sterile condition", donde expone sus ideas sobre el posible uso de la inseminación artificial tanto homóloga como heteróloga, que resultan también muy criticadas. Sólo en 1904 se da publicidad a inseminaciones artificiales heterólogas, con una considerable polémica.

La inseminación artificial, a principios del S. XX, por tanto, se diversifica en dos modalidades: IAC (Inseminación artificial con semen del cónyuge) e IAD (Inseminción artificial con semen de donante). La primera es empleada en esterilidad femenina y la segunda en casos de esterilidad del marido. El desarrollo mayor del empleo de técnicas de inseminación artificial se produce en la década de los 60' y los 70'. Ello se debe, sobre todo, al descubrimiento de la crio-preservación de semen. Bunge y Sherman, en 1953, emplearon la nieve carbónica para congelar semen con el que, una vez descongelado, se obtuvo, por inseminación, un embarazo a término. En 1964 se consigue también con el empleo de nitrógeno líquido, mucho más eficaz y cómodo. A partir de ello se crearon los bancos de semen, que permitieron la difusión de la inseminación artificial y facilitaron enormemente su práctica.

En 1984, Ash y Garcea consiguen desarrollar una técnica en la que, obteniéndose primero artificialmente los gametos masculino y femenino, se transfieren posteriormente a la trompa uterina, sucediendo después de modo espontaneo la fecundación "in loco", con lo que se superaban determinados obstáculos causa de esterilidad, sin tener que recurrir a la fecundación "in vitro". Se trataba de la tercera técnica de fecundación asistida "in vivo", junto con la IAC y la IAD: la GIFT (Transferencia Intra-Fallopiana de Gametos).

3.6.2. DESARROLLO DE LAS TÉCNICAS DE FECUNDACIÓN "IN VITRO"

La idea de sumergir un óvulo en un medio con espermatozoides, obtener su fecundación y transferirlo después al endometrio uterino para que en él se implantase, encontró numerosos obstáculos prácticos que impidieron su realización. Sólo en 1959 Chang y Thibault consiguieron la fecundación "in vitro" de conejos, alcanzándose después en diversas otras especies: hamster (1969), ratón (1969), oveja (1980).

Aplicar esta técnica reproductiva al hombre y aplicarla a casos de esterilidad tropezaba con varias dificultades técnicas añadidas (además de aquellas éticas). Desde fines de los años sesenta, dos grupos de estudio, el de Edwards y Steptoe (en Cambridge), y el de Lopata, Trounson y Wood (en Melbourne), trabajaban por superarlas. Edwards, casi lo consiguió, en 1969, con el desarrollo de las técnicas laparoscópicas, mediante las cuales alcanzó a realizar la primera fecundación artificial humana, de la que se tenga constancia, aunque no logró la supervivencia de ninguno de los embriones que trató de transferir. Tras nueve años de investigación, en 1978, nacerá Louise Brown, la primera "niña probeta", tras fecundación "in vitro" y transferencia embrionaria (FIVET) efectuada por Edwards y Steptoe, en el Reino Unido, generando, como no podía ser menos, una considerable polémica en los medios de comunicación. Esta misma técnica (con pocas modificaciones), sigue siendo hoy la principal metodología empleada y, por ello, suele denominarse hoy día de fecundación "in vitro" convencional.

Durante la década de los 80' se desarrollaron multitud de otras variantes de la FIVET. Se trata de las llamadas "técnicas no

convencionales", a las que más tarde aludiremos, tales como, por ejemplo, la ZIFT, TET, PROST, etc. pero que, con el paso de los años, no han logrado mejorar los resultados de la técnica convencional, salvo en algunas indicaciones específicas y, progresivamente han ido pasando a un segundo plano en la práctica cotidiana de la fecundación asistida.

En cambio, las técnicas de microinyección (especialmente la ICSI) desarrolladas durante la década de los noventa, han tenido un auge extraordinario en Europa, EEUU y Australia, tanto que se puede decir hoy día, a finales del 2002, que son, tras la FIVET, las técnicas de fecundación "in vitro" más empleadas, aunque siguen en pie bastantes de las incertidumbres a las que más adelante nos referiremos.

Todas estas técnicas de microinyección parten de un principio diferente de la FIV, porque tratan de obtener directamente la fecundación mediante una microinyección del espermatozoide en el ovocito, lo que resulta especialmente interesante para los especialistas, en casos refractarios de esterilidad masculina, precisamente aquellos en que la FIVET presenta menores índices de resultados positivos. El primer embarazo de embriones fecundados por microinyección tuvo lugar en 1988, y el primer embarazo con la técnica ICSI, en concreto, tuvo lugar en 1992. A partir de entonces, la difusión de la ICSI en los centros de fecundación asistida de todo el mundo ha sido muy rápida.

3.7. TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA ACTUALES

Aproximadamente la mitad de las parejas estériles que recurren hoy a la medicina no alcanzan, mediante los recursos convencionales,

la fecundación natural. Las técnicas para provocar artificialmente el encuentro entre el espermatozoide y el óvulo se efectúan en la actualidad en dos grandes modalidades: la fecundación "in vivo" y la fecundación "vitro", complementadas por diversas técnicas coadyuvantes. Aunque no ha habido cambios sustanciales, en los últimos diez años, la panorámica de las técnicas de fecundación asistida ha cambiado notablemente en los aspectos técnicos secundarios. A continuación, mostramos en breve síntesis un estado de la cuestión.

3.7.1. TÉCNICAS DE FECUNDACIÓN "IN VIVO"

Las técnicas "in vivo" son la inseminación artificial (IA), con semen del cónyuge (IAC), o de donante (IAD), la transferencia intratubárica de gametos (GIFT) y la inseminación intraperitoneal (DIPI).

3.7.1.1. INSEMINACIÓN ARTIFICIAL (IAC, IAD)

Consiste en el depósito de semen en el tracto genital femenino, bien sea con semen del cónyuge (IAC) o con semen de donante (IAD). Por parte del varón requiere determinadas condiciones de número y vitalidad de los espermatozoides (> 20.000.000 espermatozoides/ml, motilidad +++ > 20%, forma normal > 30%, número espermatozoides/ml postcapacitación > 2,5 millones). En la actualidad, casi todos los casos en que se recurre a la IA lo son de trastornos andrológicos del marido. El desarrollo reciente de la ICSI, lo hace, en principio, preferible a la IAD en casos de criptozoospermia (<1.000.000 espermatozoides/ml), ciertas enfermedades hereditarias, e incompatibilidad varón Rh+ homocigoto / mujer Rh-).

La relativa facilidad de la técnica IA hace que se proceda hoy día a la misma prescindiendo muchas veces de un estudio completo de la esterilidad, y, de este modo, se realiza sin que se supere este problema con un diagnóstico adecuado y una resolución médica por los medios convencionales. Esta problemática afecta, sobre todo a la IAD.

La técnica se desarrolla en dos fases: 1. La determinación del momento de la ovulación o la estimulación para conseguir la maduración de ovocitos fecundables (ciclo) y 2. la inseminación.

1) Cuando no existen otras dificultades, y la ovulación es regular, se procede a la determinación del momento de la misma para proceder a la inseminación, o bien a sustituir el ciclo natural por un ciclo artificial, en que la ovulación es estimulada y controlada. El conjunto de técnicas que se sigue para alcanzar la maduración de ovocitos fecundables se efectúa durante un periodo de tiempo y por ello se denomina ciclo, a imitación de lo que ocurre con los ciclos femeninos naturales.

2) Una vez culminado el ciclo con la ovulación, o determinado el momento de ésta, se pasa a la segunda fase, la inseminación. Los estudios realizados demuestran que la fecundación es viable si la inseminación se efectúa en el periodo comprendido entre los dos días anteriores a la ovulación y un día después.

Hay tres modalidades de inseminación (durante un periodo de 4 ó 5 días, efectuada a días consecutivos o alternos): intracervical, paracervical e intrauterina (la vaginal hoy día ya no se emplea).

En la IAC se suele emplear semen fresco obtenido por masturbación, o mediante diversas técnicas (recolección parcial tras coito, MESA, TESA, micro descargas eléctricas, etc.). Se procede a una manipulación de la muestra simple ("lavado" para evitar la transmisión de enfermedades) o más compleja (fraccionamiento, centrifugado, etc.) para seleccionar los espermatozoides más capacitados, cuando conviene hacerlo. Hoy en día, con el problema del Sida, bastantes parejas en los cuales uno de los dos es seropositivo, recurren a esta técnica para alcanzar descendencia. Cuando el seropositivo es el marido, con el lavado de semen se somete a un proceso especial de depuración que mediante polimerasas detectan la presencia del virus.

En IAD la muestra procede de bancos de semen, que la facilitan convenientemente protegida en contenedores apropiados con varios días de autonomía.

Los resultados de la IA varían según el número de ciclos, la edad y las condiciones de la mujer, el tipo de esterilidad, etc. En IAC se suelen obtener un 12% de gestaciones por ciclo, alcanzándose cifras globales que oscilan entre un 17 y un 31% de embarazos. En IAD la eficacia es algo mayor, con un 20% de embarazos por ciclo y unos resultados globales entre el 30 - 40%. En cifras absolutas, a los 6 meses se alcanzan embarazos en más del 50% de los casos, y a los 20 meses, en un 74%.

3.7.1.2. TRANSFERENCIA INTRATUBÁRICA DE GAMETOS (GIFT) ("GAMETE INTRA-FALLOPIAN TRANSFER")

La fecundación, en esta técnica, se produce en la trompa de Falopio de la mujer, razón por la cual es más adecuado considerarla una forma intracorpórea de fecundación "in vivo". Es una técnica alternativa a la inseminación artificial y a la fecundación "in vitro" para aquellas mujeres que no tienen las trompas obstruidas.

El desarrollo de la técnica es en tres etapas.

En la primera se realiza el ciclo de ovulación. Un ciclo se desarrolla en tres etapas: a. estimulación ovárica, b. monitorización del crecimiento de los folículos y c. administración de fármacos (generalmente gonadotropina coriónica humana, HCG) para finalizar la maduración de los ovocitos.

a) Estimulación ovárica. Hoy en día se emplean ya preparados hormonales obtenidos por ingeniería genética que son diferentes isoformas funcionales de las hormonas naturales que regulan los ciclos femeninos, es decir, la hormona folículo estimulante (FSH) y la hormona luteinizante (LH). Siguen, no obstante, utilizándose los estimulantes de la función ovárica, conocidos desde los años sesenta, el citrato de clomifeno, la hormona gonadotropina menopáusica (HMG), así como (desde mitad de los años ochenta), los análogos de la hormona liberadora de gonadotropina (GnRH), que son formas purificadas de FSH

b) Monitorización ecográfica (vía vaginal) y por análisis de estradiol en sangre del crecimiento de los folículos ováricos hasta que lleguen a la madurez adecuada. La monitorización es más estricta en la fecundación "in vitro". Suele controlarse periódicamente durante el ciclo. A partir del día 10-12, los controles son a días alternos y diarios conforme se aproxima la ovulación.

c) En el momento propicio se inyecta una dosis adecuada de gonadotropina coriónica humana (HCG), que culmina la ovulación.

En la segunda etapa se procede a la captación de ovocitos. Ésta se hace por vía laparoscópica entre las 34 y las 36 horas después de la inyección de HCG, recogiendo los ovocitos maduros mediante una aguja, controlando la evolución de su maduración al microscopio y seleccionando los más maduros.

En la tercera etapa, ovocitos y espermatozoides, por separado, se transfieren, mediante una fina cánula, a las trompas de Falopio. Se transfieren por laparoscopia, cada vez dos ovocitos, como máximo tres, y, al menos, 400.000 espermatozoides.

Toda la operación suele requerir de 30 minutos a una hora.

Pese al éxito inicial de la técnica de Ash y Garcea, es hoy poco utilizada (menos de un 10%) porque necesita hospitalización y anestesia general con cada obtención de ovocitos/transferencia. Los resultados clínicos son de

aproximadamente un 28% de embarazos por cada transferencia de gametos. El riesgo de embarazo múltiple, es igual que en la fecundación "in vitro"; la tasa de embarazos múltiples (el máximo número de fetos será igual al de ovocitos transferidos) es aproximadamente del 21%. No hay mayor riesgo de anomalía fetal.

3.7.1.3. INSEMINACIÓN INTRAPERITONEAL (DIPI)

Técnica de IA hoy ya poco usada, se emplea algunas veces cuando existen dificultades bien determinadas para el encuentro de los gametos. Se diferencia de la IA standard en que se deposita la muestra preparada de espermatozoides (semen capacitado) a través de la parte más alta de la vagina en la cavidad abdominal, inmediatamente detrás del útero (Fondo de Douglas), 36 horas después de la inyección de HCG. La posibilidad de embarazos ectópicos hace que esta técnica se emplee hoy poco, pasando directamente a la fecundación "in vitro", o a la GIFT, si la IA standard no es eficaz.

3.7.2. TÉCNICAS DE FECUNDACIÓN "IN VITRO"

A diferencia de la fecundación "in vivo", el encuentro extracorpóreo de los gametos acontece, bajo control, en el laboratorio. Las técnicas "in vitro" más empleadas hoy día son la FIV (fecundación "in vitro") y la ICSI (inyección intracitoplasmática de espermatozoides), a las que se asocia, una vez realizada la fecundación, la transferencia de embriones (ET).

Otras técnicas mucho menos empleadas, son derivadas de la FIVET o análogas a la ICSI. Las primeras son la técnicas FIV de

transferencia no standard, en particular la TET (transferencia de embriones a las trompas), porque la ZIFT (transferencia intratubárica de cigoto), en auge hace unos diez años, está hoy casi en desuso. Las segundas son técnicas de microinyección: inyección intracitoplásmica de espermáticas redondas (ROSI) o alargadas (ELSI), y otras, empleadas en los años noventa, pero que apenas se usan actualmente, como la inyección subzonal de espermatozoides (SUZI), y la disección parcial de la zona pelúcida" (PZD).

3.7.2.1. TÉCNICAS FIV

Todas ellas parten de la técnica de fecundación de ovocitos por espermatozoides en un recipiente adecuado, en el que se ponen juntos los ovocitos maduros y el semen capacitado con, al menos, unos 100.000 a 200.000 espermatozoides suficientemente vitales por cada ovocito. Posteriormente, una vez verificada la fecundación al microscopio, se realiza la transferencia de los embriones.

3.7.2.1.1. FECUNDACIÓN "IN VITRO" Y TRANSFERENCIA DE EMBRIONES (FIVET)

Es la técnica de fecundación artificial más empleada. Consiste en la obtención de ovocitos por punción ecográfica transvaginal, posterior fecundación artificial en el laboratorio con espermatozoides y ulterior transferencia de embriones ("embryo transfer" o "ET") al útero. Sustancialmente, es la misma usada por Steptoe y Edwards en 1978, con ciertas mejoras, como por ejemplo, la obtención de ovocitos por punción

ecográfica transvaginal, y no por laparoscopia, que ya no se emplea. Hoy día las indicaciones son el factor tubárico (indicación de mejor pronóstico), la endometriosis, el factor masculino (cuando no resulta de elección la ICSI) y los casos de esterilidad sin causa aparente que no respondieron a los tratamientos in vivo. Además de las indicaciones normales, en la actualidad se suele recurrir a la misma tras 5 ó seis ciclos de IA sin obtener gestación. El principal límite es que requiere un cierto número mínimo de espermatozoides con buenos parámetros; cuando no es así se suele emplear ICSI o FIVET con semen de donante.

3.7.2.1.2. TRANSFERENCIA DE EMBRIONES A LAS TROMPAS (TET) ("TUBAL EMBRYO TRANSFER")

A diferencia de lo que sucede en la FIVET, los embriones ya en fase poliblastomérica de división celular, son depositados en la trompa, en lugar del útero Esta técnica se aplica normalmente hoy en casos de infertilidad de origen inexplicado o debido a factor masculino e inmunológico, cuando al menos una de las trompas sea normal y viable. Ha acabado por desplazar a la ZIFT de resultados menores. Puede resultar ventajosa frente a la GIFT y a la FIVET al no dañar el endometrio y dar tiempo a que siga madurando el embrión en sincronía con las paredes del útero, facilitando la anidación. El acceso a la trompa de Falopio debe realizarse por la parascopia o a través del cuello de la vagina.

Las tasas de embarazos publicadas con TET por transferencia de embriones en las trompas son mayores que las halladas con FIVET con transferencia uterina, 27,9% - 43% gestaciones en cada transferencia, pero estos estudios recientes no están exentos todavía de ciertas dudas metodológicas.

3.7.2.1.3. TRANSFERENCIA INTRATUBARICA DE CIGOTO (ZIFT) ("ZYGOTE INTRA-FALLOPIAN TUBE TRANSFER")

Una vez hecha la FIV se transfieren dos o tres cigotos mediante laparoscopia al extremo distal de una trompa. Hoy está prácticamente en desuso (menos del 1%). Los resultados son similares a los de la TET.

3.7.2.2. TÉCNICAS DE MICROINYECCIÓN

A finales de los años ochenta, un número considerable de parejas estériles sin resolución de este problema por los recursos terapéuticos convencionales, tras tentativos infructuosos de IAC, no podían acceder tampoco a las técnicas FIV, porque el número de espermatozoides móviles progresivos con morfología normal disponibles para la inseminación estaba por debajo de los 500.000. Entonces no existía otra posibilidad que la propuesta de IA o de FIVET con semen de donante. Es por este motivo que se comenzaron a desarrollar, en los noventa, en base a una técnica diversa de la de la FIV, ya conocida desde 1972, las técnicas de microinyección directa del gameto masculino. Estas

técnicas permiten, por tanto, la fecundación artificial con pocos espermatozoides, sin tener que recurrir a semen de donante.

3.7.2.2.1. INYECCIÓN INTRACITOPLÁSMÁTICA DE ESPERMATOZOIDES" (ICSI)

Es el método de micromanipulación más utilizado actualmente. Está indicada en casos de factor masculino grave (oligozoospermia, necrospermia, azoospermia), esterilidad inmunológica (anticuerpos anti-espermatozoides en el semen) y se utiliza en aquellos casos con factor masculino claro y en los que hay fracaso repetido de fecundación.

El procedimiento es semejante al de FIV en cuanto a estimulación ovárica, captación de los ovocitos y preparación del semen. Para realizar la ICSI, se aspira un espermatozoide al interior de una pipeta y con la ayuda de los "micromanipuladores", se introduce y libera en el interior del ovocito. Si la fertilización tiene éxito, al día siguiente se pueden ver 2 pro-núcleos y de ahí sigue la evolución normal de los embriones.

Los resultados con ICSI son del 26 al 30%, de embarazos, con una tasa de abortos del 15%, similar a los de la FIVET. La principal dificultad de este método (superadas ya las iniciales reticencias por la agresividad del método) es el incremento significativo de anomalías cromosómicas.

3.7.2.2.2. INYECCIÓN INTRACITOPLÁSMICA DE ESPERMÁTIDAS REDONDAS (ROSI) O ALARGADAS (ELSI)

Se trata de técnicas semejantes a la ICSI empleadas cuando no hay disponibilidad espermatozoides maduros en los testículos, pero si células espermatogénicas.

3.7.2.2.3. INYECCIÓN SUBZONAL DE ESPERMATOZOIDES (SUZI)

Desarrollada antes de la ICSI, a principios de los años 90', los resultados de esta técnica de micromanipulación se han ido demostrando inferiores, por lo que, aunque todavía se usa, está siendo sustituida por aquella.

3.7.2.3. DISECCIÓN PARCIAL DE LA ZONA PELÚCIDA" (PZD)

Prácticamente ya no se utiliza. Fue una de las primeras técnicas de micromanipulación. Una vez obtenidos los óvulos se abre una brecha en la zona pelúcida por medios mecánicos y se dejan allí los espermatozoides. Se utilizaba en aquellos casos con factor masculino en los que no se alcanzaba el embarazo.

3.7.3. TÉCNICAS COADYUVANTES DE FECUNDACIÓN ARTIFICIAL

Los cambios más importantes en los últimos años en las técnicas de fecundación artificial se han producido en la utilización de estas técnicas complementarias, que introducen

algunos factores nuevos en una reflexión ética.

3.7.3.1. CRIOPRESERVACIÓN DE GAMETOS

La criopreservación de espermatozoides ha supuesto un cambio notable en fecundación asistida. En la práctica, esto supone una mejora de las condiciones técnicas de conservación y transporte del semen. La criopreservación de ovocitos, en cambio, se ha desarrollado mucho menos. Por ahora, la supervivencia y baja tasa de fecundación de los ovocitos crio-preservados hace que esta técnica se emplee muy poco. Sin embargo, las investigaciones en criopreservación de ovocitos son muy importantes, porque de alcanzarse técnicas eficaces, podría resolverse el grave problema de la congelación de embriones.

3.7.3.2. ASPIRACIÓN DE ESPERMATOZOIDES EPIDIDIMARIA (MESA) Y TESTICULAR (TESA)

Estas técnicas se emplean cuando no se pueden obtener espermatozoides por otros medios.

3.7.3.3. DONACIÓN DE OVOCITOS

Cuando por diversos motivos, la mujer no ovula adecuadamente, en diversos países en que esta práctica se admite, los centros de fecundación asistida le ofrecen la posibilidad de una donación de ovocitos. Se trata, generalmente de mujeres que no pueden producir sus propios ovocitos por falta de desarrollo de los ovarios, cese de su funcionamiento por menopausia precoz, infecciones, cirugía o quimioterapia. Otra causa posible es cuando la

mujer es portadora de alguna enfermedad ligada a los cromosomas sexuales (hemofilia, distrofia muscular).

Los óvulos donados preceden de donación (generalmente anónima) de otra mujer. Una vez fecundados (generalmente con semen del marido) los embriones son transferidos al útero de la mujer. Hay dos tipos de donantes: cualquier mujer que voluntariamente decida donar sus ovocitos, bien en el mismo proceso de una ligadura de trompas o tras un ciclo de estimulación ovárica hecha precisamente para esto o bien, pacientes en proceso de FIV donde hay un número muy alto de ovocitos y desean donar éstos en lugar de intentar congelar los embriones sobrantes.

Esta técnica representa, hoy día, la tasa de embarazo más alta de las técnicas de fecundación asistida, entre el 49 al 51%.

3.7.3.4. TEST DE FERTILIZACIÓN

Para determinar la capacidad de fecundación de los ovocitos, en muchos lugares se practica este test, que consiste en fecundar un ovocito, a modo de prueba, ver su evolución y después desecharlo para proceder con el proceso de FIV, en el caso de que la fecundación haya sido normal. Los embriones así formados son congelados o, incluso, destruidos.

3.7.3.5. ASSISTED HATCHING (AZH)

En este método se toma el embrión sujetándolo con

una pipeta. Con otra, se liberan unas enzimas que disuelven una pequeña superficie de la zona de pelúcida para facilitar la eclosión o salida del embrión para implantarse. Después, se acaba de realizar la transferencia embrionaria.

3.7.3.6. DIAGNÓSTICO PRENATAL

Es una técnica que permite prever anomalías genéticas mediante el análisis de los cromosomas femeninos (se hace a partir del primer corpúsculo polar). Si contiene anomalías, no se procede a la fecundación de ese ovocito en particular.

3.7.3.7. DIAGNOSTICO GENÉTICO PREIMPLANTATORIO (DGP)

Se hace un examen genético tomando una de las células del embrión de 6 ó 8 blastómeros, e introduciendo una serie de sondas diferentes y específicas para cada cromosoma. Mediante técnicas de hibridación, se ponen de manifiesto la normalidad o anormalidad de algunos cromosomas de los que se disponen sondas para su evaluación. Si aparece una anomalía, el embrión no es transferido (selección embrionaria).

3.7.3.8. TÉCNICA DE CO-CULTIVO

Se cultivan embriones obtenidos por FIV hasta el estadio de blastocisto sobre una capa de células procedentes del cúmulo ooforo o del epitelio tubárico o endometrial que son capaces de secretar factores embriotróficos que aporten un ambiente apropiado.

3.7.3.9. CRIOPRESERVACIÓN DE EMBRIONES

La estimulación ovárica produce varios ovocitos fecundables y suelen fecundarse un número variable de ellos. Los embriones que no son transferidos en mismo ciclo (en el que se obtuvieron y fertilizaron los ovocitos que sí han sido transferidos), se congelan y guardan para poder ser descongelados y transferidos en otro ciclo.

La congelación no es inocua para el embrión. La tasa de supervivencia es de 60-65% de embriones congelados. La supervivencia depende fundamentalmente de las condiciones del mismo. El momento de la congelación embrionaria (cigoto unicelular, biblastomérico o poliblastomérico) no parece ser de importancia decisiva, presentando unas tasas de supervivencia similares. La tasa de embarazos una vez transferidos oscila entre el 15 y el 20%. Tampoco se ha encontrado variación en los índices de niños con anomalías.

En la actualidad se facilita a las parejas información, y son las parejas las que deciden el destino de los embriones congelados, dentro de las posibilidades previstas por la ley (en España no pueden, por ejemplo, decidir su destrucción, sino sólo su congelación en los términos legales establecidos).

3.8. ASPECTOS DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

3.8.1. ASPECTOS BIOÉTICOS

La bioética, según Reich, es el "(…) estudio sistemático de la

conducta humana en el área de la ciencia de la salud, en tanto que dicha conducta es examinada a la luz de los principios y valores morales"[84].

La bioética nace cuando la biología y la medicina comienzan a enfrentarse con temas éticos[85]. Esta disciplina se sostiene sobre la base de la humanización de las ciencias. Literalmente, humanismo es la búsqueda de la condición esencial del hombre. Implica, ubicar al hombre en el centro de la realidad.

La bioética se propone hallar una base racional y humana a la conducta de los hombres en el tratamiento de los problemas que la vida y la ciencia plantean. En consecuencia, los avances científicos- técnicos de la biología deben orientarse hacia una promoción de la calidad de vida, individual y social, personal y ambiental.

La fertilización asistida genera profundos problemas a la ética desde sus inicios, ya sea, desde un punto de vista técnico, como en las implicaciones morales de ella. La transmisión de la vida humana apareja un conjunto de dimensiones que afectan a lo más profundo de la persona. En consecuencia, no se la puede concebir solamente como una acción técnica, es una obra de humanidad. No obstante, las desviaciones y excesos a los que han sido sometidas estas prácticas, sumergen la problemática a su esfera ética. Fundamentalmente, desde esta

[84] REICH, Warren. Enciclopedia de la bioética. Vol. I. New York, Free Press, McMillan, 1978, p. 34

[85] La ética se propone brindar el fundamento moral a las acciones más importantes del hombre, para que éste actúe en consecuencia. Aristóteles define a las virtudes éticas como un hábito de elección, que consiste en una posición intermedia relativa a nosotros, que se encuentra determinada por la razón, y tal como un hombre prudente la determinaría. Se trata de una posición intermedia entre dos vicios, uno por exceso y el otro por defecto.

óptica, se plantean dos graves riesgos. En primer lugar, las manipulaciones posibles en el embrión mediante el procedimiento de la ingeniería genética, que podría predeterminar los caracteres físicos de la persona por nacer, tentarían a muchos científicos a prácticas eugenésicas, tendientes a lograr seres perfectos, previamente programados, lo que derivaría en la creación de una sociedad dominada por la tecnocracia biológica. En segundo lugar, la finalidad de estas técnicas se desvirtuaría, por la posibilidad de llegar a una mercantilización del proceso de procreación: bancos de semen, comercialización de gametos y embriones, "alquiler de vientres", etc.

En suma, no obstante que la mayoría de la doctrina avala el derecho de las parejas estériles a recurrir a la ciencia para superar los problemas de infertilidad, existe otro sector que manifiesta una preocupación por las posibilidades de abuso y de desviación que comportan estos métodos, por lo que postulan un intervencionismo estatal a efectos de regular tales prácticas.

3.8.2. ASPECTOS JURÍDICOS

El vacío legislativo no constituye impedimento para la resolución de un conflicto, pues en tal caso el juez deberá recurrir a las normas análogas y los principios generales del derecho existentes en nuestro ordenamiento jurídico, de conformidad con el artículo VIII del Título Preliminar de nuestro Código Civil[86].

El tema de las lagunas normativas es esencial en la teoría del

[86] Artículo VIII Título Preliminar Código Civil.- Los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos, deben aplicar los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano.

derecho, surgiendo posiciones que aquellas deben ser suplicadas por el operador deóntico hasta aquella otra que niega su existencia por la existencia de una norma de cierre, según la cual todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido[87].

La segunda posición es sin duda alguna más riesgosa por la primera, por cuanto avalaría la existencia de manifestaciones jurídicas por lo general permitidas, lo que en materia de temas directamente vinculados con la vida y dignidad humana no deben aceptarse, razón por la cual debe legislarse aspectos como el aborto, la eutanasia, la procreación asistida, etc.,

En el Perú todavía no existe una legislación especial sobre las técnicas de reproducción humana asistida, pese a si existir propuestas legislativas al respecto, siendo el denominador común considerar a las técnicas de reproducción humana asistida como métodos subsidiarios de la procreación natural, practicados únicamente en casos de comprobada infertilidad en la pareja.

Los complejos problemas que presenta la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida determinan que la prudencia sea la regla a que deben atenerse tanto el doctrinario que investiga sobre estos temas, como el legislador que debe sancionar la norma reguladora.

Para resolver las soluciones que requieren estas cuestiones, Ferrer aconseja detectar cuáles son los principios básicos que pueden orientar tales respuestas en nuestro ordenamiento jurídico.

---

[87] Artículo 2 Constitución Política del Estado de 1993.- Toda persona tiene derecho: (…) 24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: a. Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.

En primer lugar, debemos tener presentes el principio jurídico de que la persona humana comienza su existencia como tal desde el momento mismo de la concepción (artículo 1 del Código Civil[88], concordante con el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). El embrión humano tiene la condición jurídica de una persona, desde el momento de la fecundación del óvulo, en el seno materno o en una probeta, y por lo tanto, merece ser respetado y protegido.

En segundo lugar, debe priorizarse el interés del hijo que se pretende crear, su interés físico, moral, jurídico por encima de la aspiración del individuo a tener descendencia. El menor tiene derecho a una familia idónea (es decir, estable y con doble figura genitoral) para la formación de su personalidad. Este principio se encuentra consagrado en los arts. 7 y 8 de la Convención de los Derechos del Niño, gozando actualmente de jerarquía constitucional.

En tercer y último lugar, debido a que la concepción natural de un hijo por la unión física de un hombre y una mujer, es el modo normal de procreación humana, se deriva que estas técnicas deben ser ejecutadas con carácter excepcional, y no como una variante alternativa de procreación. Deben adoptarse como recurso terapéutico, una vez comprobada médicamente la infertilidad de alguno de los miembros de la pareja, o patologías o disfunciones que impidan lograr la procreación de manera natural.

[88] Artículo 1 Código Civil.- La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo.

4. INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETEROLOGA

La fecundación supraconyugal, también llamada heteróloga, crea situaciones en parte nada seguras puesto que con el cedente se carece de una relación jurídica reconocida para exigirle el cumplimiento de obligaciones legales (alimentos), derechos derivados (transmisión sucesoria) o deberes naturales (reconocimiento). Con criterio claro Andorno[89] establece que este tipo de técnicas fomentan toda una gama de disociación, partiendo de la disociación inicial entre la relación sexual y la procreación genera, en una suerte de reacción en cadena, otras a diversos niveles: disociación de la paternidad biológica y de la paternidad social; disociación de la maternidad genética, de la maternidad uterina y de la maternidad social; disociación del lugar de la concepción y del lugar de nacimiento, etc.

La realidad problemática será analizada con mayor profundidad en el capítulo siguiente, a la luz del marco teórico sobre filiación y derecho a la identidad del menor.

5. DERECHO COMPARADO

Alemania, Austria, España, Francia, Gran Bretaña, Noruega, Suecia y Suiza cuentan con leyes de avanzada que regulan la materia objeto de la tesis.

5.1. NORMATIVIDAD DE PREVALENCIA DEL DESARROLLO TÉCNICO

La presente corriente legislativa fomenta el avance de la tecnología sobre el interés de la persona. Se sustenta en los siguientes postulados:

[89] ANDORNO, Roberto. Bioética y Dignidad de la Persona. Madrid: Tecnos, 1998, p. 126.

- El inicio de la vida embrionaria es retardada cierto tiempo (lo general catorce días) luego de la fecundación.
- Amplia libertad en materia de manipulación y de creación de embriones en exceso, con congelación, donación o destrucción de los sobrantes.

ESPAÑA, regula la materia por Ley 35/1988 (22/11/1988) sobre técnicas de reproducción asistida y la Ley 42/1988 (28/12/1988) sobre donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos. Leyes estas que, en mayo de 1994, fueron modificadas incluyéndose sanciones más severas para los manipuladores de genes. El antecedente de estas leyes es el Informe Palacios (abril, 1986).

GRAN BRETAÑA, circunda similar orientación con el Human Fertilisation and Embriology Act, de noviembre de 1990, siguiendo la tendencia del Informe Warnock que fue un estudio realizado en conjunto por Inglaterra e Irlanda del Norte (julio, 1984).

FRANCIA[90], la estructura del Derecho genético es bastante sólida gracias a la Ley 94-653, relativa al respeto del cuerpo humano y la Ley 94-654 (ambas del 30/7/1994) referida a la donación y utilización de elementos y productos del cuerpo humano, la asistencia médica para la procreación y el diagnóstico prenatal. Estas leyes han integrado normas especiales al Código Civil, al Código Penal y al Código Sanitario. Su antecedente se halla en el Anteproyecto de Ley 66 discutido en la primera sesión ordinaria del Senado francés del 26/11/1992.

[90] ANDORNO, Roberto: "El Derecho frente a la nueva eugenesia: La selección de embriones in vitro", en: Revista chilena de Derecho, 1994, Vol.21, No.2, p. 324.

5.2. NORMATIVIDAD DE PROTECCIÓN A LA PERSONA

La orientación de esta tendencia legislativa se caracteriza por proteger al ser humano desde el momento de la concepción y, especialmente, a los niños nacidos de las técnicas de procreación artificial, formulando los siguientes principios básicos:

- Evitar la artificialización de la familia;
- Lograr la coincidencia entre el vínculo biológico de paternidad y maternidad y el vínculo social;
- Fomentar y resguardar la salud psíquica del niño;
- Reconocer al niño el derecho a indagar su identidad genética.

Dentro de esta corriente jurídica se destacan principalmente:

ALEMANIA, regula parcialmente esta materia con la Ley 745/90 (13/12/1990) relativa a la protección del embrión, en la que impone drásticas sanciones a la manipulación genética. Además, este país cuenta con las directrices deontológicas fundamentadas por la Comisión Benda (1985) y por el Congreso Médico (1985), que sirven de base jurídica. Austria, el 1 de julio de 1992 entró en vigor de ley la materia analizada, siguiendo similar orientación que la alemana.

En este sentido, sólo se permiten las técnicas homólogas, siendo las variantes heterólogas únicamente admitidas en forma excepcional, con una serie de condiciones que la hacen difícil practicar; así: el esperma debe ser entregado a una clínica que lo utilizará en un máximo de tres parejas, no pudiendo guardarlo más de un año, ni sacarlo de la clínica. A ello se agrega el derecho que tiene el niño, nacido de una inseminación heteróloga, de conocer la identidad de su padre biológico.

SUECIA, tiene la Ley 1140 (20/12/1984) referente a la inseminación artificial y la Ley 711 (14/06/1988) relativa a la fecundación in vitro. La primera permite la fecundación heteróloga en mujer casada o de la concubina, reconociéndole al niño el derecho de indagar la identidad biológica de su progenitor. La Ley de 1988, por su parte, sólo admite la fecundación homóloga. En lo que concierne al respeto de la vida embrionaria, en cambio, la posición sueca se vuelve ambigua ya que la Ley 115 (14/03/1991) autoriza la experimentación con embriones de menos de catorce días de vida.

SUIZA, el 17 de mayo de 1992, con el voto favorable del 73.8% de la población, introdujo en su Constitución un nuevo artículo 24novies [20] que protege al hombre y a su hábitat «contra los abusos en materia de técnicas de procreación y manipulación genética». Asimismo, consagra los siguientes principios generales:

- Las intervenciones en el patrimonio genético de gametos y embriones humanos no son admisibles;
- No pueden desarrollarse fuera del cuerpo de la mujer, hasta el estadio de embrión, un número de óvulos humanos superior al número de los que pueden ser inmediatamente implantados;
- La donación de embriones y toda forma de maternidad de sustitución están prohibidas;
- Se garantiza el acceso de una persona a los datos relativos a su ascendencia.

6. DERECHO NACIONAL

En el Perú no existe una legislación uniforme que regule las técnicas de reproducción asistida.

La Ley General de Salud establece lineamientos básicos y por demás

genéricos (art.7) para regular el tema, dentro de los que se considera que:

- Reconocimiento del derecho a la salud reproductiva exclusivamente para el caso de las personas que sufren de esterilidad.
- El derecho a la procreación por lo que puede recurrir a los métodos asistenciales.
- Las técnicas de reproducción son medios para el tratamiento de la infertilidad y el logro de la procreación, estableciéndose como métodos supletorios.
- Busca evitar su uso inadecuado siendo aplicadas en problemas reproductivos con una finalidad terapéutica.
- El consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos es necesario para toda práctica de reproducción asistida.

Estas consideraciones han llevado a considerar la existencia del denominado derecho a la procreación asistida. Sin embargo, la Ley General de Salud ha dado pautas básicas que deberán desarrollarse ampliamente considerando temas como los derechos del concebido, el consentimiento de la pareja que accede a estas técnicas, la fecundación de mujeres solas, la determinación del vínculo paterno-filial, entre otros.

Existe una prohibición tácita a la fecundación extracorpórea con óvulo de cedente (ovodonación) y a la maternidad subrogada pues la LGS (art.7) establece que la condición de madre genética debe coincidir con la de madre gestante.

La exposición de las dos marcadas tendencias en el Derecho europeo plantea la necesidad imperante repensar y reformular la protección jurídica que tiene el ser humano en nuestro medio. Para ello tomemos en consideración que el Derecho debe asegurar la dignidad de las personas, instrumentando todas las medidas existentes a fin que el ser humano no sea reducido por las biotecnologías a la categoría de una «cosa». Asimismo, el Derecho debe cautelar la integridad de la familia antes que los fines de la

ciencia, evitando la atomización y artificialización de la familia biológica, pues la familia de raíz biológica constituye un verdadero bien jurídico protegido.

La eliminación de la familia biológica, provocada por el empleo de gametos de terceros anónimos y la gestación de hombres en laboratorio, nos está conduciendo a cortar todo lazo con el pasado, con el futuro y a vivir en un presente solitario e impersonal, constituyendo familias e individuos aislados, que sólo se relacionan con sus semejantes por vínculos de carácter voluntario.

CAPITULO III

LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA Y EL IMPACTO EN EL DERECHO DE FAMILIA

INFLUENCIA EN LA FILIACIÓN Y EL DERECHO A LA IDENTIDAD DEL MENOR

1. INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETEROLOGA E IMPACTO EN LA FAMILIA

El descubrimiento de nuevos conocimientos en la ciencia y en particular la nueva tecnología reproductiva ha generado un panorama de muchas dudas y controversias en la esfera de las relaciones jurídico-familiares.

El primer problema que generó la biotecnología fue la falta de previsión legal. En efecto, en el ámbito del derecho de familia las manipulaciones genéticas implican la necesidad de replantear los principios jurídicos reconocidos hasta ahora para la maternidad y la paternidad. A manera de verbigracia, y aunque con mayor detalle será desarrollado, no cabe duda que las estructuras clásicas según las cuales la maternidad es siempre cierta; que, para el derecho, el padre es el marido de la madre; que, según nuestras normas, a cada hijo o hija sólo puede atribuírsele un padre y una madre, las técnicas de fecundación asistida han puesto en cuestionamiento tal premisa consideraba como una verdad irrefutable.

Así, la aplicación de las técnicas de fecundación asistida hace surgir por lo menos dos concepciones de padre y tres de madre.

- Respecto de la paternidad, aparece, junto con el varón que genéticamente es el padre por ser quien aportó los gametos masculinos para la concepción, otra figura que es el padre social, es decir, aquel que desea asumir todas las responsabilidades respecto de la paternidad; éste puede ser el marido o concubino de la madre o

simplemente un varón soltero que desea tener hijos solicitando los "servicios" de una mujer que acepte aportar los gametos femeninos y llevar a cabo el embarazo para, después, entregar el hijo o hija a dicho varón.

- Respecto de la maternidad, se presentan tres tipos de figuras maternas: la social, aquella que la sociedad y la ley reconocen como la madre; la genética, correspondiente a la mujer que aporta los gametos para la fecundación, y, finalmente, puede darse el caso de que una mujer porte a término el embarazo en su útero sin desear ser madre y sin aportar tampoco el óvulo para la fecundación. En este último caso, la mujer literalmente sólo permite que se desarrolle y viva un nuevo ser, por ello se le nombra madre biológica, en lo que se ha dado en llamar maternidad sustituta o subrogada.

La investigación de la paternidad y la búsqueda de la madre en el caso de infantes abandonados es un problema que ya existe y que atenta igualmente contra los derechos de niños y niñas. Esto es cierto, pero tratándose de la procreación asistida se puede controlar si se exige la elaboración y conservación de un expediente médico de todo el proceso. Con ello se está asegurando al niño o niña el acceso a la información que puede resultar vital para la atención de su salud, garantía que de otra manera no tendría.[91]

En algunos países en los que ya se ha legislado al respecto, como en España, este anonimato se mantiene respecto de la identidad de la persona donadora, pero el niño o niña tienen derecho a recibir toda la información general que requieran sobre aquélla sin que le sea revelada su identidad. (Artículo 5,5 de la Ley Española sobre técnicas de reproducción asistida del 22 de noviembre de 1988).

[91] VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. Derecho genético y procreático. Ob. Cit. p. 141

Así, es importante resaltar que, en apariencia, la propuesta de regulación impacta el derecho a la intimidad, tanto de la familia como de cada una de las personas involucradas en el proceso: padre y madre, donadores, e incluso a los menores que pudieren engendrarse con estas prácticas. Sin embargo, si bien es cierto que las manipulaciones genéticas o, más ampliamente, las manipulaciones de la fecundación asistida inciden en el ámbito de la intimidad personal, el control que se hiciere para proteger los derechos humanos del niño o niña que naciere, no necesariamente tiene que violentar esta intimidad, ya que se pueden señalar espacios de discrecionalidad amplios para garantizar este derecho.[92]

En suma, y siguiendo a Varsi Rospigliosi, "Genética, intimidad y familia son tres vértices desde los cuales parece evidente la urgente necesidad de sentarnos a reflexionar sobre las estructuras familiares y aceptar, de una vez y para siempre, que las instituciones de derecho familiar sólo responden a una de las alternativas posibles de organización de la reproducción y la crianza. La naturaleza humana es muy compleja y encuentra nuevas formas de relacionarse, reproducirse y criar a su prole, nuevas formas que debemos estudiar con tolerancia y darles cabida en el marco jurídico si realmente pensamos que el derecho es un instrumento para beneficio de la humanidad".[93]

2. INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETEROLOGA Y DERECHO A LA IDENTIDAD DEL MENOR

El derecho a la identidad, según Fernández Sessarego, es el "(…) conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad. Identidad personal es todo aquello que hace que cada cual sea "uno mismo" y no "otro". Este plexo de características de la

[92] VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. Derecho genético y procreático. Ob. Cit. p. 141
[93] VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. Derecho genético y procreático. Ob. Cit. p. 142

personalidad de "cada cual" se proyecta hacia el mundo exterior, se fenomenaliza, y permite a los demás conocer a la persona, a cierta persona, en su "mismidad", en lo que ella es en cuanto específico ser humano".[94]

La identidad se va desarrollando en forma ininterrumpida a través del tiempo, desde el momento de la concepción y continua hasta la muerte. Es fluida, es cambiante, se modifica.[95]

La identidad personal, sin duda alguna merece tutela jurídica. Y el sujeto tiene derecho a ser representado fielmente en su proyección social. Tiene derecho a ser conocido en su verdad personal, sin alteraciones ni distorsiones de sus atributos estáticos ni dinámicos, que lo distinguen de los demás.

Como correlato de este derecho, surge el deber de toda la sociedad, de respetar la verdad que cada uno proyecta, en su vida de relación social.

El derecho a la identidad personal constituye un derecho personalísimo de última generación, cuya inclusión se debe a de Cupis.

Cesar Rivera sostiene que el derecho a la identidad contiene: "(…) las prerrogativas de contenido extrapratrimonial, inalienables, perpetuos y oponibles erga omnes, que corresponden a toda persona por su condición de tal, desde antes de su nacimiento y hasta después de su muerte, y de las que no puede ser privada por la acción del Estado ni de otros particulares, porque ello implicaría desmedro o menoscabo de la

[94] FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, Derecho a la identidad personal, Buenos Aires: Astrea, 1992, p. 113.
[95] VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. Derecho genético y procreático. Ob. Cit. p. 142

personalidad".[96]

En cuanto a su naturaleza jurídica, el derecho a la identidad es un derecho subjetivo que pertenece a la persona por su sola condición humana.

El carácter de derecho subjetivo, responde al hecho que se reconoce a todo ser humano el derecho a ser respetado en su identidad por los demás, pero correlativamente, también cada individuo está obligado de la misma manera frente a los otros. Esta relación de respeto mutuo es la base de toda convivencia pacífica en una comunidad jurídica.

Méndez Costa, que equipara la identidad con la filiación, señala que "(…) la identidad filiatoria es el estado de familia del generador que surge directamente de su generación, y que el derecho a la misma comprende el que no sea perturbada, el hacerla valer erga omnes, y como principio y punto de partida, el derecho a conocerla y a que sea determinada legalmente".

El derecho a la identidad se puede considerar implícito en el Código Civil, ya que este permite la libre investigación de la maternidad o paternidad por parte del hijo a través de cualquier medio de prueba y establece que es un derecho imprescriptible.

3. INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETEROLOGA Y FILIACIÓN

La importancia de la determinación filial es incuestionable, pues tiende a asegurar la identidad personal en referencia a la realidad biológica. Es decir, responde a un interés familiar que debe reputarse prevaleciente: el derecho de toda persona a obtener el emplazamiento en

[96] FERRER, Francisco. Libro de Ponencias. Congreso Internacional "La persona y el derecho en el fin de siglo", Santa Fe, 1996, p. 189.

el estado de familia que de acuerdo con su origen biológico le corresponde.

Las Técnicas de Reproducción Asistida han puesto en duda la conveniencia de sostener está forma de determinación de la maternidad.

La doctrina evidencia dos corrientes que giran en torno al anonimato o no del dador.

La primera corriente de opinión, sostiene la prevalencia del anonimato de los dadores, fundada en la seguridad que esto proporciona al dador respecto de futuras acciones filiatorias, en que también se protege su derecho a la intimidad como a la vez evitar ciertas intromisiones del dador en la vida familiar de la pareja asistida, para evitar el desaliento a la dación que se generaría con la individualización de su identidad y por último se fundamenta teniendo en cuenta las posibles perturbaciones psicológicas y emocionales que le podría acarrear al niño nacido por fertilización asistida, conocer su identidad biológica, siempre dejando la posibilidad de acceder a esta información en caso de necesidades terapéuticas.[97]

La segunda corriente de opinión compuesta por la doctrina francesa, alemana, española y norteamericana, sostiene que por sobre el anonimato prima el derecho del hijo a conocer su procedencia biológica y la identidad de sus padres genéticos sin que tal conocimiento genere responsabilidades filiatorias, personales, patrimoniales o de cualquier otra índole.

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos expresa: "Otro problema con la IAD es qué sucede con la "paternidad" de ese padre, ya que no es padre –genéticamente hablando– de ese futuro hijo. En algunos

[97] VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. Derecho genético y procreático. Ob. Cit. p. 142

estados de EEUU la adopción por parte del padre social es "inmediata" si la madre y el padre social están casados y consienten en realizar la IAD (esta paternidad "inmediata" le quita los derechos de paternidad al padre genético). En otros estados debe hacerse una adopción formal de ese hijo para que el padre genético no pueda reclamar por él en un futuro. La pregunta que surge, inevitablemente, es si la identidad del donante debe ser revelada a las parejas inseminadas y qué información se debe dar, en un futuro, al niño (en la práctica, generalmente, no se dice la identidad del donante). La cuestión es más general, plantea si se debe mantener el secreto en las técnicas que implican material genético heterólogo ya sea este semen, óvulos o embriones donados".[98]

Por nuestra parte, consideramos que para resolver los casos de determinación de filiación debe tenerse en cuenta el **elemento intencional**, es decir, cuál de las mujeres ha evidenciado la voluntad de tener al hijo y asumir el rol materno. Este será el soporte del vínculo materno-filial. Es decir que propiciamos que se pondere la voluntad procreacional.

El sistema actual para determinar la paternidad es por "la presunción", o sea la cohabitación, pero esta cae en los casos de utilización de técnicas de reproducción asistida, sea homologa o heteróloga; si bien es el esperma el generador de un nuevo ser, la procreación no surge de una relación sexual entre un hombre y una mujer determinados, sino que el semen es aportado por un hombre individualizado, por lo tanto la gestación no sobreviene a una relación sexual sino a una unión o sustancia fecundante aplicada.[99]

Creemos que debe reemplazarse el sistema de presunción por el **consentimiento del marido**, en los casos de utilización de técnicas de reproducción asistida. Este consentimiento manifestado involucraría su

[98] Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Ob. Cit., pp. 39-40.
[99] VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. Derecho genético y procreático. Ob. Cit. p. 142

voluntad de ser padre, ansias de responsabilidad procreacional, asunción del rol paterno, es decir, tendría el efecto jurídico de un reconocimiento.

Siguiendo a Zannoni[100], decimos que el término filiación sintetiza el conjunto de relaciones jurídicas que, determinadas por la paternidad y la maternidad, vinculan a los padres con los hijos dentro de la familia.

La procreación constituye el presupuesto biológico por el cual se constituye la relación jurídica paterno-filiar. Las modernas técnicas de fecundación asistida permiten separar la procreación de la cópula entre los progenitores e incluso, la posibilidad de disociación entre madre biológica y madre portadora o sustituta.

La determinación filial tiende a asegurar la identidad personal en referencia a la realidad biológica. Es decir, responde a un interés familiar que debe reputarse prevaleciente: el derecho de toda persona a obtener el emplazamiento en el estado de familia que de acuerdo con su origen biológico le corresponde.

A continuación, desarrollamos el tema de la determinación filiatoria, porque hasta el presente es la forma de garantizar la concordancia entre la realidad biológica y los vínculos jurídicos, las técnicas de reproducción asistida ponen en evidencia la necesidad de reformar el sistema que adopta el Código Civil de 1984.

3.1. DETERMINACIÓN DE LA MATERNIDAD

Las técnicas de reproducción asistida han puesto en duda la conveniencia de sostener la forma tradicional de determinación de la maternidad. Tomamos tres casos de técnicas de reproducción asistida

[100] ZANNONI, Eduardo: Derecho de familia, Tomo II, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1989, p. 283.

y verificamos cómo funciona la determinación por el parto:

- Mujer casada inseminada con óvulo de ella y semen de marido: la determinación por el parto no presenta conflicto cuando se da esta situación, ya que coincide la mujer que aporta el material genético con la que lo gesta.

- Mujer casada inseminada con semen del marido y óvulo donado: está situación plantea de entrada la posibilidad de especular acerca de los límites a la atribución legal de la maternidad por la prueba del parto. Tales límites resultarían ante el planteo de una acción de impugnación de la maternidad deducida contra la mujer que ha dado a luz al hijo pretendiendo probarse que éste no fue concebido por ella, sino mediante un óvulo ajeno.

  Planteos de esta naturaleza podrían originarse en la acción deducida por el marido de la mujer casada - o sus herederos -, por el hijo, eventualmente por la mujer misma.

- Mujer inseminada con óvulo de mujer casada y semen de su marido: este caso es el llamado "de subrogación de vientre", algunos autores admiten que la determinación de la filiación por el parto es conveniente para estos casos, ya que de esa manera se frustrará las posibles demandas por cumplimiento de contrato contra la madre sustituta que no obste su compromiso contractual. La ley 35 sobre técnicas de reproducción asistida de España, dispone en su artículo 10 inc. 2. que, si no obstante la prohibición legal de la maternidad sustituta ocurriese su nacimiento de ese tipo, la filiación quedará determinada por el parto.

Creemos que esto no es lo adecuado ya que dejaríamos a la mujer que aporto el material genético y la intención, a la espera de una renuncia por parte de la mujer gestante y posteriormente al otorgamiento de una guarda y juicio de adopción, quedando supeditado a la decisión judicial.

La Suprema Corte de California (EE.UU.) en el caso Johnson v. Calvert, en una situación como la que planteamos decidió que ante la ausencia de legislación específica debía valorarse la intención de ser padres de quienes dieron sus gametos y encargaron su gestación. Pareciera que, para los jueces, lo que se ha dado en llamar "voluntad procreacional" constituyó el factor determinante de la sentencia. Es evidente que este criterio sortea la dificultad que se podría presentar ante el ejercicio de una acción de impugnación de maternidad fundada en el nexo biológico.

Creemos que en todos aquellos supuestos en los que la atribución de filiación pudiera atacarse y quedar sin efecto en virtud de pruebas biológicas, es el legislador quien debe establecer a priori la solución que corresponde a cada caso. Una de las formas en que puede hacerlo es anteponiendo la determinación de la maternidad por el parto, sin admitir, en ningún caso, impugnaciones que se funden en determinaciones biológicas derivadas de fertilización mediante óvulos donados; otra puede ser establecer que las decisiones judiciales estén guiadas por "el mejor interés de los hijos", con lo estaríamos al estudio del caso concreto.

Por nuestra parte, para resolver estos casos debe tenerse en cuenta el **elemento intencional**, es decir, cuál de las mujeres ha evidenciado la voluntad de tener al hijo y asumir el rol materno. Este

será el soporte del vínculo materno-filial. Es decir que propiciamos que se pondere la voluntad procreacional; dado que el interés de los hijos sólo está acabadamente protegido cuando son declarados sus padres legales aquellos que realmente desean serlo porque son los que efectivamente podrán llevar adelante su formación como continuación y culminación de un proceso que iniciaron cuando "quisieron" tener un hijo.[101]

3.2. DETERMINACIÓN DE LA PATERNIDAD

El sistema actual para determinar la paternidad es por la presunción, o sea la cohabitación, pero esta cae en los casos de utilización de técnicas de reproducción asistida, sea homologa o heteróloga; si bien es el esperma el generador de un nuevo ser, la procreación no surge de una relación sexual entre un hombre y una mujer determinados, sino que el semen es aportado por un hombre individualizado, por lo tanto la gestación no sobreviene a una relación sexual sino a una unión o sustancia fecundante aplicada (Fecundación intrauterina).[102]

En el caso de inseminación homóloga el padre es el marido que aportó su esperma, al prestar su consentimiento adquiere total reconocimiento de su hijo y no puede impugnar su paternidad invocando el no haber mantenido relaciones sexuales con su mujer.

Las normas del Código Civil son insuficientes para dar solución a los casos que plantea las técnicas de reproducción asistida.

Suárez Franco[103] expresa que la inseminación artificial debe

[101] VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. Derecho genético y procreático. Ob. Cit. p. 142
[102] VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. Derecho genético y procreático. Ob. Cit. p. 142
[103] SUÁREZ FRANCO, Roberto. Derecho de familia. Tomo I. Bogotá: Temis, 1998, p 40.

tratarse de la siguiente forma respecto a la legitimidad: 1º) Homóloga: El hijo de la esposa es legítimo o matrimonial; y, 2º) Heteróloga: Se tiene el hijo como extramatrimonial sin importar que el esposo haya autorizado para que se le insemine artificialmente.

Por nuestra parte, en la **inseminación heteróloga** el consentimiento del marido es esencial, pues manifiesta su voluntad de ser padre, ansias de responsabilidad procreacional, asunción del rol paterno, es decir, tendría el efecto jurídico de un reconocimiento. Salvo por el nexo sanguíneo, la admisión y el ejercicio de la paternidad, social y psicológica, es total.

La aceptación amplia de la legitimación en los casos de técnicas de reproducción asistida referidas a la filiación paterna coloca al niño en una situación incierta al nacer, lo correcto es que se exija el consentimiento del marido con carácter irrevocable, implicando esta aceptación de la concepción del embrión en el seno de su esposa y el nacimiento de su futuro hijo, extraño a él genéticamente.

El hijo, como lo regula nuestro código, siempre está legitimado para impugnar la filiación paterna sin plazo de prescripción, pero en los casos de inseminación artificial heteróloga no se debería aplicar esta norma si existe consentimiento de ambos cónyuges en la utilización de técnicas modernas de reproducción. Es más, si el marido ha prestado su consentimiento en la forma legal establecida para la asunción de su paternidad, no tendrían acción de impugnación de la paternidad ninguno de los legitimados por el Código, incluido el esposo.

El consentimiento dado brinda seguridad al padre y a su hijo. El presupuesto biológico de la filiación corre en perjuicio de ellos en el

caso de la utilización de técnicas de inseminación; al no existir el acuerdo o voluntad del marido de ser padre y no existir el nexo biológico sería viable la impugnación de la paternidad.[104]

Otro tema que se plantea en la fertilización heteróloga es el anonimato del donante del semen reproductor, la regulación y control de registros donde se archiven los datos referidos a la aplicación de estas técnicas y la inscripción del hijo de donde legalmente nacerán sus vínculos filiatorios. La legislación de los distintos países ha establecido regulaciones diferentes en el tema, Inglaterra impuso que a los 18 años se le informe al hijo su origen genético, y tenga acceso a conocer la identidad del donante de semen; con esto no se trata de favorecer las posibles acciones de impugnación paterna, sino al contrario, lo que se respeta es el derecho del niño a conocer su filiación biológica paterna, la cual no consta en la inscripción en el Registro de las Personas.

La presunción de que todo hijo nacido durante el matrimonio tiene por padre al marido de su madre sería arbitraria en los casos de inseminación artificial heteróloga cuando el marido desconoce su paternidad adquirida a través de las técnicas de reproducción asistida.

La acción de negación, que establece el artículo 260, podría ser utilizada por el marido en caso de efectuarse la inseminación antes que se hubiese casado sin haber prestado su consentimiento o bien sin su conocimiento.

Las acciones de filiación paterna de reconocimiento o reclamo

[104] El Código Suizo contempla la situación y establece que la paternidad corresponde al marido si este prestó su consentimiento por escrito, y no se admite por lo tanto la acción del dador para reclamar su paternidad, en caso de faltar la manifestación el dador estaría habilitado a reconocer su hijo biológico.

de la paternidad estarían negadas para el dador de semen, creemos que es necesaria esta negación ya que de lo contrario se distorsionaría el fin de la reproducción asistida; además, previamente debe impugnarse la paternidad por parte del marido, adquirida por presunción de la ley, antes del año de inscrito o desde que tuvo conocimiento del parto.

El tema esencial a tener en cuenta en la inseminación artificial es el consentimiento prestado por el marido, que debe efectuarse de ciertas formas legales y que equivaldrá a la cohabitación a los fines de la filiación y la paternidad, no teniendo así el tercero donante ninguna obligación ni derecho para reclamar la paternidad. (Código de Familia de Costa Rica, artículo 72).

Al manifestar su consentimiento no podrá impugnar el marido su filiación paterna, ya que no puede justificarse en su propia torpeza al actuar, aplicándose la doctrina de los propios actos.

En caso de falta de consentimiento, la acción de impugnación de paternidad por parte del marido sería viable por no haber asumido la condición de padre respecto de esa concepción, este hijo matrimonial es ajeno al marido. Actualmente el marido estaría habilitado para impugnar la paternidad por no ser biológicamente su hijo.

En la fecundación in vitro sin el consentimiento del marido o en su oposición a la gestación, la acción de impugnación sería fundada, pero sucede que con un estudio genético el niño biológicamente es su hijo.

Al igual que un acta de reconocimiento de filiación paterna el consentimiento expreso del marido para realizarse las técnicas de

reproducción asistida debe efectuarse por instrumento público como forma fehaciente de su voluntad personal. Cuando, tanto el óvulo como el esperma sean extraños al matrimonio con intención de ser padres, ambos deberían manifestar el consentimiento en forma conjunta, este documento tendría los efectos de un emplazamiento en el estado de familia, otorgándole al futuro hijo un estado en sentido formal ante un funcionario público. El documento donde conste el consentimiento contendrá una cláusula por la cual se establezca la irrevocabilidad de la manifestación filiatoria.

CAPÍTULO IV

LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA Y SU INFLUENCIA EN EL DERECHO DE FAMILIA EN EL DERECHO COMPARADO

En varios países se ha tomado conciencia de que debía procederse a la regulación jurídica. El tema fue motivo de diferentes comisiones de estudios y de ordenamientos jurídicos. El procedimiento que se utilizo fue el de crear comisiones multidisciplinarias de expertos – médicos, biólogos, abogados, religiosos, etc.- que pudiesen recomendar al poder legislativo. Una revisión del Derecho Comparado nos muestra el siguiente panorama:

1. ESPAÑA

En España el proceso fue muy rápido; en 1986 se crea una Comisión Parlamentaria y se hace público un informe- Informe Palacio- en 1988, el Parlamento Español aprueba la Ley de Procreación Asistida.

1.1. LEY ESPAÑOLA SOBRE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA (LEY Nº 35, 22 DE NOVIEMBRE DE 1988)

Puntos principales:

a) En el Artículo 1° se regula el ámbito de aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida, quedando dentro de este marco regulatorio la inseminación artificial (IA), la fecundación in vitro (FIV), con transferencia de embriones (TE), y la transferencia intratubárica de gametos (TIG) estableciendo que éstas técnicas resultan aplicables cuando hayan sido científica y clínicamente indicadas por equipos especializados y se realicen en centros y establecimientos sanitarios y científicos autorizados.

- La ley les asigna a estas técnicas la finalidad fundamental de la actuación médica ante la esterilidad humana, para

facilitar la procreación cuando otras terapéuticas se hayan descartado por inadecuadas o ineficaces y pueden utilizarse también en la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético o hereditario.

- Se autoriza la investigación y experimentación con gametos u óvulos fecundados humanos en los términos señalados en los artículos 14,15,16 y 17 de la presente ley.

b) En los Artículo 2°, 3° y 4° se formulan los principios generales respecto de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida estableciendo que se realizarán solamente:

- cuando haya posibilidades razonables de éxito y no supongan riesgo grave para la salud de la mujer o la posible descendencia.
- en mujeres mayores de edad y en buen estado de salud psicofísica, si las han solicitado y aceptado libre y conscientemente, y han sido previa y debidamente informadas sobre ellas.
- Se menciona la obligación de brindar información y asesoramiento suficientes a quienes deseen recurrir a estas técnicas, o sean donantes, sobre los distintos aspectos e implicaciones posibles de las técnicas, así como sobre los resultados y los riesgos previsibles. La información se extenderá a cuantas consideraciones de carácter biológico, jurídico, ético o económico se relacionan con las técnicas, y será de responsabilidad de los equipos médicos y de los responsables de los centros o servicios sanitarios donde se realicen.
- La mujer receptora de estas técnicas podrá pedir que se suspendan en cualquier momento de su realización, debiendo atenderse su petición.
- Todos los datos relativos a la utilización de estas técnicas

deberán ser recogidos en historias clínicas individuales, que serán tratadas con las reservas exigibles, y con estricto secreto de la identidad de los donantes, de la esterilidad de los usuarios y de las circunstancias que concurran en el origen de los hijos así nacidos."

- Se prohíbe la fecundación de óvulos humanos, con cualquier fin distinto a la procreación humana.
- En relación al número de preembriones a transferirse al útero de la receptora será el que fuere considerado científicamente como el más adecuado para asegurar razonablemente el embarazo.

c) En relación con los donantes el Artículo 5° establece que la donación de gametos y preembriones para las finalidades autorizadas por esta ley es un contrato gratuito, formal y secreto concertado entre el donante y el centro autorizado. La donación nunca tendrá carácter lucrativo o comercial. El contrato se formalizará por escrito entre el donante y el centro autorizado. La donación será anónima, custodiándose los datos de identidad del donante en el más estricto secreto y en clave en los bancos respectivos y en el Registro Nacional de Donantes. Los hijos nacidos tienen derecho, por sí o por sus representantes legales, a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad. Igual derecho corresponde a las receptoras de los gametos. A pesar de ello, pero sólo en forma excepcional y bajo circunstancias extraordinarias que impliquen un comprobado peligro para la vida del hijo podrá revelarse la identidad del donante, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto.

Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará, en ningún caso, publicidad de la identidad del donante.

- El donante deberá tener más de dieciocho años y plena capacidad de obrar. Su estado psicofísico deberá cumplir los términos de un protocolo obligatorio de estudio de los donantes.
- Los centros autorizados y el Registro Nacional adoptarán las medidas oportunas y velarán para que de un mismo donante no nazcan más de seis hijos.

d) El Artículo 6° se refiere a las usuarias de las técnicas estableciendo lo siguiente:

- Toda mujer podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en la presente ley, siempre que haya prestado su consentimiento a la utilización de aquellas de manera libre, consciente, expresa y por escrito. Deberá tener dieciocho años al menos y plena capacidad de obrar.
- La mujer que desee utilizar estas técnicas de reproducción asistida deberá ser informada de los posibles riesgos para la descendencia y durante el embarazo derivados de la edad inadecuada.
- Si estuviere casada, se precisará además del consentimiento del marido, a menos que estuvieren separados por sentencia firme de divorcio o separación, o de hecho o por mutuo acuerdo que conste fehacientemente.
- La elección del donante es responsabilidad del equipo médico que aplica la técnica de reproducción asistida. Se deberá garantizar que el donante tenga la máxima similitud fenotípica y las máximas posibilidades de compatibilidad con la mujer receptora y su entorno familiar.

e) En relación a la **filiación entre padres e hijos concebidos**

mediante la utilización de estas técnicas, los Artículos 7, 8 y 9 establecen lo siguiente:

a) En ningún caso la inscripción en el Registro Civil reflejará datos de los que pueda inferirse el carácter de la generación.

b) El marido ni la mujer podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido por consecuencia de la utilización de estas técnicas cuando hayan prestado su consentimiento, previa y expresamente, a determinada fecundación con contribución de donante o donantes.

c) La revelación de la identidad del donante en los supuestos en que proceda con arreglo al Artículo 5° no implica, en ningún caso, determinación legal de la filiación.

d) No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta ley y el marido fallecido, cuando el material reproductor de este no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón. No obstante, el marido podrá consentir, en escritura pública o testamento, que su material reproductor pueda ser utilizado, en los seis meses siguientes a su fallecimiento, para fecundar a su mujer, produciendo tal generación los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial. El varón no unido por vínculo matrimonial, podrá hacer uso de esta posibilidad.

e) El consentimiento para la aplicación de las técnicas podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquellas.

f) El Artículo 10 se refiere la maternidad subrogada y considera como nulo de pleno derecho al contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna en favor del contratante o de un tercero. Además, establece que la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.

g) En relación con la crioconservación de gametos (Artículo 11) autoriza que el semen pueda ser crioconservado en bancos de gametos autorizados durante un tiempo máximo de cinco años. Pero no se autorizará la crioconservación de óvulos con fines de reproducción asistida, en tanto no haya suficientes garantías sobre la viabilidad de los óvulos después de su descongelación. Los preembriones que resulten sobrantes de una FIV serán crioconservados en los bancos autorizados, por un máximo de cinco años.
Pasados dos años de crioconservación de gametos o preembriones que no procedan de donantes, quedarán a disposición de los bancos correspondientes.

h) El Artículo 12° establece que toda intervención sobre el preembrión, vivo, in vitro, con fines diagnósticos, no podrá tener otra finalidad que la valoración de su viabilidad o no, o la detección de enfermedades hereditarias, a fin de tratarlas, si ello es posible, o de desaconsejar su transferencia para procrear. Además, toda intervención sobre el embrión en el útero o sobre el feto, en el útero o fuera de él, vivos, con fines diagnósticos, no es legítima si no tiene por objeto el bienestar del nasciturus y el favorecimiento de su

desarrollo, o si está amparada legalmente.

i) Los Artículos 18° y 19 hacen referencia a los centros sanitarios y equipos biomédicos.

j) En el Artículo 20° se establecen una serie de infracciones y sanciones graves y muy graves:

Son **infracciones graves**: a) El incumplimiento de los requisitos reglamentarios de funcionamiento de los centros sanitarios y equipos biomédicos. b) La vulneración de los establecido en la Ley general de sanidad, la presente ley y normas de desarrollo, en el tratamiento de los usuarios de estas técnicas por los equipos de trabajo. c) La omisión de datos, consentimientos y referencias exigidas por la presente ley, así como la falta de realización de historia clínica.

Son **infracciones muy graves**: a) Fecundar óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana. b) Obtener preembriones humanos por lavado uterino para cualquier fin. c) Mantener in vitro a los óvulos fecundados y vivos, más allá del día catorce siguiente al que fueron fecundados, descontando de ese tiempo el que pudieran haber estado crioconservados. d) Mantener vivos a los preembriones, al objeto de obtener de ellos muestras utilizables. e) Comerciar con preembriones o con sus células, así como su importación o exportación. f) Utilizar industrialmente preembriones, o sus células, si no es con fines estrictamente diagnósticos, terapéuticos o científicos en los términos de esta ley o de las normas que la desarrollen, y cuando tales fines no

puedan alcanzarse por otros medios. g) Utilizar preembriones con fines cosméticos o semejantes. h) Mezclar semen de distintos donantes para inseminar a una mujer o para realizar la FIVTE, así como utilizar óvulos de distintas mujeres para realizar una FIVTE o la TIG. i) Transferir al útero gametos o preembriones sin las exigibles garantías biológicas o de viabilidad. j) Develar la identidad de los donantes fuera de los casos excepcionales previstos por la presente ley. k) Crear seres humanos idénticos, por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza. l) La creación de seres humanos por clonación en cualquiera de las variantes o cualquier otro procedimiento capaz de originar varios seres humanos idénticos. m) La partogénesis, o estimulación al desarrollo de un óvulo, por medio térmicos, físicos o químicos, sin que sea fecundado por un espermatozoide, lo cual dará lugar solamente a descendencia femenina. n) La selección del sexo o la manipulación genética con fines no terapéuticos o terapéuticos no autorizados. o) La creación de preembriones de personas del mismo sexo, con fines reproductores u otros. p) La fusión de preembriones entre sí o cualquier otro procedimiento dirigido a producir quimeras. q) El intercambio genético humano, o recombinado con otras especies, para producción de híbridos. r) La transferencia de gametos o preembriones humanos en el útero de otra especie animal o la operación inversa, que no estén autorizadas. s) La ectogénesis o creación de un ser humano individualizado en el laboratorio. t) La creación de preembriones con esperma de individuos diferentes para su transferencia al útero. u) La transferencia al útero, en

un mismo tiempo, de preembriones originados con óvulos de distintas mujeres. v) La utilización de la ingeniería genética y otros procedimientos, con fines militares o de otra índole, para producir armas biológicas o exterminadoras de la especie humana, del tipo que fueren.

1.2. NORMATIVA POSTERIOR QUE CUMPLIMENTA, DESARROLLA O MODIFICA LA LEY:

- Real Decreto 412/1996, de 1 de marzo, por el que se establecen los protocolos obligatorios de estudio de los donantes y usuarios relacionados con las técnicas de reproducción humana asistida y se regula la creación del Registro Nacional de Donantes de Gametos y Preembriones con fines de reproducción humana. Cumplimentado, disp. Final 2ª b) del Real Decreto 412/1996, Orden de 25 de marzo de 1996 por la que se establecen las normas de funcionamiento del Registro Nacional de Donantes de Gametos y Preembriones.

- Real Decreto 413/1996, de 1 de marzo, por el que se establecen los requisitos técnicos y funcionales precisos para la autorización y homologación de los centros y servicios sanitarios relacionados con las técnicas de reproducción humana asistida.

- Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos.

- Ley 15/1994, de 3 de junio, por la que se establece el régimen jurídico de la utilización confinada, liberación voluntaria y comercialización de organismos modificados genéticamente, a fin de prevenir los riesgos para la salud humana y para el medio

ambiente.

- Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, por la que se reforma el Código Penal y prevé el título "De los delitos relativos a la manipulación genética) que contienen los siguientes artículos:

  Artículo 159: "1. Serán castigados con la pena de prisión de dos a seis años e inhabilitación especial para empleo público, profesión u oficio de siete a diez años los que, con finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves, manipulen genes humanos de manera que se altere el genotipo. 2. Si la alteración del genotipo fuere realizada por imprudencia grave, la pena será de multa de seis a quince meses de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de uno a tres años".

  Artículo 160: "La utilización de la ingeniería genética para producir armas biológicas o exterminadoras de la especie humana será castigada con la pena de prisión de tres a siete años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de siete a diez años".

  Artículo 161: "1. Serán castigados con pena de prisión de uno a cinco años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de seis a diez años quienes fecunden óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana. 2. Con la misma pena se castigarán la creación de seres humanos idénticos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza".

Artículo 162: "1. Quien practicare reproducción asistida en una mujer, sin su consentimiento, será castigado con la pena de prisión de dos a seis años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años. 2. Para proceder por este delito será precisa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquella sea menor de edad, incapaz una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal".

2. FRANCIA

La Ley N° 94-653 Relativa al Respeto del Cuerpo Humano del 29 de Julio de 1994 introduce una serie de modificaciones al Código Civil, Código Penal y al Código de Propiedad Intelectual. En lo que respecta a las modificaciones en el ámbito Civil, las más significativas son las siguientes:

a) Luego del artículo 16 del Código Civil se insertan los artículos 16-1 al 16-9 con la siguiente redacción:

"Artículo 16-1.- Cada persona tiene derecho al respeto de su cuerpo. El cuerpo humano es inviolable. El cuerpo humano, sus elementos y sus productos no pueden ser objeto de derecho patrimonial."

"Artículo 16-2.- El juez puede prescribir todas las medidas propias para impedir o hacer cesar un atentado ilícito contra el cuerpo humano, así como actuaciones ilícitas que estén referidas a los elementos o productos de éste."

"Artículo 16-3.- No puede atentarse contra la integridad del cuerpo humano salvo en caso de necesidad terapéutica de la persona.

El consentimiento del interesado debe recogerse previamente salvo el caso en el que su estado haga necesario una intervención terapéutica y éste se halle imposibilitado de hacerlo."

"Artículo 16-4.- Nadie puede atentar contra la integridad de la especie humana. Toda práctica eugenésica tendente a la organización de la selección de personas está prohibida. Sin perjuicio de las investigaciones orientadas a la prevención y al tratamiento de las enfermedades genéticas, ninguna transformación puede orientarse a los caracteres genéticos con la finalidad de modificar la descendencia de la persona."

"Artículo 16-5.- Las convenciones que tengan por efecto conferir un valor patrimonial al cuerpo humano, a sus elementos o a sus productos son nulas."

"Artículo 16-6.- Ninguna remuneración puede serle dada a quien se preste a una experimentación sobre su persona, a la extirpación de elementos de su cuerpo o a la recolección de productos de éste."

"Artículo 16-7.- Toda convención que conlleve la procreación o la gestación por cuenta de otro es nula."

"Artículo 16-8.- Ninguna información que permita identificar a la vez a aquél que ha donado un elemento o un producto de su cuerpo y de aquél que la haya recibido puede ser divulgada. El donante no puede conocer la identidad del receptor ni éste la del donador. En caso de necesidad terapéutica, solamente los médicos del donante y del receptor pueden tener acceso a las informaciones que permitan la identificación de estos."

"Artículo 16-9.- Las disposiciones del presente capítulo son de orden público."

b) Se incluye en el Capítulo I del Libro I del Código Civil, un Capítulo III, titulado "DEL ESTUDIO GENETICO DE LAS CARACTERISTICAS DE UNA PERSONA Y DE LA IDENTIFICACION DE UNA PERSONA POR SUS HUELLAS

GENETICAS "(Ver anexo).

c) Se inserta en el Capítulo I del Título VII del Libro I del Código Civil una Sección 4 con el siguiente tenor:

Sección 4

De la fecundación médica asistida

"Artículo 311-19.- En caso de fecundación medica asistida mediante tercer donante ningún vínculo de filiación será establecido entre el donante y el infante fruto de la procreación. Ninguna acción de responsabilidad podrá ser ejercida en contra del donante."

"Artículo 311-20.- Los esposos o concubinos que, para procrear recurran a la asistencia médica con la necesidad de la intervención de un tercero, en las condiciones garantizándose el secreto, requieren de consentimiento ante juez o notario, quien les informe de las consecuencias de dicho acto en miras de la filiación.

El consentimiento dado para la fecundación médica asistida prohíbe toda acción de contestación de la paternidad o de la demanda de estado de familia a menos que se haya sostenido que el infante no es producto de la procreación médica asistida o el consentimiento haya sido privado de efecto.

El consentimiento se encuentra privado de efectos en caso de deceso, de depósito en caso de demanda de divorcio o de separación de cuerpos o de cese de la comunidad de gananciales, sobreviniente antes de la realización de la fecundación médica asistida. Será igualmente privado de efectos cuando un hombre o mujer lo revoque por escrito y con anterioridad a la realización de dicha fecundación ante un médico encargado de asistir dicho procedimiento.

Aquél que luego de haber prestado su consentimiento para la

asistencia médica de la procreación no reconoce al fruto de ésta será responsable frente al niño y la madre. Por otro lado, será judicialmente declarada la paternidad fuera del matrimonio de quien, luego de haber prestado su asentimiento para la procreación médica asistida no reconoce al fruto de ésta. La acción responde a las disposiciones de los artículos 340-2 al 340-6."

Entre las modificaciones más relevantes realizadas al Código Penal se encuentra aquella disposición que sanciona la práctica de la maternidad subrogada. También introduce en el Título I capítulo I titulado: "De las infracciones en materia de ética biomédica".

3. ALEMANIA

La ley N° 745/90 del 13 de diciembre de 1990 titulada "Ley alemana de protección del embrión" sanciona con penas privativas de libertad y/o multa (según el caso) las siguientes conductas:

- Utilización abusiva de las técnicas de reproducción (Artículo 1): transferir a una mujer el óvulo de otra; fecundar artificialmente un óvulo con fines distintos que los de iniciar un embarazo en la mujer de quien proviene el óvulo; transferir a una mujer más de tres embriones en un mismo ciclo, o más de tres óvulos en un mismo ciclo; retirar un embrión de una mujer antes de su implantación en el útero, con vistas a transferirlo a otra mujer o utilizando con un fin distinto al de su protección; practicar una fecundación artificial o transfiriera un embrión humano a una mujer dispuesta a abandonarlo en forma definitiva a terceros luego de su nacimiento; introducir artificialmente un espermatozoide humano en un óvulo humano, con un fin distinto que el de iniciar un embarazo en la mujer de donde proviene el óvulo; etc.
- Utilización abusiva de embriones humanos (Artículo 2). Queda comprendida la enajenación de un embrión humano concebido en

forma extracorporal, antes del período de la anidación en el útero, su cesión, adquisición, o utilización para un fin distinto al de su preservación. También comprende el desarrollo extracorporal de un embrión humano para un fin distinto al de provocar un embarazo.

- Interdicción de la selección del sexo (Artículo 3), salvo que se realiza con la finalidad de proteger al niño de enfermedades hereditarias graves y ligadas al sexo.
- Fecundación y transferencia autoritaria de embriones y fecundación post mortem (Artículo 4).
- Modificación artificial de células sexuales durante el curso de la gametogénesis (Artículo 5).
- Clonación (Artículo 6) y transferencia de embriones humanos obtenidos mediante esta técnica
- Creación de quimeras e híbridos (Artículo 7): realizar la fecundación de un óvulo humano con esperma de un animal o fecundación de un óvulo animal con esperma de un hombre.; y transferir: a una mujer o a un animal, un embrión formado como consecuencia de estas manipulaciones. También comprende la transferencia de un embrión humano a un animal.
- Incumplimiento de la habilitación para la realización de "...la fecundación artificial, la transferencia de un embrión a una mujer o la conservación de un embrión humano, o de un óvulo humano en el cual un espermatozoide humano se hubiera introducido o hubiera sido introducido artificialmente" (Artículo 11); ya que sólo un médico puede realizarlas (Artículo 10)

Esta ley, en su Artículo 8, contiene la definición de embrión estableciendo que "hay "embrión" desde que hay fecundación y susceptibilidad de desarrollo del óvulo fecundado, a partir de la fusión de los núcleos celulares..."

4. SUIZA

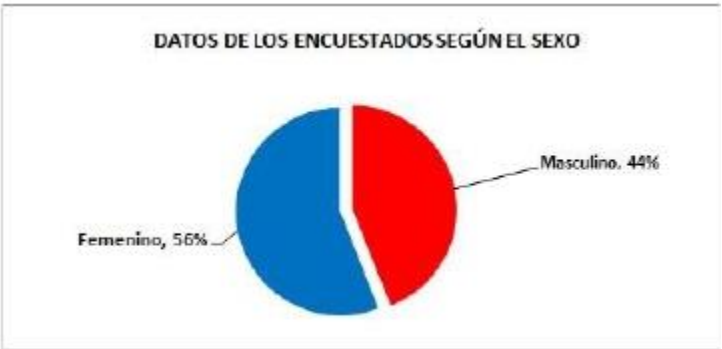
La Constitución de Suiza prevé en su Artículo 119, que se encuentra bajo el título "Medicina reproductiva e ingeniería genética en el ámbito humano", una serie de principios, tales como:

- "Todo ser humano es protegido del abuso de la medicina reproductiva y de la ingeniería genética..."
- "...Todo tipo de clonación e intervención genética de las células germinales y del embrión humano son inadmisibles.
- El patrimonio germinal y genético no humano no puede ser transferido al patrimonio genético humano, ni a la inversa.
- Las técnicas de procreación asistida pueden ser aplicadas sólo para suplir problemas de infertilidad o para evitar la transmisibilidad de enfermedades de mal grave o hereditarias, no pueden ser utilizadas para predeterminar las características del concebido o para fines de investigación; la fecundación de óvulos humanos fuera del cuerpo de la mujer es permitida sólo por las condiciones establecidas por la ley; fuera del cuerpo de la mujer puede permitirse el desarrollo del embrión sólo si el ovocito humano es trasplantado a la mujer inmediatamente.
- La donación de embrión y toda otra forma de maternidad sustituta son inadmisibles.
- No se permite el comercio del patrimonio germinal humano ni de los productos del embrión.
- El patrimonio genético de una persona puede ser analizado, registrado o revelado solo con el consentimiento y en base a la prescripción legal.
- Cada persona tiene acceso a sus datos genéticos."

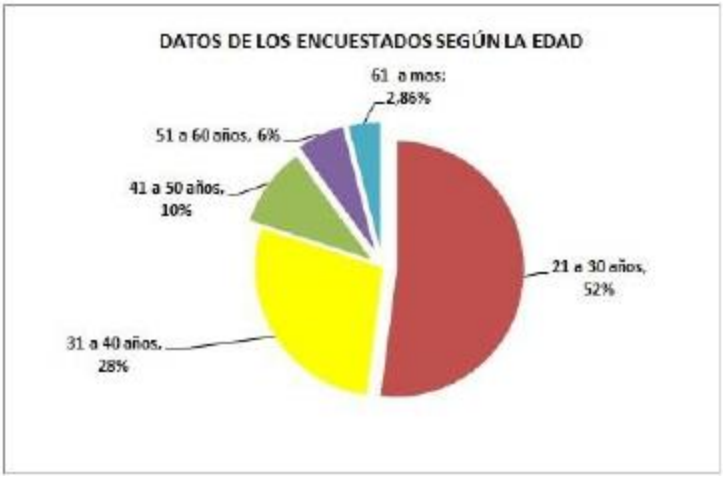
ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

La aplicación del instrumento permitió obtener la siguiente información en relación a los tópicos relacionados con la investigación:

SEXO ENTREVISTADOS	Cantidad	%
Masculino	22	44%
Femenino	28	56%
TOTAL	50	100%

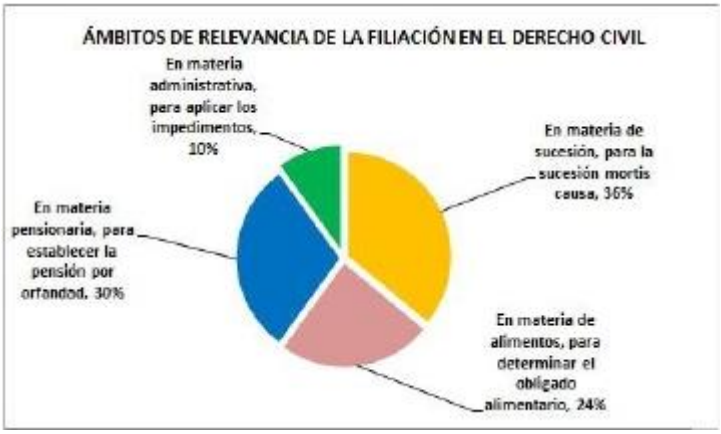


EDAD ENCUESTADOS	Cantidad	%
21 a 30 años	26	52%
31 a 40 años	14	28%
41 a 50 años	5	10%
51 a 60 años	3	6%
61 a mas	2	4%
TOTAL	50	100%

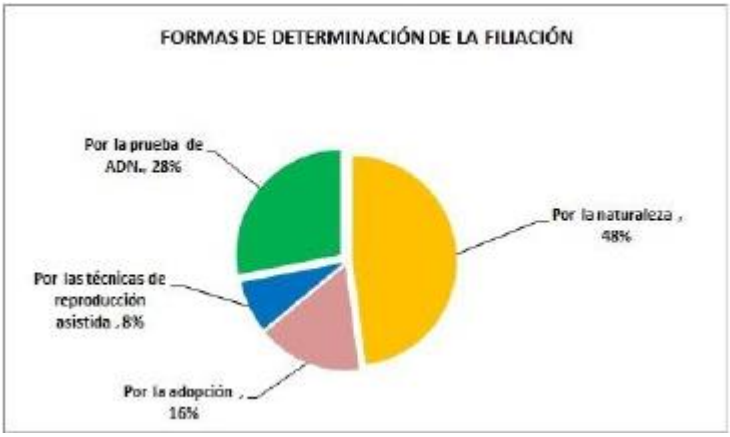


ÁREA LABORAL DE ENCUESTADOS	Cantidad	%
Poder Judicial	14	28%
Ministerio Publico	9	18%
Institución Privada	14	28%
Defensa Privada	13	26%
TOTAL	50	100%

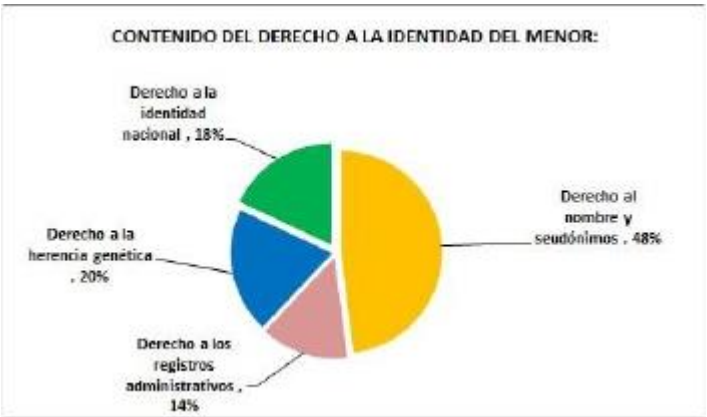
ÁMBITOS DE RELEVANCIA DE LA FILIACIÓN EN EL DERECHO CIVIL	Cantidad	%
En materia de sucesión, para la sucesión mortis causa	18	36%
En materia de alimentos, para determinar el obligado alimentario	12	24%
En materia pensionaria, para establecer la pensión por orfandad	15	30%
En materia administrativa, para aplicar los impedimentos	5	10%
TOTAL	50	100%



FORMAS DE DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN	Cantidad	%
Por la naturaleza	24	48%
Por la adopción	8	16%
Por las técnicas de reproducción asistida	4	8%
Por la prueba de ADN.	14	28%
TOTAL	50	100%



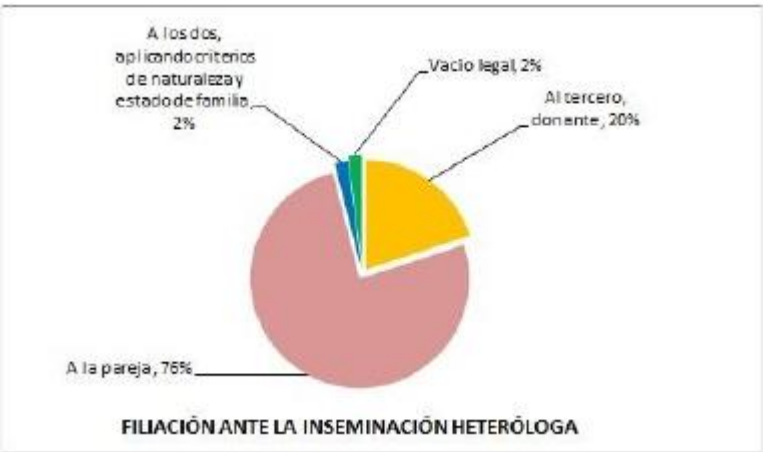
CONTENIDO DEL DERECHO A LA IDENTIDAD DEL MENOR:	Cantidad	%
Derecho al nombre y seudónimos	24	48%
Derecho a los registros administrativos	7	14%
Derecho a la herencia genética	10	20%
Derecho a la identidad nacional	9	18%
TOTAL	50	100%



TÉCNICAS ACTUALES DE PROCREACIÓN ASISTIDA	Cantidad	%
Fecundación "in vivo"	22	44%
Fecundación "in vitro" con transferencia embrionaria	24	48%
Técnicas coadyuvantes	1	2%
Técnica de ADN	3	6%
TOTAL	50	100%

DIFERENCIAS INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HOMÓLOGA Y HETERÓLOGA	Cantidad	%
En la primera aporta el material genético la pareja; en el segundo es un tercero	45	90%
En la primera aporta el material genético un tercero; en el segundo la pareja.	3	6%
En la primera y en la segunda, aporta el material genético un tercero	1	2%
Técnica de ADN	1	2%
TOTAL	50	100%

FILIACIÓN ANTE LA INSEMINACIÓN HETERÓLOGA	Cantidad	%
Al tercero, donante	10	20%
A la pareja	38	76%
A los dos, aplicando criterios de naturaleza y estado de familia	1	2%
Vacío legal	1	2%
TOTAL	50	100%



CONCLUSIONES

1. La filiación es la relación jurídica que existe entre los progenitores y sus descendientes directos en primer grado: padre o madre - hija o hijo; vínculo regulado normativamente principalmente en base a criterios que datan desde el derecho romano, pero que en la actualidad es objeto de prueba por el avance de la ciencia.

2. La identidad es un derecho no solo personalismo sino fundamental, cuyo contenido comprende el conjunto de atributos y características psicosomáticas que permiten individualizar a la persona en la sociedad, radicando en ello su trascendencia, dado que todo ser humano es un ser social por esencia.

3. La filiación y el derecho a la identidad son derechos fundamentales del menor, consagrados a nivel de la Constitución Política, supranacional y legal; condición que genera que le resulten exigibles al Estado mediante una legislación acorde que haga lo más efectivo posible tal derecho fundamental (dimensión objetiva de los derechos fundamentales).

4. Las Técnicas de Reproducción Asistida (TERAS) son los métodos técnicos que fueron creados para enfrentar el problema médico de la infertilidad, pero que en la actualidad sirve además para satisfacer necesidades derivadas de nuevas formas de familia, como las surgidas de aquellas personas que no quieren casarse, pero quieren tener prole.

5. Las técnicas actuales de procreación asistida suelen clasificarse en tres tipos: 1. fecundación "in vivo"; 2. fecundación "in vitro" con transferencia embrionaria; 3. técnicas coadyuvantes. Sin embargo, clasificamos las Técnicas de Reproducción Asistida (TERAS) en: 1°)

inseminación artificial (ia); y, 2°) fecundación extracorpórea (FEC).

5.1. La inseminación artificial IA, tiene como fin esencial la procreación pues el semen se inocula, de manera directa pero asistida, en la vagina de la mujer, y no da la posibilidad de realizar experimentación alguna (salvo en lo que respecta a la selección de gametos masculinos).

5.2. La fecundación extracorpórea FEC es aquella que busca la unión del espermatozoide y óvulo en una probeta y tiene entre sus objetivos (además) la investigación humana científica.

6. La inseminación artificial (IA) y la fecundación extracorpórea (FEC) pueden ser interconyugal (homóloga), con material genético (óvulo y semen) del cónyuge o conviviente o supraconyugal (heteróloga) con material de tercero o cedente; o mixta, realizada con la mezcla de componentes genéticos de dos o más varones.

7. La fecundación supraconyugal o heteróloga, genera una situación conflictiva en el derecho de familia, principalmente en dos temas puntuales: a) la filiación; y, b) el derecho a la identidad del menor; todos estos derivados del hecho de la ausencia de una relación jurídica con el cedente del material genético y que, por ende, no se le puede exigir el cumplimiento de obligaciones legales (alimentos), derechos derivados (transmisión sucesoria) o deberes naturales (reconocimiento).

8. El panorama problemático descrito es resultado de la falta de previsión legal de las implicancias de la fecundación supraconyugal o heteróloga, por lo que resulta necesario que el sistema jurídico regule los distintos aspectos que genera su introducción, en particular, el tema relacionado a la filiación y el derecho a la identidad del menor.

RECOMENDACIONES

La exposición de la realidad problemática plantea la necesidad de contar con una regulación de las diversas implicancias de la reproducción asistida, como los referentes a la filiación, la sucesión mortis causa, entre otros. Sin embargo, y considerando que es objeto de investigación solo el aspecto concerniente a la filiación, proponemos a modo de lege ferenda, el siguiente texto normativo a incorporar en la legislación futura que regule los diversos aspectos de la reproducción asistida:

La fecundación resultante de técnicas de reproducción asistida requiere el consentimiento informado y expreso de la cónyuge o concubina.

El documento donde constare el consentimiento deberá quedar depositado en la clínica, laboratorio o archivo médico del profesional que practicare la fecundación.

La identidad del donante de los gametos deberá quedar debidamente registrada en la clínica, laboratorio o archivo del profesional que practicare la intervención, y deberá ser revelada en interés del hijo que naciere de dichas prácticas, cuando ello fuere necesario. Sin embargo, entre la persona que hubiere donado los gametos y el hijo que naciere no se establecerá ningún vínculo de filiación.

El esposo o concubino que hubiere consentido en la fecundación asistida de su esposa o concubina, en los términos precisados en el párrafo anterior, no podrá desconocer la paternidad del hijo nacido por esa vía.

Para efectos de la filiación, se considerará como la madre del hijo a la mujer a quien se le hubiere implantado el embrión y que hubiere completado la etapa de gestación y dado a luz. Se considerará como el padre al esposo o concubino de ésta.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

LIBROS

ANDORNO, Roberto: Bioética y dignidad de la persona, Madrid, Tecnos, 1998

BARBERO, Doménico: Sistema del Derecho privado, Tomo II, Buenos Aires, EJEA, 1967

BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo: Hijos legítimos, Buenos Aires, Astrea, 1981

CARCABA FERNÁNDEZ, María. Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de reproducción humana". Barcelona: Bosch. 1995

CASADO, María. Nuevos materiales de bioética y derecho, México D.F.: Fontamara, 2007

CICU, Antonio: La filiación, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1930

COOK, Rebecca J., DICKENS, Bernard M., FATHALLA, Mahmoud. Salud reproductiva y derechos humanos, Bogotá, Profamilia, Oxford, 2003

DIEZ PICAZO, Luis y GULLON, Antonio: Sistema de Derecho civil, Madrid, Tecnos, Tomo IV, Derecho de Familia, 1992

ESPIN CANOVAS, Diego: Manual de Derecho civil español, Vol. IV, 7ª ed., Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1982

FERNANDEZ CLERIGO, Luis: El Derecho de familia en la legislación comparada, México, Ed. Hispano-Americana, 1947

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, Derecho a la identidad personal, Buenos Aires: Astrea, 1992

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Nuevas tendencias en el derecho de las personas, Lima: Fondo Editorial de la Universidad de Lima, 1990

FERRER, Francisco. Libro de Ponencias. Congreso Internacional "La persona y el derecho en el fin de siglo", Santa Fe, 1996

GROSMAN, Cecilia. Acción de impugnación de paternidad del marido, Buenos Aires: Editorial Abaco, 1987

GUASP DELGADO, Jaime. La Pretensión Procesal. Madrid: Civitas. 1985

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. Reproducción asistida, género y derechos humanos en América Latina / Instituto Interamericano de Derechos Humanos. – San José, IIDH, 2008.

LACRUZ BERDEJO, José y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís: Derecho de familia, Barcelona, Bosch, 1982

LAFAILLE, Héctor: Derecho de familia, Buenos Aires, Biblioteca Jurídica Argentina, 1930

LEMA AÑON, Carlos. Reproducción, poder y derecho. Ensayo Filosófico sobre las técnicas de reproducción asistida". Madrid, Trotta, 1999

LOPEZ DEL CARRIL, Julio J.: La filiación, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1976

LOYARTE, Dolores y ROTONDA, Adriana. Procreación humana artificial: un desafío bioético. Aspectos biomédicos, aspectos bioéticos y aspectos jurídicos. Buenos Aires: Depalma, 1995

MARIS MARTÍNEZ, Stella. Manipulación genética y derecho penal. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1994

MARTÍNEZ DE MORETÍN LLAMAS, María Lourdes. El régimen jurídico de las presunciones, Colección Monografías de Derecho Romano, Sección: Derecho Público y Privado Romano N° 34, Madrid: Dykinson, 2007

MÉNDEZ COSTA, María Josefa, La Filiación; Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni

MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, Graciela N. Bioderecho. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998

MICHEL FARIÑA, Juan Jorge y GUTIÉRREZ, Carlos. La encrucijada de la filiación. Tecnologías reproductivas y restitución de niños. Buenos Aires: Grupo Editorial Lumen. 2001

PLÁCIDO VILCACHAUA, Alex. Filiación y patria potestad en la doctrina y en la jurisprudencia. Lima, Gaceta Jurídica, 2003

PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Tratado elemental de derecho civil. Tomo IV. La Habana: Editorial Cultural, S.A. 1948

REICH, Warren. Enciclopedia de la bioética. Vol. I. New York, Free Press, McMillan, 1978

SOTO LAMADRID, Miguel Ángel. Biogenética, filiación y delito. La

fecundación artificial y la experimentación genética ante el derecho. Buenos Aires: Astrea, 1990

TABOADA CORDOVA, Lizardo. Negocio Jurídico, Contrato y Responsabilidad Civil. Lima: Editorial Jurídica Grijley. 2008

VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique y SIVERINO BAVIO, Paula. Determinación de la paternidad matrimonial, En: Código Civil Comentado, Tomo II, derecho de familia, Lima: Gaceta Jurídica, 2003

VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. Derecho genético y procreático. 4ª ed., La Paz: Abiodge, 2005

VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. Derecho Genético. 2ª ed. Trujillo: Normas Legales. 1997

VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. Derecho Médico. Lima: Editorial Grijley. 2003,

ZANNONI, Eduardo y BOSSERT, Gustavo. Manual de derecho de familia, Buenos Aires: Astrea, 5ª ed., 2000

ZANNONI, Eduardo: Derecho de familia, Tomo II, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1989

REVISTAS

AIZENBERG, Marisa S. El tratamiento legal y jurisprudencial de las técnicas de reproducción humana asistida en Argentina. En Revista Derecho Privado. Año I - N° 1 - mayo 2012. Buenos Aires: Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación

ANDORNO, Roberto. El Derecho frente a la nueva eugenesia: La selección de embriones in vitro. En: Revista chilena de Derecho, 1994

ARCE LARRETA, Jorge. Investigación biológica de la paternidad (aplicaciones prácticas de la serología constitucional). En Boletín del instituto nacional del niño, Lima, 1934

LOMBARDI VALLAURI, Luigi. Las biomanipulaciones: Cuestiones éticas y jurídicas», en: Persona y Derecho, Navarra, Universidad de Navarra, 1986, N° 15

TABORELLI, José y BIANCHI, Silvia. Fertilidad asistida. El derecho del donante a conocer el destino del componente genético. En: Jurisprudencia

Argentina, 1996-II

TESIS

BAQUERO VEGA, Irma Carolina y CRUZ GONZÁLEZ, Cristian Mauricio. La filiación a la luz del derecho colombiano, chileno, argentino, venezolano y peruano. Tesis (título de Abogado). Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2002

PINELLA VEGA, Vanessa. El interés superior del niño/niña vs. principio al debido proceso en la filiación extramatrimonial. Tesis (Título de Abogado), Lambayeque: Universidad Santo Toribio de Mogrovejo, 2014

QUINCOSA MÁRQUEZ, Rocío Mayrelle. Análisis sobre la importancia de legislar la reproducción asistida en México. Tesis de Maestría en Derecho Civil. Universidad La Salle, 2010

ZAPATA DURÁN, Roberto Wesley. La prueba en los procesos de filiación. Tesis. Universidad de Salamanca, 2011

LINKOGRAFÍA

ÁVALOS CAPÍN, Jimena. Derechos reproductivos y sexuales. Disponible en http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/8/3568/38.pdf

CANTORAL DOMÍNGUEZ, Karla. El derecho a la identidad del menor: el caso de México. Disponible en http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2070-81572015000200003

CORRAL TALCIANI, Hernán. La filiación matrimonial. Disponible en https://corraltalciani.files.wordpress.com/2010/04/la-filiacion-matrimonial.pdf

EPSTEIN. Martin. La identidad como derecho inherente a los niños y las niñas. Disponible en http://webiigg.sociales.uba.ar/iigg/jovenes_investigadores/5jornada

sjovenes/EJE1/Mesa2_Epstein.pdf

VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. La Ley de las XII Tablas (Su vigencia en el Código Civil peruano de 1984). Disponible en www.ulima.edu.pe/ul.doc/iuristexto/REVOO3/varsi.html

INSTRUMENTO (ENCUESTA)

Le agradecemos responder a este breve y sencillo cuestionario que tiene como propósito obtener datos que permita identificar la posición respecto de la inseminación artificial heteróloga y sus implicancias en el derecho de familia. Asimismo, debemos precisar que el presente instrumento es totalmente anónimo

1. **DATOS DE LOS INFORMANTES**

1.1. SEXO:

Masculino ( )	Femenino ( )

1.2. EDAD

25 a 35 años ( )	36 a 45 años ( )	46 a 55 años ( )	56 a más ( )

1.3. NIVEL DE INSTRUCCIÓN

Licenciatura ( )	Maestría ( )	Doctorado ( )

1.4. ÁREA LABORAL

Poder Judicial ( )	Ministerio Público ( )	Institución Privada ( )	Defensa Privada ( )

2. **RESPONSABLES**

2.1. **Indique los ÁMBITOS DE RELEVANCIA DE LA FILIACIÓN EN EL DERECHO CIVIL:**

En materia de sucesión, para la sucesión mortis causa ( )
En materia de alimentos, para determinar el obligado alimentario ( )
En materia pensionaria, para establecer la pensión por orfandad ( )
En materia administrativa, para aplicar los impedimentos. ( )

2.2. **Indique las formas de determinación de la filiación**

2.2.1. Por la naturaleza ( )
2.2.2. Por la adopción ( )
2.2.3. Por las técnicas de reproducción asistida ( )

2.2.4. Por la prueba de ADN. ( )

2.3. **Indique el contenido del derecho a la identidad del menor:**

2.3.1. Derecho al nombres y seudónimos ( )
2.3.2. Derecho a los registros administrativos ( )
2.3.3. Derecho a la herencia genética ( )
2.3.4. Derecho a la identidad nacional ( )

2.4. **Indique cuales son las técnicas actuales de procreación asistida**

2.4.1. Fecundación "in vivo" ( )
2.4.2. Fecundación "in vitro" con transferencia embrionaria ( )
2.4.3. Técnicas coadyuvantes ( )
2.4.4. Técnica de ADN ( )

2.5. **Identifique la diferencia sustancial entre la inseminación artificial interconyugal u homóloga (IAH) y la inseminación artificial supraconyugal o heteróloga**

2.5.1. En la primera quien aporta el material genético es la pareja y en el segundo es un tercero, un donante. ( )
2.5.2. En la primera quien aporta el material genético es un tercero, un donante y en el segundo la pareja. ( )
2.5.3. En la primera y en la segunda, quien aporta el material genético es un tercero, un donante, pero con similar material genético que la pareja. ( )

2.6. **Indique a quien se le atribuye la filiación en el caso del empleo de la inseminación artificial supraconyugal o heteróloga**

2.6.1. Al tercero, donante ( )
2.6.2. A la pareja ( )
2.6.3. A los dos, aplicando los criterios de naturaleza y estado de familia ( )